THÈSE

Pour l'obtention du grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE POITIERS
UFR de droit et sciences sociales
Équipe de Recherche en Droit privé (Poitiers)
(Diplôme National - Arrêté du 25 mai 2016)

École doctorale : Droit et science politique - Pierre Couvrat (Poitiers)
Secteur de recherche : Droit privé

Présentée par :
Francois-Xavier Raducanou

Le dépassement de sa mission par le prestataire de service. Étude comparée du contrat de mandat et d'entreprise

Directeur(s) de Thèse :
Rose-Noëlle Schütz

Soutenue le 06 novembre 2020 devant le jury

Jury :

Président	**Marianne Faure-Abbad**	Professeure - Université de Poitiers
Rapporteur	**Fabrice Leduc**	Professeur - Université de Tours
Rapporteur	**Guillaume Wicker**	Professeur - Université de Bordeaux
Membre	**Rose-Noëlle Schütz**	Professeur - Université de Poitiers
Membre	**Thomas Genicon**	Professeur - Université Paris 2 Panthéon-Assas

Pour citer cette thèse :
Francois-Xavier Raducanou. *Le dépassement de sa mission par le prestataire de service. Étude comparée du contrat de mandat et d'entreprise* [En ligne]. Thèse Droit privé. Poitiers : Université de Poitiers, 2020. Disponible sur Internet <http://theses.univ-poitiers.fr>

Faculté DROIT & Sciences sociales UNIVERSITÉ DE POITIERS

THESE POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITE DE POITIERS
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCES SOCIALES
ÉCOLE DOCTORALE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE PIERRE COUVRAT — ED 088

LE DEPASSEMENT DE SA MISSION PAR LE PRESTATAIRE DE SERVICE. ÉTUDE COMPAREE DES CONTRATS DE MANDAT ET D'ENTREPRISE

Thèse pour le doctorat en droit privé
présentée et soutenue publiquement le 6 novembre 2020
par
Monsieur François-Xavier RADUCANOU

Directeur de recherche

- **Madame Rose-Noëlle SCHÜTZ**
  Professeur de Droit privé et Sciences criminelles à l'Université de Poitiers

Suffragants

- **Monsieur Fabrice LEDUC (rapporteur)**
  Professeur de Droit privé et Sciences criminelles à l'Université de Tours
- **Monsieur Guillaume WICHER (rapporteur)**
  Professeur de Droit privé et Sciences criminelles à l'Université de Bordeaux
- **Madame Marianne FAURE-ABBAD**
  Professeure de Droit privé et Sciences criminelles à l'Université de Poitiers
- **Monsieur Thomas GENICON**
  Professeur de Droit privé et Sciences criminelles à l'Université de Paris 2 Panthéon-Assas

1431 Université de Poitiers

Le dépassement de sa mission par le prestataire de service. Étude comparée du contrat de mandat et d'entreprise

Durant la phase d'exécution contractuelle, le prestataire de service ne se conforme pas toujours aux termes du contrat conclu avec le créancier. Cette inexécution de la mission concerne habituellement la carence dans l'exécution de l'engagement. Dans ce cas, le débiteur agit en deçà des limites de sa mission. Il se trouve alors dans une situation de sous-exécution.

Or, il arrive que la mission confiée aux prestataires, notamment le mandataire et l'entrepreneur, soit entachée par une sur-exécution à savoir l'ajout de prestations non prévues initialement.

Le débiteur agit au-delà des limites de son engagement. Dès lors, il est responsable d'un dépassement de sa mission ce qui constitue un manquement contractuel. Ainsi, un mandataire chargé d'acheter un bien immobilier outrepasse les limites fixées par le mandant en acquérant ledit bien pour un montant supérieur au budget initial. Dans ce cas, ce prestataire est responsable d'un dépassement de pouvoir. De même, un entrepreneur peut être en situation de dépassement de mission en accomplissant des réparations supplémentaires sur le véhicule d'un client sans l'autorisation préalable de ce dernier.

La différence de nature entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise devrait en principe amener une opposition entre le dépassement de mission du mandataire et celui de l'entrepreneur. Certaines similitudes existent pourtant entre ces deux manquements du fait de leur origine, de leur manifestation et de leur sanction. Ce constat conduit à s'interroger sur le concept même de dépassement de mission contractuel. Le processus de conceptualisation et d'identification peut légitimer ainsi une proposition de définition de cette notion aujourd'hui absente du Code civil malgré la réforme du droit des obligations.

Mot-clés : Mission — Dépassement de mission — Contrat de mandat — Contrat d'entreprise — Dépassement de pouvoir — Prestataire de service — Travaux supplémentaires — Inexécution contractuelle — Inopposabilité — Nullité — Instructions — Approbation — Étendue de la mission — Initiative — Excès — Carence — Détournement — Responsabilité contractuelle — Ratification — Gestion d'affaires — Apparence — Interpellation interrogatoire — Sous-traitance — Substitution — Réparations supplémentaires

When the service provider oversteps his/her mission. A Comparative study of the contract of mandate and the contract of enterprise

During the contractual execution phase, the service provider does not always comply with the terms of the contract concluded with the creditor. The non-performance of the mission usually relates to the failure to fulfil the contractual agreement. In this case, the debtor falls short of his/her mandate and places himself in a situation of underperformance.

However, it may happen that the mission entrusted to the service providers, in particular the agent and the contractor, is marred by over-performance, i.e. the addition of services not initially provided for.

The debtor acts beyond the limits of his/her commitment and therefore is held accountable for exceeding his mission, which constitutes a breach of contract. For example, an agent in charge of the purchase of a property exceeds the limits of the mandate set by the principal by acquiring the property for an amount exceeding the initial budget. In this case, the service provider is accountable for exceeding his/her authority. Similarly, a contractor may be in a situation of exceeding his/her mission by carrying out additional repairs on a client's vehicle without the latter's prior authorization.

The difference in nature between the contract of mandate and the contract of enterprise should in principle lead to an opposition between the overstepping of the mission of the mandator and that of the contractor. There are, however, certain similarities between these two breaches of contract on account of their origin, their manifestation and their sanction. This observation leads to questioning the very concept of exceeding the contractual mission. The process of conceptualisation and identification may thus legitimise a proposal for a definition of this notion which is currently absent from the Civil Code despite the reform of the law of obligations.

Keywords: Mission — Overstepping of mission — Contract of mandate — Contract of enterprise — Exceeding authority — Service provider — Additional work — Non-performance of contract — Unenforceability — Invalidity — Instructions — Approval — Scope of mission — Initiative — Excess — Failure — Detracting — Contractual liability — Ratification — Business management — Appearance — Interrogatory interpellation — Subcontracting — Substitution — Additional repairs

ÉQUIPE DE RECHECHE EN DROIT PRIVE (ERDP) – EA 1230

Bâtiment E9 — 43 place Charles de Gaulle — TSA 81100 — 86073 Poitiers Cedex 9

L'université de Poitiers n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

À Jean, mon grand-père,
ton absence me pèse mais ton souvenir me porte.
Parce que chacun s'élève
et avance dans les traces d'un homme de bien,
les honneurs de ce doctorat te reviennent.

Mes remerciements s'adressent en premier lieu à Madame le Professeur Schütz de m'avoir fait l'honneur de sa direction et d'avoir fait de moi son élève. Qu'elle trouve ainsi l'expression de ma pleine et entière reconnaissance pour le temps qu'elle m'a consacré mais également pour sa proximité, sa bienveillance, sa pédagogie et son empathie à mon égard. Je la remercie de m'avoir accordé sa confiance, de m'avoir guidé avec patience et d'avoir fait de moi le témoin privilégié de la richesse de ses réflexions. Je la remercie enfin de son soutien indéfectible dans les bons et les mauvais moments. Je lui saurai à jamais gré d'avoir été le maître que j'ai toujours espéré avoir.

Mes remerciements s'adressent en second lieu à ma mère pour son soutien inestimable, pour son abnégation et pour ses relectures. Sa thèse de doctorat, son amour de la littérature et sa rigueur intellectuelle m'ont continuellement influencé durant cette réflexion. Je souhaite également adresser une pensée émue à ma tante et à ma grand-mère aujourd'hui disparues.

Je remercie toutes celles et ceux qui ont directement ou indirectement contribué à la réalisation de cette thèse.

Imelga, mon étoile. Ton éclat m'a guidé avec constance.

Mes nombreux amis doctorants et non doctorants pour leur soutien continu et bienveillant : parmi lesquels Vanessa, Yvette, Nicolas, Elhadji, Leslie, Guillaume, Baptiste, Bart…

Je pense naturellement à mes deux meilleurs amis : Jean-Benoit et Aurelien.

Cette amitié sincère et durable a aussi forgé certaines fondations indispensables à ce travail exigeant.

Je remercie l'ensemble du corps enseignant de l'Université de Poitiers et spécifiquement ceux de l'équipe de recherche en droit privé.

Cette reconnaissance s'adresse notamment aux Professeurs Savaux, Boucard et Faure-Abbad pour leurs conseils, leur bienveillance et leur proximité.

Je tiens également à remercier le personnel administratif de la Faculté qui m'a accompagné toutes ces années dans mes activités de doctorant : Emmanuelle Chevrier, Sylvain Royer, Rémy Lérignier, Marie Dhoste …

Ma dernière pensée s'adresse à Thesa Nostra, cette belle association des doctorants en droit de Poitiers si importante à mes yeux.

Ce furent trois belles années.

Merci de m'avoir ouvert tes portes…

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE **17**

PARTIE I. CARACTERISATION DU DEPASSEMENT DE MISSION **45**

TITRE I. LA DELIMITATION DE LA MISSION DU PRESTATAIRE 49

Chapitre I. Nature de la mission **53**

Chapitre II. Étendue de la mission **101**

TITRE II. L'ACTION DU PRESTATAIRE HORS DES LIMITES DE LA MISSION 137

Chapitre I. Lente consécration doctrinale de la notion de dépassement **141**

Chapitre II. Éléments caractéristiques du dépassement de mission en droit positif **185**

PARTIE II. EFFETS DU DEPASSEMENT DE MISSION PAR LE PRESTATAIRE **231**

TITRE I. LES EFFETS ENTRE LES PARTIES AU CONTRAT 235

Chapitre I. Sanction de principe du dépassement de mission du prestataire **239**

Chapitre II. Tolérance exceptionnelle du dépassement de mission du prestataire **309**

TITRE II. LES EFFETS A L'EGARD DES TIERS QUALIFIES 359

Chapitre I. En présence d'un contrat de mandat **363**

Chapitre II. En présence d'un contrat d'entreprise **421**

CONCLUSION GENERALE **443**

INDEX ALPHABETIQUE **453**

BIBLIOGRAPHIE **457**

TABLE DES MATIERES **493**

ABREVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

A minima ..... Au minimum
act. ..... Actualité
adde ..... Ajouter
AJ ..... Actualités juridiques
AJCA ..... Actualité juridique des contrats d'affaires
AJDA ..... Actualité juridique de droit administratif
AJDI ..... Actualité juridique de droit immobilier
AL. ..... Alinéa
Archives phil. dr. ..... Archives de la philosophie du droit Dalloz
Art. ..... Article
Art. cit. ..... Article (pre)cité
Ass. ..... Assemblée du Conseil d'Etat
Ass. plén. ..... Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. Ass. plén. ..... Bulletin des arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ. ..... Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation
Bull. crim. ..... Bulletin criminel des arrêts de la Cour de cassation
C. civ. ..... Code civil
C. com. ..... Code de commerce
C. consom. ..... Code de la consommation
C. envir. ..... Code de l'environnement
C. mon. fin. ..... Code monétaire et financier
C. route ..... Code de la route
C. rur. ..... Code rural
C. transp. ..... Code des transports
C. trav. ..... Code du travail
CA ..... Cour d'appel
Cass ..... Cour de cassation
CCC ..... Contrats Concurrence Consommation (Lexisnexis)
CCH ..... Code de la construction et de l'urbanisme
CE ..... Conseil d'Etat
CGCT ..... Code général des collectivités territoriales
CGI ..... Code général des impôts
Ch. ..... Chambre
Ch. mixte ..... Chambre mixte de la Cour de cassation
chron. ..... Chroniques
Civ. ..... Chambre civile de la Cour de cassation
coll. ..... Collection
Com. ..... Chambre commerciale de la Cour de cassation Commentaire
comm. ..... Commentaire
comp. ..... Comparez avec
concl. ..... Conclusions

Contra ..... En sens contraire
const.-urb. ..... Construction Urbanisme
Crim. ..... Chambre criminelle de la Cour de cassation
CSI ..... Code de la sécurité intérieure
CSS ..... Code de la sécurité sociale
D. ..... Recueil Dalloz
D. C. ..... Recueil Dalloz critique
D. H. ..... Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz
D. P. ..... Recueil périodique et critique mensuel Dalloz
Defrénois ..... Répertoire du notariat Defrénois
Dig. ..... Digeste
dir. ..... Sous la direction de
doctr. ..... Doctrine
Dr. et patr. ..... Droit et patrimoine
Droits ..... Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques
ed. ..... Edition
egal. ..... Egalement
etc ..... et cœtera, et ainsi de suite
EURL ..... Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée
ex. ..... Exemple
fasc. ..... Fascicule
Gaz. Pal. ..... Gazette du Palais
Ibid ..... Même auteur, même ouvrage, même endroit
idem ..... Même auteur, même ouvrage
Impr. ..... Imprimerie
in ..... Dans
In abstracto ..... De façon abstraite
In concreto ..... De façon concrète
in fine ..... A la fin
infra ..... Plus bas
IR ..... Informations rapides du Recueil Dalloz
JCL ..... Jurisclasseur
JCP ..... Jurisclasseur périodique
JCP E ..... Jurisclasseur périodique, édition économique et affaires
JCP G ..... Jurisclasseur périodique, édition générale
JCP N ..... Jurisclasseur périodique, édition notariale
JCP S ..... Jurisclasseur périodique, édition sociale
JO ..... Journal officiel
JORF ..... Journal officiel de la République Française
Jur. ..... Jurisprudence
Lato sensu ..... Au sens large
LEDC ..... L'essentiel Droit des contrats
LGDJ ..... Librairie générale de droit et de jurisprudence
Livr. ..... Livre
LPA ..... Les Petites Affiches
N° ..... Numéro

not. ..... Notamment
obs. ..... Observations
op. cit. ..... Opere citato, ouvrage (pre)cite
Ord. ..... Ordonnance
p. ..... Page
pp. ..... Pages
Pan. ..... Panorama
prec. ..... Précité(e)
pref. ..... Préface de
PUAM ..... Presse universitaire d'Aix-Marseille
PUF ..... Presse universitaire de France
PUPPA ..... Presse universitaire de Pau et des pays de l'Adour
rapp. ..... Rapport
rappr. ..... Rapprochez
RCA ..... Revue responsabilité civile et assurance
RDC ..... Revue des contrats
RDI ..... Revue de droit immobilier
RDS ..... Revue Droit et Santé
RGDA ..... Revue générale du droit des assurances
RHD ..... Revue historique de droit français et étranger
RJC ..... Revue de jurisprudence commerciale
RJDA ..... Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDC ..... Revue Lamy de droit civil
Rép. civ. ..... Répertoire civil Dalloz
Rép. com. ..... Répertoire commercial Dalloz
Rép. imm. ..... Répertoire immobilier Dalloz
Req. ..... Chambre des requêtes de la Cour de cassation
RTD civ. ..... Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. ..... Revue trimestrielle de droit commercial
s. ..... Suivants
S. ..... Sirey
SA ..... Société anonyme
SARL ..... Société à responsabilité limité
SCI ..... Société civile immobilière
Sect. ..... Section du Conseil d'Etat
Sic ..... Tel quel
Soc. ..... Chambre sociale de la Cour de cassation
Sté ..... Société
Somm. ..... Sommaire
Spec. ..... Spécialement
stricto sensu ..... Au sens strict
supra ..... Plus haut
t. ..... Tome
T. com ..... Tribunal de commerce
TA ..... Tribunal administratif
TC ..... Tribunal correctionnel

TGI ..... Tribunal de grande instance
Th. ..... Thèse
TI ..... Tribunal d'instance
Tr. ..... Tribunal
V° ..... Voir
Vol. ..... Volume

« *Amat victoria curam* » (la victoire aime l'effort)

Catulle[1]

« *On n'est pas moins fautif en ne faisant pas ce qu'on doit faire qu'en faisant ce qu'on ne doit pas faire.* »

Marc Aurèle[2]

1 *Carmina*, LXII, 16.

2 *Pensées pour moi-même*, éd. Flammarion, 1992, livre VII, § III, p. 100.

INTRODUCTION GENERALE

1. **Le dépassement de mission par le cocontractant : entre identification et compréhension.** Josserand affirmait en 1937 : « *Nous vivons de plus en plus contractuellement* »[3]. Cette affirmation vaut particulièrement au regard du développement exponentiel des contrats dont la prestation principale est constituée par une mission confiée à l'une des parties par l'autre. L'inexécution de cette figure contractuelle peut alors prendre une forme particulière qui est le dépassement de mission. Ce dépassement se manifeste par un comportement excessif de celui à qui la mission a été confiée par rapport aux limites fixées par son cocontractant. Or, la protection des intérêts des parties et des tiers intéressés suppose de sanctionner non seulement le débiteur qui n'exécute pas ou mal son obligation mais aussi celui qui agit au-delà des limites de celle-ci.

En tant que tel, le dépassement de la mission du contractant n'a jamais été pris comme objet d'étude. Il n'est même pas vraiment nommé et ne fait l'objet d'aucune définition dans les dictionnaires juridiques[4]. Le non-traitement du dépassement de mission par le droit positif révèle l'existence d'un manque qu'il convient de corriger.

Seul le dépassement de pouvoir du mandataire est identifié et analysé[5]. Pourtant, l'élévation de la réflexion à un niveau supérieur de généralité présente un grand intérêt, particulièrement après la réforme du droit commun des contrats et en attendant celle du droit des contrats spéciaux. En effet, si le droit commun des contrats réformé par l'ordonnance du 10 février 2016, mettant fin à l'éclatement des sanctions de l'inexécution[6], présente désormais un système articulé (art. 1217 à 1231-7), il est particulièrement évasif sur la notion même d'inexécution[7]. Or, le dépassement de mission est, à première vue, une figure singulière de l'inexécution : une inexécution par excès et non par défaut. Au lieu de ne pas faire, ou de mal faire ce qu'il a promis, le debiteur en fait trop. Il va au-delà de ce que le

3 JOSSERAND (L.), « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.*, 1937, p. 7.

4 CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 13e éd, Quadrige, PUF, 2020. *Lexique des termes juridiques*, 2019-2020, 27e éd., sous la direction de Serges Guinchard et Thierry Debard, Dalloz, 2019. *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2018*, 9e éd., sous la direction de Rémy Cabrillac, LexisNexis, 2019. NIZOU-LESAFFRE (A.), *Dictionnaire des termes juridiques*, De Vecchi, 2001. *Dictionnaire élémentaire du droit*, sous la direction de Dominique Chagnollaud de Sabouret, Dalloz, 2016. *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de Denis Allans et Stephanne Rials, Quadrige, PUF, 2003. *Dictionnaire pratique du droit*, Le particulier, t. 1, 1984. HILAIRE (J.), *Adages et maximes du droit français*, 2e éd., Dalloz, 2015. SCARANO (J.-P.), *Dictionnaire de droit des obligations*, Ellipses, 1999.

5 Voir *infra* n° 97 et s.

6 TALON (D.), « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.,* 1994, p. 223.

7 L'article 1217 suggère une distinction entre l'inexécution totale et l'exécution imparfaite. Cette dernière se retrouve dans l'article 1223 relatif à la réduction du prix. Reprenant l'ancien article 1147, l'article 1231-1 qui traite des conditions du droit à dommages et intérêts oppose l'inexécution et l'exécution tardive. Certains textes de droit prospectif sont plus notionnels. Selon l'article III-1 : 101 du Projet de cadre commun de référence, « *l'inexécution d'une obligation consiste en tout défaut d'exécution qu'il bénéficie ou non d'une exonération, y compris le retard dans l'exécution et toute exécution non conforme aux termes de l'obligation* ». Pour l'article 89 du Code européen des contrats, « *sous réserve de ce que prévoient les dispositions suivantes, une obligation contractuelle est considérée comme inexécutée si l'un des contractants ou ses collaborateurs ou ses délégués adoptent un comportement différent par rapport à celui qui est prévu par le contrat, ou si se vérifie une situation de droit ou de fait différente de celle que l'on peut tenir pour promise* ».

créancier lui a demandé. Il n'est pas sûr que cet excès qui, pour profitable qu'il puisse paraître au créancier, soit passible des mêmes sanctions que la carence, laquelle lui sera nuisible dans la majorité des cas.

La réforme du droit commun étant une occasion ratée d'approfondir la notion d'inexécution, celle du droit des contrats spéciaux pourrait servir de rattrapage, au moins partiellement. Elle pourrait même enrichir la réflexion par la confrontation qu'elle suscite inévitablement entre les différents types de contrat. De ce point de vue, le choix du mandat et de l'entreprise comme terrain d'analyse présente plusieurs avantages du fait des traits qui les opposent. Malgré d'importantes discussions et des évolutions notables, l'un a pour objet l'octroi d'un pouvoir en vue de la conclusion d'actes juridiques alors que l'autre a pour objet l'accomplissement d'actes matériels ou d'une prestation intellectuelle. L'un peut être gratuit alors que l'autre est nécessairement onéreux. L'un implique, pour son exécution, la conclusion d'un contrat avec un tiers alors que l'autre ne la nécessite pas. La mission du mandataire et celle de l'entrepreneur différant notablement, la question est de savoir si son dépassement doit être traité différemment. Selon la réponse, le régime du dépassement de mission pourrait être étendu à tous les contrats ou diversifié par catégories. Tels sont les principaux intérêts de la recherche consacrée au dépassement de la mission du prestataire de service à partir des contrats de mandat et d'entreprise.

2. Domaine du dépassement de mission. Seuls les contrats portant sur un service[8], par conséquent sur une obligation de faire[9] ou obligation de *facere*, peuvent donner lieu à un dépassement de mission et non ceux portant sur une chose, telle la vente ou l'échange pour les contrats transférant la propriété ou encore le bail ou le prêt à usage pour les contrats qui procurent la jouissance d'une chose. Seul le débiteur d'une obligation de faire remplit une mission car il s'engage à accomplir un fait positif[10] donc à exécuter une prestation[11]. Il en est ainsi pour l'entrepreneur responsable de la construction d'un bâtiment, pour l'avocat sollicité pour plaider mais aussi pour accomplir les actes de procédure de son client, pour le médecin tenu de soigner, pour le garagiste amené à réparer un moteur ou encore pour l'architecte chargé de dessiner des plans et parfois de conclure pour son client les contrats d'entreprise.

8 Le terme « service » est une notion économique dont la définition juridique est incertaine et est souvent utilisée par opposition à d'autres notions. Sur ce point, MOREIL (S.), *Les obligations nées du contrat d'entreprise*, thèse, Paris II, 2009, p. 20. Selon Monsieur Overstake, le service se limite aux activités qui ne demandent aucun effort pénible (OVERSTAKE (J.-F.), *Essai de classification des contrats spéciaux*, préface de Brethe de la Gressaye, Bibliothèque de droit privé, t. 91, LGDJ, 1969). Cette conception semble cependant excessivement restrictive. À l'opposé, le Doyen Savatier rassemble dans la catégorie des services « *toute obligation de faire d'origine contractuelle, fournie de manière indépendante et non gratuite.* » Sur ce point, SAVATIER (R.), « La vente de service », *D.* 1971, chron. 223.

9 Selon l'ancienne classification entre l'obligation de donner (*dare*), de faire (*facere*) ou de ne pas faire (*non facere*) désormais disparue du Code civil après la réforme du droit des obligations.

10 Selon le Dictionnaire analogique et alphabétique de la langue française Robert, une mission se définit comme « *la charge donnée à quelqu'un d'aller accomplir quelque chose* ». Le Dictionnaire Littré définit cette notion comme « *le pouvoir donné d'aller faire quelque chose* ».

11 MALINVAUD (Ph.), FENOUILLET (D.), MEKKI (M.), *Droit des obligations*, 14e éd., LexisNexis, 2017, n° 16, p. 8.

Cette obligation de faire peut amener le prestataire à agir au-delà des limites de sa mission car le contrat ne porte pas sur la circulation d'une chose préexistante mais sur un travail humain. Le dépassement de mission peut ainsi se rencontrer dans les contrats portant sur un service, lorsque la prestation caractéristique conduit à la réalisation d'une prestation intellectuelle[12], matérielle[13] ou juridique[14].

Le prestataire de service dépasse sa mission lorsqu'il outrepasse unilatéralement les limites fixées d'un commun accord avec le créancier. Ainsi, un syndic de copropriété dépasse sa mission s'il décide seul d'exonérer un lot de copropriété des charges de chauffage contrairement à une décision de l'assemblée générale[15].

Les contrats nommés de service recouvrent classiquement trois contrats : l'entreprise[16], le mandat et le dépôt[17]. Cependant, l'étude portant sur le dépassement de mission du prestataire de service ne peut avoir le même intérêt selon le contrat envisagé. En effet, si le dépassement de mission par le mandataire ou l'entrepreneur est relativement fréquent dans la pratique contractuelle, force est de reconnaître qu'il en va différemment pour le dépositaire. Ce prestataire est soumis à une obligation de conservation et de restitution du bien déposé par le déposant. Dès lors, l'inexécution de sa mission se manifeste essentiellement par le biais d'une carence dans l'exécution, défaut de conservation ou non-restitution du bien, et non par un dépassement de sa mission.

Au contraire, l'économie des contrats de mandat et d'entreprise, archétypes des contrats de service, favorise le risque de dépassement du fait, non seulement de l'autonomie souvent accordée au mandataire et à l'entrepreneur, mais, surtout, en raison de l'objet de leurs missions respectives. Ainsi, la mission d'un garagiste peut l'amener à entreprendre des réparations supplémentaires non commandées par le client. Ou encore un mandataire, ayant reçu le pouvoir de signer un bail, dépasse sa mission en introduisant des stipulations contraires aux instructions du mandant[18]. Dans le domaine de la construction, un entrepreneur chargé de la pose d'un escalier ordinaire préfabriqué dépasse sa mission s'il fournit un escalier traditionnel artisanal de qualité supérieure[19].

---

12 Par exemple un conseil juridique.

13 Par exemple un contrat de construction, de réparation, de transformation, d'entretien, de nettoyage …

14 Par exemple, lorsque le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant pour acquérir un bien immobilier.

15 Civ. 3e, 13 avril 1988, pourvoi n° 87-10.746, Bull. civ. III, n° 70.

16 Sur la place du contrat d'entreprise dans la classification des contrats spéciaux, voir : SÉNÉCHAL (J.), *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux. Recherche sur un double enjeu du mouvement de recodification du droit des contrats*, préface de Michel Défossez, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Institut de droit des affaires, 2008.

17 MERCHIERS (Y.), « Les contrats de prestations de services, flou artistique, réalité économique et catégorie juridique » *in Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, LexisNexis, 2007, p. 431, n° 4.

18 Civ. 3e, 15 avril 1980, pourvoi n° 78-15.836, Bull. civ. III, n° 73.

19 Civ. 3e, 11 mars 2008, pourvoi n° 07-10.300, inédit.

3. L'excès, manifestation du dépassement de mission. Les travaux supplémentaires non commandés par le maître de l'ouvrage que l'entrepreneur réalise comme les actes conclus par le mandataire au-delà des pouvoirs que lui a conférés le mandant constituent deux cas de dépassement de mission. Simplement, ils prennent la forme plus particulière du dépassement de pouvoir lorsqu'il s'agit d'un mandat.

Le dépassement de pouvoir du mandataire ou encore l'exécution de travaux supplémentaires de l'entrepreneur sont en pratique fréquents. En plus des illustrations jurisprudentielles évoquées précédemment, c'est le cas de l'entrepreneur qui décide d'ajouter des spots lumineux dans une cuisine sans que le client ait donné son accord[20] ou de l'avocat qui conclut une transaction au nom et pour le compte de son client sans y être expressément autorisé[21]. Tous ces exemples illustrent chacun une situation de dépassement de mission du prestataire car ils révèlent un excès tant de l'entrepreneur que du mandataire durant l'exécution de leur mission. Or, en droit positif, la notion de dépassement est traditionnellement rattachée au pouvoir du mandataire : selon l'article 1998 du Code civil, le mandant n'est pas tenu par les actes qui ont pu être faits par le mandataire « au-delà » du pouvoir qui lui a été donné[22]. Contrairement à ce dernier, l'entrepreneur ne reçoit aucun pouvoir pour l'exécution de sa mission. Pourtant, il se retrouve aussi en situation d'excès lorsqu'il accomplit pour le maître des travaux supplémentaires non autorisés. Dans cette hypothèse, l'article 1793 du Code civil sanctionne bien l'entrepreneur lorsqu'il s'agit de construction à forfait d'un bâtiment mais sans qualifier les travaux supplémentaires de dépassement de sa mission.

Le dépassement de mission est donc inconnu du droit des contrats. Il n'en reste pas moins qu'il s'agit bien de cela et il convient donc de s'interroger sur la notion de dépassement de mission dans les contrats de mandat et d'entreprise.

4. Approche étymologique du terme « dépassement. Le terme « dépassement » présente une ambiguïté en raison de sa dimension amphibologique[23] qui lui confère une double acception – littérale et figurée. Étymologiquement le verbe dépasser est formé par l'articulation du préfixe latin « *de* » et du verbe passer. Le préfixe « *de* » amène généralement l'idée que l'action traduite par le verbe auquel il est apposé[24] va cesser. Il en est ainsi dans les verbes « défaire », « débloquer », « dévoiler » ou encore « démonter ». Mais ce préfixe peut aussi avoir une valeur augmentative, comme dans le terme « *dépassement* » construit sur le

---

20 CA, Versailles, CH. 4, 10 mai 2010, n° 08/05994. Voir aussi Civ. 3e, 18 avril 2019, pourvoi n° 18-18.801, à paraître : entrepreneur chargé de « *la démolition du plancher béton sur sous-sol* » qui réalise en plus « *des travaux de déroctage sur environ la moitié de la surface du plancher bas* ».

21 Soc. 17 mars 1988, pourvoi n° 86-40.325, Bull. civ. V, n° 183.

22 Voir aussi l'article 1989 C. civ. : « *Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat : le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre* ».

23 FONTANIER (P.), *Les figures du discours*, introduction par Gérard Genette, Flammarion, 1977, p. 60 : « *Le sens amphibologique est un double sens tantôt louche et tantôt équivoque*. »

24 CARRE (I.), *Le vocabulaire français, mots dérivés du latin et du grec*, Armand Colin, Paris, 1900, p. 56.

principe du mot « démesure ». Le préfixe « *de* » y exprime alors le renforcement et l'exagération du substantif auquel il est ajouté.

Au sens littéral, le verbe passer peut exprimer le fait de franchir une limite dans l'espace, comme l'exprime la phrase « *passer une frontière ou une rivière* ». Il s'agit ici d'une limite physique. Le fait de dépasser une personne ou une chose traduit l'idée d'aller au-delà ou d'aller plus loin que cette personne ou cette chose. Le dépassement exprime ainsi l'action visant à excéder un point de référence spécifique. Les premières références à ce mot dans les dictionnaires se limitent à une conception purement matérielle de l'acte. De nombreux dictionnaires citent ainsi dès 1762 l'exemple de faire « *dépasser le ruban* »[25].

Le dictionnaire Godefroy insiste par ailleurs sur le caractère critiquable de l'acte de dépassement. Dans cet ouvrage, le fait de dépasser signifie « *transgresser, fouler aux pieds, abattre sous ses pieds* »[26]. Dans cette conception péjorative, les verbes « *dépasser* » et « *excéder* » semblent synonymes. À l'inverse, une conception positive de l'acte de dépassement peut rendre synonymes les verbes « *dépasser* » et « *surpasser* ». Cette conception positive du dépassement peut s'entendre dans une logique d'amélioration amenant par exemple l'idée de dépassement de soi[27]. Le franchissement d'une limite serait alors positif car il révèlerait la volonté de l'individu de s'extraire d'un cadre restrictif afin de se perfectionner[28].

Le sens figuré du verbe « *dépasser* » est apparu au début du XIX^e^ siècle[29]. La notion de dépassement ne se limite plus à une conception spécifiquement matérielle de l'acte mais englobe aussi une conception symbolique comme dans l'exemple « l'élève dépasse son maître ». La notion de dépassement a ainsi fait l'objet d'une évolution majeure en vertu de cette nouvelle conception abstraite[30]. Cette compréhension moderne du dépassement n'a pas altéré sa signification première car l'excès en constitue toujours l'élément central. Ce dernier se définit comme le franchissement d'une limite qui en serait le point de référence initial. Le Littré définit d'ailleurs l'excès comme « *ce qui dépasse une limite ordinaire, une mesure* … »[31]. Le lien entre le dépassement et l'excès est ainsi établi.

---

25 *Dictionnaire de l'Académie française*, 4^e^ éd., 1762, p. 502 ; FERRAUD (J.-F.), *Dictionnaire critique de la langue française*, éd. Mossy, Marseille, 1787, p. 719 ; *Dictionnaire de L'Académie française*, 5^e^ éd., 1798, p. 395.

26 GODEFROY (F.), *Dictionnaire de l'ancienne langue française et de tous ses dialectes du IX au XV^e^ siècle*, t. 1, Paris, Vieweg, 1881, p. 512.

27 IMBACH (R.), *Le dépassement de soi dans la pensée philosophique : actes du colloque des 19 et 20 octobre 1990 pour les soixante-dix ans de Fernand Brunner*, Neuchâtel, À la Baconnière, 1994, p. 108.

28 CHALARD-FILLAUDEAU (A.), *Rembrandt ou le génie du dépassement : essai sur l'artiste hollandais dans l'histoire de l'art allemande*, Ed. Universitaires européennes, 2010.

29 *Dictionnaire de l'Académie française*, 6^e^ éd., 1832, p. 1514 : « *Dépasser les ordres qu'on a reçus. Dépasser ses pouvoirs. Le succès dépassa nos espérances.* »

30 ATIAS (Ch.), *Épistémologie juridique*, Précis Dalloz, 2002, n° 142, p. 86 : « *Les changements de sens que connaissent les mots ne sont pas seulement des phénomènes sociaux. Ils existent dans le discours d'un seul et dans le dialogue, discussion amicale ou débat professionnel. Ils sont inévitables… Comme le linguiste peut découvrir, sous le mot prononcé, des choses parfaitement différentes, le juriste met sous des termes apparemment connus et déterminés des réalités, des idées différentes*. »

31 LITTRÉ (P.-E.), *Dictionnaire de la langue française*, t. 2, édition nouvelle, Encyclopaedia Britannica, 1978, p. 2309.

Un dépassement de mission constitue indéniablement une forme particulière d'excès. Or, d'une manière générale, l'excès est une notion connotée péjorativement comme le reconnaissait Descartes en 1636, selon qui « *Tous excès ayant coutume d'être mauvais* » [32].

5. L'excès dans l'œuvre de Descartes. Selon René Descartes, l'un des plus illustres étudiants en droit de l'Université de Poitiers[33], l'excès dans sa généralité n'est pas chose souhaitable[34]. La question de l'excès est abordée dans la troisième partie du Discours de la méthode composée de six parties dont la première recommande le raisonnement, la modération et le désaveu de l'excès. Si l'excès est effectivement inhérent au dépassement alors cela pourrait signifier, selon la conception de Descartes, que le dépassement de mission est par nature critiquable.

Descartes ne visait pas une situation en particulier, il ne désignait pas spécifiquement un excès au détriment d'un autre tel l'excès de langage, l'excès de consommation, l'excès de sentiment ou encore l'excès durant la phase d'exécution contractuelle. Il envisageait toutes formes d'excès propres au comportement de l'individu afin d'en dénoncer les inconvénients.

Bien qu'il eût étudié le droit durant ses jeunes années, Descartes s'illustra avant tout comme philosophe. Le refus de toute forme d'excès développé dans le Discours de la méthode se retrouve dans une longue tradition de philosophes antiques dont Platon qui, dans Gorgias[35], défend le principe de modération[36]. Il en est de même pour Aristote pour qui la vertu de l'homme est de s'en tenir au juste milieu, à la justice[37]. Cette première conception cartésienne de l'excès ne se retrouve pas nécessairement dans le domaine du droit des

---

32 DESCARTES (R.), *Discours de la méthode*, Garnier Flammarion, Paris, 1966, p. 52. DESCARTES (R.), *Règles pour la direction de l'esprit*. Traduction et notes par Jacques Brunschwig. Préface, dossier et glossaire par Kim Sang-Ong-Van-Cung, Paris, Librairie générale française, 2002.

33 René Descartes obtient sa licence en droit civil et canon à l'université de Poitiers les 9 et 10 novembre 1616.

34 Voltaire partagea une réticence voire une opposition identique à l'encontre des diverses formes d'abus un siècle après les travaux de Descartes. VOLTAIRE, *Traité sur la tolérance*, présentation par René Pomeau, Flammarion, Paris, 1989, p. 43 : « *Lorsqu'à la renaissance des lettres les esprits commencèrent à s'éclairer, on se plaignit généralement des abus ; tout le monde avoue que cette plainte était légitime.* » Il en fut de même pour Rousseau dans ses écrits relatifs au pouvoir étatique. BACOT (G.), « Jean-Jacques Rousseau et la procédure législative » *in Revue française d'histoire des idees politiques*, 2002/1 (n° 15), p. 30 : « *La sanction de l'exécutif semble plutôt motivée alors par le danger que constituerait un cumul sans contrôle de l'initiative et du vote des lois par des députés qui pourraient en abuser et exercer ces compétences à leur seul profit. Dans ces conditions, un veto éventuel - que les citoyens pourraient de toute façon rapidement faire lever s'ils le souhaitent en élisant d'autres gouvernants - sert surtout à maintenir les députés sous l'influence de la volonté générale et à préserver ainsi le caractère mixte de la souveraineté.* »

35 PLATON, *Gorgias ou de la rhétorique*, traduction de Grou, revue et corrigée avec des notes et des remarques, Delagrave et cie, Paris, 1865, p. 193.

36 Le « principe de modération » constitue chez Descartes le moyen de ne pas se tromper en suivant un chemin intermédiaire éloigné des excès. GARNIER (A.), *Œuvres philosophiques de Descartes*, publiées d'après les textes originaux, avec notices, sommaires et éclaircissements, t. 2, Librairie classique et élémentaire de L. Hachette, Paris, 1834, II.

37 ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Librairie générale française, 1992, p. 65. RAGAGE (X.), *L'éthique d'Aristote appliquée aux entrepreneurs*, Questions contemporaines, L'harmattant, 2018, p. 37 : « *c'est ce qu'Aristote appelle « une médiété », un équilibre, disons une juste balance qui se tient à égale distance des extrêmes, l'un et l'autre étant à éviter comme excès* … ».

obligations. L'excès inhérent au dépassement de mission contractuelle n'est pas toujours critiquable car le dépassement du prestataire peut être profitable au créancier[38]. En 1649, un an avant sa mort, Descartes publie son dernier livre « Les passions de l'âme »[39] dans lequel il concède un intérêt nouveau à l'excès dès lors qu'il est motivé par un acte de générosité ou d'amour[40] : « … *et bien qu'il y ait plusieurs de ces passions dont l'excès soit vicieux, il y en a toutefois quelques autres que j'estime d'autant meilleures qu'elles sont plus excessives.* »[41] Il poursuit sa pensée en affirmant : « *Je ne suis point d'opinion qu'on doive s'exempter d'avoir des passions ; il suffit qu'on les rende sujettes à la raison et lorsqu'on les a ainsi apprivoisées, elles sont quelquefois d'autant plus utiles qu'elles penchent plus vers l'excès.* »[42] Ce raisonnement transposé au dépassement de la mission contractuelle, en tant que manifestation particulière d'excès, conduit à admettre que ce dépassement n'est pas forcément mauvais lorsqu'il est profitable au créancier[43].

6. Les dépassements saisis par le droit. Si le dépassement de sa mission par l'une des parties au contrat n'est jamais expressément visé dans les textes, d'autres situations de dépassement, nombreuses et variées, sont quant à elles réglementées. Trente-deux de nos codes actuellement en vigueur réglementent de telles situations[44]. Les références les plus nombreuses au dépassement sont présentes par ordre croissant dans le Code général des impôts[45], dans le Code de la construction et de l'habitation[46], dans le Code rural et de la pêche maritime[47], dans le Code de la route[48], dans le Code de la sécurité sociale[49] et enfin dans le Code du travail[50].

Les situations de dépassement réglementées peuvent se répartir en cinq catégories. C'est d'abord « le dépassement spatial » tel celui du conducteur d'un véhicule qui emprunte la voie

38 Voir *infra* n° 247 et s.

39 DESCARTES (R.), *Les passions de l'âme*, Gallimard, Paris, 1953.

40 *Ibid.*, p. 124 : « *Je dis que cette amour est extrêmement bonne parce que joignant en nous de vrais biens, elle nous perfectionne d'autant. Je dis aussi qu'elle ne saurait être trop grande car tout ce que la plus excessive peut faire, c'est de nous joindre si parfaitement à ces biens que l'amour que nous avons particulièrement pour nous-mêmes n'y mette aucune distinction, ce que je crois ne pouvoir jamais être mauvais* … ».

41 *Ibid.*, p. 10.

42 *Ibid.*

43 Voir *infra* n° 247 et s.

44 Ce qui correspond à un ratio approximatif d'un code sur deux puisqu'il existe soixante-treize codes en comptant les quatre annexes du Code général des impôts.

45 Vingt-trois références à la notion de dépassement.

46 Trente-trois références à la notion de dépassement.

47 Trente-quatre références à la notion de dépassement.

48 Cinquante et une références à la notion de dépassement.

49 Cinquante-sept références à la notion de dépassement.

50 Soixante-cinq références à la notion de dépassement.

de gauche visé dans le Code de la route[51]. Ce sont ensuite des situations de « dépassements économiques » qui regroupent des hypothèses de franchissement d'une limite financière, tel le dépassement des dépôts pouvant être effectués sur un plan d'épargne populaire dans le Code monétaire et financier[52] ou, dans le Code général des impôts, le « *dépassement de plafond* » utilisé entre autres pour le calcul de l'impôt sur le revenu[53]. C'est encore la prise en compte du dépassement du nombre d'individus autorisés à constituer un groupe, par exemple, dans le Code du travail, le nombre maximal de représentants siégeant au conseil social et économique d'une entreprise constitue ainsi une limite identifiable source de dépassement[54]. Des sanctions de dépassements divers sont par ailleurs prévues dans une optique de protection de l'environnement et de développement durable par exemple la protection de l'eau[55], de la faune[56] et de l'atmosphère[57]. La prise en compte d'un dépassement peut enfin

51 Par exemple l'article R. 414-4 I. : « *Avant de dépasser, tout conducteur doit s'assurer qu'il peut le faire sans danger.* » ; article R. 414-7 al. 1 : « *Tout conducteur qui effectue un dépassement par la gauche ne peut emprunter la moitié gauche de la chaussée que s'il ne gêne pas la circulation en sens inverse.* »

52 Article R. 221-73 du Code monétaire et financier : « *En cas de versement dépassant la somme prévue à l'article R. 221-68, la totalité des sommes figurant sur le plan d'épargne populaire est réputée retirée immédiatement. Il en est de même si, plus de dix ans après l'ouverture du plan d'épargne populaire, un versement est effectué après qu'un retrait a été opéré. Toutefois, cette mesure n'est pas appliquée si l'intéressé fait la preuve que le dépassement ou le versement a été involontaire*. »

Voir aussi pour un autre exemple l'article L. 312-92 al. 2 : « *Dans le cas d'un dépassement significatif qui se prolonge au-delà d'un mois, le prêteur fournit cette information à l'emprunteur, sans délai, sur support papier ou sur un autre support durable, du montant du dépassement, du taux débiteur et de tous frais ou intérêts sur arriérés qui sont applicables*. »

53 Article 238 bis al. 1er : « *Ouvrent droit à une réduction d'impôt égale à 60 % de leur montant les versements, pris dans la limite de 5 pour mille du chiffre d'affaires, effectués par les entreprises assujetties à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés au profit […] g) Lorsque la limite fixée au premier alinéa est dépassée au cours d'un exercice, l'excédent de versement peut donner lieu à réduction d'impôt au titre des cinq exercices suivants, après prise en compte des versements effectués au titre de chacun de ces exercices, sans qu'il puisse en résulter un dépassement du plafond défini au premier alinéa*. »

54 Article L. 2316-12 al. 4 du Code du travail : « *Dans les cas mentionnés aux deuxième et troisième alinéas, la représentation est assurée dans ces conditions pendant un délai d'un an au plus et peut entraîner le dépassement du nombre maximal de représentants au comité social et économique de l'entreprise d'accueil prévu par le décret mentionné à l'article L. 2316-4*. »

55 Article L. 2224-7-1 al. 2 du Code général des collectivités locales : « … *Lorsque le taux de perte en eau du réseau s'avère supérieur à un taux fixé par décret selon les caractéristiques du service et de la ressource, les services publics de distribution d'eau établissent, avant la fin du second exercice suivant l'exercice pour lequel le dépassement a été constaté, un plan d'actions comprenant, s'il y a lieu, un projet de programme pluriannuel de travaux d'amélioration du réseau.* »

56 En périodes de pêche ou de chasse intensives, la sauvegarde et la gestion des ressources animales justifient la fixation de quotas dont le non-respect caractérise une situation de dépassement. Article R. 921-49 du Code rural et de la pêche maritime : « *I. – La répartition des quotas à laquelle procède le ministre chargé des pêches maritimes et de l'aquaculture marine en application de l'article R. 921-35 peut être assortie de limites périodiques de captures, de débarquements et d'effort de pêche, fixées par les organisations de producteurs, afin de permettre une meilleure valorisation des débarquements, en fonction d'une part des orientations du marché et d'autre part des quotas résultant de la réglementation européenne. II. – Lorsqu'un risque de dépassement du quota est constaté, ou afin d'assurer un étalement approprié des captures au cours de la saison de pêche, le ministre peut décider : 1° La fermeture temporaire de la pêche du sous-quota concerné…* ».

57 Article R. 222-20-1 du Code de l'environnement : « *Dans les zones où le niveau de concentration d'un polluant dépasse une valeur limite ou une valeur cible, un plan de protection de l'atmosphère ou les mesures mentionnées au second alinéa du I de l'article L. 222-4 sont arrêtés ou modifiés, pour prendre en compte ce polluant, dans un délai de dix-huit mois à compter du constat du dépassement.* »

être constatée lors du franchissement d'une limite temporelle : date de validité[58], délai de paiement[59] ou de chargement[60].

Dans le Code civil, seuls quatre articles utilisent le verbe « *dépasser* »[61]. Un, l'article 220-1, se classe dans la catégorie des dépassements temporels[62] et deux, les articles 671 et 832, dans celle des dépassements spatiaux[63]. Le quatrième article, l'article 507-1 alinéa 1er, prévoit que le tuteur peut accepter purement et simplement une succession échue à la personne protégée si l'actif dépasse manifestement le passif[64]. Cette fois le dépassement n'est pas une limite mais un seuil à partir duquel le tuteur peut accepter purement et simplement la succession.

Ce rapide panorama des situations de dépassement réglementées par l'ensemble des Codes en vigueur confirme bien qu'il n'existe aucune disposition relative au dépassement de mission. Il apparait aussi qu'il s'avère bien difficile de tirer de cette législation pointilliste quelques principes applicables à tout dépassement, y compris à celui de mission. Au mieux, peut-on relever que chaque situation de dépassement réglementée repose sur la prise en compte de deux éléments cumulatifs et complémentaires : l'existence d'une limite identifiable et le franchissement de celle-ci[65]. Mais aucune des dispositions légales ne propose une définition du dépassement.

---

58 Article R. 631-26 al. 2 du Code de la sécurité intérieure : « *Lorsqu'ils [les personnes exerçant des activités privées de sécurité] en ont connaissance, ils doivent informer leur employeur de toute anomalie, dysfonctionnement ou dépassement de la date de validité de tout équipement ou dispositif mis à leur disposition pour l'exercice de leur mission*. »

59 Article L. 111-3-1 al. 4 du Code de la construction et de l'habitation : « *En cas de dépassement du délai de paiement mentionné au deuxième alinéa du présent article, le titulaire du marché peut suspendre l'exécution des travaux ou des prestations après mise en demeure de son débiteur restée infructueuse à l'issue d'un délai de quinze jours*. »

60 Article L. 3222-5 al. 2 du Code des transports : « *Le dépassement des durées de réalisation des opérations de chargement et de déchargement par rapport à celles qui avaient été acceptées par le cocontractant ouvre droit à un complément de rémunération lorsque ce dépassement n'est pas imputable au fait du transporteur. Il en est de même pour toute prestation annexe non prévue par le contrat de transport.* »

61 En revanche, contrairement au verbe dépasser, le terme « *dépassement* » est rigoureusement absent des dispositions du Code civil y compris depuis la réforme du droit des obligations.

62 Article 671 al. 2 du Code civil : « *Les arbres, arbustes et arbrisseaux de toute espèce peuvent être plantés en espaliers, de chaque côté du mur séparatif, sans que l'on soit tenu d'observer aucune distance, mais ils ne pourront* dépasser *la crête du mur.* »

63 Article 220-1 : « *Si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, le juge aux affaires familiales peut prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ces intérêts.*

Il peut notamment interdire à cet époux de faire, sans le consentement de l'autre, des actes de disposition sur ses propres biens ou sur ceux de la communauté, meubles ou immeubles. Il peut aussi interdire le déplacement des meubles, sauf à spécifier ceux dont il attribue l'usage personnel à l'un ou à l'autre des conjoints. La durée des mesures prises en application du présent article doit être déterminée par le juge et ne saurait, prolongation éventuellement comprise, dépasser *trois ans* ».

Article 832 : » *L'attribution préférentielle visée à l'article* 831 *est de droit pour toute exploitation agricole qui ne* dépasse *pas les limites de superficie fixées par décret en Conseil d'État, si le maintien dans l'indivision n'a pas été ordonné* ».

64 Article 507-1 al. 1 : « *Par dérogation à l'article 768, le tuteur ne peut accepter une succession échue à la personne protégée qu'à concurrence de l'actif net. Toutefois, il peut l'accepter purement et simplement si l'actif* dépasse *manifestement le passif, après recueil d'une attestation du notaire chargé du règlement de la succession ou, à défaut, après autorisation du conseil de famille ou du juge.* »

65 La limite pouvant prendre des formes variées : seuil, taux, quota, pourcentage, montant d'une somme d'argent, durée, vitesse, distance ou encore nombre d'individus.

En réalité, les situations traitées influent sur la notion de dépassement et par conséquent en modèlent la signification : le dépassement ne peut pas être compris de la même manière dans le Code de la route, dans le Code de l'urbanisme ou encore dans le Code de l'environnement. Le dépassement est par conséquent une notion variable et flexible. Il n'y a donc que peu, sinon rien, à tirer de cette réglementation foisonnante pour aborder le dépassement de mission du prestataire de service.

7. Prestation de service et dépassement de la mission contractuelle. Le dépassement de mission contractuelle constitue un domaine d'étude particulièrement enrichissant car il permet notamment de s'interroger sur les limites de l'autonomie des contractants durant l'exécution de leurs obligations.

Les activités de service sont en pleine expansion[66] dans le secteur commercial depuis plusieurs décennies et ce constat est actuellement renforcé par leur internationalisation[67] continue et dynamique. Dans sa thèse de doctorat consacrée au contrat d'entreprise, le Professeur Durand-Pasquier décrit ainsi « *l'avènement d'une société de services* »[68]. Pour sa part, le Doyen René Savatier avait une conception assez large de cette notion ; il définissait les services comme « *toute obligation de faire d'origine contractuelle, fournie de manière indépendante et non gratuite* »[69].

La notion de prestation vient du latin *praestatio* qui est « *l'action d'acquitter* »[70] ; il s'agit également d'un dérivé de *praestare* qui peut se traduire par « *exceller* », « *exécuter* » ou encore « *fournir* »[71]. Le mot se décompose en deux éléments : *prae* qui signifie « *devant* » et *stare* dont le sens est « *se tenir debout* ». Au sens littéral, *praestare* peut se traduire par « *être debout devant* » ou encore « *se distinguer, se signaler* »[72] mais cela peut en parallèle décrire la fourniture d'un travail[73]. Le fait d'être debout ne doit donc pas être analysé dans le sens d'une attitude passive

66 MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, 11e éd., Dalloz, 2018, n° 517 : « *Les « services » constituent aujourd'hui une part dominante de l'activité économique, le secteur dit tertiaire*. » GRELON (B.), *Les entreprises de services*, préface de Christian Gavalda, Economica, Recherches Panthéon-Sorbonne, Université de Paris I, 1978, n° 693, p. 300 : « *Le rôle du prestataire est essentiel. Le passage d'activités individuelles et autarciques à des activités professionnelles exercées par des entreprises liées au système industriel est une des causes essentielles des bouleversements que connaît le secteur des services*. » DE BANDT (J.), « Préface » *in Les services dans les sociétés industrielles*, ouvrage collectif sous la direction de J. De Bandt, Economica, 1985, p. 24

67 GANDOLFI (G.), « Les contrats de services dans le "Code européen des contrats" en partant du mandat » *in Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinozi*, Dalloz, 2013, p. 395. MERCHIERS (Y.), « Les contrats de prestations de services, flou artistique, réalité économique et catégorie juridique » *in Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, LexisNexis, 2007, p. 431.

68 DURAND-PASQUIER (G.), *Le maître d'ouvrage, Contribution à l'harmonisation du régime du contrat d'entreprise*, thèse Paris I, 2005, p. 1.

69 SAVATIER (R.), « Les ventes de services », *D.* 1971, chron. 223.

70 GAFFIO (F.), *Dictionnaire latin français,* Hachette, Paris, 1934, p. 1227.

71 *Ibid.*

72 *Ibid.*

73 GAFFIO (F.), *Dictionnaire latin français, Nouvelle édition revue et augmentée sous la direction de Pierre Flobert,* Hachette, 2001, p. 585.

mais au contraire dans celui d'un comportement actif au service d'une réalisation ou d'un accomplissement. La définition juridique de la prestation désigne l'acte ou les actes par lesquels le prestataire s'acquitte d'un service envers le bénéficiaire de la prestation. Le Doyen Cornu définit la prestation comme étant « *l'objet de l'obligation en général qui peut, selon le contexte, désigner soit, la matérialité, la chose due […], soit l'activité attendue du débiteur relativement à cette chose* »[74]. Les prestations peuvent avoir pour objet l'accomplissement d'actes de nature juridique[75], matérielle[76] ou encore intellectuelle[77] ; elles constituent de ce fait un domaine à la fois vaste et propice à l'émergence d'une multitude de situations de dépassement de mission en raison de l'autonomie accordée au prestataire.

La catégorie nouvelle des « *contrats de prestation de service* » est désormais consacrée par l'article 1165 du Code civil fruit de la réforme du droit des obligations[78] bien que cette disposition ne définisse nullement la notion de « *contrat de prestation de service* ». Cet article dispose seulement dans son premier alinéa : « *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.* ». Cette nouvelle catégorie doit être rapprochée de celle plus classique de contrat de service qui peut se définir comme « *la convention qui a pour objet une obligation de faire et pour finalité la fourniture d'un service* »[79]. Le travail humain – l'ancienne obligation de faire[80] – est donc au cœur des services qui sont l'objet de la catégorie des contrats de prestation de service[81] dont les deux archétypes sont l'entreprise et le mandat.

8. **La prestation de service dans l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Capitant**. La réunion du mandat et de l'entreprise dans les contrats de prestation de service n'est pas conforme aux orientations de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Capitant. Ce texte, dont la première version a été remise à la Chancellerie le 26 juin 2017[82] a fait l'objet, au début de l'année 2020, d'une seconde mouture, appelée « Offre de réforme du droit des contrats spéciaux », enrichie au

74 CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2000, V° Prestation.

75 Par exemple en présence d'un avocat mandataire.

76 Par exemple en présence d'un artisan.

77 Par exemple en présence d'un architecte.

78 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Article 2 ; modifié par la 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 – Article 7.

79 PUIG (P.), *La qualification du contrat d'entreprise*, préface de Bernard Teyssié, Éditions Panthéon-Assas, Paris II, 2002, n° 15, p. 42. Voir aussi : BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 12e éd., LGDJ, 2017, n° 474.

80 La réforme du droit commun des obligations réformé a abandonné la distinction traditionnelle entre les obligations de donner, de faire et de ne pas faire.

81 PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, Dalloz, Coll. Hypercours, 8e éd., 2019, n° 47.

82 Voir la présentation de l'Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux – Association Henri Capitant – D. 2017. p. 1660.

fond mais aussi en la forme, par l'adjonction de commentaires de présentation des dispositions proposées[83]. D'une rédaction à l'autre, la conception ne change pas pour ce qui concerne les rapports du mandat et de la prestation de service qu'il oppose. Le contrat de prestation de service est traité dans le Titre X alors que le mandat fait l'objet du Chapitre 1 du Titre XIII intitulé « Des contrats de représentation ». Le plan oppose donc nettement les deux catégories qui se distinguent également au fond.

L'article 69 définit le contrat de prestation de service comme étant « *celui par lequel le prestataire doit accomplir un travail de manière indépendante au profit du client* ». Le débiteur ne doit donc pas être subordonné au créancier ; il serait dans le cas contraire soumis à un contrat de travail et non à un contrat de prestation de service. Quant au mandat, il est défini par l'article 143, alinéa 1er, comme « *celui par lequel le mandant donne pouvoir au mandataire de conclure des actes juridiques en son nom et pour son compte* ». Il se singularise donc, non pas par l'activité qui est requise du mandataire, mais par l'habilitation qui lui est accordée d'agir par le mandant.

Cette opposition est critiquable. D'abord, si l'octroi d'un pouvoir est effectivement caractéristique du mandat, il ne doit pas occulter totalement l'activité que le mandataire doit déployer, la « *mission impartie par le mandant* », comme le dit l'article 146 de l'offre de réforme. Or, celle-ci ne se différencie pas substantiellement d'un travail. Conclure des actes juridiques au nom et pour le compte du mandant constitue une activité productrice. Ensuite, les fondements et la rigueur de l'opposition peuvent être contestés. Le commentaire de l'article 69 de l'offre de réforme précise que « *la dénomination prestation de service se substitue à celle de louage d'ouvrage et de contrats d'entreprise. Elle doit donc être entendue de manière large* ». L'élargissement résulte du fait que, selon l'article 71, ce contrat peut être conclu à titre onéreux ou à titre gratuit, ce qui peut englober les conventions d'assistance bénévole. Mais pour le reste, la catégorie est réduite du fait de l'exclusion du mandat et du dépôt, classiquement considérés comme des prestations de service. Le commentaire de l'article 69 ajoute que cette substitution de terme se fait « *dans le prolongement de l'ordonnance du 10 février 2016* ». La réforme du droit des contrats et des obligations a en effet introduit la notion de « *contrats de prestation de service* » dans l'article 1165 relatif à la détermination du prix[84]. Les textes ne définissent pas la notion mais l'immense majorité des commentateurs considèrent qu'elle englobe au moins le contrat d'entreprise et le mandat[85]. La continuité avec l'ordonnance de 2016 aurait donc

---

83 Association Henri Capitant, Offre de réforme de droit des contrats spéciaux, Dalloz, collection thèmes et commentaires, juin 2020.

84 « *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 tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat.* »

85 CHENEDE (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2e éd. 2019, n° 123-232 ; DESHAYES (O.), GENICON (T.), Y-M LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2e éd. 2018, n. 317 s. ; DOUVILLE (T.) (dir.), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Gualino, 2e éd. 2018, p. 137 ; LARDEUX (G.), « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil », *D.* 2016, p. 1659 spécial. p. 1161. V égal. TERRE (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.) et CHENEDE (F.), *Droit civil,*

…/…

plutôt imposé de ne pas opposer le mandat aux contrats de prestation de service et l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'association Capitant n'est donc pas une raison suffisante d'exclure son rattachement à la catégorie, au côté du contrat d'entreprise.

9. La confiance comme pierre angulaire du mandat. Le mot « mandat » tire son origine étymologique du latin *mandatum* qui signifie « *confier à quelqu'un la tâche de …* »[86] mais également du verbe *mandare* qui signifie « *envoyer, adresser* »[87]. L'étude étymologique démontre aussi que le mandat est intrinsèquement lié à la main de l'homme[88]. En effet, *mandare* peut aussi se traduire par « *mettre en main, confier ou donner une mission* ». La main de l'homme devient ainsi la métaphore de la confiance accordée à autrui, comme dans l'exemple « prêter main forte » ou encore « passer la main ». Le lien entre la main et le mandat est ainsi établi sur un fondement étymologique.

La confiance a donc une place de premier ordre dans le mandat[89] car si tout contrat repose sur la confiance, celle-ci imprègne encore plus fortement le mandat qualifié d'ailleurs de « *contrat de confiance* »[90] en raison du mécanisme de la représentation[91] sur lequel il repose. Le mandant met en effet sa confiance dans le mandataire en lui donnant pouvoir d'agir en son nom et pour son compte, afin que ce dernier agisse dans l'intérêt du premier. En dépassant le pouvoir qui lui est confié, le mandataire trahit cette confiance et viole son engagement. Dès lors, le lien entre le dépassement de mission et la perte de confiance n'en est que plus

Les obligations, Dalloz, 12e éd. 2019, n° 389 s. ; PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, Dalloz, Coll. Hypercours, 8e éd. 2019, n° 47.

86 GAFFIO (F.), *Dictionnaire latin français, Nouvelle édition revue et augmentée sous la direction de Pierre Flobert,* Hachette, 2001, p. 445.

87 *Ibid.*

88 DEMANGEAT (C.), *Cours élémentaire de droit romain*, t. 2, librairie éditeur Marecq Ainé, 1866, p. 331 : « *Le mot mandatum paraît venir de manûs datio : le mandant serre la main du mandataire pour exprimer qu'il se fie à lui.* » ; PICHONNAZ (P.), *Les Fondements romains du droit privé,* LGDJ, 2008, p. 497, n° 2283 : « *Le terme de mandatum proviendrait de l'expression* « *manum datum* »*, qui représenterait à l'origine le geste accompli en guise de signe de la conclusion du contrat : le mandant enveloppait de ses mains celles du mandataire.* »

89 DELAMARRE (E.), LE POITVIN (J.), *Traité du contrat de commission*, t. 1, librairie éditeur delamotte Ainé, Paris, 1840, p. 16. Les mandats civils et commerciaux « *prennent leur source dans le besoin de remettre en des mains étrangères le soin d'une affaire que l'on ne veut pas, et que, le plus souvent, on ne peut pas conduire soi-même. Et tous deux reposent sur une confiance mutuelle dont la bonne foi doit être le premier, le plus sûr garant*. » LOISEAU (G.), « Contrats de confiance et contrats conclus intuitu personae », *in La confiance en droit privé des contrats,* sous la direction de Valérie-Laure Bénabou et Muriel Chagny, Dalloz, 2008, p. 100 : « *Cette importance du choix de la personne justifie en tout cas des règles protectrices dont l'objet spécifique est de garantir la plénitude de l'intuitu personae sur lequel doit faire fond la confiance.* » Le Professeur Labée établit un lien entre la représentation étatique et la représentation contractuelle en soulignant que la confiance se manifeste avant tout par la seule désignation originelle du mandataire. Sur ce point : LABBÉE (X.), « Le juriste, le droit et la règle morale à l'aube du troisième millénaire » *in Mélanges offerts à Emmanuel Langavant*, L'Harmattan, 1999, p. 233 : » *Ceux qui détiennent le pouvoir seraient en quelque sorte nos mandataires, et seraient présumés agir au mieux de nos intérêts parce que nous les avons directement ou indirectement choisis*. »

90 Sur la notion de « *contrat de confiance* », voir notamment : LOISEAU (G.), « Contrats de confiance et contrats conclus intuitu personae », *in La confiance en droit privé des contrats*, sous la direction de Valérie-Laure Bénabou et Muriel Chagny, Dalloz, 2008, p. 97-107.

91 FALQUE-PIERROTIN (C.), *Les éléments constitutifs du contrat de mandat*, thèse, Caen, 1933, p. 34-41.

fermement établi[92]. Le dépassement de mission peut ainsi s'analyser comme une trahison brisant la confiance du mandant.

10. L'évolution du contrat de mandat depuis l'antiquité romaine et le dépassement de mission. L'origine linguistique du mot mandat faisant référence à l'antiquité romaine, il convient de se pencher sur l'existence du dépassement de mission depuis cette époque jusqu'à la période actuelle. Aux origines de Rome, le regroupement familial et la proximité entre les citoyens rendaient inutile le recours au mandat[93]. Les premiers Romains géraient eux-mêmes leur patrimoine et s'acquittaient de leurs tâches seuls ou par l'intermédiaire de leur entourage direct[94]. Le mandat n'était pas encore né mais la nécessité d'un tel mécanisme commençait à germer peu à peu. Les grandes conquêtes territoriales sont le véritable élément déclencheur de l'apparition du mandat. Les hommes étant mobilisés par les combats, il s'est agi de les remplacer dans les actes de la vie quotidienne. La naissance du contrat consensuel de mandat semble remonter au V^e^ siècle de Rome soit à partir du II^e^ siècle avant Jésus-Christ, « …*époque de l'ascension de Rome sur le plan international* … »[95]. Le droit romain limitait dans un premier temps la sphère du mandat aux services d'amis par essence gratuit[96]. La conséquence des conquêtes romaines fut le développement significatif du commerce et l'apparition de nouveaux métiers telles les fonctions de *procuratores*, tenues par d'anciens esclaves affranchis. Leur mission consistait à gérer les affaires d'autrui en contrepartie d'une rémunération[97]. Le *procurator* ressemblait au mandataire tel que nous le percevons aujourd'hui mais il n'était pas considéré comme tel à l'époque du seul fait de sa rémunération. Dès lors, si le *procurator* peut apparaître comme l'ancêtre de l'actuel mandataire professionnel, il ne peut cependant pas être reconnu comme tel à l'époque classique. La question du dépassement de mission aurait pu se poser dans la pratique car l'objet des mandats était très diversifié[98]. Elle n'a fait pourtant

---

92 Sur le thème général de la perte de confiance en situation contractuelle : ALBARIAN (A.), *De la perte de confiance légitime en droit contractuel*, préface de Jacques Mestre, Bibliothèque de droit privé et sciences criminelles, Mare & Martin, 2012.

93 GAZZANIGA (J.-L.), *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, 1992, n° 120, p. 139.

94 BARTHELEMY (L.-E.), *Du mandat en droit romain et en droit civil français*, thèse, Toulouse, 1886, p. 11, « *Ce contrat ne paraît pas remonter à des temps très anciens […] ; il n'eut été d'aucune utilité pour les premiers Romains, qui, tous groupés dans la ville de Rome, trouvaient dans leurs fils et leurs esclaves un nombre suffisant d'auxiliaires pour la gestion de leur patrimoine.* »

95 VILLERS (R.), *Rome et le droit privé*, Albin Michel, 1977, p. 364.

96 Gaius, III, 162 ; Paul, D. 17, 1, 1, 4 : « *Mandatum nisi gratuitum nullum est* ». MICHEL (J.-Y.), « Gaius et le mandat *mea, tua* ou *aliena gratia* », *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, 3^e^ série, t. 44, 1997, n ° 1, p. 293 ; GIRARD (P.-F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e^ éd., Rousseau, Paris, 1929, p. 621 : « *Mais l'exigence de la gratuité, qui est encore exprimée par des jurisconsultes de l'époque classique et par Justinien, n'a été absolu qu'à l'époque la plus ancienne*. »

97 ROBAYE (R.), *Le droit romain,* 5^e^ éd., L'Harmattan, Louvain, 2016, p. 279 : « *À la fin de la République, il existe une catégorie de gérants professionnels qui gagnent leur vie en administrant les biens d'autrui.* »

98 À cette époque, l'objet du mandat était simplement de se faire remplacer dans l'accomplissement d'une affaire déterminée. Cela ne se limitait pas à l'accomplissement d'un acte juridique. Gaius citait en exemple le fait de confier un vêtement à nettoyer (Gaius, Instit. III, 162). Le Digeste citait en exemple le fait de construire une tombe ou d'affranchir un esclave du mandant (Dig. 17, 1, 12, 17). Applaudir à une représentation théâtrale pouvait aussi faire l'objet d'un mandat (DIDIER (P.), *De la représentation en droit privé*, préface de Yves Lequette,

…/…

l'objet d'aucun traitement législatif. Les jurisconsultes romains n'ont en effet jamais envisagé la question du dépassement de mission du mandataire[99].

Durant le II^e^ siècle avant Jésus-Christ, les règles du contrat de mandat sont en construction[100], en particulier dans le domaine de la sanction imposée au mandataire infidèle. La gratuité était une exigence légale mais avant tout une nécessité morale. Le fait de recevoir une rémunération portait atteinte à la personne du mandataire. Le service inhérent au mandat ne pouvait engendrer le moindre enrichissement personnel si ce n'était la seule satisfaction d'avoir rendu service au mandant. L'honneur du mandataire était en jeu ; accepter une rémunération aurait révélé un comportement indigne servi par un esprit peu vertueux. Dans cette logique de moralisation de la pratique contractuelle, un dépassement de mission du mandataire aurait aussi été une faute d'honneur au regard du non-respect de sa mission. Cette éthique contractuelle pourrait expliquer le fait que le dépassement de mission du mandataire n'ait été prévu par aucun texte romain.

À l'époque classique, le formalisme perd de sa force. Une catégorie nouvelle de contrats, les contrats consensuels, voit le jour marquée par le triomphe de la volonté sur le formalisme brut[101]. Or, tout dépassement de mission se fonde sur une manifestation unilatérale de volonté de son auteur ; cette étape semble donc avoir été décisive. Quintus Mucius Scaevola[102] sera le père fondateur de cette nouvelle catégorie de contrats. Le mandat est de ce fait reconnu en tant que contrat consensuel de bonne foi[103] au début du premier siècle avant Jésus-Christ. Les *Institutes* de Justinien, publiés le 21 novembre 533, ne font cependant aucune référence au dépassement dans sa partie consacrée au mandat[104]. Les *Institutes*[105] couvraient uniquement d'infamie le mandataire ayant failli à la confiance du mandant. D'une manière générale, le droit romain n'a jamais traité spécifiquement le thème du dépassement

---

Bibliothèque de droit privé, t. 339, LGDJ, 2000, n° 44, p. 31). Voir aussi, MICHEL (J.-Y.), « Gaius et le mandat *mea, tua* ou *aliena gratia* », *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, 3^e^ série, t. 44, 1997, n° 1, p. 293 : « *Si l'on envisage dans son ensemble le domaine contractuel du droit romain, on ne manque pas d'être frappé par la variété des fonctions que le mandat y remplit* … ».

99 Exemple : Gaius, III, 162.

100 À l'origine, la représentation n'existait pas à Rome. Il était ainsi impossible de signer un contrat pour autrui ou encore de transférer une créance à une autre personne par l'intermédiaire de son action. Voir DIDIER (P.), *De la représentation en droit privé*, *op. cit.*, p. 36, n° 56 : « *à Rome, le principe premier est qu'une personne ne peut pas en engager une autre.* »

101 BART (J.), *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e^ siècle*, 2^e^ éd., Montchrestien Lextenso, 2009, p. 358.

102 Quintus Mucius Scaevola dit le Pontife, Consul en 95 av. J.-C. (140-82 av. J.-C.). Il rédige dix-huit livres de droit civil, premier auteur du grand traité de droit civil et est le premier à entreprendre une classification systématique des différentes opérations juridiques près de trois siècles avant les Institutes de Gaius (161 ap. J.-C.). Il fut le professeur de Cicéron et lui transmit sa passion pour l'histoire de Rome.

103 GIRARD (P.-F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e^ éd., Rousseau, Paris, 1929, p. 618 ; MAZEAUD (H, L, J), *Leçons de droit civil. Principaux contrats*, t. 3, vol. 2, 5^e^ éd., Montchrestien, 1980, p. 848, n° 1382 ; VILLERS (R.), *Rome et le droit privé, op. cit.*, p. 364.

104 FERRIERE (C.-J.), *Nouvelle traduction des Institutes de l'empereur Justinien*, t. 5, Paris, Warin, 1719, p. 155 et s.

105 Inst., § 2, De poenû temeré litig. (IV, 16), « *ignominonus fit* ».

de pouvoir du mandataire[106]. Cette absence se retrouve également en droit français durant les dix siècles du Moyen-Âge suivant la chute de l'empire romain.

Au début de l'époque moderne[107], les glossateurs de l'Ancien Régime[108] se trouvaient confrontés à un dilemme dans leur analyse des écrits romains[109]. D'une part, ils devaient préserver la gratuité du mandat présentée dans les textes romains et en particulier dans le Digeste. Mais d'autre part ils ne pouvaient pas trahir leur propre conception de la rémunération sur ce point différente de celle des grands auteurs romains. À cette époque, les juristes percevaient la rémunération comme possible dans la théorie juridique : « *Comme ses prédécesseurs romains, l'homme du Moyen-âge ne dédaigne pas l'argent mais contrairement à ceux-ci, il n'hésite pas à l'affirmer.* »[110]. L'absence de rémunération du mandataire restait le principe mais celui-ci n'excluait pas pour autant la possibilité d'une compensation matérielle. Cette possible rémunération en nature du mandataire aurait-elle pu avoir une incidence sur le développement des manifestations de dépassement de pouvoir donc de la mission confiée ? Cela est envisageable si on considère que le respect de la parole donnée était intrinsèquement lié à un devoir de moralité présent à une époque où le mandat était nécessairement gratuit. En vertu de cette conception, l'acceptation d'une rémunération aurait pu avoir pour conséquence de baisser l'exigence de moralité attachée à la mission du mandataire et peut-être d'accroître le risque de dépassement.

Il faut attendre 1689 et les « *Loix civiles* » de Domat pour lire enfin une première référence doctrinale au dépassement[111]. L'auteur ne mentionne jamais textuellement la notion de dépassement mais il aborde l'exécution de l'ordre par le mandataire en dehors des bornes du pouvoir[112]. Cette réflexion fait l'objet d'un approfondissement majeur[113] en 1773 par Pothier[114] dans un ouvrage publié un an après sa mort.

106 Il en est de même pour la doctrine romaine.

107 L'époque moderne débute à la fin du Moyen-Âge, précisément en 1492 au moment de la découverte de l'Amérique par Christophe Colomb et se termine en 1789.

108 L'Ancien Régime (1453-1792), dont la dénomination péjorative est historiquement attribuée aux révolutionnaires, fut en premier lieu une période d'une immense richesse doctrinale.

109 Voir notamment : CAGNINACCI (F.), *Le mandat dans la doctrine française de l'ancien régime*, thèse, Nancy, 1962.

110 DIDIER (P.), *De la représentation en droit privé, op. cit.*, p. 35.

111 DOMAT (J.), *Les lois civiles*, Des procurations, Liv. I, Titre XV, Sect. III, § 10. DOMAT (J.), *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, J.-B. Coignard, Paris, 1689. DOMAT (J.), *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Nouvelle édition, Tome premier, Paris, Veuve Savoye, 1769, p. 130.

112 Voir *infra* n° 99.

113 Voir *infra* n° 101 et s.

114 POTHIER (R.-J.), *Traité sur les différentes matières de droit civil appliquées à l'usage du barreau et de la jurisprudence française*, t. 2. Traité du mandat, Paris, Orléans, Debure, Rouzeau-Montant, 1773.

Au début de l'époque contemporaine[115], précisément en 1804, le changement majeur[116] résulte de l'évolution de la conception de la gratuité du mandat. Ce dernier reste par principe gratuit mais toute idée de bienfaisance et d'altruisme disparaît. Cette position des codificateurs peut se fonder sur l'incompatibilité entre l'altruisme du mandat et le mercantilisme en partie prôné par de la philosophie révolutionnaire du Code civil[117]. Certains articles relatifs au contrat de mandat, directement issus de la pensée de Pothier[118], réglementent désormais le thème du dépassement de pouvoir du mandataire sans mentionner textuellement cette notion. Il s'agit précisément des articles 1989, 1997 et 1998.

Dans la seconde moitié du XX^{e} siècle la nouvelle pratique du mandat, en grande partie professionnalisée, a été à l'origine du développement de réglementations spéciales de certains mandats professionnels[119]. Les réglementations spéciales se sont multipliées en raison de l'omniprésence des mandataires professionnels dans tous les domaines de l'activité juridique[120]. Cette professionnalisation du mandat a favorisé l'émergence de nouveaux dépassements de mission. En effet, plus la pratique du mandat se diversifie, plus les risques de dépassement s'accroissent. La mutation du mandat, passé du statut de « *petit contrat* » à celui de « *grand contrat* » s'explique par l'acceptation de son caractère onéreux et par voie de conséquence de sa professionnalisation massive au cours du dernier siècle.

En résumé, le rapide historique du mandat qui vient d'être tracé révèle que le dépassement de sa mission par le mandataire n'a pas été traité par la législation ancienne. C'est le Code civil qui contient le premier traitement législatif du dépassement de mission du mandataire. Le constat est semblable pour le louage d'ouvrage.

11. L'évolution du contrat de louage d'ouvrage depuis l'antiquité romaine et le dépassement de mission. Le contrat d'entreprise tel que nous le concevons aujourd'hui n'existait pas dans la Rome antique. Cette terminologie est d'apparition récente, précisément à la fin du XIX^{e} siècle[121]. L'ancêtre romain de l'entreprise était la *locatio operis faciendi*,

115 Cette époque nait au début de la Révolution française en 1789.

116 Pour le Professeur Le Tourneau, le changement était antérieur à la rédaction du Code civil, l'auteur analyse pour cette raison la codification comme un aboutissement et non comme un commencement. (LE TOURNEAU (P.), « De l'évolution du mandat », *D.*, 1992, p. 157).

117 DISSAUX (N.), *Le mandat, un contrat en crise ?, op. cit.*, n° 25, p. 19.

118 BUGNET (J.-J.), *Œuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. 5, Paris, Videcocq, Cosse et Delanotte, 1847, p. 208, n° 93.

119 PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, Litec, 1988, p. 5.

120 Notamment dans le secteur immobilier. FAURE-ABBAD (M.), « La responsabilité des mandataires du secteur de l'immobilier » *in Le mandat en question*, sous la direction de Benjamin Rémy, Bruylant, 2013, p. 175, n° 1 : « *Le mandat est l'outil juridique incontournable de ceux qui font leur métier des opérations de transaction, de gestion ou de construction immobilière* ».

121 À la fin du XIX^{e} siècle, Guillouard présente le louage d'ouvrage et l'entreprise comme des notions synonymes (GUILLOUARD (L.), *Traité du louage d'ouvrage*, t. 2, Durand et Pédone-Lauriel, 1891, n° 774, p. 343). L'utilisation de cette nouvelle notion se renforce au début du XX^{e} siècle notamment à la suite de Planiol (PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, Pichon, 1900, n° 1947) Sur cette réflexion, voir …/…

appartenant elle-même à la catégorie générale des contrats de louage[122]. Le louage ou *locatio conductio* était un contrat consensuel de bonne foi proche du contrat de vente[123]. Le mot *locatio* provient du verbe *locare* désignant le fait de placer une chose dans un lieu ou chez une personne[124]. Le louage permettait à un individu, moyennant un prix convenu à l'avance, de s'engager à transmettre à une autre personne la jouissance d'une chose ou encore de lui assurer une prestation de service ou l'exécution d'un ouvrage déterminé. Le louage intervenait par conséquent dans de nombreuses situations. Il existait plus spécifiquement trois types de louages : le louage de choses ou *locatio rei*, le louage de services ou *locatio operarum* et enfin le louage d'entreprise ou d'industrie, plus communément appelé aujourd'hui contrat d'entreprise ou *locatio operis faciendi*.

Quintus Mucius Scaevola admit le louage dans la catégorie des contrats consensuels de bonne foi au début du premier siècle avant Jésus-Christ. En revanche, il n'y a pas d'élément permettant d'attester réellement l'existence du louage avant cette période[125] donc à l'époque de l'ancien droit romain ou « *droit romain primitif* » qui s'étend du VII^e^ au II^e^ siècle avant Jésus-Christ.

Les missions confiées au *conductor* étaient très variées et multipliaient de ce fait le risque de dépassement de sa mission. Il s'agissait le plus souvent de la construction d'un bâtiment destiné à l'habitation ou du transport de marchandises par voie terrestre ou maritime. Le contrat de transport par mer était fréquent au point de nécessiter l'application de règles particulières, celles du droit maritime[126]. Le droit romain était tout particulièrement influencé par la réglementation commerciale et maritime de l'île de Rhodes[127]. La mission du *conductor*

LABARTHE (F.), « Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion », *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 490.

122 VASSART (P.), *Manuel de droit romain*, Bruylant, 2015, p. 366.

123 Ces deux contrats sont synallagmatiques, consensuels et de bonne foi. Ils sont tous deux, dans leur forme latine, désignés par la juxtaposition de deux noms, *locatio conductio* pour le louage et *emptio venditio* pour la vente. Ils désignent par ce procédé de juxtaposition les différentes obligations des deux parties (GAUDEMET (J.) CHEVREAU (E.), *Droit privé romain,* Domat droit privé, 3^e^ éd., 2009, p. 267). Il est cependant possible de les distinguer en vertu de l'intensité du caractère synallagmatique selon le Professeur Villers, « *Aux origines, ces deux contrats sont même parfois difficiles à distinguer l'un de l'autre. Lorsqu'ils seront devenus l'un et l'autre des contrats consensuels, la seule différence résidera en ce que le caractère synallagmatique du louage sera plus prononcé*. », (VILLERS (R.), *Rome et le droit privé*, *op. cit.*, p. 385).

124 MONIER (R.), *Manuel élémentaire de droit romain. II, Les obligations,* 3^e^ éd., Domat-Montchrestien, 1944, *p.* 206, n° 127.

125 ROBAYE (R.), *Le droit romain, op. cit.*, *p.* 273, « … *les sources historiques [sont] muettes à ce sujet* … ».

126 BRÉGI (J.-F.), *Droit romain : les obligations,* Ellipses, 2006, p. 201.

127 La loi de Rhodes ou *lex Rhodia de jactu* envisageait notamment l'hypothèse de mauvaises conditions de navigation ayant contraint le responsable à jeter par-dessus bord certaines marchandises transportées afin de sauver le navire du naufrage et la vie de l'équipage. Dans une telle situation, le propriétaire des marchandises perdues avait impérativement droit à une indemnisation versée en partie par l'armateur et par les affréteurs des marchandises conservées malgré la tempête. Sur ce point, WAGNER (H.), « Die « Lex Rhodia de iactu », *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, 3^e^ série, t. 44, 1997, p. 357 ; BRÉGI (J.-F.), *Droit romain : les obligations,* Ellipses, 2006, p. 201 ; GAUDEMET (J.) CHEVREAU (E.), *Droit privé romain,* Domat droit privé, 3^e^ éd., 2009, p. 268.

pouvait être dans des cas plus rares la création d'une œuvre d'art ou d'un bijou, la participation à l'éducation d'un enfant ou encore la réparation de vieux vêtements[128].

Durant l'Ancien Régime, les travaux supplémentaires effectués par un entrepreneur ne font l'objet d'aucun texte. Quant à Domat, il passe sous silence cette hypothèse[129]. Seul Pothier aborde cette question dans ses écrits[130] en insistant notamment sur la nécessité de l'acte objet du dépassement[131]. L'auteur présente ainsi l'hypothèse dans laquelle l'entrepreneur dépasse les limites de sa mission afin de préserver les intérêts du maître d'ouvrage.

Les rédacteurs du Code civil ne retiennent pas cette conception positive du dépassement et expriment au contraire une très grande méfiance en raison de très fréquentes pratiques malhonnêtes de ces professionnels[132]. Le législateur sanctionne les travaux supplémentaires de l'entrepreneur comme le dispose l'article 1793[133] du Code civil et il protège le maître d'ouvrage contre le paiement desdits travaux.

Le louage d'ouvrage s'est aujourd'hui imposé dans la pratique et occupe une place aussi importante que le contrat de vente. Son importance est indiscutable tant sur le plan théorique que pratique. Le contrat d'entreprise est en pleine expansion et peut, par sa diversité, multiplier les cas de dépassement de mission de l'entrepreneur.

Cette première approche historique du mandat et de l'entreprise révèle une prise en compte récente du dépassement de sa mission par le mandataire et par l'entrepreneur. Les textes qui le régissent remontent à deux siècles seulement[134].

12. Les codifications étrangères et le dépassement de mission. Parmi les codifications des États voisins de la France[135], plusieurs contiennent des réglementations propres au dépassement de mission du mandataire et de l'entrepreneur. C'est notamment le cas dans le Code civil allemand, le Code des obligations suisse, le Code civil espagnol, le Code civil italien et le Code civil portugais. Ces codifications étrangères sanctionnent par principe les

128 ROBAYE (R.), *Le droit romain, op. cit.*, p. 272.

129 DOMAT (J.), *Les loix civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et legum delectus*. Nouvelle édition, t. 1, Paris, Veuve Savoye, 1767, p. 62.

130 Voir *infra* n° 136 et s.

131 BUGNET (J.-J.), *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, 2e éd, t. 4, Paris, Henri Plon, 1861, p. 137.

132 DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant l'ordre du Code civil*, 4e éd., t. 17, Paris, Thorel, 1844, n° 256, p. 268 : « *L'expérience ayant démontré que les propriétaires qui donnent un édifice à construire étaient souvent entrainés par l'avidité des entrepreneurs, dans de bien plus grandes dépenses que celles qu'ils se proposaient de faire d'abord, la loi les a protégés contre de tels abus.* »

133 Voir *infra* n° 231 et s.

134 Précisément au moment de la naissance du Code civil.

135 Sur l'étude comparée de la représentation dans les actes juridiques, voir : POPESCO-RAMNICEANO (R.), *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé*, thèse, Paris, 1927.

dépassements de mission du mandataire ou de l'entrepreneur car ils ne sont pas conformes à la volonté du bénéficiaire de la prestation.

Certaines législations nuancent cependant le caractère fautif en principe attaché à l'acte de dépassement du mandataire en y adjoignant les circonstances qui le justifient. Le cas le plus net est celui du Code civil allemand, le *Bürgerliches Gesetzbuch* autrement appelé BGB, entré en vigueur en 1900. Le droit allemand définit ainsi le dépassement de pouvoir du mandataire comme « *une violation positive du contrat* » (*positive vertragsverletzung*) ou encore comme « *une exécution non appropriée* » (*Schlechterfüllung*)[136]. Le BGB règlemente les dérogations aux instructions du mandant dans son paragraphe 665 intitulé « *Inobservation des instructions* »[137]. Cette disposition ne sanctionne pas le dépassement de mission mais présente les conditions à remplir afin de permettre au mandataire de déroger aux instructions du mandant[138] : « *Le mandataire peut s'écarter des instructions du mandant lorsqu'il peut considérer en raison des circonstances que, si le mandant connaissait la situation, il permettrait cette inobservation. Le mandataire avant d'agir ainsi doit aviser le mandant et attendre sa décision s'il n'y a pas péril en la demeure.* »[139]. Le dépassement n'apparaît pas dans ces lignes comme un comportement fautif mais comme un comportement acceptable ou tolérable sous réserve du respect des conditions mentionnées[140]. Le début de l'article annonce d'emblée la possibilité de dépassement : « *Le mandataire peut s'écarter des instructions du mandant …* »[141]. Le BGB contient également une disposition spécifique relative au dépassement de l'entrepreneur mais uniquement en cas de dépassement de devis et non pas dans l'hypothèse plus générale de dépassement de mission.

136 PÉDAMON (M.), *Le contrat en droit allemand*, 2e éd., LGDJ, 2004, n° 100, p. 76. Cette conception positive du dépassement est partagée par le droit grec. Sur ce point, DELIYANNIS (J.), « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil grec » *in L'abus de pouvoirs ou de fonctions* (Journées grecques), Travaux de l'association Henri Capitant, t. XXVIII, Economica, 1980, p. 98.

137 LARDEUX (G.), LEGEAIS (R.), PEDAMON (M.), WITZ (M.), *Code civil allemand. Traduction commentée*, La lettre des lois, Juriscope Dalloz, 2010, p. 248.

138 PÉDAMON (M.), *Le contrat en droit allemand*, 2e éd., LGDJ, 2004, n° 100, p. 76 : « *une inefficacité en suspens (schwebende unwirksamkeit).* » Sur la distinction opérée par le BGB entre le mandat à titre gratuit et onéreux, voir : FROMONT (M.), KNETCH (J.), *Droit privé allemand*, 2e éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2017, n° 338-339.

139 LARDEUX (G.), LEGEAIS (R.), PEDAMON (M.), WITZ (M.), *Code civil allemand. Traduction commentée*, La lettre des lois, Juriscope Dalloz, 2010, p. 248. Pour la version allemande, § 665 Abweichung von Weisungen : « *Der Beauftragte ist berechtigt, von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, dass der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Der Beauftragte hat vor der Abweichung dem Auftraggeber Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist*. » Voir aussi : *Code civil allemand,* promulgué le 18 août 1896, entré en vigueur le 1er janvier 1900, tome 2, livre II et III, traduit et annoté par C. Bufnoir, J. Challamel, J. Drioux, F. Gény, P. Hamel, H. LévyUllmann, R. Saleilles, 1904-1914, Paris, imprimé par l'ordre du gouvernement à l'imprimerie nationale, p. 198-199.

140 Il en est de même pour l'article 1162 du Code civil portugais qui dispose que : « *L'agent peut échouer à mettre en œuvre le mandat ou déroger aux instructions reçues, quand il est raisonnable de supposer que le mandant approuve sa conduite, s'il connaissait certaines circonstances* ».

141 LARDEUX (G.), LEGEAIS (R.), PEDAMON (M.), WITZ (M.), *Code civil allemand. Traduction commentée*, La lettre des lois, Juriscope Dalloz, 2010, p. 248.

Le paragraphe 650 protège davantage le client[142] confronté aux travaux supplémentaires de l'entrepreneur tout en tenant compte des circonstances à l'origine du non-respect des coûts de réalisation.

Le Code des obligations suisse[143], entré en vigueur en 1912, partage la souplesse du BGB dans sa réglementation du dépassement de mission du mandataire[144]. Le premier alinéa de l'article 397 mentionne les conditions légitimant le non-respect des instructions par le mandataire[145]. Ce dernier peut s'écarter des instructions du mandant sous réserve de respecter deux conditions complémentaires. Premièrement, la recherche d'une autorisation du mandant doit être impossible eu égard aux circonstances. Toutefois, l'article 397 n'apporte aucune précision supplémentaire permettant de délimiter la notion de « circonstances ». Deuxièmement, il doit être admis que le mandant aurait donné son autorisation s'il avait eu connaissance du dépassement. Ce premier alinéa protège le mandant en privilégiant par principe la recherche préalable de son autorisation au dépassement mais également en légitimant uniquement les dépassements de mission conformes à ses intérêts. Le second alinéa protège le mandant dans l'éventualité d'une atteinte à la règle du premier alinéa[146]. Dans ce cas, le mandat n'est pas réputé accompli si le non-respect des instructions se fait au détriment du mandant sauf si le mandataire prend le préjudice à sa charge. L'ordre des deux premiers alinéas de l'article 397 est révélateur car il favorise l'autonomie du mandataire[147]. Cet article prévoit dans un premier temps plusieurs situations légitimant le dépassement et il

142 Article 650 : « (*1) Si le contrat a été fondé sur un devis sans que l'entrepreneur n'ait garanti son exactitude, qu'il apparaît que l'ouvrage ne peut être réalisé sans un dépassement substantiel de celui-ci et que le client résilie le contrat pour cette raison, l'entrepreneur n'est titulaire que de la prétention déterminée au § 645, al. 1. (2) Si un tel dépassement du devis est prévisible, l'entrepreneur doit le déclarer immédiatement au client.* » Sur cette traduction, LARDEUX (G.), LEGEAIS (R.), PEDAMON (M.), WITZ (M.), *Code civil allemand. Traduction commentée*, La lettre des lois, Juriscope Dalloz, 2010, p. 236. § 650 Kostenanschlag : « *(1) Ist dem Vertrag ein Kostenanschlag zugrunde gelegt worden, ohne dass der Unternehmer die Gewähr für die Richtigkeit des Anschlags übernommen hat, und ergibt sich, dass das Werk nicht ohne eine wesentliche Überschreitung des Anschlags ausführbar ist, so steht dem Unternehmer, wenn der Besteller den Vertrag aus diesem Grund kündigt, nur der im § 645 Abs. 1 bestimmte Anspruch zu. (2) Ist eine solche Überschreitung des Anschlags zu erwarten, so hat der Unternehmer dem Besteller unverzüglich Anzeige zu machen.* » Voir aussi : *Code civil allemand,* promulgué le 18 août 1896, entré en vigueur le 1er janvier 1900, tome 2, livre II et III, traduit et annoté par C. Bufnoir, J. Challamel, J. Drioux, F. Gény, P. Hamel, H. LévyUllmann, R. Saleilles, 1904-1914, Paris, imprimé par l'ordre du gouvernement à l'imprimerie nationale, p. 179-180.

143 Son intitulé exact est « *Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations).* »

144 Ce constat est nullement surprenant dans la mesure où le Code civil suisse est en très grande partie inspiré du Code civil allemand.

145 « *1 Le mandataire qui a reçu des instructions précises ne peut s'en écarter qu'autant que les circonstances ne lui permettent pas de rechercher l'autorisation du mandant et qu'il y a lieu d'admettre que celui-ci l'aurait autorisé s'il avait été au courant de la situation.* »

146 « *2 Lorsque, en dehors de ces cas, le mandataire enfreint au détriment du mandant les instructions qu'il en a reçues, le mandat n'est réputé accompli que si le mandataire prend le préjudice à sa charge.* »

147 Art. 396 : « *1 L'étendue du mandat est déterminée, si la convention ne l'a pas expressément fixée, par la nature de l'affaire à laquelle il se rapporte. 2 En particulier, le mandat comprend le pouvoir de faire les actes juridiques nécessités par son exécution. 3 Le mandataire ne peut, sans un pouvoir spécial, intenter un procès, transiger, compromettre, souscrire des engagements de change, aliéner ou grever des immeubles, ni faire des donations ; les règles de la procédure fédérale et cantonale sont réservées.* »

le sanctionne seulement dans un second temps[148]. Comme le BGB, le Code des obligations suisse contient une disposition qui mentionne la notion de dépassement en présence d'un contrat d'entreprise. L'article 375 est spécialement intitulé « *dépassement de devis* »[149] et protège le maître contre les travaux supplémentaires et tout particulièrement contre les travaux produisant un dépassement excessif. En droit suisse, la notion de dépassement semble ainsi particulièrement présente comme le démontre la doctrine[150].

D'autres codifications imposent par principe au prestataire un respect des instructions et, par exception, envisagent l'hypothèse d'un dépassement acceptable[151]. Il en est ainsi du Code civil espagnol ou *Codigo civil* entré en vigueur en 1889. Son article 1714 dispose que : « *L'agent ne peut pas aller au-delà des limites du mandat.* ». Le nécessaire respect des instructions est réaffirmé par l'article 1719 relatif aux obligations du mandataire : « *Dans l'exécution du mandat, l'agent doit se conformer aux instructions du donneur d'ordre. En leur absence, il fera tout ce qui, selon la nature de l'entreprise, ferait un bon père de famille.* ». Selon l'article 1727 relatif à l'engagement du mandant : « *Le donneur d'ordre doit remplir toutes les obligations que l'agent a contractées dans les limites du mandat. Dans ce que l'agent a dépassé, le donneur d'ordre n'est pas obligé sauf s'il a ratifié expressément ou tacitement.* ». L'article 1715 reconnait cependant la légitimité d'un dépassement avantageux pour le mandant[152]. En ce qui concerne la réglementation du dépassement de l'entrepreneur, les travaux supplémentaires ne peuvent faire l'objet d'une augmentation de prix sauf si le maître donne son accord[153].

Le Code civil italien ou *il codice civile italiano* formule aussi dans un premier temps la règle de l'interdiction du dépassement et dans un second temps seulement l'exception par la

148 Un troisième alinéa encadre ses pouvoirs.

149 Article 375 du Code des obligations suisse : « *Lorsque le devis approximatif arrêté avec l'entrepreneur se trouve sans le fait du maître dépassé dans une mesure excessive le maître a le droit, soit pendant, soit après l'exécution, de se départir du contrat. 2 S'il s'agit de constructions élevées sur son fonds, le maître peut demander une réduction convenable du prix des travaux ou, si la construction n'est pas achevée, en interdire la continuation à l'entrepreneur et se départir du contrat en payant une indemnité équitable pour les travaux exécutés.* »

150 Par exemple : FEROLLES (Y.), *Le dépassement du devis de l'architecte : analyse de droit suisse de la responsabilité contractuelle*, Collection neuchâteloise, Université de Neuchâtel, 2016.

151 Par exemple en dehors de l'Europe, voir le droit civil canadien. Sur ce point, FABIEN (C.), « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil canadien » *in L'abus de pouvoirs ou de fonctions* (Journées grecques), Travaux de l'association Henri Capitant, t. XXVIII, Economica, 1980, p. 41.

152 Article 1715 : « *Les limites du mandat ne sont pas considérées comme transgressées si elles étaient remplies de manière plus avantageuse pour le commettant que celle indiquée par ce dernier.* » Artículo 1715 del codigo civil : « *No se consideran traspasados los límites del mandato si fuese cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste*. »

153 Article 1593 du Code civil espagnol : « *L'architecte ou l'entrepreneur responsable d'un ajustement en élévation de la construction d'un bâtiment ou d'un autre ouvrage en vue d'un plan convenu avec le propriétaire du terrain ne peut demander une augmentation de prix même si le salaire ou les matériaux ont été augmentés ; mais peut le faire quand un changement a été apporté au plan qui entraîne une augmentation des travaux, à condition que le propriétaire ait donné son autorisation*. » Artículo 1593 del Codigo civil : « *El arquitecto o contratista que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio u otra obra en vista de un plano convenido con el propietario del suelo, no puede pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales; pero podrá hacerlo cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario*. »

ratification du mandant ou la prise en considération de « *circonstances inconnues du mandant* »[154]. Le dépassement peut être autorisé sans ratification du mandant mais à condition de raisonnablement croire que ce dernier aurait donné son accord si les circonstances lui avaient permis de le faire. La doctrine italienne propre au dépassement du mandataire est conforme à la réglementation espagnole mais s'oppose à celle des codes allemand et suisse. En parallèle, le Code civil italien traite le thème du dépassement de l'entrepreneur en distinguant les modifications de travaux nécessaires au projet[155] et les travaux supplémentaires commandés par le client[156].

13. Objectifs et interrogations. Le but de cette étude est de caractériser la situation de dépassement de mission qui n'est pas traitée en tant que telle par le droit positif. Le dépassement est traditionnellement limité au dépassement de pouvoir du mandataire. Or, l'objectif de cette recherche est de s'extraire de ce cadre limité afin de développer la notion plus générale de « dépassement de mission » dans les prestations de services et tout particulièrement dans le mandat et l'entreprise. En effet, la notion de dépassement de mission du prestataire de service n'a fait l'objet d'aucune recherche doctrinale à la différence du dépassement de pouvoir du seul mandataire[157].

En premier lieu, il s'agira de caractériser le dépassement de mission propre au mandataire et à l'entrepreneur afin d'identifier la singularité de ce manquement. Celui-ci justifie une étude

---

154 Article 1711 du Code civil italien : « *Le mandataire ne peut dépasser les limites fixées dans le mandat. L'acte qui reste en dehors du mandat reste à l'agent, si le mandant ne le ratifie pas. Le mandataire peut s'écarter des instructions reçues si des circonstances inconnues du mandant, et ne pouvant lui être communiquées à temps, peuvent raisonnablement croire que le même commettant aurait donné son accord.* » Art. 1711 Limiti del mandato : « *Il mandatario non può eccedere i limiti fissati nel mandato. L'atto che esorbita dal mandato resta a carico del mandatario, se il mandante non lo ratifica. Il mandatario può discostarsi dalle istruzioni ricevute qualora circostanze ignote al mandante, e tali che non possono essergli comunicate in tempo, facciano ragionevolmente ritenere che lo stesso mandante avrebbe dato la sua approvazione.* » Sur ce point, GRISOLI (A.), DELL'AQUILA (E.), « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil italien » *in L'abus de pouvoirs ou de fonctions* (Journées grecques), Travaux de l'association Henri Capitant, t. XXVIII, Economica, 1980, p. 117.

155 Article 1660 : « *Si, pour l'exécution du travail, il est nécessaire d'apporter des modifications au projet sans l'accord des parties, il appartient au juge de déterminer les variations à introduire et les modifications corrélatives du prix. Si le montant des modifications dépasse le sixième du prix total convenu, le contractant peut résilier le contrat et recevoir, dans les circonstances, une indemnisation équitable. Si les modifications sont importantes, le client peut résilier le contrat et est tenu de verser une indemnité équitable.* » Art. 1660 Variazioni necessarie del progetto : « *Se per l'esecuzione dell'opera a regola d'arte è necessario apportare variazioni al progetto e le parti non si accordano, spetta al giudice di determinate le variazioni da introdurre e le correlative variazioni del prezzo. Se l'importo delle variazioni supera il sesto del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore può recedere dal contratto e può ottenere, secondo le circostanze, un equa indennità. Se le variazioni sono di notevole entità, il committente può recedere dal contratto ed è tenuto a corrispondere un equo indennizzo.* »

156 Art 1661 : « *Le client peut apporter des modifications au projet, à condition que leur montant n'excède pas le sixième du prix total convenu. Le contractant a droit à une indemnisation pour les travaux majeurs exécutés, même si le prix de ces travaux a été déterminé globalement. La disposition de l'alinéa précédent ne s'applique pas lorsque les modifications, bien que contenues dans les limites susmentionnées, entraînent d'importantes modifications de la nature des travaux ou des quantités correspondant aux catégories d'ouvrages prévues dans le contrat pour l'exécution des travaux eux-mêmes.* » Art. 1661 Variazioni ordinate dal committente : « *Il committente può apportare variazioni al progetto, purché il loro ammontare non superi il sesto del prezzo complessivo convenuto. L'appaltatore ha diritto al compenso per i maggiori lavori eseguiti, anche se il prezzo dell'opera era stato determinato globalmente. La disposizione del comma precedente non si applica quando le variazioni, pur essendo contenute nei limiti suddetti, importano notevoli modificazioni della natura dell'opera o dei quantitativi nelle singole categorie di lavori previste nel contratto per l'esecuzione dell'opera medesima.* »

157 Par exemple, OUEDRAOGO (F.), *La responsabilité civile du mandataire*, thèse, Nancy II, 1991, p. 312 et s.

spéciale dans la mesure où il s'agit d'une atteinte singulière aux instructions du créancier. L'étude spécifique du dépassement de mission présente un intérêt scientifique car les cas d'inexécution de la mission du prestataire se rencontrent souvent dans les situations de sous-exécution. Ce constat justifie d'analyser l'inexécution sous l'angle du dépassement et non sous l'angle de la carence. Le fait d'agir en-deçà des limites de la mission peut se comprendre comme un défaut d'exécution contractuelle dès lors que l'objectif de la mission inachevée n'est pas atteint. Il en est de même pour la situation de dépassement de mission qui se comprend comme une inexécution mais cette fois ci par excès et non par défaut. Outre la caractérisation du dépassement, il faudra aussi s'interroger sur la signification réelle de la notion de dépassement. L'objectif sera de répondre à la question en apparence simple : qu'est-ce qu'un dépassement de mission ? Il faudra s'interroger sur la question de la faute afin de déterminer si elle est inhérente à l'acte de dépassement et, s'il s'agit de la reconnaître comme telle même dans les situations où le dépassement se révèle pleinement favorable aux intérêts du bénéficiaire. La réflexion portera ainsi sur le lien entre le dépassement et l'exécution utile de la mission. Une première analyse pourrait légitimer le dépassement en tenant compte de la loyauté contractuelle[158] même si le prestataire agit à titre professionnel[159]. Une position contraire maintiendrait la conception stricte du dépassement en la soumettant à la rigueur des instructions originelles du mandataire ou de l'entrepreneur. La question se posera de savoir s'il faut les respecter rigoureusement ou au contraire s'il est préférable de les enfreindre afin de préserver les intérêts de ce dernier.

En second lieu, l'étude portera sur les effets du dépassement de mission de ces deux prestataires de service. Les effets du dépassement devront être analysés à l'égard des parties mais aussi à l'égard des tiers. La réflexion portera principalement sur l'effectivité du principe de l'intangibilité du contrat. Les instructions du bénéficiaire peuvent être rigoureusement respectées au risque de ne pas préserver pleinement ses intérêts. Au contraire, il est possible de favoriser la liberté voire le pouvoir d'initiative[160] du prestataire si cela protège les intérêts

158 DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général, t.* VI, Paris, Rousseau, 1931, n° 3, p. 9 : « *les contractants forment une sorte de microcosme où chacun doit travailler dans un but commun.* » BRUNSWICK (Ph.), « Rôle de la jurisprudence dans l'émergence du devoir de loyauté en tant que norme générale de comportement », *Cahiers de droit de l'entreprise*, LexisNexis, n° 1, janvier-février 2016, p. 26 : « *La montée en puissance du devoir de loyauté dans le domaine contractuel, sous l'appellation de « bonne foi », a constitué l'une des évolutions les plus marquantes du droit français de ces dernières décennies.* » PICOT (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989, n° 83, p. 97 : « *Aujourd'hui, plus que jamais, exécuter loyalement, c'est exécuter en recherchant la plus grande efficacité possible pour son cocontractant, en lui procurant le plus haut degré de satisfaction, au-delà des stipulations contractuelles.* » KLEIN (J.), « La loyauté en droit des contrats », *La loyauté*, Justice & Cassation, Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Dalloz, 2014, p. 77. Sur la question de la bonne foi inhérente au comportement du contractant, voir notamment : FAGES (B.) *Le comportement du contractant*, préface de Jacques Mestre, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Institut de droit des affaires, 1997, n° 552-561. VOUIN (R.-F.), *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, LGDJ, 1939, n° 76-82. Demogue définissait le contrat comme « *un instrument de coopération loyale, œuvre de mutuelle confiance* » (DEMOGUE (R.), *Traité des obligations*, t. III, 1931, n° 3).

159 Sur la question de la courtoisie dans la vie des affaires, voir notamment : LE TOURNEAU (P.) « Les professionnels ont-ils du cœur ? », *D.* ,1990, p. 21.

160 Olivia Flippo-Bouchaara affirme que le lien contractuel impose par nature un esprit d'initiative afin de pouvoir donner satisfaction à l'autre partie. FLIPPO-BOUCHAARA (O.), *Le lien contractuel*, thèse, Orléans, 2001, p. 105.

du bénéficiaire malgré le non-respect de ses instructions. D'une manière générale, l'intangibilité du contrat est une protection pour le bénéficiaire de la prestation caractéristique. Cependant, les manifestations d'autonomie du prestataire peuvent être acceptables dès lors qu'elles profitent au bénéficiaire. L'objectif sera de comparer le contrat de mandat et le contrat d'entreprise afin d'analyser les effets communs ainsi que les effets propres à ces deux contrats en présence d'un dépassement de mission. La sanction imposée au mandataire doit-elle être identique ou au contraire distincte de celle imposée à l'entrepreneur ? Les prestations du mandataire et de l'entrepreneur sont par principe distinctes. Le mandataire accomplit en principe des actes juridiques au nom et pour le compte du mandant et l'entrepreneur accomplit contre rémunération des actes matériels ou intellectuels en faveur du maître d'ouvrage. L'opposition traditionnelle entre le mandat et l'entreprise peut alors justifier certaines différences dans la manifestation et la sanction des dépassements de mission du mandataire et de l'entrepreneur. Pourtant, la distinction de ces deux contrats n'est pas toujours aisée, tout particulièrement lorsque le mandataire est rémunéré. La seule prise en compte de la nature de l'acte peut être insuffisante car la mission du mandataire impose nécessairement l'accomplissement d'actes matériels au moins accessoires ou résiduels. La reconnaissance d'une difficulté à distinguer ces deux contrats pourrait alors expliquer une éventuelle similarité entre les dépassements du mandataire et ceux de l'entrepreneur ainsi que dans leurs sanctions.

D'une manière générale, cette étude proposera une définition de la notion imprécise de « *dépassement de mission* ». La réflexion nécessitera aussi de rechercher l'existence d'une réglementation générale de cette notion dans le Code civil. À défaut, il sera possible de proposer une modification du Code afin de définir la notion de « *dépassement de mission* » tout en réglementant ses effets dans le mandat et l'entreprise. Les enseignements tirés de l'analyse comparative des dépassements de mission du mandataire et de l'entrepreneur pourront justifier une modification du Code civil.

14. **Plan.** Dans un premier temps, cette étude procédera à la caractérisation du dépassement de mission **(Partie I)** en matière de mandat et d'entreprise afin notamment d'identifier l'origine et la manifestation de ce manquement. L'objectif est de comprendre pourquoi le dépassement de mission est le révélateur d'un excès si singulier dans le domaine contractuel. Dans un second temps, cette recherche se concentrera sur les effets du dépassement de mission du prestataire **(Partie II)** dans le mandat et l'entreprise afin d'identifier les similarités et les différences à l'égard des parties au contrat mais aussi à l'égard de certains tiers.

PARTIE I.

CARACTERISATION
DU DEPASSEMENT DE MISSION

« *Je pense que le droit des contrats, droit des échanges volontaires, instrument irremplaçable de la circulation des biens et des services, doit à la fois faciliter la liberté de l'échange, protéger les prévisions des parties et assurer la justice communicative.* »[161]

Philippe Rémy

15. Contrat, prévisions et dépassement. La caractérisation d'un dépassement de mission n'est-elle pas à elle seule une atteinte à la prévision des parties et tout particulièrement une atteinte aux prévisions du créancier du prestataire ? Une réponse positive à cette question s'impose dans la mesure où le dépassement produit par principe une rupture entre les attentes originelles du créancier et le résultat produit par le prestataire. Cela demeure problématique car les prévisions sont de l'essence du contrat en général.

Selon le Professeur Lecuyer, « *le contrat offre aux parties contractantes de s'approprier le futur, la prévision serait de l'essence du contrat. Que la volonté contractuelle soit tout entière tournée vers le futur n'est finalement qu'une illustration de la propension du droit à manier l'anticipation* »[162]. Plus nuancé, le Professeur Hauriou soutient que : « *Le contrat est l'entreprise la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision* »[163].

Le contrat repose nécessairement sur une logique d'anticipation[164]. L'action par projection est indispensable à la formation du contrat[165]. En effet, la projection permet aux contractants de s'engager à une exécution conforme de leurs obligations. L'anticipation est par conséquent inhérente à la phase de formation du contrat, il faut donc en déduire que le contrat est par principe un acte de prévision[166].

Pourtant, la prévision et l'anticipation des parties ne peuvent jamais garantir totalement une parfaite exécution du contenu contractuel[167]. Il en est ainsi en présence de certains aléas

---

161 RÉMY (Ph.), « Ouverture » *in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la direction de Pauline Rémy-Corlay et Dominique Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 4.

162 LECUYER (H.) « Le contrat, acte de prévision » *in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, 1999, p. 643.

163 HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, préface d'Olivier Beaud, Dalloz, 2010, p. 206.

164 Sur la notion d'anticipation, voir : HALLOUIN (J.-C.), *L'anticipation, Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, thèse, Poitiers, 1979.

165 PENIN (O.), *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, préface de Yves Lequette, Bibliothèque de droit privé, t. 535, LGDJ, 2012, p. 85 : « *c'est parce que l'exécution est la mise en œuvre fidèle de ce que le contrat formé contient que ce dernier est un acte de prévision. C'est en définitive la distinction de la formation et de l'exécution du contrat qui permet au contrat d'être un acte de prévision*. »

166 Sur le lien entre le contrat et la prévision, voir par exemple : LABARTHETTE (D.), *Contrat et prévision : contribution à l'étude des fonctions du contrat*, thèse, Pau, 2004.

167 Sur ce point, voir : THIBIERGE (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, préface de Laurent Aynès, Economica, Recherches juridiques, 2011.

extérieurs à l'exécution contractuelle dont le résultat serait précisément d'en empêcher ladite exécution. Les théories de la force majeure et de l'imprévision protègent le débiteur de l'obligation contre des événements susceptibles de bouleverser les prévisions des parties.

Au-delà de la prise en compte de ces circonstances exceptionnelles, la prévision des parties peut aussi être neutralisée par une manifestation de volonté du débiteur de l'obligation principale. La seule volonté du prestataire peut ainsi le conduire à une exécution partielle de ses obligations. Il peut être à l'origine d'une carence contractuelle en agissant en deçà de son engagement, il s'agit d'une situation de sous-exécution. L'hypothèse inverse est alors celle d'un dépassement contractuel ou plus généralement d'un dépassement de mission caractérisant alors une manifestation de sur-exécution. Cela pose immédiatement la question de l'identification et de la caractérisation de la notion de dépassement afin de pouvoir délimiter cette manifestation dans le domaine du mandat et de l'entreprise.

Les contrats de mandat et d'entreprise imposent en principe au prestataire des missions par nature distinctes. Le mandataire accomplit à titre principal des actes juridiques au nom et pour le compte du mandant ; l'entrepreneur accomplit des actes matériels et/ou intellectuels pour le maître d'ouvrage sans représenter ce dernier. Dès lors, la nature différente de ces missions devrait se répercuter sur les types de dépassement et sur leurs sanctions. Cependant, les difficultés de distinction de ces deux contrats favorisent parfois un rapprochement des missions du mandataire et de l'entrepreneur[168]. Il en est ainsi par exemple pour l'architecte ou l'agence de voyage dont la mission peut porter sur l'accomplissement d'actes juridiques mais aussi matériels.

D'une manière générale, le dépassement de mission du prestataire est un excès durant la phase d'exécution contractuelle. Cet excès dépend nécessairement de l'observation préalable des instructions du créancier et par conséquent de la délimitation de la mission du prestataire. Il faut donc dans un premier temps s'interroger sur la mission du prestataire et plus précisément sur la délimitation de sa mission **(Titre I)** afin dans un second temps d'analyser la situation de dépassement de mission au regard de l'action du prestataire hors des limites de la mission **(Titre II)**.

168 Voir *Infra* n° 41.

TITRE I.

LA DELIMITATION DE LA MISSION DU PRESTATAIRE

16. Des missions en principe distinctes. L'hypothèse d'un dépassement de mission du prestataire de service ne peut pas être analysée efficacement sans apprécier préalablement la notion même de mission du prestataire et plus précisément celle du mandataire et de l'entrepreneur. Les missions de ces derniers étant par nature distinctes, elles contribuent à la différenciation des dépassements de mission en fonction de la spécificité de l'engagement contractuel. Par exemple, le dépassement de mission d'un garagiste est différent du dépassement de mission d'un avocat mandataire. Le garagiste peut dépasser sa mission en exécutant des réparations supplémentaires non prévues dans le devis initialement fourni au maître d'ouvrage. L'avocat mandataire chargé d'accomplir un ou des actes juridiques au nom de son client outrepasse les limites de sa mission s'il agit au-delà des instructions du mandant. Cette différenciation des missions respectives favorise logiquement une distinction dans la manifestation des dépassements de mission.

Cependant, il n'est pas toujours aisé de distinguer réellement la mission de l'entrepreneur et celle du mandataire[169]. La distinction entre le contrat de mandat et d'entreprise demeure en effet souvent délicate[170]. Certes le mandataire agit par représentation dans l'exécution d'actes juridiques[171] à la différence de l'entrepreneur qui n'accomplit que des actes matériels ou intellectuels sans représenter le bénéficiaire. Le pouvoir de représentation inhérent à la mission du mandataire peut être étendu ou au contraire restreint selon la volonté du mandant conformément aux différents caractères du mandat. Le maître d'ouvrage peut aussi fixer avec précision ou imprécision les limites de la mission de l'entrepreneur.

Au-delà de cette distinction entre le contrat de mandat et d'entreprise, une confusion peut apparaître dans le cadre de la mission du prestataire lorsque celui-ci exécute à la fois des actes juridiques et des actes matériels[172]. La nature de la mission **(Chapitre I)** du prestataire ne permet donc pas toujours de distinguer efficacement les missions du mandataire et celles de l'entrepreneur. En ce sens, l'étendue de la mission **(Chapitre II)** peut aussi être un critère appréciable dans le processus de distinction des missions de ces deux prestataires.

---

169 LABARTHE (F.), « La distinction du mandat et du contrat d'entreprise » *in Le mandat, un contrat en crise ?,* Economica, 2011, n° 4 : « *Ils convergent même dans certains cas, ce qui s'explique par leur histoire aux racines parfois communes.* »

170 En ce sens, V. notamment : CAPITANT (H.) TERRÉ (F.) LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Obligations, Contrats spéciaux, sûretés, 12e éd., Dalloz, 2008, p. 748.

171 CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit civil*, 5e éd., Pédone, 1929, p. 274 : « *L'acte juridique est un acte accompli en vue de produire des effets de droit, c'est-à-dire d'engendrer, de modifier ou d'éteindre des droits.* »

172 MEKKI (M.), « La distinction entre acte juridique et acte matériel à l'aune du contrat de mandat » *in Le mandat en question,* sous la direction de Benjamin Rémy, Bruylant, 2013, n° 1 : « *L'une des plus célèbres oppositions est celle qui concerne le contrat de mandat et le contrat d'entreprise, distinction qui s'appuie sur l'objet des actes accomplis : l'accomplissement d'actes juridiques pour le contrat de mandat ; l'accomplissement d'actes matériels pour le contrat d'entreprise. Présente dans la plupart des esprits, cette distinction est conçue par une partie de plus en plus importante de la doctrine comme une distinction malheureuse.* »

CHAPITRE I.

NATURE DE LA MISSION

17. Des éléments distinctifs parfois insuffisants. La détermination de la mission du prestataire est une étape indispensable car elle permet de relever une inexécution par carence ou par dépassement de mission. Auparavant, la qualification légale du contrat, à l'origine de la classification des différents contrats spéciaux, soumet chaque mission à un régime propre[173]. Cette qualification peut s'enrichir de certains éléments essentiels susceptibles de l'affiner, telle la nature de l'acte, par exemple.

Les contrats de prestation de services sont entrés dans le Code civil avec la réforme[174] du droit des obligations[175]. Selon l'article 1165 du Code civil : « *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*

---

173 La qualification légale du contrat doit cependant être distinguée de la dénomination du contrat par les parties. Dans cette circonstance, le juge n'est pas lié par cette dénomination. Il peut ainsi rechercher et éventuellement modifier la nature de cette convention en présence d'une erreur des parties. Le juge doit cependant impérativement tenir compte de la qualification légale.

174 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. FAURE-ABBAD (M.), « Propos introductifs » *in Les contrats de construction au prisme de la réforme du droit des contrat*s, Actes du colloque du 16 mars 2017 organisé par le CERETE et l'ERDP sous la direction de Marianne Faure-Abbad, Université de Poitiers, Presses universitaire juridiques, 2018, p. 1 : « *L'objectif de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 était de rénover le Code civil pour codifier les jurisprudences bien acquises, tuer les jurisprudences mal comprises et moderniser ainsi le droit écrit des obligations, de leur régime et de leur preuve.* »

175 PUIG (P.), « Le contrat d'entreprise » *in Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations* sous la direction de Lionel Andreu et Marc Mignot, vol. 34, Institut universitaire Varenne, 2017, p. 124 : « *Que les auteurs de l'ordonnance du 16 février 2016 aient ou non songé à de telles perspectives, l'introduction dans le Code civil de la catégorie des contrats de prestation de service fournit l'occasion de renouveler l'architecture du droit des contrats spéciaux en tirant les leçons du passé.* » PUIG (P.), « Le prix dans les contrats de prestations de service » *in Le droit spécial des contrats à l'épreuve du nouveau droit commun*, Actes du colloque du 16 décembre 2016 à Aix-Marseille Université, sous la direction de Gwendoline Lardeux, Alain Sériaux et Vincent Egéa, Centre Pierre Kayser, droit privé, PUAM, 2017, p. 60 : « *Les contrats de prestation de services se caractérisent de la même façon, au sens de facere,* [par] *la création de la valeur par le travail humain qui en résulte. Ils s'opposent aux contrats dont la seule fonction est de faire circuler des richesses préexistantes, soit par transfert de propriété, soit par transfert de jouissance.* » Cette évolution fait cependant l'objet de certaines critiques doctrinales. Voir en ce sens : LABARTHE (F.), « La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service. Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du code civil », *JCP,* 2016. 642 ; LARDEUX (G.), « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil », *D*., 2016, p. 1659 : « *À vocable nouveau, concept nouveau en principe. Mais alors même qu'elle reconnaît la notion de contrat de prestation de service, l'ordonnance n'en donne aucune définition.* » ; PELLIER (J.-D.), « L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations enfin ratifiée ! », *Dalloz actualité*, 30 avril 2018 ; POUMARÈDE (M.), « Le marché privé de travaux immobilier au prisme de la réforme du droit des contrats » *in Les contrats de construction au prisme de la réforme du droit des contrats*, Actes du colloque du 16 mars 2017 organisé par le CERETE et l'ERDP sous la direction de Marianne Faure-Abbad, Université de Poitiers, Presses universitaire juridiques, 2018, p. 6 : « … *l'article 1165 vise une famille de contrat dont les membres ne sont pas si aisés à identifier que cela y paraît au premier abord, même si elle pourrait peut-être regrouper tous les contrats donnant naissance à ce que l'on appelait les obligations de faire (C. civ., art. 1101 ancien), par opposition aux contrats translatifs (C. civ. 1196 et s.). […] Quoi qu'il en soit, le vocabulaire ici utilisé est, nous semble-t-il, en raison de son origine plus économique que juridique, mal adapté* … ».

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 ». Bien que le Code n'en donne aucune définition, un accord doctrinal minimum y range le mandat[176] et l'entreprise. Selon le Professeur Le Tourneau : « *Les contrats de prestation de services revêtant la figure, soit du contrat d'entreprise, soit du contrat de mandat ...* »[177].

Au-delà, cependant, il faut observer la nature de l'acte accompli par le contractant tout en recherchant l'existence d'une représentation[178]. En effet, il est traditionnellement admis[179] que le mandataire accomplit à titre principal des actes juridiques au nom et pour le compte du mandant. *A contrario*, l'entrepreneur accomplit nécessairement des actes matériels ou intellectuels sans la moindre représentation. La différence de nature de la mission confiée constitue le fondement des qualifications distinctes de ces deux contrats **(Section I)**. Cependant, des difficultés de qualifications subsistent lorsque le prestataire est chargé de missions complexes **(Section II)**, tels que le promoteur immobilier, l'architecte ou encore l'agent de voyage.

SECTION I.
UNE DIFFERENCE DE NATURE : FONDEMENT DE LA QUALIFICATION DES CONTRATS

18. Une origine commune mais deux régimes distincts. Le mandat et l'entreprise partagent indiscutablement des racines communes du point de vue de leur origine antique. Ces deux contrats permettent au prestataire d'accomplir un travail pour autrui en toute indépendance. De surcroît, ils appartiennent tous les deux à la catégorie relativement vaste des prestations

176 Le contrat de mandat, jadis qualifié de « *petit contrat* », est aujourd'hui un grand contrat dans une société de service. Sur ce point, MAZEAUD (D.), « Rapport de synthèse », *in Le mandat, un contrat en crise ?*, sous la direction de Nicolas Dissaux, Études juridiques, Economica, 2011, n° 4, p. 155 : « *le contrat de mandat est devenu l'archétype du contrat de service, dans une société dans laquelle précisément le service est devenu fondamental. Il est devenu l'un des modèles contractuels sur lequel prospère notre économie de service.* »

177 LE TOURNEAU (P.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation,* Dalloz action, 11e éd., 2018, n° 3321.06.

178 Sur la question des conflits de qualification entre les contrats, voir notamment LABARTHE (F.), « Les conflits de qualification. Eléments de réflexion à partir de la distinction entre le contrat d'entreprise et d'autres contrats » *in Les droits et le droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 540 et s. Voir spécifiquement pour la distinction entre le contrat d'entreprise et de mandat : LABARTHE (F.), « Les conflits de qualification. Eléments de réflexion à partir de la distinction entre le contrat d'entreprise et d'autres contrats », *art. cit.*, n° 25, p. 553.

179 Par exemple : BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 13e éd., LGDJ Lextenso, 2019, n° 645 ; HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 3e éd., 2012, n° 31124 ; MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, 11e éd., Dalloz, 2018, n° 597 ; PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, 6e éd., t. 2, LGDJ, 1912, n° 2232, p. 697.

de service[180], qui recouvre dans la pratique, de très nombreuses manifestations professionnelles[181]. Le Professeur Terré rappelle pourtant que « *les limites initiales de la notion de mandat ont pu paraître incertaines* »[182] au fil du temps. Aujourd'hui, le contrat de mandat s'est très largement professionnalisé, le critère de la gratuité n'est plus le critère de distinction avec l'entreprise. Le seul véritable élément à prendre en compte réside dans la volonté du bénéficiaire de la prestation. L'interrogation porte sur le souhait d'accorder au prestataire le pouvoir d'être engagé par les actes juridiques conclus durant l'exécution de la mission. Le pouvoir de représentation[183] propre au mandataire constitue donc le seul véritable élément de distinction. L'entrepreneur agit pour son propre compte, cela rend impossible la représentation du maître et conduit le prestataire à la seule exécution de travaux matériels et intellectuels.

19. Les missions du mandataire et de l'entrepreneur par essence distinctes. La mission de l'entrepreneur est par essence distincte de celle du mandataire. En effet, le mandataire doit gérer l'affaire ou les affaires d'autrui[184] alors que l'entrepreneur doit accomplir un travail matériel ou intellectuel[185] pour autrui contre une rémunération[186]. En outre, le mandataire exerce une fonction alors que l'entrepreneur accomplit une activité[187].

---

180 RÉMY (B.), « Préface » *in Le mandat en question* sous la direction de Rémy Benjamin, Bruylant, 2013, n° 1 : « *Le mandat est, aujourd'hui, un rouage essentiel de la vie juridique et économique. […] il est également le contrat le plus utilisé par les intermédiaires dont le rôle ne cesse de croître dans notre société de services. Cette mutation d'un contrat à l'origine conçu comme un « service d'ami » en une prestation de services à titre onéreux assurée par un professionnel s'est traduite par un renversement des perspectives.* »

181 Ces deux contrats se distinguaient tout de même dans la Rome antique par la noblesse accordée au mandat en raison de sa gratuité et par la vileté du louage d'ouvrage en raison de son onérosité.

182 TERRÉ (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Bibliothèque de droit privé, t. 2, LGDJ, 1957, n° 115, p. 110.

183 Le Code civil accorde enfin, par la réforme de 2016 (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.) un dispositif légal spécialement consacré à la représentation. La France comble ainsi son retard notamment par rapport à la législation allemande en la matière comme le déplorait en 2003 le Professeur Didier. Sur ce point, DIDIER (Ph.), « L'effet relatif », *in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la direction de Pauline Rémy-Corlay et Dominique Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 189 : « *Dans la tradition juridique française, l'autonomie de la représentation a été lente à être reconnue. Ainsi, à l'heure actuelle [en 2003], la représentation ne bénéficie d'aucune disposition légale qui lui soit spécifiquement consacrée. […] En Allemagne, la théorie de la représentation a été l'objet de toutes les attentions tout au long du XIX^e^ siècle.* »

184 Pour une étude générale : FLATTET (G.), *Les contrats pour le compte d'autrui*, thèse, Paris, 1950.

185 La rigueur de cette distinction ne fait pas l'objet d'un consensus doctrinal. Par exemple, DISSAUX (N.) « Mandat et réforme du droit des contrats » *in Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations* sous la direction de Lionel Andreu et Marc Mignot, vol. 34, Institut universitaire Varenne, 2017, p. 346 : « *Le flou persiste pourtant. Bien qu'elle soit devenue quasiment académique, la définition du mandat fondée sur l'accomplissement d'actes juridiques ne présente guère l'évidence qu'on lui prête trop facilement.* »

186 La rémunération du prestataire n'est pas une obligation dans le contrat de mandat malgré une professionnalisation soutenue au cours du XX^e^ siècle. Enfin l'onérosité est en premier lieu liée à l'entreprise et accessoirement au mandat.

187 LE TOURNEAU (P.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation,* Dalloz action, 11^e^ éd., 2018, n° 3322.72 : « *Tous deux portent sur des services, mais des services de nature très différente* […] *le mandataire exerce […] une fonction, tandis que l'entrepreneur déploie une activité.* »

La codification originelle propre au louage d'ouvrage est pourtant source de confusion. En effet, l'article 1710 du Code civil dispose seulement que : « *Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles.* ». Cette seule définition est en soi insuffisante pour établir une réelle distinction entre le louage d'ouvrage et le mandat. Il faut donc se référer à un critère essentiel, issu des travaux de la doctrine du XIX[e] siècle, afin de compléter de manière significative cette source textuelle. La distinction majeure réside dans le fait que le mécanisme de la représentation propre à l'action du mandataire ne s'impose pas à l'entrepreneur.

D'une manière générale, la représentation[188] est un mécanisme de remplacement d'une personne par une autre dans l'accomplissement d'un ou de plusieurs actes juridiques[189]. Le pouvoir de représentation constitue donc un élément caractéristique de la mission du mandataire **(I)** par nature absent de la mission de l'entrepreneur **(II)**.

I. POUVOIR DE REPRESENTATION : CARACTERISTIQUE DE LA MISSION DU MANDATAIRE

> « *Le droit des contrats spéciaux a connu une évolution considérable depuis la guerre et, aujourd'hui, il enrichit la théorie générale par de nombreux apports originaux, qui l'infléchissent ou le modifient de plus en plus profondément. Le mandat participe à ce mouvement.* »[190]
>
> Philippe Le Tourneau

20. Le mécanisme de la représentation. Il convient dans l'immédiat de savoir si la représentation est réellement de l'essence du contrat de mandat. Faut-il y voir un critère majeur ou mineur d'identification susceptible de participer à sa définition et à sa

188 Le mécanisme de la représentation est admis pour la première fois dès le XVI[e] siècle. DIDIER (P.), *De la représentation en droit privé*, *op. cit.*, p. 38.

189 FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (É.), *Droit civil (les obligations)*, *vol. 1, l'acte juridique*, 16[e] éd., Sirey, 2014, n° 426, p. 443. La représentation a fait l'objet de nombreuses thèses de doctorat, par exemple : BOUQUIER (M.), *Étude générale de la représentation dans les actes juridiques*, thèse, Montpellier, 1899 ; CLARISE (V.), *De la représentation : son rôle dans la création des obligations*, thèse, Lille, 1949 ; CORBESCO (D.), *De la représentation dans les actes juridiques et principalement dans les contrats*, thèse, Paris, 1912 ; DE QUENAUDON (R.), *Recherches sur la représentation volontaire dans ses dimensions interne et internationale*, thèse, Strasbourg, 1979 ; DIDIER (P.), *De la représentation en droit privé*, préface de Yves Lequette, Bibliothèque de droit privé, t. 339, LGDJ, 2000 ; LE PAGE-JASIM (M.-A.), *Le mandat et ses formes modernes*, thèse, Rennes I, 1992 ; MADRAY (G.), *Essai d'une théorie générale de la représentation en droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1931 ; PETIT (F.), *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, préface de Pierre Rodière, Bibliothèque de droit privé, t. 291, LGDJ, 2000 ; PILON (E.), *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, thèse, Caen, 1897 ; STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, préface de Danièle Huet-Weiller, Bibliothèque de droit privé, t. 172, LGDJ, 1982 ; TELEMAN (V.), *De la Représentation en matière réelle et personnelle en droit romain*, Giard et Brière, Paris, 1900.

190 LE TOURNEAU (Ph.), « De l'évolution du mandat », *D.*, 1992, p. 157. Voir aussi, LE TOURNEAU (Ph.), « Quelques aspects de l'évolution des contrats », *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Sirey, 1985, p. 349 et s.

qualification ? Cette réflexion permet de s'interroger sur la force du lien unissant le contrat de mandat au mécanisme de la représentation **(A)** poursuivant ainsi un débat doctrinal ancré dans la pensée civiliste française. La représentation pourrait alors apparaître comme un déclencheur ou du moins comme la véritable origine du dépassement de pouvoir du mandataire. Cela supposerait de s'interroger sur le lien existant entre le pouvoir de représentation et le risque de dépassement du mandataire **(B)**. D'une manière générale, la présentation du lien entre, d'une part, le mandat et la représentation, et d'autre part, la représentation et le risque de dépassement, permettrait de soutenir la position selon laquelle le mandat est le modèle contractuel générant le plus grand risque de dépassement du prestataire.

A. LE LIEN UNISSANT LE CONTRAT DE MANDAT AU MECANISME DE LA REPRESENTATION

21. Présentation générale de la notion de représentation. La représentation[191] est avant tout un procédé technique permettant le remplacement[192] d'une personne par une autre, dans le but d'accomplir des actes juridiques[193]. C'est la raison pour laquelle Christophe Lachièze mentionne la transparence[194] inhérente au représentant durant l'exécution de sa mission[195].

Il est nécessaire de garder à l'esprit que cette représentation « *suppose le cumul d'un pouvoir et d'une intention de représenter* »[196]. En dehors du mandat d'intérêt commun, le mandataire est tenu d'agir exclusivement dans l'intérêt du mandant[197], il doit ainsi être apte à réaliser seul

---

191 Sur la notion de représentation, voir notamment : CLARISE (V.), *De la représentation : son rôle dans la création des obligations*, *op. cit.*, p. 11 et s. La réforme du droit des obligations a innové en 2016 en réglementant un nouveau droit commun de la représentation largement inspiré de la réglementation propre au contrat de mandat. Ce droit commun de la représentation a été suggéré par l'avant-projet Catala au regard de textes internationaux comme les Principes Landö ou les Principes Unidroit, ou encore en vertu de législations étrangères comme le droit allemand et suisse par exemple. Sur ce point, voir notamment, CHÉNEDÉ (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz référence, 2e éd., 2019-2010, n° 123.31, p. 52. ANCEL (F.), FAUVARQUE-COSSON (B.), GEST (J.), *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Essai, Dalloz, 2017, n° 23.71, p. 117.

192 MONTANIER (J.-C.), *Le contrat*, PUG, 2000, p. 44 : « *Lors de la conclusion d'un contrat, c'est le représentant qui apparaît mais les effets ne se produisent, en principe, que dans le patrimoine du représenté*. »

193 FAGES (B.), *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, 2018, n° 90, p. 98. LARROUMET (C.), BROS (S.), *Traité de droit civil, t. 3 Les obligations. Le contrat*, 9e éd., Economica, 2018, n° 131, p. 112. MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit des obligations*, 10e éd., LGDJ, 2018, n° 802, p. 446. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *Droit civil, Les obligations*, 12e éd., Dalloz, 2018, n° 229, p. 261.

194 Sur le concept de transparence, voir notamment, BREDIN (J.-D.), « Remarques sur la transparence », *Rev. jurisp. comm.*, 1993, p. 175 et s. Voir aussi, LICHÈRE (F.), « La transparence, un concept émergent », *in Le droit entre autonomie et ouverture, Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p. 333-355.

195 LACHIEZE (Ch.) *Droit des contrats*, 3e éd., Ellipses, 2012, p. 70.

196 AUBERT (J.-L.), COLLART DUTILLEUL (F.), *Le contrat. Droit des obligations*, 5e éd., Connaissance du droit, Dalloz, 2017, p. 99. FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (É.), *Droit civil (les obligations)*, *vol. 1, l'acte juridique*, *op. cit.*, n° 426.

197 DO (V. D.), *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français,* préface de Jacques Mestre, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, n° 152.

tout acte juridique nécessaire à sa mission[198]. La représentation est plus spécifiquement un mécanisme permettant à une personne, le représentant, de passer un acte juridique au nom et pour le compte d'une autre, le représenté[199]. Elle peut avoir une origine légale[200], judiciaire[201] ou contractuelle. La caractéristique est de produire des effets de droit dans le patrimoine de la personne représentée et non dans celui de la personne ayant matériellement conclu l'acte avec le tiers[202].

Dans le cadre de la représentation contractuelle, le contrat de mandat constitue l'unique manifestation de ce mécanisme. L'idée directrice réside dans l'existence d'un acte[203] conclu au nom et pour le compte d'autrui, ce qui repose donc sur une conception stricte de la représentation mais aussi du mandat. Dans cette logique, le mandat ne peut se concevoir sans la représentation[204] et la représentation ne peut se concevoir sans un acte juridique conclu au nom et pour le compte du représenté. La conception antique du mandat, qui se fondait sur le critère de gratuité, était bien différente.

22. Le critère de la gratuité dans l'Antiquité. À l'origine, la gratuité constituait le seul véritable critère de distinction entre le mandat et l'entreprise. Dans la Rome antique, le mandat est un service d'ami par nature gratuit[205] mais il ne repose nullement sur le mécanisme de la représentation, encore inconnu à l'époque[206]. La rémunération n'est possible qu'en présence d'un louage d'ouvrage avec le versement par le maître d'ouvrage, le *locator*[207], de la *merces* à

198 Soc., 23 juin 2010, pourvoi n° 09-40.093, inédit ; *D.*, 2011, p. 540, obs. D. Ferrier.

199 CARBONNIER (J.), *Droit civil (les obligations)*, t. 4, 12e éd., PUF, 1985, p. 214.

200 Par exemple pour l'intervention d'un tuteur dans la représentation légale d'un mineur : article 408 du Code civil.

201 Par exemple lorsqu'un époux obtient l'habilitation judiciaire de représenter son conjoint : article 219 du Code civil. Sur la question de la représentation des personnes protégées, voir notamment : SCHÜTZ (R.-N.), « La représentation des personnes protégées en droit français » *in La représentation en droit privé, 6e Journées franco-allemandes* sous la direction de Guillaume Wicker, Reiner Schulze et Denis Mazeaud, 1er éd., vol. 26, Société de législation comparée, 2017, p. 75-95, n° 1-31.

202 La représentation signifie « *rendre présent* ».

203 Spécifiquement un acte juridique. PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, 6e éd., t. 2, LGDJ, 1912, n° 2232, p. 697. Le mandat est un « *contrat par lequel une personne, appelée* « *mandant* »*, donne à une autre, appelée* « *mandataire* »*, le pouvoir d'accomplir en son nom un ou plusieurs actes juridiques* ». Cette conception traditionnelle rend inexacte la notion de mandat d'entremise pourtant accordée à l'agent immobilier par la Loi Hoguet.

204 Cette position exclut d'office l'acceptation de mandats sans représentation.

205 PFISTER (L.), « Un contrat en quête d'identité. Jalons pour une histoire de la qualification du mandat » *in Le mandat, un contrat en crise ?,* sous la direction de Nicolas Dissaux, Études juridiques, Economica, 2011, n° 3, p. 3 : « *En droit romain, la gratuité est présentée comme le trait distinctif et essentiel du mandat* … ». PLANOL (M.), « La transformation du mandat depuis le droit romain », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1893, t. XXII, p. 200.

206 CASTALDO (A.), LEVY (J.-P.), *Histoire du droit civil*, 2e éd., précis, Dalloz, 2010, n° 602 et s. DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, 2e éd., Economica, 2012, p. 26 et s. MAGNIN (E.), *De la représentation à Rome dans les actes extrajudiciaires spécialement dans les actes créateurs et extinctifs d'obligations*, thèse, Paris, Pédone, 1899, p. 8 et s. PICHONNAZ (P.), *Les fondements romains du droit privé*, Zürich, Schulthess, 2008, p. 401 et s. CHEVREAU (E.), « Aux origines romaines de la gérance », *RDC,* 2012, p. 11.

207 DANEMANS (F.), « Libre propos sur le maître d'ouvrage » *in Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, LexisNexis, Litec, 2007, p. 157.

l'entrepreneur, le *conductor*. Le *mandatum* était noble et vertueux car il résultait d'un don de soi, d'un comportement altruiste, généreux et désintéressé. Inversement, le *locatio conductio* à savoir le louage d'ouvrage était vil, sordide et méprisable car il reposait sur un ordre marchand par essence mercantile.

Dès lors, le mandat romain portait aussi bien sur les actes juridiques que sur les actes matériels[208]. Un mandataire pouvait par exemple avoir pour mission de construire une tombe. Le critère de distinction ne reposait donc nullement sur la nature de l'acte mais uniquement sur l'état d'esprit du prestataire et spécifiquement sur la noblesse de son acte. Pour le Professeur Leduc : « *En réalité, le critère distinctif entre le mandat et le louage d'ouvrage est chez les Romains non pas technique mais bien plutôt social.* »[209]. Cette conception romaine du mandat et du louage d'ouvrage se maintient sous l'ancien droit grâce à l'interprétation des glossateurs du XII[e] siècle.

23. Le destin de la gratuité du mandat à partir de l'Ancien régime. Domat[210] et Pothier[211] se reconnaissent dans cette opposition du mandat et du louage d'ouvrage et mettent en exergue leur méfiance à l'égard du mercantilisme propre au louage d'ouvrage[212]. Pothier affirme qu'» *il n'y a que les services ignobles et appréciables à prix d'argent qui soient susceptibles du contrat de louage.* »[213]. Le critère de la gratuité du mandat sera maintenu par les rédacteurs du Code civil[214] mais avec une première atténuation introduite dans l'article 1986 : « *Le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire.* ». Le contrat de mandat est donc, par nature et par principe, gratuit mais une rémunération devient possible[215]. La doctrine du XIX[e] siècle reste, malgré la nouvelle codification, résolument attachée à ce critère de gratuité du mandat et par opposition d'onérosité du louage d'ouvrage. Troplong en est un fervent défenseur[216]. Les conceptions civilistes traditionnelles ont cependant des difficultés à maintenir l'idée selon

208 Ulpien, Dig. 17, 1, 12, 17. GAUDEMET (J.), CHEVREAU (E.), *Droit privé romain,* Domat droit privé, 3[e] éd., 2009, p. 273.

209 LEDUC (F.), « Deux contrats en quête d'identité. Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et d'entreprise », *Études offertes à Geneviève Viney*, *Liber amicorum*, LGDJ, 2008, n° 2, p. 595.

210 DOMAT (J), *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, t. 1,1[er] partie, Livre 1, Titre IV, section 1, § 1, Paris, Delalain, 1767.

211 POTHIER (R.-J.), *Œuvres, t.* 5, Traité du contrat de mandat, Videcoq, 1847, n° 10.

212 GAZZANIGA (J.-L.), « Mandat et représentation dans l'ancien droit », *in La représentation, Droits, Revue française de théorie juridique*, n° 6, 1987, p. 21 et s.

213 *Ibid.*

214 RÉMY (B.), « Le mandat « façon puzzle ». Réflexion sur l'origine des difficultés liées à l'opération de qualification en matière contractuelle » *in Le mandat en question* sous la direction de Rémy Benjamin, Bruylant, 2013, n° 16, p. 101 : « …*au lendemain du Code civil, la gratuité permettait de faire le départ entre le mandat et le contrat d'entreprise.* »

215 PELLET (S.), « Gratuité ou onérosité du mandat : un critère pertinent ? » *in Le mandat en question* sous la direction de Rémy Benjamin, Bruylant, 2013, n° 1, p. 69 : « *Le législateur semblait ainsi faire de la gratuité un élément naturel, mais non essentiel, du mandat.* »

216 TROPLONG (R.-T.), *Droit civil expliqué, De l'échange et du louage, t.* 3, Ch. Hingray, 1840, n° 749.

laquelle le mandat est par principe gratuit. La promulgation du Code de commerce en 1807 contribua grandement à cette « *révolte* »[217] dans la perception du mandat.

24. Première référence à la représentation par Pothier. Le lien entre le mandat et la représentation avait déjà été exploré par Pothier. Dans son « *Traité du contrat de mandat* »[218], l'auteur présente indirectement la force du lien entre la représentation et le mandat[219]. Il expose dans un premier temps les effets du mandat sur le mandant : « *Lorsque le mandataire, en exécution du mandat et en se renfermant dans les bornes du mandat, a fait quelque contrat avec les tiers, s'il n'est intervenu dans ces contrats qu'en qualité de mandataire, […] c'est, en ce sens, le mandant qui est censé contracter par son ministère, et qui s'oblige envers les personnes avec lesquelles le mandataire a contracté en cette qualité* »[220].

Il poursuit dans un second temps sa réflexion en exposant de manière complémentaire l'absence d'effet sur le mandataire : « *Le mandataire, en ce cas, ne contracte aucune obligation envers les personnes avec lesquelles il contracte en cette qualité, parce que ce n'est pas lui qui est censé contracter* »[221].

Enfin Pothier termine sa démonstration : « *il [le mandataire] ne fait qu'interposer son ministère, par lequel le mandant est censé contracter* »[222] et confirme ainsi la place essentielle de la représentation dans le mandat. La force de ce lien de représentation est repris à l'article 1984 du Code civil.

25. Consécration de la pensée de Pothier par le Code civil. La représentation est-elle de l'essence du contrat de mandat[223] ? L'article 1984 du Code civil apporte une réponse claire à cette question : « *Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ». À la seule lecture de cet article, le contrat de mandat apparait comme un acte de représentation dans la mesure où il requiert nécessairement un agissement du mandataire au nom et pour le compte du mandant[224]. La lettre et l'esprit de l'article 1984 contribuent pleinement à la position selon laquelle la représentation est de l'essence du mandat dans cette nouvelle codification. Le critère de la

---

217 LEDUC (F.), « Deux contrats en quête d'identité. Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et d'entreprise », *art. cit.,* n° 7.

218 POTHIER (R.-J.), *Traité du contrat de mandat, Œuvres*, Bugnet, t. 6, 1861, p. 207.

219 Il faut d'ailleurs préciser que ses seules références à la représentation se trouvent dans ses lignes relatives au mandat.

220 POTHIER (R.-J.), *Traité du contrat de mandat, Œuvres*, Bugnet, t. 6, 1861, p. 207.

221 *Ibid.*

222 *Ibid.*

223 Claude Giverdon semble dénoncer ce constat dans sa thèse consacrée à l'évolution du mandat et décrit pour cela une précipitation voire une confusion opérée par le Code. GIVERDON (C.), *L'évolution du contrat de mandat*, thèse dactylographiée, 1947, n° 88, p. 66 : « *mandat et représentation sont donc deux institutions que confond le Code civil […] à chaque fois que l'on se retrouve en présence d'un cas de représentation, on a tendance à tout ramener au mandat* ».

224 Sur ce point, FALQUE-PIERROTIN (C.), *Les éléments constitutifs du contrat de mandat. Recherche d'une définition, ses conséquences quant au régime de certains contrats de prestations de services*, thèse, Caen, Dalloz, 1933, p. 17.

gratuité demeure pourtant essentiel au début du XIX[e] siècle jusqu'aux travaux innovants de Duvergier.

26. Abandon de la gratuité et consécration de la représentation par Duvergier. Une révolution doctrinale va s'opérer grâce aux travaux d'un jeune avocat du nom de Jean-Baptiste Duvergier. Cet auteur s'oppose à une distinction doctrinale courante visant à séparer les travaux mécaniques des travaux libéraux. Il rejette de manière catégorique le critère de la gratuité qu'il estime être hypocrite puis souligne les dangers et les faiblesses de cette distinction traditionnelle. Il la juge en ce sens intolérable en raison de sa discordance avec l'évolution des mentalités. Son interrogation porte sur la personne qui agit et non sur l'objet de l'acte. Duvergier affirme qu'il faut : « *se demander si celui par qui la chose a été faite, a agi en son nom, a usé de sa capacité personnelle, ou bien s'il a agi au nom de l'autre et avec le pouvoir que celui-ci lui a conféré* »[225]. Le nouveau critère de distinction entre le mandat et l'entreprise n'est donc plus la gratuité mais l'existence ou non d'un pouvoir de représentation entre les mains du prestataire[226]. Il s'agit d'une « *charge frontale* »[227] contre la tradition doctrinale de l'époque fermement opposée à cette évolution de pensée. La jurisprudence ne reprit pas immédiatement ce raisonnement.

27. La lente évolution jurisprudentielle. La Cour de cassation ne consacre expressément le lien entre mandat et représentation qu'en 1886 : « *le caractère essentiel de ce contrat consiste dans le pouvoir donné au mandataire de représenter le mandant* »[228].

Les missions du mandataire et de l'entrepreneur sont bien par principe distinctes en vertu du seul critère de la représentation. L'entrepreneur est chargé d'accomplir un travail en toute indépendance, par l'exécution d'un acte matériel et sans aucun pouvoir de représentation. Cet enseignement fruit de la célèbre affaire Dame Montigaud est présenté par une décision de la Cour de cassation en date du 19 février 1968[229]. Cet arrêt est régulièrement cité afin de marquer l'origine jurisprudentielle de la distinction moderne entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise[230]. La Cour de cassation y présente une véritable définition du contrat d'entreprise à la fois claire et concise en réunissant trois éléments essentiels à sa délimitation :

---

225 DUVERGIER (J.-B.), *Le droit civil français, t.* 4, éd. Renouard, 1837, n° 272.

226 LABARTHE (F.) NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008, n° 209 : « *Il est admis aujourd'hui d'une part, que le prix n'a plus rien à voir à l'affaire si ce n'est pour exclure la qualification de contrat d'entreprise en son absence et non pour le requalifier immédiatement en contrat de mandat.* » LABARTHE (F.), « Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI[e] siècle*, LGDJ, 2001, n° 16, p. 497.

227 LABARTHE (F.), « La distinction du mandat et du contrat d'entreprise » *in Le mandat, un contrat en crise ? op. cit.*, n° 11.

228 Civ. 14 avr. 1886, DP 1886. 1. 220.

229 Civ. 1[er], 19 février 1968, pourvoi n° 64-14.315, Bull. civ. I, n° 69 ; *GAJC, t.* 2, 11[e] éd., Dalloz 2000, n° 260 ; *JCP,* 1968, II, 15490 ; *Gaz. Pal.,* 1968, 2, p. 144, note J.-P. Doucet : « *Attendu que le contrat d'entreprise est la convention par laquelle une personne charge un entrepreneur d'exécuter, en toute indépendance, un ouvrage ; qu'il en résulte que ce contrat, relatif à de simples actes matériels, ne confère à l'entrepreneur aucun pouvoir de représentation.* »

230 Cependant, la première chambre civile de la Cour de cassation reconnaissait déjà le 27 mars 1959 que « *le mandat […] ne saurait porter que sur des actes juridiques …* ».

l'absence de subordination, l'absence de représentation et enfin l'exécution d'actes matériels. Cet arrêt permet ainsi d'opposer de manière significative le contrat de mandat et celui d'entreprise en rangeant la réalisation d'actes juridiques dans la sphère du mandat et celle d'actes matériels dans la sphère de l'entreprise. Malgré la clarté de la distinction posée par cet arrêt, les difficultés nées d'une combinaison de contrats demeurent dans la pratique extrêmement fréquentes[231].

Une mission de représentation peut conduire le mandataire à la réalisation accessoire d'actes matériels[232] ; il faut alors compléter cet enseignement en précisant que le mandataire accomplit, à titre principal, des actes juridiques. La logique est semblable pour l'entrepreneur, celui-ci accomplit, à titre principal, des actes matériels ou intellectuels. La Cour réaffirme ici un principe déjà reconnu en jurisprudence[233] quelques années plus tôt et très largement partagé par la doctrine. De surcroît, une telle reconnaissance par les juges semble tardive dans la mesure où Duvergier a développé cette position plus de cent trente ans avant cet arrêt. Il faut cependant reconnaître que la position de l'auteur n'a pas été épargnée par les critiques doctrinales[234] justifiant ainsi une certaine opposition jurisprudentielle tout au long du XIX[e] siècle.

La conclusion d'un acte juridique au nom et pour le compte du mandant demeure le critère de qualification du mandat dans la jurisprudence contemporaine[235]. Cependant, l'existence de contrats voisins du mandat crée pourtant une incertitude dans la doctrine civiliste. Cela explique que la force du lien entre le contrat de mandat et la représentation fait actuellement l'objet d'un débat doctrinal ; c'est ce que le Professeur Genicon appelle une « *équation à deux inconnues* »[236].

28. Un débat doctrinal sur le lien entre mandat et représentation. Le débat repose sur une ligne de séparation identifiable opposant d'une part les auteurs qui rejettent l'existence de

231 CAPITANT (H.) TERRÉ (F.) LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Obligations, Contrats spéciaux, sûretés, 12[e] éd., Dalloz, 2008, p. 750 : « *Même lorsque ce critère est net, comme c'est le cas en l'occurrence, sa mise en œuvre n'est pas toujours aisée, en raison de la combinaison possible de deux contrats dans le cadre d'une opération complexe. La combinaison d'un contrat d'entreprise et d'un contrat de mandat est d'ailleurs fréquente au sein d'un même accord.* »

232 Nous pouvons rappeler ici l'affaire des enfants du marin (Civ. 1[er], 9 mars 1970, pourvoi n° 68-13.406, Bull. civ. I, n° 83). LECLERC (F.), *Droit des contrats spéciaux*, 2[e] éd., LGDJ, 2012, n° 897.

233 Civ. 1[er], 2 février 1965, Bull. civ. I, n° 90.

234 Troplong fut le premier représentant de cette pensée conservatrice, il développa sa position trois ans après les écrits de Duvergier : TROPLONG (R.-T.), *Droit civil expliqué, De l'échange et du louage*, t. 3, éd. Ch. Hingray, 1840, p. 43.

235 Com. 3 mars 2015, pourvoi n° 13-15.569, n° 13-18.662, inédit : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans constater que les adhérents avaient confié au syndicat le pouvoir d'accomplir en leur nom et pour leur compte un acte juridique, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.* »

236 GENICON (T.), « Mandat et représentation » *in Le mandat en question*, sous la direction de Benjamin Rémy, Bruylant, 2013.

mandats sans représentation et d'autre part ceux qui l'acceptent[237]. Il s'agit là d'une reformulation de la question récurrente : la représentation est-elle de l'essence du contrat de mandat ?

Pour le premier groupe d'auteurs, le mandat est entendu strictement donc nécessairement avec représentation[238], ce qui exclut par extension la notion de « *représentation imparfaite* ». Dans cette logique, « *la représentation, toujours entendue strictement, est parfaite ou elle n'est pas.* »[239]. La qualification du caractère imparfait de cette représentation serait alors une reconnaissance dialectique de son inexactitude sur le plan théorique[240].

Parmi les opposants à la notion de « *mandat sans représentation* » se trouvent le Professeur Le Tourneau : « *Il n'est point de mandat sans représentation. Mais plusieurs conventions s'apparentent à un mandat, tout en ne créant pas une représentation, du moins immédiate.* »[241] ; et encore le Professeur Izorche : « *si la* « *mission (de représentation des intérêts) sans représentation de la personne* » existe, ce que nul ne conteste, le « *mandat sans représentation* » (de la personne) n'existe pas ! »[242]. Il semble en effet indispensable de voir dans la représentation un élément essentiel du contrat de mandat[243] et par conséquent un élément inhérent à sa qualification[244]. L'article 1984 du Code civil constitue sur ce point un argument majeur[245]. La réforme du droit des obligations ne

237 GENICON (T.), « Mandat et représentation » *in Le mandat en question* sous la direction de Rémy Benjamin, Bruylant, 2013, n° 5, p. 33 : « *Un contrat peut-il être qualifié de mandat lorsque le mandant n'a pas investi le mandataire de pouvoir de le représenter ? La position classique répond par la négative puisqu'elle fait de la représentation un élément essentiel du mandat et donc son élément de qualification. Dans cette perspective, un mandat sans représentation n'est pas un mandat, au même titre qu'une vente sans prix n'est pas une vente. À l'inverse, la position moderne […] soutient que la représentation n'est nullement un élément essentiel du mandat mais tout au plus un élément naturel qui n'est pas nécessaire à sa qualification.* »

238 Par exemple : LE TOURNEAU (Ph.), *Rep. civ.*, V. Mandat, n° 80.

239 IZORCHE (M.-L.), « A propos du « mandat sans représentation » », *D.*, 1999, p. 369, n° 26.

240 MOLIÈRE (A.), « Les sanctions en matière de représentation : point trop n'en faut ! », *D.*, 2017, p. 1547, n° 2 : « *Il sera toujours possible de contester le choix des mots, car parler de représentation imparfaite, c'est peut-être trahir le fait qu'il ne s'agit pas, à proprement parler, de représentation.* »

241 LE TOURNEAU (Ph.), *Rep. civ.*, V. Mandat, n° 80. Voir aussi, LE TOURNEAU (Ph.), « De l'évolution du mandat », *D.*, 1992, p. 157 : « *la représentation est de l'essence du mandat. Tel est son principal caractère.* »

242 IZORCHE (M.-L.), *art. cit.*, n° 33.

243 Parmi les auteurs partageant cette conception, V. not. : PÉTEL (Ph.) *Le contrat de mandat*, coll. Connaissance du droit, Dalloz, 1994, p. 15 ; STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, *op. cit.*, n° 320 ; GRIMALDI (C.), « Mandat et courtage » *in Le mandat, un contrat en crise ?,* sous la direction de Nicolas Dissaux, Études juridiques, Economica, 2011, n° 1, p. 79 ; LABARTHE (F.), « La distinction du mandat et du contrat d'entreprise » *in Le mandat, un contrat en crise ?*, Economica, 2011, n° 21, p. 47. À l'inverse, le Professeur Dissaux soutient que la représentation n'est pas de l'essence du mandat, DISSAUX (N.), « Mandat et contrat de travail » *in Le mandat, un contrat en crise ?*, sous la direction de Nicolas Dissaux, Études juridiques, Economica, 2011, n° 4, p. 51.

244 Le Professeur Gréau mentionne « *cet archétype de la représentation qu'est le contrat de mandat* » (GRÉAU (F.), « Retour sur la représentation comme fondement de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés » *in Leçons de droit civil, Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Études coordonnées par Nicole Guimezanes, Bruylant, 2011, p. 358.

245 LABARTHE (F.), « La distinction du mandat et du contrat d'entreprise » *in Le mandat, un contrat en crise ?*, Economica, 2011, n° 21 : « *Il y a donc le contrat de mandat des articles 1984 du Code civil au sens strict, les autres même s'ils en portent le nom, n'en sont pas véritablement.* »

semble pas prendre clairement position sur cette question. Cela se justifie par le fait que les articles 1153 à 1161 portent d'une manière générale sur le mécanisme de la représentation et non spécifiquement sur le contrat de mandat. Or, la représentation a « une envergure qui dépasse la matière contractuelle » comme le rappelle le Professeur Stoffel-Munck[246]. Le Professeur Puig affirme ainsi que « l'ordonnance de 2016 a manqué l'occasion de clarifier ce flottement sémantique. ». Au contraire, le Professeur Danis-Fatôme soutient que « *L'ordonnance opère un choix : les contrats dans lesquels il n'y a pas de représentation parfaite ne sont pas des mandats.* »[247]. Pourtant, l'ordonnance ne soutient jamais avec précision une telle affirmation. Les deux alinéas de l'article 1154 mettent seulement en parallèle la représentation parfaite d'une part et imparfaite d'autre part[248]. Les articles suivants concernent davantage la représentation parfaite car ils supposent que seul le représenté est engagé mais ce constat semble pourtant insuffisant pour affirmer que l'ordonnance de 2016 s'est positionnée sur cette question.

De nombreux auteurs, opposés à cette conception classique du mandat, affirment *a contrario* que la représentation n'est pas de l'essence de ce contrat[249]. Ils admettent ainsi l'existence de mandats sans représentation tels le contrat de commission[250], la déclaration de command[251] ou encore le prête-nom[252]. Le Professeur Bénabent l'exprime clairement[253],

---

246 STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Le nouveau droit de la représentation et le contrat de mandat » *in Le droit spécial des contrats à l'épreuve du nouveau droit commun*, Actes du colloque du 16 décembre 2016 à Aix-Marseille Université, sous la direction de Gwendoline Lardeux, Alain Sériaux et Vincent Egéa, Centre Pierre Kayser, droit privé, PUAM, 2017, p. 79.

247 DANIS-FATÔME (A.), « Le contrat de mandat à l'épreuve de la réforme du droit des obligations du 10 février 2016 » *in Études en l'honneur du Professeur Jérôme Huet*, LGDJ, 2017, p. 80.

248 « *Lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs au nom et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu de l'engagement ainsi contracté.*

Lorsque le représentant déclare agir pour le compte d'autrui mais contracte en son propre nom, il est seul engagé à l'égard du cocontractant. »

249 Voir notamment : AUBRY (C.) et RAU (C.), *Droit civil français*, Litec, t. 6, 7e éd., par A. PONSARD et N. DEJEAN de la BÂTIE, Litec, 1975, no 164 ; BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 647 ; COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux,* 11e éd., Dalloz, 2019, n° 634 ; DIDIER (P.), *De la représentation en droit privé*, préface de Yves Lequette, Bibliothèque de droit privé, t. 339, LGDJ, 2000, n° 38 ; DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, préface de Christian Jamin, LGDJ, 2007, n° 243 et s. ; HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, sous la direction de Jacques Ghestin, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 31110 : « *Si le mandat a pour objet la gestion des affaires d'autrui, et comporte généralement un pouvoir de représentation, d'autres combinaisons existent.* »

250 Le commissionnaire agit en son propre nom mais pour le compte du commettant. Cette définition est issue de l'article L. 132-1 du Code de Commerce et renforce ainsi la distinction avec le véritable mandat présenté à l'article 1984 du Code civil.

251 Le command fait acheter un bien au commandé qui déclare agir pour autrui mais sans révéler au vendeur l'identité de l'acheteur.

252 Le prête-nom semble agir en son nom et pour son compte mais dissimule en réalité l'identité de celui pour qui il agit.

253 BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 647 : « *La représentation qui en résulte est parfois affirmée comme étant* « *de l'essence du mandat* ». *Ce n'est pourtant pas exact : il y a des mandats sans représentation.* »

notamment dans cette formulation : « *En principe, le mandataire agit au nom du mandant …* »[254]. La nuance inhérente à cette citation est l'expression d'une conception large du mandat. Or la commission, la déclaration de command et le prête-nom ne sont pas de véritables mandats en ce sens qu'ils ne manifestent pas une parfaite représentation. Il s'agit davantage de quasi-mandats[255] et non de véritables mandats conformes à la lettre de l'article 1984 du Code civil. Parmi les opposants à la conception classique du mandat, le Professeur Dissaux affirme que « *la représentation ne fut qu'accidentellement élevée au rang des éléments essentiels de ce contrat.* »[256] ; cet élément historique ne permet pas de déduire que la représentation ne fait plus aujourd'hui partie des éléments essentiels du mandat. L'origine accidentelle d'un principe ne peut justifier sa disparition ultérieure dans le droit contemporain.

Il faut d'ailleurs préciser que les dépassements de mission dans les « mandats sans représentation » et dans les « mandats avec représentation » font l'objet d'un traitement différent. En ce sens, la réforme du droit des obligations a consacré la sanction de l'inopposabilité en présence d'un dépassement de pouvoir du représentant. L'acte passé par le mandataire en situation de dépassement est donc inopposable au mandant car l'acte ne se conforme pas aux instructions de ce dernier[257]. Cette sanction ne se retrouve pas en présence d'un dépassement de mission du commissionnaire. Il en est ainsi dans l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 18 novembre 1969[258]. En l'espèce, un commissionnaire de transport avait seulement reçu de l'expéditeur le mandat de livrer une marchandise contre paiement de son prix par le destinataire désigné au contrat de transport. Néanmoins, le commissionnaire a décidé de payer les droits de douane sans instructions en ce sens. Les juges ont ainsi mis à la charge dudit transporteur le dommage résultant de cette faute en le condamnant à rembourser les droits de douane dus par l'expéditeur. Les marchandises ont, dans les faits, été renvoyées à la suite du refus du destinataire d'en prendre livraison. Le transporteur à l'origine de cette initiative est donc responsable d'avoir excédé les limites de sa mission. Les effets du dépassement de mission dans un mandat sans représentation se rapprochent davantage des effets du dépassement en présence d'un contrat d'entreprise mais sans être parfaitement identiques.

La représentation est donc bien un critère majeur d'identification inhérent au contrat de mandat. Il convient désormais d'analyser l'influence de la représentation sur l'autonomie du mandataire et par conséquent sur le risque de dépassement.

254 *Ibid.*

255 MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, 10e éd., LGDJ Lextenso, 2018, n° 533.

256 DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles, op. cit.*, n° 243.

257 Voir *infra* n° 172 et s.

258 Com. 18 novembre 1969, pourvoi n° 68-11.253, Bull. civ. IV, n° 343.

B. Le lien entre le pouvoir de representation et le risque de depassement du mandataire

29. Le pouvoir, la puissance et la faculté d'agir. Le pouvoir est une notion centrale du droit privé. Elle suscite certaines interrogations tant l'exercice consistant à la définir de façon précise s'avère périlleux. Le pouvoir en droit privé est défini comme étant « *l'aptitude à agir valablement dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien, qui ne préjuge pas l'existence d'un lien de représentation, sans toutefois l'exclure nécessairement* … »[259]. Parmi les prestataires de services, seul le mandataire détient un authentique pouvoir[260], celui de représenter une personne dans la réalisation d'actes juridiques. Le pouvoir, en tant qu'autorité d'une personne privée, est étymologiquement issu du latin *potestas*. Le dictionnaire Gaffiot définit la potestas comme étant à la fois le pouvoir et la puissance d'une personne[261]. La *potestas* désigne donc deux formes de pouvoirs distinctes : d'une part la puissance brute symbole d'autorité et de domination, d'autre part la faculté d'agir en fonction d'une opportunité certaine. La *potentia* incarne également la puissance et l'autorité mais davantage dans une dimension politique[262]. La *potentia* peut ainsi s'illustrer par « *le commandement suprême, l'autorité absolue* »[263], ce qui dépasse amplement le pouvoir plus modeste de la *potestas* restreint au simple citoyen disposant malgré ce constat d'une puissance dans son individualité.

De surcroît, le verbe latin *potentor* désigne le fait d'exercer le pouvoir[264] ou plus simplement de dominer[265]. Le titulaire du pouvoir dispose de la *potens* car il se trouve en capacité d'agir et de prendre des décisions graves tout en restant maître de lui-même[266]. Une nouvelle fois,

---

259 GAILLARD (E), *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n° 75. Être titulaire d'un pouvoir implique l'existence de prérogatives dans ses rapports avec un tiers. Une conception large du pouvoir établit un rapport de supériorité entre deux personnes, la première exerce une emprise sur l'autre. Détenir un pouvoir sans être en mesure de l'exercer sur une autre personne est un non-sens. En effet, celui qui détient un pouvoir partage irrémédiablement un rapport juridique avec une autre personne.

260 FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (É.), *Droit civil (les obligations)*, *vol. 1, l'acte juridique*, *op. cit.*, n° 426, p. 402. La représentation « *suppose le cumul d'un pouvoir et d'une intention de représenter.* » LARROUMET (C.), BROS (S.), *Les obligations, Le contrat*, *op. cit.*, n° 166 : « *On sait que le pouvoir est l'élément essentiel de la représentation et qu'il ne faut pas confondre le pouvoir et la capacité.* »

261 GAFFIOT (F.), *Dictionnaire latin français,* Hachette, Paris, 1934, p. 1209. L'idée de supériorité morale s'impose dans cette origine latine. Le dictionnaire cite comme titulaire d'un tel pouvoir le censeur, le préteur, le tribun puis aborde le pouvoir dans un angle différent en l'associant à la faculté d'agir.

262 NOËL (F.), *Dictionnaire Français-Latin,* Librairie Le Normant, Paris, 1855, p. 811.

263 SUCKAU (E. de), *Nouveau dictionnaire latin-français,* Garnier frères, Paris, 1865, p. 533.

264 GAFFIOT (F.), *Dictionnaire latin français, op. cit.*, p. 1209.

265 THEIL (N.), *Grand dictionnaire de la langue latine, t.* 2, Librairie de Firmin-Didot, Paris, 1929, p. 847. Le *potentator* représente le souverain, personnage puissant par nature.

266 GAFFIOT (F.), *Dictionnaire latin français, op. cit.*, p. 1209, « *prendre en son pouvoir, se rendre maître d'une chose ou s'en emparer* ». La maîtrise de soi doit être entendue dans le sens de puissance à l'encontre des autres mais également à son propre égard.

le pouvoir et la puissance[267] dans le sens d'autorité se manifestent à l'égard des tiers mais aussi à l'égard du titulaire du pouvoir. La maîtrise de sa personne est donc un élément étymologiquement important dans la compréhension du pouvoir et de son titulaire[268]. Or, l'attribution d'un pouvoir est un élément inhérent au mécanisme de la représentation. Le pouvoir et le mandat sont intrinsèquement liés[269] comme le prouve la lettre en partie imprécise[270] de l'article 1984 alinéa 1er du Code civil : « *Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.* ». La mission de représentation suppose donc nécessairement la transmission d'un pouvoir par le mandant à destination du mandataire. Le représentant titulaire du pouvoir doit être en mesure de le recevoir[271] ; il doit être maître de sa propre personne afin de respecter le souhait du mandant et respecter par conséquent les limites de sa mission. En vertu de ce postulat, la manifestation d'un dépassement de mission signifierait que le prestataire n'est pas maître de sa propre personne car il ne respecte pas la volonté du bénéficiaire. La volonté du mandant constitue par conséquent un élément indispensable dans l'encadrement du pouvoir du mandataire.

30. La volonté du mandant. Le pouvoir de représentation du mandataire est intrinsèquement lié à la volonté du mandant[272]. En exprimant son libre arbitre, ce dernier trace les frontières à l'intérieur desquelles le mandataire est libre d'agir. L'attribution par le mandant du pouvoir du mandataire rend possible le bon accomplissement de sa mission[273]. La distinction entre

---

267 CANTIN CUMYN (M.), « La qualification du pouvoir ou le pouvoir de la qualification » *in Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 82 : « *Non seulement le* « *pouvoir* » *n'est pas admis en tant que concept autonome, mais on remarque chez les meilleurs auteurs l'emploi courant de la forme substantive de ce terme, tantôt pour transmettre l'idée de puissance, d'autorité, de capacité, tantôt pour signifier généralement une autorisation d'agir …* ». L'auteur cite notamment Philippe Jestaz. JESTAZ (Ph.), « Pouvoir juridique et pouvoir moral », R. *D. McGill*, 1987, p. 834-853.

268 Le fait d'être « *maître des choses* » se traduisait par *potiri rerum,* ce qui permettait d'unifier le pouvoir, la suprématie et la souveraineté. Nous retrouvons ici l'un des deux préfixes étymologiques du pouvoir qui sont « *pot* » et « *pos* ». Il faut cependant préciser que le verbe *posse* constitue la véritable origine étymologique du pouvoir.

269 MEKKI (M.), « La distinction entre acte juridique et acte matériel à l'aune du contrat de mandat » *in Le mandat en question,* sous la direction de Benjamin Rémy, Bruylant, 2013, n° 2 : « *Le pouvoir est au centre de la définition* » du mandat formulée par l'article 1984 du Code civil.

270 L'imprécision porte sur la référence faite par l'article à « *l'obligation de faire quelque chose* ». Cette seule disposition générale peut englober les actes juridiques comme les actes matériels.

271 MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit des obligations*, 10e éd., LGDJ, 2018, n° 803, p. 446 : « *Le pouvoir est différent de la capacité. La capacité est l'aptitude à faire des actes juridiques valables, c'est-à-dire créer des effets juridiques par sa volonté ; tandis que le pouvoir est l'aptitude à engager autrui par ses propres actes, c'est-à-dire créer des effets juridiques dans le patrimoine d'autrui par l'exercice de sa volonté.* »

272 CANTIN CUMYN (M.), « La qualification du pouvoir ou le pouvoir de la qualification » *in Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 80 : « *… si tout administrateur paraît être un représentant, l'administration pour autrui n'est que le simple exercice des droits subjectifs d'un représenté. La représentation justifiant commodément l'action de l'agent juridique et le mandat étant le principal lieu d'expression de règles relatives à l'effet des actes juridiques accomplis pour autrui, aucun motif suffisant ne portait à mettre en cause le réflexe d'y recourir à titre supplétif, sans que l'éventuelle spécificité de l'administrateur ne soit prise en compte.* »

273 *Ibid.*, p. 83 : « *Le pouvoir juridique est la prérogative attribuée à tout agent qui exerce une charge ou une fonction. La prérogative exceptionnelle dont cet agent est investi a pour objet de lui permettre d'accomplir la mission qui lui est confiée.* »

le contrat de mandat et le contrat d'entreprise s'exprime ainsi par l'existence d'un pouvoir attribué au mandataire à la différence de l'entrepreneur[274]. Or, « *l'obligation de loyauté est de l'essence de l'exercice de pouvoirs* » selon le Professeur Cantin-Cumyn[275]. Cela ne signifie pas que l'obligation de loyauté est davantage présente durant l'accomplissement de la mission du mandataire. En effet, l'intensité du devoir de loyauté ne semble pas être un élément de distinction entre le mandat et l'entreprise car il serait contestable de soutenir que les missions par nature différentes du mandataire et de l'entrepreneur conduisent à une variation de ce devoir. Pourtant, la confiance est bien de l'essence du mandat[276] dans la mesure où le mandant accepte d'être engagé par l'acte accompli par son représentant.

Déterminer l'étendue de la mission de représentation présente un double intérêt, pour le mandataire d'abord, pour le mandant ensuite. Le mandataire de bonne foi pourra se conformer aux souhaits du mandant, en agissant dans le respect de la délimitation prévue. Le mandant se protège contre tout dépassement de pouvoir qui serait sans effet sur lui, sauf s'il en décide autrement. Cependant, la précision de la mission du mandataire peut varier selon les situations et selon la volonté du mandant. Le mécanisme de la représentation exerce donc une influence sur l'autonomie du mandataire.

31. L'influence de la représentation sur l'autonomie du mandataire. L'une des caractéristiques du contrat de mandat réside dans la transmission par le mandant de pouvoirs au mandataire. Ces pouvoirs peuvent être étendus ou délibérément restreints en fonction des attentes du représenté. Ils sont ainsi le révélateur de sa seule volonté et expriment en ce sens une délimitation précise ou imprécise de la mission. Le pouvoir est, selon le Doyen Carbonnier, « *l'élément juridique extérieur qui donne effet à la volonté du représentant sur le patrimoine du représenté* »[277]. Il s'agit d'un élément déterminant car en l'absence de pouvoir le mécanisme de la représentation ne peut réellement produire d'effets sur le patrimoine du mandant. Or, les pouvoirs accordés au mandataire dépendent de la délimitation des instructions du mandant.

Les articles 1987, 1988 et 1989 du Code civil peuvent ainsi être analysés comme une protection permettant au mandant d'encadrer plus ou moins rigoureusement l'autonomie du

---

274 LABARTHE (F.), « Les conflits de qualification. Eléments de réflexion à partir de la distinction entre le contrat d'entreprise et d'autres contrats », *art. cit.*, n° 25, p. 553 : « *Aujourd'hui, le critère retenu est essentiellement celui de la représentation, auquel est parfois associé la distinction entre fait et acte juridique*. »

275 CANTIN CUMYN (M.), « La qualification du pouvoir ou le pouvoir de la qualification », *art. cit.*, p. 84.

276 DISSAUX (N.), « Avant-propos » *in Le mandat, un contrat en crise ?,* sous la direction de Nicolas Dissaux, Coll. Études juridiques, Economica, 2011, IX : « *Le mandat est un bien beau contrat. Par la noblesse qui l'inspire d'abord : n'est-il pas l'un des plus grands hommages rendus à la confiance ?* ». LABEE (X.), « Le juriste, le droit et la règle morale à l'aube du troisième millénaire » *in Mélanges offerts à Emmanuel Langavant*, L'Harmattan, 1999, p. 233 : « *Mais il ne faut pas oublier que l'essence même du contrat de mandat est la confiance. Le mandant choisit son mandataire parce qu'il a confiance en lui. Il lui donne les moyens d'exercer sa fonction en raison même de cette confiance*. » MAZEAUD (D.), « Rapport de synthèse », *in Le mandat, un contrat en crise ?*, sous la direction de Nicolas Dissaux, Études juridiques, Economica, 2011, n° 20, p. 159 : « *la confiance […] me semble constituer l'essence, l'âme du mandat. […] Le mandat est essentiellement, je dirais même existentiellement un contrat de confiance*. ». Voir *supra* n° 9.

277 CARBONNIER (J.), *Droit civil (les obligations)*, t. 4, 12e éd., PUF, 1985, p. 214.

mandataire. La liberté du représentant est strictement contrôlée dans l'éventualité d'un mandat exprès et spécial[278] par exemple. Inversement, un mandat général et conçu en termes généraux[279] accorde une très grande liberté au mandataire. Au regard d'une telle conception, l'autonomie du mandataire dépend exclusivement des instructions du mandant et par conséquent de l'étendue de ses pouvoirs. Mais le mandant est-il réellement en mesure de contrôler pleinement l'autonomie du mandataire ? Le mécanisme de la représentation semble y faire obstacle[280]. En effet, la représentation est analysée dans cette étude comme un élément essentiel du contrat de mandat.

Le mandataire est le titulaire d'un pouvoir de représentation afin d'agir au nom et pour le compte du mandant ; il doit alors bénéficier d'une certaine autonomie afin d'accomplir sa mission y compris en présence d'un mandat impératif. L'autonomie ou la liberté du mandataire peut être étendue ou au contraire restreinte voire résiduelle, elle demeure dans tous les cas présente quelles que soient les instructions du mandant[281]. En ce sens, le mandant peut décider de délimiter avec précision la mission du mandataire sans pour autant le priver totalement de son autonomie dans l'accomplissement de sa mission. L'autonomie serait alors relative voire indétectable mais en aucun cas inexistante. Un mandat exprès et spécial de vendre un bien spécifique pour un montant précis ne prive en principe pas le mandataire de son autonomie dans la mesure où il peut le vendre pour un montant encore plus avantageux pour le mandant. La stricte délimitation de la mission du mandataire atténue effectivement son autonomie mais ne la fait pas disparaître pour autant.

Il est par ailleurs indispensable pour le mandataire de jouir d'une indépendance dans l'exécution de sa mission. En conséquence, le contrat de mandat est distinct du contrat de travail car le mandataire n'agit pas dans le cadre d'une subordination mais dans le cadre d'instructions du mandant. Le représentant bénéficie ainsi d'une indépendance et par extension d'une certaine liberté[282], son autonomie peut être rigoureusement limitée[283] mais n'est jamais réellement annihilée. Or, l'autonomie permet au mandataire d'exprimer sa

278 Voir *infra* n° 77.

279 Voir *infra* n° 63 et s.

280 LE TOURNEAU (Ph.), *Rep. civ.*, V. Mandat, n° 77 : « *La seconde conséquence du principe selon lequel la représentation est de l'essence du mandat est que le mandataire doit jouir d'une autonomie certaine, d'une sorte d'indépendance, d'une liberté – même relative – dans la négociation ou la rédaction de l'acte juridique.* »

281 Par exemple : Civ. 1er, 6 juillet 2000, pourvoi n° 98-12.800, Bull. civ. I, n° 209 : « *Mais attendu que la cour d'appel a retenu que la procuration litigieuse précisait exactement les pouvoirs du mandataire, et que, outre le mandat général de gérer et administrer tous ses biens, Slimane X… avait chargé son fils Belaïd de vendre expressément tout ou partie des biens meubles et immeubles lui appartenant en totalité ou en partie, et de consentir ces ventes aux prix, charges et conditions que le mandataire aviserait …* ».

282 BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 648 : « *Si le mandataire reçoit des instructions, c'est quant à l'acte à accomplir, mais il demeure libre du choix des moyens pour y parvenir ; alors qu'un salarié doit respecter les ordres reçus tout au long de son activité.* »

283 *Ibid.* : « *l'autonomie du mandataire est souvent limitée par la précision des instructions qu'il reçoit.* » Le Professeur Bénabent décrit effectivement dans cette hypothèse la possible limitation de l'autonomie et non la perte totale de l'autonomie.

volonté durant l'accomplissement de sa mission et augmente ainsi indéniablement le risque de dépassement.

Ce risque est accru en présence d'un mandat car les instructions, parfois précises, du mandant en facilitent la détection et le mécanisme de la représentation accorde de surcroît au mandataire une certaine autonomie. Ces éléments permettent au juge d'identifier et de sanctionner les dépassements de pouvoir du mandataire. La singularité du contrat de mandat a donc bien une influence sur le risque de dépassement du prestataire en raison de la délimitation des pouvoirs par le mandant et en raison du caractère représentatif de ce contrat. Le mécanisme de la représentation constitue bien un élément caractéristique majeur de la mission du mandataire et par conséquent un élément de distinction indéniable à l'égard de l'entrepreneur.

II. ABSENCE DE REPRESENTATION INHERENTE A LA MISSION DE L'ENTREPRENEUR

32. La naissance d'un principe. L'histoire du louage d'ouvrage est troublée et sinueuse[284] mais la mission de l'entrepreneur demeure aujourd'hui pleinement identifiable. Il ne peut valablement agir en qualité de représentant du maître de l'ouvrage dans la mesure où il n'agit pas au nom de son client mais en son propre nom afin d'exécuter un travail précis contre rémunération. L'obligation de l'entrepreneur repose donc nécessairement sur l'accomplissement d'un travail matériel ou intellectuel **(A)** en l'absence de représentation[285]. Ce principe est aujourd'hui pleinement accepté par les juges et la doctrine mais il n'en fut cependant pas toujours le cas. Cette conception de la mission de l'entrepreneur, et par extension du mandataire, a fait l'objet d'une longue évolution doctrinale. Les effets de l'absence de représentation de l'entrepreneur doivent être présentés dans le cadre du dépassement **(B)**.

A. L'OBLIGATION DE L'ENTREPRENEUR D'ACCOMPLIR UN TRAVAIL MATERIEL OU INTELLECTUEL

33. Les risques inhérents à l'objet du contrat d'entreprise. Le contrat d'entreprise a pour objet une prestation spécifique et adaptée aux besoins du maître d'ouvrage[286]. Cette définition met en avant la spécificité de la prestation et par conséquent l'absence de standard dans l'exécution de la mission de l'entrepreneur. Cela signifie que la probabilité est toujours

284 HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, sous la direction de Jacques Ghestin, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 32001.

285 LABARTHE (F.), « Les conflits de qualification. Eléments de réflexion à partir de la distinction entre le contrat d'entreprise et d'autres contrats », *art. cit.*, n° 26, p. 554 : « *Quant au contrat d'entreprise, l'absence de pouvoir de représentation n'entre pas souvent dans les définitions proposées.* »

286 DURAND-PASQUIER (G.), *Le maître d'ouvrage, Contribution à l'harmonisation du régime du contrat d'entreprise*, thèse Paris I, 2005, n° 674, p. 296.

grande de découvrir durant la phase d'exécution de la mission, un ou plusieurs éléments nécessaires à ladite exécution mais n'ayant pas été prévus lors de la conclusion du contrat. Il s'agit d'un risque potentiel inhérent à tout contrat d'entreprise dont la probabilité est fonction du niveau de préparation du prestataire. Un prestataire rigoureux est en mesure de prévoir l'étendue des prestations à exécuter ; il sera amené à limiter la survenue de prestations imprévues. Par exemple, un garagiste doit présenter au client un devis complet afin de tenir compte de l'ensemble de prestations indispensables à la réalisation de sa mission d'entretien ou de réparation du véhicule. Néanmoins, au fil du temps, le risque demeure de découvrir de nouvelles tâches nécessaires au bon accomplissement de la mission. A ce sujet, le Professeur Durand-Pasquier évoque « *l'incursion du temps dans le contrat* »[287] comme un facteur favorisant la survenue de risques externes. Il s'agit alors de circonstances extérieures aux parties. La conséquence en est l'ajout de prestations supplémentaires imprévues mais nécessaires à la bonne exécution de la mission. Par ailleurs, le risque d'accomplir des prestations supplémentaires peut s'accroitre du fait de la très grande diversité des actes matériels et intellectuels. La conséquence en est une majoration du coût global de la prestation.

34. La catégorie principale des actes matériels. La réalisation d'actes matériels[288] permet de caractériser le contrat d'entreprise[289] et illustre ainsi spécifiquement l'accomplissement d'une prestation manuelle. Les activités de l'entrepreneur sont en ce sens variées ; elles peuvent avoir pour objet la fabrication, la transformation, l'amélioration, la réparation … Dans toutes ces hypothèses, « *il convient [pour l'entrepreneur] de se mettre en conformité avec les prévisions contractuelles* »[290].

Aux origines du Code civil, la mission du locateur d'ouvrage se limitait strictement à l'accomplissement d'actes matériels. Cela était ainsi conforme à la vision traditionnelle de l'entreprise à savoir une création ou une transformation réelle, concrète, manifestée par une intervention manuelle. Ainsi la qualification de louage d'ouvrage se conçoit par La matérialisation de l'acte. Les missions susceptibles de caractériser un contrat d'entreprise sont, de ce fait, particulièrement nombreuses, il peut s'agir d'un acte de fabrication, de construction[291], de réparation ou encore de nettoyage pour ne citer que ceux-ci. L'activité matérielle sans aucune subordination contribue pleinement à la qualification du contrat

287 DURAND-PASQUIER (G.), *Le maître d'ouvrage, Contribution à l'harmonisation du régime du contrat d'entreprise*, thèse Paris I, 2005, n° 676, p. 297.

288 DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, préface de Christophe Jamin, Bibliothèque de droit privé, t. 485, LGDJ, 2007, n° 265, p. 124 : « *La notion d'actes matériels est, le plus souvent, purement négative : relèvent de cette catégorie tous les actes qui ne présentent pas les caractères de l'acte juridique*. » Voir aussi, EISENMANN (Ch.), *Cours de droit administratif*, t. 1, LGDJ, 1982, p. 368.

289 Sur la nature juridique du contrat d'entreprise, COSTES (M.), *Essai sur la nature juridique du contrat d'entreprise*, thèse, Toulouse, 1913.

290 PIGNARRE (G.), « À la découverte de l'obligation de praestare. Pour une relecture de quelques articles du Code civil », *RTD civ.*, 2001, Dalloz, n° 29, p. 72.

291 Civ. 3e, 17 février 1999, pourvoi n° 95-21.412, Bull. civ. III, n° 40 : « *le contrat de louage d'ouvrage ne confère pas de plein droit au maître d'œuvre mandat de représenter le maître de l'ouvrage, sans constater l'existence d'un mandat spécial donné par la société Alrom à M. X … à l'effet de passer commande de travaux supplémentaires …* ».

d'entreprise, tel fut le cas dans l'Antiquité : « *Il n'a jamais été contesté que l'objet du contrat d'entreprise était d'accomplir des actes matériels.* »[292]. La matérialité de l'acte peut en outre favoriser un risque de dépassement.

L'activité matérielle doit cependant constituer l'activité essentielle du prestataire. *A contrario*, un prestataire ne peut être qualifié d'entrepreneur s'il accomplit à titre principal des actes juridiques et accessoirement des actes matériels. En effet, tout contractant est nécessairement amené à entreprendre une activité matérielle afin de respecter ses obligations sans que sa prestation ne repose impérativement sur un contrat d'entreprise. En ce sens, un mandataire peut être tenu de se déplacer physiquement afin d'accomplir l'acte juridique fixé par son mandant. Il est donc inexact d'affirmer que le seul fait d'accomplir une activité matérielle sans subordination suffit à caractériser un contrat d'entreprise. L'activité matérielle doit être principale. Au-delà des actes matériels donc manuels, la qualification de contrat d'entreprise s'applique également de manière complémentaire aux actes intellectuels.

35. La catégorie complémentaire des actes intellectuels. Le droit positif reconnaît aujourd'hui des actes non matériels comme source d'un acte d'entreprise. Les travaux intellectuels ont, de ce fait et fort logiquement, leur place dans la catégorie du contrat d'entreprise[293] bien que leur nature spécifique les distingue des actes matériels[294]. Ce principe, mis en lumière par Duvergier[295] et progressivement accepté par la doctrine[296], est désormais consacré en jurisprudence comme le démontre l'arrêt de la Cour de cassation en date du 28 février 1984[297]. Dans cette affaire, un ingénieur conseil intervient en tant que sous-traitant afin d'assurer une mission d'étude et de calcul sur la charpente d'un bâtiment. La position de la Cour de cassation est la suivante : « *Les travaux d'ordre intellectuel ne sont pas exclus de la définition du contrat d'entreprise. En effectuant l'étude et les calculs d'une charpente qui incombaient à un entrepreneur chargé de construire un ouvrage, un ingénieur conseil participe […] à l'exécution du contrat d'entreprise conclu par celui-ci avec le maître d'ouvrage.* »[298]. Les dispositions de la loi du 31 décembre 1975 propre à la sous-traitance sont donc bien applicables aux actes intellectuels comme le démontre également l'arrêt du 26 mai 2004[299]. Cette décision

292 TRISSON-COLLARD (V.-P.), « Tentative de distinction des contrats d'entreprise et de mandat fondée sur l'objet du contrat », *LPA*, 7 février 2001, n° 10.

293 LABARTHE (F.), « Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, n° 17, p. 497.

294 LABARTHE (F.) : « Le juge et le prix dans le contrat d'entreprise » *in Études offertes à Jacques Normand, Justice et droits fondamentaux*, Litec, LexisNexis, 2003, p. 288 : « *La prestation intellectuelle est plus difficile à évaluer a priori que la prestation matérielle* ».

295 DUVERGIER (J.-B.), *Le droit civil français, op. cit.*, n° 272.

296 COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, 11e éd., Dalloz, 2019, n° 700 ; PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. 11, (Contrats civils-2e partie), 2e éd., par A. Rouast, J. Lepargneur, R. Savatier, A. Besson, LGDJ, 1954, n° 909.

297 Civ. 3e, 28 février 1984, pourvoi n° 82-15.550, Bull. civ. III, n° 51.

298 *Ibid.*

299 Civ. 3e, 26 mai 2004, pourvoi n° 02-19.629, Bull. civ. III, n° 108.

confirme que l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance peut être appliqué aux prestations intellectuelles[300].

Les actes intellectuels recouvrent tous les actes de l'esprit et permettent ainsi d'accorder le statut d'entrepreneur à de nombreuses catégories professionnelles[301] tel que le médecin, l'avocat[302] ou encore l'architecte[303]. Dans cette optique, la consultation juridique effectuée par un Professeur de droit à une banque sur demande d'un avocat constitue bien un contrat d'entreprise[304]. Le Professeur Gautier explique la légitimité d'une telle qualification : « *De sorte que ce n'est ni un mandat (le consulté ne conclut pas d'actes pour le compte du client), ni un contrat de travail (il n'est pas subordonné), mais une entreprise/louage d'ouvrage. Ce qui entre bien dans les termes très compréhensifs de l'article 1710 du code civil…* »[305].

La position de Duvergier était claire et a pleinement contribué à la prise en compte des travaux intellectuels dans la mission de l'entrepreneur : « *j'affirme que le travail intellectuel est susceptible d'être apprécié comme le travail physique ; que, de tout temps et dans nos mœurs actuelles surtout, on paie par un véritable prix les travaux les plus sublimes de l'intelligence.* »[306].

B. Les effets de l'absence de representation au regard du depassement

36. L'engagement de l'entrepreneur pour les actes conclus durant sa mission. Les actes passés par l'entrepreneur durant l'accomplissement de sa mission n'engagent pas le maître. La représentation n'est pas de l'essence du contrat d'entreprise car l'entrepreneur n'agit pas au nom et pour le compte de son client. Cette démonstration fait notamment l'objet d'une explication dans la thèse de Jules Valéry consacrée aux caractéristiques du mandat : « *le locateur d'ouvrage agit en son propre nom, et il n'a pas le pouvoir de représenter, parce qu'un pareil pouvoir lui est*

300 *Ibid.* : « *Attendu que pour rejeter la demande de la SBE en paiement d'une somme à titre d'honoraires pour l'établissement du dossier de consultation des entreprises, l'arrêt retient que l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975 ne concerne que les contrats de travaux de bâtiments et de travaux publics, que la prestation prévue à la charge de la société SBE par le contrat litigieux n'est pas un contrat de travaux de bâtiment, de sorte que la SBE ne peut se prévaloir de ce texte ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le contrat de maîtrise d'oeuvre, bien que portant sur une prestation intellectuelle, et dont la partie était sous-traitée à la SBE, avait été conclu pour l'exécution d'un programme de construction immobilière, la cour d'appel a violé le texte susvisé.* »

301 Notamment au regard du développement des entreprises de conseils comme le conseil financier, le conseil en gestion, le conseil en communication, les agents de renseignements …

302 GAUTIER (P.-Y.), « Du taux horaire des collaborateurs d'avocats et de ses rapports avec l'éthique et la bonne foi », *RTD civ.*, 2013, p. 395. Civ. 3e, 28 février 1984, pourvoi n° 82-15.550, Bull. civ. III, n° 51.

303 Par exemple : Civ. 1er, 21 janvier 1963, Bull. civ. I, n° 41.

304 TGI Versailles, 28 mars 2006 : *D.*, 2006. IR 1631 ; *Gaz. Pal.*, 2006. 3199 ; *RTD civ.*, 2006, p. 576, obs. P.-Y. Gautier. En l'espèce, l'accord n'a pas fait l'objet d'un contrat écrit malgré le montant de la prestation supérieur à 1500 euros et fixé unilatéralement par le Professeur. La convention a tout de même été valablement formée en raison de la « *la souplesse traditionnelle du contrat d'entreprise et les usages susvisés* ».

305 GAUTIER (P.-Y.), « L'avocat, le professeur de droit et le client : formation et effets du contrat de consultation », *RTD civ.*, 2006, p. 576.

306 DUVERGIER (J.-B.), *Le droit civil français, op. cit.*, n° 272.

inutile. Que ferait un maçon ou un médecin d'un pouvoir de représenter ? Le maçon que j'emploie à la réparation d'un mur n'a jamais l'occasion de me représenter : vis-à-vis de qui me représenterait-il, puisqu'il n'entre en relation qu'avec des choses ? »[307]. Le Professeur Dissaux affirme que cet extrait cristallise l'essentiel de l'argumentation selon laquelle l'entrepreneur exécute sa mission sans représentation[308].

Le principe de l'effet relatif des conventions[309] s'applique car la convention passée par le locateur d'ouvrage n'engage que sa propre personne et son contractant. Pour le Professeur Puig : « *En l'absence de représentation, il ne saurait y avoir mandat, la qualification d'entreprise retrouve son empire.* »[310]. La différence est ainsi significative par rapport au contrat de mandat. En effet, la représentation inhérente au contrat de mandat altère au moins en apparence le principe de la relativité des conventions[311] mais le mandant est engagé par l'acte sans être présent physiquement lors de sa conclusion. L'autonomie de l'entrepreneur est grande notamment dans le libre choix des contractants nécessaires à l'exécution de sa mission.

37. Le libre choix des sous-traitants ou des fournisseurs. L'entrepreneur n'est pas tenu d'informer le maître de son souhait de recourir au mécanisme de la sous-traitance réglementé par la loi du 31 décembre 1975. Le prestataire bénéficie également en toute indépendance d'un libre choix sur la personne du ou des sous-traitants. L'absence de représentation pesant sur la personne de l'entrepreneur confère donc à ce dernier une grande autonomie dans les décisions propres à l'accomplissement de sa mission. Ces manifestations de volonté de l'entrepreneur ne reflètent nullement une manifestation de dépassement de mission.

La logique est identique lorsque l'entrepreneur contracte avec un fournisseur afin de bénéficier du matériel nécessaire à la bonne exécution de sa mission. Le contrat passé avec

---

307 VALERY (J.), *Des caractères distinctifs du contrat de mandat dans le Code civil*, thèse, Aix-Marseille, 1898, p. 103-104.

308 DISSAUX (N.), « Mandat et réforme du droit des contrats » *in Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations* sous la direction de Lionel Andreu et Marc Mignot, vol. 34, Institut universitaire Varenne, 2017, p. 346.

309 Sur la relativité des conventions, voir notamment : GRIMALDI (M.), « Le contrat et le tiers » *in Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 167-174 ; GOUTAL (J.-L.), *Essai sur le principe de l'effet relatif des contrats*, préface de Henri Batiffol, Bibliothèque de droit privé, t. 171, LGDJ, 1981.

310 PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, 8e éd., Dalloz, 2019, n° 817.

311 MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, 10e éd., LGDJ, Lextenso, 2018, n° 532 : « *En apparence, la représentation porte atteinte à la relativité des contrats ; la règle est que les effets d'une convention ne se produisent qu'entre les* « *parties contractantes* » *(art. 1199). Or, lorsqu'il y a représentation, les effets de la convention s'accomplissent non entre le représentant et le tiers avec lequel il contracte, mais entre le tiers et le représenté bien que celui-ci n'ait pas matériellement figuré au contrat.* »

Sur les notions de parties et de tiers : AUSSEL (J.-M.), *Essai sur la notion de tiers en droit civil*, préface de Emile Becqué, thèse, Montpellier, 1951. DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.), *Le tiers à l'acte juridique*, préface de Jean Hauser, Bibliothèque de droit privé, t. 333, LGDJ, 2000. AUBERT (J.-L.), « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ.*, 1993, p. 263. GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), « De l'élargissement de la notion de partie au contrat… à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD civ.*, 1994, p. 275 : « *progressivement, l'imbrication croissante des rapports sociaux a conduit à la prise de conscience que le contrat n'est plus un monde fermé, hermétiquement clos aux influences extérieures et postérieures à sa conclusion. Autrement dit, le contrat n'est plus seulement l'affaire de ses seuls signataires. C'est à ce titre que l'on évoque à son propos l'idée d'une entité contractuelle ayant une valeur propre, indépendamment de la personne des contractants.* » MESTRE (J.), « L'évolution du contrat en droit privé français », *in L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées Savatier, 1985, p. 56.

le fournisseur engage uniquement l'entrepreneur et en aucune façon le maître. Cela est hautement compréhensible et fort logique car l'entrepreneur n'agit pas au nom et pour le compte de son client mais bien pour lui-même.

38. L'absence d'engagement à l'égard de l'entrepreneur et des sous-traitants. Le maître d'ouvrage n'est pas contractuellement lié au sous-traitant choisi par l'entrepreneur. Ce principe essentiel est explicitement formulé dans le célèbre arrêt Besse de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 12 juillet 1991 : « *Le maître de l'ouvrage ne dispose contre le sous-traitant, avec lequel il n'a aucun lien contractuel, que d'une action de nature quasi délictuelle* … »[312]. De ce fait, il est impossible pour le maître d'agir contre le sous-traitant sur le fondement de la responsabilité contractuelle. En dehors de la sphère contractuelle, le maître est libre d'agir contre le sous-traitant spécifiquement en responsabilité délictuelle. De surcroît, le maître n'est pas tenu de réparer les dommages causés par l'entrepreneur dans le cadre de l'exécution de sa mission. Il est cependant essentiel de tenir également compte des intérêts du sous-traitant confronté à une possible faillite de l'entrepreneur principal. En ce sens, la loi du 31 décembre 1975 a mis fin à cette séparation entre le maître et le sous-traitant. Une action directe du sous-traitant à l'encontre du maître est désormais possible mais ne remet pas pour autant en cause la protection du maître.

39. La protection du maître et l'action directe du sous-traitant. Le maître est par principe protégé contre une action du sous-traitant à son encontre et en dehors de toute manifestation de volonté de sa part. Certes, le sous-traitant bénéficie d'une action en paiement contre le maître dans l'éventualité où l'entrepreneur serait en situation de défaillance. Ce principe est expressément formulé à l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance[313]. Il est cependant impératif pour le maître d'accepter la personne du sous-traitant et d'agréer les conditions de paiement. L'article 3 de cette même loi dispose en ce sens que l'entrepreneur doit obtenir l'accord du maître lors de la conclusion du contrat de sous-traitance[314]. Dès 1975, une interrogation se porte rapidement sur la mise en application pratique de ces deux articles dans ce rapport triangulaire entre l'entrepreneur, le maître et le sous-traitant. En effet, la loi de 1975 n'indique pas avec précision si un refus d'agrément du maître prive le sous-traitant d'une action directe contre lui. Il y eut dès 1980 un véritable

312 Ass. Pl., 12 juillet 1991, pourvoi n° 90-13.602, bull. 1991, Ass. Pl., n° 5, p. 7 ; *D.*, 1991, p. 549, note J. Ghestin ; *RTD civ.*, 1991, p. 750, note P. Jourdain ; *D.*, 1992, p. 149, note P. Jourdain ; *RDI*, 1992, p. 71, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli ; *RTD civ.*, 1992, p. 593, note F. Zenati ; *D.*, 1991, p. 257, chron. C. Jamin ; *RDI*, 1992, p. 27, note B. Boubli ; *D.*, 1991, p. 321, note J.-L. Aubert ; *RTD civ.*, 1992, p. 90, note J. Mestre ; *JCP,* 1991, II, 21743, note G. Viney ; *D.*, 1992, p. 119, note A. Bénabent ; *CCC*, 1991, Comm. n° 200, note, L. Leveneur.

313 Cet article dispose que : « *Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance ; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage* ».

314 « *L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande. Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni des conditions de paiement agrées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues de l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant* »

débat jurisprudentiel entre les différentes chambres de la Cour de cassation. La Chambre commerciale[315] affirma tout d'abord que l'accord du maître n'était pas une condition préalable à la mise en œuvre de l'action directe du sous-traitant. Quelques jours plus tard, la troisième chambre civile[316] s'opposa à ce raisonnement et affirma au contraire que l'accord est une nécessité pour rendre effective l'action directe. Cette interprétation est partagée dans un célèbre arrêt de la Cour de cassation en date du 13 mars 1981[317]. Le maître semble donc protégé contre le mécanisme de l'action directe du sous-traitant dans la mesure où les deux conditions cumulatives précédemment exposées doivent être respectées. Cependant la jurisprudence récente n'impose pas un consentement exprès du maître. En effet, un arrêt de la Cour de cassation en date du 5 novembre 2013 reconnaît que le consentement peut être tacite donc non écrit et dépendre ainsi du comportement du maître[318]. Enfin l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975 renforce la protection du sous-traitant au regard notamment du devoir de bonne foi du maître. Celui-ci engage sa responsabilité à l'égard du sous-traitant dans l'éventualité où il aurait connaissance de son intervention mais sans mettre en demeure l'entrepreneur de faire agréer sa présence.

40. Le maître et l'indemnisation du coût des travaux de l'entrepreneur. Le maître d'ouvrage n'est pas tenu en raison de son statut de procéder à l'indemnisation des coûts des travaux entrepris par le locateur d'ouvrage dans le cadre de sa mission. Ce principe protège plus spécifiquement le bénéficiaire de la prestation contre les pertes subies par l'entrepreneur dans la réalisation des travaux. Ce principe ne s'applique pas pour le mandant comme le dispose l'article 2000 du Code civil : « *Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable.* ». Certaines missions peuvent cependant faire naître des difficultés de qualification entre le mandat et l'entreprise.

315 Com. 19 mai 1980, pourvoi n° 79-10.716, Bull. civ. IV, n° 203.

316 Civ. 3e, 29 mai 1980, pourvoi n° 78-16.047, Bull. civ. III, n° 107.

317 Ch. mixte, 13 mars 1981, pourvoi n° 80-12.125, bull. ch. Mixte n° 3 ; *D.*, 1981, p. 309, note A. Bénabent ; *JCP,* 1981. II. 19568, note G. Flécheux ; *RTD civ.*, 1981. p. 862, obs. Ph. Rémy. CAPITANT (H.) TERRÉ (F.) LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Obligations, Contrats spéciaux, sûretés, 12e éd., Dalloz, 2008, p. 755 : « *l'acceptation du maître de l'ouvrage est une condition de l'action directe. La Cour le précise d'ailleurs expressément* … ».

318 Com. 5 novembre 2013, pourvoi n° 12-14.645, Bull. civ. IV, n° 158 ; *RDI,* 2014, p. 38, obs. H. Périnet-Marquet : « *le sous-traitant doit avoir été accepté et ses conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage pour qu'il soit recevable à exercer l'action directe en paiement, ces deux conditions étant cumulatives ; que si l'acceptation et l'agrément peuvent être tacites, ils doivent résulter d'actes manifestant sans équivoque la volonté du maître de l'ouvrage d'accepter le sous-traitant et d'agréer ses conditions de paiement.* »

SECTION II.
LES DIFFICULTES DE QUALIFICATION EN PRESENCE DE MISSIONS COMPLEXES

41. Une complexe qualification des missions née de la proximité du mandat et de l'entreprise. Les difficultés affectant le processus de qualification d'un contrat sont nombreuses. Des dérives peuvent en ce sens être constatées en vertu de certaines qualifications de mission en faveur du mandat ou de l'entreprise. Le critère de distinction reposant sur la nature de l'acte juridique ou matériel, autrefois solide, est désormais bien fragile comme le reconnait le Professeur Mekki[319].

Les dérives de qualification propres aux contrats de services semblent plus fréquentes dans le secteur immobilier notamment en raison de la grande variété des contrats de ce domaine[320]. Ces dérives de la loi ou de la jurisprudence reconnues comme telles par une partie de la doctrine[321] résultent de la proximité entre le mandat et l'entreprise en vertu de la mission confiée au contractant. Ces missions peuvent être classées en distinguant celles qui ne conduisent pas à la coexistence du mandat et de l'entreprise de celles qui y conduisent. Le choix législatif du mandat **(I)** peut être à l'origine de ces dérives mais certaines professions favorisent la coexistence du mandat et de l'entreprise **(II)**.

I. CHOIX LEGISLATIF DU MANDAT

42. Les failles de certaines qualifications. La critique de certaines qualifications doit être opérée avec prudence et nuance. Les dérives constatées se répartissent en dérives entendues *stricto sensu* et celles entendues *lato sensu*. Dans le premier cas, la dérive est strictement identifiable par exemple lorsque la loi qualifie de mandat une profession portant

319 MEKKI (M.), « La distinction entre acte juridique et acte matériel à l'aune du contrat de mandat », *art. cit.* : « *Même si l'opposition entre contrat de mandat et contrat d'entreprise, à l'aune des actes juridiques et des actes matériels, est l'œuvre de juristes qui maîtrisent parfaitement l'art de la distinction, on ne peut s'empêcher de croire que cet art bien abstrait a fait son temps. L'impressionnisme législatif et jurisprudentiel invite à faire de l'acte juridique un critère d'arrière-garde : la qualification de mandat appliquée aux agents commerciaux, aux agents de voyage, aux agents immobiliers, aux commissionnaires, aux courtiers ou aux promoteurs immobiliers constitue, en quelque sorte, un tsunami qui doit emporter le critère de l'acte juridique. La nouvelle vague doctrinale remettant en cause la pertinence de cette distinction doit à l'avenir emporter la conviction.* »

320 FAURE-ABBAD (M.), « Propos introductifs » *in Les contrats de construction au prisme de la réforme du droit des contrat*s, Actes du colloque du 16 mars 2017 organisé par le CERETE et l'ERDP sous la direction de Marianne Faure-Abbad, Université de Poitiers, Presses universitaire juridiques, 2018, p. 2 : « … *la variété de contrats spéciaux mobilisés pour une opération de construction immobilière est grande : louage d'ouvrage, vente, mandat, bail.* » Sur ce point, voir aussi, FAURE-ABBAD (M.), « Les incidences de la réforme sur les effets des contrats de construction : questions choisies », *in Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations* sous la direction de Lionel Andreu et Marc Mignot, vol. 34, Institut universitaire Varenne, 2017, n° 3, p. 183.

321 Voir notamment : COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, 11e éd., Dalloz, 2019, n° 702 ; LABARTHE (F.) NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008, n° 211 ; MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, 10e éd., LGDJ, Lextenso, 2018, n° 711 ; PUIG (P.), *La qualification du contrat d'entreprise*, *op. cit.*, n° 136 ; TRISSON-COLLARD (V.-P.), « Tentative de distinction des contrats d'entreprise et de mandat fondée sur l'objet du contrat », *LPA*, 7 février 2001, n° 20.

majoritairement sur l'accomplissement d'actes matériels comme celle d'agent immobilier. Dans le second cas, la dérive correspond aux hypothèses où un professionnel a pour mission l'accomplissement d'actes juridiques mais aussi matériels ou intellectuels. Les dérives législatives *stricto sensu* constatées par la doctrine dans le secteur immobilier se manifestent généralement en faveur du contrat de mandat[322].

43. **La place centrale du mandat**. Le mandat a désormais une place centrale dans le domaine de la contractualisation moderne[323]. L'importance reconnue au mécanisme de la représentation se manifeste tout particulièrement dans le processus de qualification des contrats d'affaires. Ce choix législatif s'observe depuis les années 1970 spécialement pour le contrat de promotion immobilière **(A)** et pour le contrat d'agence immobilière **(B)**.

A. LE CONTRAT DE PROMOTION IMMOBILIERE

44. **La mission du promoteur.** Le contrat de promotion immobilière, singularisé « *par sa grande rareté* »[324], permet au maître d'ouvrage de confier à un promoteur la responsabilité du choix des constructeurs afin de procéder à la réalisation d'un programme de construction[325]. La particularité du contrat de promotion immobilière résulte également du fait que le promoteur mandataire est soumis à une obligation de résultat alors que l'usage permet habituellement[326] de soumettre le mandataire à une obligation de moyens durant l'exécution de sa mission[327].

322 LE TOURNEAU (Ph.), « De l'évolution du mandat », *D.*, 1992, p. 157 : « *La faveur actuelle pour le mandat conduit parfois le législateur à baptiser ainsi des liens contractuels qui ne méritent pas cette qualification.* »

323 HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 3e éd., 2012, n° 31003 : « *Désormais, à l'issue d'un processus de développement continu, la figure du mandat occupe une position centrale au sein de techniques contractuelles*. » LE TOURNEAU (Ph.), « De l'évolution du mandat », *D.*, 1992, p. 157 : « *La vision traditionnelle du code relative au mandat, comme un petit contrat, car de peu d'importance et conclu à titre amical, est complètement obsolète. Chacun de ces deux éléments est aujourd'hui controuvé. D'abord, le contrat de mandat est d'une importance considérable, d'une utilisation fréquente dans l'activité juridique des citoyens et constante dans la vie des affaires. Grâce à la représentation qu'il implique, le mandat permet à quelqu'un de passer un acte qu'il ne pourrait pas personnellement conclure, soit en raison de son incapacité juridique, soit en raison d'un empêchement matériel. L'utilisation du mandat est si considérable aujourd'hui qu'il ne me semble plus possible de le regarder comme un « petit contrat ». Il est devenu « grand » ! Mieux, il nous semble qu'il est devenu un des deux « super-grands », avec le contrat d'entreprise (au sens contemporain du mot) – alors que le contrat de vente voit son poids relatif diminuer.* »

324 DURANT-PACQUIER (G.), « Le contrat de promotion immobilière sous le prisme de la réforme » *in Les contrats de construction au prisme de la réforme du droit des contrat*s, Actes du colloque du 16 mars 2017 organisé par le CERETE et l'ERDP sous la direction de Marianne Faure-Abbad, Université de Poitiers, Presses universitaire juridiques, 2018, p. 1.

325 GIVERDON (C.), « Le contrat de promotion immobilière », *Gaz. Pal.*, 1972-1, doct., p. 213.

326 Mais non exclusivement.

327 FAURE-ABBAD (M.), « La responsabilité des mandataires du secteur de l'immobilier » *in Le mandat en question* sous la direction de Rémy Benjamin, Bruylant, 2013, n° 24, p. 182.

Le contrat de promotion immobilière constitue un « *contrat nommé précieux* »[328] car il est conçu comme un outil de protection et de prévision[329], ce qui pourrait par ailleurs être de nature à renforcer le caractère fautif d'un dépassement de sa mission par le promoteur[330]. Il doit ainsi prendre toutes les mesures juridiques, financières mais également administratives afin de parvenir au résultat[331] attendu par le maître d'ouvrage à savoir la réalisation de l'ouvrage[332]. Le statut du promoteur est cependant singulier dans la mesure où il agit par nature comme un mandataire bien que le statut d'entrepreneur puisse lui être accordé s'il décide d'exécuter lui-même les travaux[333]. Il est ainsi important d'apprécier les deux fonctions cumulatives de mandataire et d'entrepreneur du promoteur en vertu de la qualification unitaire retenue par le législateur depuis 1971.

45. Une qualification unitaire. Le contrat de promotion immobilière revêt par nature une qualification unitaire. Cette qualification législative trouve pour fondement l'article 1831-1 du Code civil[334] dont le contenu qualifie fermement le contrat de promotion immobilière de mandat d'intérêt commun[335]. Le promoteur immobilier agit donc en qualité de mandataire[336], bien que l'alinéa 2 dudit article le soumette aux obligations du locateur

328 DURANT-PACQUIER (G.), « Le contrat de promotion immobilière sous le prisme de la réforme » *in Les contrats de construction au prisme de la réforme du droit des contrat*s, Actes du colloque du 16 mars 2017 organisé par le CERETE et l'ERDP sous la direction de Marianne Faure-Abbad, Université de Poitiers, Presses universitaire juridiques, 2018, p. 1.

329 *Ibid.*

330 Le pouvoir de représentation du promoteur doit l'amener à respecter les prévisions du maître. *Ibid.* : « *Le régime singulier de cet acte est marqué par une représentation, d'une part, et par un objectif renforcé de prévision, d'autre part*. »

331 Le promoteur immobilier est soumis à une obligation de résultat pour l'essentiel de sa mission alors que le mandataire est dans la plupart des cas soumis à une obligation de moyens. Sur ce point, voir notamment FAURE ABBAD (M.), « La responsabilité des mandataires du secteur de l'immobilier » *in Le mandat en question,* sous la direction de Benjamin Rémy, Bruylant, 2013, n° 24.

332 Plus exactement de l'édifice pour reprendre la formulation de l'article 1831-1 du Code civil.

333 BOUBLI (B.), *Rép. civ.,* V° Contrat d'entreprise, n° 137 : « *le promoteur immobilier est donc un ensemblier qui agit aussi par représentation, ce qui en fait un prestataire à part*. »

334 L'article 1831-1 du Code civil dispose que : « *Le contrat de promotion immobilière est un mandat d'intérêt commun par lequel une personne dite " promoteur immobilier " s'oblige envers le maître d'un ouvrage à faire procéder, pour un prix convenu, au moyen de contrats de louage d'ouvrage, à la réalisation d'un programme de construction d'un ou de plusieurs édifices ainsi qu'à procéder elle-même ou à faire procéder, moyennant une rémunération convenue, à tout ou partie des opérations juridiques, administratives et financières concourant au même objet. Ce promoteur est garant de l'exécution des obligations mises à la charge des personnes avec lesquelles il a traité au nom du maître de l'ouvrage. Il est notamment tenu des obligations résultant des articles 1792, 1792-1, 1792-2 et 1792-3 du présent code. Si le promoteur s'engage à exécuter lui-même une partie des opérations du programme, il est tenu, quant à ces opérations, des obligations d'un locateur d'ouvrage*. » Cet article est originellement issu de la Loi n° 71-579 du 16 juillet 1971 relative à diverses opérations de construction.

335 Voir JO, dél. AN, 1971, p. 2813 à 2815, spécifiquement l'intervention de M. Tisserand, rapporteur à la commission des lois, p. 2813.

336 DURANT-PACQUIER (G.), « Le contrat de promotion immobilière sous le prisme de la réforme », *art. cit.,* p. 4 : « *Les promoteurs stricto sensu sont au contraire des prestataires. Ils prennent en charge un programme destiné, dès l'origine à un autre sujet de droit, sur un terrain qui ne leur appartient pas. Aussi pour ce faire, représentent-ils un maître d'ouvrage dans les actes nécessaires à l'édification d'un bien, dont les caractéristiques auront été certes définies ensemble, le plus souvent, mais toujours sur un foncier qui leur est étranger.* »

d'ouvrage en présence d'une exécution personnelle d'une partie des opérations[337]. La mission du promoteur le soumet aussi, selon l'article 1831-1 du Code civil, au respect « *d'un prix convenu* ». L'engagement du prestataire porte donc sur la réalisation d'un programme de construction mais aussi sur le respect de son prix. L'engagement porte également sur les dépassements de prix[338].

Les rédacteurs de l'article 1831-1 du Code civil font *a priori* preuve de fermeté en refusant d'accorder au promoteur une qualification autre que celle de mandataire d'intérêt commun. Ils rejettent ainsi de manière catégorique l'idée que le promoteur puisse agir en qualité d'entrepreneur. Il faut cependant noter que le projet de loi initial présenté devant la commission des lois de l'Assemblée nationale avait une conception différente de la promotion immobilière[339]. Le projet proposait en effet de rajouter une catégorie de louage d'ouvrage consacrée à la promotion immobilière[340]. Cette perspective des premiers rédacteurs est révélatrice des dérives touchant la nouvelle version de cette loi. La qualification exclusive retenue peut en ce sens faire l'objet d'une discussion.

46. Une qualification exclusive de mandataire sujette à discussion. Le promoteur agit comme un mandataire dans le cadre de sa mission afin d'engager juridiquement son mandant[341] mais cela ne constitue pas l'ensemble de sa mission. La qualification de mandataire est ainsi incomplète car elle ne révèle pas l'étendue de ses obligations[342]. L'article 1831-1 alinéa 2 est également révélateur car il admet que le mandat peut s'effacer au profit du louage d'ouvrage dans des circonstances précises[343]. Madame la Professeure Faure-Abbad reconnaît que : « *le contrat de promotion immobilière est un mandat mélangé d'entreprise.* »[344].

De plus le promoteur peut être amené à entreprendre des activités matérielles et à agir de ce fait en qualité d'entrepreneur. Une très grande partie de la doctrine critique pour ces

337 Dans une telle éventualité, le contrat de promotion immobilière reste par nature un mandat d'intérêt commun. Le promoteur est alors soumis cumulativement aux règles du mandat d'intérêt commun pour l'ensemble des obligations liées à sa prestation et aux obligations du locateur d'ouvrage pour les étapes du programme qu'il exécute personnellement.

338 TOMASIN (D.), *Droit de la construction, Dossier 230. Contrat de promotion immobilière,* Dalloz action, sous la direction de Phillipe Malinvaud, 7e éd., 2018, n° 230.82, p. 440 : « *Cet engagement porte sur tous les dépassements de prix (défaillance d'un entrepreneur …), même d'origine fortuite.* »

339 PUIG (P.), *La qualification du contrat d'entreprise, op. cit.*, n° 136.

340 Comme ce fût le cas pour le contrat d'architecte.

341 Sur la question du pouvoir de représentation du promoteur et de la consécration d'un régime de droit commun de la représentation, voir notamment, DURANT-PACQUIER (G.), « Le contrat de promotion immobilière sous le prisme de la réforme », *art. cit.,* p. 7 et s.

342 LE TOURNEAU (Ph.), « De l'évolution du mandat », *D.*, 1992, p. 157 : « *Plus topique encore est le sort du promoteur immobilier. Le contrat qui le lie au maître de l'ouvrage est qualifié, par la loi, de mandat d'intérêt commun (c. civ., art. 1831-1). Or, l'essentiel de son activité – comme celle d'un architecte, bien que d'une autre nature – nous semble davantage ressortir du louage d'ouvrage (contrat d'entreprise).* »

343 C'est à dire l'exécution des travaux par le promoteur.

344 FAURE-ABBAD (M.), *Droit de la construction*, 3e éd., Gualino, 2016, p. 134.

raisons cette qualification exclusive de mandat[345]. Certains auteurs reconnaissent le caractère discutable de cette qualification exclusive mais ne la remettent pas en cause pour autant[346]. La recherche de l'activité réelle du promoteur demeure essentielle tout particulièrement pour caractériser un dépassement de mission.

47. La prise en compte de l'activité réelle du promoteur. La qualification de mandat d'intérêt commun du contrat de promotion immobilière apparaît comme une dérive législative compte tenu de l'activité réelle du promoteur. Le promoteur prend l'initiative[347] d'une opération de construction immobilière pour le compte d'un contractant dont le souhait est d'en devenir propriétaire. Il doit pour cette raison accomplir des actes juridiques, conclure des contrats telle l'acquisition d'un terrain, exécuter des tâches administratives et agir de ce fait dans les limites d'un mandat. Cependant le rôle du promoteur ne s'en tient pas à une stricte mission de représentation, il doit également agir en qualité de coordinateur[348] afin de faire avancer la construction[349].

Sa mission consiste alors à entreprendre divers actes matériels afin de rendre possible la construction de l'édifice. Le promoteur agit de même incontestablement en qualité

345 COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux,* 11e éd., Dalloz, 2019, n° 702 : « *L'analyse légale est ainsi artificielle ; le contrat de promotion immobilière appartient davantage au droit de l'entreprise qu'au droit du mandat.* » DELEBECQUE (P.), *Le contrat d'entreprise,* Dalloz, 1993, p. 11. LECLERC (F.), *Droit des contrats spéciaux,* 2e éd., LGDJ, 2012, n° 739. Le Professeur Leclerc souligne « *l'image artificielle de l'opération* ». MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux,* 11e éd., Dalloz, 2018, n° 533. MALINVAUD (Ph.), JESTAZ (Ph.), JOURDAIN (P.) et TOURNAFOND (O.), *Droit de la promotion immobilière*, 9e éd., Précis Dalloz, 2014, n° 760. Selon ces auteurs, le contrat de promotion immobilières est « *un mandat mélangé de louage d'ouvrage* ». PUIG (P.), *Contrats spéciaux,* 8e éd., Dalloz, 2019, n° 820 : « *le législateur qualifie parfois expressément de mandat des contrats qui, visiblement, s'apparentent davantage à des contrats d'entreprise […] Ainsi en est-il en particulier du contrat de promotion immobilière […] que l'article 1831-1 du Code civil qualifie maladroitement de* « *mandat d'intérêt commun* ». » PUIG (P.), *La qualification du contrat d'entreprise, op. cit.*, n° 136. RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Droit des contrats spéciaux*, 9e éd., LexisNexis, 2017, n° 472 : « … *l'objet du contrat relève visiblement plus de l'entreprise.* » TOMASIN (D.), *Droit de la construction, Dossier 230. Contrat de promotion immobilière,* Dalloz action, sous la direction de Phillipe Malinvaud, 7e éd., 2018, n° 230.41, p. 437. Le Professeur Tomasin reconnaît le caractère ambivalent de ce contrat tout en déplorant le fait que « *cette qualification n'est pas satisfaisante* ». GIVERDON (V.), « Le contrat de promotion immobilière », *Gaz. Pal.*, 1972, 1. doctr. 213.

346 PÉRINET-MARQUET (H.), *Rép. imm.*, V° Promotion immobilière. Le Professeur Périnet-Marquet apprécie cette qualification de mandat comme étant « *imparfaite et partielle* » mais estime que « *Ces limites ne remettent cependant pas en cause le caractère globalement satisfaisant de la qualification retenue. Le promoteur est bien, par essence, celui qui se charge de faire construire pour le compte de son client, qui s'occupe de l'opération dans ses différentes composantes*. » Le Professeur Boubli ne s'oppose pas non plus directement à cette qualification : BOUBLI (B.), *Rép. civ.,* V° Contrat d'entreprise, n° 27.

347 Civ. 3e, 1er février 1972, pourvoi n° 70-14.079, Bull. civ. III, n° 73 ; *RTD com.*, 1973, p. 299. Dans cet arrêt, la Cour de cassation définit pour la première fois le promoteur comme étant la personne « *qui prend l'initiative et le soin de l'affaire* ». Ce critère est encore d'actualité : Civ. 3e, 9 avril 2009, pourvoi n° 07-20.706, Bull. civ. III, n° 81 ; *D.*, 2009, p. 1205.

348 COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, 11e éd., Dalloz, 2019, n° 702.

349 L'origine étymologique du mot « *promotion* » atteste par ailleurs de l'authenticité du lien entre l'acte matériel et la mission du promoteur. La promotion vient du latin *promoveo* qui peut se traduire par « *pousser en avant, faire avancer* » (GAFFIOT (F.), *Dictionnaire latin français*, Hachette, Paris, 1934, p. 1254). La réalité matérielle de son intervention en est parfaitement explicite.

d'entrepreneur[350] dans la mesure où il s'engage à fournir la construction d'un ouvrage déterminé. Cette phase de construction est essentielle car son absence porte atteinte à la qualification de promotion immobilière[351].

Il est par ailleurs nécessaire de distinguer l'acte de construction de l'ouvrage des différents actes matériels accomplis par le promoteur en lien avec la réalisation principale dudit ouvrage. L'exécution d'actes matériels représente ainsi une partie importante voire essentielle de la mission du promoteur et elle ne peut suffire à caractériser un dépassement de mission.

Il est légitime de soutenir qu'il agit davantage en sa qualité de coordinateur et d'entrepreneur et moins en sa qualité de représentant[352]. Le promoteur est ainsi soumis à certaines obligations caractéristiques du contrat d'entreprise telle la prise en charge des dépassements de prix[353] ou encore la garantie des vices cachés[354]. De telles obligations à la charge du promoteur outrepassent indéniablement celles d'un mandataire. Le choix d'une qualification distributive aurait alors été plus adéquat.

48. Le choix d'une qualification distributive. Il aurait été plus juste de qualifier le contrat de promotion immobilière de contrat mixte. Cette qualification exclusive de mandat semble en effet peu propice car elle ne reflète qu'une partie de la mission du promoteur[355]. La fonction de mandataire est indispensable au bon déroulement de l'opération de construction mais reste accessoire aux obligations matérielles. *A contrario* il semble excessif de qualifier le contrat de promotion immobilière de contrat d'entreprise. La mission de représentation du promoteur demeure essentielle et rend inefficace par nature une telle qualification[356]. Une

350 FAURE-ABBAD (M.), *Droit de la construction*, 3e éd., Gualino, 2016, p. 135 : « *Le contrat de promotion immobilière ne se résume pas à un mandat contrairement à ce que peuvent laisser penser les premiers mots de l'article 1831-1 du Code civil ; la suite du texte le décrit comme un contrat complexe, mélangeant la technique du mandat à celle du louage d'ouvrage*. »

351 En ce sens, un acte de rénovation et non de construction ne peut être entrepris dans le cadre d'un contrat de promotion immobilière. Voir sur ce point : Civ. 3e, 6 novembre 1985, pourvoi n° 84-11.574, Bull. civ. III, n° 140 ; *RTD civ.*, 1986, p. 373, obs. Ph. Rémy. La Cour de cassation retient en premier lieu le rôle de coordinateur et donc de constructeur du promoteur afin de qualifier son action : « *elle ne pouvait contester sa qualité de promoteur tenu à ce titre envers les acquéreurs à une obligation comparable à celle des locateurs d'ouvrage* … ».

352 TRISSON-COLLARD (V.-P.), « Tentative de distinction des contrats d'entreprise et de mandat fondée sur l'objet du contrat », *LPA*, 7 février 2001, n° 20 : « *bien qu'il soit qualifié de* « *mandat d'intérêt commun* » *par l'article 1831-1 du Code civil, ce contrat est loin de comprendre à titre principal l'exécution d'actes juridiques.* » La mission de représentation du promoteur « *ne constitue que l'accessoire de la mission principale du promoteur.* »

353 MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, 10e éd., LGDJ, Lextenso, 2018, n° 712.

354 Civ. 3e, 31 mars 1999, pourvoi n° 97-17.770, Bull. civ. III, n° 82.

355 La qualification unitaire d'un contrat repose sur la règle de l'accessoire afin d'apprécier l'opération avec justesse au regard de la prestation principale.

356 LABARTHE (F.), « La distinction du mandat et du contrat d'entreprise » *in Le mandat, un contrat en crise ?*, Economica, 2011, n° 17 : « … *il est difficile d'échapper au critère ; la représentation ne peut être accessoire, elle a des effets trop importants pour cela.* »

qualification distributive et non unitaire paraît donc plus adéquate[357]. Une autre qualification hautement discutable en faveur du mandat est celle du contrat d'agent immobilier.

B. Le contrat d'agent immobilier

49. Un mandat d'entremise. Le contrat liant l'agent immobilier à son client a été qualifié de mandat d'entremise par la Loi Hoguet du 2 janvier 1970[358]. L'article premier de cette loi dispose que l'activité d'entremise[359] s'applique « *aux personnes physiques ou morales qui, d'une manière habituelle, se livrent ou prêtent leur concours, même à titre accessoire, aux opérations portant sur les biens d'autrui* ». Ces opérations peuvent avoir pour objet la vente, l'achat, la recherche, la location ou la sous-location de biens immeubles bâtis ou non-bâtis. La mission d'entremise confiée à l'agent immobilier est une opération visant à rapprocher deux contractants, un offrant et un potentiel acceptant[360]. Le professionnel soumis à l'entremise doit nécessairement être un intermédiaire ; il ne doit en aucune façon être partie au contrat susceptible d'être conclu à la demande de l'offrant[361]. Il est par conséquent qualifié d'intermédiaire et plus précisément de mandataire[362] s'il agit en tant qu'agent immobilier.

La qualification de mandataire de l'agent immobilier est pleinement justifiée lorsque sa mission se limite principalement à accomplir des actes juridiques telle la gestion d'un bien ou la conclusion d'un contrat au nom et pour le compte de l'offrant. L'accomplissement accessoire d'actes matériels indispensables à la bonne réalisation ne s'oppose pas alors à son

---

357 Dans son célèbre article sur l'hybridation des contrats, le Professeur Bénabent souligne l'importance d'une qualification distributive lorsqu'un contrat présente plusieurs facettes identifiables (BÉNABENT (A.), « L'hybridation dans le contrats » *in Prospectives du droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 28). Cet article ne traite pas directement la distinction du mandat et de l'entreprise mais se concentre plus spécifiquement sur certains contrats types tels le dépôt-vente et le dépôt-garage. La tentation d'une qualification unitaire apparaît selon lui comme « *le signe d'une déformation académique bien française poussant le cartésianisme à l'excès au détriment de la réalité en forçant quelque peu celle-ci pour la seule satisfaction intellectuelle d'un* « *rangement* » *satisfaisant dans une catégorie prédéterminée.* »

358 Loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce. Cette loi a été complétée par le Décret n° 72-678 du 20 juillet 1972.

359 Sur la qualification du contrat d'entremise, voir notamment : GANTSCHNIG (D.), *La qualification générique du contrat d'entremise*, Bibliothèque de droit privé, t. 582, LGDJ, 2018. THIOYE (M.), *JCL. Construction-Urbanisme*, V° Fasc. 248-10 : Entremise et gestion immobilière, n° 20.

360 Nicolas Dissaux illustre l'entremise par « *La constitution de dossiers, l'organisation de visites, la réalisation de publicités ou encore la prise de photographies. Bref, une série de démarches menées afin de séduire le prospect mais n'ayant pas en vue la création d'effets de droit. Des actes matériels en somme …* », (DISSAUX (N.), « La nature juridique du mandat d'entremise », *D.*, 2009, p. 2724). BOURRIER (Ch.), « Les conditions du droit à rémunération de l'agent immobilier mandaté », *AJDI*, 2003, p. 574 : « *lorsqu'un agent immobilier, bénéficiaire d'un mandat, fait visiter à une personne l'immeuble mis en vente et qu'ensuite le vendeur traite directement avec cette personne, l'opération est réputée effectivement conclue par l'entremise de cet agent, lequel a alors droit au paiement de la commission convenue …* ». Ex. Civ. 1er 8 juillet 1994, pourvoi n° 92-14.346, Bull. civ. I, n° 234.

361 Civ. 1er, 10 janvier 1979, pourvoi n° 77-12.320, Bull. civ. I, n° 17 ; *D.*, 1979, IR p. 197. Sur la question de la rémunération, voir : CARBONNIER (J.), « Salaire des mandataires chargés de vendre », *RTD civ.*, 1952, Sirey, p. 521.

362 Cette qualification est formulée aux articles 5 et 6 de la Loi Hoguet.

statut de mandataire[363]. Il en est cependant autrement lorsque la mission principale de l'agent immobilier réside dans l'accomplissement d'actes matériels, par exemple lorsqu'il doit rechercher et trouver un acquéreur.

Enfin, il convient de préciser que la notion de mandat d'entremise apparait grandement contradictoire tant elle oppose deux notions en apparence antinomiques. En effet, le mandat porte, par principe, sur des actes juridiques mais l'entremise est une activité par nature matérielle. Cela pose la question de la pertinence de cette qualification de mandat rattachée à la mission de l'agent immobilier.

50. Rejet de la qualification de mandat. La qualification de mandataire de l'agent immobilier par la Loi Hoguet paraît très discutable voire critiquable parce que la mission principale de ce dernier réside dans l'accomplissement d'actes matériels[364]. En effet, la mission de ce professionnel peut se limiter à la seule recherche matérielle d'un acheteur[365]. Un tel engagement devrait reposer sur un contrat de courtage eu égard à sa mission d'entremise mais nullement sur un contrat de mandat qui suppose nécessairement l'accomplissement d'actes juridiques à titre principal. Le contenu de la Loi Hoguet relatif à la qualification de l'agent immobilier est ainsi délicat[366] et peut faire l'objet de nombreuses réserves[367]. Dans la pratique de sa profession, l'agent immobilier semble amené à entreprendre plus d'actes matériels que d'actes juridiques[368]. À nouveau, cela ne peut suffire à caractériser un dépassement de mission. En effet, la recherche d'acquéreurs passe impérativement par l'organisation de visites du bien soumis à la vente ou à la location et contribue ainsi pleinement à l'accomplissement de la mission. La visite d'un bien immobilier ne peut en

363 Tout mandat nécessite en effet impérativement l'accomplissement d'actes matériels accessoires à l'acte ou aux actes juridiques objets du contrat. Le déplacement physique du mandataire est en lui-même un acte matériel mais ne suffit heureusement pas à faire perdre la qualification de mandat ou encore à le requalifier en contrat d'entreprise.

364 La cour d'appel de Dijon a précisé en 2009 que la seule activité consistant à diffuser sur internet et contre rémunération des annonces de particuliers ne constituait pas une mission d'agent immobilier car le prestataire n'intervenait dans les relations juridiques entre l'auteur de l'annonce et la personne intéressée (CA Dijon, 19 février 2009, n° 08-00592). DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, préface de Christian Jamin, LGDJ, 2007, n° 258 : « *Il ressort déjà de l'étude de la qualification du contrat de mandat liant l'agent immobilier à son client que la Cour de cassation, dans le sillage du législateur, applique la qualification de mandat à des agents n'ayant pas pour mission d'accomplir un acte juridique. La notion de « mandat d'entremise » est le fruit de ce dépassement de la conception moderne du mandat.* »

365 Il peut également être tenu d'organiser une publicité ou de procéder à des visites.

366 La Professeure Faure-Abbad décrit un cas « *singulier* ». Sur ce point, FAURE-ABBAD (M.), « La responsabilité des mandataires du secteur de l'immobilier » *in Le mandat en question* sous la direction de Rémy Benjamin, Bruylant, 2013, n° 2, p. 175.

367 Cela est renforcée par la réglementation commerciale selon laquelle l'agent immobilier doit s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés et cela malgré la substance de la Loi Hoguet. L'agent immobilier est ainsi considéré comme un commerçant et ne peut être conciliable avec le statut de mandataire.

368 La recherche de clients semble être une mission illustrant efficacement le rôle de l'agent immobilier. LE TOURNEAU (P.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation,* Dalloz action, 11e éd., 2018, n° 3322.72, « *C'est la situation la plus fréquente en pratique.* » En effet, il est assez rare que l'agent immobilier reçoive le pouvoir de conclure la vente ou la location au nom et pour le compte du propriétaire.

aucune manière être qualifiée d'acte juridique, il s'agit d'un acte matériel. La mission de l'agent immobilier peut, en outre, se limiter au seul accomplissement d'un acte matériel déterminé par le client, telle l'organisation d'une étude de marché[369]. Cette mission rassemble tous les éléments du contrat d'entreprise[370].

Au-delà de l'accomplissement d'actes matériels à titre principal, se pose la question épineuse de la représentation inhérente à l'action de l'agent immobilier. Par principe, celui-ci n'engage pas son client sauf en présence d'une clause expresse de sa part[371]. De ce fait, l'agent immobilier n'est pas soumis à une mission de représentation dans l'hypothèse d'un silence du client. Cette absence de représentation immédiate et directe est rappelée par la jurisprudence, notamment dans l'arrêt de la Cour de cassation en date du 6 mars 1996[372]. Le législateur qualifie cette opération de mandat bien qu'elle n'en rassemble nullement les caractéristiques essentielles à savoir la représentation et l'accomplissement principal d'actes juridiques. La plupart des auteurs rejettent également cette qualification de mandat[373]. La représentation est pourtant de l'essence même du contrat de mandat[374]. Le fait que ce

369 Civ. 1er, 16 juillet 1998, pourvoi n° 96-15.535, Bull. civ. I, n° 244.

370 BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 13e éd., LGDJ Lextenso, 2019, n° 497.

371 Civ. 1er, 8 juillet 1986, pourvoi n° 84-15.731, Bull. civ. I, n° 194 ; *RDI,* 1986, p. 488. Civ. 1er, 7 juillet 1992, pourvoi n° 90-21.779, inédit ; *RDI*, 1993, p. 96, obs. D. Tomasin. Civ. 1er, 10 mai 1995, pourvoi n° 92-16.114, Bull. civ. I, n° 196 ; *RDI,* 1995, p. 769, obs. D. Tomasin. Civ. 3e, 12 avril 2012, pourvoi n° 10-28.627, Bull. civ. III, n° 61 ; *D*., 2012, p. 1126*, JCP E,* 2012, p. 1420, note N. Dissaux. Civ. 1er, 28 juin 2012, pourvoi n° 10-20.492, Bull. civ. I, n° 143 ; *RTD civ*., 2012, p. 743, note P.-Y. Gautier.

372 Civ. 1er, 6 mars 1996, pourvoi n° 93-19.262, Bull. civ. I, n° 114 : « *Attendu que, le mandat d'entremise donné à une personne se livrant ou prêtant son concours d'une manière habituelle à une opération visée à l'article 1er de la loi du 2 janvier 1970 ne lui permet pas d'engager son mandant pour l'opération envisagée à moins qu'une clause de ce mandat ne l'y autorise expressément.* » Plus récent, Civ. 1er, 14 décembre 2004, pourvoi n° 03-10.528, inédit. Cette absence de représentation inhérente à l'action d'un professionnel pourtant qualifié de mandataire par le législateur se retrouve également en présence d'un agent d'assurance. Sur ce point : Civ. 1er, 2 avril 1974, pourvoi n° 73-10.250, Bull. civ. I, n° 104. La notion de « *mandat d'entremise* » alimente ainsi le raisonnement des auteurs arguant que la représentation n'est pas de l'essence du mandat. Nicolas Dissaux en est un fervent défenseur. Sur la question du mandat d'entremise de l'agent immobilier, voir notamment : DISSAUX (N.), « La nature juridique du mandat d'entremise », *D*., 2009, p. 2724 : « *L'association du mandat à la représentation et partant, à l'accomplissement d'actes juridiques, doit effectivement être reconsidérée* … ».

373 COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, 11e éd., Dalloz, 2019, n° 689 : « *La qualification est artificielle.* » LABARTHE (F.) NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008, n° 211 : « *Il est évident, ne serait-ce que par l'existence même d'un régime spécial, que le terme* « *mandat* » *ne correspond pas à celui des articles 1984 et suivants du Code civil.* » MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, 10e éd., LGDJ, Lextenso, 2018, n° 711. LABARTHE (F.), « La distinction du mandat et du contrat d'entreprise » *in Le mandat, un contrat en crise ?*, Economica, 2011, n° 20 : « *On voit ici les limites d'une appellation donnée par le législateur. C'est du mandat puisque le législateur le dit, mais sans être un* « *vrai* » *mandat au sens de l'article 1984 du Code civil.* » SIFFREIN-BLANC (C.), « Le contrat d'agent immobilier : mandat ou contrat spécial d'intermédiaire ? », *Defrénois*, n° 19, p. 1344, [n° 2] : « *la qualification de mandat semble peu appropriée au contrat liant l'agent immobilier et le vendeur.* » TRISSON-COLLARD (V.-P.), *art. cit*., n° 21 : « *L'activité de l'agent immobilier recouvre un paradoxe bien plus intense.* » FERRIER (D.), « Le mandat des agents immobiliers », *JCP,* 1976, I, n° 2795.

374 SIFFREIN-BLANC (C.), *art. cit*., n° 6 : « *Il devient alors tout à fait antinomique de parler d'un mandat, dont la mission se définit par une simple entremise.* » Le Professeur Labarthe partage également la position selon laquelle la représentation est un critère majeur du mandat : « *Dire que la représentation est un critère majeur signifie qu'elle fait partie intégrante de la définition d'un des deux contrats [le contrat de mandat et d'entreprise]. C'est le cas pour le mandat, qui ne saurait*

…/…

professionnel n'engage pas, par principe, son client apparaît comme un obstacle à cette véritable qualification de mandataire[375]. En ce sens, le contrat d'entreprise, caractérisé par l'accomplissement d'actes matériels sans représentation, semblerait plus adapté pour illustrer la mission de l'agent immobilier[376]. La qualification unitaire émanant de la Loi Hoguet étant inadaptée, la tentation de la qualification distributive demeure persistante.

51. La tentation de la qualification distributive. L'agent immobilier étant un intermédiaire chargé entre autres de rapprocher un offrant et un acceptant, il est plus juste, dans cette situation, de le qualifier de courtier[377]. L'entremise est par nature plus proche du contrat de courtage que du contrat de mandat[378]. Certains auteurs se reconnaissent cependant dans cette qualification de mandat d'entremise et plaident en faveur d'un élargissement du mandat aux actes matériels[379]. Enfin une solution alternative permettrait de passer de la qualification unitaire du législateur à une qualification variable ou distributive[380]. L'agent immobilier serait ainsi un authentique mandataire en présence d'une clause expresse du client lui attribuant un tel pouvoir de représentation[381] et parallèlement un courtier dans sa mission plus

être caractérisé sans, mais cette position n'emporte pas la conviction de l'ensemble de la doctrine ». (LABARTHE (F.), « Les conflits de qualification. Eléments de réflexion à partir de la distinction entre le contrat d'entreprise et d'autres contrats », *art. cit.*, n° 26, p. 553).

375 Telle qu'elle est présentée par l'article 1984 du Code civil.

376 Civ. 3e, 7 janvier 1982, pourvoi n° 80-14.443, Bull. civ. III, n° 5 ; *RDI,* 1982, p. 265, obs. C. Saint-Alary-Houin ; *RTD civ.*, 1986, p. 147, obs. Ph. Rémy. Le Professeur Rémy met ainsi en avant « *l'instinct contemporain (ou très primitif) de charger le mandataire de toutes les suites d'une affaire conclue par son entremise. Cette opinion passerait mieux si, pour la vêtir, on choisissait le manteau du contrat d'entreprise.* » GRIMALDI (C.), « Mandat et courtage » *in Le mandat, un contrat en crise ?,* sous la direction de Nicolas Dissaux, Études juridiques, Economica, 2011, p. 83 : « *Le courtier est un entrepreneur …* ».

377 COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 689 ; HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 3e éd., 2012, n° 31133 ; MALAURIE (P), AYNÈS (L), GAUTIER (P-Y), *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 539 : « *L'agent immobilier, qui se borne à chercher et à présenter un acheteur ou un locataire, est, malgré les termes de la Loi Hoguet qui le qualifie de mandataire, un courtier doublé d'un entrepreneur.* » ; GAUTIER (P.-Y.), « Nature et régime juridique du mandat : jeux croisés. » *in Le mandat, un contrat en crise ?,* sous la direction de Nicolas Dissaux, Études juridiques, Economica, 2011, n° 7, p. 91 : « *Dans de très nombreux cas, l'agent immobilier se contente de rapprocher les clients et d'effectuer un acte de courtage. Et pourtant, il est considéré comme un mandataire.* » ; GRIMALDI (C.), « Mandat et courtage » *in Le mandat, un contrat en crise ?,* sous la direction de Nicolas Dissaux, Études juridiques, Economica, 2011, p. 82 : « *Parce que le courtier n'accomplit pas d'actes juridiques pour le compte d'autrui, ce n'est pas un représentant : ce n'est ni un mandataire, ni même un commissionnaire ou un prête-nom. A cet égard, le législateur commet des confusions lorsqu'il qualifie de mandataires des individus qui ne sont que des courtiers. Il en va tout d'abord ainsi des agents immobiliers …* » ; LEVENEUR (L.), *JCP éd. N.*, 1996, p. 1665, note sous Civ. 1er, 6 mars 1996 ; SIFFREIN-BLANC (C.), *art. cit.,* n° 6.

378 PUIG (P.), *La qualification du contrat d'entreprise*, *op. cit.*, n° 134 : « *Le contrat de courtage, forme d'entremise, s'apparente donc à un contrat d'entreprise …* ». RÉMY (Ph.), *RTD civ.* 1986, p. 148 : « *Il y a, dans l'entremise, plus que de la représentation.* »

379 GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *Traité de droit civil (les effets du contrat)*, 3e éd., LGDJ, 2001, n° 929.

380 LOMBOIS (C.), « Agents immobiliers », *RDI*, 1981, p. 400. AMAR-LAYANI (B.), « La nature de la convention liant un agent immobilier à son client », *D.*, 1997, p. 223.

381 L'étendue des pouvoirs de l'agent immobilier mandataire constitue ainsi une condition essentielle notamment afin de caractériser un dépassement de mission de ce professionnel. Cette précision est exigée par le Décret n° 72-678 du 20 juillet 1972. Sur ce point, CRUVELIER (E.), *Rép. com.*, V° Agent immobilier, 2019, n° 127.

traditionnelle de recherche de contractant. La Loi Hoguet constitue donc bien une dérive législative.

II. COEXISTENCE DU MANDAT ET DE L'ENTREPRISE

52. La proximité des statuts du prestataire. Les activités des mandataires et des entrepreneurs sont extrêmement vastes. De ce fait, une proximité entre ces deux qualifications peut parfois être constatée. Cette proximité doit cependant être nuancée en tenant compte de la profession du prestataire et surtout de la volonté du bénéficiaire de la prestation.

La coexistence du mandat et de l'entreprise peut être constatée dans l'accomplissement des missions de certains professionnels. L'analyse des prestations fournies aboutit alors selon les cas à une qualification exclusive, telle l'agence de voyage **(A)** ou encore à une qualification mixte, tel le contrat liant l'avocat à son client **(B)** voire à une qualification accessoire de mandat **(C)** en présence d'un architecte, d'un médecin ou d'une entreprise de pompes funèbres.

A. UNE QUALIFICATION EXCLUSIVE : L'AGENCE DE VOYAGE

53. Une qualification exclusive en faveur du mandat ou de l'entreprise. Le contrat d'agence de voyage[382] est à l'origine régi par la loi du 13 juillet 1992[383] et dans sa forme actuelle par la Loi du 22 juillet 2009[384]. La qualification réelle de ce contrat dépend exclusivement de la prestation souhaitée par le client. L'agent de voyage agira ainsi en qualité de mandataire si sa mission se limite à la conclusion d'un acte juridique pour son client telle la réservation d'un hôtel. Ce professionnel sera au contraire soumis à un contrat d'entreprise en présence d'une mission matérielle telle l'organisation d'un tour-opérateur nécessitant entre autres la fourniture d'un logement[385]. Le contrat d'agence de voyage fait donc l'objet d'une qualification exclusive[386] présentant selon la situation les traits du mandat ou ceux de

382 COUVRAT (P.), *Les agences de voyages en droit français,* préface de Gérard Cornu, LGDJ, 1967 ; LACHIEZE (Ch.), *Les agents de voyage,* Litec, 2007. RODIÈRE (R.), « La responsabilité des agences de voyages », *D.*, 1958, chron. XXXIV, p. 241 et s.

383 Loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours. ; DAGORNE-LABBÉ (Y.), *Rép. com.*, V° Agence de voyages, n° 31.

384 Loi n° 2009-889 du 22 juillet 2009 de développement et de modernisation des services touristiques. Voir aussi le articles L. 211-1 et suivants du Code de tourisme.

385 BATTEUR (A.), « De la responsabilité des agences de voyages organisés Vers un cas autonome de responsabilité contractuelle du fait d'autrui ? », *JCP E*, 1992, p. 131 : « *la qualification de mandat est mise en avant pour justifier l'irresponsabilité de l'agence lorsque l'agence se borne à délivrer un titre de transport ou à effectuer une réservation. Elle l'a été parfois aussi lorsque le contentieux concerne des voyages individuels ou des voyages de groupes organisés sur demande. En cas de voyage organisé et proposé à la clientèle sur un catalogue à un prix forfaitaire, la qualification reste souvent au second plan : on s'attache surtout à préciser le rôle de l'agent de voyages. De toute façon, force est de reconnaître qu'aucune qualification n'est vraiment convaincante. Le mandat ne peut être retenu : l'agent n'agit pas au nom de ses clients.* »

386 La loi du 22 juillet 2009 qualifie étrangement cette prestation de vente de voyage (Loi n° 2009-888 du 22 juillet 2009 de développement et de modernisation des services touristiques). Les juges se sont déjà prononcés en ce

…/…

l'entreprise[387]. Le statut de mandataire est traditionnellement rattaché à la fonction d'intermédiaire de cet agent d'affaire. Dans une conception plus moderne, la qualification d'entrepreneur est justifiée par le fait que ce dernier puisse intervenir en tant qu'organisateur. La détermination du statut de l'agent de voyage dépend de l'étendue de sa mission et par conséquent de la recherche de la volonté exacte du client de l'agence[388]. Cette étape est par conséquent cruciale afin de mener à bien le processus parfois délicat de qualification du contrat. En effet, la responsabilité d'un agent de voyage mandataire sera différente de celle d'un agent de voyage entrepreneur.

54. Le rôle d'intermédiaire de l'agence de voyage mandataire. L'agence de voyage mandataire peut être tenue de réserver au nom de son client des titres de transport[389] ou des billets d'hôtel[390]. Cette situation est dans la pratique assez courante[391]. L'agence intervient ainsi en qualité d'intermédiaire en présentant notamment l'offre de voyage d'un tiers[392]. Une telle qualification est favorable à l'agence dans la mesure où elle atténue considérablement l'étendue de sa mission et par conséquent l'étendue de sa responsabilité dans l'éventualité d'un incident affectant le voyage du client[393]. L'agent de voyage mandataire n'est donc pas soumis à une obligation de résultat mais à une obligation de moyens[394]. Il doit ainsi s'assurer de la transmission des billets à son client mais il n'est pas responsable de la défaillance du

sens (Paris, 8e ch., 9 février 1988, *D.*, 1988. IR 73). Certains auteurs s'opposent à cette qualification. En ce sens : RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Droit des contrats spéciaux*, 9e éd., LexisNexis, 2017, n° 472 ; LE TOURNEAU (Ph.), *Rép. civ.*, V° Le mandat, n° 73 : « *qualification erronée de vente de voyages* … ».

387 Il en est de même pour l'agence de publicité (L. 29 janvier 1993 art 20) relevant du contrat d'entreprise pour l'élaboration d'un message publicitaire ou du contrat de mandat pour la conclusion d'u contrat de diffusion au nom et pour le compte du client.

388 CORNU (G.), *RTD civ.*, 1968, p. 558 : « *En général, les juges du fond apprécient souverainement si le contractant auquel s'adresse le maître de l'ouvrage apparaît, dans l'intention commune des parties et d'après les circonstances de la cause, comme un simple intermédiaire ou comme la cheville ouvrière de l'opération.* » TRISSON-COLLARD (V.-P.), *art. cit.*, n° 33.

389 Civ. 1er, 28 mars 1995, pourvoi n° 92-21.016, Bull. civ. I, n° 142 ; *D.*, 1995, p. 434, note Y. Dagorne-Labbé.

390 Pour une croisière : Civ. 1er, 13 novembre 1956, *JCP,* 1957. II. 9799, note R. Rodière. Pour un voyage en autocar : Req. 14 novembre 1939, *DH* 1940, 75.

391 HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux, op. cit.*, n° 32131 : « *parce que l'usage est en ce sens, on n'a guère de scrupule à considérer que l'agence de voyage agit en qualité de mandataire lorsqu'elle réserve une place* … ».

392 DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, préface de Christian Jamin, LGDJ, 2007, n° 258.

393 Civ. 1er, 15 février 1977, pourvoi n° 75-12.753, Bull. civ. I, n° 89 ; *JCP,* 1977. II. 18757, note P. Rodière : « *aucune faute, en relation de cause à effet avec l'accident de chemin de fer dont les époux Mazerand ont été victimes, ne pouvait être reprochés à la compagnie des messageries maritimes dans ses obligations de mandataire.* »

394 Civ. 1er, 22 octobre 2002, pourvoi n° 99-15.766, inédit ; *CCC*, 2003, p. 35, obs. L. Leveneur : « *la responsabilité de l'agence de voyages qui s'est bornée à délivrer des titres de transport ne peut être engagée qu'en cas de faute prouvée* … ». Civ. 1er, 12 juin 2012, pourvoi n° 10-26.328, Bull. civ. I, n° 133. Sur la distinction entre l'obligation de moyens et de résultat, voir notamment : MALABAT (V.), « De la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat », in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, édité par le Centre d'étude et de recherche en droit des affaires et des contrats, Presse universitaire de Bordeaux, 2003, p. 439-456.

transporteur ou de l'hôtelier. Les Professeurs Collart-Dutilleul et Delebecque préfèrent néanmoins soumettre l'agence de voyage à une obligation de moyens renforcée[395].

La jurisprudence peut cependant soumettre l'agence de voyage à une obligation de résultat. En ce sens, la responsabilité d'une agence mandataire a été retenue car son client n'avait pas pu embarquer[396]. L'agence n'était pas chargée d'organiser le voyage, selon les termes du contrat, mais uniquement de réserver les billets d'avion puis de les fournir au client. Il s'agissait donc bien d'un intermédiaire et non d'un organisateur. Malgré ce constat, la Cour de cassation a soumis l'agence à une obligation « *d'assurer l'efficacité du titre ainsi délivré* ». L'obligation d'efficacité semble pourtant davantage s'imposer à l'organisateur et non à l'intermédiaire. La décision de la Cour est troublante car elle méconnait le statut d'intermédiaire de l'agence afin de la soumettre à une obligation dépassant manifestement son statut de mandataire. Dans cette affaire, la Cour de cassation semble donc attribuer implicitement le rôle d'organisateur à l'agence bien que cela ne corresponde pas à sa mission réelle. La simple réservation d'un billet d'avion ne peut en effet suffire à qualifier d'organisateur une agence de voyage. L'obligation de résultat, ainsi retenue par la Cour, pose également la question de la qualification du contrat soumis à l'agence. En effet, assurer l'efficacité du titre peut conduire l'agence à prendre toutes les mesures matérielles nécessaires afin de parvenir à ce résultat. Ce rôle d'organisateur ou de coordinateur s'apparente donc manifestement à un contrat d'entreprise. La mission de l'agence se limitait pourtant à l'accomplissement d'un acte juridique au nom et pour le compte du client. La qualification de mandat ne fait donc aucun doute. Cet arrêt est donc révélateur dans la mesure où il contribue à illustrer la proximité du mandat et de l'entreprise en rapprochant ou plus exactement en unifiant les fonctions d'intermédiaire et d'organisateur, pourtant aisément identifiables.

Un arrêt de 1971 reconnaît la responsabilité de l'agence entrepreneur ayant fait preuve de négligence dans la vérification d'informations transmises par une société de transport l'informant d'une grève. L'agence de voyage était donc soumise à une obligation de résultat et intervenait fort logiquement en tant qu'organisateur et non en tant qu'intermédiaire[397]. Quelques années plus tard, la Cour de cassation affine sa position dans un arrêt similaire en affirmant que la responsabilité d'une agence mandataire ne peut être retenue si l'inefficacité des titres résultait de circonstances extérieures au contrat[398].

---

395 COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux, op. cit.*, n° 685.

396 Civ. 1er, 31 mai 1978, pourvoi n° 76-14. 757, Bull. civ. I, n° 210 ; *D.*, 1979, p. 48, note C.-I. Foulon-Piganiol.

397 Civ. 1er, 10 novembre 1971, pourvoi n° 70-12.404, Bull. civ. I, n° 285 ; *D.*, 1972, p. 593, note P. Couvrat. L'agence était en effet chargée de » *préparer et organiser le voyage* … ». La qualification de contrat d'entreprise est donc indéniable.

398 Civ. 1er, 12 juin 1985, pourvoi n° 84-12.019, Bull. civ. I, n° 185 : « *ayant souverainement estimé que la réservation requise avait été effectuée par l'agence dont le mandat se limitait à la délivrance de billets, le tribunal a retenu, à bon droit, que la responsabilité de cette agence ne pouvait être engagée dès lors que l'inefficacité des titres résultait de circonstances extérieures au contrat.* »

Enfin le rôle d'intermédiaire de l'agence mandataire ne la prive cependant pas de son devoir d'information[399] sur les conditions d'utilisation du titre de transport objet du contrat[400]. L'obligation de moyens de l'agence mandataire fait donc l'objet d'une appréciation stricte et rigoureuse des juges au point de se rapprocher de l'obligation de résultat imposée à l'agence de voyage agissant en qualité d'entrepreneur et donc d'organisateur[401].

55. Le rôle d'organisateur de l'agence de voyages entrepreneur. L'agence de voyage devient entrepreneur lorsqu'elle se charge elle-même d'organiser de manière complète le voyage de son client. La Cour de cassation s'est clairement prononcée en faveur de cette solution dans un arrêt de 1970[402]. Dans cette affaire, la cliente de l'agence avait été blessée lors d'une excursion en car. Cette dernière rechercha la responsabilité contractuelle de l'agence en soutenant que celle-ci avait manqué à son devoir d'information et de prudence. L'agence de voyage affirma logiquement avoir agi en qualité de mandataire afin de ne pas être contractuellement soumise à ce devoir propre à l'entrepreneur. Bien au contraire, la première chambre civile de la Cour de cassation affirma que l'agence avait assuré l'organisation complète du voyage et n'avait donc pas exécuté sa mission en tant qu'intermédiaire mais bien en tant qu'entrepreneur. Sa responsabilité fut ainsi engagée[403]. La solution est donc claire ; l'agence est un entrepreneur à condition d'intervenir en qualité d'organisateur. Mais comment apprécier réellement ce statut d'organisateur ? La Cour apporta la réponse dans ce même arrêt en indiquant que l'agence avait « *mis sur pied une organisation complète et dans tous ses détails d'un voyage comportant l'utilisation de nombreux moyens de transports différents et qu'elle assurait diverses prestations telles que logement, nourriture, excursions, et distractions* »[404].

---

399 LUCAS de LEYSSAC (C.), « L'obligation de renseignement dans les contrats », *in L'information en droit privé,* Travaux de la conférence d'agrégation sous la direction de Yvon Loussouarn et Paul Lagarde, LGDJ, 1978, n° 3, p. 306 : « *Devoir un renseignement, c'est devoir une information à l'état brut* … ».

400 Civ. 1er, 7 février 2006, pourvoi n° 03-17.642, Bull. civ. I, n° 63 : « *il entre dans les obligations de l'agence de voyages, en tant que professionnel mandataire de son client, à qui elle vend un billet d'avion, de l'informer des conditions précises d'utilisation du billet, parmi lesquelles figurent les formalités d'entrée sur le territoire de l'Etat de destination* … ».

401 COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux, op. cit.*, n° 685 : « *la jurisprudence est très près d'imposer à l'agent de voyages mandataire une véritable obligation de résultat.* »

402 Civ. 1er, 27 octobre 1970, pourvoi n° 69-11.185, Bull. civ. I, n° 284 ; *D.*, 1971, p. 449, note P. Couvrat ; *JCP,* 1971. II. 16624, note R. Rodière ; *RTD civ.*, 1971, n° 3, p. 392, obs. G. Cornu.

403 CORNU (G.), obs. sous civ. 1er, 27 octobre 1970, *RTD civ.*, 1971, p.392 : « … *sans exclure les hypothèses beaucoup plus rares dans lesquelles l'agence elle-même assume, sécurité due, le rôle et la responsabilité d'un transporteur de personne, une distinction principale tend à s'affirmer entre l'agence* « *mandataire* », *lorsque, simple intermédiaire, elle ne promet à tel client, pour tout office, que ses services de* « *réservation* » *ou de mise en relations, et l'agence* « *entrepreneur* », *lorsqu'elle organise elle-même, pour tels autres clients, un voyage complet, ouvrage conçu et agencé comme un tout, englobant les principaux aspects d'une vie de voyage*. »

404 *Ibid.* Dans une logique identique : Civ. 1er, 15 octobre 1974, pourvoi n° 73-12.453, Bull. civ. I, n° 264. Sur l'obligation de surveillance : Civ. 1er, 23 février 1983, pourvoi n° 82-11.128, Bull. civ. I, n° 73 ; *D.*, 1983, p. 81, note P. Couvrat ; *JCP,* 1983. II. 19967, note P. Gulphe. Civ. 1er, 16 février 1999, pourvoi n° 96-21.883, inédit ; *JCP,* 2000. II. 10323, note B. Lachassagne : « *Mais attendu qu'ayant retenu, à bon droit, qu'une agence de voyages, organisatrice d'un séjour, est tenue de veiller à la bonne exécution de ce dernier* … ».

La tâche attendue de l'agence de voyage entrepreneur est par nature plus large que celle de l'agence mandataire[405]. Cela n'a rien d'étonnant dans la mesure où le rôle d'organisateur est indéniablement plus contraignant que le rôle d'intermédiaire. L'agence est dans cette hypothèse soumise à une obligation de résultat et est par conséquent responsable de la défaillance des personnes participant à l'organisation du voyage. L'agent est aussi soumis à une obligation de sécurité de résultat afin de garantir au client de voyager dans de bonnes conditions et d'arriver à destination sain et sauf[406]. L'agence entrepreneur doit ainsi choisir méthodiquement les prestataires auxquels elle a recours afin de contribuer à cette mission d'organisation. La qualification est donc bien exclusive et dépend du contrat liant les parties tout particulièrement en fonction de l'objet de la mission du prestataire. La succession des missions de mandataire et d'entrepreneur peut, de la même façon, être favorisée en présence d'un avocat.

B. UNE QUALIFICATION MIXTE : LE CONTRAT LIANT L'AVOCAT A SON CLIENT

56. Une double mission distributive essentielle et complémentaire. La profession d'avocat est actuellement réglementée par la loi du 31 décembre 1971[407]. La question de la mission confiée à cet auxiliaire de justice est traitée à l'article 4 de ladite loi disposant que l'avocat peut assister ou représenter son client[408]. La mission confiée à l'avocat lui impose d'agir, selon la situation, en tant que mandataire ou en tant qu'entrepreneur. Il peut en effet se rendre au Palais afin de représenter son client en justice ou encore faire des consultations et rédiger des contrats à son bureau[409]. La convention le liant à son client semble donc être un contrat mixte[410] dans la mesure où la loi ne se positionne pas en faveur d'une qualification unitaire[411]. Il s'agirait alors d'une qualification distributive. Cette double mission est cependant soumise à un ensemble de règles spécifiques d'ordre déontologique[412] s'imposant

405 MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 714 : « *L'agence de voyage assume des fonctions également complexes et est tenue d'obligations de plus en plus étendues.* » L'agence de voyage, qualifiée d'entrepreneur, est donc responsable de plein droit de ses obligations sauf dans l'éventualité d'une force majeure voire en présence d'une faute du contractant ou d'un tiers. Sur ce point : Civ. 1er, 2 novembre 2005, pourvoi n° 03-14862, Bull. civ. I, n° 401. Civ. 1er, 8 mars 2012, pourvoi n° 10-25.913, Bull. civ. I, n° 51.

406 Civ. 1er, 13 décembre 2005, *Gaz. Pal.*, 2007. 3236.

407 Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

408 Article 4 : « *Nul ne peut, s'il n'est avocat, assister ou représenter les parties, postuler et plaider devant les juridictions et les organismes juridictionnels ou disciplinaires de quelque nature que ce soit, sous réserve des dispositions régissant les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.* »

409 GAUTIER (P.-Y.), « Nature et régime juridique du mandat : jeux croisés. » *in Le mandat, un contrat en crise ?,* sous la direction de Nicolas Dissaux, Études juridiques, Economica, 2011, n° 6, p. 90.

410 SEBAG (L.), « La détermination des honoraires de l'avocat », *D.*, 1970, chron. 38, p. 177. BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 499.

411 À l'exception du mandat *ad litem* de l'avocat postulant.

412 Décret 2005-790, du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat.

à l'avocat quelle que soit sa fonction réelle[413]. Son serment lui impose ainsi d'agir avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité. Il doit agir également avec délicatesse[414] et sincérité[415] dans l'intérêt de son client. L'étendue de sa mission démontre que le contrat de mandat et le contrat d'entreprise peuvent exister par l'accomplissement de plusieurs tâches distinctes ; une mission d'assistance impliquant des actes intellectuels et une mission de représentation impliquant des actes juridiques[416]. La prestation est par conséquent nécessairement immatérielle ce qui peut compliquer la distinction entre les actes accomplis en tant que mandataire et ceux accomplis en tant qu'entrepreneur.

57. Une mission d'assistance. L'avocat est qualifié d'entrepreneur lorsqu'il conseille son client lors d'une consultation [417]ou encore lorsqu'il l'assiste dans le cadre d'une audience. Ce rôle essentiel visant à assister son client est assimilé à celui d'un entrepreneur dans la mesure où l'avocat apporte un soutien physique du seul fait de sa présence. Il est alors soumis à une obligation de moyens car il ne s'engage pas par exemple à gagner un procès mais à mettre à la disposition de son client sa science juridique et son art de la rhétorique[418].

Certes la qualification d'entrepreneur peut surprendre[419] car l'accomplissement d'actes matériels propres au contrat d'entreprise ne semble pas être la tâche première de l'avocat. D'autres professionnels, tels les constructeurs, illustrent davantage la mission matérielle du contrat d'entreprise. La rémunération de l'avocat entrepreneur porte ainsi nécessairement sur ses services et non sur un ouvrage. Il n'est donc pas soumis à un louage d'ouvrage mais bien à un louage de service. L'avocat est qualifié d'entrepreneur lorsque le service qu'il accomplit porte sur une prestation intellectuelle[420]. L'activité intellectuelle de l'avocat se manifeste notamment lorsque sa mission réside dans la rédaction d'un document notamment un acte sous signature privée[421]. Il s'agit bien d'un acte intellectuel. Or toute activité intellectuelle

413 COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 681. Ces règles « *d'une certaine manière, transcendent l'analyse purement contractuelle.* »

414 Civ. 1er, 10 juillet 2014, pourvoi n° 13-19.284, Bull. civ. I, n° 137.

415 Civ. 1er, 31 octobre 2012, pourvoi n° 11-15.529, Bull. civ. I, n° 222 ; *RTD civ.*, 2013, p. 109, obs. B. Fages.

416 Le Professeur Perrot rappelle ainsi la double fonction de l'avocat. PERROT (R.), « Procédure de l'instance ; jugements et voies de recours. Voies d'exécution et mesures conservatoires », *RTD civ.*, 1981, p. 446.

417 SAVATIER (R.), « Les contrats de conseil professionnel en droit privé », *D.*, 1972, 1, chron. p. 137.

418 MARTIN (R.), *Déontologie de l'avocat*, 11e éd. mise à jour, Lexisnexis, 2013, p. 229.

419 COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux, op. cit.*, n° 681 : « *Le terme est un peu brutal pour désigner l'activité de l'avocat, mais il reste exact sur le plan juridique*. »

420 Civ. 3e, 28 février 1984, pourvoi n° 82-15.550, Bull. civ. III, n° 51 : « *Les travaux d'ordre intellectuel ne sont pas exclus de la définition du contrat d'entreprise* … ».

421 Civ. 1er, 27 novembre 2008, pourvoi n° 07-18.142, Bull. civ. I, n° 267 : « *M. Y… avait remis à M. X…, non un simple modèle, mais un projet finalisé entièrement rédigé par ses soins, la cour d'appel en a exactement déduit qu'en qualité d'unique rédacteur d'un acte sous seing privé, l'avocat était tenu de veiller à assurer l'équilibre de l'ensemble des intérêts en présence et de prendre l'initiative de conseiller les deux parties à la convention sur la portée des engagements souscrits de part et d'autre* … ».

d'un professionnel se traduit matériellement. Par ailleurs, l'avocat peut être à la fois rédacteur et partie à l'acte[422]. En outre , il peut aussi avoir pour mission de représenter son client[423].

58. Une mission de représentation. L'avocat peut également accomplir une mission de représentation[424] de son client devant les tribunaux[425] ou pour tout acte de procédure[426]. Ce professionnel agit ainsi en tant que mandataire, le contrat le liant à son client est un mandat *ad litem*[427] ce qui lui donne le pouvoir de transiger[428]. L'avocat mandataire engage sa responsabilité pour faute notamment dans l'hypothèse de la perte d'une chance[429]. Sa responsabilité repose alors davantage sur une obligation de résultat[430]. Les missions de l'avocat mandataire sont diverses et font l'objet d'une constante réglementation visant à assurer une adaptation pérenne selon les besoins professionnels des clients[431].

L'avocat peut agir en tant que mandataire sportif conformément aux dispositions de la Loi de modernisation des professions juridiques et judiciaires du 28 mars 2011. L'article 4 autorise l'avocat à représenter son client dans la conclusion de contrats inhérents au domaine sportif. Le client peut être une personne physique tel un joueur ou un entraineur voire une personne morale tel un club. L'avocat n'est pas qualifié d'agent sportif dans la mesure où il n'est pas tenu de fournir une licence. Il doit cependant faire preuve de transparence à l'égard des fédérations sportives en leur communiquant notamment le contrat le liant au sportif ainsi que les contrats signés en son nom et pour son compte.

---

422 Civ. 1er, 7 mai 2008, pourvoi n° 06-13.129, inédit : « *le cumul de la qualité de rédacteur d'acte et de partie audit acte n'est pas en lui-même prohibé dès lors que l'autre partie en a connaissance* … ».

423 BEIGNIER (B.), BLANCHARD (B.), VILLACEQUE (J.), *Droit et déontologie de la profession d'avocat*, Collection droit fondamental, PUF, 2002, p. 411.

424 MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.), MAZEAUD (J.), DE JUGLART (M.), *Leçons de droit civil*, t. 3, 2e vol., 4e éd., Montchrestien, 1975, n° 1334. DEMEESTER (M.-L.), *Rép. civ.*, V° Avocat : responsabilité, n° 63 : « *le second aspect spécifique a trait à l'étendue des pouvoirs reconnus à l'avocat en qualité de mandataire, ce qui peut entraîner sa responsabilité notamment en cas de dépassement de pouvoir. Le mandat prend naissance avec l'acceptation de l'avocat (en pratique, l'introduction de la demande) et se termine avec l'instance. Durant ce temps l'avocat doit pouvoir justifier d'un mandat écrit de son client* … ».

425 La représentation du client par l'avocat dans le cadre de la postulation date de la Loi du 31 décembre 1971.

426 Article 411 du Code de procédure civile : « *Le mandat de représentation en justice emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de la procédure.* »

427 VIATTE (J.), « Le mandat ad litem », *Gaz. Pal.*, 1976. 1. doct. 392. Il faut cependant distinguer la représentation de l'avocat dans la procédure (mandat *ad litem*) et dans l'action (mandat *ad agendum*).

428 Civ. 3e, 16 décembre 1992, pourvoi n° 91-12.502, Bull. civ. III, n° 324 : « *il résultait de l'échange des lettres de leurs avocats, que les volontés de la propriétaire et de la locataire s'étaient rencontrées sur les conditions essentielles* … ». Article 417 du Code de procédure civile : « *La personne investie d'un mandat de représentation en justice est réputée, à l'égard du juge et de la partie adverse, avoir reçu pouvoir spécial de faire ou accepter un désistement, d'acquiescer, de faire, accepter ou donner des offres, un aveu ou un consentement.* »

429 Civ. 1er, 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-15.674, Bull. civ. I, n° 498 : « *après avoir conseillé à ses clients de former un pourvoi, l'avocat, par son inertie, leur avait fait perdre une chance sérieuse d'obtenir la cassation de la décision* … ».

430 MARTIN (R.), *Déontologie de l'avocat*, 11e éd. mise à jour, Lexisnnexis, 2013, p. 231 : « *Nous sommes ici plus près d'une obligation de résultat que d'une obligation de moyens.* »

431 L'avocat peut intervenir en tant que mandataire d'artiste.

L'avocat peut agir en tant que mandataire en transaction immobilière. Une telle activité de l'avocat était à l'origine prévue par la Loi Hoguet. Le Conseil de l'Ordre des avocats du Barreau de Paris a récemment apporté un complément d'information sur les conditions d'exercices d'une telle mission. Le conseil a alors émis un arrêté en date du 21 avril 2009. L'article P.6.2.0.4 du règlement intérieur du barreau de Paris dispose que « *L'avocat peut exercer l'activité de mandataire en transactions immobilières dans les limites autorisées par la loi. L'avocat doit en faire la déclaration à l'Ordre par lettre adressée au bâtonnier. Cette activité doit être pratiquée en vue de la rédaction d'un contrat ou avant-contrat et constitue pour l'avocat une activité accessoire.* ». La coexistence précédemment exposée entre le mandat et l'entreprise peut être plus nuancée dans le cadre de certaines professions.

C. DES QUALIFICATIONS ACCESSOIRES DE MANDAT

59. L'architecte. L'architecte s'engage envers son client, le maître d'ouvrage, à coordonner un projet de construction, à en assurer la surveillance et la réalisation par un constructeur[432]. Sa mission en tant que technicien et maître d'œuvre est à la fois vaste et variable. Il peut préalablement accomplir une prestation intellectuelle afin de proposer au maître des plans de construction[433]. Sa prestation matérielle peut être plus étendue afin d'accomplir l'ensemble des tâches nécessaires à cette construction. La qualification de ce contrat entre le louage d'ouvrage et le mandat[434] était incertaine en jurisprudence jusqu'à un arrêt décisif de 1963[435]. Le contrat d'architecte est aujourd'hui qualifié de louage d'ouvrage par la loi du 3 janvier 1967[436] mais également celle du 4 janvier 1978[437] complétant de ce fait l'alinéa 3 de l'article 1779 du Code civil[438]. L'architecte lié au maître par un contrat de louage d'ouvrage est réputé constructeur dudit ouvrage en vertu de l'article 1792-1 alinéa 1er du Code civil[439],

---

432 LE TOURNEAU (Ph.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, op. cit.*, n° 3312.56. L'architecte « *coordonne l'activité de tous les intervenants du chantier et sert d'intermédiaire entre eux et le maître de l'ouvrage. Il lui incombe le cas échéant de prendre les mesures nécessaires pour pallier les carences des entrepreneurs*. » BOUBLI (B.), *Rép. civ.,* V° Architecte, n° 157.

433 Com. 15 décembre 1992, pourvoi n° 90-20.172, Bull. civ. IV, n° 406 ; *RTD civ.*, 1993, p. 604, obs. P.-Y. Gautier. Civ. 3e, 9 février 2011, pourvoi n° 10-10.264, Bull. civ. III, n° 20.

434 Civ. 3 novembre 1926, D. P. 1927. 1. p. 77, note G. Minvielle. Dans cet arrêt, l'architecte était considéré comme un mandataire et non comme un entrepreneur.

435 Civ. 1er, 21 janvier 1963, Bull. civ. I, n° 41, *JCP,* 1963. II. 13185. Civ. 1er, 17 décembre 1964, Bull. civ. I, n° 576. La doctrine était majoritairement favorable à la qualification de contrat d'entreprise. En ce sens, PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. 11, (contrats civils-2e partie), 2e éd., par A. Rouast, J. Lepargneur, R. Savatier, A. Besson, Paris, LGDJ, 1954, n° 910.

436 Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 relatif aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction.

437 Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction.

438 « *Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie : 1° Le louage de service ; 2° Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises ; 3° Celui des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés.* »

439 « *Est réputé constructeur de l'ouvrage : 1° Tout architecte, entrepreneur, technicien ou autre personne liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage.* »

fruit de la Loi de 1978. La qualification de louage d'ouvrage reconnue par la loi est conforme à la mission de l'architecte[440]. Ce professionnel est soumis par principe à une prestation matérielle mais sa mission peut s'étendre à l'accomplissement d'actes juridiques dans les limites d'un mandat accordé par le maître d'ouvrage. L'architecte peut ainsi agir en qualité de mandataire parallèlement à sa mission de locateur d'ouvrage[441]. La mission de représentation de l'architecte mandataire ne porte cependant pas atteinte à la qualification unitaire de louage d'ouvrage. Cela reste critiquable.

La mission de locateur d'ouvrage de l'architecte peut être accompagnée d'une mission de représentation[442]. Le maître d'ouvrage devient ainsi mandant mais cela ne peut pas être présumé[443]. L'architecte doit en effet être signataire d'un mandat spécial[444] de son client afin de pouvoir légitimement le représenter auprès des tiers. Un arrêt de 1965 de la Cour de cassation reconnaît que l'accomplissement d'actes juridiques par l'architecte doit être

440 TRISSON-COLLARD (V.-P.), *art. cit.,* n° 29 : « *Pour reprendre l'exemple de l'architecte sa mission principale consiste à accomplir des actes matériels, ce qui justifie que son contrat soit analysé en un louage d'ouvrage* ».

441 Le juge peut également accorder une place importante au contrat de mandat comme ce fut le cas dans l'affaire des enfants du marin (Civ. 1er, 9 mars 1970, pourvoi n° 68-13.406, Bull. civ. I, n° 83). Dans cette affaire, un marin avait confié la garde de ses enfants à sa sœur et à son mari afin qu'ils leurs apportent entretien et éducation. Les juges du fond et la Cour de cassation, elle-même, ont qualifié ce contrat de mandat. Naturellement, la mission confiée à la sœur et au beau-frère comportait impérativement l'accomplissement d'actes juridiques justifiant ainsi cette qualification. Or la mission devait également les conduire à accomplir des actes matériels. Certes toute mission de représentation inclut l'accomplissement accessoire d'actes matériels non prévus dans le contrat, cependant les circonstances de cette affaire semblent révéler une mission principalement matérielle et accessoirement juridique.

442 Civ. 3e, 8 janvier 1970, pourvoi n° 68-11.309, Bull. civ. III, n° 13. En l'espèce, certains termes du contrat liant le maître d'ouvrage aux architectes caractérisaient « *non pas leur mission habituelle, mais celle de mandataire des maîtres de l'ouvrage.* » De plus, la Cour rappelle que l'accomplissement par l'architecte d'actes juridiques au nom du propriétaire révèle la qualité de mandataire de ce premier. Cet arrêt est également révélateur de la place et de l'influence du mandat sur le contrat d'architecte dans la mesure où la Cour relève le caractère exceptionnel de ce type de convention.

443 Civ. 3e, 14 novembre 1970, pourvoi n° 68-14.024, Bull. civ. III, n° 604. La Cour précise que les juges du fond n'ont pas à rechercher d'office l'existence du mandat dans la mesure où l'architecte est lié à son client avant tout par un contrat de louage d'ouvrage.

444 CASTON (A.), AJACCIO (F.-X.), TENDEIRO (M.), PORTE (R.), *Traité de la responsabilité des constructeurs*, Le moniteur, 8e éd., 2018, p. 73. HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, sous la direction de Jacques Ghestin, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 32131 : « *Le plus sûr est, à cet égard, de prévoir les pouvoirs de l'architecte par une clause expresse, comme le recommande d'ailleurs le contrat-type élaboré par la profession.* » Civ. 3e, 17 février 1999, pourvoi n° 95-21.412, Bull. civ. III, n° 40 : « *alors que le contrat de louage d'ouvrage ne confère pas de plein droit au maître d'œuvre mandat de représenter le maître de l'ouvrage, sans constater l'existence d'un mandat spécial donné par la société Alrom à M. X. à l'effet de passer commande de travaux supplémentaires, la cour d'appel a violé le texte susvisé* … ». Civ. 3e, 14 décembre 2004, pourvoi n° 03-16.752, inédit : « *Attendu qu'ayant constaté que l'architecte ne disposait pas d'un mandat spécial du maître de l'ouvrage lui permettant d'accepter les marchés, qu'alors que la réunion du 5 octobre 1993 avait pour but de mettre au point la signature de ceux-ci, il ne résultait pas du procès-verbal de cette réunion que le maître d'ouvrage ait donné son accord à la conclusion des marchés, que la nécessité d'une validation par le maître d'ouvrage se déduisait de ce procès-verbal et que la présence d'un représentant de la SCI à cette réunion sans qu'il soit soutenu qu'il disposait d'un mandat apparent du maître de l'ouvrage ne permettait pas de dire qu'il ait engagé ce dernier, la cour d'appel, qui a apprécié souverainement les éléments de preuve qui lui étaient soumis, a pu retenir que les entreprises ne rapportaient pas la preuve d'une acceptation valant engagement contractuel définitif du maître d'ouvrage.* »

spécifiquement autorisé par le client[445]. Les juges ont ainsi exprimé la pensée selon laquelle l'architecte n'est pas par principe un mandataire[446]. Il peut cependant le devenir parallèlement à sa mission de locateur d'ouvrage si telle est la volonté du maître[447]. L'architecte peut alors recevoir mandat de traiter avec les entrepreneurs afin de signer le contrat de construction[448] ou de procéder au paiement au nom et pour le compte du mandant[449]. Il peut également commander au nom du maître des travaux supplémentaires, déposer un permis de construire[450] ou accomplir tous autres actes juridiques autorisés par un mandat spécial. L'accomplissement éventuel d'actes juridiques conduit certes l'architecte à agir en qualité de mandataire mais il ne porte pas atteinte à sa qualité principale de locateur d'ouvrage[451]. Le mécanisme de la ratification du ou des actes juridiques s'applique alors à l'égard du mandant maître d'ouvrage conformément aux règles classiques du contrat de mandat[452]. La qualification accessoire de mandat est constatée pour d'autres professions.

60. L'entreprise de pompes funèbres. La mission de l'entreprise de pompes funèbres peut être variée et justifier l'accomplissement d'actes matériels mais également d'actes juridiques. Le contrat repose alors sur une qualification distributive[453], la prestation de l'entreprise et la

445 Civ. 1er, 2 février 1965, pourvoi n° 63-11.348, Bull. civ. I, n° 90 ; *JCP,* 1965. II. 14089. En l'espèce, l'architecte n'apporte pas la preuve de l'existence d'un mandat spécial signé par le maître d'ouvrages.

446 COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.*), Contrats civils et commerciaux, op. cit.*, n° 701 : « *En tout cas, quelle que soit l'étendue de sa mission, l'architecte demeure un locateur d'ouvrage. Il reste qu'il peut être, mais seulement* « *à l'occasion* », *chargé de mandats particuliers* … ». Civ. 3e, 2 juillet 1974, pourvoi n° 73-13.842, Bull. civ. III, n° 273.

447 CASTON (A.), AJACCIO (F.-X.), TENDEIRO (M.), PORTE (R.), *Traité de la responsabilité des constructeurs*, Le moniteur, 8e éd., 2018, p. 73 : « *L'architecte peut, dans certaines circonstances, être considéré comme mandataire, au moins apparent.* » Civ. 3e, 8 février 1978, pourvoi n° 76-11.395, Bull. civ. III, n° 74 : « *La cour d'appel a relevé que l'architecte, en prenant la qualité de mandataire, avait conclu avec la société Detragiache le marché du 28 mai 1970 relatif aux terrassement.* » Voir aussi, Civ. 3e, 8 mars 1989, pourvoi n° 87-13.460, inédit. Civ. 3e, 17 mars 1993, pourvoi n° 90-21.052, inédit. Civ. 1er, 10 décembre 1996, pourvoi n° 95-11.117, inédit : « *Attendu qu'appréciant souverainement les documents qui lui étaient soumis, la cour d'appel a retenu que l'assignation que les époux Y… ont fait délivrer à M. X… démontrait qu'ils avaient confié à celui-ci une mission de maître d'œuvre; qu'elle a aussi relevé que l'écrit du 5 février 1990 établissait non seulement l'engagement des époux à participer aux travaux d'amenée d'eau, mais également la réalisation, à leur demande, de travaux sur le site relatifs à l'édification de pavillons témoins ; qu'elle a pu en déduire que la société Mousnier était fondée à ne pas vérifier l'étendue du mandat dont disposait l'architecte pour commander lesdits travaux au nom et pour le compte du maître de l'ouvrage.* »

448 Civ. 3e, 28 janvier 1975, pourvoi n° 73-12.734, Bull. civ. III, n° 32. Dans cet arrêt, l'architecte avait été chargé, en plus de la surveillance matérielle des travaux, de conclure pour le propriétaire des marchés avec les entrepreneurs tout en effectuant le paiement de leur prestation. Civ. 3e, 8 février 1978, pourvoi n° 76-11.395, Bull. civ. III, n° 74. En l'espèce, l'architecte avait signé un marché de travaux non forfaitaire.

449 BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 497. Le maître d'ouvrage peut également être engagé par le mécanisme du mandat apparent. Voir sur ce point : Civ. 3e, 21 mai 1974, pourvoi n° 73-11.778, Bull. civ. III, n° 219. Civ. 3e, 8 février 1978, pourvoi n° 76-11.395, Bull. civ. III, n° 74.

450 Civ. 1er, 2 février 1965, pourvoi n° 63-11.348, Bull. civ. I, n° 90.

451 Aix, 2 juillet 1986, bull. Aix, n° 134 : « *la qualité de locateur d'ouvrage d'un technicien chargé d'une mission de coordination des travaux et de la surveillance de ceux-ci n'est pas altérée par le fait qu'il ait pu agir, à certaines occasions pour le compte du maître de l'ouvrage* … ».

452 Civ. 3e, 12 mai 2010, pourvoi n° 08-20.544, inédit ; *D.*, 2010, p. 1417 ; *RDI,* 2010, p. 379, obs. B. Boubli ; *RTD com.*, 2011, p. 167, obs. B. Bouloc ; *D.*, 2011, p. 1926, obs. H. Groutel ; *AJDI,* 2016, p. 46, obs. N. Le Rudulier. L'architecte agit alors sous l'appellation de « *maître d'ouvrage délégué* ».

453 MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 713.

volonté du client sont les seuls éléments à prendre en compte pour procéder à la qualification la plus juste. Dans la pratique professionnelle, la tâche principale de l'entreprise réside dans l'accomplissement d'une sépulture. Elle doit pour cela inhumer ou incinérer un corps, elle peut également procéder à la fabrication d'un cercueil. Ces tâches sont par nature matérielles, l'entreprise de pompes funèbres doit par conséquent être qualifiée pour cette mission d'entrepreneur[454]. Le prestataire peut de surcroît accomplir des actes juridiques au nom et pour le compte du client. Il peut être chargé d'entrer en contact avec le gérant d'un cimetière afin de réserver une place pour la sépulture ou une date pour l'enterrement. L'entreprise intervient dans cette situation en qualité de mandataire et plus précisément en qualité d'intermédiaire mais sa mission principale réside majoritairement dans l'accomplissement d'actes matériels.

Il est par ailleurs critiquable que la mission confiée à une entreprise de pompes funèbres de récupérer une urne dans un crématorium soit qualifiée de mandat[455]. La cour d'appel de Toulouse ne s'interroge pas sur la légitimité de la qualification de mandat pour une mission portant exclusivement sur la réalisation d'actes matériels. Sa réflexion se porte uniquement sur l'étendue de la mission du prestataire et par conséquent sur son potentiel dépassement.

D'une manière générale, l'accomplissement d'actes juridiques ne peut être que résiduel en fonction de la mission globale des entreprises de pompes funèbres. La qualification accessoire de mandat est aussi constatée pour le médecin.

61. Le médecin. La mission principale du médecin consiste à soigner son patient ou plus exactement à tout mettre en œuvre pour essayer de le soigner afin de lui assurer un bien-être quotidien. Cette tâche repose sur un acte ou un ensemble d'actes intellectuels voire matériels et justifie ainsi que le médecin soit qualifié à titre principal d'entrepreneur.

La mission de ce prestataire peut également résider dans l'accomplissement d'actes juridiques bien que cela soit dans la pratique particulièrement rare. Un médecin a ainsi été qualifié de mandataire par la Cour de cassation en 1979[456]. En l'espèce, le patient avait chargé le médecin de choisir un laboratoire d'analyse et de passer contrat avec celui-ci. Il avait été reproché au tribunal d'instance d'avoir soutenu d'une manière générale qu'un médecin traitant ne pouvait être le mandataire de son client sans rechercher l'existence d'un mandat même tacite. Or il ne paraît pas troublant de qualifier un médecin de mandataire dès l'instant où celui-ci accomplit des actes juridiques au nom et pour le compte de son patient et dès l'instant où le patient lui attribue la fonction de mandataire. La coexistence du mandat et de

454 MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 713. Civ. 23 octobre 1945, S. 1948. I. 144, *RTD civ.,* 1949, p. 99, obs. J. Carbonnier.

455 CA, Toulouse, 7 mai 2013, n° 11/03398 : « *Ils soutiennent que l'urne devait être placée dans le colombarium de Moissac et que le mandat donné à Jacky M. se limitait à la réception de l'urne après la crémation […] il apparaît que Jacky M. disposait d'un pouvoir donné par Madame P., en vertu d'un écrit en date du 11 septembre 2009, qui mentionne que Mr. M. Jacky est autorisé à faire tout ce qui sera nécessaire pour l'organisation et la réalisation du service funéraire, inhumation, transport, crémation, opération concernant le corps désigné ci-dessus* … ».

456 Civ. 1er, 27 mars 1979, pourvoi n° 78-10.298, Bull. civ. I, n° 102.

l'entreprise peut ainsi être constatée dans la prestation du médecin traitant bien que le rôle d'entrepreneur constitue la majeure partie de cette prestation dans la pratique. Le contrat passé avec le médecin conjugue de façon prioritaire une qualification en faveur de l'entreprise et pour une part accessoire une qualification de mandat.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

L'appréciation de la mission du prestataire est une étape essentielle, tout particulièrement lorsque son engagement le conduit à accomplir des actes à la frontière entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise. La conception juridique de ces deux contrats a incontestablement évolué avec le temps, ce qui conduit désormais à une altération de la frontière, jadis étanche, entre ces deux conventions pourtant distinctes. Le propre du droit est pourtant de se conformer aux évolutions de son temps et aux changements de mœurs ou de positions doctrinales. Malgré cette réalité, certaines évolutions législatives demeurent contestables en raison d'une combinaison manifeste entre le mandat et l'entreprise. L'enjeu est cependant important pour le bénéficiaire de la prestation car le mécanisme de la représentation demeure particulièrement contraignant. La véritable question revient à s'interroger sur sa conception personnelle de l'expression « *gérer les affaires d'autrui* ». Plus généralement, le prestataire est-il réellement en mesure de comprendre les limites de sa mission dans l'éventualité d'un rapprochement entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise ?

Cette question est essentielle pour le mandataire et l'entrepreneur a plus d'un titre ; tout d'abord parce que les régimes propres au contrat de mandat et au contrat d'entreprise ne traitent pas de la même façon les manifestations de dépassement de mission du prestataire. Ensuite, parce que la conception personnelle du prestataire de sa propre mission peut avoir une incidence sur son exécution. En ce sens, l'incompréhension des termes et de l'étendue de la mission peut en favoriser le dépassement. Par ailleurs, la confusion entre le mandat et l'entreprise, rencontrée dans certaines missions, est un facteur favorisant le risque de dépassement. Par conséquent, l'étendue de la mission du mandataire et de l'entrepreneur contribue efficacement à la caractérisation de son dépassement.

CHAPITRE II.

ÉTENDUE DE LA MISSION

« *Tout homme averti fuit l'excès et le défaut.* »[457]

Aristote

62. Limites de la mission et dépassement de mission. L'identification ou la caractérisation d'une situation de dépassement de mission peut être une opération difficile selon les circonstances. Pourtant, l'étendue de la mission du prestataire constitue par principe une information essentielle afin de constater la manifestation d'un dépassement profitable ou non aux intérêts du bénéficiaire de la prestation.

Le dépassement de l'entrepreneur sera par exemple incontestable s'il construit deux maisons au lieu d'une. Le constat d'un dépassement n'est cependant pas toujours aussi simple et l'appréciation des instructions se révèle parfois être plus problématique.

La réglementation du contrat de mandat permet au mandant de moduler la mission du mandataire en fonction des caractères du mandat qu'il choisit. Les limites de la mission du prestataire peuvent être déterminées avec fermeté ou au contraire avec imprécision selon la volonté exclusive du mandant. Or le caractère du mandat choisi par le mandant a une incidence certaine sur l'autonomie du prestataire et par conséquent sur un risque de dépassement **(Section I)**. L'expression de la volonté du mandant joue ainsi un rôle, dans une certaine mesure, sur la manifestation d'un dépassement de mission du mandataire. Malgré ce lien, le prestataire reste seul en faute s'il outrepasse les limites des instructions.

Au-delà de la mission du prestataire et des instructions du bénéficiaire, se pose la question des suites contractuelles. Les suites ne peuvent pas, par nature, être prévues dans le contrat mais contribuent pourtant à la bonne exécution de la mission du prestataire[458]. Ce constat permet de s'interroger sur l'influence des suites de la mission du prestataire quant au risque de dépassement **(Section II)**. Les suites contractuelles peuvent-elles être analysées comme la manifestation acceptable d'un dépassement de mission ou au contraire comme une manifestation indépendante de ce manquement ?

---

457 ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Librairie générale française, 1992, Livre II, Chapitre VI, p. 52.

458 Par exemple, un entrepreneur chargé de la reprise de travaux de construction d'un immeuble commet un manquement à son devoir de conseil en s'abstenant d'alerter le maître d'ouvrage sur la mauvaise qualité du sol et le risque de désordres en résultant. Sur ce point, CA Agen, ch. civile, 26 juin 2019, n° 16/01193 : « *la société SOLTECHNIC informée des contraintes liées à la configuration de l'immeuble et à son implantation a commis un manquement à son devoir de conseil afférent à la nature des travaux à effectuer, engageant sa responsabilité sur le fondement de l'article 1147 du code civil.* »

SECTION I.
L'INCIDENCE DES CARACTERES DU MANDAT SUR LE RISQUE DE DEPASSEMENT

63. La place de l'autonomie dans l'exercice du mandat. Le mandataire, est en mesure de recourir à son libre arbitre lorsque cela s'avère nécessaire. Le cadre contractuel du mandat ne le prive pas de son libre arbitre ou de son autonomie. Cette réalité peut cependant être dangereuse pour le mandant compte tenu de la place prédominante de la volonté chez tout être humain[459]. L'autonomie légitimement reconnue au mandataire doit cependant s'exercer conformément à l'étendue de son pouvoir.

La précision dans la délimitation de la mission du mandataire sera déduite des stipulations contractuelles. Toute l'attention se porte ainsi sur le mandant libre de fixer les consignes devant être respectées par le représentant. Ce choix est important si ce n'est crucial tant il détermine l'étendue de la mission du mandataire et par voie de conséquence, les recours contre lui en cas de défaillance de sa part.

Le Code civil constitue sur ce point un outil utile en retenant une double classification fondée sur les caractères du mandat : celui-ci peut être général ou spécial **(I)**, et conçu en termes généraux ou exprès **(II)**. Cette typologie, « *d'une excessive subtilité* » selon le Professeur Le Tourneau[460], est d'une grande complexité selon le Professeur Puig[461]. D'une manière générale, la distinction traditionnelle des mandats formulée aux articles 1987 et 1988[462] révèle l'autonomie plus ou moins grande du mandataire. Ces classifications légales permettent de mieux articuler d'une part le respect des instructions du mandant et d'autre part l'indépendance du mandataire. Ce constat permet de s'interroger sur les effets de la délimitation des instructions sur le risque de dépassement.

I. MANDAT GENERAL ET MANDAT SPECIAL

64. Une classification fondée sur l'objet de l'acte à accomplir. L'article 1987 dispose que le mandat : «…*est ou spécial et pour une affaire ou certaines affaires seulement, ou général et pour toutes les*

459 PERON (G.), *Schopenhauer : la philosophie de la volonté*, Paris, Montréal, l'Harmattan, 2000, p. 95 : « *Une constatation évidente, l'intellect se fatigue, la volonté en revanche est infatigable. Toute connaissance semble ainsi liée à un effort, quand la volonté, notre essence intime, opère sans peine, avec une entière spontanéité. […] La volonté, par contre, ne cesse jamais de vouloir : quand elle ne peut agir en dehors, elle ne dirige que mieux l'économie interne de l'organisme. […] C'est pourquoi Schopenhauer se sent autorisé à dire que l'intellect est une fonction du corps, alors que le corps est une fonction de la volonté* … ».

460 LE TOURNEAU (P.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 3321.11.

461 PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, 8e éd., Dalloz, 2019, n° 933 : « *Tout cela est inutilement compliqué. Mieux voudrait aligner ici le droit spécial du mandat sur la classification binaire retenue par le droit commun de la représentation.* »

462 PÉTEL (Ph.) *Le contrat de mandat*, coll. Connaissance du droit, Dalloz, 1994, p. 33 : « *Le Code civil utilise deux classifications si subtiles qu'elles sont généralement confondues par la pratique.* » SEUBE (J.-B.), DUMONT-LEFRAND (M.-P.), GOUT (O.), LANDEL (J.), *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, Editions législatives, 2018, p. 82.

affaires du mandant. ». La lettre de cet article permet au mandant de délimiter la mission de son représentant en lui apportant des informations sur l'objet de l'acte à accomplir. Sa mission peut ainsi avoir un objet spécifique avec le mandat spécial ou au contraire un objet indéterminé avec le mandat général.

65. Une affaire déterminée et le mandat spécial. Le mandat est spécial dans la mesure où il permet de préciser l'objet même de l'acte à la charge du mandataire dans le cadre de sa mission[463]. Le représentant voit son champ d'action délimité ; il va alors concentrer ses efforts sur une ou plusieurs affaires du mandant clairement déterminées[464]. Parfois, l'existence d'un mandat spécial ne sera pas le fruit de la volonté du mandant mais l'effet d'une exigence légale. Les Professeurs Baudry-Lacantinerie et Wahl affirment qu'un mandat spécial exigé par la loi « … *doit être donné pour chaque acte, il ne peut être donné pour tous les actes de la catégorie pour laquelle la loi exige un mandat spécial* »[465]. Le mandat spécial apporte nécessairement une précision supplémentaire au mandataire afin de lui permettre de concentrer son action sur une ou des affaires spécifiques du mandat. L'étape majeure réside avant tout dans la recherche de l'exacte volonté du mandant : « *tout est question d'interprétation de la volonté des parties. La distinction entre mandat spécial et mandat général n'a ainsi d'intérêt que dans les rares cas où la loi exige un mandat spécial. Pour le reste, la distinction n'a pas un grand intérêt pratique.* »[466]. Pourtant la distinction entre le mandat spécial et le mandat général a un intérêt majeur : celui de caractériser un dépassement de mission du mandataire.

Cette première typologie est ainsi pleinement favorable au mandant et au mandataire de bonne foi car ce dernier disposera d'éléments susceptibles de répondre efficacement aux attentes du représenté. La précision des instructions du mandant peut par ailleurs être renforcée en présence d'un mandat exprès donc portant sur la nature de l'acte. Cette double précision issue d'un mandat spécial et exprès est grandement appréciable mais peut

---

463 Civ. 1er, 29 juin 1983, pourvoi n° 82-13.058, Bull. civ. I, n° 192, « *Il résulte des articles 894 et 1422 du Code civil que le mandat doit être spécial lorsqu'il est conféré pour faire une donation ou pour consentir à ce qu'une donation porte sur des biens communs.* »

464 Civ. 1er, 14 janvier 2015, pourvoi n° 13-21.659, inédit : « *Selon l'article 1987, il est ou spécial et pour une affaire ou pour certaines affaires seulement, ou général et pour toutes les affaires du mandant. Le mandat donné par monsieur Augusto X …es qualités à monsieur Maurice Z … le 26 octobre 2006 s'analyse en un mandat spécial pour signer les actes d'acquisition du fonds de commerce de la SAS MACANDREWS CRUISES FRANCE et de la SOCIETE MONACO MARITIME et signer tous documents en découlant, ce conformément aux décisions du conseil d'administration de la SA Y …& X …SHIPPING SERVICES.* »

Le mandat spécial peut ainsi être reconnu à un notaire. En ce sens, Civ. 1er, 16 avril 2015, pourvoi n° 14-12.244, inédit : « *Attendu que l'arrêt mentionne que le président de la chambre régionale de discipline était représenté, selon pouvoir du 12 novembre 2013, par* « *Me Philippe E …, notaire à Marseille,* » *qui,* « *ayant mandat spécial de représenter le président du conseil régional de discipline des notaires de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, a présenté ses observations* ». »

465 BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et WAHL (A.), *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 24, 3e éd., Paris, Sirey, 1907, p. 277, n° 516.

466 MEKKI (M.), *JCl. Civil Code*, V° Mandat, fasc. 30, n° 24.

cependant conduire certains contractants à une confusion entre ces deux types de mandat[467]. La délimitation des instructions apporte cependant une sécurité théorique au mandant.

66. La sécurité théorique de la délimitation des instructions. D'une manière générale, le Code civil protège le mandant contre les dépassements de pouvoir du mandataire. Le début de l'article 1989 dispose en ce sens que : « *Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat ...* ».

La mission du mandataire est l'expression de la délimitation du mandant, ce que Pothier a décrit comme étant « *une affaire à faire* »[468]. Les articles 1987 et 1988 protègent le représenté car ils permettent d'établir la réalité du dépassement par la seule recherche de sa volonté. Il s'agit d'une protection théorique renforcée par la portée de l'article 1989 du Code civil relative à l'interprétation stricte du mandat. L'articulation de ces trois articles constitue bien une protection théorique pour le mandant car elle permet de prouver dans la pratique le dépassement de pouvoir du mandataire. Pourtant, la délimitation peut être risquée pour le mandant.

67. Le risque inhérent à la précision des instructions. Le contrat de mandat confère une grande liberté au mandant dans l'encadrement de la mission du mandataire. La combinaison d'un mandat exprès et spécial permet par exemple de délimiter soigneusement l'objet de sa mission. Il en est ainsi lorsque le mandataire est chargé par le mandant d'acquérir un bien spécifique. Le véritable but de la délimitation des instructions réside dans le fait de soumettre le mandataire au bon respect de celles-ci et plus généralement d'éclairer le représentant de bonne foi afin que celui-ci respecte les limites de sa mission. Cependant la délimitation des instructions a une incidence sur l'autonomie du représentant mais également sur le risque de dépassement.

La libre transmission des instructions semble être un gage de sécurité pour le mandant, or c'est spécifiquement par la délimitation de la mission que le dépassement apparaît. En effet, un dépassement de pouvoir est plus facile à prouver en présence d'instructions précises. Au contraire, un mandat à la fois général et conçu en termes généraux accorde une grande place à la liberté du représentant et rend de ce fait beaucoup plus délicate la preuve du dépassement.

Un paradoxe semble ainsi se dessiner à la lecture des articles 1987, 1988 et 1989[469]. Ces dispositions permettent au mandant de restreindre l'objet de la mission. Cela demeure hautement profitable pour lui afin d'une part d'établir la réalité du dépassement[470] et d'autre

---

467 RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Droit des contrats spéciaux*, 9e éd., LexisNexis, 2017, n° 516 : « *Le mandat exprès est parfois assimilé au mandat spécial.* »

468 POTHIER (R.-J.), *Traité du contrat de mandat, Œuvres*, Bugnet, t. 6, 1861, n° 6.

469 Ces articles relatifs au contrat de mandat sont combinés à l'article 1155 du Code civil relatif aux pouvoirs du représentant et issu de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Il permet ainsi de raccourcir et de simplifier la formule des articles 1987 et 1988.

470 Civ. 3e, 15 juin 2017, pourvoi n° 15-24.337, inédit : « *le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat ; qu'en s'abstenant dès lors de rechercher si, indépendamment même de l'absence de preuve rapportée de l'erreur des vendeurs*

…/…

part de se protéger contre ses effets. Cependant la possible délimitation de la mission offerte par ces articles ne fait, dans la pratique contractuelle, que renforcer le risque de dépassement.

En effet, une délimitation précise de la mission restreint l'autonomie du mandataire et par conséquent augmente le risque de dépassement. Le raisonnement inverse demeure aussi valable : une délimitation imprécise de la mission augmente l'autonomie du mandataire et atténue ainsi considérablement le risque de dépassement.

Le paradoxe est donc le suivant : la sécurité théorique attachée à la précision des instructions ne fait que renforcer dans la pratique le risque de leur violation. La précision des instructions protège aussi le mandant car cela facilite la démonstration du dépassement et la sanction en découlant. D'une manière générale, une délimitation précise de la mission augmente le risque de dépassement mais facilite la preuve de ce manquement. Inversement, une mission imprécise atténue le risque de dépassement et rend plus difficile la preuve du comportement fautif. L'article 1989 insiste sur le nécessaire respect des instructions, il est alors possible d'en déduire une confirmation implicite du paradoxe soulevé dans cette étude. Il en est autrement en présence d'un mandat dont l'objet est indéterminé.

68. Le choix de l'imprécision et le mandat général. Le mandat général doit embrasser « *toutes les affaires du mandant* » et conférer au mandataire « *le pouvoir de faire, au nom et pour le compte de ce dernier, tous les actes juridiques susceptibles d'être accomplis par un mandataire* »[471]. Le contrat de mandat peut être qualifié de mandat général lorsque les instructions données par le mandant sur l'objet de l'acte à accomplir sont floues ou imprécises. La mission du mandataire est abordée dans sa globalité[472], sans la moindre précision permettant de délimiter les manœuvres du représentant dans l'exercice de sa mission. Il doit gérer toutes les affaires du mandant en son nom et pour son compte. Dans une telle situation, le mandataire devient le vrai maître d'œuvre car il décide seul des actes à accomplir. La seule condition réside dans la formulation en termes généraux du contrat de mandat par le mandant.

Le mandataire est le seul véritable juge des actes à réaliser pour le mandant. Il devient ainsi impossible de reprocher au mandataire un acte constitutif d'un dépassement de pouvoir, dans la mesure où ses pouvoirs ne subissent aucune limite. Il dispose de pouvoirs généraux lui permettant de gérer au mieux les affaires du mandant selon son appréciation personnelle. Le seul véritable reproche du mandant à l'encontre de son représentant serait sa négligence ou

---

opposable à l'acquéreur, le notaire, en sa qualité de mandataire, n'avait pas commis une faute ayant causé un préjudice aux époux Y… en signant un acte en leur nom ne correspondant pas à la procuration qui lui avait été donnée le 24 octobre 2010, qui visait expressément un terrain de 800 m ² environ et un garage unique, et non un terrain de 1 006 m ² et trois garages, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1989 du code civil. »

471 AUBRY (C.) et RAU (C.-F.), *Droit civil français*, *op. cit.*, n° 172.

472 Civ. 1er, 3 février 2004, pourvoi n° 01-02.016, inédit : « *qu'en déduisant des seules opérations d'assistance matérielle apportée à Mme X …, qui était âgée, dans la rédaction de documents et l'émission de chèques, que M. A … était investi d'un mandat général de gestion de l'ensemble du patrimoine de Mme X …, la cour d'appel aurait privé sa décision de base légale au regard de l'article 1987 du Code civil ; qu'en déduisant de l'existence d'un mandat général de gestion confié par Mme X … à M. A … que ce dernier avait agi en qualité de mandataire de celle-ci, dans le cadre de la cession des actions de la société SAPAR à M. B …, alors que seul un mandat exprès de négocier le prix pouvait lui conférer cette qualité, la cour d'appel aurait violé l'article 1988 du Code civil …* ».

son imprudence. Cette imprécision quant à l'objet de l'acte peut s'avérer dangereuse car le mandant accorde au représentant un pouvoir très large. Certes le mandant pourra éventuellement encadrer son représentant sur la nature de l'acte à accomplir lui conférant ainsi un mandat exprès, cependant, le seul fait que le mandat soit général signifie que la procuration porte sur tous les biens. Un tel mandat est relativement rare en raison de sa dangerosité pour le mandant : « *Le mandat général est très dangereux pour le mandant : par inexpérience ou inattention, le mandant donne ainsi au mandataire des pouvoirs considérables sur ses biens. Aussi la loi doit-elle le protéger de lui-même.* »[473] Cela explique les limites inhérentes au mandat général.

69. Les limites du mandat général. Le mandataire dispose d'une certaine liberté lorsque l'imprécision touche l'objet de l'acte à accomplir. Il s'engage ainsi à s'occuper des affaires du mandant sans plus de précisions. Mais cette liberté reste malgré tout restreinte dans la mesure où elle doit tout de même se conformer aux limites et impératifs légaux exigeant un mandat spécial pour l'accomplissement de certains actes. En outre, rien ne prive le mandant de la faculté d'interdire certains actes à son mandataire dans le cadre d'un mandat général. Ainsi dans une espèce soumise à la Cour de cassation le 8 janvier 1968, M. X consent en 1949 un mandat général à M. Y afin d'assurer la gestion d'un immeuble commercial. Le mandant procède, le 30 décembre 1958, à une restriction des pouvoirs de son mandataire, lui reprochant ensuite d'avoir loué un local sans son accord préalable[474].

Il peut ainsi être nécessaire et légitime pour le mandant de réduire les risques du mandat en fonction de l'étendue des pouvoirs accordés au mandataire. Sur ce point, l'article 1988 du Code civil apporte une aide supplémentaire au mandant.

II. MANDAT CONÇU EN TERME GENERAUX ET MANDAT EXPRES

70. L'article 1988 du Code civil. L'article 1988 du Code civil dispose que : « *Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès.* ». Il convient de présenter successivement la nature des actes qui peuvent être accomplis selon qu'il s'agit d'un mandat conçu en termes généraux **(A)** ou d'un mandat exprès **(B)**.

473 MAZEAUD (H., L., J.), *Leçons de droit civil. Principaux contrats*, *op. cit.*, p. 850, n° 1385. Voir aussi, LE TOURNEAU (Ph.), *art. cit.*, n° 107.

474 Civ. 1er, 8 janvier 1968, Bull. civ. I, n° 7.

A. La nature des actes pouvant etre accomplis dans le mandat conçu en termes generaux

71. Pouvoir du mandataire d'accomplir les seuls actes d'administration et conservatoires. Le mandat conçu en termes généraux ne concerne que les actes d'administration[475]. Cette exigence émane de l'article 1988 alinéa 1er du Code civil selon lequel : « *Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration* ». Elle trouve sa justification dans la protection du mandant. Ce dernier ne doit pas subir les effets néfastes d'un pouvoir trop largement défini. La règle est désormais reprise par le nouvel article 1155 alinéa 1er du Code civil qui dispose que : « *Lorsque le pouvoir du représentant est défini en termes généraux, il ne couvre que les actes conservatoires et d'administration.* ». Cet article est issu de la réforme du droit des obligations[476] et s'applique au domaine général de la représentation.

Un arrêt de la Cour de cassation de 1970 assimile les actes de conservation aux actes d'administration[477]. Par un raisonnement *a contrario*, les actes de disposition[478] sont interdits dans le cadre d'un mandat conçu en des termes généraux. Le mandataire est tenu de limiter son action aux actes d'exploitation et de gestion courante du patrimoine du mandant[479] mais il ne doit pas procéder à une modification de la composition dudit patrimoine par un acte de disposition[480]. La portée de cet article influence grandement l'autonomie du mandataire.

72. L'autonomie accordée au mandataire. Le mandant, libre de fixer la mission de son représentant, est également libre de se limiter à des instructions générales afin de laisser le mandataire agir selon son appréciation propre. Le mandant traduit ainsi sa confiance envers son représentant. Ce mandat n'apporte aucune précision sur la nature de l'acte à accomplir pour le mandataire et peut avoir pour objet une affaire du mandant en particulier ou toutes

---

475 Un acte d'administration est un acte d'exploitation ou de gestion courante d'un patrimoine afin d'en conserver la valeur ou de le faire fructifier.

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

477 Civ. 1er, 25 octobre 1972, pourvoi n° 71-13.155, Bull. civ. I, n° 217.

478 Un acte de disposition est un acte grave car la transmission de droits en résultant peut diminuer la valeur dudit patrimoine.

479 Civ. 3e, 16 mars 2011, pourvoi n° 10-30.189, inédit. Selon la Cour de cassation : « *le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration ; qu'en retenant qu'il se déduisait de la lettre et de l'esprit du mandat général conférant au crédit-preneur, la société SAP,* « *tous les droits et obligations du maître de l'ouvrage notamment l'entière responsabilité des travaux et, d'une façon générale, leurs conséquences de toute nature* », *le droit du crédit preneur d'exercer, au lieu et place du propriétaire de l'immeuble, une action en justice, acte de disposition, tendant à engager la responsabilité décennale des locateurs d'ouvrage, la cour d'appel a violé les articles 416 du code de procédure civile, 1134, 1988 et 1989 du code civil, ensemble l'article 1792 du même code.* »

480 Com. 20 mai 2003, pourvoi n° 01-10.260, inédit : « *que le mandat, conçu en termes généraux ne concerne que les actes d'administration, à l'exclusion des actes de disposition ; qu'en énonçant néanmoins qu'il résultait des mentions de l'acte de crédit-bail du 22 mai 1995 que les parties auraient été d'accord sur la chose et le prix de sorte que la vente entre le vendeur et le crédit-bailleur représenté par le crédit-preneur aurait été parfaite à cette date, la cour d'appel a violé les articles 1988 et 1583 du Code civil …* ».

les affaires du mandant[481]. L'existence d'un mandat conçu en termes généraux pourra être retenue dans l'éventualité où le mandant autorise son représentant à faire tous les actes nécessaires, utiles et particulièrement si les circonstances l'exigent. L'imprécision du mandat conçu en termes généraux semble renforcer considérablement la liberté et l'autonomie du mandataire. Il est par déduction totalement opposé au mandat exprès ou spécial.

Cependant, une conséquence plus fâcheuse peut aussi être déduite de cette absence de précision sur la nature de l'acte. Il est de ce fait impossible pour le mandant de constater un dépassement de pouvoir du mandataire. Toutefois le mandataire titulaire d'un mandat conçu en termes généraux doit impérativement restreindre son champ d'action aux actes d'administration[482]. En ce sens, un mandataire titulaire d'un mandat conçu en termes généraux ne peut pas être autorisé à prendre part à un vote au cours d'une assemblée générale d'un syndicat de copropriété si la décision porte sur des actes de disposition touchant les parties communes d'un immeuble dans lequel le mandant est propriétaire[483].

Malgré l'imprécision inhérente à ce mandat, force est d'admettre que le mandataire n'est pas entièrement autonome. En outre, il est nécessaire d'atténuer l'affirmation selon laquelle un mandat conçu en termes généraux est irrémédiablement imprécis, dans la mesure où un tel mandat peut être également spécial. La précision subsiste ainsi dans l'objet de l'acte. Dans une telle hypothèse, le mandant permettra à son représentant d'effectuer une gestion ou une administration sur un bien en particulier de son patrimoine.

73. Critères de distinction des actes d'administration et de disposition. Le décret du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes incapables[484] peut servir de guide. Ce décret contient en effet en annexes deux tableaux détaillant les actes regardés comme des actes d'administration ou de disposition. Le premier tableau distingue par exemple les actes portant sur les immeubles, sur les meubles corporels et incorporels, sur les actes à titre gratuit ou encore sur les actions en justice…

---

481 COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, Dalloz, t. 2, 10e éd., 1953, n° 1355.

482 Crim. 2 décembre 2014, pourvoi n° 14-80.205, inédit : « *alors que le mandat du 29 juin 2007 avait été donné à Mme C… aux fins de réaliser des démarches concernant la propriété de la société civile immobilière Lou Miradou ; qu'ainsi la mandataire avait le pouvoir d'accomplir des actes d'administration utiles à la propriété de la société civile immobilière Lou Miradou, mais en aucun cas d'autoriser les services de police judiciaire à entrer dans les lieux pour y effectuer une perquisition ou une saisie ; qu'en décidant l'inverse, la cour d'appel a prononcé par des énonciations contraires à celles du mandat du 29 juin 2007 et privé sa décision de base légale* … ».

483 Civ. 3e, 10 octobre 1984, pourvoi n° 83-12.946, Bull. civ. III, n° 166. En l'espèce cependant, la cour d'appel relève que la convocation précisait explicitement l'ordre du jour. Il faut donc en déduire que le mandant a conféré un mandat spécial à son représentant, bien qu'il prétende avoir seulement donné un mandat général. Cette position est soutenue par la Cour de cassation. A contrario, il est possible d'affirmer qu'un ordre du jour imprécis n'aura pas permis au juge de déduire que le mandat était spécial dans la mesure où le mandant n'aurait pas eu connaissance du vote en assemblée. La situation aurait ainsi été totalement différente, tant pour le mandant que pour le mandataire.

484 Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil, JORF n° 0304 du 31 décembre 2008 page 20631.

Plus généralement, la doctrine ne se fonde pas sur la seule nature juridique de l'acte pour distinguer actes de disposition et actes d'administration[485].

Une partie des auteurs se fonde sur le caractère économique de l'acte. Cette position est partagée par René Verdot[486] et par le Professeur Le Tourneau ; ce dernier affirme que « *l'opposition des actes d'administration et des actes de disposition n'est pas d'ordre strictement juridique ; il convient de s'attacher aux caractères économiques de l'acte et à son rôle dans la gestion du patrimoine de l'intéressé pour le qualifier* »[487].

Les Professeurs Planiol et Ripert retiennent, quant à eux, la gravité de l'acte pour le qualifier d'acte de disposition[488]. Ce raisonnement est identique à celui du Professeur Beudant : « *Les actes de disposition étant plus graves que les autres, le mandant ne devrait pas pour eux s'abandonner à une trop grande initiative du mandataire ; il lui faudra dicter des directives suffisamment précises.* »[489] Ce critère se retrouve généralement pour la vente dont la gravité provoque un transfert de patrimoine ; il s'agit bien d'un acte de disposition.

Les Professeurs Marty et Raynaud regardent avant tout le caractère définitif de l'acte[490]. L'acte d'administration sera davantage illustré par sa finalité, la volonté de fructifier un patrimoine[491].

Le Professeur Fabrice Leduc analyse dans sa thèse la notion d'acte d'administration en la confrontant à des « *procédés conceptuels concurrents* ». Il oppose ainsi l'acte d'administration à l'acte utile, à l'acte urgent, à l'acte conservatoire et enfin à l'acte de la vie courante[492]. Les actes de la vie courante sont des actions ordinaires de la vie quotidienne réalisées par principe indépendamment du statut juridique de la personne ; ils ne peuvent donc pas être à l'origine d'un dépassement de mission.

Enfin, le Professeur Mazeaud rappelle que le mandat conçu en termes généraux limite l'action du mandataire aux actes d'administration dans le seul but de protéger le mandant. Néanmoins, il faut observer une certaine méfiance dans l'analyse de ce mandat afin d'éviter de le confondre avec le mandat général. Henri Mazeaud met en lumière le fait que l'utilisation répétée de l'adjectif « *général* », peut être dangereuse dans le processus intellectuel de

485 Civ. 3e, 10 octobre 1984, pourvoi n° 83-12.946, Bull. civ. III, n° 166.

486 VERDOT (R.), « De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes d'administration et des actes de disposition », *RTD civ.*, 1968, p. 449.

487 LE TOURNEAU (Ph.), *art. cit.*, n° 110.

488 PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, *op. cit.*, n° 276.

489 BEUDANT (C. et R.) et LEREBOURG-PIGEONNIERE (P.), *Cours de droit civil français, t.* 9, 2e éd., par G. Lagarde et R. Perrot, Paris, Rousseau, 1953, n° 306, p. 342.

490 MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Introduction générales*, t. 2, vol. 1, 2e éd., Sirey, 1988, p. 281.

491 Selon le Professeur Larroumet : « *il est difficile de définir les actes d'administration autrement que par élimination.* » Sur ce point : LARROUMET (C.), *Droit civil, tome 1, introduction à l'étude du droit privé*, 5e éd., Economica, coll. Droit civil, 2006, n° 441, p. 290.

492 Sur ce point, LEDUC (F.), *L'acte d'administration en droit privé : nature et fonctions*, ESTER, Études scientifiques et techniques pour l'enseignement et la recherche, 1992, L'Espace juridique, n° 31 et s., p. 36 et s.

recherche par le tiers de la volonté du mandant[493]. Il convient alors d'illustrer la distinction entre ces deux formes de mandat.

74. Illustration de la distinction entre le mandat général et le mandat conçu en termes généraux. Un mandat conçu en termes généraux se caractérise par l'absence de précision sur la nature de l'acte à accomplir. Le mandataire peut ainsi avoir pour mission de gérer un fonds de commerce, un domaine agricole ou un immeuble. Il s'agira alors dans ces exemples plus exactement d'un mandat spécial conçu en termes généraux car l'absence de précision sur les actes à accomplir est compensée par la désignation d'un bien déterminé du mandant. Une telle procuration peut notamment se caractériser par une autorisation d'effectuer toute opération sur le compte de dépôt de son titulaire[494].

Un mandat général porte sur tous les biens du mandant et prend ainsi le nom de procuration *ad universitatem negotiorum*. Ce type de mandat est plus dangereux que le mandat conçu en termes généraux, la pratique atteste en effet de sa très faible utilisation par le mandant[495]. La distinction entre ces deux types de mandats est importante car elle reflète l'étendue de la liberté du mandataire dans le cadre de sa mission. Cette liberté peut atteindre son point culminant en présence d'un mandat à la fois général et conçu en termes généraux, conférant au représentant la possibilité de gérer comme il le souhaite tous les biens du mandant. *A contrario*, l'autonomie du mandataire peut être restreinte en présence d'un mandat exprès.

---

493 MAZEAUD (H., L., J.), *Leçons de droit civil. Principaux contrats*, t. 3, vol. 2, 5e éd., Montchrestien, 1980, p. 851, n° 1386, « *Il faut se garder de confondre le mandat général et le mandat conçu en termes généraux, il serait plus exact de dire* « *en termes précis* » *ou* « *en termes vagues* ». […] *Les* « *termes généraux* » *d'un mandat laissent planer le doute sur l'exacte volonté du mandant ; il appartient au tiers qui traite avec le mandataire d'exiger la preuve de cette volonté quand l'acte à passer est important*. »

494 Civ. 1er, 18 novembre 1992, pourvoi n° 91-11.816, inédit. En l'espèce, « *René Y … a donné pouvoir à sa sœur Mme Gilberte Y …, épouse X …, d'effectuer toutes opérations sur son compte de dépôt ouvert à la Caisse régionale de crédit agricole ; qu'elle retient à bon droit qu'un tel mandat, conçu en termes généraux …* ».

495 Ce mandat se retrouve tout de même dans les situations de représentations judiciaires et de mises sous tutelle nécessitant l'intervention d'une personne pour assurer une gestion générale des biens rendue impossible pour le propriétaire. V° en ce sens, Civ. 1er, 28 octobre 2009, pourvoi n° 08-20.181, inédit. Ainsi, « *par acte notarié du 13 mars 1981, Madame Catherine D…, veuve X…, a donné à son fils Alain X… pouvoir de* « *pour elle et en son nom, gérer et administrer, tant activement que passivement tous les biens présents et à venir, soit qu'ils lui appartiennent dès à présent en son nom, soit qu'ils dépendent de successions où elle put et pourra être intéressée, soit qu'ils proviennent de toute autre manière, sans aucune exception ; que Monsieur X… a conservé ce mandat général de gestion jusqu'à l'ouverture de la tutelle de Madame D …* ». Le mandat de protection future, réglementé aux articles 477 à 495 du Code civil, permet également au mandant d'organiser à l'avance sa protection ou celle de son enfant. L'étendue du mandat est librement fixée par le mandant. Il peut ainsi concerner sa propre protection ou celle de ses biens. Le mandant peut confier au mandataire un pouvoir d'administration sur l'ensemble de ses biens, sur certains ou encore un pouvoir de disposition. L'article 488 du Code civil dispose notamment que : « *Les actes passés et les engagements contractés par une personne faisant l'objet d'un mandat de protection future mis à exécution, pendant la durée du mandat, peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès alors même qu'ils pourraient être annulés en vertu de l'article 414-1. Les tribunaux prennent notamment en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté. L'action n'appartient qu'à la personne protégée et, après sa mort, à ses héritiers. Elle s'éteint par le délai de cinq ans prévu à l'article 2224*. »

B. La nature des actes pouvant etre accomplis sur le fondement d'un mandat expres

75. L'accomplissement d'un acte de disposition. L'alinéa 2 de l'article 1988 révèle que l'existence d'instructions précises et formelles, permet de qualifier le contrat de mandat exprès. Le mandat exprès se limite ainsi aux actes énoncés dans le contrat[496]. Le rôle du juge est très important ; il s'agira pour lui de déterminer la volonté expresse du mandant de voir son représentant accomplir un acte de disposition. Par exemple, un mandat exprès permet notamment à un avocat de négocier et de consentir des baux portant sur un local commercial appartenant à son client[497]. Le juge peut ainsi analyser les correspondances échangées entre le mandataire et le mandant. Dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 21 décembre 1976, le juge refuse de reconnaître l'existence d'un mandat exprès de vendre un bien, en se référant au contenu de deux lettres[498]. Mais dans un arrêt du 17 juillet 1991, la Cour de cassation rejette l'interprétation de la cour d'appel ayant déduit l'existence d'un mandat exprès sur la base du seul recours à un notaire[499] dont la tâche était d'élaborer un projet de vente[500]. L'interprétation du juge ne doit pas se limiter à la seule dénomination des actes faite par les parties, il est ainsi impératif de rétablir une qualification

496 COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, Dalloz, t. 2, 10e éd., 1953, n° 1355. La représentation syndicale peut, par exemple, avoir pour origine un exprès. En ce sens, Soc., 24 juin 2014, pourvoi n° 10-19.776, Bull. civ. V, n° 152 : « *Pour que l'action de la personne désignée pour représenter le syndicat devant le juge soit recevable, il faut qu'elle détienne ce pouvoir soit en vertu d'une disposition des statuts régulièrement déposés, soit en vertu d'un mandat exprès.* »

497 Civ. 1er, 12 mai 1993, pourvoi n° 91-12.445, Bull. civ. I, n° 163 ; *D.*, 1993, p. 411, note Y. Chartier. En l'espèce, la cour d'appel reconnaît que le mandat de l'avocat lui permettait de consentir un bail, « *la cour d'appel a pu déduire que cet avocat était titulaire d'un mandat l'autorisant à négocier les conditions du bail ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé en sa première critique.* »

498 Civ. 1er, 21 décembre 1976, pourvoi n° 75-11.964, Bull. civ. I, n° 421. En l'espèce M. X. envoie une lettre à un agent immobilier afin de l'informer de sa volonté de vendre son studio. À la lecture de cette lettre, la cour d'appel en déduit que M. X. a donné mandat à l'agent d'aliéner le bien. Le contenu de la lettre est le suivant : « *Si vous pensez avoir un acquéreur, faites-moi le savoir immédiatement et je viendrai sur place, et, je vous informe que j'ai mis en vente mon studio dans plusieurs agences et le premier qui aura un client fera l'affaire car je suis absolument décidé à le vendre.* » La Cour de cassation casse la décision de la cour d'appel statuant sur le fait que ce document ne comporte aucun mandat exprès de vendre ledit bien. Cet arrêt est très intéressant car il permet de mettre toute la lumière sur la précision exigée du mandant lorsque celui-ci confère un mandat exprès d'aliéner à son mandataire. En effet, à la lecture de cette lettre, il semble indéniable que M. X. souhaite confier à cet agent la vente du bien. Ce dernier ne sera pas le seul à exécuter cette tâche. L'information apportée par M. X. traduit une volonté d'engendrer une compétition entre plusieurs agents immobiliers tous chargés de la même mission. Cependant l'objet de la mission est l'aliénation d'un bien, le mandat doit donc être exprès. Force est de reconnaître que ce n'est pas le cas en l'espèce. M. X. charge implicitement l'agent de vendre le bien mais ne le précise pas de façon expresse.

499 Sur les limites de la mission des notaires : BIGUENET-MAUREL (C.), *Le devoir de conseil des notaires*, thèse, Nice, 2006, n° 347. BORÉ (J.), « Les limites du devoir de conseil du rédacteur d'actes », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 139. DECORPS (J.-P.), « De l'influence de la responsabilité du notaire sur la rédaction des actes qu'il reçoit » *in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 295-298.

500 Civ. 3e, 17 juillet 1991, pourvoi n° 90-12.056, Bull. civ. III, p. 126, n° 216 ; *RTD com.*, 1992, p. 447, obs. B. Bouloc. Le notaire a été mandaté pour rédiger un projet définitif et établir les formalités de la vente future, mais cela ne signifie nullement qu'il a été mandaté expressément pour réaliser la vente de ce bien.

exacte eu égard à l'acte accompli par le prestataire[501]. D'une manière générale, le choix du mandant constitue le seul facteur à prendre en compte.

76. Le choix du mandant. Il existe une dualité d'actes réalisables pour le mandataire dans le cadre de sa mission, mais la nature de l'acte dépendra exclusivement de l'éventuelle précision apportée par le mandant lors de la rédaction du mandat[502]. Le Professeur Pétel en déduit que « *le mandat exprès est celui qui précise la nature des actes que le mandataire est chargé d'accomplir* »[503]. Cette position est également celle d'Aubry et Rau : « *Le pouvoir […] de faire des actes de disposition ne peut résulter que d'un mandat exprès.* »[504] Une précision importante est apportée par ces auteurs, le mandat exprès ne déterminera pas nécessairement l'affaire qui devra faire l'objet d'un mandat[505]. Le mandat exprès doit seulement reconnaître la possibilité de disposer d'un bien corporel sans pour autant identifier le bien. La seule véritable certitude réside dans la nécessité de conclure un mandat exprès en présence d'actes graves comme le sont les actes de disposition. Il peut ainsi s'agir de la procuration donnée à une personne de procéder au paiement d'une somme d'argent au Trésor Public en son nom et pour son compte[506].

---

501 Com. 11 mars 2014, pourvoi n° 12-22.877, inédit : « *Alors que le juge doit restituer leur exacte qualification aux actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposé ; qu'en l'espèce, le mandat donné par Madame Marthe X… à Monsieur Marcel Y… le 1er septembre 1992, lui conférait notamment pouvoir de* « *faire tout emploi de fonds, soit en placement sur particuliers ou sur l'Etat, soit en acquisition d'actions, obligations, parts de fondateurs, parts d'intérêts, accepter toute obligation, cession ou transport, acquérir tout immeuble ou fonds de commerce.* » *et encore de* « *signer tout contrat de vente* » *; qu'en s'arrêtant néanmoins à l'intitulé de* « *mandat général de gestion* » *que Madame X… et Monsieur Y… avaient donné à leur acte sans rechercher son exacte qualification au regard de son contenu et notamment s'il ne donnait pas expressément mandat à Monsieur Y… de disposer des biens de Madame X…, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 12 du Code de procédure civile ; Alors que le mandat de disposer s'il doit expressément viser les actes de disposition peut être général et porter sur tous les biens du mandant ; qu'en relevant néanmoins, pour en déduire que Monsieur Y… n'avait pas le pouvoir de céder les parts sociales de Madame X…, que le mandat signé le 1er septembre 1992 était d'ordre général et ne comprenait aucune disposition spécifique ayant trait à la vente des parts sociales de l'EURL KOUMADIS, la cour d'appel a violé les articles 1987 et 1988 du Code civil …* ».

502 La précision requise est très importante dans la mesure où la proximité est parfois grande dans la pratique entre acte d'administration et acte de disposition. En ce sens, une demande de délivrance d'une carte bancaire de retrait est un acte d'administration mais une demande de délivrance d'une carte bancaire de crédit est qualifiée d'acte de disposition. Cette classification est logique car un crédit engage plus qu'un retrait au regard du résultat économique de l'opération. La gravité de l'acte constitue ainsi le cœur de la réflexion. Cet exemple est issu du Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil. Les articles 1er et 2 dudit Décret définissent les actes d'administration et de disposition tout en présentant en annexe un tableau listant d'une part les actes d'administration et d'autre part les actes de disposition. Ce décret s'applique spécifiquement aux situations de tutelles et de curatelles et par conséquent dans l'hypothèse d'une représentation judiciaire et non contractuelle. Malgré ce constat, le décret du 22 décembre 2008 est un outil d'une grande utilité pour le mandant afin de lui permettre d'apprécier par analogie la gravité de l'acte qu'il souhaite confier au mandataire et ainsi la spécificité du mandat visé par l'opération.

503 PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, Litec, 1988, n° 19.

504 AUBRY (C.) et RAU (C.-F.), *Droit civil français*, *op. cit.* n° 173.

505 *Ibid.*

506 Civ. 1er, 4 juin 2014, pourvoi n° 13-17.077, Bull. civ. I, n° 100 : « *le tribunal observe que parmi les pièces versées aux débats figure la déclaration faite par Me Pierre Alexis X …le 25 mars 2005 à l'huissier du Trésor Public selon laquelle* « *j'accepte la signification de la somme de 40. 900 € pour laquelle j'ai donné un pouvoir de règlement à hauteur du même montant à Me Y …* » *; qu'il en résulte qu'à concurrence de cette somme, Me Y … avait un mandat exprès de payer directement au Trésor les sommes que ce dernier réclamait.* »

Le Professeur Le Tourneau précise que le mandat exprès ne sera pas obligatoirement spécial, cependant il « *doit nettement déterminer la nature juridique des actes de disposition à consentir* »[507] Il est ainsi possible de conclure conjointement un mandat général permettant au mandataire de gérer tous les biens et un mandat exprès afin de disposer d'un de ces biens en particulier[508]. L'avocat chargé par son client de procéder à l'expulsion de son locataire ne peut pas disposer librement du bien de son mandant en décidant de l'aliéner[509]. Les règles de la déontologie exigent de ce représentant qu'il détienne un ordre exprès de son client autorisant cette aliénation[510]. Dans le cadre d'une aliénation d'immeuble, par nature soumise à un mandat exprès, le mandataire n'aura pas le pouvoir de percevoir le prix de vente, en l'absence d'autorisation du mandant. Le champ d'application du mandat exprès se limite, dans cette hypothèse, à la seule vente du bien objet du mandat. Le mandataire incontestablement légitime dans l'accomplissement de cette aliénation pour le compte du mandant ne pourra pas déduire de son pouvoir celui de percevoir le prix[511].

Néanmoins il ne s'agit pas d'affirmer que le mandataire disposant d'un mandat exprès ne pourra en aucune façon percevoir le prix de la vente. Il lui sera nécessaire pour cela de bénéficier d'un second mandat exprès du mandant lui reconnaissant précisément le pouvoir de percevoir ce prix. Le représentant disposera ainsi de deux mandats exprès à usage successif. Cet exemple démontre à quel point le mandat exprès est par essence précis, le mandataire doit se conformer exactement au contenu de la procuration. De ce fait, le tiers acquéreur ne bénéficiera nullement de l'effet libératoire du paiement car le mandataire n'aura pas reçu expressément le pouvoir de recevoir ce paiement[512]. D'une manière générale, le mandat exprès s'oppose au mandat conçu en termes généraux mais les combinaisons demeurent tout de même variées.

---

507 LE TOURNEAU (Ph.), *Rép. civ.*, V° Le mandat, n° 118.

508 Civ. 1er, 6 juillet 2000, pourvoi n° 98-12.800, Bull. civ. I, p. 136, n° 209 ; *RTD com.*, 2001, p. 210, obs. B. Bouloc ; *RDI,* 2000, p. 580, obs. J.-C. Groslière. Il s'agit d'un litige familial dans lequel un fils reproche à son frère mandataire d'avoir vendu un bien alors que la procuration de leur père mandant ne dévoilait qu'un mandat général. La Cour de cassation confirme la décision de la Cour de d'appel qui avait rejeté la nullité invoquée par le frère statuant que le père avait bien chargé le fils mandataire de vendre expressément un bien au prix de son choix. Le Professeur Groslière estime que cette situation « *suffit à satisfaire à l'article 1988 al. 2.* »

509 Civ. 1er, 16 mars 1994, pourvoi n° 92-15.614, Bull. civ. I, p. 75, n° 99 ; *RTD com.*, 1994, p. 778, obs. B. Bouloc. En l'espèce, l'avocat avait reçu une lettre de son client lui demandant d'informer son locataire d'une éventuelle expulsion. L'avocat titulaire d'un mandat *ad litem* en a déduit qu'il devait procéder à la vente du bien immobilier. Néanmoins, il n'avait reçu aucun pouvoir exprès en ce sens car la lettre ne traduisait pas cette volonté du client ni expressément ni implicitement.

510 Décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005, art. 8, al. 4.

511 CA. Toulouse, 3 juin 1996, *D.*, 1996. IR 215, « *Le mandat de vendre n'emporte pas de plein droit pouvoir d'en percevoir le prix* ». En l'espèce le commissaire-priseur a commis une faute en acceptant de verser le prix d'achat du bien au mandataire car sa fonction l'oblige à vérifier la qualité et les pouvoirs de celui qui est mandaté pour vendre le bien. Cette faute est renforcée par le fait qu'il connaissait le véritable propriétaire du bien, « *Dès lors, en versant le prix de vente à un mandataire non autorisé, tout en connaissant le véritable propriétaire, un commissaire-priseur commet une faute engageant sa responsabilité.* »

512 Civ. 20 décembre 1938, *Gaz. Pal.*, 1939. 1. 330.

77. Les combinaisons de mandats. Le mandataire titulaire de pouvoirs illimités mais portant sur l'accomplissement d'un acte ayant trait à une ou plusieurs affaires, détient malgré tout un mandat exprès[513]. Le mandat spécial ne sera pas toujours exprès et *vice versa*[514], mais rien n'empêche qu'un mandat spécial soit également exprès. C'est notamment le cas lorsque le mandat porte sur la vente d'un bien spécifique du représenté par exemple une voiture[515]. Dans cette hypothèse, le mandat sera doublement précis, tant sur la nature de l'acte à accomplir que sur la détermination du ou des biens du patrimoine du mandant sur lesquels reposera l'intervention du mandataire. La sphère de la vente immobilière constitue un terreau particulièrement fertile. Il est en effet assez commun pour un particulier de confier la vente de son bien immeuble à une agence immobilière. Il est même assez fréquent que l'agence agisse dans le cadre d'un mandat exclusif ce qui marque une confiance réelle du mandat[516] tout en intensifiant le pouvoir du mandataire[517]. Les exemples de mandat à la fois spécial et exprès sont variés : « *En matière d'arbitrage, le mandat de compromettre ou de conclure une clause compromissoire doit être spécial et exprès…* »[518] La jurisprudence reprend parfois dans ses décisions le contenu exact des procurations afin d'authentifier l'existence d'un mandat à la fois spécial et exprès[519].

Certes, les mandats exprès et spéciaux ont comme point commun d'apporter au mandataire un élément d'information sur son action future mais ces précisions interviennent à des niveaux différents ; l'une sur la nature de l'acte, l'autre sur l'objet de l'acte. Le mandat spécial serait alors plus précis que le mandat exprès. La véritable information serait celle issue

513 AUBRY (C.) et RAU (C.-F.), *Droit civil français, op. cit.*, n° 172.

514 PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, p. 30, n° 20.

515 Civ. 1er, 31 octobre 2012, pourvoi n° 10-25.312, inédit.

516 En général, l'agent immobilier reste un simple courtier, il ne peut donc pas conclure la vente. Il agit dans ce cas en tant qu'entrepreneur et non en tant que mandataire.

517 L'exemple typique de mandat exprès et spécial est celui portant sur la procuration donnée à un agent immobilier de vendre un bien précis du mandant. En ce sens, civ. 1er, 12 juillet 2006, pourvoi n° 04-19.815, Bull. civ. I, n° 392 ; *RTD com.*, 2007, p. 440, obs. B. Bouloc.

Plus récemment, un exemple de mandat exclusif de vendre un fonds de commerce de pharmacie : Civ. 1er, 5 mars 2015, pourvoi n° 14-13.062, inédit. Civ. 1er, 11 décembre 2008, pourvoi n° 08-10.162, inédit : « *en l'absence de mandat écrit et exprès donné à un agent immobilier, les actes passés par celui-ci relativement à l'immeuble sont inaptes à engager le propriétaire, que ce soit sur le fondement d'un mandat conventionnel ou d'un mandat apparent …* ».

518 Civ. 1er, 28 janvier 2015, pourvoi n° 13-24.626, inédit.

519 Com. 20 janvier 2015, pourvoi n° 13-12.677, inédit : « *M. Z …, qui avait trouvé un acquéreur pour le prix de 8. 400. 000 € en la personne de la société Loft, a informé M. X … du calendrier de la cession du domaine à la société Loft, précisant* « *mardi matin 9 h signature à Falgos du sous seing privé avec le PDG de Loft* », *ajoutant* « *Je suppose que vous souhaitez que je m'occupe de ce dossier jusqu'à son terme. Dans ce cas, il faudrait que vous adressiez un mail à Me A … afin qu'il vous fasse parvenir un pouvoir* », *M. X … ayant répondu par mail du même jour* « *Je suis à votre disposition pour signer toute procuration que M. A … ou vous-même m'enverrez par fax ou par courriel. Attention, je quitte la France demain midi pour le Sénégal* », *ce mail contenant donc un mandat exprès et spécial donné par M. X … à M. Z … pour signer les actes de vente, seule la procuration, écrit constatant l'existence du mandat, restant à établir, mandat confirmé par un mail de M. X … en date du 13 avril 2008, en réponse à un mail de M. Z … de la veille, rédigé en ces termes :* « *OK pour 8400k… Bravo pour le supplément de 100k qui paiera en partie la rénovation du resto […] M. Z … disposait donc bien d'un mandat exprès pour vendre, étant observé que les projets de compromis de vente ont été communiqués au notaire de M. X …, Me B …, lequel, dans un courrier adressé le 14 avril 2008 à Me A … a transmis à ce dernier les instructions de M. X …* ».

d'un mandat combinant le mandat exprès et le mandat spécial. La précision apportée au représentant serait complète car elle le renseignerait sur la nature de l'acte et sur son objet. Le mandataire serait apte à exercer sa mission conformément à la volonté du représenté et le mandant disposerait d'un outil efficace pour prouver le dépassement de pouvoir.

La précision de la typologie formulée par les articles 1987 et 1988 du Code civil permet aux contractants d'envisager d'autres combinaisons. Un mandat à la fois général et conçu en termes généraux permet au mandataire de gérer de manière indifférenciée toutes les affaires du mandant par l'accomplissement d'actes d'administration[520]. Par ailleurs, un mandat spécial et conçu en termes généraux permet au mandataire de réaliser un acte d'administration sur un bien spécifique du mandant. Enfin, un mandat exprès et général permet au mandataire d'aliéner tous les biens du représenté. D'une manière générale, le choix du mandat ou de la combinaison de mandats par le mandant a nécessairement une incidence sur l'autonomie du mandataire. Le risque de dépassement est particulièrement présent lorsque le nécessaire respect des instructions du mandant est confronté à l'indépendance du mandataire.

78. Une indépendance liée à la représentation. L'indépendance incontestable du mandataire ne doit tout de même pas conduire à la confusion entre le pouvoir et la capacité à agir. Le Professeur Gaillard envisage le pouvoir comme « *l'aptitude à agir dans un intérêt distinct du sien* » mais définit au contraire la capacité comme « *l'aptitude à agir valablement pour son propre compte* », que nous pourrions analyser comme la capacité d'exercice[521]. Affirmer que le mandat doit être représentatif signifie qu'il doit impérativement porter sur des actes juridiques mais aussi que le mandataire doit être autonome dans le cadre de sa mission[522].

L'autonomie est fondamentale car elle permet de distinguer le contrat de mandat du contrat de travail. Le mandataire est de ce fait indépendant vis-à-vis de son mandant malgré l'existence d'une rémunération. L'autonomie du mandataire ne peut cependant le conduire à dépasser l'étendue de ses pouvoirs.

79. Le lien entre l'indépendance du mandataire et l'étendue de ses pouvoirs. Si l'autonomie du mandataire est incontestable, celle-ci doit être encadrée dans un souci de protection des intérêts du mandant. D'une manière générale, une interprétation restrictive des pouvoirs du représentant doit s'opérer en vertu de l'article 1989 du Code civil. Cette interprétation se manifeste tout particulièrement en présence d'un contrat de mandat comportant des instructions précises, tel un mandat exprès ou/et spécial. *A contrario*, un

---

520 Par exemple le pouvoir de contracter des emprunts de manière générale sans la moindre précision de la part du mandant. Sur ce point, voir : Civ. 1er, 21 novembre 1997, pourvoi n° 93-16.646, Bull. civ. I, n° 417 : « *Mais attendu que le mandant peut conférer au mandataire le pouvoir de contracter des emprunts d'une façon générale et sans spécifier de quels emprunts il s'agit ; et que l'arrêt retient que la procuration du 20 janvier 1964 permettait à M. B… " d'emprunter toutes les sommes nécessaires pour la réalisation " de la gestion des biens parallèlement confiée …* ».

521 GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n° 64 ; DIDIER (P.), *De la représentation en droit privé*, préface de Yves Lequette, Bibliothèque de droit privé, t. 339, LGDJ, 2000, n° 81.

522 Com., 29 octobre 2002, pourvoi n° 99-18.796, inédit.

mandat général ou conçu en termes généraux comportant par nature des instructions imprécises, freine l'interprétation restrictive des pouvoirs tant ceux-ci peuvent être étendus. L'autonomie du mandataire est par conséquent considérablement renforcée en raison de la confiance que lui porte son mandant. Il pourra ainsi être libre de choisir la destination d'un bien du patrimoine du mandant dont l'affectation sera indispensable à la gestion générale de ses biens[523]. Le mandataire d'une entreprise sera libre de déterminer les priorités essentielles et les choix à faire afin de remédier aux difficultés.

Le mandataire peut bénéficier d'une marge de manœuvre assez large pour œuvrer au mieux en faveur du mandant, il ne doit en aucune façon être un simple messager au risque de requalifier le contrat de mandat en contrat d'entremise ou de travail. Il est indéniable qu'un mandataire disposant d'un mandat conçu en termes généraux ou d'un mandat général aura la liberté de définir l'étendue de sa mission à condition de respecter certains impératifs légaux. Ainsi l'article 1988 du Code civil limite cette liberté en excluant tout acte de disposition en présence d'un mandat conçu en termes généraux. L'autonomie du mandataire en présence d'un mandat comportant une mission imprécise est donc renforcée mais n'est pas pour autant illimitée. Ce principe se manifeste en présence d'un mandat conçu en termes généraux permettant au mandataire d'effectuer toutes les opérations nécessaires sur le compte bancaire du mandant, le mandataire ne sera pas autorisé à prélever des sommes sur le compte exclusivement dans le but de subvenir à ses besoins[524]. L'autonomie du mandataire demeure tout de même modulée en fonction des pouvoirs qui lui sont accordés et de la spécificité de sa mission. L'articulation des différents mandats conditionnera également l'autonomie du mandataire. Les dépassements de mission de ce dernier n'auront donc pas la même nature malgré la force contraignante du mandat. Le principe de l'interprétation stricte de la volonté du mandant est ainsi essentiel.

80. Une interprétation stricte. L'article 1989 du Code civil dispose que : « *Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat : le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre.* »[525]. L'interprétation stricte et rigoureuse de l'article 1989 est un principe reconnu majoritairement en doctrine, entre autres par Aubry et Rau[526], Planiol et Ripert[527],

523 Civ. 1er, 9 décembre 1997, pourvoi n° 95-20.851, inédit ; Civ. 1er, 6 juillet 2000, pourvoi n° 98-12.800, Bull. civ. I, n° 209, p. 136.

524 Civ. 1er, 18 novembre 1992, pourvoi n° 91-11.816, inédit. Sur le devoir général de vigilance du banquier, GAVALDA (Ch.) STOUFFLET (J.), *Droit bancaire,* LexisNexis, 9e éd, 2015, n° 267 : « … *le banquier doit rester vigilant, son attention doit demeurer en éveil. La vigilance à laquelle il est tenu a pour seule limite la compétence qu'on peut attendre d'un professionnel. […] Généralement, toutefois, le devoir de vigilance se limite à la détection des anomalies et irrégularités manifestes.* »

525 Cet article est une manifestation générale du principe d'interprétation stricte mais ne peut pas être qualifié d'obligation de ne pas faire. Par ailleurs, la classification « *faire, ne pas faire, donner* » a été supprimée par la réforme récente du droit des obligations. RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 516 : « *La règle n'est que l'illustration d'un principe plus large d'interprétation restrictive du mandat*. »

526 AUBRY (C.) et RAU (C.-F.), *Droit civil français*, *op. cit.* n° 175.

527 PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. 11, (contrats civils – 2e partie), 2e éd., par A. Rouast, J. Lepargneur, R. Savatier, A. Besson, LGDJ, 1954, n° 1461.

Baudry-Lacantinerie et Wahl[528], ainsi que par le Professeur Pétel[529]. Son application se retrouve notamment dans le cadre de mandats portant sur un acte de vente[530]. Ainsi le mandataire autorisé à recevoir un paiement ne pourra pas accomplir un acte sans aucun lien avec ce paiement sauf accord préalable du mandant. Les Professeurs Huet, Decocq, Grimaldi et Lecuyer déduisent de leur analyse de l'article 1989, que les pouvoirs du mandataire sont appréhendés par le biais d'une interprétation restrictive.

C'est une bonne chose car cette interprétation protège le mandant contre les dangers des mandats « *fréquemment rédigés de manière trop vague, que ce soit par insouciance ou par incompétence* »[531]. Beudant et Lerebourg-Pigeonniere expliquent que les tribunaux sont incités à suivre la directive tracée par l'article 1989, « *L'interprétation stricte leur est recommandée* … »[532]. Le mandataire ne sera pas non plus autorisé à ester en justice en réaction au comportement du co-contractant lors de l'exécution de l'acte pour lequel il a été mandaté. Dans une même logique, un agent immobilier ne pourra faire d'initiative personnelle sur le bien objet de la vente, comme par exemple ordonner la réalisation de travaux sur le bien[533]. En l'espèce, le représentant avait simplement reçu mandat de vendre, il s'agissait donc d'une mission d'entremise sans engagement pour le mandant. Par conséquent, le mandataire ne pouvait décider seul, sans clause expresse, de faire des travaux visant à cacher des moisissures affectant le bien objet de la vente. Un tel comportement révèle indéniablement la manifestation d'un dépassement de mission. Un mandataire n'est pas non plus autorisé à modifier les termes d'un contrat en introduisant une clause pénale liant le mandant et sans l'accord de ce dernier[534].

L'objectif principal de cet article est de protéger les intérêts du mandant et plus précisément dans l'éventualité où ce dernier, profane ou imprudent, formulerait dans le contrat de mandat des instructions trop vagues ou générales[535]. L'article 1989 traduit donc bien le souhait de recourir à une interprétation restrictive des pouvoirs du mandataire. Les risques liés à une rédaction approximative du contrat de mandat de la part d'un contractant

528 BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et WAHL (A.), *Traité théorique et pratique de droit civil*, *op. cit.*, n° 545, p. 291.

529 PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, n° 26.

530 La Cour de cassation reconnaît ainsi dans un arrêt en date du 18 novembre 1824 que : « *Le pouvoir de vendre un immeuble ne renferme pas de plein droit celui de toucher le prix de la vente ; en conséquence le paiement fait par l'acquéreur entre les mains du mandataire n'est pas libératoire.* » V. Cass. Req. 18 novembre 1824. V. *Recueil général des lois et des arrêts avec notes et commentaires, présentant sur chaque question le résumé de la jurisprudence et la doctrine des auteurs ; revu et complété par L.-M. DEVILLENEUVE et A.-A. CARETTE,* 1er Série 1791-1830, 7e volume 1822-1824, Paris, Bureau de l'administration, Partie I, p. 566.

531 HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, *p.* 1043, n° 31171.

532 BEUDANT (C. et R.) et LEREBOURG-PIGEONNIERE (P.), *Cours de droit civil français*, t. 9, 2e éd., par G. Lagarde et R. Perrot, Paris, Rousseau, 1953, n° 305, p. 341.

533 Civ. 3e, 4 juillet 1972, pourvoi n° 71-11.975, Bull. civ. III, n° 443.

534 CA. Lyon, 7 février 1946, *D.*, 1947, somm. p. 7.

535 LECLERC (F.), *Droit des contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2012, n° 925.

insouciant ou imprudent ont probablement justifié la portée restrictive de cet article. Il est en effet possible pour une partie d'attribuer des pouvoirs à un représentant sans prendre pleinement conscience des effets d'un tel engagement.

De surcroît, le mandat impératif permet au mandant de restreindre considérablement l'autonomie du mandataire en délimitant avec précision les conditions d'accomplissement de l'acte du mandataire : « *Ici, les pouvoirs du mandataire se voient tellement encadrés qu'aucune latitude ne lui est laissée dans l'exécution de sa mission.* »[536]. Le mandat impératif s'oppose ainsi au mandat indicatif en révélant un degré de précision supérieur au mandat spécial et exprès[537]. L'objectif est de priver le représentant de la moindre initiative afin de respecter les instructions du mandant.

81. Une interprétation téléologique. L'interprétation stricte s'accompagne cependant d'une atténuation, la reconnaissance d'une interprétation téléologique du mandat. En effet reconnaître le besoin d'interpréter strictement un mandat ne signifie pas pour autant en faire une interprétation littérale.

Une interprétation téléologique permettra de tenir compte de la réelle volonté du mandant et du but poursuivi par ce dernier. Il faut tenir compte de l'état d'esprit du mandant lorsqu'il conclut le contrat de mandat. L'exemple caractéristique est celui de l'avocat. Ce dernier est un mandataire professionnel qui bénéficie, pour certaines de ses fonctions, d'une indépendance et d'un pouvoir d'initiative plus marqué qu'un mandataire ordinaire. L'avocat agit par l'intermédiaire d'un mandat *ad litem*. Il va ainsi accomplir les actes de procédure au nom et pour le compte de son client comme n'importe quel mandataire, mais son rôle va être élargi car il va pouvoir conduire l'affaire, mener le procès selon sa stratégie propre, en vertu de ses compétences professionnelles et toujours dans l'intérêt du client[538]. Yves Avril reconnaît l'importance de la notion de « *suites nécessaires* » relative aux actes du mandat, l'avocat mandataire a le pouvoir et le devoir professionnel d'accomplir « *tous les actes nécessaires à la conduite de l'instance* »[539]. L'objectif est le succès du procès, pour cela l'avocat doit réaliser tous les actes indispensables à ce succès.

D'une manière générale, la prise en compte de l'étendue de la mission du mandataire protège le mandant contre le risque de dépassement comme le prouve la lettre de l'article 1989 du Code civil.

82. La lettre protectrice de l'article 1989. Selon l'article 1989 du Code civil : « *Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat* … ». Cette disposition présente expressément le principe de l'interprétation stricte des instructions du mandant. Il s'agit d'une

536 *Ibid.*

537 HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux, op. cit.*, p. 1042, n° 31170.

538 TGI, 15 juin 1982, G.P. 1983.1.289. L'intérêt du client avait été l'argumentation majeure d'un avocat accusé par son ancien client d'avoir dépassé le cadre de son mandat.

539 AVRIL (Y.), *La responsabilité de l'avocat*, 2e éd., Dalloz, 1981, n° 32.

manifestation de prudence à l'encontre d'une interprétation large ou par analogie[540] de la volonté du mandant. Au-delà de cette première lecture, l'article 1989 peut être analysé comme étant le réceptacle d'une méfiance plus grande reposant non seulement sur le risque lié à l'interprétation des instructions mais plus globalement sur le risque du dépassement.

L'article 1989 est ainsi une source de protection supplémentaire permettant de compléter la portée des articles 1987 et 1988. Cette protection demeure tout de même relative car la combinaison de ces trois articles ne fait pas diminuer le risque de dépassement mais facilite seulement la preuve de sa manifestation. Le risque de dépassement inhérent au contrat de mandat est peut-être aussi intensifié par le mécanisme pourtant essentiel de la représentation. La mission du prestataire ne se limite parfois pas aux seules instructions du créancier, il peut ainsi être tenu d'agir conformément au mécanisme des suites contractuelles. Cela conduit alors à s'interroger sur l'influence des suites de la mission du prestataire sur le risque de dépassement.

SECTION II.
L'INFLUENCE DES SUITES DE LA MISSION DU PRESTATAIRE SUR LE RISQUE DE DEPASSEMENT

83. La recherche de l'utilité au service de l'intérêt commun. Le prestataire de service doit exécuter sa mission en tenant compte des intérêts de son cocontractant. Certes la préservation de ses propres intérêts est légitime mais cela ne peut se faire au détriment de ceux de l'autre partie. La solidarité contractuelle est ainsi le fondement de l'exigence de loyauté. L'appréciation du comportement utile et sérieux[541] du prestataire a une étendue symboliquement plus forte dans le cadre du droit positif contemporain en raison de la professionnalisation du contrat de mandat. Un devoir de collaboration peut ainsi être déterminé en fonction de la nature du contrat[542] sans être qualifié *stricto sensu* de prestation mais plutôt de complément à la prestation[543]. L'intérêt commun a nécessairement sa place

---

540 Le risque d'un raisonnement par analogie dans la détermination de l'étendue du mandat a été régulièrement soulevé par la doctrine dans l'analyse de l'article 1989. Voir notamment : AUBRY (C.) et RAU (C.-F.), *Droit civil français*, t. 6, 7e éd., par A. Ponsard et N. Déjean de La Batie, Litec, Paris, 1975, n° 175, p. 253. BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 660, p. 450 : « *Il faut en déduire plus généralement l'interdiction d'une interprétation par analogie*. »

541 FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, préface de Jacques Mestre, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, n° 16, p. 25.

542 WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », *in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européens des contrats*, sous la direction de Pauline Rémy-Corlay et Dominique Fenouillet, Dalloz, 2003, n° 24, p. 166.

543 SAVAUX (É.), « La dilution des catégories » *in Force subversives et forces créatrices en droit des obligations. Rétrospectives et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, sous la direction de Geneviève Pignarre, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2005, n° 13, p. 40.

dans « *l'ère du contrat-providence* »[544] mais la préservation des intérêts du cocontractant ne peut-elle pas être à l'origine d'une situation de dépassement de mission ? Le dépassement pourrait être caractérisé lorsque le non-respect de l'étendue de la mission résulte d'une application du principe de la bonne foi ou encore des suites contractuelles.

84. Le principe général de la bonne foi en droit des contrats. La bonne foi[545], définie par Cicéron comme « *la fidélité et la sincérité dans les paroles et les engagements pris* »[546], est une notion duale. Elle peut se définir comme la croyance erronée mais sincère et légitime en une situation juridique, ce qui traduit une conception subjective et psychologique de cette notion. Il s'agit d'» *un état psychologique, d'une croyance* »[547] propre à l'individu, pour reprendre les mots du Doyen Cornu. La bonne foi peut également se définir comme une règle de comportement objective motivée par la loyauté[548], la moralité et l'honnêteté de l'individu[549]. Les manifestations de la bonne foi du prestataire dans l'exécution de sa mission se rattachent exclusivement à la seconde définition[550]. L'appréciation de la bonne foi est intrinsèquement

544 MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *in Mélanges en hommage à François TERRÉ L'avenir du droit,* PUF, Dalloz, éd. Juris-Classeur 1999, n° 8, p. 609.

545 Sur cette notion, BOULAIRE (J.), *Bona fides, contribution à l'étude du principe de bonne foi en droit français des contrats*, thèse, Lille II, 2006. DESGORGES (R.), *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, thèse, Paris II, 1992. GORPHE (F.), *Le principe de la bonne foi*, thèse, Paris, 1928. VOUIN (R.), *La bonne foi : notion et rôle en droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1939. BÉNABENT (A.), « La bonne foi dans les relations entre particuliers dans l'exécution du contrat », *Rapport français*, Association Henri Capitant, t. XLIII, 1992. SOURIOUX (J.-L.), « Genèse de l'équité en droit français » *in Par le droit, au-delà du droit*, LexisNexis, 2011, p. 279.

546 *De officiis*, Liber primus, 23.

547 CORNU (G.), *Regards sur le Titre III du Livre III du code civil*, Les cours du droit, 1977, n° 289. Selon le doyen cornu, la bonne foi consiste à procéder à « *une interprétation raisonnable de l'intention commune des parties contractantes.* » (CORNU (G.), *RTD civ.*, 1981, p. 648).

548 Sur l'exigence de loyauté analysée comme une des « *vertus de l'humanisme contractuel* », voir : MAZEAUD (D.), « La politique contractuelle de la Cour de cassation » *in Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 382-383. Voir aussi : MAZEAUD (D.) « La réforme du droit des contrats en question … », *in Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron, Liber amicorum*, LGDJ, Lextenso, 2008, p. 346 et s., spéc. n° 21-25 « *Faut-il ériger l'exigence de loyauté contractuelle en principe directeur du contrat ?* ».

549 MAZEAUD (D.) « La réforme du droit des contrats en question … », *in Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron, Liber amicorum, op. cit.* Voir aussi, ATIAS (C.), *Précis élémentaire du contentieux contractuel,* 3e éd., PUAM, 2006, p. 154. LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les effets du contrat », *in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, n° 20, p. 227.

550 La survivance du devoir de bonne foi est indéniable comme en atteste la réforme récente du droit des obligations. DURANT-PACQUIER (G.), « Le contrat de promotion immobilière sous le prisme de la réforme », *art. cit.*, p. 7 : « *La bonne foi constitue indéniablement l'un des fils d'Ariane de la réforme […] l'article 1104 le rappelle. S'ensuivent de nombreux textes qui appréhendent la bonne foi, pour l'imposer aux cocontractants ou en sanctionner l'absence.* »

liée au comportement de l'individu[551]. Elle doit cependant être distinguée des suites[552] contractuelles notamment dans la prise en compte par le prestataire de l'étendue de sa mission.

85. L'étendue de la mission et les suites contractuelles. La réglementation des suites contractuelles[553] a désormais pour réceptacle l'article 1194 du Code civil : « *Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi.* »[554]. La véritable distinction entre le devoir de bonne foi et le respect des suites contractuelles réside dans l'objet de l'obligation. La bonne foi, en tant que « *ligne directrice de conduite* »[555] porte sur la manière dont le contractant va exécuter sa mission, sur son état d'esprit et donc sur la qualité de son engagement. Les suites portent au contraire sur le contrat et non sur le contractant[556]. Elles étoffent la teneur du lien contractuel[557] et permettent de prolonger le contenu de la prestation[558] afin de se conformer au modèle de contrat originellement signé par les parties tout en respectant l'ensemble des obligations qu'il contient[559]. La bonne foi impose au prestataire un critère de qualité inhérent à l'exécution de

---

551 Il est pour cette raison important de qualifier ces agissements de devoirs et non d'obligations. GILSON (A.), *Mandat et responsabilité civile,* préface de Cécile Pérès, Bibliothèque de droit privé, t. 566, LGDJ, 2016, n° 311 : « *le devoir pèse de façon constante et non personnelle sur tous, alors que l'obligation s'analyse par rapport aux personnes qu'elle met en jeu. L'objectivité du devoir s'opposerait donc à la subjectivité de l'obligation* … ». PICOD (Y.), *JCL. Civil Code,* Art. 1134 et 1135, Fasc. Unique : Contrats et obligations, avril 2013, n° 5. Sur la distinction de l'obligation et du devoir, HAGE-CHABINE (N.), *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, préface d'Yves Lequette, Editions Panthéon-Assas, 2017.

552 MOULY-GUILLEMAUD (C.), *Retour sur l'article 1135 du Code civil, une nouvelle source du contenu contractuel,* préface de Didier Ferrier, Avant-propos de Christian Atias et Rémy Cabrillac, Bibliothèque de droit privé, t. 460, LGDJ, 2006, n° 205, p. 198 : « *la bonne foi reflète l'état d'esprit d'un contractant.* »

553 LECUYER (H.), « Le contrat, acte de prévision » *in Mélanges en hommage à François TERRÉ L'avenir du droit,* PUF, Dalloz, éd. Juris-Classeur 1999, p. 653 : « *les obligations imposées à l'une ou l'autre des parties par l'article 1135 du Code civil sont des obligations imposées par la loi, à l'occasion d'un contrat*. »

554 Sur la question de l'équité contractuelle, voir par exemple : ALBIGES (Ch.), *De l'équité en droit privé*, préface de Rémy Cabrillac, Bibliothèque de droit privé, t. 329, LGDJ, 2000. JOBIN (P.-G.), « L'équité en droit des contrats » *in Mélanges Claude Masse, En quête de justice et d'équité*, sous la direction de Pierre-Claude Lafond, Editions Yvon Blais, 2003, p. 476 : « *l'équité n'a pas un contenu fixe dans le temps et dans l'espace* ». MAZEAUD (H.), « Doit-on statuer selon la règle de droit ou selon l'équité ? », *RTD civ.*, 1954, p. 173.

555 MOULY-GUILLEMAUD (C.), *Retour sur l'article 1135 du Code civil, une nouvelle source du contenu contractuel, op. cit.*, n° 209.

556 En ce sens, le Professeur Stoffel-Munck soutient dans sa thèse que l'atteinte au devoir de bonne foi caractérise un acte de déloyauté du contractant alors que l'atteinte aux suites caractérise un acte de déloyauté contractuel (STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préface de Roger Bout, LGDJ, 2000, p. 85).

557 DISSAUX (N.), JAMIN (C.), *Réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve et des obligations, Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Dalloz, 2016, p. 92.

558 *Ibid.* L'article 1194 « *ne revient-il pas plutôt à cerner le contenu contractuel ?* ». FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, préface de Jacques Ghestin, Bibliothèque de droit privé, t. 221, LGDJ, 1992, n° 450 : « *En principe, [l'ancien] article 1135 du Code civil concerne donc le contenu du contrat qu'il a pour but d'accroître en fonction des lois, des usages et de l'équité.* »

559 Les suites contractuelles ne doivent pas non plus être confondues avec les bonnes mœurs. Sur la notion de bonne mœurs : BONNECASE (J.), « La notion juridique de bonnes mœurs. Sa portée en droit civil français », …/…

sa mission alors que les suites lui imposent un critère de quantité[560]. En vertu de cette distinction, l'étude générale du dépassement de mission doit être entreprise dans le cadre des suites contractuelles et non dans le cadre de la bonne foi.

L'analyse de l'étendue de la mission relative aux suites en présence d'un contrat de mandat et d'entreprise est de surcroît nécessaire à la compréhension de la notion mal définie de dépassement. En effet, le dépassement de mission s'apprécie en fonction du contenu contractuel, or il est possible de soutenir que les suites ont une incidence sur ce contenu. Une analyse relative à l'interdépendance entre les suites et la manifestation d'un dépassement semble donc adéquate. L'objectif serait alors de rechercher si le respect des suites peut conduire à des comportements constituants *a priori* des dépassements. Parmi les différentes manifestations possibles des suites contractuelles, le prestataire doit être actif[561] notamment afin de poursuivre l'exécution de sa mission jusqu'à son terme **(I)** mais également en s'adaptant afin de répondre aux attentes du bénéficiaire de son action. Le devoir d'adaptation ou d'initiative peut-il cependant être distingué du dépassement de mission **(II)** ? Il sera en ce sens légitime de s'interroger sur l'existence d'un lien possible entre ces différents comportements du prestataire et la manifestation d'un dépassement de mission.

I. LE DEVOIR DE POURSUIVRE L'EXECUTION DE LA MISSION JUSQU'A SON TERME

86. Le lien de dépendance entre l'obligation principale et le devoir de poursuivre l'exécution de la mission. La poursuite de la mission du prestataire est l'expression de sa parfaite exécution. Le respect de ce devoir participe pleinement à l'accomplissement de la prestation caractéristique attendue du prestataire[562]. Il en est le prolongement[563], ce qui renvoie à la définition étymologique de la notion non-juridique de persévérance marquée

in Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, Dalloz, 1939, p. 91. HAUSER (J.), « L'ordre public et les bonnes mœurs » *in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européens des contrats*, sous la direction de Pauline Rémy-Corlay et Dominique Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 105 et s. PIGNARRE (G.), « Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? Presque rien ou presque tout ? », *RDC*, 2005, p. 1290.

560 En ce sens : JACQUES (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil,* préface de François Chabas, Dalloz, 2005, n° 166, p. 315 : « *l'office de l'article 1135 est d'ordre quantitatif quand celui de l'article 1134 al. 3 est d'ordre qualitatif*. » La bonne foi et les suites peuvent cependant faire parfois l'objet d'une confusion en doctrine. En ce sens : FLÉCHEUX (V.-G.), « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats » *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI[e] siècle*, LGDJ, 2001, p. 348 : « *Le principe d'exécution de bonne foi des contrats, inscrit aux articles 1134 et 1135 du Code de 1804 …* ».

561 Le prestataire doit être efficace afin de mener à bien la spécificité de sa mission. Il ne peut rester inactif dans le cadre de ses obligations contractuelles au risque de porter atteinte à l'article 1103 du Code civil, nouveau réceptacle de la force obligatoire du contrat : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits*. » En effet, un prestataire peut dans la pratique exécuter sa mission de manière apathique sans dépasser le cadre strict de sa mission et sans tenir compte de la situation de son contractant.

562 CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », *in La nouvelle crise du contrat*, sous la direction de Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 110.

563 CALVET-MASNOU (G.), *La persévérance en droit des contrats*, thèse, Perpignan, 2007, n° 251, p. 121 : « *L'obligation de persévérance est dépendante de l'obligation principale en ce qu'elle en constitue souvent le prolongement ou une simple variante. Elle n'existe que par l'obligation principale.* »

avant tout par l'idée de continuité. Ce devoir est inhérent à l'obligation principale, il n'est donc pas possible d'apprécier objectivement l'étendue du devoir de poursuivre l'exécution sans se référer dans un premier temps à la spécificité de son obligation principale[564].

Ce devoir n'est pas une obligation autonome. Le Professeur Le Tourneau insiste sur l'importance d'un tel comportement du prestataire précisément dans un environnement professionnel : « *Le professionnel est appelé en raison de sa compétence, et du fait qu'il doit avoir une organisation lui permettant de faire face aux difficultés inhérentes à son métier. Aussi est-on en droit d'attendre de lui qu'il aille jusqu'au bout de la tâche qui lui est assignée, sauf contrordre ou renonciation lorsqu'ils sont possibles, ou jusqu'au terme prévu.* »[565]. Le comportement du prestataire a par ailleurs une véritable incidence sociologique dans la phase d'exécution du contrat. Le Professeur Fages souligne l'» *influence singulière* » du comportement du contractant sur le lien de droit produit par le contrat[566]. Ce devoir relève avant tout de son devoir d'attention et a une incidence sur la force du lien de droit entre les contractants[567] et plus particulièrement lorsque le débiteur de l'obligation de persévérance est un professionnel[568]. Les dispositions du contrat de mandat et d'entreprise ne présentent cependant pas de la même façon ce devoir.

87. La source textuelle du devoir de poursuivre la mission. Le devoir du mandataire de poursuivre l'exécution de sa mission jusqu'à son terme est imposé par l'article 1991 du Code civil : « *Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé, et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution. Il est tenu de même d'achever la chose commencée au décès du mandant, s'il y a péril en la demeure.* ». Cette disposition contient deux principes essentiels et complémentaires visant à guider le mandataire dans sa représentation du mandant. Le mandataire, qu'il soit bénévole ou professionnel, doit d'une part exécuter sa mission et d'autre part la mener jusqu'à son terme. Ces deux principes sont très proches et peuvent faire l'objet de confusion car l'achèvement de la mission du mandataire témoigne de son exécution. Néanmoins, un mandataire peut décider d'exécuter sa mission durant un laps de temps limité et refuser ensuite de poursuivre la représentation du mandant jusqu'à son terme prévu.

Quant à l'entrepreneur, le devoir de poursuivre l'exécution de la mission n'a pas de fondement textuel direct. Indépendamment de cette différence, les manifestations de ce devoir sont très variées et peuvent être illustrées par trois exemples : celui de l'avocat, de l'architecte et du dentiste.

---

564 *Ibid.* : « *Il est, en effet, difficile d'apprécier, de façon autonome, la conformité à l'obligation principale. Celle-ci ne peut, parfois, être mesurée que par rapport à une autre obligation dont la mise en œuvre dépend.* »

565 LE TOURNEAU (P.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 3124.191.

566 FAGES (B.), *Le comportement du contractant,* préface de Jacques Mestre, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, n° 16, p. 25.

567 TERRÉ (F.), « Sur la sociologie juridique du contrat », *in Arch. Phil. dr.*, Sur les notions du contrat, t. 13, Sirey, p. 86 : « *Du comportement plus ou moins vigilant du créancier, plus ou moins attentif du débiteur, dépend, en cours de route, la vitalité du lien crée.* »

568 LE TOURNEAU (Ph.), « Les professionnels ont-ils du cœur ? », *D.*, 1990, p. 21 : « *De l'homme de métier, le client attend qu'il soit persévérant.* »

88. Première illustration : la poursuite de sa mission par l'avocat. L'avocat mandataire est tenu d'accomplir sa mission jusqu'à son achèvement afin de préserver les intérêts de son client dans la mesure de ses capacités et dans la limite de son droit à renonciation ou du droit à révocation du mandant. Il doit poursuivre sa mission en tenant compte de la situation de son client mandant en usant entre autres des différents recours juridictionnels.

Jusqu'en 2005, ce devoir de l'avocat avait pour base légale l'article 156 alinéa 1er du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat[569]. Cet article a été abrogé par le décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 et remplacé par l'article 13 dudit décret relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat : « *L'avocat conduit jusqu'à son terme l'affaire dont il est chargé, sauf si son client l'en décharge ou s'il décide de ne pas poursuivre sa mission. Dans ce dernier cas, il en informe son client en temps utile pour que les intérêts de celui-ci soient sauvegardés.* ». Au-delà de sa formulation, le contenu du texte est resté inchangé.

D'un point de vue déontologique, la mission de l'avocat ne prend pas fin *stricto sensu* au dénouement de l'affaire. Son statut possible d'entrepreneur lui impose de poursuivre sa mission de conseil par l'analyse de la décision précédemment rendue[570] en incitant son client à prendre la décision la plus opportune au regard des circonstances. La première chambre civile de la Cour de cassation le proclame dans un arrêt en date du 23 novembre 2004[571]. La solution apportée par la Cour de cassation peut néanmoins soulever certaines critiques car en l'espèce l'avocat n'avait pas déconseillé à sa cliente d'engager un recours mais s'était au contraire abstenu de formuler le moindre conseil. La Cour ne distingue donc pas clairement le silence de l'avocat du conseil d'abstention contre un recours hypothétiquement abusif et très certainement inefficace. Il est d'autant plus étrange de constater que la Cour prend le soin de rappeler que l'avocat est tenu d'une obligation de conseil. En l'espèce le devoir de persévérance aurait été parfaitement respecté si ce représentant avait conseillé à sa cliente de ne pas engager de recours[572]. Le devoir de persévérance de l'avocat se traduit donc également par le choix de mettre un terme aux recours souhaités par le client si ceux-là s'avèrent être infructueux. Une telle décision de l'avocat ne peut pas caractériser à elle seule une situation

569 AVRIL (Y.), « Le fondement de la responsabilité civile de l'avocat », *D.*, 2009, p. 995 : « *Ce texte n'a plus cours aujourd'hui depuis le décret du 12 juillet 2005, mais la règle subsiste. Il est intéressant de la rappeler dans sa forme passée […]. La déontologie contemporaine reprend une disposition très voisine avec une nuance plus appuyée : l'avocat doit prévenir de son déport en temps utile pour que les intérêts du client soient* « *sauvegardés* ». *En quinze ans les droits du consommateur se sont affermis …* ».

570 CA. Aix-en-Provence, 9 juillet 1961, *D.*, 1961, p. 593.

571 Civ. 1er, 23 novembre 2004, pourvoi n° 03-15.090, Bull. civ. I, n° 281 ; *D.*, 2005, p. 2857, note J. Moret-Bailly : « *l'auxiliaire de justice, s'il doit s'acquitter de son obligation d'information de manière complète et objective, a, en déontologie, pour devoir de déconseiller l'exercice d'une voie de droit vouée à l'échec ou, à plus forte raison, abusive, de sorte qu'il ne peut être tenu de délivrer une information, qui, selon les constatations mêmes de l'arrêt attaqué, aurait eu pour seule justification de permettre au client d'engager un recours abusivement, à des fins purement dilatoires et alors, d'autre part, que la perte du bénéfice espéré d'une procédure abusive ne constitue pas un préjudice indemnisable …* ».

572 MORET-BAILLY (J.), « L'obligation d'information de l'avocat à l'épreuve de sa déontologie ? », *D.*, 2005, p. 2857 : « *Ces derniers disposaient, en outre, d'une autre possibilité que de se taire. S'ils considéraient, en effet, qu'il leur était déontologiquement impossible de suivre leur client dans la voie de recours envisagée, ils pouvaient tout bonnement refuser de le faire, quitte pour le client à se tourner vers un confrère.* »

de dépassement de mission car le praticien se conforme aux limites de sa mission en préservant les intérêts de son client.

Le mandataire doit aller au bout de sa mission mais l'obstination ne doit pas porter atteinte aux intérêts du mandant. Le prestataire de service doit savoir user de sagesse afin d'apprécier avec objectivité et moralité le moment précis où la poursuite délibérée de sa mission deviendra préjudiciable pour son créancier. En agissant ainsi, l'avocat mandataire ne dépasse pas les limites de ses obligations mais au contraire contribue à l'exécution de sa mission de représentation en persévérant dans la transmission de ses conseils relatifs à un potentiel recours. La dépendance entre l'obligation principale de représentation et le devoir de persévérance est à nouveau présentée avec force. Ce lien de dépendance contribue pleinement au caractère accessoire du devoir de persévérance du prestataire.

89. Seconde illustration : la poursuite de sa mission par l'architecte. Les devoirs de l'architecte envers ses clients sont présentés dans la section 2 du décret n° 80-217 du 20 mars 1980 relatif au Code des devoirs professionnels des architectes. L'article 12 alinéa 2 dudit décret cible plus spécifiquement le devoir de persévérance de l'architecte : « *Pendant toute la durée de son contrat, l'architecte doit apporter à son client ou employeur le concours de son savoir et de son expérience.* ».

En ce sens la défection ou l'abandon de sa mission par une société d'architecture durant l'exécution de ses obligations contractuelles engage indubitablement et fort logiquement sa responsabilité contractuelle. La troisième chambre civile de la Cour de cassation énonce clairement cette solution dans un arrêt en date du 28 octobre 2003[573]. L'architecte a, dans cette affaire, fait preuve de négligence ou du moins d'un manque vraisemblable de diligence dans l'exécution de sa mission en soumettant aux entreprises des plans incomplets et entachés d'irrégularités. La faute majeure réside néanmoins dans l'abandon du chantier. Une telle défection durant la phase d'exécution de ses obligations traduit classiquement une inexécution contractuelle dont la source réside dans le défaut de persévérance. Il s'agit plus précisément d'une manifestation de carence contractuelle donc d'une sous-exécution. Il est cependant singulier de constater à la lecture de la décision rendue que la Cour de cassation ne fait pas textuellement référence à l'article 12 alinéa 2 du décret du 20 mars 1980. Le lien entre cette base légale et l'affaire précitée est pourtant indéniable.

90. Troisième illustration : la poursuite de la mission du dentiste. Un chirurgien-dentiste ne peut prétendre à un droit de rétention sur une prothèse dentaire posée sur un patient mécontent et refusant de payer ses honoraires. En procédant de cette manière, le chirurgien-dentiste porte atteinte aux suites contractuelles et à son obligation de mener à bien son opération dentaire.

---

573 Civ. 3e, 28 octobre 2003, pourvoi n° 02-17.484, inédit ; *RDC,* 2004/2, p. 231, note A. Bénabent : « *la cause des désordres résidait en partie dans les défauts de conception dont étaient entachés les plans de l'architecte et dans la défection de ce dernier, qui ne démontre pas que les maîtres de l'ouvrage aient manqué aux obligations leur incombant ou aient été d'accord pour mettre fin au contrat, la cour d'appel a pu retenir que la défection fautive du maître d'œuvre au moment le plus critique, qui avait laissé désemparées les entreprises au point qu'elles avaient œuvré de façon inconséquente et étaient allées à la dérive* …».

La première chambre civile de la Cour de cassation le reconnaît dans un arrêt en date du 9 octobre 1985 : « *Le contrat conclu en vue de la pose d'une prothèse dentaire oblige le chirurgien-dentiste à mener l'opération à son terme ; ce praticien ne dispose d'aucun droit de rétention sur l'appareil qu'il s'est engagé à poser.* »[574]. La nature spécifique du bien objet du conflit prive le dentiste de l'exercice d'un droit de rétention en présence d'une défaillance de son cocontractant. Le dentiste ne peut pas agir comme un garagiste en maintenant de force la détention dans son garage du véhicule d'un client refusant de le payer. La position de la Cour de cassation se justifie également par le fait qu'exercer un droit de rétention sur une prothèse dentaire constitue une atteinte délibérée du professionnel à la dignité de son patient. Le devoir imposé au dentiste de poursuivre l'exécution de sa mission trouve en partie pour fondement cette justification.

À nouveau, l'inexécution de ce professionnel ne résulte pas d'un dépassement de mission mais au contraire d'une carence contractuelle car le dentiste refuse d'exécuter sa mission dans sa globalité. Il s'agit précisément d'une sous-exécution et non d'une sur-exécution. Les trois illustrations présentées ne permettent pas pour le moment de tisser un lien entre le respect des suites contractuelles et la manifestation d'un dépassement de mission. Le prestataire doit également s'adapter aux circonstances afin de répondre positivement aux attentes de son cocontractant.

II. LA DISTINCTION DU DEVOIR D'INITIATIVE ET DU DEPASSEMENT DE MISSION

91. Initiative et dépassement. La manifestation d'un dépassement de mission du prestataire n'est pas nécessairement le résultat d'une initiative de sa part. En effet, un prestataire peut involontairement dépasser les limites de sa mission et ne prendre ainsi aucune initiative en ce sens. Le lien entre le dépassement et le devoir d'initiative du prestataire **(A)** n'est donc pas absolu. Ce constat n'altère pas la réalité selon laquelle tout dépassement de mission a nécessairement pour origine une manifestation de volonté unilatérale du prestataire. Pour cette raison, les dépassements de mission peuvent être nombreux dans la pratique contractuelle car ils dépendent de la seule volonté du prestataire.

La réforme du droit des obligations n'atténue pas le risque de dépassement dans le domaine plus général de la représentation mais le renforce au contraire par la dangereuse imprécision du nouvel article 1155 alinéa 2. Cet alinéa dispose que : « *Lorsque le pouvoir est spécialement déterminé, le représentant ne peut accomplir que les actes pour lesquels il est habilité et ceux qui en sont l'accessoire.* ». La caractérisation d'un dépassement de mission suppose ainsi de s'interroger préalablement sur les « actes accessoires » à la mission du prestataire **(B)**.

574 Civ. 1er, 9 octobre 1985, pourvoi n° 84-10.245, Bull. civ. I, n° 251 ; *D.*, 1986, p. 417, note J. Penneau, *Gaz. Pal.*, 1986. 1. p. 150, note Ph. Bertin.

A. Le devoir d'initiative du prestataire

92. Le prestataire est-il soumis à un devoir d'initiative ? Dans un arrêt en date du 31 mars 1992, la chambre commerciale de la Cour de cassation[575] reconnaît, pour la première fois, la nécessité d'imposer aux parties et plus précisément à un prestataire entrepreneur la prise d'initiative[576] dans le seul objectif d'assurer l'exécution de sa mission. Le Professeur Le Tourneau avait envisagé cette évolution jurisprudentielle deux ans avant cet arrêt[577].

En l'espèce, une société avait confié à une entreprise la mission de peindre des cuves avec une peinture spéciale antirouille, sans sablage et sans préparation préalable. L'entreprise, prestataire de service, n'avait pas parfaitement exécuté sa mission : la peinture s'étant décollée, il s'agissait d'une atteinte à l'obligation de résultat. Un litige naquit entre l'entrepreneur et son client. L'entreprise fondait son raisonnement sur le principe de la force obligatoire du contrat et affirmait avoir respecté ses obligations. En effet, il n'était pas textuellement précisé qu'un sablage préalable devait être appliqué. La cour d'appel de Dijon condamna l'entrepreneur au paiement de frais de remise en état en soutenant que ce dernier n'avait pas exécuté sa mission avec efficacité. L'entreprise se pourvut alors en cassation : « *Celle-ci eut alors beau jeu dans son pourvoi de rappeler que, liés par le contenu de la convention des parties, les juges ne sauraient, sous peine de violer l'article 1134 alinéa 1er, le modifier par adjonction ou retranchement.* »[578]. La Cour de cassation rejeta cet argument tout en reconnaissant que l'entrepreneur n'était effectivement pas soumis, au regard du contrat, à une obligation de procéder préalablement à un sablage. Cependant, ce constat ne suffisait pas. Le principe de la force obligatoire du contrat ne peut donc pas être un moyen de restreindre l'étendue de ses obligations.

À la vue du résultat, l'acte visant à peindre les cuves n'était pas suffisamment efficace selon les mots de la Cour. L'entrepreneur devait ainsi prendre l'initiative de prolonger ses obligations dans un souci de persévérance et de parfaite exécution du contrat. Le Professeur Mestre souligne sur ce point précis l'importance et la légitimité d'une authentique obligation d'adaptation[579]. Une telle obligation doit cependant être appréhendée avec précaution afin de ne pas perturber la sécurité juridique élémentaire présente dans la phase d'exécution du contrat. Une grande partie de la doctrine se reconnaît dans cette décision et se montre

575 Com., 31 mars 1992, pourvoi n° 90-13.113, inédit.

576 FAGES (B.), *Le comportement du contractant, op. cit.*, n° 585, p. 316.

577 LE TOURNEAU (Ph.), « Les professionnels ont-ils du cœur ? », *D.*, 1990, p. 21 : « *Le développement de ce qui n'est peut-être pas excessif de nommer le droit des contrats professionnels se traduit par un affinement des diligences professionnelles, un raffinement même, qui décompose les devoirs généraux en d'innombrables obligations particulières, ingénieuses, subtiles. Elles ne se limitent pas à de froides obligations, disons de techniciens, car le professionnel pratique les vertus. L'honneur, l'amitié, la courtoisie, la patience, tiennent leur rôle dans la vie des affaires.* »

578 MESTRE (J.), « Une bonne foi décidément très exigeante », *RTD civ.*, 1990, p. 760.

579 *Ibid.*

favorable à la reconnaissance d'un devoir d'initiative dans le champs contractuel[580]. Le seul véritable problème réside dans la détermination des limites de ce devoir d'initiative contractuel.

Mais que peut-on réellement voir dans ce devoir d'initiative du prestataire ? S'agit-il d'un dépassement de mission ? Il paraît adéquat de répondre négativement eu égard à sa finalité et de sa portée. En effet, cette initiative que devait légitimement prendre le prestataire avait pour seul et unique but la poursuite de l'objectif de la mission, à savoir peindre efficacement lesdites cuves. En se limitant aux termes formels du contrat qui ne lui imposaient pas de procéder préalablement au sablage de la peinture, le prestataire se conforme certes à sa lettre mais porte néanmoins atteinte au respect de ses obligations contractuelles[581]. L'initiative consistant à sabler la cuve aurait permis d'éviter que la peinture ne se décolle et aurait par conséquent participé pleinement à l'exécution totale de la mission du prestataire. Celui-ci n'aurait donc pas agi en situation de dépassement de mission. Une adaptation de sa part aurait contribué au renforcement de l'efficacité de son action en tant que modalité d'accomplissement de la mission. L'adaptation du prestataire par la recherche d'une solution à la fois alternative et acceptable aurait constitué un prolongement nécessaire de ses obligations contractuelles et non un dépassement. Au moment de la formation du contrat, le sablage ne faisait pas partie des obligations du prestataire. Il en fut différemment durant la phase d'exécution : le seul constat de l'inefficacité de cette peinture par le prestataire eut pour conséquence immédiate de prolonger, conformément aux suites contractuelles, l'étendue des modalités d'accomplissement de sa mission.

A contrario, l'utilisation d'une peinture bénéficiant d'un sablage préalable aurait pu être perçue comme un dépassement de mission à la condition que le prestataire eût posé à l'origine et avec efficacité une première couche de peinture sans sablage. Dans l'éventualité où cette première couche de peinture ne se serait pas décollée, l'efficacité de la mission du prestataire aurait été indéniable, le recours à une nouvelle peinture avec sablage devenait ainsi un dépassement de mission. Le Professeur Fages voit, dans cet esprit d'initiative demandé au prestataire, une forme d'exécution des obligations contractuelles et en aucune façon un

580 LE TOURNEAU (Ph.), *La responsabilité civile professionnelle,* Economica, 1995, p. 64 : « *l'esprit d'initiative figure souvent dans la panoplie de l'efficacité, voire de l'intelligence.* » FLIPO-BOUCHAARA (O.), *Le lien contractuel*, thèse, Orléans, 2001, n° 163, p. 105 : « *Le perfectionnement de coopération requiert des contractants une véritable collaboration qui se traduit en jurisprudence par l'exigence d'un esprit d'initiative. Pour donner entière satisfaction à l'autre partie, le contractant doit savoir prendre des initiatives.* » MESTRE (J.), *art. cit.,* p. 760. Le devoir d'initiative apparaît aux yeux du Professeur Mestre comme « *une véritable obligation d'imagination* ».

581 CALVET-MASNOU (G.), *La persévérance en droit des contrats, op. cit.*, n° 352, p. 164 : « *Logiquement, les juges du fond auraient dû s'en tenir à la lettre du contrat et approuver ainsi la société de peinture d'avoir choisi de se retrancher derrière le respect de la volonté contractuelle. Mais, c'est une position bien différente qu'ils ont finalement choisi d'adopter. Concrètement, les juges ont reproché au contractant de ne pas avoir recherché et proposé à son client, alors que manifestement elle existait, une solution alternative.* »

dépassement de mission[582]. Un autre exemple peut être présenté afin de poursuivre l'analyse du devoir d'initiative du prestataire.

93. L'initiative du chirurgien durant sa mission de surveillance du patient. Un chirurgien doit procéder personnellement à un suivi de l'état de santé de son patient dans le cadre des soins postopératoires comme le précise la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 21 mars 1995. En l'espèce M. Y avait opéré le genou de M. Z puis avait confié l'enlèvement des points de suture à un médecin généraliste, M. X. Le médecin constata un écoulement au niveau des points puis prescrivit de la cortisone ce qui eut pour conséquence d'aggraver l'état de santé de M. Z. La responsabilité du chirurgien a été retenue par la Cour de cassation[583].

Les obligations contractuelles d'un chirurgien ne se limitent pas à la seule exécution de l'opération chirurgicale, il doit prendre l'initiative de s'assurer de la stabilité de l'état de santé de son patient après ladite opération[584]. Ce professionnel n'a pas respecté ce devoir en confiant avec une certaine négligence son patient à un médecin ignorant les précédents soins apportés durant et après l'opération. Une surveillance accrue du chirurgien après l'opération aurait constitué une parfaite exécution de ses obligations contractuelles[585] mais en aucune façon un dépassement de mission. L'absence manifeste d'initiative de sa part constitue une faute ; sa mission résidait en effet également dans la surveillance de son patient. Le prestataire de service est donc tenu de poursuivre sa mission jusqu'à son achèvement afin de préserver les intérêts de son créancier. La nécessité pour le prestataire d'agir conformément aux suites contractuelles ne doit pas le conduire à agir de manière passive. Il doit aussi être vigilant durant l'accomplissement de ses obligations en adoptant notamment un comportement consciencieux à l'égard de son créancier

---

582 FAGES (B.), *Le comportement du contractant, op. cit.*, n° 585, p. 316 : « *Il est significatif, par exemple, que le juge cherche à insuffler aux parties des qualités d'initiatives dans l'accomplissement de leurs obligations contractuelles. […] Pratiquement cette obligation [d'imagination] se traduit par des initiatives concrètes tendant à assurer une meilleure satisfaction de l'objectif contractuel.* » De nombreux auteurs apprécient favorablement la place grandissante de ce devoir d'initiative du débiteur tout particulièrement en présence d'un contrat professionnel. En ce sens : CALVET-MASNOU (G.), *La persévérance en droit des contrats, op. cit.* n° 348, p. 168 : « *On constate, avec intérêt, que la jurisprudence contemporaine tend à insuffler au débiteur des qualités d'initiatives.* » ; FLIPO-BOUCHAARA (O.), *Le lien contractuel, op. cit.*, n° 163, p. 105 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil : Les obligations,* LGDJ, 10e éd., 2018, n° 459.

583 Civ. 1er, 21 mars 1995, pourvoi n° 93-12.768, inédit ; *RCA,* 1995, n° 214 : « … *dans son obligation de surveillance post-opératoire, le chirurgien devait s'assurer de l'évolution de ses soins et les adapter à la pathologie particulière de chaque patient sans se contenter de faire appliquer un traitement établi d'avance d'une manière impersonnelle, alors, qu'en l'espèce, une analyse de l'écoulement s'imposait* ».

584 Selon le Professeur Savatier : « *le médecin peut prendre, sans le consentement du malade, les initiatives qu'il estime commandées par les circonstances.* » Sur ce point, SAVATIER (R.), *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. 2, Conséquences et aspects divers de la responsabilité, 2e éd., LGDJ, 1951, n° 785, p. 389.

585 COULON (C.), *L'obligation de surveillance,* préface de Christophe Jamin, Economica, 2003, n° 325, p. 238 : « *D'autres devoirs paraissent toutefois s'établir erga omnes, tel le devoir de vigilance imposée à certains professionnels.*

B. LES « ACTES ACCESSOIRES » A LA MISSION DU PRESTATAIRE

94. L'imprécision du nouvel article 1155 alinéa 2. La réforme du droit des obligations du 10 février 2016[586] contribue à renforcer le risque de dépassement par la formulation à la fois incohérente et imprécise de l'article 1155 alinéa 2 relatif au pouvoir spécial du représentant[587]. Le Professeur Cabrillac décrit « *une rédaction particulièrement maladroite* »[588]. Ce constat est pleinement partagé par cette étude eu égard aux conséquences préjudiciables d'une telle formulation malgré un souhait de synthétisation des article 1987 et 1988[589].

L'influence de l'article 1987 du Code civil[590] est indéniable mais l'article 1155 alinéa 2 modifie le texte d'origine en tenant désormais compte des actes qui « *sont l'accessoire* » à l'acte spécialement autorisé. Cette règle nouvelle est inspirée d'un arrêt de la Cour de cassation du 29 novembre 1972 selon lequel le mandant ne peut aller au-delà « *de son mandat et de ce qui en est la suite nécessaire.* »[591]. La substance de l'article 1155 alinéa 2 s'oppose à celle de l'article 1987 malgré l'origine jurisprudentielle de cette règle. En effet, la motivation d'un mandat spécial est de déterminer avec précision les affaires susceptibles d'être traitées par le mandataire. Or l'article 1155 alinéa 2 atténue l'efficacité de la délimitation des instructions en rattachant à l'acte principal les actes jugés accessoires. Il est alors possible de rattacher à cette notion des actes extérieurs à la délimitation du représenté.

D'une manière générale, l'article 1155 alinéa 2 présente une conception bien plus étendue du pouvoir spécial que l'article 1987. L'article 1155 alinéa 2 accorde ainsi une plus grande importance à l'autonomie du représentant mais porte aussi atteinte à la sécurité attachée à la délimitation des instructions par le représenté. Cependant, il en est différemment si le représenté mentionne avec précision ces actes accessoires lorsqu'il attribue au représentant son pouvoir spécial. En dehors de cette seule hypothèse, l'article 1155 alinéa 2 porte atteinte à la véritable portée de l'article 1987. La notion imprécise « *d'acte accessoire* » ne doit donc pas être soumise à la seule interprétation du représentant durant l'accomplissement de sa mission ; elle doit au contraire être préalablement encadrée par le représenté au moment de la transmission de ses instructions.

---

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

587 L'alinéa 1er de l'article 1155 n'est pas critiquable car il reprend la substance de l'article 1988. Les Professeurs Dissaux et Jamin le confirment. DISSAUX (N.), JAMIN (C.) *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, p. 54 : « … *l'article 1155, écho de l'article 1988 actuel.* » L'article 1155 alinéa 1er est certes conforme à l'article 1988 mais il en est différemment pour l'alinéa 2 à l'égard de l'article 1987.

588 CABRILLAC (R.), « La théorie générale de la représentation dans le projet de réforme du droit des contrats français » *in Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, n° 9, p. 115.

589 SEUBE (J.-B.), DUMONT-LEFRAND (M.-P.), GOUT (O.), LANDEL (J.), *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, Editions législatives, 2018, p. 82 : « *L'article 1155 synthétise ces deux textes pour en exprimer les idées essentielles* … ».

590 « *Il est ou spécial et pour une affaire ou certaines affaires seulement, ou général et pour toutes les affaires du mandant.* »

591 Civ. 3e, 29 novembre 1972, pourvoi n° 71-14.224, Bull. civ. III, n° 646.

La dernière partie de l'article 1155 alinéa 2 risque par ailleurs de poser un véritable problème d'interprétation dans la pratique contractuelle[592]. En effet qu'est-ce qu'un acte accessoire ? Comment distinguer avec certitude un acte accessoire d'un autre acte pour lequel le représentant a été spécialement habilité à agir ? Quels critères permettent de rattacher l'acte accessoire à l'acte principal à l'origine de l'habilitation ? Quel degré de proximité faut-il prendre en compte ? L'article 1155 ne répond pas à ces questions mais la jurisprudence permettra de mieux comprendre cette nouvelle règle.

Cette incertitude relative à l'article 1155 alinéa 2 va considérablement renforcer le risque de dépassement du représentant car il ne sera plus en mesure d'apprécier avec efficacité les limites de sa mission[593]. Il sera alors libre d'accomplir les actes qu'il estime utiles au bon accomplissement de sa mission. Cela demeure dangereux car un tel comportement serait opposé au caractère spécial du pouvoir accordé par le représenté[594]. Il sera alors beaucoup plus difficile de distinguer un acte de dépassement fautif et un acte « *accessoire* » donc conforme à l'article 1155 alinéa 2. Les recours au juge seront nombreux en cas de litige afin d'interpréter l'article 1155 et de déterminer les actes accessoires à l'acte spécialement autorisé[595].

Il faudra tenir compte de l'utilité de l'acte afin de retenir le caractère accessoire mais cela demeure hautement subjectif. De surcroît, l'article 1155 alinéa 2 ne précise pas que ces actes accessoires doivent être utiles ou encore qu'ils doivent être spécifiquement prévus par le représenté. Le défaut de précision de cette disposition s'accompagne donc d'un défaut de prudence.

---

592 Ce problème se pose aussi si la source du pouvoir de représentation est d'origine légale ou judiciaire.

593 SEUBE (J.-B.), DUMONT-LEFRAND (M.-P.), GOUT (O.), LANDEL (J.), *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, Editions législatives, 2018, p. 83 : « *Certains auteurs, craignant que cette notion ne permette au représentant d'outrepasser ces pouvoirs, avaient plaidé pour que soit retenue l'expression, plus restrictive, d'accessoire nécessaire. Les textes nouveaux n'ont pas retenu cette suggestion.* » Un tel recours à la notion plus précise « *d'accessoire nécessaire* » aurait effectivement contribué à limiter les risques d'un dépassement sans pour autant rendre satisfaisante cette solution.

594 CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations*, *Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 384, p. 312 : « *Tel qu'il est formulé, l'article 1155 alinéa 2 du Code civil est toutefois potentiellement dangereux.* » DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 244-245. TOURNAUX (S.), « Réforme du droit des contrats et des obligations : les interactions entre droit commun de la représentation et représentations conventionnelles spéciales », *Lexbase édition privée*, n° 646 du 10 mars 2016, p. 3 : « *Cet apport est trop vague et porteur d'incertitudes lorsqu'on le rapporte aux représentations conventionnelles et en particulier au mandat.* » WICKER (G.), « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », *in La représentation en droit privé, 6e Journées franco-allemandes* sous la direction de Guillaume Wicker, Reiner Schulze et Denis Mazeaud, 1er éd., vol. 26, Société de législation comparée, 2017, n° 27, p. 59 : « *On observera que l'alinéa 2 du texte, en autorisant le représentant investi d'un pouvoir spécial à accomplir non seulement les actes pour lesquels il est habilité, mais également ceux qui en sont l'accessoire, étend par cette dernière formule de manière potentiellement dangereuse les pouvoirs du représentant.* » WICKER (G.), « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », *D.*, 2016, p. 1942, n° 27.

595 La véritable difficulté pour le juge serait ainsi de concilier l'article 1155 alinéa 2 relatif à la représentation et l'article 1987 relatif au contrat de mandat. Ces deux articles portent sur le même domaine, à savoir le pouvoir spécial du représentant/mandataire mais ils s'opposent pourtant en vertu de la portée de leurs règles.

Il est enfin surprenant de constater que la plupart des commentaires de la réforme ne mentionnent nullement le risque émanant d'une telle imprécision[596]. L'article 1155 alinéa 2 s'oppose pourtant à la motivation inhérente à la délimitation des instructions. La dernière partie de cet alinéa est source d'insécurité et devrait être supprimée ; la disposition adéquate serait alors : « *Lorsque le pouvoir est spécialement déterminé, le représentant ne peut accomplir que les actes pour lesquels il est habilité à l'exception des actes complémentaires nécessaires pour le représenté et envisagés par ce dernier* ». La précision des instructions protège en effet le mandant mais un risque demeure malgré ce constat.

596 Pour les commentaires silencieux sur ce point : BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Adapté après la réforme du 10 février 2016, 12e éd., LGDJ, Précis Domat, 2017, n° 688. Selon le Professeur Bénabent, l'article 1155 « *paraît faire double emploi* » au regard des articles relatifs au contrat de mandat. A nouveau, cela est contestable en raison du texte de son alinéa 2. DISSAUX (N.), JAMIN (C.), *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, p. 53-56. HOUTCIEFF (D.), *Droit des contrats*, 2e éd. Larcier, 2017, n° 228. SIMLER (Ph.), *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, LexisNexis, 2016, n° 34, p. 22. DIDIER (Ph.), « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *JCP éd. G.*, n° 20-21, 16 mai 2016, p. 580. DISSAUX (N.), « Articles 1152 et suivants : la représentation », *RDC*, 2015, n° 3, p. 749. MEKKI (M.), « Réforme du droit des obligations : la représentation (C. civ., art. 1153 et s. nouv.) », *JCP N.*, n° 47, 25 novembre 2016, act. 1255. MIGNOT (M.), « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (III) », *LPA*, 2016, n° 52, p. 7. Selon le Professeur Mignot : « *Le texte reprend une distinction classique relative à l'étendue du pouvoir.* » Cela est pourtant inexact pour l'article 1155 alinéa 2 et l'article 1987. Ces deux articles ne sont en aucune façon identiques, bien au contraire.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

L'étendue de la mission du prestataire est un élément d'appréciation essentiel dans la caractérisation d'une manifestation de dépassement de mission. Il s'agit en effet d'une donnée utile car le prestataire s'engage à accomplir sa mission conformément aux instructions de son créancier.

Certains éléments, tels les caractères du mandat, ont une incidence indéniable sur le risque de dépassement du prestataire. En effet, un pouvoir fermement délimité par le mandant confère peu d'autonomie au mandataire et augmente ainsi le risque de dépassement. La preuve de la sur-exécution du prestataire sera alors plus facile à apporter. À l'inverse, un mandat conférant un pouvoir étendu ou illimité au prestataire augmente considérablement l'autonomie de ce dernier et rend ainsi plus difficile la preuve du dépassement.

D'autres éléments, comme les suites de la mission du prestataire, n'ont cependant aucune influence sur le risque de dépassement dans la mesure où ils contribuent au bon accomplissement de la mission.

CONCLUSION DU TITRE I

Malgré l'enchevêtrement dont les missions du mandataire et de l'entrepreneur font parfois l'objet, la prise en compte de leur étendue pourrait atténuer les inquiétudes de certains praticiens du droit confrontés à l'étude d'un cas de dépassement de mission. Il convient en effet dans la pratique contractuelle de s'interroger sur la mission du prestataire et par conséquent sur les limites de son engagement pour être en mesure de constater l'existence ou l'inexistence d'un dépassement. La méthode est en apparence simple, il suffit de confronter ce qui a été promis par le prestataire et ce qui a été accompli par ce dernier.

Pourtant la réalité est plus compliquée. Effectivement, l'étendue de la mission du prestataire constitue indéniablement par principe un outil efficace susceptible de confirmer l'existence d'un dépassement. Mais cette méthode, issue d'un raisonnement comparatif, reste en l'état approximative en l'absence de réponse concrète à une question centrale : qu'est-ce qu'un dépassement de mission ?

Plusieurs pistes ont déjà été abordées pour tenter de répondre à cette question notamment par l'étude des suites contractuelles inhérentes aux missions du mandataire et de l'entrepreneur. Cependant, cette étude a seulement permis de mettre en lumière des situations ne caractérisant pas des dépassements de mission. Il convient désormais de centrer l'analyse sur la notion spécifique de dépassement afin de pouvoir enfin identifier d'authentiques situations de dépassement de mission. La réflexion doit en ce sens s'orienter spécifiquement sur l'action du prestataire de service hors des limites de sa mission.

TITRE II.

L'ACTION DU PRESTATAIRE HORS DES LIMITES DE LA MISSION

95. Une notion spécifique et incertaine. Il y a dépassement lorsque le prestataire agit hors des limites de sa mission. Cette hypothèse est évoquée mais pas définie par le Code civil. Le nouvel article 1156, issu de la réforme du 10 février 2016[597], relatif à la représentation, dispose seulement que : « *L'acte accompli par un représentant […] au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté* … ». Cette formulation des actes exécutés au-delà de la mission du mandataire se retrouve dans les articles 1989, 1997 et 1998 relatifs au mandat [598]. En matière d'entreprise, le Code civil est encore moins explicite, se contentant d'évoquer à l'article 1793 dans la construction à forfait l'impossibilité pour l'entrepreneur de faire prendre en charge par le maitre de l'ouvrage les changements ou augmentations réalisés sur le plan sans autorisation. En réalité toutes ces dispositions se contentent de préciser les effets du manquement sans expliciter le dépassement. De même, le dépassement n'est jamais évoqué, directement ou indirectement, par les treize articles de l'Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux porté par l'Association Henri Capitant, et relatifs au contrat de mandat[599]. Il demeure pourtant essentiel d'apprécier les conditions et les circonstances à l'origine d'un dépassement afin de pouvoir reconnaître son existence. Cela conduit donc à s'interroger sur la notion même de dépassement.

La prise en compte par la doctrine du dépassement de mission a été lente, y compris après la codification civile. Pourtant le dépassement de mission est une inexécution particulière dont il faut définir les caractéristiques essentielles. Il s'agira de déterminer la situation où un dépassement constitue effectivement une inexécution de la mission du prestataire afin de le distinguer d'une situation voisine comme le détournement de pouvoir. L'objectif majeur est donc de proposer une définition complète, commune aux actes du mandataire et de l'entrepreneur. Pour cela, il convient dans un premier temps de présenter la lente consécration doctrinale de la notion de dépassement **(Chapitre I)** et dans un second temps d'exposer les éléments caractéristiques du dépassement de mission en droit positif **(Chapitre II)**.

---

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

598 Article 1989 : « *Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat* … ». Article 1997 : « *Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité une suffisante connaissance de ses pouvoirs n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au-delà* ». Article 1998 : « *Le mandant n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà* … ».

599 Voir spécifiquement : Association Henri Capitant, Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, p. 37 et 38, (Chapitre I : Le mandat, articles 143 à 155).

CHAPITRE I.

LENTE CONSECRATION DOCTRINALE DE LA NOTION DE DEPASSEMENT

> « *À l'aube du XXIe siècle, si l'on veut tenter une réflexion sur le contrat, trois possibilités nous sont offertes. La première consiste à s'interroger sur ce qui a été, la deuxième sur ce qui est, et la troisième sur ce qui sera. Ces trois possibilités forment également un tout, tant l'on ne peut réfléchir que sur des prémisses connues. Le passage dans le temps d'un terme à un autre peut ainsi éveiller la curiosité.* »[600]
>
> Françoise Labarthe

96. Une notion soumise à interprétation. L'appréciation doctrinale d'une notion constitue une source de réflexion d'une grande richesse car elle peut être le révélateur d'une certaine stabilité ou au contraire d'une évolution de pensée chez les théoriciens du droit. Le dépassement de sa mission par le prestataire en est une parfaite illustration car cette situation juridique semble avoir été délaissée par une très grande partie de la doctrine classique à la différence d'autres manquements contractuels.

Dans un premier temps, cette étude permettra de comprendre à quel moment cette notion est apparue dans le langage civiliste français pour la première fois. Existait-elle déjà avant la rédaction du Code Napoléon ? Si tel n'est pas le cas, il faudra alors rechercher comment elle fut comprise aux premières heures ayant suivi la codification. Cette réflexion permettra de surcroît d'apprécier l'influence de ces interprétations originelles sur la conception contemporaine du dépassement de mission.

Dans un second temps, ce chapitre permettra de s'interroger sur l'existence et la légitimité d'une différence de conception entre le dépassement de mission du mandataire et le dépassement de mission de l'entrepreneur. Cette étude pourra ainsi démontrer que deux manquements contractuels en partie identiques caractérisés par un dépassement de mission peuvent être appréciés différemment en fonction de la personne de son auteur et de la nature du contrat. L'interrogation portera alors sur les raisons à l'origine de cette différence de conception doctrinale.

Pour cela, il est nécessaire de présenter successivement l'appréciation de la doctrine sur le dépassement de mission du mandataire **(Section I)** puis sur celui de l'entrepreneur

600 LABARTHE (F.), « Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 489.

(Section II). Le non-respect de l'ordre du Code civil repose sur la nécessité de présenter le dépassement de pouvoir du mandataire comme l'archétype du dépassement de mission, notamment du point de vue de la doctrine.

SECTION I.
LE DEPASSEMENT DE MISSION DU MANDATAIRE

97. L'étape majeure de la codification. Le regroupement et l'énumération des règles à l'origine de la codification civiliste a été une étape majeure dans la protection des individus. Cet impératif sociétal peut se manifester plus spécifiquement dans la protection du mandant victime du dépassement de pouvoir de son représentant.

L'appréciation du dépassement de mission du mandataire a évolué au fil des siècles. En ce sens, le traitement du dépassement de pouvoir par la doctrine classique est peut-être différent de celui proposé par la doctrine moderne. Le degré de faute attaché au dépassement peut ainsi être apprécié différemment selon les époques. La naissance du Code civil constitue un point de référence important afin d'analyser les évolutions doctrinales sur ce point. Il faut pour cette raison étudier le regard doctrinal antérieur **(I)** et postérieur **(II)** à la Codification de 1804.

I. REGARD DOCTRINAL ANTERIEUR A LA CODIFICATION

98. Deux pensées magistrales aux origines de la codification. La richesse des pensées visionnaires de Jean Domat[601] et de Robert-Joseph Pothier[602] a incontestablement influencé le droit Français au XVII[e] et XVIII[e] siècle[603]. La paternité de ces deux auteurs sur la codification civiliste française semble admise[604]. Leurs écrits relatifs au dépassement de pouvoir du mandataire[605] doivent être étudiés dans le cadre de cette réflexion. La pensée

601 RÉMY (J.), *Œuvres complètes de Jean Domat*, t. 4, Paris, Alex Gobelet, 1835 : « *Alliant à la science de l'orateur toute la sévérité d'un magistrat philosophe, Domat est encore le meilleur modèle pour ces discours d'apparat dont la coutume est parvenue jusqu'à nous.* »

602 VIOLLET (P.), *Histoire du droit civil français*, 2[e] éd., Paris, Larose et Forcel, 1893, p. 232 : « *Nous lui devons aussi en droit français des travaux considérables qui ont été directement utilisées par les rédacteurs du Code civil.* »

603 JESTAZ (Ph.), JAMIN (C.), *La doctrine*, Méthodes du droit, Dalloz, 2004, p. 61-67.

604 PERRIN (L.), *Eloge de Jean Domat,* Discours prononcé le 12 novembre 1846 à l'audience solennelle de rentrée de la Cour royale de Lyon par M. Cochet, Substitut de M. Le procureur général, Lyon, Imprimerie de Louis Perrin, 1846, p. 44 : « *le Code civil s'est approprié son œuvre à l'égale de celle de Pothier* … ». ATIAS (C.), « L'influence des doctrines dans l'élaboration du Code civil » *in Les penseurs du Code civil*, La documentation Française, 2009, p. 114.

605 Pour une réflexion générale sur le mandat dans la doctrine française de l'ancien régime, voir : CAGNINACCI (F.), *Le mandat dans la doctrine française de l'ancien régime : XIII[e]-XVIII[e] siècles*, thèse, Nancy, 1962.

originelle de Domat a été fondatrice **(A)** mais la réflexion de Pothier fut plus approfondie **(B)**.

A. L'ANALYSE FONDATRICE DE DOMAT

99. La place accordée au dépassement dans « *Les loix civiles …* ». Jean Domat était un jurisconsulte, il savait en ce sens observer et analyser avec rigueur les lois de son temps[606]. La perspicacité de son regard fut saluée à de nombreuses reprises : « *En l'entendant exposer sa doctrine, on s'élève avec lui dans la sphère de ses sublimes inspirations.* »[607].

Dès 1689, Domat formule cette règle essentielle selon laquelle celui qui reçoit le pouvoir d'agir au nom d'autrui doit en user dans le respect des limites fixées. Dans son illustre ouvrage « *Les lois civiles dans leur ordre naturel* », l'auteur rédige une section intitulée « *Des engagements du Procureur constitué et es autres préposés, et de leurs pouvoirs* »[608].

Il commence la rédaction de cette section en présentant dans un paragraphe n° I la liberté accordée au préposé d'accepter l'ordre[609]. Ce même paragraphe se prolonge et porte l'enseignement selon lequel l'acceptation de l'ordre par le préposé le contraint à exécuter la mission.

L'inexécution de l'ordre doit être puni par le versement de dommages et intérêts sauf en cas de motif légitime telle une maladie. La liberté de contracter et la sanction de l'inexécution du préposé semble donc être aux yeux de Domat des thèmes importants nécessitant d'être traités en priorité dans un premier paragraphe.

L'auteur traite ensuite le thème du dépassement de pouvoir en rédigeant deux paragraphes aisément identifiables et situés au début de la Section. Il s'agit respectivement du paragraphe n° II intitulé « *Exécution de l'ordre dans son entier* » et du paragraphe n° III intitulé « *Etendue et bornes du pouvoirs* »[610].

Selon le paragraphe n° II, « *La procuration ou autre ordre doit être exécuté en son entier, suivant l'étendue ou les bornes du pouvoir donné.* »[611]. Le paragraphe n° III est cependant plus précis : « *Si l'ordre ou le pouvoir marquent précisément ce qui est à faire, celui qui l'accepte et qui l'exécute, doit s'en tenir exactement à ce qui est prescrit. Et si l'ordre ou le pouvoir est indéfini, il peut y donner les bornes et l'étendue qu'on peut raisonnablement présumer conformément à l'intention de celui qui le donne ; soit pour ce qui*

606 VIOLLET (P.), *Histoire du droit civil français*, 2e éd., Paris, Larose et Forcel, 1893, p. 222 : « *Voici un des hommes et un des ouvrages les plus célèbres parmi ceux qui ont préparé notre droit moderne. […] Le raisonnement juste, la profondeur, la rigueur et la symétrie sont les qualités dominantes de ses œuvres. […] Les lois civiles dans leur ordre naturel ressemblent à un beau monument du temps de Louis XIV*. »

607 PERRIN (L.), *Eloge de Jean Domat*, *op. cit.*, p. 25.

608 DOMAT (J.), *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Nouvelle édition, Tome premier, Paris, Veuve Savoye, 1769, p. 130.

609 *Ibid.*

610 *Ibid.*, p. 131.

611 *Ibid.*

regarde la chose même qui est à faire, ou pour les manières de l'exécuter. »[612]. La place de ces deux paragraphes est source d'intérêt car ils se situent au début de la section. Il est possible d'y voir une volonté de l'auteur d'insister en priorité sur ces deux enseignements. Domat a ainsi choisi d'entamer sa réflexion sur l'étendue du pouvoir. Ce thème avait probablement une importance primordiale à ses yeux.

Cette hypothèse doit cependant être mesurée car Domat traite à nouveau le dépassement de pouvoir dans deux paragraphes plus éloignés. Il s'agit plus spécifiquement des paragraphes VI[613] et VII[614] dans lesquels l'auteur aborde le manquement en vertu duquel le préposé achète un bien pour un prix supérieur à ce qui était convenu. Cette situation entre dans la sphère du dépassement de pouvoir.

Au-delà de l'ordre des thèmes du sommaire, le nombre relativement élevé de paragraphes portant implicitement sur le dépassement de pouvoir peut aussi être le révélateur d'un certain intérêt de l'auteur pour ce manquement. En effet, le dépassement de pouvoir est présenté dans quatre des quatorze paragraphes de la section III. Le choix des mots employés par Domat peut aussi être source d'interprétation.

100. Le choix des mots : compréhension et interprétation. Dans cette section III relative aux engagements du *Procureur* ou autres préposés, Domat ne cite jamais textuellement la notion de « *dépassement* » ou encore de « *dépassement de mission* ». Cela n'est en rien surprenant dans la mesure où le sens figuré du dépassement utilisé dans notre étude n'existait pas encore en 1689. À cette époque, la notion de dépassement était utilisée uniquement dans un sens matériel et concret, la conception figurée et abstraite du terme n'apparut qu'un siècle et demi plus tard[615].

Domat n'a cependant pas besoin de citer la notion de dépassement pour être à même de cerner, déjà à cette époque, les enjeux et les dangers d'un tel manquement en présence d'une action au nom d'autrui. Il expose ainsi sa pensée en utilisant un certain nombre de mots clé permettant de comprendre l'esprit du dépassement. L'auteur se réfère à « *l'étendue* » du pouvoir ou aux « *bornes du pouvoir donné* » et insiste sur l'impérieux respect de telles limites.

Il poursuit sa réflexion dans le paragraphe III en envisageant l'hypothèse d'un pouvoir spécialement délimité. L'exécutant doit alors s'en tenir « *exactement* » à ce qui est prescrit. Le choix de cet adverbe traduit un souhait de protéger le bénéficiaire des actions du préposé. L'adverbe « *exactement* » n'induit aucune approximation ou atténuation, il exprime à lui seul la

612 *Ibid.*

613 « *Le procureur constitué ou autre préposé peut faire meilleure la condition de celui de qui il a charge, mais non l'empirer. Ainsi il peut acheter à un moindre prix que ce qu'il avoit pouvoir donner, mais non plus chèrement.* »

614 « *Si celui qui avoit le pouvoir d'acheter à un certain prix, achète plus cher, et que celui qui avoit donné le pouvoir refuse de ratifier, il fera libre au Procureur conftitué de se reftreindre à recouver le prix qu'il avoit pouvoir de donner ; et en ce cas la ratification ne pourra lui être refusée, s'il n'y a pas d'autres circonstances.* »

615 *Dictionnaire de L'Académie française*, 6e éd., 1832, p. 1514 : « *Dépasser les ordres qu'on a reçus. Dépasser ses pouvoirs. Le succès dépassa nos espérances.* »

rigueur et la précision. Ce mot souligne l'importance du respect de la procuration donnée au préposé, à condition que celle-ci soit précise. *A contrario*, un ordre imprécis ou un pouvoir « *indéfini* » autorise le préposé à fixer seul les bornes que la raison peut présumer « *conformément à l'intention de celui qui le donne* » et conformément aux nécessités de l'exécution[616]. Cela est à nouveau révélateur d'un souhait de l'auteur de protéger le bénéficiaire de l'action du préposé.

Domat affine ensuite la réflexion en envisageant l'hypothèse bien spécifique d'un dépassement de pouvoir favorable aux intérêts du bénéficiaire. Il évoque une procuration portant sur l'achat d'un bien, le préposé « *peut acheter à un moindre prix que ce qu'il avait pouvoir de donner, mais non plus chèrement.* ».

Au regard des textes et mots employés, il semblerait que Domat condamne sévèrement la manifestation d'un dépassement de pouvoir. Le respect des limites fixées par le donneur d'ordre parait essentiel pour l'auteur sauf si l'initiative du préposé lui est favorable. Domat insiste explicitement sur le fait que le préposé est tenu d'agir raisonnablement et sous-entend implicitement qu'il doit exécuter les ordres conformément aux intérêts du bénéficiaire.

L'acte de dépassement est ainsi sanctionnable aux yeux de l'auteur, mais il faut néanmoins noter qu'il ne fait pas référence à la morale de l'individu. De surcroît, le regard dogmatique de Domat se focalise sur une conception purement théorique du dépassement. Il en est différemment de Pothier dont la réflexion a été incontestablement plus approfondie.

B. L'ANALYSE APPROFONDIE DE POTHIER

101. Une étude méthodique et détaillée. L'œuvre doctrinale de Pothier est magistrale à tel point que de nombreux auteurs le considèrent comme le véritable père du Code civil. Il est vrai que son traitement de l'excès du mandataire dans l'exécution de sa mission est d'une grande richesse tant d'un point de vue théorique que pratique. Dans son « *Traité du contrat de mandat* »[617] publié en 1773, un an après sa mort, Pothier consacre une section entière à l'étude minutieuse des différentes manifestations envisageables du dépassement de pouvoir du mandataire. Son regard est méthodique et ordonné ; il commence sa réflexion en présentant brièvement trois hypothèses dans lesquelles le mandataire se conforme aux bornes du mandat **(1)**, puis prolonge sa pensée en énumérant plus longuement cinq cas dans lesquels le mandataire en sort **(2)**. Mais Pothier utilise-t-il réellement la notion de dépassement de pouvoir ou encore de dépassement de mission **(3)** ? Le choix des mots peut à nouveau faire l'objet d'une présentation voire d'une interprétation.

616 DOMAT (J.), *Les lois civiles*, Des procurations, Liv. I, Titre XV, Sect. III, § 10.

617 POTHIER (R.-J.), *Traité sur les différentes matières de droit civil appliquées à l'usage du barreau et de la jurisprudence française*, t. 2. Traité du mandat, Paris, Orléans, Debure, Rouzeau-Montant, 1773.

1. Agissement du mandataire dans les bornes du mandat

102. Premier cas, le mandat imprécis. Pothier présente une première hypothèse : « *Lorsque le mandataire a fait précisément la même affaire portée par le mandat, sans que le mandant lui eût prescrit aucune condition dont il se serait écarté.* »[618]. Il illustre ensuite sa pensée par un exemple concret dans lequel le mandant charge le mandataire de procéder à un achat spécifique sans la moindre limite de prix. Par principe, le prix accepté par le mandataire ne peut pas faire l'objet d'un dépassement de pouvoir dans la mesure où il se maintient dans les bornes du mandat imprécis.

Il s'agit d'une évidence, comme le précise l'auteur[619]. Une atténuation est cependant immédiatement apportée, en vertu de ce que Pothier appelle « *Le juste prix* »[620]. Certes un mandat imprécis confère au mandataire une certaine liberté de choix mais cette liberté ne doit pas être appréciée comme une pleine et entière autonomie. En ce sens, le prix d'achat ne doit pas être « *un prix immense* »[621], c'est-à-dire un prix à partir duquel la liberté du mandataire ne peut plus s'exercer. Cette réflexion de Pothier est révélatrice car ce premier cas d'étude proposé par l'auteur porte à l'origine sur un agissement conforme aux bornes du mandat mais il le conduit finalement à envisager une manifestation possible de dépassement générée par un excès de liberté du mandataire. Pothier formule ainsi cet enseignement essentiel selon lequel le mandataire peut sortir des bornes de son mandat malgré l'imprécision de ce dernier. La protection du mandant contre un excès d'autonomie justifie la substance de cette règle. La liberté accordée au mandataire peut aussi être conforme aux intérêts du mandant, cette situation est envisagée par Pothier dans un second cas d'étude.

103. Second cas, l'exécution du mandat dans des conditions avantageuses. Il s'agit à nouveau d'une évidence pour l'auteur. L'accomplissement de l'affaire envisagée par le mandant dans des conditions plus avantageuses que celle fixées, ne peut pas faire l'objet d'un dépassement de pouvoir[622]. En ce sens, l'achat du bien pour un prix inférieur à celui prévu dans le mandat n'est en rien préjudiciable au mandant. La condition d'un prix maximum d'achat n'interdit pas de l'acquérir pour un prix moindre. Le prestataire accomplit ainsi parfaitement sa mission.

104. Troisième cas, exécution partielle et inexécution. Lorsque le mandataire exécute seulement une partie de sa mission, le mandant est engagé pour cette unique partie[623]. Il

---

618 BUGNET (J.-J.), *Œuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. 5, Paris, Videcocq, Cosse et Delanotte, 1847, p. 208, n° 91.

619 BUGNET (J.-J.), *Œuvres de Pothier*, *op. cit.*, n° 91.

620 *Ibid.*

621 Pothier définit « *le prix immense* » comme étant le montant « *au-dessus du plus haut point du juste prix* », (BUGNET (J.-J.), *Œuvres de Pothier*, *op. cit.*, n° 91).

622 BUGNET (J.-J.), *Œuvres de Pothier*, *op. cit.*, n° 92 : « *Il ne sort point des bornes du mandat* ».

623 Cette règle a fait l'objet d'une reconnaissance jurisprudentielle. Civ. 1er, 26 janvier 1999, pourvoi n° 96-21.192, Bull. civ. I, n° 30.

s'agit alors d'une exécution partielle de la mission, révélant une carence non fautive. Le mandataire ne sort donc pas des bornes du mandat[624]; il accomplit partiellement sa mission.

Pothier envisage cependant une hypothèse dans laquelle l'exécution partielle s'apprécie comme une inexécution contractuelle : « *s'il paraissait par la nature de l'affaire, que l'intention du mandant était qu'elle ne dût se faire que pour le total, le mandataire qui l'aurait faite pour partie, ne serait censé avoir exécuté en rien le mandat, et le mandant ne serait obligé en rien.* ».

La protection des intérêts du mandant est une constance dans les écrits de Pothier, comme le démontre ce dernier cas. Sa démonstration est, de surcroît, indéniablement plus longue lorsqu'il présente les agissements du mandataire en dehors des bornes du mandat. Le thème du dépassement de mission du mandataire semblait donc avoir une certaine résonnance chez Pothier.

2. Agissement du mandataire en dehors des bornes du mandat

105. Quatrième cas, l'exécution à « *des conditions plus dures* ». Le mandataire sort des bornes du mandat s'il accomplit sa mission « *à des conditions plus dures que celles prescrites par le mandant.* »[625]. Le mandataire est ainsi protégé car il ne peut être contraint d'accepter le marché comme le précise Pothier[626]. Cette règle a pour fondement d'une part la violation des instructions du mandant et d'autre part l'atteinte à sa volonté première ; libre à lui d'approuver ou de rejeter *a posteriori* l'acte irrégulier accompli par le mandataire, « *s'il ne juge pas à propos de l'approuver, il ne contracte aucune obligation, ni envers son mandataire, ni envers ceux avec lesquels son mandataire a contracté.* »[627].

Le mandant ne peut donc pas être contraint d'accepter le marché conclu par le mandataire dans des conditions plus dures que celles originellement prévues. Il en est cependant différemment dans l'esprit de Pothier si le mandataire s'acquitte de la différence. Dans cette hypothèse, le mandataire est effectivement sorti des bornes de son mandat sans ce que cela ne porte préjudice au mandant. Pothier envisage ainsi sans le formuler une manifestation de « *dépassement de mission acceptable* », tout en ajoutant que le mandant serait bien contraint d'accepter le marché[628]. Cette règle ne fut pas retenue par les rédacteurs du Code civil. Ces derniers pensèrent probablement qu'un tel choix, certes avantageux pour les mandants, trouverait un faible écho chez les mandataires. Pothier le reconnait lui-même, le mandataire agirait en pure perte, le devoir de loyauté ne peut imposer un tel agissement aussi moral soit-il.

---

624 BUGNET (J.-J.), *Œuvres de Pothier*, *op. cit.*, n° 95.

625 BUGNET (J.-J.), *Œuvres de Pothier*, *op. cit.*, n° 93.

626 BUGNET (J.-J.), *Œuvres de Pothier*, *op. cit.*, n° 94 : « *Puisque je n'ai pas d'action contre mon mandataire pour l'obliger à me donner la chose pour le prix porté par la procuration, il n'en doit pas en avoir contre moi pour m'obliger à la prendre pour ce prix.* »

627 *Ibid.*

628 BUGNET (J.-J.), *Œuvres de Pothier*, *op. cit.*, n° 94 : « *mon mandataire ne se fait aucun tort, en m'obligeant de prendre la chose pour le prix porté par la procuration, et en se chargeant lui-même, en pure perte pour lui, de ce qu'il l'a acheté de plus.* »

Le respect des bornes du mandat s'apprécie aussi en fonction de l'objet de la mission.

106. Cinquième cas, l'exécution « *et quelque chose de plus* ». Le mandant est engagé par les actes du mandataire dans la limite de la procuration. Le dépassement de pouvoir ne doit donc pas s'apprécier dans la totalité des actes du mandataire, « *ce n'est que pour ce qu'il a fait de plus, qu'il n'oblige pas le mandant.* »[629]. Cette précision de Pothier est importante car elle contribue à la compréhension contemporaine de la notion de « *dépassement de mission* », en insistant sur le fait que les bornes du mandat constituent le seul véritable élément de référence dans l'appréciation de ce type de manquement. Le respect des instructions est essentiel comme le démontre le sixième cas.

107. Sixième cas, accomplissement « d'une autre affaire » ou « d'une autre manière ». Le respect par le mandataire de l'objet du mandat est important lorsque le mandant désigne une affaire bien spécifique. En ce sens, l'exécution d'une autre affaire ne peut légitimement satisfaire à ses attentes car le mandataire prend l'initiative de modifier sans l'accord du mandant l'objet de sa mission. Dans cette hypothèse, Pothier estime que le mandataire sort des bornes du mandat et ne peut valablement engager le mandant par l'acte accompli en son nom, quand bien même il serait plus avantageux pour lui[630]. La protection de la volonté première du mandant est ici pleinement mise en exergue mais une ratification est toujours possible.

Au-delà de l'objet de l'affaire, Pothier tient également compte des modalités d'exécution de ladite affaire afin d'apprécier la légitimité des actes du mandataire. Il prend l'exemple suivant : le mandant charge le mandataire de l'acquittement de sa dette auprès de son créancier. Le mandat apporte des informations sur la manière dont le mandataire doit exécuter sa mission et stipule que le règlement doit se faire par un paiement réel. Le mandataire procède à l'acquittement d'une autre manière, plus précisément en devenant débiteur à la place du mandant. Il y a donc bien exécution de la mission car « *il m'est indifférent que je sois déchargé de ma dette de cette manière, ou par un paiement réel que vous auriez fait.* »[631]. Dans cette dernière hypothèse, le mandataire ne sort pas des bornes de son mandat. Pothier prolonge ensuite sa réflexion par l'étude de la substitution du mandataire.

108. Septième cas, la substitution du mandataire. Pour Pothier, le mandataire sort des bornes de son mandat s'il fait accomplir sa mission par une personne à laquelle il s'est substitué et cela sans en avoir reçu le pouvoir[632]. Dès lors, l'acte n'engage pas le mandant. Ce pouvoir de substitution ne doit cependant pas être présumé si la nature de la mission requiert de la prudence et de l'habilité. Selon Pothier, une telle mission en apparence délicate nécessite une exécution personnelle du mandataire car il est celui avec lequel le mandant a souhaité

629 *Ibid.*., n° 96.

630 BUGNET (J.-J.), *Œuvres de Pothier*, *op. cit.*, n° 97.

631 *Ibid.*, n° 98.

632 *Ibid.*, n° 99.

contracter. Le choix du mandant révèle une confiance accordée au mandataire et rend ainsi illégitime une substitution.

A contrario, une mission classique dénuée de difficulté fait présumer un pouvoir de substitution accordé par le mandant au mandataire. Une exécution individuelle peut aussi être fautive en fonction des instructions.

109. Huitième cas, exécution individuelle fautive. Dans un huitième et dernier cas d'étude, Pothier présente l'hypothèse dans laquelle le mandataire exécute seul ce qu'il est chargé d'exécuter conjointement. Il s'agit selon lui d'un excès de pouvoir dont la portée ne doit pas engager le mandant. Les modalités d'exécution de la mission sont à nouveau source d'interrogation lorsque le mandat est accordé à plusieurs mandataires : l'affaire doit-elle réellement être accomplie conjointement ?

Pour Pothier, l'étude des circonstances et la nature de l'affaire permettent de répondre à cette question[633]. L'auteur sous-entend qu'il faut avant tout rechercher la volonté du mandant au regard du mandat et de ses stipulations. En ce sens, une affaire importante requiert de la prudence et par conséquent une exécution conjointe des mandataires. Au contraire, une mission classique sans difficulté apparente fait présumer une certaine liberté accordée aux mandataires par le mandant.

Cette présentation des différents cas d'étude de Pothier repose à notre sens sur la notion contemporaine de dépassement de pouvoir. En effet, bien que ce terme n'apparaisse jamais dans les écrits de cet auteur, il demeure important d'en proposer une lecture à travers ce prisme. Il est alors possible de s'interroger sur la conception qu'aurait pu avoir Pothier de la future notion de « *dépassement* » par rapport aux mots qu'il utilise dans son Traité dès 1773.

3. Pothier et la notion de « dépassement de pouvoir »

110. Le choix des mots. Comme Domat, Pothier n'utilise à aucun moment le terme de « *dépassement* » lors de l'étude des huit cas précédemment exposés. Ce constat repose à nouveau sur les usages linguistiques en vigueur au moment de la rédaction de ces lignes. Durant la seconde moitié du XVIII^{e} siècle, le mot « *dépassement* » était employé exclusivement dans un sens concret et matériel. Une telle conception ne pouvait en ce sens avoir la moindre résonnance dans un ouvrage de théorisation juridique. Le Traité du mandat de Pothier fut publié en 1773, or le sens figuré du dépassement n'est apparu que cinquante ans plus tard, au début du XIX^{e} siècle.

La richesse de son œuvre doctrinale est indéniable tant son influence sur la codification civiliste fut grande. Certes, en matière de « *dépassement de pouvoir* », Pothier prolonge magistralement la pensée originelle de Domat. Cependant, il convient de mentionner que certains termes utilisés par ce dernier ont été en partie repris par Pothier dans son Traité. La notion de « *bornes* » en est un exemple. Domat présente l'étendue des procurations par l'usage

633 *Ibid.*

du terme « *les bornes du pouvoir* » alors que Pothier utilise la notion de « *bornes du mandat* ». La notion de « bornes » peut s'entendre comme une métaphore des limites morales inhérentes à l'étendue du mandat. Pothier analyse alors les agissements du mandataire dans ses huit cas d'étude en se référant constamment à deux expressions bien spécifiques : d'une part « *se renfermer dans les bornes du mandat* » et d'autre part « *sortir des bornes du mandat* ».

Par ailleurs et à la différence de Domat, Pothier fait référence à l'excès de pouvoir[634]. Il est à noter qu'ultérieurement de nombreux commentateurs du Code civil utiliseront à leur tour cette notion d'excès afin d'apprécier le contenu de l'article 1998. Pothier serait ainsi à l'origine de cette conception doctrinale exégétique et contemporaine selon laquelle le dépassement s'apprécie avant tout par la manifestation d'un excès.

111. Pothier et l'excès de pouvoir. Il semble que Pothier ait une conception vraisemblablement large de l'excès de pouvoir. Cet auteur emploie dans un premier temps textuellement la qualification d'excès de pouvoir dans l'éventualité où le mandataire fait « *quelque chose de plus* ». Dans cette hypothèse, le recours au terme « excès » est justifié et s'appliquerait aisément à la notion plus récente de « *dépassement* ». Dans un second temps, Pothier fait usage de la notion « excès » en envisageant trois hypothèses dont la portée ne semble pourtant pas relever d'un tel manquement. Tout d'abord, il mentionne la substitution du mandataire non-autorisée par le mandant, il présente ensuite l'éventualité dans laquelle le mandataire accomplit seul ce qu'il était chargé de faire conjointement. Enfin il qualifie d'excès de pouvoir l'inaction du mandataire chargé de prendre conseil auprès d'un tiers. Dans les trois situations visées, le mandataire manifeste un comportement fautif dont l'origine réside dans l'inexécution des instructions du mandant mais il ne s'agit pas pour autant d'un excès de pouvoir qualifié de dépassement. Pour Pothier, le mandataire excède les bornes du mandat lorsqu'il agit « *outre, ou même contre la teneur de ce qui est porté par la procuration* »[635]. L'expression « *excéder les bornes* » est ultérieurement utilisée par la Cour de cassation au début du XIX^{e} siècle[636]. Pothier semble même établir un lien avec la future notion de « *dépassement* » en mentionnant que le mandant

634 La notion « *d'excès de pouvoir* » était de même présente dans les arrêts de la Cour de cassation à la fin du XVIII^{e} siècle. Il faut cependant préciser que l'usage de cette notion était surtout constaté en dehors du cadre contractuel, notamment dans le domaine de l'autorité judiciaire. Ex. Cass. 16 février 1792 : « *Est nulle, comme renfermant un excès de pouvoir, l'ordonnance par laquelle un tribunal met un individu sous la sauvegarde de la loi et du tribunal.* » V. *Recueil général des lois et des arrêts avec notes et commentaires, présentant sur chaque question le résumé de la jurisprudence et la doctrine des auteurs ; revu et complété par L.-M. DEVILLENEUVE et A.-A. CARETTE,* 1er Série 1791-1830, 1er volume 1791-AN XII, Paris, Bureau de l'administration, Partie I, p. 3. Pour un usage de la notion « *d'excès de pouvoir* » par la Cour de cassation dans le domaine contractuel au début du XIX^{e} siècle : Cass. Civ. 28 mars 1814. V. *Recueil général des lois et des arrêts avec notes et commentaires, présentant sur chaque question le résumé de la jurisprudence et la doctrine des auteurs ; revu et complété par L.-M. DEVILLENEUVE et A.-A. CARETTE*, 1er Série 1791-1830, 4^{e} volume 1812-1814, Paris, Bureau de l'administration, Partie I, p. 552.

635 BUGNET (J.-J.), *Œuvres de Pothier*, *op. cit.*, n° 99.

636 Cass. Req. 4 avril 1821. V. *Recueil général des lois et des arrêts avec notes et commentaires, présentant sur chaque question le résumé de la jurisprudence et la doctrine des auteurs ; revu et complété par L.-M. DEVILLENEUVE et A.-A. CARETTE,* 1er Série 1791-1830, 6^{e} volume 1819-1821, Paris, Bureau de l'administration, Partie I, p. 412.

est obligé par l'acte objet de l'excès s'il en avait connaissance, « *On doit en ce cas présumer une extension […] de la procuration.* »[637].

Ainsi, il apparaît que Pothier conçoive l'excès de pouvoir d'une manière particulièrement large car il considère qu'il y a excès à l'instant où le mandataire ne respecte pas les termes du mandat. Or, si l'excès est apprécié comme une manifestation fautive inhérente au dépassement, force est alors de reconnaître que la conception de l'excès chez cet auteur s'oppose à la future conception doctrinale du dépassement. En effet, le dépassement traduit certes une atteinte aux instructions originelles du mandant, mais la faute du prestataire réside avant tout dans le fait d'agir au-delà de ce qui est prévu. En ce sens, une exécution personnelle du mandataire traduit bien une violation du mandat mais cela ne manifeste pas pour autant un dépassement tel que cette étude le conçoit.

112. Le recours à la notion de dépassement après Pothier. On peut trouver une référence textuelle à la notion de « *dépassement* » bien avant sa découverte par les exégètes. On la rencontre littéralement dès le 7 mars 1804, soit deux semaines avant la promulgation du Code civil. Lors de la lecture de son rapport sur le projet de loi relatif au mandat qu'il est chargé au nom de la Section de la législation de transmettre devant l'assemblée générale du tribunat, le député et jurisconsulte Tarrible présente en ces termes la règle inhérente au futur article 1989 : « *Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat ; ce sont là les bornes invariables dans lesquelles il doit se circonscrire ; s'il dépassait la volonté du commettant dont il n'est que l'organe, il n'exécuterait plus le mandat, il le violerait.* »[638]. Tarrible fait usage du verbe « *dépasser* » ; le substantif « *dépassement* » aurait alors pu trouver sa place dans cet article 1989 du Code civil.

L'analyse de la doctrine postérieure révèle différentes conceptions possibles du dépassement.

II. REGARD DOCTRINAL POSTERIEUR A LA CODIFICATION

113. Une scission doctrinale. La doctrine civiliste française du début du XIX[e] siècle concentre une grande partie de ses recherches à l'étude rigoureuse des nouvelles dispositions de la codification de 1804. Une véritable fascination[639] se développe autour de cette œuvre magistrale. Les démarches individuelles sont nombreuses et les premiers commentateurs se manifestent peu de temps après la présentation du Code civil[640].

637 *Ibid.*

638 FENET (A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14, Paris, Videcocq, 1836.

639 BERTHIAU (D.), *Histoire du droit et des Institutions*, 2[e] éd., Les fondamentaux, Hachette, 2004.

640 Son étude devient une matière obligatoire dans les programmes de licence dispensés par les récentes écoles de droit.

Le premier commentaire du Code, est publié par Maleville en 1805[641]. La même année, Locré rédige « *L'esprit du Code Napoléon* »[642]. Les commentateurs initiaux respectent une méthode rigoureuse de l'ordre proposé par l'ouvrage[643]. L'École de l'Exégèse apparaît ainsi mais la notion de « *dépassement* » reste méconnue durant ses premières années **(A)**. À l'approche du milieu du XIX[e] siècle, une méthode d'interprétation en partie différente se développe et repose sur une analyse synthétique des textes. Ce renouveau doctrinal est issu du dogmatisme **(B)** défendu en France en 1838 par Charles Aubry et Frédéric-Charles Rau. La méthode exégétique ainsi que la méthode dogmatique recèlent en toute certitude la véritable origine doctrinale de la notion de « *dépassement* ». Elles portent de surcroît les fondations de son développement par la doctrine ultérieure **(C)** : la méthode exégétique ayant porté les bases de son évolution lexicale, la méthode dogmatique en en ayant développé l'usage.

A. Les premieres annees de l'Exegese

114. Le commentaire des articles 1989, 1997 et 1998. Durant le XIX[e] siècle, les nouveaux préceptes du Code civil sont compris et retranscrits par les auteurs dans une multitude de traités et de Cours de droit civil. Le commentaire des articles 1989, 1997 et 1998 s'avérait cependant délicat car les auteurs n'y voyaient que la survivance de l'œuvre de Pothier. Certains, tel Claude-Etienne Delvincourt **(1)**, les abordent sans réussir à dépasser l'exposé de Pothier. Ce n'est que quelques années plus tard que Duranton parvient à s'éloigner de la pensée de Pothier en s'interrogeant sur le contenu des articles précités. Par ailleurs, Duranton le premier auteur à utiliser la notion de « *dépassement* » dans sa description de l'excès du mandataire. Son apport doctrinal est ainsi déterminant **(2)** pour cette étude.

1. Pensée de Delvincourt

115. L'ombre de Pothier sur l'étude de Delvincourt. En 1813, Claude-Etienne Delvincourt rédige le Tome 2 de ses « *Cours de Code Napoléon* »[644] consacré, parmi d'autres contrats, à l'étude des dispositions du mandat. Il s'agit là d'une des premières études du Code civil portant sur le livre III. Un commentaire du Code civil rédigé par Victor Proudhon[645] apparait en effet dès 1809 mais il ne porte que sur le Livre I relatif aux personnes[646].

---

641 MALEVILLE (J.), *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, t. 1, Paris, Lenormant, 1805, p. 7. Maleville souhait présenter et éclaircir le sens des articles tout en déterminant les cas auxquels ils s'appliquent. Il sera notamment suivi de Jean-Baptiste Proudhon en 1809, de Charles-Bonaventure-Marie Toullier en 1811 ou encore de Claude-Étienne Delvincourt en 1813.

642 LOCRÉ (J.-G.), *Esprit du Code Napoléon*, *tiré de la discussion*, t. 1, Imprimerie impériale, Paris, 1805.

643 BERTHIAU (D.), *Histoire du droit et des Institutions, op. cit.*

644 DELVINCOURT (C.-E.), *Cours de Code Napoléon*, t. 2, Paris, Gueffier, 1813.

645 PROUDHON (J.-B.-V.), *Cours de droit français, Première partie*, t. 2, Dijon, Bernard Defay, 1809.

646 Proudhon consacre notamment neuf volumes à son Traité de l'usufruit. V. RODIÈRE (A.), *Les grands jurisconsultes,* Toulouse, Edouard Privat, 1874, p. 427.

Dans son ouvrage, Delvincourt fait preuve d'une grande retenue car ses explications des articles 1989, 1997 et 1998 reposent en très grande partie sur l'œuvre de Pothier. L'ombre de ce dernier semble avoir grandement pesé sur l'étude de Delvincourt, indépendamment de l'étendue de son œuvre[647].

116. Des pistes inexploitées. Dès le mois de mars 1804, l'article 1989 du Code civil contient déjà implicitement les premiers éléments de définition inhérents à la future notion de « *dépassement* ». En ce sens, il dispose que : « *Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat* … ».

Cette seule disposition enseigne qu'il faut tenir compte du contenu du mandat, plus exactement des instructions du mandant, afin de pouvoir observer un point de référence au-delà duquel le moindre agissement du mandataire s'apprécie comme un dépassement. Deux éléments essentiels doivent ainsi faire l'objet d'une confrontation : premièrement, la procuration en tant que révélateur des instructions du mandant et deuxièmement, les agissements du mandataire en tant qu'exécutant. Ces deux éléments sont présents dans l'article 1989 du Code civil, c'est la raison pour laquelle la substance de cet article constitue un outil précieux dans la compréhension de la notion de dépassement.

Une question se pose alors : que signifie aller « *au-delà* » du mandat ? Il s'agit du cœur de l'interrogation. Est-ce tout simplement faire plus que ce qui est demandé ou plus globalement porter atteinte aux instructions du mandant comme semblait le croire Pothier ? Delvincourt ne se pose pas ces questions et ne reprend pas les termes de l'article 1989[648] car il ne fait jamais textuellement référence au fait d'aller « *au-delà* » du mandat.

Cette notion aurait pourtant mérité d'être commentée par les premiers exégètes dans la mesure où les rédacteurs du Code civil la mentionnent à plusieurs reprises dans le Titre XIII consacré au contrat de mandat. Il y est fait référence spécifiquement dans l'article 1989 précité, dans l'article 1997 pour les obligations du mandataire à l'égard des tiers et enfin dans l'article 1998 pour les obligations du mandant.

Enfin, Delvincourt fait explicitement référence aux notions utilisées à l'origine par Pothier, notamment en envisageant l'éventualité dans laquelle le mandataire « *a excédé les bornes de son mandat* … »[649]. Or, il faut noter qu'aucun article du Titre XIII du Code civil relatif au contrat de mandat ne contient l'expression « *excéder les bornes du mandat* ». Delvincourt semble ainsi davantage commenter non pas les articles du Code mais les textes de Pothier eu égard aux articles du Code civil. Il reprend ainsi mot pour mot, dans les notes de fin de son ouvrage, les exemples formulés par Pothier[650].

---

647 RODIÈRE (A.), *Les grands jurisconsultes,* Toulouse, Edouard Privat, 1874, p. 425.

648 Il fait seulement référence à la seconde partie de l'article qui dispose que « *le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre.* »

649 DELVINCOURT (C.-E.), *Cours de Code Napoléon, op. cit.*, p. 205.

650 *Ibid.*, p. 608.

La référence à la notion de borne aurait tout de même pu être le point de départ d'une interrogation générale sur la future notion de dépassement. Le cœur de la réflexion eût résidé alors dans la combinaison de la notion de « *bornes* » utilisée par Pothier et celle d'agir « *au-delà* » comme le disposent certains articles.

L'auteur a ainsi omis de s'interroger sur la signification réelle d'un acte accompli « *au-delà* » du mandat. La notion de « *dépassement* » restait donc encore méconnue en 1813. Vingt ans plus tard, Duranton devient le premier utilisateur de cette notion dans la description de l'acte excessif du mandataire. Il marque ainsi d'une pierre blanche les lignes de cette étude par l'apport magistral et déterminant de son œuvre.

2. Apport déterminant de Duranton

117. Un apport décisif à plus d'un titre. L'œuvre d'Alexandre Duranton a été décisive dans la compréhension de l'excès du mandataire premièrement en raison d'un changement notable de dialectique **(a)** opérée par l'auteur et deuxièmement en raison du contenu de sa réflexion **(b)**.

a. Un changement notable de dialectique

118. Le contexte légal et doctrinal du changement dialectique. Le changement dialectique ou plus exactement l'évolution de dialectique juridique revient à Alexandre Duranton en 1833. La nouvelle notion de dépassement apparaît trente ans après la promulgation du Code civil. Une telle durée s'explique parfaitement pour deux raisons. Premièrement le sens figuré du dépassement n'existait pas dans le langage courant du début du XIX^{e} siècle, il était de ce fait parfaitement inconnu de la doctrine civiliste de l'époque. Deuxièmement, le Titre XIII du Code civil relatif au mandat ne fait aucune référence textuelle au dépassement de pouvoir du mandataire. Il n'existait donc aucun élément susceptible de faire naître le futur sens figuré du dépassement, tel qu'il est aujourd'hui apprécié au regard de la procuration. Le sens figuré du « *dépassement* » n'apparaît en effet jamais dans la totalité du Code[651]. Cette première référence de Duranton doit ainsi être présentée afin de comprendre la richesse doctrinale de son apport et tout particulièrement sa portée dans le cadre de cette étude.

119. La première référence à la notion de « *dépassement* ». Jusqu'aux années 1830, les commentaires des articles 1989, 1997 et 1998 du Code civil restent figés dans le carcan de leurs formulations respectives. Les auteurs n'osent ainsi s'extraire de la substance de ces dispositions éventuellement par crainte de porter atteinte ou de dénaturer les notions fondatrices utilisées par Pothier un demi-siècle plus tôt. La présentation de cet agissement

651 Il est fait cependant une seule référence au sens propre du verbe « *dépasser* » à l'article 671 relatif à la hauteur limite des arbres plantés à proximité d'une propriété voisine : « *Les arbres […] peuvent être plantés en espaliers, de chaque côté du mur séparatif, sans que l'on soit tenu d'observer aucune distance, mais ils ne pourront dépasser la crête du mur.* »

du mandataire se fait au moyen des expressions : « *aller au-delà du mandat* » et « *excéder les bornes ou les limites du mandat* ».

Trente ans après la naissance du Code civil et plus de soixante ans après les publications de Pothier, la notion de « *dépassement* » inhérente au contrat de mandat apparaît enfin dans un texte de doctrine.

Alexandre Duranton est le premier auteur et plus précisément le premier exégète à l'utiliser dans la description des actes du mandataire. Il y fait référence en 1834 dans le tome dix-huit de ses « *Cours de droit civil français* », relatifs au mandat[652] et pour la première fois en 1833 dans le tome dix-sept relatif au contrat de société[653].

Les écrits de Duranton durant l'Exégèse ont indéniablement permis de dynamiser l'usage doctrinal de la notion jusqu'ici inexistante de « *dépassement* ». Avant lui, les exégètes utilisaient majoritairement le verbe « *excéder* » ou encore « *sortir* » des bornes du mandat, mais Duranton fut le premier à utiliser le verbe « *dépasser* ». Boileux s'y réfère ainsi dans son « *Commentaire sur le Code civil* »[654] dont l'édition originale date de 1835, un an après les écrits de Duranton[655].

Cette évolution est importante car elle illustre la véritable origine doctrinale de la notion de dépassement comprise dans le sens figuré de l'excès de pouvoir du mandataire. Mais comment expliquer ce changement ?

120. Les raisons de cette évolution dialectique. Peut-on trouver une signification particulière à ce changement opéré par Duranton ? Il pourrait sembler vain voire illusoire de rechercher l'intention première de cet auteur dans l'emploi de ce terme car lui-même n'en fournit aucune explication. Seules des suppositions sous la forme d'interrogations peuvent être formulées afin de tenter de comprendre ce changement. L'utilisation de ce verbe était peut-être l'expression de son souhait de dynamiser ou de moderniser le commentaire d'article tout en se distinguant de ses contemporains. Peut-être souhaitait-il insister sur l'intérêt scientifique de l'étude d'un tel agissement du mandataire ? Peut-être estimait-il que le verbe « *dépasser* » exprime avec une plus grande authenticité la situation visée par l'article 1989 ? Il faut aussi

652 DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 18, Paris, Alex-Gobelet, 1834, n° 233 : « *Si c'est pour un prix inférieur, par exemple pour 15 000 fr., quand j'avais donné commission d'acheter moyennant 20 000 fr., il n'y a pas de difficulté, l'objet doit m'être remis au prix coutant ; le mandataire ne doit point profiter du bon marché ; car le mandat portait virtuellement la condition d'acheter à meilleur marché, s'il était possible ; la fixation du prix était seulement une limite qui ne devait pas être* ***dépassée****.* »

653 DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 17, Paris, Alex-Gobelet, 1833, n° 471, p. 541 : « *bien que le mandat, comme la société, prenne fin par la mort de l'une des parties, cependant ce que le mandataire a fait dans l'ignorance de la mort du mandant est obligatoire pour les héritiers de celui-ci (articles 2008 et 2009), en supposant, bien entendu, qu'il n'ait pas* ***dépassé les pouvoirs*** *contenus dans le mandat.* »

654 BOILEUX (J.-M.), *Commentaire sur le Code civil*, t. 3, Paris, Joubert, 1835. BOILEUX (J.-M.), *Commentaire sur le Code civil*, 3e éd., t. 3, Paris, Joubert, 1837, p. 528.

655 Les effets de cette évolution dialectique sur la doctrine de l'époque doivent cependant être relativisés. De nombreux auteurs refusèrent ainsi d'utiliser la notion de dépassement dans leurs écrits relatifs au mandat. Par exemple, DELSOL (J.-J.), *Explication élémentaire du Code civil mise en rapport avec la doctrine et la jurisprudence*, t. 3, 3e éd., Paris, Cotillon, 1878, p. 437. ROGRON (J.-A.), *Codes français expliqués par leurs motifs, par des exemples, par de la jurisprudence*, Paris, Videcocq, Alex-Gobelet, 1836, p. 335.

envisager l'éventualité dans laquelle il n'y aurait pas de raison particulière à ce changement de Duranton. En effet, l'emploi du verbe « *dépasser* » pris dans un sens figuré était nouveau à l'époque mais pour autant il ne révélait pas forcément un souhait spécifique de l'auteur. Un constat doit seulement être rappelé : la méthode exégétique est bien à l'origine de l'usage de cette notion dans la description des agissements fautifs du mandataire. Les autres apports du commentaire de Duranton doivent aussi être présentés.

b. Le contenu de la réflexion de Duranton

121. Les nombreuses références à l'action « *au-delà* » du mandat. Alexandre Duranton a commenté la totalité du Code civil ; il a accompli de ce fait une tâche que nul Professeur n'avait alors réalisée[656]. Une différence de méthode avec Delvincourt semble immédiatement apparaitre à la lecture du Tome 18 de ses « *Cours de droit français* »[657] et plus spécifiquement dans ses commentaires des articles 1989, 1997 et 1998[658].

Duranton reprend les termes exacts des articles et présente ainsi une réflexion à partir de leur contenu. L'auteur mentionne à plusieurs reprises le fait d'agir « *au-delà* » du mandat[659]. Son explication de l'article 1989 repose avant tout sur l'étendue de la confiance que le mandant accorde au mandataire[660]. De surcroît, Duranton fait une seule fois référence aux « *bornes du mandat* »[661] dont l'origine réside dans les lignes de Pothier et porte ainsi davantage son regard sur les dispositions du Code que Delvincourt.

122. La conception de Duranton sur l'action « *au-delà* » du mandat. Duranton rappelle que le mandant n'est pas tenu par les actes du mandataire si ce dernier agit au-delà de ce qui est porté dans le mandat et tout simplement « *s'il fait autre chose que ce qui lui a été prescrit* »[662]. Telle est ainsi sa conception de l'acte accompli « *au-delà* » du mandat. Il est ici intéressant de constater qu'à cette époque, le fait d'agir au-delà du mandat s'appréciait avant tout comme un agissement contraire ou opposé à la volonté du mandant. Pothier avait déjà entamé cette réflexion en son temps. Duranton n'analyse pas l'acte accompli « *au-delà* » du mandat comme un acte excessif. Son raisonnement repose en premier lieu sur le constat de l'inexécution et non sur le caractère quantitatif inhérent à l'excès du mandataire.

L'auteur indique également que l'acte accompli au-delà du mandat est nul ; il apporte de fait une précision d'importance sur la signification de cette nullité : « *Ce qui a été fait au-delà du*

656 RODIÈRE (A.), *Les grands jurisconsultes,* Toulouse, Edouard Privat, 1874, p. 430.

657 DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 18, Paris, Alex-Gobelet, 1834.

658 Il faut tout de même noter que Duranton reprend aussi textuellement les exemples de Pothier, comme le fit Delvincourt avant lui. Cela démontre bien à quel point le regard de Pothier fut pertinent sur les applications pratiques du droit. Ces exemples furent repris par les auteurs plus de cinquante ans après leur rédaction.

659 *Ibid.*, n° 231, n° 232, n° 237, n° 260 …

660 *Ibid.*, n° 231.

661 *Ibid.*, n° 260.

662 *Ibid.*, n° 232.

mandat est nul de soi par rapport à lui, et n'est pas seulement annulable : en sorte qu'il [le mandant] n'a pas besoin d'intenter une action contre le tiers qui a traité avec le mandataire, pour faire annuler ce qui a été fait au-delà des bornes du mandat … »[663]. Il présente ainsi l'immédiateté de la nullité de l'acte en tant que sanction de ce comportement par principe fautif du mandataire. Duranton souhaite peut-être aussi soulever par ces lignes l'importance d'une telle protection pour le mandant dont le consentement a été vicié, tout en soulignant implicitement le caractère critiquable d'un tel acte.

Une telle position peut aussi s'apprécier lorsqu'il fait remarquer que l'article 1998 n'impose pas au mandant d'exécuter les engagements du mandataire pris en son nom mais en premier lieu et « *d'une manière générale d'exécuter les engagements que le mandataire a contractés conformément au pouvoir qui lui a été donné.* »[664].

Une autre école de pensée, le dogmatisme, a cependant permis de renouveler l'exercice du commentaire d'articles. Cette nouvelle méthode reposait avant tout sur la synthèse juridique. Parmi les fervents partisans de l'Exégèse, Demante n'a jamais caché son rejet de la méthode dogmatique dont le classement paraissait arbitraire à ses yeux[665]. Il faut par ailleurs noter que le dogmatisme français est né de l'héritage du dogmatisme allemand. Une question se pose alors : le renouveau doctrinal issu du dogmatisme a-t'il indirectement contribué à la découverte de la notion de « *dépassement* » par Duranton ?

B. Le renouveau doctrinal par le dogmatisme

123. Deux méthodes pour deux apports. D'une manière générale, l'Exégèse est au commentaire[666] ce que le dogmatisme est au traité. La méthode exégétique repose sur une analyse strictement respectueuse de l'ordre établi par le législateur au risque d'apparaître saccadée et décousue selon Demolombe[667]. La méthode dogmatique réside dans la présentation savante du droit positif, elle permet de surcroît d'interpréter les normes d'une manière raisonnée et logique par un procédé de synthétisation juridique. Certains exégètes en font néanmoins une sévère critique[668]. La préface de leur ouvrage devient le réceptacle des différentes oppositions.

---

663 *Ibid.*, n° 260.

664 *Ibid.*, n° 261.

665 DEMANTE (A.-M.), *Programme du cours de droit civil français fait à l'école de Paris*, Bruxelles, Société typographique Belge, 1838, p. 7.

666 Pour une étude relative à la méthode exégétique, voir notamment : BONNECASE (J.), *L'école de l'exégèse en droit civil : les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, 2e éd., E. de Boccard, 1924. RÉMY (Ph.), « Éloge de l'exégèse », *Droits*, 1985, n° 1, p. 115 et s.

667 DEMOLOMBE (C.), *Cours de droit civil : édition augmentée de la législation*, Bruxelles, J. Strienon, 1847, p. 3.

668 DEMANTE (A.-M.), *Programme du cours de droit civil français fait à l'école de Paris*, Bruxelles, Société typographique Belge, 1838, p. 7 ; MARCADÉ (V.-N.), *Eléments (sic) du Droit Civil Français, ou explication méthodiques et raisonnée du Code civil*, Paris, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 1842, p. 14.

Ces deux méthodes sont donc différentes mais participent mutuellement à la compréhension des nouvelles dispositions du Code civil, ce qui revêt un véritable intérêt scientifique[669]. Il faut également rappeler l'influence du droit allemand sur le dogmatisme français.

124. Le dogmatisme et l'influence allemande. Les noms d'Aubry et Rau sont connus, entre autres, des étudiants en licence de droit pour leur éminente contribution à la théorie du patrimoine. Cette seule considération est naturellement loin de résumer l'étendue de leur travail de théorisation en France. L'œuvre de ces deux auteurs strasbourgeois a en effet marqué de son empreinte la méthode dogmatisme dès 1837 par la rédaction de leur Traité de droit civil intitulé « *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharias* ». Ce Traité repose sur la traduction des textes du Professeur Karl Salomo Zachariä et plus précisément de son Traité « *Handbuch des französischen Civilrechts* » ou « *Manuel de droit civil français* ».

L'influence allemande est ainsi déterminante dans la pensée de ces deux auteurs, leurs ouvrages reposent sur une classification par matière s'inspirant ainsi des pandectes. La réflexion d'Aubry et Rau se fonde sur la rédaction de principes et non de commentaires car la rédaction ne suit pas l'ordre du Code civil. Une telle méthode a été vraisemblablement déterminante car elle permit aux auteurs de s'extraire du carcan du commentaire en proposant une lecture à la fois synthétique et cohérente du texte. Mais cette révolution méthodologique a-t-elle contribué au développement de la notion de « *dépassement* » ? Au regard de l'œuvre d'Aubry et Rau, il semble nécessaire de répondre négativement.

125. La non-paternité d'Aubry, Rau et Zacharia sur la notion de « *dépassement* ». Une lecture minutieuse des « *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharias* »[670] rédigés par Aubry et Rau dès 1837 apporte rapidement la réponse à cette interrogation. Ces deux auteurs ne font aucune référence à la notion de dépassement. Si tel avait été le cas, on aurait alors pu en déduire que celle-ci avait pour origine l'œuvre de Karl Salomo Zachariä. En effet, l'édition originale de son Traité « *Handbuch des Französischen Civilrechts* » date de 1827 ; il fut donc rédigé cinq ans avant le tome dix-sept de Duranton.

L'hypothèse de sa paternité était pourtant envisageable dans le cadre de la dogmatique, méthode tournée vers la synthétisation et la découverte de nouvelles notions absentes des dispositions du Code[671]. Le dogmatisme offrant une plus grande liberté aux auteurs pour

669 ROTONDI (M.), « Technique du droit, dogmatisme et droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 20, n°1, janvier-mars 1968, p. 5-6 : « *On oublie trop facilement que ce qui justifie l'autonomie d'une science, c'est la spécificité des intérêts qui inspirent la recherche et les méthodes appropriées […] par conséquent différentes, qui doivent conduire l'activité théorique. Il faut donc sortir de l'équivoque consistant à prétendre qu'il n'y a qu'une science du droit : il peut y avoir deux sciences du droit différentes par leur but et leur méthode.* »

670 ZACHARIAE (C.-S.), *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand sur la cinquième édition et relu et augmenté avec l'agrément de l'auteur par Aubry et Rau*, t. 1, 2e éd., Bruxelles, Société belge de librairie, 1842.

671 De surcroît, l'Allemagne accordait une grande place au dogmatisme juridique. La traduction des textes de Zacharia par Aubry et Rau est le révélateur de cette transmission de pensée et de méthode entre l'Allemagne et la France du XIXe siècle.

interpréter les articles, il aurait pu permettre à ces derniers de recourir à cette notion avant Duranton.

Il faut cependant préciser qu'une édition récente de l'œuvre d'Aubry et Rau datant de 1975 mentionne la notion de dépassement de pouvoir. L'édition adaptée par Noël Dejean de la Bâtie et André Ponsard, intitule le paragraphe 187 de la page 271 « *Dépassement de pouvoirs* »[672]. La version du Traité d'Aubry et Rau, traduit de Zacharia en 1837 ne comportant aucune référence à cette notion, il s'agit donc d'un ajout ultérieur dont la portée ne peut revenir ni à Zacharia ni à ces deux auteurs.

La version de 1837 fait référence à l'acte du mandataire lorsqu'il excède les bornes du mandat mais cette formulation renvoie aux textes de Pothier[673]. Le sens figuré du dépassement était pourtant entré dans les usages linguistiques au moment de la rédaction de ces lignes. L'époque et la méthode d'Aubry et Rau étaient ainsi propices à la découverte de cette notion.

La véritable origine doctrinale de l'utilisation de la notion de « *dépassement* » ne repose donc pas sur la méthode dogmatique mais contre toute attente sur la méthode exégétique[674] grâce à Duranton. La jurisprudence n'y fait pourtant pas immédiatement référence. En 1843, elle se réfère au contraire à l'expression de Pothier « *outrepasser les termes du mandat* »[675] ou « *agir dans les limites de ses pouvoirs* »[676] ou encore « *excéder ses pouvoirs* » en 1852[677]. Les fondations du développement de la notion de dépassement sont désormais perceptibles et tout particulièrement par les travaux de la doctrine ultérieure.

C. LE DEVELOPPEMENT DE LA NOTION DE « DEPASSEMENT » PAR LA DOCTRINE ULTERIEURE

126. D'une origine exégétique à un prolongement dogmatique. La première utilisation textuelle du « *dépassement* » ou plus précisément du verbe « *dépasser* » apparait donc en 1833 sous la plume de Duranton. Le recours à cette notion se poursuit sous l'Exégèse dans une

672 PONSARD (A.), DEJEAN DE LA BATI (N.), *Droit civil français par Aubry et Rau*, t. 6, Contrats civils divers, quasi-contrats, responsabilité civile, 7e éd., Librairies techniques, 1975.

673 BUGNET, *Œuvres de Pothier*, *op. cit.*, n° 91.

674 Il semble tout de même que la rédaction de l'article 1998 alinéa 2 du Code civil ait favorisé cette approche exégétique et peut être favorisé par conséquent la découverte de cette notion.

675 Cass. Ch. Req. 8 novembre 1843 : « *le commettant ne peut se soustraire aux conséquences légales des faits de son commis, sous prétexte que ce dernier a outrepassé les termes de son mandat.* » V. *Recueil général des lois et des arrêts avec notes et commentaires, présentant sur chaque question le résumé de la jurisprudence et la doctrine des auteurs ; revu et complété par L.-M. DEVILLENEUVE et A.-A. CARETTE,* 2e Série AN 1843, Paris, Bureau de l'administration, Partie I, p. 854.

676 Cass. Civ. 21 août 1843 : « *L'administrateur d'un établissement public qui traite en cette qualité avec des tiers, n'est pas personnellement responsable envers ces tiers du dommage que peut leur causer la rupture du traité, alors surtout qu'il a agi dans les limites de ses pouvoirs.* » V. *Recueil général des lois et des arrêts, op. cit.*, p. 180.

677 Cass. Civ. 18 mai 1852. V. *Recueil général des lois et des arrêts, op. cit.*, 2e Série AN 1852, Paris, Bureau de l'administration, Partie I, p. 570.

remarquable réflexion de Troplong **(1)** continuateur de l'œuvre inachevée de Toullier[678], mort en 1835. La méthode exégétique a ainsi été déterminante dans la découverte de cette notion. Son utilisation est cependant irrégulière jusqu'à la fin du XIX^e^ siècle **(2)** sous le plume de représentants de l'exégèse et du dogmatisme. Le recours au « *dépassement* » fait néanmoins l'objet d'un approfondissement au XX^e^ siècle par la méthode dogmatique s'imposant définitivement sur la méthode exégétique. L'héritage du dépassement par la doctrine du XX^e^ et du XXI^e^ siècle **(3)** doit ainsi être présenté.

1. Remarquable réflexion de Troplong

127. La position de Troplong sur le dépassement de mission. L'auteur fait textuellement référence au verbe « *dépasser* » en 1846 dans le seizième tome de ses commentaires « *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code.* »[679], consacré spécifiquement au contrat de mandat. Il y condamne le mandataire insoucieux qui agit au-delà de ses pouvoirs : « *Faire dépendre du caprice de la fortune des intérêts dont il n'a pas la disposition, c'est manquer à la prudence, s'il échoue, il est coupable ; et s'il réussit, on lui saura peu de gré d'avoir voulu être plus sage qu'il ne fallait.* »[680]. Il fait cependant preuve d'une certaine mansuétude à l'égard du mandataire qui dépasse sa mission en poursuivant un motif honorable : « *le mandant est plus maître de consulter son bon cœur pour ne pas user d'une sévérité trop grande envers le mandataire qui, par un motif honorable quoique mal raisonné, a dépassé les bornes du mandat …* »[681].

128. Les apports de l'auteur. Troplong fait preuve d'une grande clarté par son rappel du contenu des articles commentés. Il insiste immédiatement sur l'importance de la prise en compte des pouvoirs dans l'appréciation de l'acte passé au-delà du mandat : « *La procuration ne transmet au mandataire que les pouvoirs qu'elle contient. Au-delà, le mandataire reste sans mandat.* »[682]. Il rappelle de même qu'un dépassement de bonne foi demeure fautif[683], tout en insistant sur la nécessité d'un mandat clair et précis pour apprécier avec certitude la réalité d'un dépassement[684]. Ce manquement s'identifie donc en fonction des actes du mandataire mais de manière

678 TOULLIER (C.-B.-M.), *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code napoléon*, t. 2, Vatar, 1811.

679 TROPLONG (R.-T.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le Titre de la vente. Du mandat. Commentaire du Titre XIII du Livre III du Code civil, t.* 16, Paris, Charles Hingray, 1846. Il précise notamment à juste titre que la place de l'article 1989 « *eut été plus convenable sous la rubrique du chapitre suivant, relatif aux obligations du mandataire.* » TROPLONG (R.-T.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. Du mandat, du cautionnement et des transactions. Commentaire du Titre XIII, XIV et XV du Livre III du Code civil,* Bruxelles, Société typographique belge, 1846, p. 75, n° 256.

680 *Ibid.*, n° 257, p. 75.

681 TROPLONG (R.-T.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. Du mandat, du cautionnement et des transactions. Commentaire du Titre XIII, XIV et XV du Livre III du Code civil,* Bruxelles, Société typographique belge, 1846, p. 75, n° 258.

682 TROPLONG (R.-T.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code, op. cit.*, p. 74, n° 254.

683 *Ibid.*, n° 269, p. 78 : « *L'excès, quoique dirigé par de bons motifs, est une infraction.* »

684 *Ibid.*, n° 316, p. 85 : « *les préceptes sur lesquels nous avons insisté, et qui tiennent à l'obligation où est le mandataire d'exécuter le mandat in forma specifica, ne sont applicables que lorsque la procuration est précise, claire et impérative.* »

complémentaire en vertu de la précision des instructions du mandant. Ce dernier contribue ainsi au constat du dépassement par la clarté de la procuration qu'il transmet au mandataire.

Troplong se démarque de ses collègues exégètes sur de nombreux points. Tout d'abord, ses commentaires sont plus détaillés et recourent davantage à des exemples d'excès de pouvoirs du mandataire issus de l'Antiquité romaine. Il cite plusieurs fois les préceptes de Paul et insiste sur « *la nécessité de ne pas excéder les limites du mandat.* »[685]. Cette dernière citation n'est pas tant un commentaire d'article qu'une véritable appréciation personnelle.

Enfin, Troplong affine considérablement la pensée de Pothier sur la conception de l'excès de pouvoir. Pothier explique dans ses Œuvres que le mandataire excède les bornes du mandat s'il agit contre les termes du mandat. Troplong poursuit la réflexion en distinguant l'acte accompli par le mandataire au-delà du mandat et en deçà du mandat[686], il fait ainsi preuve d'une plus grande précision que Pothier[687]. En effet, le mandataire agit contre la procuration s'il exécute au-delà ou en deçà de ce qui est prévu. Les effets de ces deux manquements sont cependant différents pour le mandant car dans la première hypothèse, il peut ratifier l'acte objet du dépassement, alors que dans la seconde hypothèse, il ne peut que constater l'inexécution fautive et obtenir réparation. Il indique de surcroît qu'un accomplissement partiel équivaut au non-accomplissement[688] mais précise que le mandataire n'agit pas au-delà du mandat s'il accomplit un acte non compris dans la procuration mais identifiable par nature comme en étant un complément virtuel[689]. Troplong a donc dynamisé l'étude du dépassement malgré une utilisation doctrinale irrégulière jusqu'à la fin du siècle.

2. Utilisation doctrinale irrégulière jusqu'à la fin du XIX^e^ siècle

129. Le faible recours à la notion de dépassement par certains auteurs. Les commentateurs de la seconde moitié du XIX^e^ siècle ne semblent pas tous avoir adopté immédiatement le changement dialectique opéré par Duranton en 1833[690].

685 *Ibid.*, n° 603, p. 157.

686 *Ibid.*, n° 259, p. 76 : « *En un mot, le mandataire ne doit rien faire, 1° contre la forme du mandat : 2° au-delà de la forme du mandat ; 3° en deçà de la forme du mandat.* »

687 *Ibid.*, n° 308, p. 83 : « *Non seulement, l'exécution ne doit pas aller ni contre, ni au-delà, ni en deçà de la procuration ; mais elle ne doit pas non plus s'écarter des circonstances extrinsèques et du mode d'exécution. Ces circonstances extrinsèques du mandat en font partie et ne sauraient être négligées.* »

688 *Ibid.*, n° 302, p. 83.

689 *Ibid.*, n° 319, p. 86 : « *Il reste à faire observer que ce n'est pas aller au-delà de la procuration que de faire certains actes qui, quoique non exprimés, y sont cependant virtuellement compris comme conséquents, antécédents et compléments.* »

690 V. not. BAUDRY-LACANTINERIE (G.), WAHL (A.), *Traité théorique et pratique de droit civil, des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, Paris, Larose, 1899. DOMENGET (M.), *Du mandat, de la commission et de la gestion d'affaires : commentaire du titre XIII du livre III du Code Napoléon*, t. 1, Cotillon, Paris, 1862, p. 336. HUC (T.), *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 12, Paris, Pichon, 1899.

Paul Pont, continuateur des écrits de Marchadé, illustre pleinement cette difficile transition. Son « *Commentaire-traité des petits contrats* »[691] ne contient en effet qu'une seule référence au dépassement dans son analyse de l'article 1988 : « *Le pouvoir de payer les dettes du mandant n'est pas absolu entre les mains du mandataire administrateur. Il est certaines dettes que ce dernier ne saurait acquitter sans dépasser la mesure du droit d'administration dont il est investi.* »[692]. Il est ainsi surprenant que l'auteur n'ait pas utilisé cette notion avant tout dans son commentaire de l'article 1989, réceptacle implicite du dépassement.

Paul Pont se réfère principalement à « *l'excès de pouvoir* »[693] présenté à l'origine par Pothier et à l'acte passé « *au-delà du mandat* »[694], en vertu de l'article 1989, 1997 et 1998. Il apporte cependant une précision importante en distinguant l'acte passé au-delà du pouvoir et l'acte passé sans pouvoir : « *nous aurons à nous occuper successivement, d'abord des actes passés par le mandataire dans les termes et dans les limites du mandat, ensuite des actes par lui faits sans pouvoir ou au-delà des pouvoirs contenus en la procuration.* »[695]. Cette citation est source d'intérêt car elle est le point de départ d'une réflexion sur la véritable signification du dépassement de pouvoir. Est-ce seulement agir au-delà du pouvoir ou plus globalement agir sans pouvoir ?

La notion de « *dépassement* » n'a guère d'importance dans les « *Traités des contrats aléatoires et du mandat* »[696] de Guillouard publiés en 1893. Le successeur de Demolombe reconnaît certes l'article 1989 comme « *une règle fondamentale, au point de vue de l'étendue des pouvoirs du mandataire.* »[697] mais il accorde cependant une grande flexibilité aux agissements du mandataire selon les circonstances[698]. Selon lui, « *la formule de cette règle est trop étroite.* »[699]. Guillouard illustre ainsi une évolution de pensée reposant en premier lieu sur la prise en compte du résultat au détriment de la violation des instructions du mandant[700]. D'autres auteurs ont par le passé envisagé cette éventualité mais, à la différence de Guillouard, ils ne se positionnent pas avec autant de fermeté en faveur d'une telle liberté accordée au mandataire. Guillouard fait de surcroît reposer la faute inhérente au dépassement sur

691 PONT (P.), *Explication théorique et pratique du Code napoléon, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence. Commentaire-Traité des petits contrats et de la contrainte par corps*, t. 1, Paris, Cotillon, 1863.

692 *Ibid.*, n° 920, p. 471.

693 *Ibid.*, n° 982, p. 496.

694 *Ibid.*, n° 980, p. 494.

695 *Ibid.*, n° 1060, p. 552.

696 GUILLOUARD (L.), *Traités des contrats aléatoires et du mandat*, 2e éd., Paris, Durand et Pédone-Lauriel, 1894.

697 *Ibid.*, n° 71, p. 391.

698 *Ibid.*, n° 74, p. 393 : « *Il ne faut pas cependant exagérer cette idée que le mandat doit être littéralement exécuté, et nous croyons que les tribunaux ont un certain pouvoir d'appréciation pour décider, suivant les circonstances, qu'un changement insignifiant dans le mode d'exécution n'empêche pas le mandat d'être bien accompli.* »

699 *Ibid.*, n° 96, p. 413.

700 *Ibid.*, « *si le mandataire prouve que les marchandises par lui achetées, tout en différant un peu de celles qu'il avait mission d'acheter, sont d'une qualité meilleure et remplissent aussi bien le but pour lequel le mandant voulait se les procurer …* ».

l'absence de consentement du mandant[701]. En vertu de cette conception doctrinale du XIX^e^ siècle, le mécanisme de la représentation repose nécessairement sur la seule volonté du mandant. Le mandataire ne manifeste donc pas sa volonté propre mais uniquement la volonté du mandant dans l'accomplissement de l'acte. Au regard d'une telle conception de la représentation, la nullité est la seule sanction logique car le dépassement produit l'absence de consentement du mandant.

La faible utilisation de la notion de « *dépassement* » peut avoir pour fondement éventuel la méconnaissance qu'en avaient les auteurs. Peut-être ressentaient-ils encore une légère méfiance à l'égard de ce verbe dont l'usage rompt véritablement avec les écrits de Pothier.

Il est par ailleurs étonnant de constater que la notion de « *dépassement* » est difficilement adoptée dans les thèses de la fin du XIX^e^ siècle portant spécifiquement sur le mandat[702]. Certains auteurs en font cependant un usage constant.

130. Un usage constant de cette notion pour d'autres. La notion de « *dépassement* » ou plus exactement celle du verbe « *dépasser* » a cependant été employée de manière constante dans les Traités et les thèses de quelques auteurs[703]. Il en est ainsi des tomes 27 et 28 des « *Principes de droit civil français* »[704] de François Laurent consacrés au contrat de mandat. L'auteur se réfère de multiples fois à cette notion et apporte par ailleurs un enseignement important sur l'effet principal d'un tel manquement du mandataire. Laurent interprète la règle de l'article 1989 du Code civil en indiquant que le mandataire « *n'a le droit d'agir au nom du mandant qu'en vertu du pouvoir que celui-ci lui a donné ; dès qu'il n'est plus dans les termes du mandat, il est sans pouvoir* ». Il étend ici sa réflexion plus loin que Paul Pont qui envisage seulement l'acte du mandataire passé « *sans pouvoir ou au-delà des pouvoirs* »[705]. Laurent ne se restreint pas à la seule présentation des deux hypothèses mais il qualifie explicitement l'acte accompli hors des termes du mandat comme un acte passé sans pouvoir. Il s'agit d'une avancée doctrinale importante dans la compréhension de la notion de dépassement de pouvoir. Un débat issu du droit romain a cependant eu une très grande influence sur les commentateurs.

---

701 *Ibid.*, n° 195, p. 506 : « *Il n'y a pas eu échange des consentements et par suite l'acte est inexistant à l'égard des deux parties*. »

702 Tout particulièrement dans les nombreuses thèses relatives au mandat et au droit romain. Voir notamment : BARTHELEMY (L.-E.), *Du mandat en droit romain et en droit civil français*, thèse, Toulouse, 1886, p. 206. DIGNAC (C.), *Du mandat en droit romain et en droit français*, thèse, Bordeaux, 1875, p. 155 ; PHILIPPE (G.), *Droit romain : De la représentation dans les obligations. Droit français : Du contrat de commission*, thèse, Douai, Bradier, 1882, p. 30.

703 Ex. BONPAIX (A.), *Code théorique et pratique des architectes*, préface de Achille Hermant, Paris, Rousseau, 1888, p. 166. DIGNAC (C.), *Du mandat en droit romain et en droit français*, thèse, Bordeaux, Lanefranque, 1875, p. 155. JONNESCO (C.), *Essai sur le mandat en droit romain et en droit français*, Paris, Blanpain, 1878, p. 71. MORIDE (P.), *Les Codes français vulgarisés, classés dans un ordre nouveau s'appliquant à chacune des situations de la vie*, direction des Codes français vulgarisés, Paris, 1901, p. 144. PARENTEAU-DUBEUGNON (E.), *Du mandat en droit romain et en droit français*, thèse, Poitiers, Dupré, 1863, p. 112.

704 LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, t. 27 et 28, Paris, Durand et Pédone, 1877.

705 PONT (P.), *Explication théorique et pratique du Code napoléon, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence. Commentaire-Traité des petits contrats et de la contrainte par corps*, *op. cit.*, n° 1060, p. 552.

131. Influence sur les commentateurs du débat opposant les Proculiens et les Sabiniens. Durant la Rome antique, un débat entre les Proculiens[706] et les Sabiniens[707] sur la légitimité de la liberté accordée au mandataire a marqué de son influence la doctrine civiliste française du XIX[e] siècle. Il faut pour cela envisager l'éventualité dans laquelle le mandataire achète un bien pour un prix supérieur à celui fixé par le mandant. Les Proculiens[708] accordaient au mandataire le droit d'obliger le mandant à prendre le marché malgré la violation de ses instructions à l'impérieuse condition que le mandataire accepte de supporter la différence entre le prix d'achat et le prix fixé par le mandant. Les Sabiniens, plus conservateurs, refusèrent ce droit au mandataire fautif tenu d'assumer les effets de l'acte accompli en dehors de la volonté du mandant. La doctrine civiliste a été partagée sur ce point.

Pont[709] et Bugnet dans ses commentaires des textes de Pothier[710], se montrent proches de la conception des sabiniens. Ils considèrent que l'intangibilité du contrat doit prévaloir. En achetant plus cher, le mandataire porte atteinte au mandat et à la volonté du mandant, il doit de ce fait en supporter seul les conséquences. L'achat doit ainsi rester pour le compte du mandataire.

Guillouard rejoint la position soutenue avant lui par Pothier[711] , Duranton[712] et Troplong[713] en rejetant la conception des Sabiniens : « *de quoi donc le mandant peut-il se plaindre, et à quel titre peut-il prétendre que le mandat n'a pas été littéralement exécuté ?* »[714].

---

706 Les Proculiens sont issus d'une école de pensée romaine au I[er] siècle après J.-C. Cette école fait naître un droit innovant dont la substance repose sur l'appréciation des faits. L'application des règles se fonde sur la recherche d'une solution juste et équitable.

707 L'école de pensée des Sabiniens repose au contraire sur un conservatisme juridique. Ces deux écoles s'opposent ainsi de manière catégorique dans leur conception de la règle de droit. BREARD-NEUVILLE (P.-A.-S.), *Pandectes de Justinien, mise dans un nouvel ordre, avec les lois du code et les nouvelles qui confirment, expliquent ou abrogent le droit des Pandectes*, par R.-J. Pothier, t. 1, Paris, Dondey-Dupré, 1818, p. 227.

708 L. 4, D, *Mandati* (XVII, I). Instit., *De mandato*, § 7, (III, XXVII).

709 PONT (P.), *Explication théorique et pratique du Code napoléon, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence. Commentaire-Traité des petits contrats et de la contrainte par corps*, t. 1, Paris, Cotillon, 1863, n° 982 : « *Nous l'avouons cependant, cette solution ne nous paraît pas la meilleure ; et, tout acceptée qu'elle soit au nom de l'équité, la thèse des Proculiens, nous le croyons, n'est équitable que dans l'apparence.* »

710 BUGNET, *Œuvres de Pothier*, *op. cit.*, n° 94.

711 BUGNET, *Œuvres de Pothier*, *op. cit.*, n° 94 : « *cet argument des Sabiniens ne vaut rien. Je ferais une injustice si j'obligeais mon mandataire à me donner la chose pour un prix porté par la procuration, lorsqu'elle lui coute plus cher : au contraire, mon mandataire ne se fait aucun tort, en m'obligeant de prendre la chose pour le prix porté par la procuration, et en se chargeant lui-même, en pure perte pour lui, de ce qu'il l'a achetée de plus.* »

712 DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 18, Paris, Alex-Gobelet, 1834, n° 234.

713 TROPLONG (R.-T.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code, op. cit.*, p. 74, n° 270 : « *Qu'importe que le mandataire ait dépassé les limites de son mandat si, reconnaissant sa faute et consentant à s'exécuter, il met les choses au point où la procuration les avait mises ? Le mandant voulait avoir une maison pour 100, elle lui est acquise pour 100. De quoi peut-il se plaindre ? Cette opinion prévalut comme plus humaine. Elle est plus raisonnable.* »

714 GUILLOUARD (L.), *Traités des contrats aléatoires & du mandat*, 2[e] éd., Paris, Durand et Pédone-Lauriel, 1894, p. 394.

Le XIX[e] siècle a ainsi été une époque propice à l'opposition de deux courants doctrinaux relatifs à l'interprétation de l'article 1989 du Code civil. Le premier courant minoritaire et conservateur prône une interprétation stricte de cet article.

Le second courant semble avoir eu les faveurs de la doctrine majoritaire et présente une lecture atténuée de l'article 1989. Cette position tend à renforcer la liberté du mandataire dans l'exécution de sa mission et plus précisément s'il porte atteinte aux instructions du mandant. La liberté lui est ainsi offerte de supporter la différence de prix s'il achète plus cher que ce qui était prévu. Certes, une telle hypothèse est pécuniairement inintéressante pour le mandataire mais il demeure libre de s'imposer la charge d'un tel choix révélateur d'une grande loyauté à l'égard du mandant. Ce dernier est alors engagé dans la limite qu'il a fixée et ne subit absolument aucun effet du dépassement. Cette seconde conception majoritaire exprime une grande indulgence envers le mandataire en situation de dépassement. Une telle bienveillance doctrinale s'est transmise en héritage à la doctrine du XX[e] et du XXI[e] siècle.

3. Le « dépassement » dans la doctrine du XX[e] et du XXI[e] siècle

> « *La doctrine n'est pas une entité monolithique qui traverse les siècles […]. Au temps statique, correspond ce que l'on osera qualifier de doctrine classique. Avec l'envol du temps, se profile une doctrine plus éclectique. Le temps joue de l'immédiateté. Parce qu'elle est humaine, la doctrine sait s'adapter.* »[715]
>
> Catherine Bosgiraud Stephenson

132. Un usage soutenu de la notion de « *dépassement* ». Au XX[e] siècle, la notion de « *dépassement* » est définitivement acceptée par la doctrine civiliste. L'héritage des commentateurs se retrouve indéniablement dans les écrits de ces auteurs[716]. Force est ainsi de reconnaître que le recours textuel à la notion de « *dépassement de pouvoir* » prend une place significativement plus grande dans les textes du XX[e] siècle[717]. Cette évolution relative à la notion de dépassement de pouvoir ne connaît cependant pas la même effectivité pour la

715 BOSGIRAUD STEPHENSON (C.), « La doctrine face au temps » *in Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès. Liberté, justesse, autorité*, LGDJ, 2019, p. 29.

716 Ex. LEROUX (L.), *La responsabilité en matière sportive*, thèse, Rennes, Imprimerie commerciale de Bretagne, 1935, p. 135. POPESCO—RAMNICEANO (R.), *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé*, thèse, Paris, L. Chauny et L. Quinsac, 1927, p. 267.

717 À l'inverse, le recours à la notion de dépassement par la jurisprudence est inexistant en cette période. La Cour de cassation en 1899 privilégie l'expression « *sortir des termes et de l'esprit du mandat* » à la notion de dépassement dans un arrêt du 24 janvier 1899. *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, administrative et de droit public, fondé par J.-B. Sirey*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal de Paris, 1900, Partie I, p. 10.

notion plus générale de dépassement de mission indépendamment de quelques rares exceptions doctrinales récentes[718].

De surcroît, la doctrine ne se limite plus à conjuguer le verbe « *dépasser* » mais utilise désormais le terme « *dépassement* ». De nombreux auteurs ont recours en effet à cette notion durant le XX[e][719] et le XXI[e] siècle[720] afin de titrer leur partie, section ou paragraphe. Cela atteste du fait que les auteurs reconnaissent désormais la légitimité de ce terme dans l'enseignement dogmatique des effets d'un acte accompli au-delà du pouvoir confié. Ce changement de la pensée doctrinale civiliste n'a probablement pas été sans incidence sur le traitement du dépassement par la réforme du 16 février 2016. Le Professeur François constate ainsi que : « *Parmi les apports de l'ordonnance du 10 février 2016, l'un des plus remarquables réside dans les choix opérés sur la délicate question de l'effet d'un acte accompli par un représentant selon qu'il dépasse ses pouvoirs […] ou bien les détourne.* »[721]. Une évolution s'est produite entre la fin du XIX[e] siècle et le XX[e] siècle. Le terme « *dépassement* » est désormais assimilé par les auteurs aux articles 1989, 1997 et 1998[722] alors que ces derniers ne contiennent aucune mention de cette notion.

L'insertion de l'article 1156 par la réforme du droit des obligations a exercé une certaine influence sur l'usage doctrinal de la notion de dépassement. Certes, l'article 1156 ne mentionne jamais la notion de dépassement de pouvoir ou de mission. Néanmoins, les auteurs du XXI[e] siècle recourent davantage à cette dernière que ne l'a fait la doctrine du XX[e].

---

718 Ex. BOUCARD (H.), « Les effets de l'inexécution contractuelle envers les tiers », *in L'effet relatif du contrat*, sous la direction de Michel Boudot, Marianne Faure-Abbad et Didier Veillon, LGDJ, Presses universitaires juridiques, Université de Poitiers, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales, 2015, n° 18, p. 65.

719 Ex. CLARISE (V.), *De la représentation : son rôle dans la création des obligations*, thèse, Lille, 1949, n° 107, p. 211 ; PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité élémentaire de droit civil*, 11[e] éd., LGDJ, 1939, p. 793 ; STARCK (B.), *Droit civil (obligations)*, 2[e] éd., par H. Roland et L. Boyer, Litec, 1986, n° 232, p. 98 ; WEILL (A.) et TERRÉ (F.), *Droit civil (les obligations)*, 4[e] éd., Dalloz, 1986, n° 82, p. 79. LEAUTÉ (J.), « Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence », *RTD civ.*, t. 45, 1947, Librairie Edouard Duchemin, p. 298.

720 Ex. ANCEL (F.), FAUVARQUE-COSSON (B.), GEST (J.), *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Essai, Dalloz, 2017, n° 23.71, p. 117. BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 693, p. 472. CHÉNEDÉ (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz référence, 2[e] éd., 2019-2010, n° 123.34, p. 52. FAGES (B.), *Droit des obligations*, 8[e] éd., LGDJ, 2018, n° 92, p. 99 : « *Défaut, dépassement et détournement de pouvoir* ». HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, sous la direction de Jacques Ghestin, 3[e] éd., LGDJ, 2012, n° 4104. LARROUMET (C.), BROS (S.), *Traité de droit civil, t. 3 Les obligations. Le contrat*, 9[e] éd., Economica, 2018, n° 148, p. 121. MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 574, p. 346. MERCADAL (B.), *Réforme du droit des contrats*, Editions Francis Lefebvre, 2016, p. 121. MONTANIER (J.-C.), *Le contrat*, PUG, 2000, p. 45. PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, 8[e] éd., Dalloz, 2019, n° 975, p. 730. REVET (T.), ZENATI-CASTAING (F.), *Cours de droit civil, Contrats*, PUF, Droit fondamental, 2014, n° 36, p. 100. SEUBE (J.-B.), DUMONT-LEFRAND (M.-P.), GOUT (O.), LANDEL (J.), *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, Editions législatives, 2018, p. 83 : « *Sanctions en cas de dépassement de pouvoir* ». STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Le nouveau droit de la représentation et le contrat de mandat », *art. cit.*, p. 83. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *Droit civil, Les obligations*, 12[e] éd., Dalloz, 2018, n° 236, p. 264. ANCEL (P.), *Droit des obligations en 12 thèmes, avec exemples détaillés*, 1[er] éd., Séquences, Dalloz, 2018, p. 104.

721 FRANCOIS (J.), « L'acte accompli par le mandataire en dehors de ses pouvoirs et le mécanisme du contrat de mandat », *D.*, 2018, p. 1215, n° 1.

722 Par exemple : MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, 11[e] éd., Dalloz, 2018, n° 620-621, p. 632.

Comment expliquer cela dans la mesure où la notion de dépassement n'apparaît jamais dans cette nouvelle section propre à la représentation ? Il est possible de soutenir que la réforme de 2016 a initié d'une certaine manière l'évolution dialectique de la notion de dépassement en se constituant comme une étape nécessaire à son développement.

Son usage dans la doctrine française a fait l'objet d'un cheminement depuis l'émergence du Code civil au regard d'une avancée certes lente mais toujours progressive. Un premier usage timide mais précurseur de Duranton au début du XIX^e^ siècle a laissé place à un délaissement de la notion jusqu'au début du XX^e^ siècle. L'usage s'est finalement renforcé au milieu du XX^e^ siècle mais force est de constater que les commentaires de la réforme de 2016 ont indéniablement contribué à dynamiser le recours à cette notion en ce début de XXI^e^ siècle[723].

133. De nouvelles conceptions du dépassement de pouvoir. Certains auteurs critiquent sévèrement l'agissement du mandataire lorsque celui-ci manifeste un dépassement de ses pouvoirs. Il en est ainsi pour le Professeur Pétel qui, sans mentionner la notion de « *dépassement* », qualifie ce manquement d'abus de pouvoirs en 1988[724]. Sa conception se rapproche ainsi de celle de Demogue en 1923[725].

Désormais, il est régulièrement fait mention de la différence entre le dépassement et l'absence de pouvoir[726] bien que la proximité de ces deux notions soit très grande[727]. De surcroît, les auteurs mettent l'accent sur le fait qu'un dépassement de pouvoir entraine un défaut de représentation[728]. Une différence apparaît ainsi entre les auteurs du XIX^e^ et du XX^e^ siècle. En effet, s'il apparaît que les auteurs du XIX^e^ siècle apprécient le dépassement en fonction des instructions du mandant, les auteurs du XX^e^ siècle semblent avant tout se référer au mécanisme de la représentation inhérent au contrat de mandat[729].

La doctrine du XX^e^ siècle a désormais une conception de l'origine fautive de l'acte différente de celle du XIX^e^ siècle. Les auteurs considèrent en effet que le mandataire exprime

---

723 Ex. RABU (G.), *Droit des obligations*, Ellipses, 2017, p. 92. ANCEL (P.), *Droit des obligations en 12 thèmes, avec exemples détaillés*, 1^er^ éd., Séquences, Dalloz, 2018, p. 104.

724 PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, Litec, 1988, n° 67, p. 54.

725 DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. 1, Paris, Rousseau, 1923, n° 100, p. 188 : « *y a-t-il représentation lorsque le représentant a excédé ses pouvoirs (question de l'abus de pouvoir)* … ».

726 CLARISE (V.), *De la représentation : son rôle dans la création des obligations*, thèse, Lille, 1949, n° 107, p. 211. PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, 8^e^ éd., Dalloz, 2019, n° 975, p. 730. JUREDIEU (F.), *Ratification et acte juridique,* préface de Claude Ophèle, avant-propos de Geneviève Pignarre, Institut Universitaire Varenne, 2013, n° 184, p. 179. MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, 11^e^ éd., Dalloz, 2018, n° 623, p. 633.

727 CLARISE (V.), *De la représentation, op. cit.*,. : « *Dans tous les cas où le représentant agit sans pouvoir ou excède les pouvoirs qui lui ont été conférés, la solution de principe est simple : les opérations juridiques accomplies sont inopposables au représenté dans toute la mesure où il y a dépassement de pouvoir.* »

728 PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité élémentaire de droit civil*, 11^e^ éd., LGDJ, Paris, 1939, p. 2254.

729 MAZEAUD (H., L., J.), *Leçons de droit civil. Principaux contrats*, t. 3, vol. 2, 5^e^ éd., Montchrestien, 1980, n° 1414, p. 871 : « *Mais le mandant ne se trouve engagé que dans la limite du mandat, c'est-à-dire du pouvoir de représentation qu'il a conféré au mandataire ; en dehors du mandat, le mandataire est sans qualité pour traiter au nom du mandant qui reste étranger aux actes ainsi accomplis.* »

sa propre volonté dans l'accomplissement de l'acte au nom et pour le compte du mandant. L'évolution est majeure car la validité du consentement ne repose plus désormais sur le mandant mais sur le mandataire. L'idée de fiction rattachée à la représentation par la doctrine classique est désormais abandonnée par la doctrine moderne.

Les Professeurs Weil et Terré rappellent et synthétisent cette évolution relative à la nature juridique de la représentation[730] acceptée communément par la doctrine du XX[e] siècle[731]. L'acte objet du dépassement repose donc en principe sur un consentement du mandataire exempté de vice. En conséquence, le caractère fautif inhérent au dépassement ne réside pas dans les conditions de formation de l'acte mais dans la violation des instructions du mandant. L'acte à l'origine du dépassement n'est en lui-même entaché d'aucune irrégularité[732], c'est la raison pour laquelle la sanction de l'inopposabilité de l'acte s'impose sur celle de la nullité.

La réforme récente du droit des obligations retient ce raisonnement dans son article 1156 : « *L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté* … ». Il doit en être différemment pour le tiers de bonne foi victime du dépassement de pouvoir du mandataire. Son consentement a été vicié par la faute du représentant, il demeure alors parfaitement normal de lui permettre d'agir en nullité car le problème réside pour lui dans la phase de formation du contrat, à la différence du mandant. Les écrits des auteurs ont été nombreux sur l'excès du mandataire, il convient en ce sens de présenter un premier bilan sur ce thème.

134. Bilan doctrinal relatif au dépassement du mandataire. Au cours des derniers siècles, la conception doctrinale du dépassement de pouvoir du mandataire a connu une certaine évolution. L'origine de la faute inhérente au dépassement n'est plus appréciée de la même manière. Le rôle du mandataire est significativement plus important car la doctrine reconnait désormais qu'il manifeste sa propre volonté en concluant le contrat. Les auteurs font preuve à l'égard du mandataire excédant ses pouvoirs d'une certaine indulgence. Cela est paradoxal car le contrat de mandat, qui est pourtant l'expression d'une très grande confiance accordée au représentant par le représenté, est violé.

730 WEILL (A.) et TERRÉ (F.), *Droit civil (les obligations)*, 4[e] éd., Dalloz, 1986, n° 83, p. 80 : « *La doctrine classique y voit une fiction, en vertu de laquelle le représenté est censé manifester sa volonté par l'intermédiaire du représentant. La représentation n'apporterait pas ainsi une véritable exception à la règle selon laquelle un contrat, conclu entre deux parties, ne peut produire ses effets qu'à l'égard de celles-ci. Les analyses plus récentes rejettent justement cette idée de fiction et accordent plus d'importance à la volonté même du représentant.* »

731 BEUDANT (C. et R.) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *Cours de droit civil français*, t. 9, 2[e] éd., par G. Lagarde et R. Perrot, Paris, Rousseau, 1953, n° 917 ; CARBONNIER (J.), *Droit civil (les obligations)*, t. 4, 12[e] éd., PUF, 1985, n° 53, p. 215; CLARISE (V.), *De la représentation : son rôle dans la création des obligations*, thèse, Lille, 1949, n° 89, p. 178 ; MADRAY (G.), *Essai d'une théorie générale de la représentation en droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1931, p. 225 ; PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, Litec, 1988, n° 75, p. 58 ; PILON (E.), *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, thèse, Caen, 1897, n° 31 ; STARCK (B.), *Droit civil (obligations)*, 2[e] éd., par H. Roland et L. Boyer, Litec, 1986, n° 237, p. 81 ; STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, 1982, n° 127.

732 PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, n° 76, p. 59.

Les auteurs ont en effet grandement étudié les cas de dépassement en présence d'un mandataire de bonne foi. L'héritage du débat romain opposant les Proculiens et les Sabiniens est sur ce point déterminant. Indépendamment de ce constat, la pensée de Pothier s'est manifestée tout au long de la doctrine classique du XIX^e^ siècle. Les auteurs modernes du XX^e^ siècle manifestèrent sur ce point une certaine distance et s'interrogèrent en premier lieu sur l'interaction du mécanisme de la représentation et du dépassement de pouvoir.

Enfin, le recours à la notion de « *dépassement* » est lentement entré dans les usages des auteurs. La première utilisation par Duranton en 1833 ne provoque pas un changement immédiat et durable dans la dialectique juridique de l'époque. Il faut véritablement attendre la fin du XIX^e^ siècle voire la moitié du XX^e^ pour que cette notion intègre complètement les lignes de la doctrine[733]. Désormais, l'article 1989 pourrait être réécrit ainsi : « *Le mandataire ne peut dépasser ce qui est porté dans son mandat* … ». Mais cela ne serait finalement pas si différent de la formulation de 1804 : « *Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat* … ».

Le regard doctrinal relatif au dépassement de mission de l'entrepreneur doit désormais faire l'objet d'une étude en vertu de la seule disposition civiliste traitant cette situation : l'article 1793 du Code civil.

SECTION II.
LE DEPASSEMENT DE MISSION DE L'ENTREPRENEUR

135. Les travaux supplémentaires en matière de louage d'ouvrage. Dans la logique de la section I, il s'agit désormais de rechercher les différentes analyses doctrinales relatives au dépassement de mission de l'entrepreneur. L'objectif est de comparer le traitement par la doctrine de l'existence de travaux supplémentaires de l'entrepreneur avec le dépassement de pouvoir du mandataire.

Dans cette optique, une première différence notable apparait immédiatement à la lecture des écrits de Domat. Contrairement à ceux du dépassement de mission du mandataire, l'auteur n'évoque jamais l'excès dans l'accomplissement de la mission de l'entrepreneur[734] alors qu'il consacre une section entière à l'étude « *Des engagements de celui qui entreprend un ouvrage ou un travail* »[735] et aux « *Engagements de celui qui donne un ouvrage ou un travail à faire* »[736]. Il y fait

733 La doctrine utilise alors exclusivement la notion de « *dépassement de pouvoir* » mais jamais celle du « *dépassement de mission* » pour qualifier l'acte du mandataire.

734 DOMAT (J.), *Les loix civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et legum delectus*. Nouvelle édition, t. 1, Paris, Veuve Savoye, 1767, p. 62. Voir aussi : RÉMY (J.), *Œuvres complètes de Jean Domat*, nouvelle édition, t. 1, Paris, Firmin Didot, 1828, p. 216.

735 *Ibid.*, Liv. I, Tit. IV. Sect. VIII, p. 62-63.

736 *Ibid.*, Liv. I, Tit. IV. Sect. IX, p. 64.

mention de l'obligation du « *bailleur* »[737] de payer le prix après la réalisation des travaux ou avant si cela était convenu mais nullement des conditions du paiement de travaux supplémentaires. En réalité, avant 1804, seul Pothier aborde la question.

Le traitement des travaux supplémentaires dans l'œuvre de Pothier **(I)** est à l'origine de l'article 1793 du Code civil qui a pour objet les changements ou augmentations de travaux dans la construction à forfait d'un bâtiment. La doctrine relative à l'article 1793 du Code civil **(II)** s'est ensuite développée de manière comparable à celle de l'article 1989 pour le mandant.

I. TRAITEMENT DES TRAVAUX SUPPLEMENTAIRES DANS L'ŒUVRE DE POTHIER

136. Un traitement prioritaire des travaux supplémentaires nécessaires. Au XVIII[e] siècle, Pothier aborde le thème des augmentations de travaux en exprimant une position indéniablement favorable à l'entrepreneur. Il énumère dans un premier temps les obligations du locateur et y mentionne textuellement l'obligation de payer les augmentations de prix du marché[738] : « *Les obligations du locateur, qui naissent de la nature du contrat de louage, sont celles : 1° de payer le prix du marché ; 2° De payer celui des augmentations ; 3° De faire ce qui dépend de lui pour mettre le conducteur en pouvoir d'exécuter le marché.* »[739]. La première et la troisième obligations mentionnées ne peuvent être contestées à la différence de la seconde sur laquelle il convient d'exprimer certaines réserves. À la différence de Domat, Pothier consacre, dans sa section relative aux obligations du locateur, une partie intitulée « *Du prix des augmentations* »[740]. L'auteur choisit de commencer cette partie en soumettant le locateur à l'obligation de payer les travaux nécessaires non prévus dans le marché[741]. Pour l'auteur, le paiement des travaux supplémentaires constitue une règle de principe présentée comme une obligation essentielle. Pothier admet avec force et à titre principal l'obligation de payer le prix des augmentations sans tenir compte d'une éventuelle mauvaise foi de l'entrepreneur et sans subordonner cette obligation à l'approbation préalable du maître d'ouvrage.

Pothier traite le thème des travaux supplémentaires en envisageant immédiatement une situation favorable à l'entrepreneur en insistant sur la nécessité de l'acte. Il fonde donc sa première réflexion sur l'hypothèse de travaux supplémentaires nécessaires sans tenir compte de l'atteinte à la volonté du locateur. Le futur article 1793 ne fait nullement référence aux

737 *Ibid.*

738 POTHIER (R.-J.), *Œuvres complètes de Pothier, Traité du contrat de louage*, nouvelle édition, t. 6, Thomine et Fortic, Paris, 1821, n° 341.

739 *Ibid.*

740 BUGNET (J.-J.), *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, 2[e] éd, t. 4, Paris, Henri Plon, 1861, p. 137. Son étude de ce thème est sensiblement plus réduite que son traitement du dépassement de pouvoir du mandataire.

741 *Ibid.*, n° 407, p. 137 : « *Outre le prix porté par le marché, le locateur doit payer aussi celui des augmentations d'ouvrage qu'il a été nécessaire de faire, et qui, n'ayant pas été prévues lors du marché, n'en font pas partie.* »

travaux supplémentaires nécessaires[742]. Il identifie ainsi les travaux supplémentaires mais en fait peser la charge sur le locateur à condition qu'ils aient été utiles. Si le locateur soutient que les augmentations étaient inutiles, « *le juge renvoie devant les experts pour déclarer si elles étaient nécessaires, et pour en régler le prix.* »[743]. Pothier n'envisage donc pas que la force obligatoire du contrat puisse s'imposer à l'entrepreneur.

Pothier envisage cependant deux atténuations à la règle précédemment énoncée. Premièrement le juge peut demander à un expert d'apprécier le caractère nécessaire des travaux supplémentaires si le locateur conteste ce point[744]. Deuxièmement, le locateur est en droit de refuser le paiement de ces travaux nécessaires sous certaines conditions.

137. Le refus des augmentations « *considérables* ». Fort heureusement, Pothier accorde le droit au locateur de refuser de payer ces travaux à condition qu'ils aient été faits à son insu et que cela provoque une augmentation « *considérable* »[745]. Pothier ne fait pas reposer l'illégitimité des travaux supplémentaires sur l'atteinte au contenu contractuel mais sur l'étendue de l'augmentation. Cela signifie qu'une augmentation limitée ou mesurée du prix fixé par les parties est opposable au locateur. Dans la conception de Pothier, la règle de principe favorise la protection de l'entrepreneur par le paiement des travaux supplémentaires. La protection du maître contre des travaux considérables n'est que l'exception au principe.

Cette conception est aujourd'hui abandonnée car le caractère fautif des travaux supplémentaires ne repose plus dans l'article 1793 du Code civil sur le caractère excessif de l'acte mais uniquement sur le principe de l'intangibilité du contrat et plus précisément de l'invariabilité du prix dans un marché à forfait[746]. En effet, il n'importe nullement que l'augmentation soit considérable, seule compte la confrontation entre ce qui est promis dans le marché à forfait et ce qui est matériellement accompli par l'entrepreneur. Des différences apparaissent donc avec le futur article 1793.

138. Des différences avec le futur article 1793 du Code civil. Le contenu du futur article 1793 du Code civil n'est pas le parfait reflet de la pensée de Pothier. Au contraire, il rompt avec la conception de ce dernier et dispose que : « *Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire.* ». Madame la

742 FAURE-ABBAD (M.), « L'impact de la réforme des contrats spéciaux sur le contrat d'entreprise », *RDI*, 2017, p. 570, n° 30 : « *L'article 1793 du code civil est un texte de circonstance, la règle ne se retrouve pas chez Pothier que les rédacteurs du code civil ont adopté pour couper court à des pratiques peu honnêtes de certains architectes ou entrepreneurs* ».

743 BUGNET (J.-J.), *Œuvres de Pothier*, *op. cit.*, n° 407.

744. BUGNET (J.-J.), *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle, op. cit.*

745 *Ibid.*, n° 408, p. 138 : « *Si les augmentations, quoique nécessaires pour la construction de l'ouvrage étaient assez considérables pour qu'elles eussent pu porter le locateur à abandonner l'ouvrage, s'il en eut connaissance ; l'ouvrier doit, avant que de les faire, consulter le locateur ; et le locateur peut en refuser le paiement, si elles ont été faites à son insu.* »

746 Voir *infra* n° 231 et s.

Professeure Faure-Abbad qualifie l'article 1793 de « *texte de circonstances* »[747]. Les rédacteurs protégèrent en premier lieu le maître d'ouvrage contre « *l'habileté* » des initiatives de l'entrepreneur.

Pothier traite en priorité le paiement à l'entrepreneur des travaux supplémentaires nécessaires et dans un second temps seulement l'hypothèse d'un refus de paiement pour le locateur strictement conditionné. La structure de l'article 1793 est inversée car il présente immédiatement l'interdiction faite à l'entrepreneur de demander le paiement de travaux supplémentaires puis envisage finalement l'exception par laquelle le maître accepte par écrit et par avance ces augmentations.

Les conceptions du travail supplémentaire de l'entrepreneur sont ainsi différentes entre celle de Pothier et celle des rédacteurs de l'article 1793. Pothier semble favoriser la situation de l'entrepreneur comme l'attestent l'ordre de sa réflexion et le choix des mots employés. Il rédige ces lignes dans l'hypothèse où un entrepreneur de bonne foi est tenu d'accomplir des travaux nécessaires non compris dans le contrat. Les rédacteurs du Code civil semblent au contraire protéger en premier lieu le maître contre les agissements excessifs de l'entrepreneur imprudent ou de mauvaise foi, soumis à la réalisation d'un marché à forfait. Cet article exprime donc, à la différence des écrits de Pothier, une certaine méfiance à l'encontre de l'entrepreneur, comme le révèlent d'une part les travaux préparatoires du Code[748] et d'autre part la doctrine après la codification. Ce constat permet en conséquence de nuancer l'influence décisive que l'œuvre de Pothier a eu sur les rédacteurs du Code civil.

II. DOCTRINE RELATIVE A L'ARTICLE 1793 DU CODE CIVIL

139. Des premiers exégètes jusqu'aux auteurs contemporains. Pothier ne mentionne à aucun moment la notion de « *dépassement* » afin de qualifier les travaux supplémentaires de l'entrepreneur. Cela s'explique dans le contexte de l'environnement dialectique de l'époque. L'article 1793 du Code civil n'en fait pas non plus mention. Cette disposition est essentielle car elle apparait comme le seul véritable réceptacle du Code civil traitant du dépassement de mission de l'entrepreneur. Les différentes conceptions de la doctrine classique du XIX^e^ siècle **(A)** doivent être présentées et confrontées à la pensée de Pothier. L'apport de la doctrine moderne du XX^e^ et XXI^e^ siècle **(B)** doit aussi être analysé. L'objectif est de rechercher si la doctrine civiliste, relativement indulgente dans son étude du dépassement de pouvoir du mandataire, exprime un sentiment identique à l'égard des travaux supplémentaires de l'entrepreneur.

747 FAURE-ABBAD (M.), « Les incidences de la réforme sur les effets des contrats de construction : questions choisies », *in Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations* sous la direction de Lionel Andreu et Marc Mignot, vol. 34, Institut universitaire Varenne, 2017, n° 10, p. 189 : « *L'article 1793 du Code civil est un texte de circonstances, la règle ne se retrouve pas chez Pothier, que les rédacteurs du Code civil ont adopté pour mettre fin à des pratiques peu honnêtes de certains architectes ou entrepreneurs. L'article était désiré depuis longtemps par les juges du fond …* ».

748 Selon Fenet, l'objectif des rédacteurs était « *d'arrêter les funestes effets du dol et des manœuvres des ouvriers* ». Sur ce point, FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Videcocq, t. 4, 1836, p. 212.

A. Les conceptions de la doctrine classique du XIXe siecle

140. Une appréciation doctrinale différente de celle du mandat. À la lecture des commentaires et traités du XIXe siècle, l'appréciation du dépassement de mission semble être différente selon la personne du prestataire. Il y a ainsi un défaut d'uniformité dans l'analyse du dépassement de mission. L'étude précédente de l'interprétation doctrinale de l'article 1989 révélait une certaine indulgence à l'égard du mandataire. Cela ne se retrouve pas dans l'analyse doctrinale de l'article 1793. Certains auteurs retiennent une appréciation d'une grande sévérité pour caractériser le dépassement de l'entrepreneur **(1)**, d'autres au contraire en retiennent une appréciation plus souple **(2)**.

1. Appréciation d'une grande sévérité du dépassement

141. Une première présentation de l'article 1793 par Delvincourt. Dans ses « *Cours de Code Napoléon* »[749], Delvincourt reprend la formulation de l'article 1793 et s'interroge dans ses notes de fin d'ouvrage sur l'éventualité dans laquelle l'augmentation des dépenses proviendrait de circonstances imprévues[750]. Il envisage alors des circonstances non spécifiquement prévues mais tout de même en lien avec la mission de l'entrepreneur : « *par exemple, en fouillant pour les fondations, on en trouve d'anciennes qu'il faut détruire, ou l'on trouve de l'eau qu'il faut épuiser.* »[751]. L'auteur indique ensuite : « *même alors, l'entrepreneur doit en prévenir le maître, et se faire autoriser par écrit à faire le nécessaire.* »[752]. Bien qu'il ne le confirme pas explicitement, la formulation de cette dernière citation semble exprimer chez l'auteur, le constat d'une certaine dureté de l'article 1793 à l'encontre de l'entrepreneur de bonne foi confronté à des circonstances qu'il n'avait pas anticipées.

142. Une critique du dépassement de l'entrepreneur par Duranton. Dans le tome dix-sept de ses « *Cours de droit français* » rédigé en 1833[753], Duranton exprime une critique virulente des travaux supplémentaires accomplis par l'entrepreneur dans le cadre d'un marché à forfait. Il décrit pour cela le contexte professionnel de la France du début du XIXe siècle souvent marqué par « *l'avidité* »[754] des entrepreneurs. Il qualifie ces agissements d'abus et prône ainsi la légitimité de la loi contre de telles pratiques. L'auteur dénonce une situation dans laquelle l'entrepreneur piège le maître en l'entrainant dans les méandres des coûts de construction.

749 DELVINCOURT (C.-E.), *Cours de Code Napoléon, op. cit.*, p. 193.

750 DELVINCOURT (C.-E.), *Cours de Code Napoléon, op. cit.*, p. 579 et 580.

751 *Ibid.*

752 *Ibid.*

753 DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant l'ordre du Code civil*, t. 17, Paris, Neve, 1833, p. 249. DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant l'ordre du Code civil*, 4e éd., t. 17, Paris, Thorel, 1844, p. 268.

754 DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant l'ordre du Code civil*, 4e éd., t. 17, Paris, Thorel, 1844, n° 256, p. 268 : « *L'expérience ayant démontré que les propriétaires qui donnent un édifice à construire étaient souvent entrainés par l'avidité des entrepreneurs, dans de bien plus grandes dépenses que celles qu'ils se proposaient de faire d'abord, la loi les a protégés contre de tels abus.* »

Le client subit ainsi la pression exercée par l'entrepreneur ce que le Doyen Carbonnier un siècle plus tard désignera par l'expression : « l'ivresse de bâtir »[755]. Duranton n'envisage que l'hypothèse d'un entrepreneur de mauvaise foi profitant délibérément de la crédulité du maître. Son constat est sans appel, « *l'expérience ayant démontré [que le maître] est souvent entrainé, par l'avidité des entrepreneurs.* »[756].

Le choix des mots de l'auteur est ainsi sans équivoque lorsqu'il mentionne la tromperie et les allégations de l'entrepreneur[757]. Le maître doit cependant rester précis dans ses instructions et fournir ainsi un plan arrêté à l'entrepreneur afin de pouvoir bénéficier de la protection de l'article 1793[758]. La réflexion de l'auteur porte donc en priorité sur la situation du maître, victime des agissements fautifs de l'entrepreneur. Cette orientation se poursuit dans son analyse de l'article 1794[759] portant spécifiquement sur le droit de résiliation du louage offert au maître[760]. Cette méfiance à l'encontre des constructeurs se prolonge sous la plume de Marchadé souhaitant protéger celui qui bâtit contre les « *dépenses vraiment ruineuses dans lesquelles [il] se trouve toujours entraîné au-delà des prévisions, et souvent par les supercheries des constructeurs* »[761] mais également de Duvergier, successeur de Toullier.

143. Une méfiance similaire de Duvergier à l'encontre des constructeurs. La position de Duvergier sur le risque de travaux supplémentaires de l'entrepreneur est identique à celle de Duranton. Il mentionne ainsi « *l'inconvénient de laisser le propriétaire à la merci de l'architecte. Celui-ci est intéressé à augmenter les constructions ; il est par conséquent à peu près impossible au propriétaire de savoir où s'arrêteront les dépenses.* »[762]. Comme Duranton, l'auteur fait référence à une tromperie de l'entrepreneur de mauvaise foi visant à influencer ou tout simplement à piéger le maître influençable. Cette position semble être commune à une grande partie de la doctrine exégétique comme le démontre les écrits et le prolongement de pensée de Troplong.

755 CARBONNIER (J.), obs. sous Civ. 1er, 9 février 1959, RTD civ. 1959, p. 342.

756 DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant l'ordre du Code civil*, *op. cit.*

757 *Ibid.*, n° 256, p. 269.

758 *Ibid.*, n° 256, p. 270 : « *Mais quels que soient les dangers auxquels un propriétaire s'expose en traitant de la construction d'un édifice sans arrêter un plan des constructions à faire, la disposition de l'article cesse d'être applicable, si, en effet, il n'a donné à l'architecte ou entrepreneur que des instructions vagues et indéterminées, comme cela arrive souvent, de manière qu'une construction en amène une autre …* ».

759 « *Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise*. »

760 *Ibid.*, n° 257, p. 270 » *comme l'intérêt est la mesure des actions, et qu'on ne pouvait raisonnablement contraindre un propriétaire à continuer des travaux qui ont pu lui devenir inutiles, ou dont, par quelque dérangement survenu dans sa fortune, il se trouverait ensuite hors d'état de payer le prix, la loi autorise le maître à résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait …* ».

761 MARCADÉ (V.-N.), *Explication théorique et pratique du code civil*, t. 6, 7e éd., Paris, Delamotte et fils, 1875, p. 540.

762 TOULLIER (C.-B.-M.), *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 10, Continuation Code civil (art. 1582 à la fin) par M. Duvergier, Bruxelles, Adolphe Wahlen, 1838, n° 365, p. 288.

144. Le prolongement de pensée de Troplong. Troplong reconnait en première ligne de son commentaire que l'article 1793 « *a été dicté par une pensée de sévérité contre les entrepreneurs…* »[763]. Cette disposition permet de lutter contre les manœuvres dolosives des constructeurs de mauvaise foi, « *quelque légers que fussent ces changements, ils soutenaient que le devis se trouvait annulé !!! L'article 1793 prévient cette surprise …* »[764].

Troplong rappelle les deux conditions permettant au constructeur d'obtenir le paiement du prix supplémentaire. L'augmentation doit être autorisée par écrit et le prix doit être convenu avec le propriétaire. Dans le cas contraire, « *les promesses trompeuses de l'architecte sur le peu d'élévation de la dépense pourrait entrainer le propriétaire dans des frais dont il pourrait plus tard se repentir amèrement.* »[765].

Il est même remarquable de lire un développement d'une page dans lequel l'auteur imagine les dialogues entre le maître et l'entrepreneur ainsi que les circonstances à l'origine de travaux supplémentaires. L'objectif est de démontrer la légitimité de l'article 1793. Troplong présente, en ce sens, le raisonnement du maître, poussé indirectement par le constructeur à poursuivre les travaux : « *Une fois engagé dans un travail que j'ai cru utile à mes intérêts, je suis dominé par le désir de ne pas le laisser inachevé, et c'est ce désir que l'entrepreneur exploitera avec une insatiable avidité ; il trouvera mille prétextes pour m'entrainer de constructions en constructions, de dépenses en dépenses.* »[766]. Il s'agit là de la première démonstration narrative des circonstances à l'origine de la rédaction de l'article 1793. Une nouvelle fois, le choix des mots est dénué d'équivoque, Troplong y dénonce les manœuvres dolosives de constructeurs » *avides* ».

Par ailleurs, l'auteur s'efforce de rechercher les pensées du maître afin de décrire l'emprise du constructeur sur lui dans la mise en œuvre des travaux supplémentaires, « *toujours poursuivi par la pensée de ne pas rester à mi- œuvre, j'obéirai à son impulsion. Je me créerai de bonnes raisons pour me persuader que je ne dois pas perdre les avances que j'ai déjà faites !!!* »[767]. Cette narration développée par Troplong est révélatrice de sa conception très moralisatrice des travaux supplémentaires non nécessaires de l'entrepreneur et plus spécifiquement du dépassement de mission fautif du constructeur. L'article 1793 répond ainsi à un véritable impératif sociétal, « *voilà le péril contre lequel il ne fallait pas laisser un propriétaire désarmé. C'est un jeu ruineux que le législateur a voulu prévenir par une disposition réclamée depuis longtemps par tous ceux qui connaissent le cœur humain. Il y avait là une nécessité pressante dont il fallait s'occuper, un écueil dont la faiblesse du propriétaire devait être sauvée.* »[768].

---

763 TROPLONG (R.-T.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De l'échange et du louage*, Bruxelles, Meline, 1841, n° 1016, p. 277.

764 *Ibid.*

765 *Ibid.*, n° 1017, p. 404.

766 *Ibid.*, n° 1022, p. 406.

767 *Ibid.*

768 *Ibid.*

L'analyse exégétique de Duranton, Duvergier et Troplong exprime une grande méfiance à l'encontre de l'entrepreneur en situation de dépassement de mission. Aubry et Rau[769], au contraire de Troplong, font œuvre de neutralité dans leur analyse des travaux supplémentaires de l'entrepreneur en ce qu'ils n'expriment aucun jugement moral à son encontre.

2. Appréciation plus souple du dépassement

145. La neutralité puis l'apport dogmatique d'Aubry et Rau. Les lignes d'Aubry et Rau relatives au contenu de l'article 1793 diffèrent de celles de leurs prédécesseurs car ils n'introduisent pas leur analyse par la légitimité sociale de cet article. Ces deux auteurs n'expriment aucune méfiance à l'encontre de l'entrepreneur dans son rapport contractuel avec le maître.

Ils font brièvement référence à ses conditions d'application : « *il est indispensable que le prix ait été conventionnellement fixé par les parties : l'architecte ou l'entrepreneur serait non recevable à provoquer l'estimation par des experts des travaux supplémentaires qu'il aurait exécutés.* »[770]. Dans une édition ultérieure, ils dénoncent implicitement la rigueur de l'article 1793 à l'encontre de l'entrepreneur et de l'architecte[771]. Les deux auteurs prolongent ensuite leur présentation de ses conditions d'application. Cet article impose d'une part un plan arrêté entre les parties, il serait ainsi « *inapplicable au cas où il n'en existe pas.* »[772], et d'autre part la conclusion d'un marché à forfait[773]. Enfin, ils précisent que l'article 1793 ne s'applique pas aux relations

769 L'expression « dépassement de mission » est encore absente des lignes de la doctrine dogmatique représentée par Aubry et Rau. Le sens figuré de la notion de dépassement est pourtant utilisé dans le domaine de l'entreprise par un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation du 20 février 1843 : « *Le contrat fait entre un propriétaire et un entrepreneur pour la conduite des eaux qui se trouvent sur son domaine, […] constitue non un contrat de société, mais un louage d'industrie ou un marché à forfait, alors qu'il est stipulé que l'entrepreneur n'aura droit à sa part proportionnelle que si le total des bénéfices dépasse une certaine somme.* » L'importance de cette citation doit être soulignée car il s'agit d'une référence particulièrement ancienne au sens figuré du dépassement par la Cour de cassation et peut-être même l'une des plus anciennes. V. *Recueil général des lois et des arrêts avec notes et commentaires, présentant sur chaque question le résumé de la jurisprudence et la doctrine des auteurs ; revu et complété par L.-M. DEVILLENEUVE et A.-A. CARETTE*, 2e Série AN 1843, Paris, Bureau de l'administration, Partie I, p. 397.

770 AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français par C.-S. Zachariae*, revu et augmenté avec l'agrément de l'auteur, 2e éd., t. 2, Bruxelles, Hauman, 1842, p. 21.

771 AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4e éd., t. 4, Paris, Cosse, 1871, p. 535 : « *Cet article ne se borne pas à proscrire ma preuve testimoniale de l'accord concernant les modifications apportées au plan primitif ; il exige l'écriture comme une condition de l'efficacité de cet accord, de sorte qu'à défaut d'un acte écrit, aucune réclamation ne doit être reçue de la part de l'architecte ou de l'entrepreneur, qui ne peut, ni faire interroger le propriétaire sur faits et articles, ni même lui déférer un serment litis-décisoire.* »

772 *Ibid.*

773 *Ibid., :* « *Cet article, qui ne concerne que les marchés à forfait, ne peut être étendu au cas où le prix des travaux doit être déterminé d'après leur nature et leur importance.* »

contractuelles entre l'entrepreneur et le sous-traitant[774]. Laurent partage cette conception car il estime que cela est conforme à l'esprit protecteur de cette règle[775].

146. La première référence à la notion de « *dépassement* » par Boileux. Boileux fait un commentaire nuancé du dépassement de mission de l'entrepreneur en rappelant les conditions formulées par l'article 1793 sur les augmentations de prix. Il fait pour cela référence à la situation du maître afin de justifier la protection que lui offre cet article, « *le propriétaire, avant de conclure le marché, a calculé ses moyens …* »[776]. L'auteur n'interprète donc pas l'article 1793 en vertu de la situation de l'entrepreneur mais avant tout en fonction de celle du maître. Ce dernier décide de conclure un marché à forfait avec un constructeur afin de limiter efficacement le montant des travaux. Une augmentation du prix doit ainsi nécessairement être acceptée par un écrit du maître.

Cette démonstration de Boileux fait de lui le premier exégète à recourir en 1837 à la notion de « *dépassement* » dans l'étude des actes de l'entrepreneur, « *en fixant à l'avance le montant du prix, il a manifesté suffisamment l'intention de ne pas le dépasser ; ce serait rendre vaine la précaution qu'il a prise, que de l'obliger à supporter ces sortes de dépenses.* »[777]. Aucun exégète n'a utilisé cette notion avant lui dans le cadre de l'article 1793. Même Duranton n'a pas entamé, dans son étude de l'article 1793 en 1833, le changement dialectique qu'il avait pourtant opéré en 1834 dans son commentaire de l'article 1989. Ces deux articles traitent pourtant bien du dépassement de mission. D'une manière générale, la notion de dépassement sera très peu utilisée par la doctrine dans l'étude de l'article 1793[778].

147. La rigueur de l'article 1793 constatée par certains auteurs. Une partie de la doctrine reconnait la dureté de l'article 1793 à l'encontre de l'entrepreneur ou de l'architecte. Il en est ainsi de Marcadé : « *L'article 1793 […] n'est édicté que dans l'intérêt privé de ceux qui font construire ; mais sa disposition n'en est pas moins rigoureuse.* »[779] ou encore de Laurent, « *la loi est d'une sévérité peut être excessive.* »[780].

Cette appréciation doctrinale dépend de surcroît de la partie de l'article étudié. La première partie de l'article 1793 est conforme au droit commun car elle porte sur l'intangibilité du

774 *Ibid.*, p. 536.

775 LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, t. 26, Paris, Durand et Pédonne, 1877, p. 90 : « *Dans notre opinion, l'article 1793 cesse d'être applicable dès que le propriétaire ne figure pas dans la convention […] le texte est en harmonie avec l'esprit de la loi : elle veut protéger les propriétaires ignorants et crédules …* ».

776 BOILEUX (J.-M.), *Commentaire sur le Code civil*, 3e éd., t. 3, Paris, Joubert, 1837, p. 404.

777 *Ibid.*

778 Certains auteurs n'y font jamais référence. Par exemple, quatre ans après Boileux, BRUNET-DEBAINES (C.), *Manuel de droit et de jurisprudence, spécial pour les architectes, entrepreneurs, ouvriers et propriétaires*, Paris, Charpentier, 1841, p. 171. Pour une unique référence au verbe « *dépasser* » en 1890 donc cinquante-trois ans après Boileux. MICHON (L.), *Droit romain : Du Louage d'ouvrage ; "locatio conductio operis faciendi". Droit français : Des Enquêtes parlementaires, étude de législation comparée*, thèse, Paris, Rousseau, 1890, p. 62.

779 MARCADÉ (V.-N.), *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7e éd., t. 6, Paris, Delamotte, 1875, p. 570.

780 LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, t. 26, Paris, Durand et Pédonne, 1877, p. 84.

contrat. Cette première partie est la règle de principe selon laquelle l'architecte ou l'entrepreneur ne peut demander une augmentation de prix dans l'éventualité d'une augmentation de la main d'œuvre ou d'un changement fait sur le plan, « *Cette première disposition […] doit être interprétée de façon extensive.* »[781] selon Guillouard.

La seconde partie de l'article présente l'exception à la règle précédemment exposée. Le supplément de prix peut ainsi être demandé à la double condition d'une autorisation écrite du maître et en présence d'une convention faite avec lui sur le montant du prix supplémentaire[782]. Cette disposition déroge au droit commun, elle est « *très sage, en ce qu'elle met le propriétaire à l'abri de surprises trop fréquentes ; mais elle n'en est pas moins exorbitante, et nous devons en conclure qu'elle doit être appliquée restrictivement, en se renfermant dans les termes précis du texte qui l'édicte.* »[783]. Baudry-Lacantinerie et Wahl partagent cette position[784].

Il faut par ailleurs noter que ces deux auteurs font référence dans leurs écrits non seulement au verbe « *dépasser* » mais également au substantif « *dépassement* »[785], ce qui est particulièrement rare en cette période de fin du XIX^e^ siècle[786]. Un débat doctrinal se crée rapidement sur la nature des constructions visée par l'article 1793.

148. Un débat relatif aux constructions visées par l'article 1793. Marcadé est le premier auteur à s'interroger sur la nature des constructions spécifiquement visées par l'article 1793 du Code civil. Cette disposition ne s'applique textuellement qu'aux bâtiments mais Marcadé partage pourtant une interprétation étendue de sa substance. Selon lui, « *bien que l'article ne parle que de la construction d'un bâtiment, son esprit évident commande de l'appliquer également à l'entreprise de tous gros ouvrages, ponts, canaux, barrages de rivières, etc.* … »[787]. Aubry et Rau rejoignent cette conception en qualifiant de « *quelconques* »[788] les travaux visés par l'article 1793. Leur raisonnement repose sur « *l'identité de raison* »[789]. Huc[790] et Guillouard[791] partagent également ce raisonnement.

781 GUILLOUARD (L.), *Traité du contrat de louage*, t. 2, 2e éd., Paris, Durand et Pédonne, 1887, n° 883, p. 388.

782 *Ibid.*, n° 884, p. 389.

783 *Ibid.*

784 BAUDRY-LACANTINERIE (G.) WAHL (A.), *Du contrat de louage*, t. 2, 2e partie, 3e éd., Sirey, 1907, n° 4005, p. 1134 : « *En sa qualité de disposition exceptionnelle, cette deuxième partie de l'article 1793 doit être interprétée restrictivement*. »

785 *Ibid.*, n° 4006, p. 1135 : « *si l'architecte dépasse les devis, il peut avoir une responsabilité dans le cas où le dépassement est important* … ».

786 BENARD (A.), *Du contrat de marché, ou Entreprise de travaux tant publics que privés*, thèse, Paris, Larose, 1897, p. 104. GRENIER DE CARDENAL (J.), *Du louage d'ouvrage et d'industrie en droit romain et en droit français*, thèse, Toulouse, 1874, p. 151.

787 MARCADÉ (V.-N.), *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7e éd., t. 6, Paris, Delamotte, 1875, p. 565.

788 AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4e éd., t. 4, Paris, Cosse, 1871, p. 541.

789 *Ibid.*, « *L'article 1793 ne parle, il est vrai, que de l'entreprise à forfait d'un bâtiment ; mais sa disposition doit, par identité de raison, s'appliquer à l'exécution de travaux quelconques* … ».

790 HUC (T.), *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 10, Paris, Pichon, 1897, n° 429, p. 596.

791 GUILLOUARD (L.), *Traité du contrat de louage*, t. 2, 2e éd., Paris, Durand et Pédonne, 1887, n° 887, p. 391.

Selon Guillouard, il serait irrationnel de restreindre la portée de l'article 1793 au seul bâtiment ciblé par le texte. Il se réfère pour cela au « *caractère exceptionnel* »[792] de l'article.

D'autres auteurs prônent au contraire une application formelle de l'article 1793 du Code civil. Il en est ainsi de Laurent[793] ou encore de Baudry-Lacantinerie et Wahl[794]. Le regard de la doctrine moderne est sur ce point différent.

B. L'APPORT DE LA DOCTRINE MODERNE DU XX^e ET XXI^e SIECLE

149. L'architecture de l'article 1793. Un premier constat s'impose : dans le prolongement de la doctrine classique, la doctrine moderne ne se réfère jamais à la notion de dépassement de mission dans son analyse des travaux supplémentaires visés par l'article 1793[795]. La doctrine moderne porte essentiellement son regard sur les conditions formulées par l'article 1793 permettant au constructeur et à l'architecte d'obtenir le paiement des travaux supplémentaires[796]. Madame la Professeure Faure-Abbad fait mention de la précision du texte de l'article 1793[797]. Au-delà de cette présentation, de nombreux auteurs orientent leur réflexion sur l'architecture de l'article 1793[798], prolongeant ainsi la pensée majoritaire de la doctrine classique. Cet article se divise ainsi en deux parties identifiables. La première prône strictement l'application du droit commun des contrats et permet de protéger le maître contre un constructeur de mauvaise foi. La seconde partie est perçue comme une exception au

---

792 *Ibid.* : « … *il est impensable que l'article 1793 ainsi encadré, ait le sens limitatif que lui attribue M. Laurent. Nous ajoutons que, rationnellement, nous ne comprendrions pas la règle ainsi restreinte : qu'un propriétaire fasse élever un bâtiment, un pont ou une digue, il n'en sera pas moins à la merci de l'architecte, si l'article 1793 ne vient pas le protéger, dans tous les cas, contre les surprises dont parlait M. Tronchet. Aussi, croyons-nous que l'article 1793 doit être appliqué, du moment où un entrepreneur s'est chargé à forfait de l'exécution de travaux quelconques.* »

793 LAURENT (F.), *Principes de droit civil français, op. cit.*, n° 70 : « *au point de vue du texte, l'article 1793 parle d'un bâtiment, et comme c'est là une disposition rigoureuse et exceptionnelle, on ne peut l'étendre par analogie à d'autres constructions.* »

794 BAUDRY-LACANTINERIE (G.), WAHL (A.), *Du contrat de louage*, t. 2, 2^e partie, 3^e éd., Sirey, 1907, n° 4011, p. 1139 : « … *l'article 1793 n'est applicable que s'il s'agit d'un bâtiment ; le texte est en effet formel, et nous ne pouvons accepter l'opinion de certains auteurs qui appliquent l'article 1793 à des* « *travaux quelconques* » *ou même à de gros ouvrages.* »

795 Ex. BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 604, p. 410 ; COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux, op. cit.*, n° 755 ; KARILA (L.), CHARBONNEAU (C.), *Droit de la construction : responsabilités et assurances*, 3^e éd., LexisNexis, 2017, p. 352 et s. ; LABARTHE (F.) NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008, n° 380-391 ; MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux,* 10^e éd., LGDJ, Lextenso, 2018, n° 768, p. 480. FAURE-ABBAD (M.), « Les incidences de la réforme sur les effets des contrats de construction : questions choisies », *in Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations* sous la direction de Lionel Andreu et Marc Mignot, vol. 34, Institut universitaire Varenne, 2017, n° 8, p. 188.

796 Par exemple, LABARTHE (F.) NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008, n° 380-391. MOUSSA (T.), *J.-CL, Civ.*, art. 1788 à 1794, Fasc. 20 : Louage d'ouvrage et d'industrie, « Marché à forfait », n° 49-58.

797 FAURE-ABBAD (M.), « Les incidences de la réforme sur les effets des contrats de construction : questions choisies », *in Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations* sous la direction de Lionel Andreu et Marc Mignot, vol. 34, Institut universitaire Varenne, 2017, n° 8, p. 188 : « … *d'abord parce qu'il dispose expressément que la règle qu'il contient vaut à la fois pour les changement de circonstances économiques et pour les changements de nature technique ; ensuite parce qu'il ne tolère la révision du prix qu'à des conditions de forme strictes et qui ne relèvent que du maître d'ouvrage.* »

798 Par exemple, HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, sous la direction de Jacques Ghestin, 3^e éd., LGDJ, 2012, n° 32455.

principe ou comme une atténuation de la règle protectrice pour le maître, formulée dans la première.

150. La stricte protection du maître prônée par la première partie de l'article. La première partie de l'article 1793 dispose que « *Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan …* ».

Trois enseignements peuvent être déduits de ces lignes. Premièrement, l'entrepreneur ou l'architecte ne peut obtenir le paiement de travaux supplémentaires si les conditions mentionnées ne sont pas respectées[799]. Deuxièmement, le début de l'article 1793 est une stricte application du droit commun des contrats et plus précisément du principe essentiel de la force obligatoire des conventions[800]. Troisièmement, la prise en considération des deux enseignements précédemment exposés permet de soutenir que le début de l'article 1793 repose sur un souhait des rédacteurs de protéger en priorité le maître[801] contre une potentielle malhonnêteté de l'entrepreneur ou de l'architecte.

Le caractère strict de cet article est ainsi régulièrement rappelé par la doctrine moderne[802], certains auteurs décrivent les conditions de l'article 1793 comme résultant « *en quelque sorte d'une super intangibilité du prix fait* »[803]. Cette sévérité est telle qu'un auteur souhaite recourir à l'obligation de coopération du maître afin de produire « *un rétablissement de l'équilibre contractuel*

799 PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. 11, (contrats civils-2e partie), 2e éd., par A. Rouast, J. Lepargneur, R. Savatier, A. Besson, LGDJ, 1954, n° 939. Plus récemment, MARGANNE (H.), « Les principes essentiels du marché à forfait », *JCP,* 2007. I. 178.

800 COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux,* 11e éd., Dalloz, 2019, n° 755 : « *la règle n'est au fond que qu'une application du principe de la force obligatoire des conventions …* ». HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, sous la direction de Jacques Ghestin, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 32455, p. 1470 : « *Sur ce texte, une double observation liminaire put être faite. D'une part, il semble n'être qu'une application pure et simple du droit commun, du respect de la parole donnée : le prix ayant été fixé dans le contrat, aucune des deux parties n'a la faculté de le modifier unilatéralement …* ».

801 BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 598, p. 408 : « *Cette règle particulière est inspirée par le souci de protéger le maître …* ». LABARTHE (F.) NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008, n° 394, p. 220. MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, 11e éd., Dalloz, 2018, n° 536, p. 539. PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, 8e éd., Dalloz, 2019, n° 894, p. 680. RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 492. GAUTIER (P.-Y.), obs. sous Civ. 3e, 3 juillet 1991, *RTD civ.*, 1992, p. 410, n° 4 : « *Le but de l'article 1793 est clair : briser, fût-ce par une réaffirmation de la force intangible du contrat, grâce à la nécessité du consentement préalable et écrit du maître (ad validitatem) toute velléité de prouver à bon compte « qu'il était d'accord » pour le nouveau coup de pioche, présenté comme fondamental.* » BOUBLI (B.), *Rep. Dr. Im.*, V° Contrat d'entreprise, n° 266 : « *L'article 1793 tend à protéger le maître de l'ouvrage qui […] est captif de l'entrepreneur qui peut être tenté de lui imposer des travaux supplémentaires.* »

802 BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 604, p. 410 : « *La sanction de l'article 1793 est sévère.* » COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux, op. cit.*, n° 755. Cette règle « *est conçue très strictement.* » MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux,* 10e éd., LGDJ, Lextenso, 2018, n° 768, p. 480. MOUSSA (T.), *JCL, Civil Code.*, V° Art. 1788 à 1794, Fasc. 20 : Louage d'ouvrage et d'industrie, « Marché à forfait », n° 59, p. 5 : « *Le principe est formel …* ».

803 HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 32455, p. 1470.

dans le marché à forfait »[804]. L'entrepreneur de bonne foi ne peut donc pas obtenir le paiement de travaux supplémentaires malgré une erreur de sa part sur la substance de sa prestation. La rigueur de la protection accordée au maître nécessite néanmoins une atténuation présentée en seconde partie d'article comme une exception favorable à l'entrepreneur ou à l'architecte de bonne foi.

151. L'exception formulée par la seconde partie de l'article. La seconde partie de l'article 1793 dispose que l'entrepreneur ou l'architecte ne peut demander le paiement des travaux supplémentaires « *si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire.* ». Cette exception au principe de l'intangibilité du prix dans les contrats apparaît pour de nombreux auteurs comme une évidente nécessité pour l'entrepreneur de bonne foi. Les Professeurs Collart-Dutilleul et Delebecque le qualifient d'» *échappatoire légale* »[805] ; ces auteurs expriment ainsi implicitement la dureté de l'article 1793 à l'encontre du prestataire. Cet aspect se ressent également dans les conditions permettant au prestataire d'obtenir le paiement des travaux supplémentaires. La règle spéciale de forme impose en effet la seule présentation d'un écrit, ce qui signifie que l'entrepreneur ne peut pas soutenir que le maître a seulement donné son accord verbal[806]. Une telle exigence entre alors en opposition avec le droit commun de la preuve, comme le dénoncent une partie de la doctrine[807]. De surcroît, les auteurs reconnaissent les bienfaits des aménagements offerts par la jurisprudence à la dureté de l'article 1793[808]. L'autorisation du maître peut en effet intervenir une fois les travaux accomplis à la condition d'être expresse et claire[809]. Cet aménagement spécifiquement jurisprudentiel est une sécurité supplémentaire et légitime accordée à l'entrepreneur de bonne foi.

152. Bilan doctrinal relatif au dépassement de mission de l'entrepreneur. D'un point de vue strictement lexical, l'usage du terme « *dépassement* » et celui du verbe « *dépasser* » en présence d'un louage d'ouvrage n'ont pas connu le même succès qu'en matière de mandat. Le recours au verbe « *dépasser* » a été en très grande partie inexistant dans la description doctrinale de l'article 1793.

---

804 SAMSON (M.), « Pour un rétablissement de l'équilibre contractuel dans le marché à forfait », *Const. Urb.* Janvier 2003, chro. 1, p. 6.

805 COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux, op. cit.*, n° 755.

806 Civ. 1er, 17 octobre 1966, *D.*, 1967, 20. Voir aussi sur ce point : MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, 11e éd., Dalloz, 2018, n° 536, p. 539. MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 768, p. 480. PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, 8e éd., Dalloz, 2019, n° 899, p. 681.

807 Voir notamment, HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux, op. cit.*, n° 32455, p. 1470. PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. 11, (contrats civils-2e partie), 2e éd., par A. Rouast, J. Lepargneur, R. Savatier, A. Besson, LGDJ, 1954, n° 941.

808 COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux, op. cit.*, n° 755 : « *La jurisprudence n'est, toutefois, pas toujours aussi sévère.* » MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 768, p. 481.

809 Civ. 3e, 20 février 1973, pourvoi n° 72-10.728, Bull. civ. III, n° 139.

Par ailleurs, une différence de conception apparaît entre les écrits de la doctrine classique et ceux de la doctrine moderne. La doctrine classique commence majoritairement la présentation de l'article 1793 en se référant au contexte social et professionnel ayant légitimé sa rédaction. Ces auteurs manifestent en ce sens une méfiance non dissimulée à l'encontre de l'entrepreneur et reconnaissent pour la plupart la nécessité d'une telle protection en faveur du maître victime de tromperies. La doctrine moderne n'a pas le même regard car elle constate régulièrement la grande sévérité de cet article à l'encontre de l'entrepreneur et de l'architecte. En deux siècles, les conceptions des auteurs ont donc évolué conformément à l'évolution des pratiques professionnelles. L'article 1793 est ainsi le reflet d'une époque passée et d'une société dont la méfiance à l'encontre des entrepreneurs se manifestait jusque dans les lignes de la doctrine.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

D'une manière générale, deux enseignements peuvent être présentés eu égard aux écrits doctrinaux portant sur le dépassement de mission du mandataire et sur celui de l'entrepreneur.

Premièrement, un défaut d'uniformité apparait dans l'usage de la notion de « *dépassement* » par la doctrine civiliste depuis Domat. Certes, Duranton a rapidement eu recours au verbe « *dépasser* » afin de qualifier les actes du mandataire[810] en situation d'excès de pouvoir mais cette réalité lexicale ne se retrouve que très rarement dans l'étude des textes portant sur l'article 1793. De surcroît, l'usage de la notion de « *dépassement* » a été particulièrement tardif, ce qui est d'autant plus interrogatif si on considère que Tarrible eut recours au verbe dès 1804. Il semblerait que l'usage se limite en doctrine aux agissements du mandataire. Seul le dépassement du pouvoir du mandataire a fait l'objet d'une étude par la doctrine moderne[811] bien qu'elle porte davantage sur l'abus que sur le dépassement, par conséquent sur une notion en partie distincte. Aujourd'hui, la notion de « *dépassement* » est enfin associée dans le cadre du mandat aux articles 1156, 1989, 1997 et 1998 du Code civil mais elle ne l'est pas dans le cadre de l'entreprise pour l'article 1793. Pourtant le dépassement de pouvoir du mandataire est aisément assimilable au dépassement de prix de l'entrepreneur ayant accompli des travaux supplémentaires. En outre, les auteurs n'ont jamais proposé de définition du terme « *dépassement* ».

Deuxièmement, les conceptions doctrinales du dépassement diffèrent selon la personne du prestataire. Les auteurs semblent majoritairement exprimer de l'indulgence ou de la compréhension à l'égard du mandataire dépassant ses pouvoirs. Inversement, la doctrine classique exprimait une grande méfiance à l'encontre de l'entrepreneur et accueillait ainsi favorablement la sévérité de l'article 1793. Cette différence de conception est difficile à

810 Si le recours au verbe « *dépasser* » s'est fait rapidement grâce à Duranton en 1833, force est tout de même de reconnaître que cet usage mit longtemps à s'installer.

811 VEAUX (D.), « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français », *art. cit.*

expliquer car il paraît aussi grave pour le bénéficiaire d'être engagé par des actes juridiques ou matériels contraires à ses instructions. La conception du dépassement de mission par la doctrine n'est donc pas unitaire mais hétérogène. Dans l'Antiquité romaine, le caractère honorifique du mandataire lui imposait un comportement exemplaire digne de la confiance que lui accordait le mandant. La confiance reconnue au mandataire était symboliquement plus forte que celle accordée à l'entrepreneur. Fort de cet enseignement, il aurait ainsi été plus logique que la doctrine apprécie plus sévèrement l'acte de dépassement du mandataire. Cela signifie que l'excès inhérent à l'acte matériel a une signification plus forte dans la doctrine que l'excès inhérent à l'acte juridique. Il convient désormais d'analyser précisément l'excès inhérent à tous les dépassements et par conséquent de s'interroger sur les éléments caractéristiques du dépassement de mission en droit positif.

CHAPITRE II.

ÉLEMENTS CARACTERISTIQUES DU DEPASSEMENT DE MISSION EN DROIT POSITIF

153. Les caractères du dépassement. L'hypothèse d'un dépassement de mission du prestataire semble assez peu fréquente dans la pratique contractuelle. Dans le cas précis du contrat de mandat, la jurisprudence révèle certes de nombreux cas de défaut de pouvoir du mandataire[812] mais finalement peu de dépassements de pouvoir. En revanche, il n'est pas rare qu'un entrepreneur zélé ou imprudent exécute des travaux supplémentaires non commandés et surtout non autorisés par le maître.

Le faible intérêt de la doctrine classique pour le dépassement de mission surprend d'autant plus que d'autres notions relativement proches font de longue date l'objet d'études doctrinales complètes et variées. Il en est ainsi de l'excès[813] ou encore du détournement[814] dans de nombreuses thèses du début du XX^{e} siècle. Cette absence de définition du dépassement peut s'expliquer par le fait que cette notion en apparence simple se suffit à elle-même. La notion de dépassement est cependant plus difficile à cerner qu'il n'y parait d'un point de vue théorique mais également d'un point de vue pratique.

Par principe, le mandant et le maître d'ouvrage ne sont pas tenus par les actes accomplis par le prestataire en situation de dépassement de mission. En effet, le dépassement de pouvoir du mandataire ou les travaux supplémentaires de l'entrepreneur ne sont pas conformes à la mission d'origine souhaitée par le bénéficiaire. Le premier élément inhérent au dépassement de mission réside donc dans l'inexécution des obligations du prestataire **(Section I)**. D'autres éléments caractéristiques permettent de délimiter les contours d'une manifestation de dépassement de mission du prestataire. Ce manquement s'apprécie notamment par le biais de l'étendue de la mission du prestataire. De surcroît, la motivation de l'auteur du dépassement n'a en principe aucune importance. Ces différents caractères

812 Il s'agit ici d'une absence totale de pouvoir. Cette situation doit donc être distinguée du dépassement de pouvoir qui sous-entend que le mandataire dispose à l'origine bien d'un pouvoir accordé par le mandant mais qu'il outrepasse durant l'exécution de sa mission. Le nouvel article 1156 du Code civil insiste bien sur cette distinction en envisageant l'acte du mandataire « *sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs* ».

813 Dans le domaine judiciaire : GUERMANOFF (D.), *L'excès de pouvoirs de l'arbitre,* Jouve, 1929. KORNPROBST (B.), *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, thèse, Aix-Marseilles, 1959. LECA (M.), *De l'excès de pouvoir en matière judiciaire*, thèse, Bordeaux, impr. Y. Cadoret, 1902. WALINE (M.), *La notion judiciaire de l'excès de pouvoirs : l'excès de pouvoirs du juge*, Jouve, 1926. Plus récemment, dans le domaine civiliste : BAKOUCHE (D.), *L'excès en droit civil*, préface de Michel Gobert, Bibliothèque de droit privé, t. 432*,* LGDJ, 2004.

814 Voir notamment : BAHUET (A.), *Le détournement de pouvoirs*, thèse, Paris, A. Pédone, 1912 ; EBREN (H.), *Théorie du détournement de pouvoir*, A. Ducros, 1901 ; NEUBURGER (A.), *Le détournement de pouvoir dans les sociétés anonymes*, Sirey, Paris, 1937.

identifiables du dépassement permettent d'illustrer la singularité de ce manquement au sein de l'inexécution **(Section II)**.

SECTION I.
UNE INEXECUTION DES OBLIGATIONS DU PRESTATAIRE

« *Qui passe le but le manque aussi bien que celui qui n'y arrive pas.* »

Michel de Montaigne (*Essais*)[815]

154. Le degré d'appréciation de la faute inhérente au dépassement. Le dépassement de mission du prestataire peut être apprécié avec rigueur ou avec souplesse. Il est ainsi possible d'y voir *lato sensu* une exécution de la mission, une exécution imparfaite ou encore une inexécution contractuelle. Ce manquement peut donc être analysé différemment en fonction du degré d'appréciation de la faute. Il convient alors de rechercher une position intermédiaire et nuancée afin de présenter à la fois une règle de principe mais aussi de manière complémentaire une exception à la règle.

Par principe, le dépassement de mission constitue une inexécution contractuelle : le lien *a priori* ferme entre le dépassement et l'inexécution de la mission doit ainsi être présenté. L'appréciation de cette notion peut cependant s'assouplir par la prise en compte de la situation du créancier. Ces intérêts doivent être pris en considération et cela peut avoir une incidence significative sur le caractère fautif du dépassement. En effet, le dépassement peut aussi être conforme à la volonté du bénéficiaire, ce qui remet alors totalement en cause le principe selon lequel un dépassement de mission est nécessairement et irrémédiablement une source d'inexécution.

155. Origine, effet et évitement de l'inexécution. L'empereur et philosophe romain Marc Aurèle disait : « *On n'est pas moins fautif en ne faisant pas ce qu'on doit faire qu'en faisant ce qu'on ne doit pas faire.* »[816]. Le dépassement de la mission du mandataire ou de l'entrepreneur conduit par principe à l'inexécution de l'acte souhaité par le bénéficiaire de la prestation. La justification de cette inexécution repose sur le principe de la force obligatoire du contrat dont l'importance a été rappelée par la réforme du droit des obligations[817] et plus précisément sur

815 MONTAIGNE (M.), *Essais*, texte original de 1580, publié par R. Dezeimeris et H. Barckhausen, t. 2, Bordeaux, Féret et fils, 1873, p. 283. Voir aussi, BOIST (P.-C.-V.), *Dictionnaire universel de la langue française avec le latin et les étymologies*, 6e éd., vol. 3, Paris, Verdière, 1823, p. 97.

816 *Pensées pour moi-même*.

817 LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Les résultats : une nouvelle conception du contrats » *in Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, sous la direction de Virginie Larribau-Terneyre et Sébastien Pellé, Actes du colloque du 20 mai 2016, Centre de recherche d'analyse juridique, PUPPA, 2016, p. 36.

son intangibilité. L'excès est ainsi à l'origine de la faute du prestataire[818] car l'inexécution résulte de l'atteinte à l'intangibilité du contrat **(I)**.

Cependant, il en est différemment si le bénéficiaire décide *a priori* d'autoriser l'accomplissement d'un acte dépassant les limites originelles de la mission. L'acte autorisé par le mandant ou par le maître d'ouvrage ne peut alors être analysé comme un dépassement de mission dans la mesure où le bénéficiaire neutralise son caractère fautif. Un dépassement est donc bien par nature générateur d'une inexécution mais l'inexécution disparaît au même titre que le dépassement si le bénéficiaire modifie ses instructions afin d'autoriser ledit acte. Cette absence d'inexécution résulte de l'approbation *a priori* de l'acte **(II)** par le bénéficiaire de la prestation. L'évitement de l'inexécution et par conséquent du dépassement est possible communément en présence d'un contrat de mandat et d'un contrat d'entreprise. L'approbation *a priori* de l'acte est législativement prévue pour le maître d'ouvrage à l'article 1793 du Code civil mais elle ne fait l'objet d'aucun disposition spécifique pour le contrat de mandat.

I. UNE INEXECUTION RESULTANT DE L'ATTEINTE A L'INTANGIBILITE DU CONTRAT

156. Intangibilité du contrat et volonté individuelle. Pourquoi le contrat oblige-t-il les parties ? À cette question, le Professeur Aynès répond : « *parce que le débiteur l'a voulu* »[819]. Le fondement de la force obligatoire des conventions est par conséquent l'autonomie de la volonté[820]. La force obligatoire du contrat constitue donc un principe essentiel du droit des obligations. Le Professeur Rouhette affirme sur ce point « *que c'est trop peu dire qu'elle constitue un principe fondamental : dans une économie de marché, elle est consubstantielle à la notion même du contrat, elle constitue le fondement du contrat, le postulat du droit du contrat.* »[821].

En premier lieu, il convient de rappeler que la force obligatoire du contrat ne repose pas sur l'éventuelle obligation[822] qui en résulte mais sur l'accord de volonté né de la conclusion

818 DE GIRARDIN (E.), *Pensées et maximes*, par Albert Hetrel, Paris, Michel Lévy frères, 1867, p. 226 : « *Il est un moyen infaillible de prévenir toutes représailles redoutables : c'est de ne jamais commettre aucun excès, c'est de n'abuser jamais du pouvoir, c'est de l'exercer toujours comme si l'on devait le perdre le lendemain.* »

819 AYNÈS (L.), « À propos de la force obligatoire du contrat », *RDC,* 2003, n° 1, p. 323 : « *Relier la force obligatoire du contrat à l'humanité, constater qu'avant la loi, sans la loi ou en dépit de la loi, la dignité de l'homme est de promettre aujourd'hui ce qu'il sera demain, interdit de priver quiconque, fût-il économiquement faible, dominé, dépendant, du droit de s'engager. Que la loi interdise certains contrats, certaines clauses, certains engagements est une chose. Mais aucune société ne peut exister, humaine, sans un respect scrupuleux du contrat.* »

820 ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, Thémis, PUF, 2015, p. 418 : « *le contrat est valable et obligatoire parce qu'il a été librement voulu.* »

821 ROUHETTE (G.), « La contribution française au projet de cadre commun de référence », *RDC*, 2009, p. 739, n° 22.

822 Un contrat ne crée en effet pas toujours une obligation, il peut tout aussi bien en éteindre.

dudit contrat[823]. L'obligation n'est donc pas la source mais la manifestation de la force obligatoire du contrat. Cette distinction entre la force obligatoire et le contenu obligationnel ou « *entre le contenant et le contenu* »[824] a été présentée par le Professeur Ancel en 1999[825].

En second lieu, il faut préciser ce que le droit entend par le principe d'intangibilité du contrat. Ce principe ne signifie pas que le contrat ne peut plus évoluer après sa conclusion. En effet, il est possible pour les contractants de modifier le contenu du contrat à la seule condition d'entreprendre cette démarche conjointement et non unilatéralement. Ce principe essentiel est rappelé par le nouvel article 1193 du Code civil : « *Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties* … ». De ce fait, le principe de l'intangibilité du contrat prive spécifiquement le contractant d'une modification unilatérale de ses obligations[826].

Une modification unilatérale entraine en principe une violation de l'accord commun à l'origine de la conclusion du contrat[827]. L'intangibilité permet ainsi de restreindre considérablement et légitimement les effets préjudiciables de l'unilatéralisme contractuel afin de protéger les prévisions et l'anticipation des parties[828]. De surcroît, le dépassement de mission ne se manifeste qu'en présence d'une volonté individuelle du prestataire. L'unilatéralisme de ce dernier est en effet à l'origine de chaque dépassement de mission. Il est en ce sens surprenant de constater que Pierre Lemay n'aborde jamais directement le thème du dépassement du mandataire et de l'entrepreneur dans sa thèse de doctorat relative au principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve de l'unilatéralisme[829]. Il s'agit pourtant de deux éléments complémentaires essentiels à l'étude de la notion de dépassement de mission. L'auteur traite notamment la question de l'unilatéralisme par l'étude du principe de la résiliation unilatérale.

157. Le dépassement de mission ou les dépassements de mission ? Le dépassement de mission du mandataire est distinct de celui de l'entrepreneur. Les missions sont en effet différentes car le mandataire exécute nécessairement un ou des actes juridiques par

---

823 LATINA (M.), *Rép. civ.,* V° Contrat (généralités), n° 85 : « *une norme juridique tire son* « *obligatoriété* » *non d'elle-même, mais de l'acte qui l'engendre, on doit en déduire que si les normes contractuelles sont obligatoires, c'est parce qu'elles sont le produit d'un accord par lequel les contractants ont figé leur volonté dans le consentement qu'ils ont échangé* … ».

824 ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ*., 1999, p. 771, n° 5. V. aussi, ANCEL (P.), « La force obligatoire, jusqu'où la défendre ? » *in La nouvelle crise du contrat*, sous la direction de Christophe Jamin et Denis Mazeaud, Dalloz, 2001, p. 165.

825 *Ibid.*

826 RTD civ., 2009, p. 529, obs. B. Fages.

827 En dehors des droits potestatifs.

828 CHANTEPIE (G.), *Rép. civ*., V° Contrat : effets, 2019, n° 58 : « *Le contrat est classiquement présenté comme un instrument de prévision à la disposition des parties. Les anticipations des parties, particulièrement sur l'équilibre initial de l'opération, doivent en effet être maintenues au cours de l'exécution du contrat. Les parties s'assureraient ainsi une emprise sur le temps. […] le contrat favorise les anticipations des parties ou, selon une présentation moins positive, vise à préserver le socle sur lequel elles s'étaient appuyées.* »

829 LEMAY (P.), *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, préface de Sandrine Chassagnard-Pinet, Mare et Martin, 2014, p. 66 et s.

représentation du mandant alors que l'entrepreneur accomplit un ou des actes matériels ou intellectuels en l'absence de représentation. De ce fait, le mandataire dispose de pouvoirs accordés par le bénéficiaire de sa prestation contrairement à l'entrepreneur. Ainsi, le mandataire outrepasse sa mission en accomplissant un dépassement de ses pouvoirs alors que l'entrepreneur manifeste le dépassement de sa mission en accomplissant des travaux supplémentaires non commandés par le maître d'ouvrage et surtout non acceptés. Deux éléments majeurs constitutifs de tout dépassement semblent ainsi se présenter.

158. Les deux premiers éléments constitutifs d'un dépassement dans la pratique contractuelle. Un dépassement de mission peut être apprécié par la combinaison de deux éléments complémentaires : sa source et sa manifestation. Le premier élément caractérisant un dépassement réside dans l'expression unilatérale[830] de celui qui l'exécute. En effet, le prestataire exécute nécessairement le dépassement seul car il manifeste unilatéralement sa volonté durant la phase d'exécution de ses obligations contractuelles. Il décide donc seul d'outrepasser les limites de sa mission sans recevoir préalablement l'agrément de son créancier[831]. Cela ne signifie pas forcément que le prestataire est conscient de dépasser les limites de sa mission mais l'acte de dépassement résulte nécessairement d'une décision individuelle de sa part. La volonté de ce contractant constitue par conséquent l'unique source du dépassement.

Le dépassement est par principe accompli par le prestataire en tant qu'unique co-contractant du mandant et du maître d'ouvrage. Il existe pourtant des situations dans lesquelles le prestataire n'est pas directement à l'origine du dépassement mais en supporte tout de même la responsabilité à l'égard du créancier. L'hypothèse d'un groupe de contrats peut ainsi générer une chaine de responsabilités des prestataires à l'égard du créancier sans que le co-contractant direct du créancier ne soit à l'origine du dépassement. C'est le cas en présence de sous-contrat comme la sous-traitance ou encore le sous-mandat. En présence d'une sous-traitance, l'entrepreneur principal doit répondre à l'égard du maître d'ouvrage des travaux supplémentaires du sous-traitant. En présence d'une substitution du mandataire, le mandataire initial est également en faute à l'égard du mandant en raison du dépassement de

---

830 Sur le thème de l'unilatéralisme : DELOBEL (C.), *L'unilatéralisme en droit des contrats, Essai de rationalisation*, thèse, Nice, 2011 ; DUPRES DE BOULOIS (X.), *Le pouvoir de décision unilatérale*, t. 246, Bibliothèque de droit public, LGDJ, 2006 ; ELIAS (R.), *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, thèse, Paris, 1909 ; ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préface d'Antoine Lyon-Caen, Bibliothèque de droit privé, t. 254, LGDJ, 1996 ; LÊ-COMBY (V.), *L'unilatéralisme et le droit des contrats*, thèse, Paris-sud, 2009 ; LEMAY (P.), *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, thèse, Lille, 2012 ; ANCEL (P.), « L'accroissement de la place de l'unilatéralité dans le contrat *?* » *in La contractualisation de la production normative*, sous la direction de Sandrine Chassagnard-Pinet et David Hiez, Dalloz, 2008, p. 309 ; BROS (S.), « *La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ?* », *RDC*, 2012/4, p. 1452 ; FAURE-ABBAD (M.), « Le marché à forfait : une histoire des interprétations doctrinales de l'article 1794 du Code civil » *in Obligations, procès et droit savant, Mélanges en hommage à Jean Beauchard*, LGDJ, Presse universitaire juridique, Université de Poitiers, 2013, n° 1, p. 553 : « *La montée de l'unilatéralisme dans le contrat est manifeste et les instruments modernes de droit des contrats l'admettent comme concept adapté à la réalité économique dans laquelle évoluent les relations contractuelles*. »

831 À l'exception de l'accord écrit du maître préalable aux travaux supplémentaires. Voir *infra* n° 164 et s.

pouvoir du sous-mandataire[832]. La situation du mandataire est cependant différente de celle de l'entrepreneur en raison de la représentation inhérente au mandat et au sous-mandat. Un dépassement de pouvoir du sous-mandataire est à l'origine d'un dépassement de pouvoir du mandataire initial. La spécificité du contrat de mandat permet de qualifier cette situation de « dépassement par ricochet ». Il faut donc en déduire qu'un prestataire peut être responsable d'un dépassement de mission à l'égard du créancier sans en être directement à l'origine.

Le second élément majeur à prendre en considération est la manifestation du dépassement Celui-ci se manifeste par le franchissement d'une limite originellement fixée par le bénéficiaire de la prestation. La prise en compte de la volonté de ce dernier est essentielle afin d'apprécier l'existence du dépassement. Il est alors déterminant de connaître avec précision l'étendue de la mission du prestataire afin de confirmer ou de rejeter l'existence du dépassement de mission.

Les deux premiers éléments du dépassement de mission sont donc la manifestation d'une volonté individuelle du prestataire et la violation d'une limite préalablement fixée par le bénéficiaire. Ces deux éléments ne sont que le point de départ d'une tentative de définition du dépassement de mission. D'autres éléments complémentaires doivent être présentés. Il convient désormais d'apprécier le caractère fautif du dépassement au regard de l'inexécution de l'acte en résultant.

159. La définition incertaine de l'inexécution dans le Code civil. La notion d'inexécution doit d'abord être présentée afin de pouvoir y assimiler les dépassements de mission du mandataire ou de l'entrepreneur. Cette démarche peut cependant être incertaine[833]. En effet, les dispositions du Code civil antérieures à la réforme de 2016 ne définissaient pas la notion d'inexécution[834].

Le nouvel article 1217 du Code civil ne fait qu'énumérer les sanctions admissibles pour le créancier en présence d'une inexécution[835] mais ne définit pas pour autant cette notion centrale du droit des obligations[836]. Dès 2004, l'article 89 du Code européen des contrats définit pourtant l'inexécution. Il dispose qu' « *une obligation contractuelle est considérée comme inexécutée si l'un des contractants ou ses collaborateurs ou ses préposés adoptent un comportement différent par rapport à celui qui est prévu par le contrat, ou si se vérifie une situation de droit ou de fait différente de*

832 Civ. 10 décembre 1912, DP. 1914, 1, 97, note L. Lacour.

833 PARAISO (F.), *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, préface de Christian Atias, Presses Universitaire d'Aix-Marseille, 2011, n° 61 : « *Il est manifeste que l'inexécution en soi se laisse mal définir.* »

834 FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (É.), *Les Obligations*, t. 3, Le rapport d'obligation, 9e éd., Sirey, 2015. PARAISO (F.), *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, préface de Christian Atias, Presses Universitaire d'Aix-Marseille, 2011, n° 54 : « *le Code civil ne donne pas de définition de l'inexécution. Il en organise seulement les conséquences.* »

835 Voir aussi en présence d'une exécution imparfaite.

836 « *La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; solliciter une réduction du prix ; provoquer la résolution du contrat ; demander réparation des conséquences de l'inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.* »

celle que l'on peut tenir pour promise. ». Cet article aurait pu constituer un modèle appréciable mais la réforme s'est abstenue de présenter une définition complète de l'inexécution. Il faut *a minima* reconnaître que la situation du dépassement de mission correspond parfaitement à la définition de l'inexécution ainsi proposée par le Code européen des contrats.

160. Définition doctrinale de l'inexécution. L'absence de définition de l'inexécution formulée par le nouveau Code civil est soulignée par les Professeurs Dissaux et Jamin en commentaire de la réforme du droit des obligations : « *l'article 1217 ne définit pas plus qu'auparavant la notion même d'inexécution.* »[837]. Le Professeur Chabas déplorait déjà en 2002 les incertitudes touchant cette notion[838].

D'une manière générale, l'inexécution peut désigner « *tout à la fois la prestation non conforme à l'obligation comme l'absence de prestation* »[839] ou encore le non-respect d'une obligation[840]. Le *Vocabulaire Cornu* définit de même l'inexécution comme le « *non-accomplissement qui peut être total ou partiel, résulter d'une omission ou d'une initiative, être dû à une faute de la part du débiteur ou à une cause étrangère.* »[841]. Ce lien entre l'inexécution et l'initiative relevé par le Doyen Cornu sert particulièrement la démonstration selon laquelle le dépassement de mission est par principe une inexécution contractuelle. En effet, tout dépassement a nécessairement pour origine une initiative personnelle du prestataire.

Monsieur le Professeur Genicon affirme dans sa thèse de doctorat relative à l'inexécution et à la résolution du contrat que « *en réalité, la notion même d'inexécution du contrat suscite quelques difficultés. A priori, on croit percevoir aisément de quoi il retourne : il y a tout simplement inexécution à chaque fois qu'un contractant ne respecte pas l'une des obligations que fait peser sur lui le pacte. Envers de l'exécution, elle se définit de la meilleure façon en négatif comme le* « *non-accomplissement* » *d'une obligation* » *imposée par l'accord des parties.* »[842].

---

837 DISSAUX (N.), JAMIN (C.), *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, p. 123.

838 CHABAS (C.), *L'inexécution licite du contrat*, préface de Jacques Ghestin, Bibliothèque de droit privé, t. 380, LGDJ, 2002, p. 22 : « *Passons sur le concept d'inexécution qui brille déjà par les incertitudes qui l'affectent lorsqu'il est pris isolément.* »

839 LEBORGNE (K.), « La notion d'inexécution contractuelle » *in La recodification du droit des obligations en France et en Espagne*, sous la direction de Javier Lete, Éric Savaux, Rose-Noëlle Schütz et Hélène Boucard, Presses universitaire juridiques, Université de Poitiers, Collection Actes et colloques de la Faculté de droit et des sciences sociales, LGDJ, 2016, n° 6, p. 430. En ce sens, selon le Professeur Boucard : « *L'inexécution s'entend de la défaillance avérée par opposition au risque d'inexécution. Elle est protéiforme, désignant l'absence de prestation comme la prestation non conforme à l'obligation.* » Sur ce point, BOUCARD (H.), *Responsabilité contractuelle, droit civil*, Dalloz Corpus, Dalloz, 2019, n° 273.

840 CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2017, V° Inexécution.

841 *Ibid.*

842 GENICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, préface de Laurent Leveneur, Bibliothèque de droit privé, t. 484, LGDJ, 2007, n° 279, p. 206.

Par ailleurs, le Professeur Rouvière définit l'inexécution par la non-réalisation du but poursuivi par les parties[843]. Cet auteur explique que le contrat permet de procurer un avantage aux parties, il nomme ainsi « *negotium* » [844] le but poursuivi par les contractants.

Le dépassement de mission sera plus spécialement apprécié dans le cadre de cette étude eu égard à la délimitation de l'inexécution formulée par Madame la Professeure Faure-Abbad. Cette dernière explique que « *seul compte le résultat de la comparaison entre le "promis" et "l'accompli"*. »[845]. En effet, la compréhension de la notion de dépassement repose en partie sur cette analyse spécifiquement comparative entre l'engagement et l'accomplissement. C'est la raison pour laquelle la définition du Professeure Faure-Abbad est utilisée comme référence dans le processus visant à définir la notion de dépassement. Il sera également tenu compte de la position du Professeur Rouvière selon laquelle l'inexécution se manifeste dans l'atteinte au *negotium* à savoir le but poursuivi par les parties. Cette conception de l'inexécution sera une source de réflexion lorsque seront abordés les dépassements de mission conformes aux attentes du créancier[846].

Cette manifestation de volonté du mandataire ou de l'entrepreneur[847] conduit donc à une violation de la force obligatoire du contrat en raison de l'atteinte à son intangibilité. Le dépassement de mission du prestataire manifeste alors bien une inexécution de son obligation, notamment à la lecture de la définition proposée sur ce point par la Professeure Faure-Abbad[848].

161. La qualification légitime de l'inexécution. Le principe de l'intangibilité du contrat se manifeste par la constance du contractant dans le respect de ses obligations. Il est, en ce sens, tenu d'exécuter précisément la prestation pour laquelle il s'est engagé. Le prestataire doit se conformer aux termes stipulés dans la convention afin de répondre positivement aux attentes du créancier, indépendamment de potentielles suites contractuelles[849] ou encore d'une situation d'imprévision voire de force majeure.

---

843 ROUVIERE (F.), *Le contenu du contrat, essai sur la notion d'inexécution*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 265. Monsieur Paraiso s'oppose cependant à cette thèse : « *Ce n'est pas parce que l'inexécution entraîne souvent l'insatisfaction du créancier que la satisfaction de ce dernier est toujours corollaire à l'exécution de l'obligation par le débiteur.* », (PARAISO (F.), *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, *op. cit.*, n° 59).

844 *Ibid.*

845 FAURE-ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle. Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, thèse, Poitiers, préface de Phillipe Rémy, LGDJ, 2003, n° 277.

846 Voir *infra* n° 247 et s.

847 Le Professeur Laurent analyse en effet l'article 1793 du Code civil comme « *l'application du principe de l'irrévocabilité des conventions* … ». Sur ce point, voir : LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, t. 26, Paris, Durand et Pedonne, 1877, p. 78.

848 FAURE-ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle. Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat, op. cit.*, n° 277.

849 Article 1194 du Code civil : « *Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* ».

Le nouvel article 1103 du Code civil fruit de la réforme du 10 février 2016[850] dispose que : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.* ». Le dépassement de mission du débiteur de l'obligation principale manifeste bien une inexécution de sa mission en vertu de cet article. En effet, le contrat légalement formé peut restreindre avec précision les frontières de la mission du prestataire. Le débiteur doit se conformer aux limites fixées par le créancier car il les a acceptées en manifestant son consentement à l'acte.

Les parties, à savoir le débiteur et le créancier, échangent leurs consentements dans la phase de formation du contrat afin de produire un effet durant la période d'exécution des obligations. Cet échange de consentement est à l'origine de la force obligatoire du contrat.

Le fondement de l'article 1103 réside dans la nécessaire protection des intérêts des parties en raison de l'expression de leur consentement à l'acte. Le dépassement de mission du prestataire traduit donc une violation de ses engagements contractuels car il ne respecte pas les termes du contrat et porte atteinte à la volonté du créancier.

Le dépassement de mission du prestataire constitue une inexécution contractuelle à condition que l'objet de sa prestation soit déterminé ou déterminable conformément au nouvel article 1163 du Code civil[851]. Le créancier de l'obligation doit être suffisamment précis afin de permettre au prestataire de bonne foi d'apprécier les limites de sa mission et d'éviter en conséquence un dépassement.

De surcroît, la mauvaise interprétation du contrat par le prestataire ne peut être une justification de son dépassement. En effet, le contenu du contrat doit s'interpréter d'après la commune intention des parties ou encore selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation[852].

Il est ainsi légitime d'apprécier le dépassement de mission comme une inexécution en se référant d'une part au Code civil et d'autre part à la définition de l'inexécution proposée par la Professeure Faure-Abbad ou celle du Professeur Rouvière[853]. En effet, le dépassement conduit irrémédiablement à une rupture entre ce qui est accompli et ce qui est promis. En ce sens, le dépassement porte par principe atteinte au but poursuivi par le créancier. La détermination de cette caractéristique permet par ailleurs d'atténuer le lien excessif parfois

850 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Voir aussi, ANCEL (F.), FAUVARQUE-COSSON (B.), GEST (J.), *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Essai, Dalloz, 2017, n° 23.31, p. 108.

851 « *L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.* »

852 Article 1188 du Code civil : « *Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation* ».

853 Voir aussi pour le point de vue exégétique : LAROMBIERE (L.), *Théorie et pratique des obligations*, nouvelle édition, t. 2, Pédone-Lauriel, Paris, 1885, p. 5 : « *Ce que nous entendons par inexécution peut avoir lieu de différentes manières. Ainsi, une obligation est inexécutée, […] lorsque, étant de faire, on fait autre chose que ce qui était promis, ou qu'on le fait d'une façon mauvaise ou imparfaite …* ».

exprimé en doctrine entre l'inexécution et la carence. Ce constat est parfaitement illustré dans les lignes du Professeur Rouhette relatives aux effets de l'inexécutions : « *en cas d'inexécution imputable au débiteur, la sanction de principe consiste en une réparation par équivalent, en une allocation de dommages-intérêts qui libère le contractant défaillant.* […] *toute obligation contractuelle est alternative : le débiteur a le choix entre exécuter, d'une part, et de compenser sa* ***carence*** *par le paiement d'une somme d'argent, d'autre part.* »[854]. Par cette citation, le Professeur Rouhette semble à tort exprimer l'idée selon laquelle une inexécution contractuelle ne se révèle que par une carence. Il ne fait jamais référence au dépassement dans sa présentation des effets de l'inexécution ; il tisse par conséquent un lien excessivement ferme avec la carence. Sur ce point, il est possible de reconnaître que la majorité des cas d'inexécution révèle l'existence d'une carence mais il est cependant erroné d'affirmer que tous les cas d'inexécution illustrent des situations de carence. Cette inexécution peut être illustrée par de nombreux exemples notamment en présence d'une violation des instructions du mandant.

162. La violation des instructions du mandant. Une société, ayant reçu mandat de livrer des marchandises contre paiement de son prix, ne peut procéder au paiement des droits de douane sans instructions en ce sens du mandant[855]. Il s'agit selon la Cour de cassation d'un dépassement de mission dans la mesure où la cliente n'a pas expressément confié cette mission au représentant[856]. Ce dernier ne devait pas prendre d'initiative en ce sens. De surcroît, l'encaissement doit être constaté. Un simple ordre de virement n'est pas suffisant car il ne vaut pas légalement paiement. La livraison des marchandises motivée par la remise d'une lettre de change constitue aussi une méconnaissance des instructions lorsque le mandant ne prévoit qu'un paiement par chèque[857]. En l'espèce, le mandant n'a pas expressément interdit au mandataire d'accepter une lettre de chance mais cela n'atténue pas la violation manifeste des instructions du représenté.

L'obligation de respecter les instructions se manifeste aussi dans le cadre d'un prêt. Les époux X avaient contracté un emprunt. Une société de financement mandata un notaire afin qu'il perçoive les fonds pour ses clients à condition que les sommes d'argent débloquées ne servent qu'au paiement des travaux. Le notaire agissant en qualité de mandataire de la société ne suivit pas les consignes qui lui avaient été données de remettre les sommes au fur et à mesure de l'avancée des travaux. Il remit les fonds en une seule fois, somme que les époux X s'empressèrent de dilapider sans la transmettre aux architectes et aux entrepreneurs. Dans cette situation, le notaire avait engagé sa responsabilité auprès de son mandant. Il a été

854 ROUHETTE (G.), « Contrat » *in Encyclopedia Universalis*, Paris, 2002, p. 386. Voir aussi, CHÉNEDÉ (F.), « Contrat » *in Hommage à Georges Rouhette*, sous l'égide de l'Association Henri Capitant, Dalloz, 2013, p. 47.

855 En l'espèce, il s'agit bien d'un contrat de transport mais la Cour de cassation qualifie de mandat l'acte de livraison et d'encaissement. Il s'agit pourtant d'actes matériels et non juridiques.

856 Com., 16 mars 1981, pourvoi n° 79-13.287, Bull. civ. IV, n° 141.

857 Com., 18 novembre 1969, Bull. civ. IV, n° 343.

condamné à lui verser des dommages-intérêts[858]. Le nécessaire respect des instructions du mandant s'impose de même à l'avocat comme le confirme le Code de déontologie. Le Règlement intérieur du Barreau de Paris réglemente ainsi les situations de dépassement de pouvoir dans son article 6.2 alinéa 5 : « … *Il respecte strictement l'objet du mandat et veille à obtenir du mandant une extension de ses pouvoirs si les circonstances l'exigent*. ». L'alinéa suivant formule ainsi un exemple de dépassement de pouvoir : « *L'avocat ne peut, sans y avoir été autorisé spécialement et par écrit par le mandant, transiger en son nom et pour son compte ou l'engager irrévocablement par une proposition ou une offre de contracter.* ».

D'une manière générale, l'avocat commet une faute et est sanctionné en conséquence s'il ne respecte pas les limites posées par son mandant dans l'exécution de sa mission. Dans l'arrêt du 4 décembre 1973, un avocat avait simplement été chargé de percevoir pour son client une somme d'argent correspondant à une indemnité due à ce dernier[859]. Il s'est avéré que le mandataire n'avait pas conservé cette somme afin de la remettre ultérieurement au mandant, mais qu'il s'en était au contraire dessaisi afin de consentir en son nom un prêt à un tiers. Ce tiers emprunteur, initialement chargé d'effectuer une opération immobilière, était dans l'impossibilité de rembourser la somme au client devenu prêteur, en raison de sa mise en faillite. La Cour de cassation confirme la décision de la cour d'appel qui retint la responsabilité de l'avocat pour un acte aussi grave et susceptible d'entraîner la radiation. Il ne fut admis aucune preuve dans le contrat de mandat d'un pouvoir non équivoque de négocier un prêt avec des fonds appartenant à son client.

Le mandat *ad litem* ne permet pas non plus à l'avocat mandataire de transiger pour son client si celui-ci ne lui en a pas donné l'ordre. Cela se retrouve dans l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 11 juillet 1983[860]. En l'espèce, un avocat avait pris seul l'initiative d'entreprendre une négociation avec la partie adverse. L'objectif du mandataire était d'écarter son client des débats tout en concluant une transaction incontestablement contraire à ses intérêts. La Cour de cassation rappelle que l'avocat avait transgressé son mandat et porté atteinte aux règles professionnelles propres à sa fonction. Ce constat était renforcé par le souhait du mandant de se constituer partie civile dans le seul et unique but d'obtenir la condamnation pénale de l'auteur des faits litigieux. L'avocat n'ignorait pas la volonté catégorique de son client de ne pas entrer en négociation. Quatre ans plus tard, la Cour de cassation, dans une autre affaire, reconnaît néanmoins que le mandat de représentation d'un avocat emporte le pouvoir spécial de transiger[861]. Enfin, un avocat

858 Civ. 1er, 27 avril 1978, pourvoi n° 76-11.883, Bull. civ. I, n° 159. La Cour de cassation approuve la décision de la cour d'appel « *qui, pour condamner à des dommages-intérêts un notaire ayant reçu des fonds destinés à un prêt avec mission de les verser "au fur et à mesure de l'avancement des travaux aux architectes et entrepreneurs" […] relève que le prêteur avait remis les fonds au notaire avec mandat de ne s'en dessaisir qu'à certaines conditions qui n'ont pas été respectées et que le notaire ne justifie pas d'instructions différentes postérieures.* »

859 Civ. 1er, 4 décembre 1973, pourvoi n° 72-13.833, Bull. civ. I, n° 334.

860 Civ. 1er, 11 juillet 1983, pourvoi n° 83-11.590, Bull. civ. I, n° 202.

861 Civ. 1er, 7 juillet 1987, pourvoi n° 85-18.769, Bull. civ. I, n° 220 : « *la personne investie d'un mandat de représentation en justice est réputée à l'égard du juge et de la partie adverse avoir reçu pouvoir spécial de transiger* ».

tenu d'accomplir un acte grave pour son client doit nécessairement disposer d'un mandat exprès afin de s'assurer que l'étendue de sa mission est conforme à la volonté du représenté[862]. L'inexécution des obligations peut cependant être évitée si le bénéficiaire de la prestation approuve *a priori* l'acte outrepassant les limites originelles de la mission.

II. ABSENCE D'INEXECUTION EN CAS D'APPROBATION A PRIORI DE L'ACTE

163. Les effets de la liberté contractuelle du créancier sur l'existence du dépassement. Le maître d'ouvrage et le mandant peuvent communément décider de modifier leurs instructions durant l'exécution de la mission du prestataire conformément au principe de la liberté contractuelle. Le prestataire doit nécessairement en être informé et accepter cette modification afin de pouvoir respecter les nouvelles instructions transmises en cours d'exécution par le créancier.

Il est aussi possible pour le prestataire de proposer au créancier de modifier ses instructions dans le but d'autoriser un acte futur non prévu initialement. Il s'agirait alors d'une approbation *a priori* de l'acte et non d'une ratification *a posteriori*. La ratification du créancier se manifeste en effet après la survenance de l'acte donc après la réalisation du dépassement. À l'inverse, l'approbation du créancier intervient par nature avant l'exécution de l'acte. Par conséquent, l'acte approuvé *a priori* ne peut être qualifié de dépassement de mission car il est désormais conforme aux instructions ou plus exactement aux nouvelles instructions du bénéficiaire de la prestation. L'approbation ne doit pas être confondue avec la ratification mais elle ne doit pas non plus être confondue avec la confirmation qui est la renonciation par une personne au droit d'invoquer la nullité d'un acte auquel elle a concouru et qui est susceptible d'annulation[863].

L'approbation *a priori* de l'acte est ouverte au maître d'ouvrage **(A)** comme au mandant **(B)** mais les dispositions relatives au mandat n'y font jamais référence à la différence de l'article 1793 propre au contrat d'entreprise.

A. APPROBATION DU MAITRE D'OUVRAGE

164. La réception doctrinale de l'article 1793 du Code civil. La règle de l'article 1793 est particulièrement explicite[864]. Le maître d'ouvrage ne peut être tenu de payer les travaux supplémentaires « *si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire du sol.* ».

La protection du maître justifie la nécessité d'un écrit pour constater l'accord du maître d'ouvrage de payer les augmentations. Selon Duranton, « *il ne servirait de rien à l'architecte ou*

862 Civ. 1er, 12 mai 1993, pourvoi n° 91-17.600, Bull. civ. I, n° 162.

863 FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (É.), *Droit civil (les obligations)*, *vol. 1, l'acte juridique*, *op. cit.*, n° 426, p. 402

864 BAUDRY-LACANTINERIE (G.), WAHL (A.), *Traité théorique et pratique de droit civil, Du contrat de louage*, *op. cit.*

l'entrepreneur de dire que le propriétaire ayant vu ces changements s'opérer, il a tacitement consenti à ce qu'ils fussent faits, et à en payer le prix. »[865]. La preuve écrite protège le maître d'ouvrage contre une possible dénaturation de sa volonté. L'objectif réside dans l'identification certaine de son consentement à payer les travaux supplémentaires.

Selon Troplong, il est légitime d'accorder à l'entrepreneur le paiement des travaux supplémentaires si le maître d'ouvrage en manifeste le consentement par l'acceptation préalable desdits travaux : « *Si le plan a été modifié, si le propriétaire, maître de ses actions, a voulu que les constructions fussent augmentées, il est juste que l'entrepreneur soit indemnisé de ce surcroit de travaux et de dépenses.* »[866]. Cette exception contribue pleinement à la protection du maître d'ouvrage inhérente à l'article 1793. La preuve de cette manifestation de volonté du maître doit être rigoureusement constatée, « *l'écriture est de son essence* »[867].

Huc rappelle que l'existence de travaux effectués en dehors du plan et ayant profité au propriétaire ne pouvait permettre à l'entrepreneur « *d'éluder l'application des règles* »[868] issues de l'article 1793. Cette disposition impose en effet un formalisme rigoureux dans la présentation de la preuve du consentement du maître d'ouvrage. En l'absence de cette preuve, l'entrepreneur ne peut obtenir le paiement des travaux accomplis en dépassement de mission.

Guillouard[869], Baudry-Lacantinerie et Wahl[870] affirment que cette règle d'exception doit être appliquée rigoureusement et restrictivement afin de protéger les intérêts du maître d'ouvrage. René Demogue confirme la légitimité de cette règle en arguant que la construction d'un bâtiment constitue une opération complexe ce qui justifie dans la pratique contractuelle de possibles nouveaux aménagements ouverts à la libre appréciation du maître[871].

La précaution de l'article 1793 reste néanmoins compréhensible afin de lutter contre les risques résultant de la précipitation dans la transmission du consentement. Il est par conséquent essentiel de présenter avec clarté les conditions de l'acceptation *a priori* du maître d'ouvrage.

---

865 DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le code civil*, 4e éd., t. 17, éd. Thorel, 1844, n° 256, p. 268.

866 TROPLONG (R-M.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, de l'échange et du louage,* t. 2, Charles Hingray, 1852, n° 1017, p. 426.

867 *Ibid.*, n° 1018.

868 HUC (T.)*, Commentaire théorique et pratique du Code civil, op. cit.*, p. 596.

869 GUILLOUARD (L.), *Traité du contrat de louage*, t. 2, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1885, n° 884, p. 394 : « *Cette règle est très sage, en ce qu'elle met le propriétaire à l'abri de surprises trop fréquentes : mais elle n'en est pas moins exorbitante, et nous devons en conclure qu'elle doit être appliquée restrictivement, en se renfermant dans les termes précis du texte qui l'édicte.* »

870 BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et WAHL (A.), *Traité théorique et pratique de droit civil*, *op. cit.*, n° 4005 : « *En sa qualité de disposition exceptionnelle, cette deuxième partie de l'article 1793 doit être interprétée restrictivement*. »

871 DEMOGUE (R.), « Des modifications aux contrats par la volonté unilatérale », *RTD civ.*, 1907, p. 245 : « *Le maître qui fait construire un bâtiment ne peut pas arrêter les plans ne varietur : des aménagements nouveaux, des modifications diverses lui viendront à l'esprit pendant que le travail sera en cours d'exécution*. »

165. Les conditions de l'acceptation a priori du maître d'ouvrage. La première condition essentielle formulée par l'article 1793 réside dans l'autorisation écrite et préalable du maître d'ouvrage portant sur l'accomplissement de travaux supplémentaires[872]. L'entrepreneur ne peut obtenir le paiement « *si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit* »[873]. Un accord verbal du maître autorisant les travaux supplémentaires demeure donc insuffisant[874]. Dans cette logique, la présence du maître lors de l'exécution des travaux supplémentaires[875] et *a fortiori* son inaction[876] ne peuvent constituer un accord préalable selon la lettre de l'article 1793. Le formalisme[877] attaché à la preuve écrite du consentement confère une sécurité au maître d'ouvrage[878] à condition qu'il soit dénué d'équivoque[879] et que le maître soit à l'origine de cet écrit[880].

Il est tout de même possible pour l'architecte d'accepter par écrit les travaux supplémentaires s'il a été mandaté pour cette tâche[881] par le maître d'ouvrage[882]. Le résultat est identique car le maître d'ouvrage accepte les travaux par l'intermédiaire de l'architecte en

872 Civ. 3e, 21 janvier 1984, *RDI*, 1984, p. 412, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli. Civ. 3e, 11 mars 2008, pourvoi n° 08-10.300, inédit. Civ. 3e, 8 avril 2008, pourvoi n° 07-11.759, inédit.

873 Article 1793.

874 Civ. 1er, 9 février 1959, *D.*, 1959, p. 105.

875 Civ. 1er, 17 novembre 1959, *D.*, 1960, somm. p. 37.

876 Civ. 3e, 3 juin 1982, pourvoi n° 80-15.835, Bull. civ. III, n° 140.

877 LABARTHE (F.) NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, *op. cit.*, n° 396, p. 220 : « *Il y a là un certain formalisme, que la jurisprudence interprète de manière stricte et ce, depuis longtemps déjà […] Tout autre mode de preuve que l'écrit est banni, notamment le commencement de preuve par écrit.* »

878 Une mention dans un procès-verbal ne respecte pas la condition de l'accord préalable du maître d'ouvrage (Civ. 3e, 5 juin 1996, pourvoi n° 94-16.902, Bull. civ. III, n° 136).

879 Civ. 3e, 30 juin 1981, *RDI,* 1982, p. 382.

880 BOUBLI (B.), *Rép. civ.*, V° Contrat d'entreprise, n° 273.

881 Un arrêt de la Cour de cassation a pourtant retenu en 1996 un mandat apparent de l'architecte : Civ. 1er, 10 décembre 1996, pourvoi n° 95-11.117, inédit ; *RDI,* 1997, p. 233, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli : « *Attendu qu'appréciant souverainement les documents qui lui étaient soumis, la cour d'appel a retenu que l'assignation que les époux Y… ont fait délivrer à M. X… démontrait qu'ils avaient confié à celui-ci une mission de maître d'œuvre; qu'elle a aussi relevé que l'écrit du 5 février 1990 établissait non seulement l'engagement des époux à participer aux travaux d'amenée d'eau, mais également la réalisation, à leur demande, de travaux sur le site relatifs à l'édification de pavillons témoins ; qu'elle a pu en déduire que la société Mousnier était fondée à ne pas vérifier l'étendue du mandat dont disposait l'architecte pour commander lesdits travaux au nom et pour le compte du maître de l'ouvrage; qu'abstraction faite du motif critiqué qui est surabondant, la cour d'appel a légalement justifié sa décision.* »

882 Civ. 3e, 30 janvier 2007, pourvoi n° 05-20.927, inédit. Le paiement des travaux supplémentaires repose sur la conclusion d'un avenant au contrat principal. Cet avenant implique l'accord de l'architecte ainsi que l'autorisation écrite du maître d'ouvrage. En l'absence de signature du maître d'ouvrage, les travaux supplémentaires lui sont inopposables en raison du non-respect du formalisme de la preuve imposé par l'article 1793. Sur ce point, Civ. 3e, 24 mai 2006, pourvoi n° 02-10.840, inédit : « *Attendu que pour condamner la SCI au paiement à la société Eurocap d'une provision relative à des travaux supplémentaires d'édification d'un quai de déchargement, que la SCI contestait avoir commandés, l'arrêt retient que la proposition de travaux présentée par la société Eurocap est signée par l'architecte, dûment mandaté pour l'ensemble du chantier en cours, en sorte que l'obligation à paiement de la société, maître de l'ouvrage, n'est pas sérieusement contestable ; Qu'en statuant ainsi, alors que la SCI contestait avoir signé la demande de travaux supplémentaires qui exigeait, aux termes du marché, la double signature du maître de l'ouvrage et de l'architecte, la cour d'appel, qui a tranché une contestation sérieuse, a violé le texte susvisé.* »

vertu du mécanisme de la représentation. Il doit s'agir d'un mandat valablement formé. En outre, le contrat de louage d'ouvrage ne peut à lui seul conférer de plein droit un mandat à l'entrepreneur afin de lui permettre de passer commande de travaux supplémentaires en son nom et pour son compte[883]. L'architecte est seul engagé envers l'entrepreneur s'il manifeste une acceptation écrite sans un mandat préalable du maître d'ouvrage[884]. Le paiement des travaux supplémentaires ne peut alors être opposable au maître d'ouvrage en présence d'un tel dépassement de mission de l'architecte conformément à la règle de l'article 1156 du Code civil. La règle de l'inopposabilité s'applique de même si l'accord provient du maître d'ouvrage délégué[885]. L'avant-projet Capitant de réforme du droit des contrats spéciaux, dans sa première et seconde version, n'abandonne pas la condition de la preuve écrite du consentement. Son article 86 dispose en ce sens que le constructeur « *ne peut demander une augmentation du prix que si ces travaux ont été commandés ou acceptés de manière non équivoque par le maître de l'ouvrage*… »[886]. L'accord préalable et verbal du maître d'ouvrage deviendrait efficace ; ce qui rompt avec la réglementation actuelle.

La seconde condition mentionnée par l'article 1793 réside dans la fixation du prix[887] ; l'autorisation du maître d'ouvrage ne doit donc pas seulement être écrite mais aussi chiffrée[888]. Le texte indique seulement que le prix des travaux supplémentaires doit être « *convenu avec le propriétaire* »[889]. L'article n'impose pas de forme particulière. On peut en déduire que cet accord spécifique sur le prix repose sur le droit commun de la preuve[890]. Les parties peuvent néanmoins conditionner ces travaux à l'existence d'un avenant en fixant le prix malgré le silence de l'article 1793 sur ce point.

Selon la Cour de cassation, les travaux supplémentaires acceptés par le maître d'ouvrage relèvent d'un nouveau marché car l'autorisation produit une modification du contrat initial[891]. Il ne s'agit pas du prolongement d'un engagement contractuel de l'entrepreneur mais d'un nouvel engagement contractuel distinct du marché d'origine.

---

883 Civ. 3e, 17 février 1999, pourvoi n° 95-21.412, Bull. civ. III, n° 40.

884 Civ. 3e, 23 novembre 1994, pourvoi n° 93-11.278, Bull. civ. III, n° 198 ; *RDI,* 1995, p. 104, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli.

885 Civ. 3e, 19 juillet 2000, pourvoi n° 98-22.075, inédit.

886 Voir la seconde version de l'Avant-projet Henri Capitant de réforme du droit des contrats spéciaux, p. 43.

887 Civ. 3e, 29 octobre 1973, pourvoi n° 72-13.079, Bull. civ. III, n° 553. En l'espèce, la lettre du maître d'ouvrage transmise à l'architecte ne révélait que partiellement l'approbation du bénéficiaire. En effet, ce dernier approuvait seulement « *le principe de l'exécution de travaux supplémentaires* » mais restait silencieux sur la condition du prix convenu.

888 BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 569. HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux, op. cit.*, n° 32455, p. 1470 : « *Il s'agit en quelque sorte d'une super-intangibilité du prix fait.* »

889 Sur cette condition spécifique, l'article 86 de l'avant-projet Capitant reste à nouveau silencieux et ne mentionne pas ces deux conditions cumulatives comme le fait l'article 1793 du Code civil.

890 BOUBLI (B.), *Rép. civ.*, V° Contrat d'entreprise, n° 274.

891 Civ. 3e, 30 janvier 2007, pourvoi n° 05-20.927, inédit ; *RDI,* 2007, p. 276, note B. Boubli et H. Périnet-Marquet.

La référence à la norme Afnor P 03 001 ne peut valablement dispenser l'entrepreneur du respect de ces conditions car cette norme ne peut prévaloir sur une disposition légale[892].

Ainsi, l'accord du maître d'ouvrage se manifeste *a priori,* avant la manifestation des travaux supplémentaires. L'article 1793 du Code civil envisage uniquement cette manifestation[893] bien que la jurisprudence ait ultérieurement étendu la liberté du maître d'ouvrage par une ratification postérieure[894] au dépassement[895]. Il s'agit par conséquent d'une reconnaissance jurisprudentielle du consentement du bénéficiaire exprimé *a posteriori* du dépassement.

Les dispositions du contrat de mandat, contrairement à celles de l'entreprise, n'abordent jamais la question de l'approbation *a priori* du mandant pour un acte non prévu dans les instructions d'origines.

B. Approbation du mandant

166. Le silence du Code civil. Parmi les vingt-sept articles du Code civil relatives au contrat de mandat, aucune ne prévoit explicitement ou implicitement l'hypothèse d'une modification des instructions du mandant durant l'exécution de la mission du mandataire. Le Code civil est aussi silencieux sur la faculté plus spécifique offerte au mandant d'approuver *a priori* l'exécution d'un acte non prévu dans les instructions d'origines. Une question se pose alors : pourquoi mentionner l'hypothèse d'une approbation *a priori* de l'acte par le bénéficiaire dans la réglementation du marché à forfait de construction et non dans celle du mandat ? La réflexion est pourtant semblable dans les deux cas. Le créancier transmet dans un premier temps ses instructions au prestataire puis il décide ultérieurement de les modifier afin de légitimer l'exécution d'un acte spécifique non prévu à l'origine. Cette hypothèse peut se manifester en présence d'un contrat d'entreprise comme en présence d'un contrat de mandat. Il aurait ainsi été légitime de compléter l'un des articles relatifs au mandat afin de prévoir l'hypothèse d'une approbation du mandant.

Cette approbation a un effet direct sur les obligations du mandant. En effet, l'engagement de celui-ci change en fonction de l'évolution de ses instructions. Son engagement sera plus restreint en présence d'instructions précises. À l'inverse, son engagement à l'égard du tiers sera plus étendu s'il modifie ses instructions en passant par exemple d'un mandat spécial à un mandat général.

La question de l'approbation *a priori* de l'acte par le mandant est nécessairement reliée aux obligations du mandant. Par conséquent, les rédacteurs auraient pu traiter ce thème dans le

---

892 Civ. 3e, 10 juillet 2007, pourvoi n° 06-16.793, inédit. Voir aussi, LIET-VEAUX (G.), « Marché à forfait et norme AFNOR : compatibilité avec ladite norme », *Construction, urb.* 2004, n° 3.

893 COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux, op. cit.*, n° 755 : « *La seule échappatoire légale est de produire un écrit préalable* … ».

894 Voir *infra* n° 274 et s.

895 MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 768, p. 481 : « *La jurisprudence a assoupli la rigidité de cette règle* … ».

chapitre III relatif aux obligations du mandant et notamment en vertu de l'article 1998. Cette disposition pourrait en ce sens faire l'objet d'une modification afin d'envisager textuellement l'hypothèse de l'approbation *a priori* du mandant.

167. Une modification envisageable de l'article 1998 du Code civil. L'article 1998 dispose que : « *Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement.* ». Cette disposition fait directement référence à la ratification envisageable du mandant[896] afin de prévoir l'éventualité où ce dernier serait volontairement engagé pour un acte accompli au-delà des limites de la mission. Il s'agit bien dans cette hypothèse d'un dépassement de mission car le mandataire ne respecte pas les limites de sa mission. Le mandant accepte d'être engagé par l'acte une fois que celui-ci a été exécuté par le mandataire, il s'agit donc bien d'une ratification survenue par nature *a posteriori*.

Cette disposition manque néanmoins de précision car elle n'envisage que l'hypothèse de la ratification *a posteriori* et non l'hypothèse de l'approbation *a priori*. Une modification de sa substance peut alors être proposée afin d'y inclure l'éventualité de l'approbation *a priori*. Seul l'alinéa 1er peut faire l'objet d'une modification car l'alinéa 2 traite spécifiquement du dépassement. Or, l'approbation *a priori* du maître permet précisément d'éviter la survenance d'un dépassement en conformant l'acte futur du mandataire aux nouvelles instructions du mandant. Le second alinéa doit donc rester inchangé et traiter uniquement de la ratification *a posteriori* de l'acte de dépassement. L'alinéa 1er pourrait faire l'objet de la modification suivante : « *Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné dans le mandat initial ou en présence de nouvelles instructions.* ». Une telle modification permettrait ainsi d'envisager l'hypothèse de l'approbation du mandant pour un acte contraire aux instructions d'origines mais conforme aux nouvelles instructions.

168. La pratique de l'approbation *a priori* par le mandant. En pratique, il est fréquent qu'un mandant adapte ses instructions. En effet, les besoins du bénéficiaire peuvent évoluer selon les agissements du mandataire. L'étape de la transmission des instructions par le mandant peut parfois être une étape plus difficile que prévu. Le bénéficiaire de la prestation ne peut pas nécessairement envisager tous les évènements mais il doit impérativement confier une mission à son représentant.

Le contrat de mandat initial constitue une donnée essentielle d'appréciation pour le mandataire car cette référence lui permet d'agir conformément aux limites fixées et d'engager ensuite valablement le mandant pour les actes exécutés au regard du mécanisme de la représentation. Au-delà du contrat initial, de nouvelles instructions peuvent être transmises par le mandant mais ces modifications doivent être acceptées par le mandataire : « *comme tout contractant, le mandant doit respecter les conditions contractuelles et ne peut imposer unilatéralement des modifications.* »[897]. Ces nouvelles instructions s'imposent au mandataire en principe soucieux

896 Voir *infra* n° 264 et s.

897 CA Lyon, 21 février 2019, n° 15/06461.

de respecter la volonté du bénéficiaire. La très grande diversité de situations contractuelles envisageables démontre bien que le mandant doit toujours être en mesure d'adapter ses instructions et sa volonté selon les circonstances. Une modification des instructions peut par exemple être légitime pour protéger un patrimoine[898].

En dehors de la seule modification des instructions, le mandataire peut aussi encourager le mandant à approuver un acte avant son exécution en affirmant que celui-ci est certes contraire à ses premières instructions mais conforme à ses intérêts. Dans cette hypothèse, le dépassement existe bien car l'acte à l'origine de ce manquement est conclu. Cependant le dépassement ne sera pas plus fautif si le mandant approuve l'acte *a priori* donc avant sa réalisation. Il en est cependant différemment en présence d'un acte contraire aux instructions et non approuvé par le mandant. La manifestation d'un dépassement de mission est en l'espèce indéniable et demeure par principe fautif mais elle peut par exception être conforme aux intérêts du créancier.

SECTION II.
LA SINGULARITE AU SEIN DE L'INEXECUTION

169. Les caractères spécifiques de l'inexécution par dépassement de mission. C'est une certitude, le dépassement de mission du prestataire, mandataire ou entrepreneur, produit par principe une inexécution de sa mission. Cette inexécution est certaine car le comportement du prestataire porte atteinte aux instructions originelles du créancier et donc à la force du contrat. La singularité du dépassement au sein de l'inexécution se manifeste en vertu de l'acte qui résulte du dépassement mais aussi des mobiles qui ont animé le prestataire.

En ce sens, l'acte de dépassement du prestataire est une inexécution par excès **(I)** mais aussi une inexécution distincte du détournement **(II)**.

I. INEXECUTION PAR EXCES

170. La singularité du dépassement par l'excès. Le dépassement du prestataire manifeste un franchissement des limites de sa mission. Il s'agit d'une situation relativement rare dans la pratique contractuelle car le prestataire agit au-delà **(A)** et non en dessous de ce que le créancier attend de lui. Le dépassement est donc distinct de la simple carence **(B)**.

A. UNE PRESTATION AU-DELA DES LIMITES DE LA MISSION

171. Distinction de l'absence de pouvoir et du dépassement de mission. Tout dépassement de mission suppose nécessairement l'existence d'une mission préalable. En matière de louage

898 Crim, 10 mai 2007, pourvoi n° 06-81.866, inédit.

d'ouvrage, les travaux supplémentaires interviennent fort logiquement dans le cadre d'un contrat de construction. En matière de mandat, le dépassement de mission du mandataire ne se manifeste qu'en présence d'un dépassement de pouvoir. Cela signifie que le mandataire outrepasse ses pouvoirs à condition de bénéficier effectivement de pouvoirs accordés par le mandant. Par ce rappel, il convient de distinguer le dépassement de pouvoir du défaut de pouvoir.

Le risque de synonymie entre ces deux notions est grand et certaines formulations peuvent entretenir la confusion[899]. Dans la première hypothèse, le représentant dispose bien à l'origine d'un pouvoir mais dans la seconde hypothèse, le pseudo-représentant agit en l'absence de toute mission de représentation car il ne dispose d'aucun pouvoir en ce sens. Le fait de dépasser ses pouvoirs revient à agir sans pouvoir au moment précis du dépassement et non au début de la mission de représentation.

Le dépassement de pouvoir n'a donc pas pour origine un défaut de pouvoir mais il aboutit finalement à un défaut de pouvoir. Il est donc inexact de dire qu'un dépassement de pouvoir est synonyme d'un défaut de pouvoir. En ce sens, l'existence d'un mandat est nécessaire au dépassement car il révèle l'existence d'un pouvoir préalablement accordé alors que le défaut de pouvoir s'accomplit en dehors de tout mandat[900]. Si le dépassement n'est pas *stricto sensu* équivalent à un défaut total de pouvoir, il demeure que le résultat est le même dans les deux cas. Mais faut-il pour cette raison affirmer que cela « *revient au même* »[901] ? Il convient de répondre négativement car le dépassement de pouvoir et l'absence de pouvoir ne sont pas identiques.

Le dépassement de mission ne peut être constaté qu'en présence d'une limite fixée par le bénéficiaire lorsqu'il transmet ses instructions au débiteur. L'acceptation de la mission par le prestataire le soumet au respect de ces limites et lui imposent ainsi d'agir conformément aux souhaits du créancier sans modifier unilatéralement les contours de sa mission. L'hypothèse d'une prestation au-delà des limites fixées est envisagée pour le mandat dans la première partie de l'article 1989 du Code civil : « *Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté*

899 LAROMBIERE (L.), *Théorie et pratique des obligations*, nouvelle édition, t. 2, Pédone-Lauriel, 1885, Paris, p. 133-134 : « *Lorsqu'un mandataire agit hors de termes de sa procuration, ce qui équivaut à agir sans mandat, le mandant peut se déclarer non obligé.* » PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité élémentaire de droit civil*, 11e éd., LGDJ, 1939, n° 2254, p. 793 : « *Lorsqu'un mandataire excède les pouvoirs qui lui ont été donnés, il agit en réalité sans mandat …* ». *A contrario*, d'autres auteurs distinguent explicitement ces deux notions. Sur ce point, voir notamment la thèse de Victor Clarisse relative à la représentation : CLARISSE (V.), *De la représentation : son rôle dans la création des obligations*, thèse, Lille, 1949, n° 107, p. 211-212. Voir aussi, PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, 8e éd., Dalloz, 2019, n° 975, p. 730 : « *Lorsque le mandataire a agi sans pouvoir ou a outrepassé ses pouvoirs …* ». RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 545. WEILL (A.) et TERRÉ (F.), *Droit civil (les obligations)*, 4e éd., Dalloz, 1986, n° 82, p. 79.

900 JUREDIEU (F.), *Ratification et acte juridique, op. cit.*, n° 184 : « *Le défaut de pouvoir est souvent distingué du dépassement de pouvoirs au motif que dans le premier cas, l'auteur de l'acte n'a jamais disposé du pouvoir pour agir alors que dans le second cas, un certain pouvoir a été attribué au représentant qui en a excédé les limites.* »

901 FRANCOIS (J.), « L'acte accompli par le mandataire en dehors de ses pouvoirs et le mécanisme du contrat de mandat », *D.*, 2018, p. 1215, n° 1 : « … *d'un acte accompli par un représentant selon qu'il dépasse ses pouvoirs (ou agit sans pouvoir, ce qui revient au même)* … ».

dans son mandat ». Cet article se poursuit en illustrant cette règle par un exemple concret : « *le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre* ».

La prise en compte des instructions du créancier permet de distinguer une exécution normale d'un dépassement générateur d'inexécution. En matière de mandat, il y a par exemple dépassement si un mandataire conclut une promesse de vente ne respectant pas les conditions fixées par le mandant[902]. En matière de louage d'ouvrage, il y a dépassement si l'entrepreneur décide seul de remplacer un escalier traditionnel par un escalier décoratif alors que le marché à forfait ne prévoyait nullement ce type de construction[903].

L'excès s'apprécie par l'étude des instructions du créancier ; il est, dans cette optique, absolument déterminant car il permet d'appréhender toute la réalité du dépassement en conservant comme référence constante la volonté du créancier. La prise en considération des instructions illustre effectivement les limites de la mission et par conséquent la réalité d'un comportement excessif du prestataire.

172. Un comportement excessif eu égard aux limites fixées. La méthode la plus simple pour prouver un dépassement consiste dans ce cas à comparer ce qui a été promis et ce qui a été fait. Cette méthode permet d'identifier les actes conformes aux instructions et par opposition les actes non conformes donc dépassant les instructions. Un psychologue clinicien chargé « *d'une mission de médiation et d'élucidation d'une crise dans les relations professionnelles entre certaines personnes* » peut ainsi être en situation de dépassement de mission s'il agit « *moins en médiateur qu'en arbitre ou en juge* »[904].

L'excès est omniprésent dans la manifestation du dépassement car cela caractérise pleinement l'extériorité de l'acte par rapport aux instructions du créancier. L'acte est bien accompli au-delà des limites fixées[905]. Cet excès s'illustre néanmoins différemment en présence d'un mandat et d'un louage d'ouvrage. L'excès du mandataire s'apprécie par les actes juridiques accomplis alors que l'excès de l'entrepreneur s'apprécie matériellement en fonction de l'ouvrage exécuté ou encore en fonction de la prestation intellectuelle. Par ailleurs, un dépassement de mission de l'entrepreneur est peut-être plus aisément observable lorsque les travaux supplémentaires sont identifiés en comparaison d'une quantité matérielle promise dès la conclusion du contrat. La délimitation matérielle peut ainsi faciliter la preuve du dépassement et par conséquent des travaux supplémentaires. L'arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation en date du 6 janvier 2004 illustre bien cette affirmation. En l'espèce, une cliente avait confié son véhicule à un garagiste afin qu'il procède

902 Civ. 1er, 2 décembre 1992, pourvoi n° 91-10.594, Bull. civ. I, n° 298.

903 Civ. 3e, 5 mai 1975, pourvoi n° 73-14.539, Bull. civ. III, n° 154.

904 CA Bordeaux, 13 février 2008, n° 06/005328.

905 LEROUX (L.), *La responsabilité en matière sportive*, thèse, Rennes, Imprimerie commerciale de Bretagne, 1935, p. 135 : « … *soit qu'ils excèdent en profondeur leur compétence, par des actes* « *au-delà* » *des fonctions qui leur ont été attribuées (dépassement de pouvoirs)* ».

à la réparation d'une fuite d'eau sur une durite. Or le professionnel répara aussi le joint de culasse sans aucune demande préalable de sa cliente[906].

Sur ce point, un arrêt de 2012 de la cour d'appel de Rennes[907] distingue clairement les travaux commandés par le maître d'ouvrage et les travaux supplémentaires exécutés par l'entreprise sans l'accord du client. La Cour déboute dans un premier temps l'entreprise de sa demande en paiement pour la première facture d'un montant de 619,91 euros car les travaux correspondants n'étaient prévus dans aucun forfait. Dans un second temps, cette même Cour identifie pour une seconde facture les différents postes d'activité de l'entreprise[908] chargée de l'édification de l'immeuble afin de déterminer les travaux commandés et les travaux non-commandés. La cour d'appel commence par identifier les travaux commandés en indiquant que « *La seconde facture comprend quatre postes, dont les postes n° 1, 2 et 4 ne posent pas de difficulté puisqu'ils concernent des travaux commandés selon le marché principal* … ». Elle présente ensuite plus spécifiquement les travaux objet du dépassement pour cette seconde facture : « *En revanche, le poste numéro 3 consiste en un complément de facturation pour une prestation prévue à l'origine pour 648 m² réalisée en fait sur 1.300 m², l'entreprise demandant le paiement des 652 m² supplémentaires sans que ceux-ci ne lui aient été commandés par le maître de l'ouvrage ou le maître d'œuvre.* ». La société doit donc supporter le coût des travaux supplémentaires non expressément commandés par le maître d'ouvrage ni ratifiés après leur exécution.

Le dépassement est certes une inexécution mais force est de lui reconnaître un caractère bien singulier. La singularité de l'inexécution inhérente au dépassement est renforcée en constatant que la théorie de l'exception d'inexécution semble difficilement applicable voire totalement inapplicable en présence d'un tel manquement. En effet, le droit offert à chaque partie de refuser d'exécuter totalement ou partiellement l'obligation à laquelle il s'est tenu dépend nécessairement d'une première inexécution du co-contractant. En affirmant que la théorie de l'exception d'inexécution ne s'applique pas en présence d'un dépassement de mission, il faut donc en déduire que le dépassement révèle un cas d'inexécution bien spécifique.

173. La spécificité de l'inexécution par dépassement et l'inapplication de la théorie de l'exception d'inexécution. Avant 2016, le mécanisme de l'exception d'inexécution n'était pas directement régi par les dispositions du Code civil[909]. Cette lacune est désormais corrigée par la réforme du droit des obligations comme en atteste l'article 1219 selon lequel « *Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave.* ». Conformément à cette disposition, le client peut légitimement refuser de payer le prix, lorsque l'entrepreneur n'a pas, ou n'a pas

906 Civ. 1er, 6 janvier 2004, pourvoi n° 00-16.545, Bull. civ. I, n° 4 ; *CCC*, 2004, comm. 35, note L. Leveneur. BÉNABENT (A.), *JCL. Contrats-Distribution*, Fasc. 425 : Contrat d'entreprise, 2016, n° 210.

907 CA Rennes, Ch. 04, 12 janvier 2012, n° 09/05242.

908 En réalité deux sociétés : la Sarl Vecteur 4 et la Sarl Murail Etap pour le lot voiries et réseaux divers.

909 DESHAYES (O.), *Rép. civ.*, V° Exception d'inexécution, 2018, n° 5. ANCEL (P.), *Droit des obligations en 12 thèmes, avec exemples détaillés*, 1er éd., Séquences, Dalloz, 2018, p. 270.

correctement, exécuté sa prestation. Le mécanisme de l'exception d'inexécution, ou *exceptio non adimpleti contractus*, est en ce sens parfaitement légitime en présence d'une inexécution par carence : « *il est conforme à la justice la plus élémentaire que celui qui exige de son débiteur paiement soit déclaré mal fondé dans sa prétention s'il refuse lui-même d'acquitter sa dette. Autrement dit, le créancier ne saurait reprocher à son débiteur ce dont il se rend lui-même coupable envers lui.* »[910]. Par exemple, le maître d'ouvrage peut refuser de payer l'entrepreneur ayant construit une maison à deux étages au lieu de trois. Ce type d'inexécution justifie pleinement une application de l'exception d'inexécution. La logique repose sur la réciprocité des obligations des parties[911] car le mécanisme de l'exception d'inexécution est une sanction par nature propre aux contrats synallagmatiques[912]. Le créancier n'est pas tenu de respecter ses obligations si le prestataire est lui-même en situation de défaillance. Il s'agit par conséquent d'un moyen de justice privée rendant légitime le non-paiement volontaire de la prestation du prestataire[913]. Le client, mandant ou maître d'ouvrage, est alors en situation d'inexécution licite du contrat[914]. L'exception d'inexécution constitue donc une mesure comminatoire car elle permet de forcer l'autre partie à exécuter ses obligations mais il s'agit également d'une mesure de sauvegarde de ses propres intérêts[915].

L'article 1219 impose une seconde condition à la mise en œuvre de l'exception d'inexécution : la gravité du manquement[916]. Le rapport remis au Président de la République indique que la gravité de l'inexécution doit être appréciée de façon relative sur la base d'un contrôle de proportionnalité entre la gravité de l'inexécution et l'importance de l'obligation que l'autre partie refuse d'exécuter. Selon ce rapport, l'objectif de cet article est de limiter le préjudice né d'une inexécution contractuelle et constitue de ce fait un moyen de pression efficace pour inciter le débiteur à s'exécuter[917]. La question se pose donc de savoir si un dépassement de mission constitue un manquement suffisamment grave pour respecter cette condition. Le fait que le résultat obtenu diffère du résultat promis ne semble pas suffisant.

---

910 DROSS (W.), « L'exception d'inexécution : essai de généralisation », *RTD civ.* 2014, p. 1, n° 2.

911 ROCHE-DAHAN (J.), « L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique », *D.* 1994, p. 255. L'exception d'inexécution « *apparaît comme le corollaire de la réciprocité et de l'interdépendance des obligations que tout contrat synallagmatique fait naître à la charge des deux parties (4). Dans un tel contrat, les deux obligations doivent s'exécuter trait pour trait, en même temps. Ce serait modifier le contrat que d'obliger l'un à s'exécuter avant l'autre. La dispense d'exécution est donc le moyen de procurer la réalisation du contrat dans les termes où il a été voulu.* »

912 DROSS (W.), « L'exception d'inexécution : essai de généralisation », *RTD civ.* 2014, p. 1.

913 LABARTHE (F.) NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, Traité des contrats, LGDJ, 2008, n° 899, p. 513.

914 Sur ce point et à titre général, CHABAS (C.), *L'inexécution licite du contrat*, préface de Denis Mazeaud, LGDJ, 2002.

915 MAINGUY (D.), RESPAUD (J.-L.), *Droit des obligations*, Ellipses, 2008, n° 286.

916 Cette exigence était déjà retenue en jurisprudence avant la réforme. Par exemple, Civ. 3e, 26 novembre 2015, pourvoi n° 14-24.210, inédit : « *l'exception d'inexécution ou d'exécution fautive peut faire échec à une demande en payement que si les manquements invoqués présentent un caractère suffisamment grave* ». Com. 29 janvier 2013, pourvoi n° 11-28.576, inédit.

917 GUERIN (S.), GENTY (N.), « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », *AJ Contrat*, 2017, p. 17.

En outre, il convient de noter le caractère temporaire de l'exception d'inexécution à l'origine d'une suspension dans l'exécution des obligations. Ce point est précisément absent dans une situation de dépassement car ce manquement ne crée pas une suspension dans le sens d'une désactivation temporaire du lien obligatoire mais bien l'accomplissement définitif d'une prestation non souhaitée. De surcroît, l'exception d'inexécution suppose que le contractant défaillant était tenu d'exécuter son obligation. Cette condition fait précisément défaut en présence d'un dépassement de mission. Le dépassement est effectivement une inexécution mais il s'agit précisément d'une inexécution par sur-exécution. Le prestataire accomplit un acte qui n'a jamais été souhaité par le créancier. Pourquoi ce dernier recourrait-il alors à la théorie de l'exception d'inexécution ? La logique est ici inversée car cette théorie a pour unique but d'imposer au contractant le respect de ses obligations et l'accomplissement de sa prestation. Or, le prestataire accomplit plus que ce qui est prévu.

Pour ces différentes raisons, il est exclu de recourir à l'exception d'inexécution pour protéger le créancier contre le dépassement de mission. Si la théorie de l'exception d'inexécution est pleinement applicable en présence d'une carence du prestataire, il en est différemment en présence d'un dépassement. Il pourrait pourtant sembler paradoxal de qualifier le dépassement de mission d'inexécution contractuel tout en rejetant l'application de la théorie de l'exception d'inexécution en présence d'un tel manquement. Le fait d'outrepasser les limites de la mission révèle bien une inexécution contractuelle mais il s'agit alors d'une inexécution singulière dont la spécificité résulte en partie de l'exclusion de la théorie de l'exception d'inexécution. Le rejet de cette théorie ne porte pas atteinte à la qualification de l'inexécution mais renforce sa singularité et justifie par extension la qualification complémentaire de « sur-exécution ». Le dépassement apparaît ainsi bien comme un manquement singulier et distinct de la simple carence.

B. LE DEPASSEMENT DISTINCT DE LA SIMPLE CARENCE

174. Dépassement et carence, deux notions proches mais distinctes. La prise en considération de la volonté du bénéficiaire de la prestation est le seul élément permettant d'apprécier la réalité du dépassement.

En droit des obligations, le dépassement de mission est une inexécution singulière car le débiteur de l'obligation agit au-delà et non en dessous de sa mission. Le dépassement résulte donc d'un comportement actif du prestataire. Cet état de fait est sanctionné car l'action n'est pas conforme aux stipulations contractuelles, il importe peu que l'acte fautif résulte d'une action et non pas d'une inaction. L'inexécution n'est pas le fruit d'un comportement passif mais le fruit d'un comportement actif. Le dépassement de mission s'oppose en ce sens à la carence contractuelle.

La carence peut résulter soit d'un manquement total soit d'un manquement partiel[918]. En matière contractuelle, il s'agit d'un état de fait dans lequel un contractant s'abstient d'exécuter son ou ses obligations. L'inexécution issue de la carence se manifeste donc par une inaction[919]. La carence se définit alors plus précisément comme une inexécution passive, elle « *est dépourvue de tout jugement de valeur. C'est un fait brut, moralement neutre : l'absence d'action* »[920]. Cette inactivité doit être appréciée objectivement afin d'être sanctionnée[921].

Il s'agit là du seul point commun entre la carence et le dépassement : une inexécution objectivement constatée. Indépendamment de ce constat, il est en effet impératif de distinguer fermement ces deux formes d'inexécution car le comportement fautif du prestataire n'a pas le même impact sur le créancier en présence d'une carence ou en présence d'un dépassement.

Une carence est nécessairement le résultat d'un comportement passif du contractant. *A contrario*, le dépassement révèle un comportement non seulement actif mais surtout excessif eu égard aux attentes du bénéficiaire. La carence se limite à une simple inexécution fautive par nature inacceptable ou inexcusable[922]. Le dépassement de mission est différent dans sa manifestation car cette inexécution, certes fautive, ne se produit en principe qu'après une première phase d'exécution de la mission. Un excès ne peut être apprécié qu'en fonction d'une référence ou une norme susceptible de le caractériser. Les instructions du créancier illustrent cette norme. Or certains dépassements de mission peuvent se manifester après une première exécution conforme aux instructions du créancier. C'est notamment le cas en présence de travaux supplémentaires inhérents à un marché à forfait.

De surcroît, le droit à ratification offert au mandant et au maître d'ouvrage[923] démontre avec certitude que le dépassement de mission peut être acceptable voire appréciable à la différence de la carence. En effet, l'excès du prestataire est parfois profitable selon l'appréciation du bénéficiaire de la prestation alors que la carence révèle par nature un manquement fautif portant atteinte aux intérêts du créancier.

Enfin, le prestataire peut éventuellement dépasser les limites de sa mission dans le seul but de protéger les intérêts de son créancier. Un dépassement de mission n'est pas forcément

---

918 La carence constitue notamment une condition indispensable à la mise en œuvre de l'action oblique du créancier GRÉAU (F.), *Rép. civ.*, V° Action oblique, n° 65 : « *La pierre angulaire de l'action oblique est l'inaction du débiteur. C'est elle qui justifie principalement l'autorisation donnée au créancier d'agir en lieu et place de son débiteur.* »

919 GOUBEAUX (G.), « La carence du débiteur, condition de l'action oblique : questions de fond et questions de preuve », *in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 148, note n° 9 : « *Le terme* « *carence* » *tend aujourd'hui à supplanter ceux d'*« *inaction* », « *inertie* », « *négligence* »*, parfois employés.* »

920 GOUBEAUX (G.), « La carence du débiteur, condition de l'action oblique : questions de fond et questions de preuve », *art. cit.*, n° 7, p. 147.

921 GHESTIN (J.), BILLIAU (M.) et LOISEAU (G.), *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, n° 755.

922 Sauf exceptions légales : imprévision, force majeure …

923 Voir *infra* n° 259 et s.

fautif mais il est par principe le révélateur d'une inexécution de la mission d'origine. Il constitue en conséquence une inexécution contractuelle bien spécifique comparée à la carence, véritable modèle de l'inexécution. Cette distinction entre ces deux types d'inexécution s'apprécie plus facilement par un exemple dans la pratique contractuelle.

175. Illustration pratique de la distinction entre le dépassement et la carence. Un arrêt de la cour d'appel de Versailles en date du 10 mai 2010[924] illustre parfaitement les trois formes principales d'inexécution : le dépassement, la carence totale et la carence partielle. En l'espèce, M. et Mme T. confient en 2003 les travaux de rénovation de leur bien immobilier à la SARL N. après la réalisation d'un devis pour un montant de 30 000 euros TTC. La société fait par ailleurs appel à un sous-traitant. Les époux constatent rapidement l'arrêt du chantier et la non-conformité évidente de certains travaux. Un expert est désigné en 2004, puis les époux T assignent la société en paiement de dommages et intérêts pour inexécution contractuelle sur le fondement de l'ancien article 1147 du Code civil. Le tribunal de grande instance de Pontoise condamne la société par un jugement du 12 mars 2008. Le défendeur fait appel de ce jugement afin notamment de faire constater l'irrégularité du rapport d'expertise révélant, selon la société, un dépassement de mission constitué par le chiffrage de la perte des loyers. Plusieurs éléments de fait doivent être présentés au regard de travaux appréciables comme une exécution, d'autres appréciables comme une inexécution par carence et enfin d'autres appréciables comme une inexécution par dépassement.

Tout d'abord, la cour précise que la société a construit une salle de bain avec douche et non avec baignoire. La baignoire était prévue dans le devis initial mais la douche a été acceptée par les époux T dans un devis modificatif. Cette modification du contenu de la mission n'étant pas unilatérale mais commune aux parties, elle est par conséquent opposable aux clients et non litigieuse[925].

Le premier manquement par carence de la société est relevé dans le cadre des travaux de remplacement des menuiseries extérieures non pas en vertu d'un contrat d'entreprise mais en vertu d'un contrat de mandat. Pour ces travaux, la pose de fenêtres en PVC nécessitait l'accord préalable du syndic. La société commença les travaux sans le solliciter et manifesta ainsi un comportement fautif relativement à sa mission complémentaire de mandataire fixée par les époux T. Il s'agit bien d'une carence de la société mandataire en raison de l'inexécution de l'acte juridique[926] souhaité par le client mandant.

---

924 CA, Versailles, CH. 4, 10 mai 2010, n° 08/05994.

925 « *Considérant que la société N. soutient que les maîtres de l'ouvrage ont accepté le 2 mai 2003 son devis modificatif du 28 février 2002 proposant une salle de bains avec douche au prix de 6.100, 01 € au lieu d'une salle de bains avec baignoire comme prévu au devis initial pour un montant de 7.771 € ; Considérant que M. et Mme T. ne contestent pas avoir accepté le devis modificatif ; qu'aucune somme ne leur a été allouée au titre d'une moins-value sur ce point, de sorte qu'il n'y pas de litige sur la pose d'une douche au lieu d'une baignoire.* »

926 « *… il ne s'agit pas pour la société N. d'un manquement à son devoir de conseil mais d'un manquement à son engagement contractuel envers M. et Mme T. qui l'ont mandatée, à titre onéreux, pour effectuer les démarches nécessaires à l'obtention de l'autorisation de mettre en place des fenêtres en PVC […] Que la carence de la société N. dans le respect de son engagement contractuel justifie que le montant du devis relatif à la pose des fenêtres en PVC […] ne soit pas dû par M. et Mme T.* »

Une seconde carence relative au louage d'ouvrage est ensuite soulevée par le Cour eu égard à certains travaux non réalisés : « *dépose des carrelages de la cuisine et de la salle de bains, réalisation de la chape de la cuisine et ragréage du sol de la salle de bains…* ». L'inexécution de ces travaux justifient l'application d'une moins-value à l'encontre de la société. Il importe peu que ces travaux spécifiques aient été confiés au sous-traitant[927]. D'autres travaux prévus dans le contrat révèlent aussi une inexécution fautive résultant d'une carence totale[928].

Une troisième carence relève cette fois de travaux commencés mais inachevés par la société. Il s'agit ici plus exactement d'une carence partielle[929].

Enfin, la Cour fait mention des travaux certes exécutés par la société mais non prévus contractuellement. Ces travaux supplémentaires sont détaillés dans l'arrêt. Il s'agit pour l'électricité de la pose injustifiée de cinq spots dans la cuisine, cinq spots dans la salle de bain, de la fourniture et pose d'une prise de télévision. Pour la menuiserie intérieure, les travaux non commandés se limitent à la fourniture et pose d'une tablette supplémentaire en stratifié pour la cuisine ainsi qu'un plan de toilette en teck. Le client, maître d'ouvrage, n'a jamais donné son accord pour ces travaux que ce soit *a priori* ou *a posteriori*[930]. Le non-paiement de ces actes matériels est reconnue par la cour d'appel, « *le coût de ces travaux supplémentaires s'élevant à la somme globale de 982, 52 € TTC n'est donc pas dû par M. et Mme T. à la société N.* ».

Cet arrêt illustre des situations de dépassements et de carences principalement dans le domaine du louage d'ouvrage et accessoirement dans le domaine du contrat de mandat. Il omet cependant de s'interroger sur les raisons ayant poussé le professionnel à entreprendre sans ordre du maître de tels travaux supplémentaires. Ce questionnement est légitime car il peut être pertinent, sans pour autant être essentiel, d'apprécier la réalité d'un dépassement de mission en tenant compte du mobile de celui qui l'accomplit. Le dépassement est en ce sens une inexécution distincte du détournement de pouvoir.

II. INEXECUTION DISTINCTE DU DETOURNEMENT DE POUVOIR

176. Dépassement de la mission et détournement de pouvoir. La confrontation du dépassement de mission au détournement de pouvoir ne concerne que le seul mandat. La

927 « *… la société N. ne conteste pas la non-réalisation de certains travaux […] la société N. est responsable de la carence du sous-traitant …* ».

928 « *Considérant qu'il résulte du rapport d'expertise que certains travaux prévus contractuellement n'ont pas été réalisés […] Que pour ce qui concerne la pose de pavés de verre dans la salle de bains, il ne ressort pas du devis n° 1652 versé aux débats que ce lot aurait été offert […] Que pour ce qui se rapporte à la fourniture et la pose d'une porte en médium , sur mesure, vernie et d'une petite poignée brossée, la société N. ne donne aucune explication sur la non réalisation de ces prestations …* ».

929 « *Considérant que l'expert a constaté qu'un certain nombre de travaux était inachevés : meubles de cuisine non posés, plinthe dans la cuisine, réglette du bandeau cache lumière, menuiserie dans la salle de bains : miroir, raccordement du radiateur, pose de barres de seuil, réglage de la porte avec pose de poignée, fourniture et pose d'un four multifonctions pyrolyse* ».

930 « *Que la société N. ne justifie pas plus en cause d'appel qu'elle ne l'avait fait en première instance de l'accord des maîtres de l'ouvrage sur ces prestations* ».

question ne se pose pas dans le contrat d'entreprise qui ne confère pas à l'entrepreneur le pouvoir d'agir pour le maître d'ouvrage[931].

177. Définition du détournement de pouvoir. La théorie du détournement de pouvoir a été construite par le droit public administratif[932] depuis la seconde moitié du XIX[e] siècle[933]. Cette notion a ensuite été importée en droit privé au début du XX[e] siècle[934] par le biais de travaux doctrinaux[935].

Le détournement de pouvoir caractérise l'exercice de pouvoirs « *pour une fin autre que celle en vue de laquelle ils avaient été conférés*. »[936]. Pour le Professeur Maurice Hauriou, le détournement de pouvoir en droit administratif est « *le fait d'un agent de l'administration qui, tout en accomplissant un acte de sa compétence et en suivant les formes prescrites, use de son pouvoir discrétionnaire dans un but et pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été attribué, c'est-à-dire qui, tout en restant fidèle à sa lettre, sort de l'esprit de sa fonction*. »[937].

Contrairement au dépassement de pouvoir, c'est l'appréciation des fins[938] poursuivies par l'auteur qui révèle l'irrégularité de l'acte car ce dernier demeure dans les limites des pouvoirs attribués à l'auteur du détournement. Le critère du détournement repose par conséquent sur l'analyse des mobiles poursuivis par le prestataire alors que celui du dépassement repose sur la comparaison du pouvoir et de l'acte réalisé. Les deux manquements se caractérisent donc chacun par un critère différent : la recherche de l'intention du mandataire en matière de détournement **(A)** et la comparaison du pouvoir et de l'acte réalisé en matière de dépassement **(B)**.

---

931 Le Professeur Gréau note cependant que « *la distinction entre le détournement de fonctions et leur dépassement n'est guère évidente.* » (GRÉAU (F.), « Retour sur la représentation comme fondement de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés » *in Leçons de droit civil, Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Études coordonnées par Nicole Guimezanes, Bruylant, 2011, p. 365).

932 STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, *op. cit.*, n° 198, p. 147 : « *La théorie du détournement de pouvoirs a été construite initialement en droit administratif ; c'est à partir de ce champ d'application restreint que cette théorie a été progressivement étendue à toutes les branches du droit, notamment au droit privé*. »

933 GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, n° 149 ; DOUVILLE (T.), *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article*, Gualino, 2016, p. 123 ; GROS (M.), « Fonctions manifestes et latentes du détournement de pouvoir », *Revue du droit public et de la science politique*, 1997, p. 1237 ; PEISIER (G.), *Contentieux administratif*, 16[e] éd., Mémento Dalloz, 2014, p. 183 ; VIDAL (R.), « L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative », *Revue du droit public et de la science politique*, 1997, p. 292.

934 DOUVILLE (T.), *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article*, Gualino, 2016, p. 123.

935 DAVID (R.), *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, thèse, Paris, Sirey, 1929. DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Dalloz, Philosophie du droit, 1952, p. 242.

936 C.E. 24 novembre 1975, Pariset, *GAJA*, n° 1.

937 HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, 5[e] éd., Larose, Paris, 1903, p. 290.

938 EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif*, t. 2, LGDJ, 1983, p. 270.

A. L'INTENTION DU MANDATAIRE, CRITERE DU DETOURNEMENT

178. Les éléments de définition du détournement de pouvoir. Le détournement révèle l'exercice d'un pouvoir accompli dans un but autre que celui originellement fixé. Le titulaire du pouvoir doit nécessairement agir au-delà d'un certain « *standard de décision* »[939] dans l'accomplissement d'un acte entaché d'une cause illicite par nature contraire aux intérêts privés de la personne représentée. L'auteur du détournement peut aussi agir dans le seul but de favoriser ou au contraire de nuire à autrui[940]. En droit administratif, l'acte peut se manifester par des mesures contraires à l'intérêt public, « *prises en défaveur d'administrés ou de fonctionnaires* … »[941]. Il s'agit d'une des manifestations possibles du détournement car le caractère malveillant ne semble pas inhérent à ce manquement

L'appréciation des mobiles de l'auteur de l'acte est essentielle car leur non-conformité au véritable but de la mission illustre une manifestation de détournement de pouvoir[942]. Cet exercice peut tout de même être difficile tant la recherche de la réelle motivation des contractants s'avère à la fois abstraite[943] et périlleuse[944]. Il est ainsi nécessaire que « *la technique juridique dégage les règles permettant d'apprécier les fins poursuivies dans l'exercice des droits* »[945].

Le détournement de pouvoir s'apprécie de surcroît après l'accomplissement de l'acte, donc *a posteriori*, par la recherche des mobiles de l'auteur. Il importe peu ici de se référer à l'étendue des pouvoirs confiés au prestataire, cette information ne permet nullement de caractériser un détournement de pouvoir. Seuls les mobiles du prestataire, en tant qu'éléments subjectifs[946], doivent être recherchés *a posteriori* afin de confirmer la manifestation d'un détournement. Ces différents éléments ne se retrouvent pas en présence d'un dépassement. Ces deux notions sont donc distinctes.

---

939 LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, n° 391, p. 285.

940 KARILA DE VAN (J.), « Le droit de nuire », *RTD civ.*, 1995, p. 533.

941 CORDIER-DUMONNET (N.), *Le détournement d'institution,* thèse, Université de Bourgogne, 2010, n° 145, p. 148.

942 GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, n° 151 : « *Positivement, le contrôle du détournement de pouvoir consiste à confronter le mobile qui a animé l'auteur de l'acte au but poursuivi par la norme dont il tient ses pouvoirs. […] C'est l'inadéquation des mobiles au but qui caractérise le détournement de pouvoir.* »

943 Le dépassement de mission est au contraire parfaitement concret car il ne s'apprécie pas en fonction de la personne du prestataire.

944 LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, *op. cit.*, n° 392, p. 286 : « *Il est très difficile pour un juge de déterminer dans quel but une décision a été prise, parce que la finalité de la décision est subjective.* »

945 RIPERT (G.), *Le règle morale dans les obligations civiles*, 3e éd., LGDJ, 1935, n° 103.

946 GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *Traité de droit civil (les effets du contrat)*, 3e éd., LGDJ, 2001, n° 958, p. 1030. LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, op. cit.*, n° 392, p. 286 : « *Le rapprochement du but et de l'intention atteste du caractère* « *subjectif* ». » Voir aussi, GULPHE (P.), concl. sous Ass. Plén., 10 juin 1977, *JCP*, 1977, II. 18730.

179. Des différences significatives. À la différence du dépassement de mission, le détournement s'apprécie essentiellement à la lumière de son auteur. Le dépassement s'apprécie certes eu égard au prestataire mais également et avant tout en fonction du créancier. En effet, ce dernier est le seul véritable contractant à pouvoir apprécier avec certitude la réalité d'un dépassement dans la mesure où il connaît mieux que quiconque l'étendue de la mission de son débiteur. Il en est différemment en présence d'un détournement car la recherche de la volonté de l'auteur y est primordiale.

En outre, le détournement suppose nécessairement un agissement volontaire[947] de son auteur alors que le dépassement ne requiert pas impérativement le respect de cette condition. Un dépassement de mission n'est pas toujours volontaire, il peut aussi être accidentel ou résulter d'une imprudence du prestataire.

180. La prise en compte réelle du comportement. Le prestataire accomplit un détournement s'il poursuit un intérêt personnel au détriment de celui pour lequel il agit[948]. Il s'agit d'une atteinte au devoir de bonne foi et plus précisément d'une violation du devoir de loyauté. Le détournement peut de surcroît être observé comme une violation du solidarisme contractuel[949] par la seule prise en compte de l'atteinte aux intérêts particuliers d'un

---

947 AUBY (J.-M.), DRAGO (M.), *Traité de contentieux administratif*, t. 2, 3e éd., LGDJ, 1984, n° 1296, p. 412. CORDIER-DUMONNET (N.), *Le détournement d'institution,* thèse, Université de Bourgogne, 2010, n° 146, p. 150.

948 HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, sous la direction de Jacques Ghestin, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 31210, p. 1073. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *Droit civil, Les obligations*, 12e éd., Dalloz, 2018, n° 237, p. 266.

949 Le solidarisme est une doctrine philosophique née à la fin du XIXe siècle sous la plume du parlementaire et théoricien Léon Bourgeois en 1896. BOURGEOIS (L.), *Solidarité*, Armand Colin, 1896. Sur les origines du solidarisme, V. not. RÉMY (Ph.), « La genèse du solidarisme », *in Le solidarisme contractuel*, sous la direction de Luc Grynbaum et Marc Nicod, Études juridiques, Economica, 2004, p. 4. Le Professeur Leveneur affirme cependant que le solidarisme contractuel est un mythe et il soutient à ce titre que l'abnégation totale et le sacrifice de ses propres intérêts n'existent « *pas entre deux contractants dans la réalité contractuelle*. » Sur ce point, V. LEVENEUR (L.), « Le solidarisme contractuel : un mythe », *in Le solidarisme contractuel*, sous la direction de Luc Grynbaum et Marc Nicod, Études juridiques, Economica, 2004, p. 174. Inversement, selon le Professeur Mazeaud : « *le solidarisme contractuel me paraît indiscutablement constituer une réalité en doctrine et en droit positif*. » Sur ce point, V. MAZEAUD (D.), « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », *in Le solidarisme contractuel*, sous la direction de Luc Grynbaum et Marc Nicod, Études juridiques, Economica, 2004, p. 57. DE JUGLART (M.), « L'obligation de renseignement dans les contrats », *RTD civ.*, 1945, n° 1, p. 1. La collaboration entre les parties est : « *une des manifestations de cet esprit de solidarité qui caractérise notre époque, par réaction contre l'individualisme du XIXe siècle.* » Le Doyen Cornu s'interrogeait déjà sur la question du solidarisme contractuel dès la fin des années 1960. Sur ce point : LEQUETTE (Y.), « La pensée humaniste de Gérard Cornu en droit des contrats » *in Hommage à Gérard Cornu, Droit et sagesse*, Association Henri Capitant, Dalloz, 2009, p. 38 : « *On pourrait de ce qu'une telle interrogation trouve une réponse dans l'œuvre de Gérard Cornu, le débat suscité par la doctrine solidariste lui étant, pour l'essentiel, très largement postérieur.* » Le principe du solidarisme contractuel n'a pas disparu de la pensée doctrinale : COURTIER-CUISINIER (A.-S.), *Le solidarisme contractuel*, préface d'Eric Loquin, Litec, 2006. CEDRAS (J.), « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Rapport annuel de la Cour de cassation*, La documentation Française, 2004, p. 215. JAMIN (C.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *in Mélanges en l'honneur de Jacques Ghestin,* LGDJ, 2001, p. 441. Sur la question du droit solidariste, voir aussi TOURNAFOND (O.), « » Les deux métamorphoses du droit français » observations hétérodoxes d'un civiliste sur la double mutation du droit des obligations et des sources du droit » *in Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, LexisNexis, Litec, 2007, p. 623, n° 8 : « *Le droit contemporain a cessé de voir dans le lien contractuel un rapport*

…/…

contractant[950]. Dans le cadre du mandat, le représentant utilise les pouvoirs qui lui ont été accordés pour son profit personnel « *au lieu de se laisser guider par l'intérêt du représenté* »[951].

D'une manière générale, il y a détournement à l'unique condition que son auteur ne respecte pas la finalité des pouvoirs qu'il a reçus[952]. Il ne respecte pas « *les limites intellectuelles, psychologiques* … »[953]. Le détournement de pouvoir est ainsi synonyme de détournement de finalité[954]. Le prestataire peut chercher à s'avantager, à avantager un tiers[955] ou tout simplement à désavantager celui pour qui il agit[956]. C'est la raison pour laquelle le caractère fautif semble plus prononcé en présence d'un détournement qu'en présence d'un dépassement. Le dépassement n'est pas nécessairement le révélateur d'une atteinte au devoir de loyauté alors que détournement l'est par essence.

181. Le détournement par principe opposable au dépassement. Le détournement s'apprécie *a posteriori* en considération des seules intentions du prestataire alors que le dépassement s'apprécie nécessairement *a priori* en fonction de la délimitation originelle de sa mission par le bénéficiaire. Il s'agit d'une première distinction notable entre ces deux manquements.

Le détournement repose également sur le critère intentionnel ou finaliste de celui qui l'accomplit. La réflexion repose ici sur une considération subjective car propre à la personne

de force antagoniste. Certes, il est normal que chacun privilégie ses intérêts, mais au-delà de ce naturel égocentrisme contractuel, le droit français a redécouvert cette idée à la fois très ancienne et très moderne qui veut que chaque contractant s'efforce de procurer à l'autre la satisfaction attendue. Il est sans doute excessif de demander aux contractants de « s'aimer comme des frères », mais il est légitime de demander à chacun d'entre eux de prendre en compte les intérêts de l'autre, surtout quand cela ne leur impose aucun sacrifice. »

950 SAVAUX (É.), « Solidarisme contractuel et formation du contrat », *in Le solidarisme contractuel*, sous la direction de Luc Grynbaum et Marc Nicod, Études juridiques, Economica, 2004, p. 47 : « *Le solidarisme de la formation, comme le solidarisme en général, est une question d'intérêts.* »

951 VEAUX (D.), « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français » *in Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XXVIII, Economica, 1980, n° 1-6, p. 77-80. Voir aussi, MIGNOT (M.), « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (III) », *LPA*, 2016, n° 52, p. 7.

952 LEROUX (L.), *La responsabilité en matière sportive*, thèse, Rennes, Imprimerie commerciale de Bretagne, 1935, p. 135 : « … *soit qu'ils excèdent en profondeur leur compétence, par des actes* « *au-delà* » *des fonctions qui leur ont été attribuées (dépassement de pouvoirs), ou par des actes de leur compétence, mais accomplis dans un but autre que le but convenu (détournement de pouvoirs)* … ».

953 MIGNOT (M.), *art. cit.*

954 FRANCOIS (J.), « L'acte accompli par le mandataire en dehors de ses pouvoirs et le mécanisme du contrat de mandat », *D.*, 2018, p. 1215, n° 2 : » *Le détournement introduit, à l'initiative du représentant, un élément illicite dans l'acte accompli qui tient à sa finalité* ».

955 Civ. 3e, 29 novembre 1972, pourvoi n° 71-14.224, Bull. civ. III, n° 646.

956 Un avocat accomplit en ce sens un détournement de pouvoir s'il s'obstine à poursuivre une procédure judiciaire malgré le refus de ses clients motivés par des raisons pécuniaires. Il porte ici atteinte à son devoir de probité. Sur ce point, voir : CA, Agen, 7 février 1996, Juris-Data, 043170. WICKER (G.), « Le nouveau droit commun de la représentation dans le Code civil », *D.*, 2016, p. 1942 : « *La seconde condition, de nature processuelle, est que la nullité ne peut être invoquée que si le détournement se réalise au détriment du représenté.* »

du titulaire[957]. La seconde distinction résulte du fait que le détournement est une atteinte à l'esprit de la mission alors que le dépassement est une atteinte à sa lettre[958].

Le détournement n'illustre pas, en principe, un accomplissement excessif de la mission[959], lequel s'apprécie objectivement par l'étude d'une limitation préalable de son étendue. De ce fait, « *le contrôle du détournement de pouvoir suppose que l'acte ait été passé par son auteur dans les limites objectives de ses pouvoirs.* »[960]. L'auteur du détournement de pouvoir n'outrepasse pas en principe les limites de sa mission[961] mais porte véritablement atteinte à son devoir de loyauté.

Par exception, il est tout à fait possible d'envisager une situation contractuelle dans laquelle un prestataire outrepasse les limites de sa mission tout en s'écartant de sa finalité en agissant dans son intérêt personnel. Dans cette hypothèse bien spécifique, le dépassement se confond avec le détournement car les caractères essentiels de ces deux manifestations de volonté sont présents et identifiables.

Enfin, le détournement ne révèle pas irrémédiablement une volonté de nuire, il ne s'agit pas de l'essence de cette notion mais d'une manifestation possible. Pour cette raison, il est possible de soutenir que le détournement est plus proche de l'abus que de l'excès, sans en être un parfait synonyme[962].

182. La responsabilité du prestataire. Dans l'hypothèse du détournement, le mandataire exécute mal sa mission et engage sa responsabilité contractuelle à l'égard du mandant mais également à l'égard des tiers de bonne foi[963]. L'acte peut cependant être annulé à la demande du mandant dans l'éventualité selon le Professeur Bénabent d'une entente frauduleuse[964] entre le mandataire malveillant et le tiers[965]. Faut-il en déduire que la complicité du tiers est

957 DISSAUX (N.), « Articles 1152 et suivants : la représentation », *RDC*, 2015, n° 3, p. 749.

958 VEAUX (D.), « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français », *art. cit.*

959 Com. 27 mai 1997, pourvoi n° 95-11.921, Bull. civ. IV, n° 155. MATHEY (N.), *Rép. civ.,* V° Représentation, n° 58. Rapport, JO, 11 février 2016 : « *le représentant agit bien dans les limites de ses pouvoirs.* »

960 GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, n° 165.

961 GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *Traité de droit civil (les effets du contrat)*, 3e éd., LGDJ, 2001, n° 958, p. 1030 : « … *le représentant n'a pas agi dans la limite de son pouvoir (cette limite n'est qu'apparemment respectée en cas de détournement).* »

962 Le détournement et l'abus de confiance sont tout de même deux notions très proches notamment en présence de professionnels chargés du maniement de fonds comme les avocats par exemple. Sur ce point, BÉNABENT (A.), « La responsabilité des professionnels du droit en France », *in Les professions juridiques (Journées Cambodge-Vietnam)*, t. LXI, Travaux de l'Association Henri Capitant, LB2V et Bruylant, 2012, p. 762 : « *Le détournement, qui consomme l'infraction et s'apprécie selon un critère finaliste d'après le but de la remise, peut prendre des formes variées.* »

963 Civ. 1er, 8 juillet 1986, pourvoi n° 85-10.089, Bull. civ. I, n° 195.

964 BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 695 : « *Même lorsque le mandataire reste dans la limite de ses pouvoirs, la représentation est écartée dans le cas du détournement de pouvoir, c'est-à-dire de collusion frauduleuse entre le mandataire et le tiers, selon la règle* « *fraus omnia corrumpit* », *aujourd'hui relayée par le nouvel article 1157.* »

965 Civ. 1er, 18 novembre 1964, Bull. civ. I, n° 510 : « …*appréciant le comportement de B., la cour d'appel déclare que celui-ci* « *apparaît comme un mandataire ou un gérant d'affaire non seulement abusif mais encore infidèle.* » ». WICKER (G.), « Le

…/…

nécessaire afin d'obtenir la nullité de l'acte[966] ? Le texte de l'article 1157 du Code civil n'impose pas l'existence d'une collusion frauduleuse mais uniquement d'une connaissance du détournement par le tiers[967]. Cette condition est plus facile à prouver qu'une collusion frauduleuse avec le représentant[968]. Le tiers doit seulement être de mauvaise foi, autrement dit avoir conscience du vice attaché à l'acte[969]. Une question se pose cependant : comment savoir avec certitude si le tiers ne pouvait ignorer le détournement de pouvoir ?

Dans l'éventualité où le tiers aurait véritablement ignoré le détournement de pouvoir, le représenté ne pourrait pas solliciter la nullité de l'acte mais pourrait toujours agir en responsabilité contre le représentant[970].

La sanction de la nullité de l'acte est mentionnée « *très classiquement* »[971] par l'article 1157 du Code civil dans le domaine plus général de la représentation[972]. Une telle règle était attendue dans la mesure où le Titre XIII du Code civil relatif au contrat de mandat ne traite

---

nouveau droit commun de la représentation dans le Code civil », *D.*, 2016, p. 1942 : « *Le prononcé de la nullité suppose toutefois que deux autres conditions soient remplies. La première, qui n'est pas nouvelle, est que le tiers contractant ait connu, ou n'ait pu ignorer, le détournement de pouvoir ; autrement dit, il faut que sa mauvaise foi soit établie ou qu'elle puisse se déduire des circonstances entourant la conclusion du contrat.* »

966 DIDIER (Ph.), « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *La semaine juridique Edition générale*, n° 20-21, 16 mai 2016, p. 580 : « *La sanction du détournement de pouvoir est une autre question où la réforme essaye de clarifier un point qui divisait la doctrine et la jurisprudence. […] Quant au régime qui est fait, il repose sur la nullité de l'acte résultant d'un détournement de pouvoir accompli avec la complicité du tiers. Par un raisonnement a contrario, on doit comprendre que le détournement de pouvoir ne produit d'effet spécifique qu'en présence de la complicité du tiers. Hors cette complicité, l'acte est considéré comme valable. Il s'agit donc d'une complicité délibérée ou par négligence.* »

967 CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 393, p. 319 : « *le texte n'exige pas l'existence d'une collusion frauduleuse entre le représentant et le tiers contractant ; il se contente de la connaissance objective du détournement par le tiers ou de la légèreté de celui-ci …* ». TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *Droit civil, Les obligations*, 12e éd., Dalloz, 2018, n° 237, p. 266 : « *il faut que le tiers-contractant ait connu ou n'ai pu ignorer le détournement de pouvoir, ce qui suppose de démontrer sa mauvaise foi mais non sa collusion frauduleuse avec le représentant.* » WICKER (G.), « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », *in La représentation en droit privé, 6e Journées franco-allemandes* sous la direction de Guillaume Wicker, Reiner Schulze et Denis Mazeaud, 1er éd., vol. 26, Société de législation comparée, 2017, n° 31, p. 61 : « *il faut que sa mauvaise foi soit établie ou qu'elle puisse se déduire des circonstances entourant la conclusion du contrat.* »

968 DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 249 : « *L'acte ne peut donc être inopposable mais comme la fraude corrompt tout, il peut tout de même être attaqué par le représenté qui se trouve lié à tort.* »

969 ANCEL (F.), FAUVARQUE-COSSON (B.), GEST (J.), *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Essai, Dalloz, 2017, n° 23.71, p. 117. STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Le nouveau droit de la représentation et le contrat de mandat », *art. cit.*, p. 91 : « *cette notion de mauvaise foi est plus large que celle de fraude.* »

970 CHÉNEDÉ (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz référence, 2e éd., 2019-2010, n° 123.34, p. 52.

971 WICKER (G.), « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », *in La représentation en droit privé, 6e Journées franco-allemandes* sous la direction de Guillaume Wicker, Reiner Schulze et Denis Mazeaud, 1er éd., vol. 26, Société de législation comparée, 2017, n° 30, p. 60. Selon le Professeur Stoffel-Munck, cette sanction révèle pourtant « *un plus grand parfum de nouveauté.* » Voir sur ce point, STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Le nouveau droit de la représentation et le contrat de mandat », *art. cit.*, p. 91.

972 MERCADAL (B.), *Réforme du droit des contrats*, Editions Francis Lefebvre, 2016, p. 123.

jamais spécifiquement du détournement de pouvoir du mandataire[973]. Bien que le texte ne le mentionne pas directement, la nullité sanctionnant le détournement ne peut être que relative car elle protège une atteinte à l'intérêt particulier du représenté[974]. Il faut cependant souligner que l'article 1157 ne donne aucune définition du détournement[975].

Indépendamment de cette responsabilité du mandataire, le mandant reste engagé[976] si son représentant a détourné ses pouvoirs tout en se maintenant dans les limites de la mission[977]. La différence se manifeste ainsi entre une mauvaise exécution de ses pouvoirs à savoir un détournement et un excès dans l'exécution à savoir un dépassement. La réforme du droit des obligations permet également de clarifier la distinction entre le détournement et le dépassement.

183. Distinction des effets du dépassement et du détournement dans le nouveau droit des obligations. Dans sa nouvelle section relative à la représentation, le Code civil contient désormais un article relatif aux effets du dépassement de pouvoir[978] et un autre portant spécifiquement sur le détournement de pouvoir[979]. Les sanctions sont différentes en fonction du manquement constaté. L'inopposabilité de l'acte sanctionne le dépassement de pouvoir alors que le détournement est sanctionné par la nullité en présence d'un tiers de mauvaise foi. L'article 1157 du Code civil dispose en ce sens que : « *Lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer.* ». Ce texte consacre la jurisprudence antérieure qui sanctionnait déjà majoritairement les détournements de pouvoir par la nullité de l'acte[980].

Les tribunaux devront cependant préciser ce qu'il faut entendre par détournement « *au détriment du représenté* ». Cette condition peut en effet faire l'objet d'interprétations variables selon les situations mais surtout selon les personnes. Le problème se pose notamment en

---

973 FRANCOIS (J.), « L'acte accompli par le mandataire en dehors de ses pouvoirs et le mécanisme du contrat de mandat », *D.*, 2018, p. 1215, n° 1. Les dispositions du Code civil réglementant le contrat de mandat « *n'évoquent pas particulièrement le cas du détournement de pouvoir.* »

974 WICKER (G.), « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », *in La représentation en droit privé, 6e Journées franco-allemandes* sous la direction de Guillaume Wicker, Reiner Schulze et Denis Mazeaud, 1er éd., vol. 26, Société de législation comparée, 2017, n° 30, p. 61.

975 DIDIER (Ph.), « La représentation dans le nouveau droit des obligations » *in Libres propos sur la réforme du droit des contrats. Analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016*, LexisNexis, 2016, p. 54 ; DOUVILLE (T.), *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article*, 1er éd., Gualino, 2016, p. 123.

976 Sauf si le mandant demande la nullité de l'acte conclu dans l'éventualité où le tiers avait connaissance du détournement.

977 LE TOURNEAU (Ph.), *Rép. civ.,* V° Mandat.

978 Article 1156.

979 Article 1157.

980 La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations se conforme à cette position jurisprudentielle. L'article 1157 du Code civil dispose en effet que : « *Lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer.* »

présence d'un acte accompli en apparence au détriment du représenté mais qui, ultérieurement ou sur le long terme, serait bénéfique pour lui et de ce fait conforme à ses intérêts.

L'appréciation de la sanction adéquate en doctrine peut cependant parfois conduire à un léger parallèle entre dépassement et détournement[981]. Le bénéficiaire de la prestation reste protégé en présence d'un dépassement comme en présence d'un détournement. Ce constat conduit certains auteurs à proposer de sanctionner ces deux manquements de la même manière[982] car le dépassement et le détournement n'ont communément aucun effet sur la personne du représenté. Au-delà de la différence de sanction, certains auteurs critiquent le traitement spécifique accordé au détournement de pouvoir[983].

Le Professeur Danis-Fatôme rapproche précisément ces deux notions dans sa thèse en retenant que l'inefficacité de l'acte s'impose en présence d'un dépassement de pouvoir comme en présence d'un détournement de pouvoir[984]. Le Professeur Pétel voit par ailleurs dans le dépassement de mission du mandataire une forme d'abus de pouvoirs[985].

Si le dépassement est le franchissement des limites objectives de la mission, il est possible par extension d'affirmer que le détournement est le franchissement des limites subjectives[986]. Cependant, cela peut paraître contestable sauf à considérer que le détournement est le franchissement d'une limite morale. À la lumière de cette conception, il est effectivement possible d'apprécier le détournement comme une forme figurée ou alternative de

---

981 GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, n° 181 : « *Certains auteurs se sont pourtant prononcés dans le sens de l'inopposabilité à l'idée qu'il s'agirait de la sanction de droit commun du dépassement de pouvoirs et qu'il n'y aurait pas lieu de traiter autrement de détournement de pouvoirs* … ».

982 GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *Traité de droit civil (les effets du contrat)*, 3e éd., LGDJ, 2001, n° 958, p. 1030 : « … *dans les deux cas, l'effet est identique : l'acte accompli par un représentant qui dépasse ou détourne son pouvoir est en principe dénué d'effet à l'égard du représenté.* » ; CABRILLAC (R.), « La théorie générale de la représentation dans le projet de réforme du droit des contrats français » *in Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, n° 10, p. 116 : « *Il nous semble peu opportun de procéder à une distinction pour aboutir à deux sanctions différentes, inopposabilité en cas de dépassement de pouvoirs, nullité en cas de détournement de pouvoirs. Mieux aurait valu intégrer l'hypothèse de détournement de pouvoir dans l'article 1156*. »

983 DANIS-FATÔME (A.), « Proposition de modification de l'article 1156 du Code civil : le défaut de pouvoir du représentant », *RDC*, 2017, n° 01, p. 177 : « *On peut aussi s'interroger sur le bien-fondé du choix du législateur consistant à réserver, là encore un traitement spécifique à l'hypothèse du détournement de pouvoirs*. »

984 DANIS-FATÔME (A.), *Apparence et contrat*, préface de Geneviève Viney, LGDJ, 2004, n° 184, p. 126 : « *Ces dispositions légales envisagent l'inefficacité de l'acte passé par le mandataire dans la seule hypothèse où celui-ci a dépassé ses pouvoirs. Cette inefficacité peut aussi résulter du fait que le mandataire a agi dans son intérêt et non pas dans celui du mandant, le détournement de pouvoir se ramenant à un dépassement de pouvoir*. »

985 PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, Litec, n° 68 : « *lorsque le mandataire accomplit un acte non conforme aux instructions qui définissaient l'étendue de la mission, il commet par hypothèse un abus de pouvoir*. »

986 SEUBE (J.-B.), DUMONT-LEFRAND (M.-P.), GOUT (O.), LANDEL (J.), *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, Éditions législatives, 2018, p. 84 : « *Si le dépassement suppose une approche objective passant par la comparaison des pouvoirs confiés et de l'acte accompli, le détournement nécessite une approche beaucoup plus subjective*. » PATARIN (J.), « L'abus de pouvoir ou de fonctions », *JCP*, 1982, II, 19809, note sous Civ. 1er, 17 juin 1981, p. 541. FRANCOIS (J.), « L'acte accompli par le mandataire en dehors de ses pouvoirs et le mécanisme du contrat de mandat », *D.*, 2018, p. 1215, n° 2 : « *Le mandataire qui détourne ses pouvoirs reste formellement dans leur cadre. Il ne s'agit pas d'un débord objectif, mais d'une irrégularité subjective* ».

dépassement[987] ; cependant, cette conception ne correspond pas au véritable sens du dépassement par nature objectif et concret.

B. La comparaison du pouvoir et de l'acte conclu, critere du depassement

184. Une délimitation précise des instructions. L'appréciation d'un dépassement de mission est en théorie relativement simple en apparence car elle se résume dans un premier temps à comparer objectivement ce qui a été promis et ce qui a été accompli[988]. Par ailleurs, le dépassement est appréciable à l'impérieuse condition que la délimitation de sa mission soit effective et suffisamment claire afin que le prestataire puisse s'y référer. En présence d'instructions précises et non équivoques du créancier, le dépassement peut donc s'observer aisément au regard de l'acte accompli en méconnaissance des limites fixées. La notion « *d'instructions précises et non équivoques* » est très importante car elle signifie que le créancier a fait preuve d'une clarté suffisante dans la transmission de sa volonté pour placer le prestataire dans des circonstances favorables au bon accomplissement de sa mission. En effet, les instructions doivent être précises et non équivoques pour le créancier mais avant tout pour le prestataire car sa compréhension des limites de son engagement est directement liée au bon accomplissement de sa mission.

L'unique réflexion réside dans la reconnaissance du caractère excessif de l'acte à l'origine de ce manquement. L'excès est ainsi le seul véritable critère d'identification du dépassement ; cela signifie que le facteur intentionnel n'entre pas en considération. Le dépassement doit donc être apprécié objectivement.

185. L'appréciation objective du dépassement. Il n'est pas nécessaire de s'interroger sur la personne de l'auteur du dépassement ; ce critère n'entre pas en considération dans la prise en compte de ce manquement spécifique. Le fait que le prestataire agisse dans le cadre d'une activité onéreuse ou bénévole ne devrait pas justifier une différence d'analyse dans la reconnaissance du dépassement. De même, le fait pour le prestataire de connaître personnellement son créancier ne doit pas avoir la moindre incidence sur la reconnaissance d'une situation de dépassement de mission.

Il n'importe nullement de savoir pourquoi le prestataire a dépassé les limites de sa mission. La motivation ou le but de l'auteur du dépassement ne sont pas des éléments d'information utiles car il n'est pas en principe pertinent de rechercher les raisons d'un dépassement. La volonté de dépasser n'apporte aucun élément concret, seul compte le résultat, c'est-à-dire la

---

987 DIDIER (Ph.), « La représentation dans le nouveau droit des obligations » *in Libres propos sur la réforme du droit des contrats. Analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016*, LexisNexis, 2016, p. 54 : « *D'emblée, le législateur a pris le parti de traiter la question du détournement de pouvoir de façon séparée de celle du dépassement de pouvoir. De la sorte est condamnée l'idée que le détournement de pouvoir serait un cas particulier de dépassement de pouvoir.* »

988 GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *Traité de droit civil (les effets du contrat)*, 3e éd., LGDJ, 2001, n° 958, p. 1030 : « *Le dépassement de pouvoir s'apprécie objectivement, par une comparaison entre ce qui a été réalisé et ce qui pouvait l'être* … ».

violation des instructions donc le dépassement. La prise en compte des mobiles n'est en conséquence absolument pas souhaitable car le dépassement s'apprécie objectivement. L'esprit de l'auteur du dépassement n'est pas et ne doit pas devenir un critère d'identification. De surcroît, le dépassement ne s'apprécie pas uniquement en fonction du prestataire mais en fonction du bénéficiaire de la prestation. L'appréciation de tout dépassement de mission dépend en effet de la réunion de deux éléments complémentaires.

186. Les deux éléments d'appréciation de tout dépassement de mission. La réflexion à l'origine de la reconnaissance d'une situation de dépassement de mission réside dans la comparaison entre ce qui est fait et ce qui aurait dû être fait. Ces deux éléments sont par nature indispensables et par conséquent pleinement complémentaires. L'acte accompli par le prestataire constitue la première des deux sources d'information permettant d'apprécier la réalité du dépassement. La seconde source est l'expression de la volonté du bénéficiaire de la prestation au regard des instructions transmises. La question s'est ainsi posée dans le cadre de cette étude de l'ordre de présentation des deux sources précitées. En effet, la classification proposée fait de l'acte du prestataire la première source d'information alors que les instructions illustrant la volonté du bénéficiaire ne constituent qu'une source secondaire.

Faut-il voir dans cette classification une volonté de hiérarchiser l'importance des deux sources précitées ? Il ne serait pas possible *stricto sensu* d'analyser cette classification comme une forme de hiérarchisation dans la mesure où ces deux sources d'information semblent en apparence avoir une importance identique. Il est par principe impossible de caractériser la manifestation d'un dépassement de mission sans observer la manifestation concrète de l'acte du bénéficiaire. Il faut donc tenir compte d'un résultat en tant que manifestation d'un choix du prestataire durant la phase d'exécution de sa mission. Parallèlement, la prise en compte de la manifestation de volonté du prestataire est dépourvue de sens voire contreproductive sans la prise en compte immédiate de la volonté du bénéficiaire.

La confrontation entre, d'une part, la volonté du créancier et, d'autre part, le résultat de l'action du prestataire est la seule véritable méthode d'appréciation d'un dépassement de mission. Il faut donc en déduire que ces deux éléments d'information sont d'importance identique. Pourquoi ne pas inverser l'ordre ainsi proposé ? Cette classification semble plus propice dans le cadre de cette étude car la manifestation concrète de volonté du prestataire peut être analysée comme le point de départ du dépassement ; l'acte de dépassement en est la concrétisation, la manifestation voire la matérialisation. La prise en compte de l'acte du prestataire en tant que manifestation du dépassement ne constitue pas un élément plus important que la prise en compte de la volonté du créancier mais l'acte du prestataire reste irrémédiablement à l'origine de la réflexion visant à confronter ce qui a été fait à ce qui aurait dû être fait. Il faut nécessairement un résultat pour être en mesure de le confronter à la volonté du créancier. Pour cette raison, l'acte du prestataire est présenté avant la volonté du bénéficiaire. L'auteur du dépassement importe peu ; seul compte d'une part le résultat, l'acte objet du dépassement, et d'autre part la réaction du créancier.

187. Abus, détournement et dépassement de pouvoir. Le Professeur Houtcieff établit un lien en l'abus et le détournement de pouvoir[989]. Cela conduit à s'interroger sur l'existence éventuelle d'un lien entre le dépassement de pouvoir et l'abus de pouvoirs ?

Pour certains auteurs, le dépassement de pouvoir du mandataire se manifeste effectivement par un abus de pouvoirs[990]. Il faut tout d'abord apprécier le sens de cette notion[991] afin de pouvoir prendre position sur cette réflexion.

Pour le Professeur Patarin, « *L'abus peut résider dans la violation des buts en vue desquels les pouvoirs ont été conférés, mais il peut consister aussi dans l'incorrection des moyens employés ou dans l'inadéquation de l'acte aux circonstances.* »[992]. À la lumière de cette définition, l'abus peut effectivement se manifester par un détournement de pouvoir ou encore par un dépassement de pouvoir. Le Professeur Patarin se concentre ici sur la manifestation de l'abus ; il convient aussi de présenter les effets de ce manquement. En ce sens, l'abus de pouvoirs est apprécié par le Professeur Ghestin comme « *un usage mauvais que l'on fait de quelque chose* »[993], tout en précisant qu'il s'agit « *d'un usage mauvais, excessif ou injuste* »[994]. L'abus peut aussi être appréhendé comme une manifestation de volonté guidée par le profit[995] ou encore par la seule intention de nuire[996]. Cette position est spécifiquement soutenue par le Professeur

989 HOUTCIEFF (D.), *Droit des contrats*, 2e éd. Larcier, 2017, n° 231 : « *Il arrive encore que le représentant abuse ou détourne son pouvoir : il agit alors dans son propre intérêt et non dans celui du représenté.* »

990 Par exemple, HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil, op. cit.*, n° 31210, p. 1073. PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, Litec, n° 68. VEAUX (D.), « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français » *in Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XXVIII, Economica, 1980, n° 1-6, p. 77-80. Plus récemment, PARDESSUS (Ch.), « La réforme du droit des obligations : le point de vue du courtier d'assurances », *RGDA* décembre 2017, n° 11, p. 659 : « *les grandes catégories de « pathologies » autour de la représentation sont désormais identifiées et traitées : l'absence de pouvoir, l'abus de pouvoir et le détournement de pouvoir sont juridiquement sanctionnés …* ».

991 VEAUX (D.), « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français » *in Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XXVIII, Economica, 1980, p. 79 : « *La question se pose alors de savoir s'il faut prendre l'abus de pouvoir au sens étroit du détournement de pouvoir, ou s'il faut entendre l'expression au sens large, englobant le dépassement de pouvoirs.* »

992 PATARIN (J.), « Rapport de synthèse », *in Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XXVIII, Economica, 1980, p. 536.

993 GHESTIN (J.), « L'abus dans les contrats », *Gaz. Pal.*, 1981, 2, doct., p. 379.

994 *Ibid.*

995 WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », *in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la direction de Pauline Rémy-Corlay et Dominique Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 169 : « … *le titulaire du pouvoir l'exercerait abusivement s'il ne respectait pas l'équilibre initial, c'est-à-dire s'il modifiait cet équilibre à son profit.* »

996 GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, n° 164. JOSSERAND (L.), *De l'Esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits,* Dalloz, Paris, 1927, n° 268, p. 341 : « *L'intention de nuire représente, traditionnellement, la forme typique, l'aliment normal de l'abus des droits. […] Cette fonction du concept de l'abus est tellement importante et tellement nécessaire que certains auteurs lui ont attribué une valeur exclusive et qu'ils ont vu, dans l'intention de nuire, plus ou moins largement comprise, l'unique critère, l'unique symptôme annonciateur et constitutif de l'abus.* » SAVATIER (R.), *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédura*l, t. 1, Les sources de la responsabilité civile, 2e éd., LGDJ, 1951, n° 66, p. 85.

Stoffel-Munck dans sa thèse de doctorat consacrée à l'abus dans le contrat : « *l'intention de nuire est le premier critère de cette faute dans l'exercice d'un droit contractuel qu'on va nommer* « *abus* ». »[997].

Pour le Professeur Josserand, l'intention de nuire est « *peut-être de tous les ressorts illégitimes de la volonté celui qui présente le plus d'intérêt pratique et auquel nos juridictions se réfèrent le plus volontiers […] son caractère antisocial est certain.* »[998]. De surcroît, elle peut constituer « *un minimum au-dessous duquel l'abus de droit n'existe plus.* »[999]. À la lecture de cette conception doctrinale, le caractère malveillant ou frauduleux[1000] peut être inhérent à l'abus[1001]. Or cet élément ne caractérise pas nécessairement tous les dépassements. Le prestataire peut éventuellement dépasser sa mission dans le seul but de porter atteinte aux intérêts du créancier. Il s'agit néanmoins de reconnaître qu'il serait excessif et caricatural de prêter un tel raisonnement à l'ensemble des prestataires en situation de dépassement. L'objectif de l'atteinte aux intérêts du créancier serait en outre paralysé par l'inopposabilité prévue à l'article 1156 du Code civil. Le prestataire peut être de bonne foi dans deux hypothèses : premièrement lorsqu'il ignore sincèrement être en situation de dépassement de mission et deuxièmement lorsqu'il dépasse volontairement sa mission afin de protéger les intérêts de son créancier en lui procurant un avantage par exemple.

En outre, l'abus de pouvoirs peut s'affranchir de ce caractère malveillant et regrouper ainsi tous les actes étrangers à la volonté première du bénéficiaire. Dans cette hypothèse, l'abus de pouvoirs peut s'illustrer par le dépassement ou par le détournement[1002]. Telle est la position du Professeur Daniel Veaux dans ses écrits présentés dans les travaux de l'Association Henri

997 STOFFEL-MUNCK (Ph.) *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, préface de Roger Bout, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 337, 2000, n° 16, p. 28.

998 JOSSERAND (L.), *De l'Esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits,* Dalloz, Paris, 1927, n° 300, p. 382.

999 *Ibid.* Certains auteurs réfutent pourtant ce lien entre abus et malveillance. Sur ce point, voir notamment : AUBRY et RAU, 5e éd., t. VI, § 444, p. 340, note 2 bis.

1000 CABRILLAC (R.), « La théorie générale de la représentation dans le projet de réforme du droit des contrats français » *in Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, n° 10, p. 116 : « *Le projet distingue dépassement de pouvoirs et détournement de pouvoirs, cette dernière hypothèse paraissant exiger un comportement frauduleux du représentant.* »

1001 CADIET (L.), LE TOURNEAU (Ph.), *Rép. civ.*, V° Abus de droit, 2017, n° 81 : « *L'abus se traduira donc par une faute du contractant (le contrat étant regardé comme un lien), consistant d'une manière générale à manquer à la bonne foi (l'abus par déloyauté ou par malice).* » LEROUX (L.), *La responsabilité en matière sportive, op. cit.*, p. 135 : « … *des fautes intentionnelles, dolosives (abus de fonctions).* »

1002 CORDIER-DUMONNET (N.), *Le détournement d'institution,* thèse, Université de Bourgogne, 2010, n° 313, p. 290, « *Il y a ainsi abus par dépassement, lorsque l'utilisateur excède les limites du mécanisme juridique qu'il utilise, et abus par détournement, lorsque, tout en restant dans les limites du mécanisme utilisé, le sujet poursuit une fin étrangère à celui-ci […] l'abus de pouvoir au sens large comprend non seulement le cas du dépassement du pouvoir par le représentant, mais aussi celui du détournement de pouvoir.* »

Capitant[1003]. Le dépassement de pouvoir est alors une manifestation possible de l'abus de pouvoirs[1004]. Cette assimilation est excessive.

188. Critique de l'assimilation entre dépassement et abus. Le seul point commun entre l'abus et le dépassement réside dans le caractère excessif de l'acte mais cela demeure insuffisant pour confondre ces deux manquements. En effet tous les dépassements sont certes excessifs mais ils ne sont pas impérativement mauvais ou injustes. En principe, le prestataire ne dépasse pas sa mission dans le seul but de nuire à son créancier. Généralement, le dépassement est involontaire et repose sur une négligence ou une imprudence voire tout simplement sur une incompréhension des limites de la mission. *A contrario*, un dépassement volontaire de mission peut aussi être motivé par le souhait de protéger les intérêts du bénéficiaire de la prestation.

Réciproquement, il ne faut pas non plus avoir une vision angélique du dépassement dans la mesure où il est toujours possible d'envisager ce manquement en présence d'un prestataire de mauvaise foi.

Par ailleurs, l'assimilation doctrinale entre abus et dépassement repose sur la prise en compte des pouvoirs de l'auteur du manquement. Il y a donc abus en présence de dépassement de pouvoir. Or cette étude ne porte pas uniquement sur le dépassement du mandataire ; elle illustre aussi les effets du dépassement de l'entrepreneur, par nature non-titulaire de pouvoir. Il ne s'agit pas d'une réflexion sur le dépassement de pouvoir mais plus généralement sur le dépassement de mission en présence d'un contrat de mandat et d'un contrat d'entreprise. Cette précision est importante car elle signifie que la conception générale du dépassement de mission présentée dans cette étude ne correspond pas forcément à la conception spécifique du dépassement du pouvoir du mandataire. Il faut par conséquent rechercher et présenter une conception globale voire uniformisée du dépassement propre au mandat et au louage d'ouvrage. C'est la raison pour laquelle l'assimilation entre abus et dépassement de pouvoir est inapplicable dans cette étude. Le dépassement de mission se conçoit dans le cadre de l'excès et non dans le celui de l'abus car il serait faux de restreindre la notion de dépassement de mission à un abus de pouvoirs.

L'étude de la carence et du détournement était motivée par le souhait de mettre en avant des situations contractuelles distinctes du dépassement afin d'identifier les contours de cette notion. Il convient désormais d'affronter la périlleuse tâche de la définition de la notion ou plus exactement de la proposition de définition en conclusion de ce chapitre.

1003 VEAUX (D.), « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français » *in Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XXVIII, Economica, 1980, n° 1-6, p. 77-80.

1004 POLLAUD-DULIAN (F.), « Abus de droit et droit moral », *D.*, 1993, p. 97 : « *La notion d'abus de droit est plurivoque, donc flexible – peut-être trop … Elle est fondée sur l'idée que l'exercice d'un droit peut se révéler fautif et engager la responsabilité de son titulaire s'il en fait un usage excessif. Deux acceptions sont répandues : la plus généralement admise par la doctrine et la jurisprudence considère que l'abus ou la faute consiste à exercer son droit sans intérêt légitime et dans le seul but de nuire à autrui.* »

CONCLUSION DU CHAPITRE II
UNE PROPOSITION DE DEFINITION DE LA NOTION DE DEPASSEMENT DE MISSION

« *En droit civil, toute définition est périlleuse* »

Javolenus, Digeste, 50, 17, 202

Il convient de clore ce chapitre par une tentative de définition de la notion de dépassement de mission. Au regard des différents caractères présentés dans le cadre de cette étude, le dépassement de mission doit être défini d'abord par sa source et ensuite par sa manifestation.

Il s'agit d'un manquement contractuel dont l'origine réside dans une manifestation unilatérale de volonté du prestataire, apprécié objectivement et *a priori* comme un accomplissement à la fois actif et excessif d'une mission préalablement délimitée, produisant une violation des instructions originelles du créancier. Il est le révélateur d'une inexécution contractuelle mais peut, par exception, être jugé conforme aux intérêts du créancier.

CONCLUSION DU TITRE II

En conclusion, la notion de « *dépassement* » est finalement bien spécifique. Elle était à l'origine absente du Code civil malgré son utilisation par Tarrible en 1804. Cela peut se justifier par le fait que son usage était particulièrement peu développé au moment de la rédaction du Code. Cependant, il est beaucoup plus interrogatif de constater que les modifications ultérieures et récentes du Code civil n'ont apporté aucune précision sur cette notion. La réforme du droit des obligations de 2016 avait ainsi l'opportunité d'inclure enfin la notion de « *dépassement* » ou le verbe « *dépasser* » dans l'une des nouvelles dispositions relatives à la représentation. Il en fut décidé autrement[1005]. Bien qu'elle soit désormais admise par la doctrine et la jurisprudence, cette notion pourtant essentielle de « *dépassement* » a semble-t-il des difficultés à trouver sa place dans le réceptacle de notre droit civil. Au-delà de l'absence de la notion, l'idée même du dépassement de mission a fait l'objet de nombreux développements doctrinaux, parmi lesquels Domat, Pothier, Troplong, Duranton ...

La reconnaissance de la bonne exécution de sa mission par le mandataire ou l'entrepreneur ne doit pas seulement se faire dans l'hypothèse d'une sous-exécution mais également dans l'hypothèse d'une « *sur-exécution* ». Il existe différentes manifestations de l'inexécution contractuelle, le dépassement de mission en fait par principe partie, excepté en présence d'une approbation du créancier. Un constat apparaît à ce stade de l'étude : le dépassement de mission constitue une inexécution singulière.

1005 Le nouvel article 1153, s'inspirant de la substance de l'article 1989 pour le mandat, dispose que : » *Le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés*. » L'article 1156, s'inspirant de la substance des articles 1997 et 1998, dispose que : » *L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté* … ».

CONCLUSION DE LA PARTIE I

La caractérisation du dépassement de mission nécessite impérativement la combinaison de deux éléments majeurs et complémentaires : une inexécution du contrat et une sur-exécution du contrat. Ces deux critères doivent également respecter certaines conditions afin de pouvoir se combiner et constituer ainsi un dépassement de mission.

L'inexécution d'un contrat ne peut être constatée sans l'existence d'une promesse et d'un résultat. L'inexécution se manifeste alors par la déconnexion de ces deux éléments. Le comportement du contractant et plus précisément du prestataire est à l'origine de la non-conformité du résultat en fonction de l'engagement pris. Il s'agit d'un constat objectif opposant ce que fait le prestataire à ce qu'il aurait normalement dû faire. Il s'agit dès lors d'un comportement fautif car le prestataire ne respecte pas la promesse faite au bénéficiaire de la prestation. Ce premier élément est cependant insuffisant à caractériser un dépassement de mission, il doit par conséquent être combiné à une manifestation contractuelle spécifique : la sur-exécution.

La sur-exécution est une manifestation contractuelle par laquelle le prestataire décide unilatéralement de passer outre ou plus exactement de dépasser une ou plusieurs limites préalablement fixées par le créancier. La sur-exécution révèle donc bien une inexécution résultant de la non-conformité entre le résultat et la promesse. Au-delà de ce postulat, la sur-exécution se manifeste par un comportement à la fois actif et excessif. La prise en compte de la volonté du prestataire est totalement indépendante de la caractérisation du dépassement de mission. Il importe nullement de savoir pourquoi le prestataire a dépassé sa mission, seul compte le résultat à savoir le fait d'avoir agi au-delà des limites. La combinaison de l'inexécution et de la sur-exécution révèle un comportement par principe fautif du prestataire. Pourtant une exception pourrait exister dans l'éventualité où le dépassement serait favorable aux intérêts du bénéficiaire. Cela signifierait alors que le principe de la force obligatoire des contrats et de l'intangibilité des conventions n'est pas absolu et qu'il doit se soumettre à certains impératifs pratiques. Le principal impératif serait la liberté offerte au créancier de se soumettre volontairement à l'acte de dépassement comme pourrait le démontrer l'étude des effets du dépassement de mission.

PARTIE II.

EFFETS DU DEPASSEMENT DE MISSION PAR LE PRESTATAIRE

189. Un manquement aux effets variés. D'une manière générale, le contrat de mandat, qui repose sur le mécanisme de la représentation, ne produit pas les mêmes effets que le contrat d'entreprise à l'égard du bénéficiaire de la prestation dans l'accomplissement normal de la mission du prestataire[1006]. Cependant, les missions du mandataire et de l'entrepreneur, en principe différentes, sont parfois enchevêtrées et la nature de l'acte à accomplir n'est pas toujours aisée à déterminer. L'onérosité de la prestation est aussi un élément supplémentaire favorisant le rapprochement de ces deux contrats. Pour la même raison, le dépassement de la mission par le mandataire ou le prestataire entraine des conséquences différentes.

Néanmoins, le dépassement de mission résulte nécessairement de la conclusion originelle d'un « *contrat source* » liant d'une part le mandant au mandataire pour le contrat de mandat et d'autre part le maître d'ouvrage à l'entrepreneur pour le contrat d'entreprise. Le « *contrat source* » peut être analysé comme un catalyseur susceptible, par sa seule existence, de produire des effets sur les parties dans l'éventualité d'un dépassement du prestataire. Il est possible de qualifier le « *contrat source* » de catalyseur car il déclenche une réaction commune par sa seule présence à l'égard des parties. Le prestataire et le bénéficiaire de la prestation subissent directement les effets du dépassement en raison de leur lien contractuel établi lors de la conclusion du contrat source. C'est pourquoi, au-delà des effets propres à chaque contrat, l'acte de dépassement produit certains effets communs à l'égard du mandant, du mandataire, du maître d'ouvrage et de l'entrepreneur. Les effets du dépassement entre les parties au contrat **(Titre I)** doivent par conséquent faire l'objet d'une première étude.

Il est certain que les parties au « *contrat source* » ne sont pas les seules personnes qui soient victimes des effets du dépassement de mission du prestataire. Il est essentiel de tenir compte également de la situation des tiers au « *contrat source* » par définition étrangers à la conclusion du contrat de mandat et du contrat d'entreprise. Ces derniers subissent pareillement les effets du dépassement dans la mesure où ils contractent avec les prestataires à l'origine du dépassement. Subissent-ils alors des effets identiques, semblables ou distincts de ceux subis par les parties ?

Ces interrogations supposent préalablement de procéder à une première identification de ces tiers au « *contrat source* ». Il s'agit par nature de tiers spécifiques dont la singularité tient à leur proximité à l'égard du dépassement : le sous-traitant dans le contrat d'entreprise et le tiers-contractant voire le mandataire substitué.

Ces trois tiers se distinguent des autres tiers, extérieurs à l'opération qualifiables en ce sens de tiers absolus ou *penitus extranei*. Les tiers absolus sont totalement étrangers au contrat et aux parties[1007]. La situation du sous-traitant, du mandataire substitué et du tiers-contractant

---

1006 Le mandataire doit nécessairement accomplir des actes juridiques et l'entrepreneur des actes matériels ou intellectuels. Or, le mandataire ne peut éviter d'accomplir accidentellement des actes matériels durant l'accomplissement de sa mission. Il en est par exemple ainsi pour l'architecte ou encore le promoteur immobilier. Voir *supra* n° 44 et s. pour le promoteur et n° 59 pour l'architecte.

1007 SCARANO (J.-P.), *Dictionnaire de droit des obligations*, Ellipses, 1999, p. 250.

est différente car ils peuvent pour certain subir les effets du dépassement ou participer à ce manquement. Ils doivent, pour cette raison, être désignés sous la dénomination de tiers « *qualifiés* ». L'analyse des effets à l'égard des tiers « *qualifiés* » **(Titre II)** complètera ainsi l'étude des effets du dépassement de mission du prestataire entre les parties.

TITRE I.

LES EFFETS ENTRE LES PARTIES AU CONTRAT

190. Des effets communs en présence de dépassements distincts. Est-il nécessaire de sanctionner un dépassement de mission ? La réponse à cette question est directement liée à la compréhension de la notion de dépassement de mission abordée dans la première partie. Il est en ce sens possible d'analyser la situation de dépassement de mission sous trois angles distincts par le biais d'une classification du degré de faute attaché à l'acte de dépassement. Tout d'abord, le dépassement peut être analysé avec sévérité, il serait alors exclusivement ou majoritairement fautif car il révèlerait une atteinte à l'intangibilité du contrat. Ensuite, le dépassement peut être analysé par principe avec bienveillance afin de soutenir que le prestataire outrepasse délibérément sa mission de bonne foi afin de préserver les intérêts de son créancier. Enfin, il est possible d'exprimer une position intermédiaire plus nuancée afin de soutenir qu'un dépassement de mission est une faute par principe révélatrice d'une atteinte aux instructions et une inexécution contractuelle tout en acceptant que le dépassement peut, par exception, être conforme aux intérêts du créancier. Cette étude privilégiera cette dernière conception de la notion de dépassement de mission. En effet, il serait excessif de qualifier de fautif une sur-exécution de sa mission par le prestataire dans l'éventualité où son agissement serait de nature à profiter aux intérêts du bénéficiaire. Une position intermédiaire et nuancée est donc préférable.

Au regard de cette conception, le dépassement de mission du prestataire doit être en principe sanctionné **(Chapitre I)** indépendamment de la nature du « *contrat source* », dans la mesure où ce dépassement révèle l'existence d'un manquement contractuel. Une constance supplémentaire apparaît dans l'étude des effets du dépassement de mission du mandataire et de l'entrepreneur. La sanction du dépassement peut être écartée par la volonté du prestataire ou encore du bénéficiaire de la prestation ou par des circonstances indépendantes de leur volonté. Il y a alors une tolérance du dépassement de mission du prestataire **(Chapitre II)**. Cette tolérance pourrait cependant être analysée comme le révélateur d'une potentielle atteinte au caractère fautif de l'acte de dépassement ou du moins comme le révélateur d'une exception.

CHAPITRE I.

SANCTION DE PRINCIPE DU DEPASSEMENT DE MISSION DU PRESTATAIRE

« *Dépasser les limites n'est pas un moindre défaut que de rester en deçà.* »

Confucius (*Entretiens*, Chapitre XI.15)[1008]

191. Le dépassement par principe fautif. Le dépassement de mission du prestataire doit par principe être sanctionné car il est contraire aux attentes du bénéficiaire de la prestation[1009]. Le prestataire commet une faute contractuelle lorsqu'il décide unilatéralement d'accomplir une mission supplémentaire non prévue dans le contrat source. Il s'agit bien par conséquent d'un manquement ayant pour origine une sur-exécution de la mission confiée[1010]. Tout dépassement de mission est nécessairement le révélateur d'une atteinte à la volonté originelle du bénéficiaire de la prestation. Ce seul constat suffit à engager la responsabilité contractuelle du prestataire par la combinaison de la faute du débiteur et du préjudice du créancier[1011] ; il s'agit là d'une sanction commune au contrat de mandat et au contrat d'entreprise

Il s'agit au demeurant d'une sanction prévue par le droit commun du contrat régi par l'actuel article 1217 du Code civil qui s'applique à ce type d'inexécution dans les deux contrats. Au titre des sanctions de droit commun on pourrait songer également aux autres prévues par la nouvelle section consacrée à l'inexécution du contrat (article 1217 à 1231-7 du Code civil) : l'exception d'inexécution, l'exécution forcée en nature, la réduction du prix et la résolution.

Néanmoins certaines d'entre elles sont inapplicables au dépassement de mission. L'exception d'inexécution n'a pas en principe vocation à s'appliquer dans le cas du dépassement de mission qui constitue une inexécution par excès[1012]. Le créancier ne refuse pas d'exécuter une obligation dont il est tenu mais il invoque l'absence d'obligation résultant

---

1008 LUN YU, *Entretiens de Confucius et de ses disciples*, traduit par Séraphin Couvreur, Club des Libraires de France, Les belles lettres, Paris, 1956, p. 103 : « *Tzeu koung demanda lequel des deux était le plus sage, de Cheu ou de Chang. Le Maître répondit :* « *Cheu va au-delà des limites ; Chang reste en deçà.* » *Tzeu koung reprit :* « *D'après cela, Cheu l'emporte-t-il sur Chang ?* » *Le Maître répondit :* « *Dépasser les limites n'est pas un moindre défaut que de rester en deçà.* » ».

1009 Voir *supra* n° 156 et s.

1010 Voir *supra* n° 170 et s.

1011 GROSSER (P.), « Bref retour sur les effets de la responsabilité contractuelle », *in Leçons de droit civil, Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Études coordonnées par Nicole Guimezanes, Bruylant, 2011, p. 375 : « *Les remèdes à l'inexécution étant des effets de la responsabilité contractuelle, ils obéissent logiquement aux conditions de celle-ci : faute et préjudice.* »

1012 Voir *supra* n° 170 et s.

du dépassement[1013]. Une raison proche conduit à exclure la réduction du prix (Article 1223 du Code civil). Le créancier de la prestation n'entend pas réduire proportionnellement le prix convenu en raison d'une exécution imparfaite du contrat. Il refuse simplement de payer un prix qu'il ne doit pas pour une prestation qu'il n'a pas acceptée. L'exception d'inexécution et la réduction du prix sont donc des sanctions exclues pour le mandat comme pour l'entreprise.

L'exécution forcée en nature est sans application dans le mandat lorsque le mandataire a accompli un acte au-delà de sa mission. Il n'y a pas de moyen de le contraindre à revenir sur cet acte pour respecter l'étendue de son pouvoir. L'inopposabilité de l'acte au mandant prévue par l'article 1156 du Code civil est un effet à l'égard de celui-ci ; elle ne concerne pas ses rapports avec le mandataire mais avec le tiers contractant. Cette inopposabilité ne constitue même pas une destruction qui pourrait se rapprocher de l'exécution forcée puisque l'acte subsiste. Dans le contrat d'entreprise, l'exécution forcée en nature est impossible lorsqu'il s'agit d'une prestation intellectuelle déjà accomplie sur laquelle il est impossible de revenir. Elle peut au contraire s'appliquer aux prestations matérielles effectuées en excédent qui peuvent être détruites.

La résolution est en revanche pleinement applicable au mandat et à l'entreprise en cas de dépassement de mission par le mandataire ou l'entrepreneur. Il constitue une inexécution qui peut être sanctionnée dans les conditions prévues par les textes en application d'une clause résolutoire (article 1225 du Code civil), ou lorsqu'elle est suffisamment grave par notification du créancier (article 1226 du Code civil) ou par décision judiciaire (articles 1227 et 1228 du Code civil). Cependant contrairement à l'autre sanction de droit commun, la responsabilité contractuelle, le dépassement de mission du prestataire ne suscite pas de jurisprudence particulière et n'est pas complété par des règles spéciales. Au titre des sanctions communes au mandat et à l'entreprise, il n'y en a donc finalement qu'une sur laquelle le dépassement de mission attire l'attention : la responsabilité contractuelle **(Section I)**.

Au-delà, la différence de nature du mandat et de l'entreprise qui se manifeste essentiellement par la représentation inhérente au seul mandat explique l'existence de sanctions spécifiques à chaque contrat **(Section II)**.

SECTION I.
LA SANCTION COMMUNE AU MANDAT ET A L'ENTREPRISE : LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE

192. Prestation, onérosité et gratuité. Selon le Professeur Le Tourneau : « *La responsabilité juridique est protectrice, car elle oblige à réparer le dommage causé à autrui. […] Elle tente d'effacer, par une*

1013 Voir *supra* sur l'incompatibilité de l'inexécution par excès et l'exception d'inexécution (n° 173) et *infra* sur le refus du maître de l'ouvrage de payer les travaux supplémentaires (n° 222 et s.)

réaction juridique, les conséquences du fait perturbateur […] et ainsi d'apaiser la victime. Cette fonction d'apaisement […] a pris de l'ampleur à l'époque contemporaine, marquée par […] la mise en avant de la nécessité d'une sanction judiciaire pour oublier les souffrances endurées. »[1014]. L'apaisement du préjudice constitue une quête légitime et universelle chez toute personne victime d'une atteinte à ses intérêts particuliers[1015]. Un passant peut en ce sens obtenir réparation de son préjudice extracontractuel dans l'éventualité où la chute d'un bac de fleur le blesserait à la tête. Dans une logique analogue, un mandant peut obtenir la réparation de son préjudice contractuel si le mandataire n'exécute pas sa mission conformément aux instructions préalablement transmises.

Il est par conséquent légitime d'engager la responsabilité contractuelle du mandataire et de l'entrepreneur en situation de dépassement de mission dans la mesure où ils ne respectent pas les limites de leur mission respective. Par principe, le dépassement de mission du prestataire n'est pas acceptable car il manifeste une rupture entre ce qui a été promis et ce qui est accompli. Le prestataire engage sa responsabilité vis-à-vis de celui pour qui il agit dans la mesure où son action ne se conforme pas aux ordres reçus. La faute résulte par conséquent du comportement du prestataire lorsqu'il décide unilatéralement d'outrepasser le cadre de sa mission et par conséquent de produire une inexécution contractuelle[1016].

Le caractère fautif attaché à l'acte de dépassement pourrait peut-être s'apprécier différemment en fonction de la situation du prestataire. En effet, l'entrepreneur est par principe salarié alors que le mandataire peut agir à titre gratuit. Dans cette optique, le fait pour le prestataire d'agir à titre bénévole ou rémunéré pourrait avoir une incidence sur la prise en compte de l'acte de dépassement. La gravité de la faute serait alors renforcée si le prestataire défaillant perçoit une rémunération. Cette réflexion permettra de présenter successivement la responsabilité de l'entrepreneur et du mandataire salarié **(I)** puis la responsabilité du mandataire non salarié **(II)**.

I. RESPONSABILITE DE L'ENTREPRENEUR ET DU MANDATAIRE SALARIE

193. Inexécution des obligations du prestataire. L'inexécution ou l'exécution imparfaite de ses obligations par le prestataire permet au créancier d'invoquer l'exception

1014 LE TOURNEAU (Ph.), *Rép. civ.*, V° Responsabilité : généralité, n° 8.

1015 LAITHIER (Y.-M.), *Etudes comparatives des sanctions de l'inexécution du contrat*, préface de Horatia Muir Watt, t. 419, bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004, p. 115 : « *puisque seule est juridiquement concevable l'inexécution d'un contrat valable, sans quoi il n'acquiert pas force obligatoire et puisqu'il n'y a de contrat valable qu'utile, la violation par le débiteur de son obligation lèse nécessairement l'intérêt du créancier. Or qu'est-ce que la lésion d'un intérêt sinon la définition du dommage juridiquement réparable ?* ».

1016 La mise en œuvre de la responsabilité contractuelle suppose que le dommage résulte d'une inexécution d'une obligation née du contrat ou encore d'une exécution défectueuse. Le dépassement de mission est le fait générateur à l'origine de l'exécution. Sur les conditions de la responsabilité contractuelle en générale : BRUN (Ph.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5e éd., LexisNexis, 2018, n° 122, p. 83. FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, 1 Contrat et engagement unilatéral*, 4e éd., Thémis, PUF, 2016, n° 707, p. 763 : « *l'inexécution d'une obligation contractuelle s'apprécie au regard de l'obligation souscrite*. »

d'inexécution[1017], de demander l'exécution forcée en nature[1018], de solliciter une réduction du prix[1019], de provoquer la résolution du contrat[1020] ou encore de demander la réparation du préjudice résultant de l'inexécution[1021]. Le versement de dommages et intérêts est une sanction réparatrice ; elle peut être ajoutée à d'autres sanctions précédemment mentionnées sous réserve de leur compatibilité comme le dispose l'article 1217 du Code civil[1022].

L'article 1231-1 du Code civil dispose que « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure.* ». Une inexécution totale ou partielle du débiteur est donc de nature à engager sa responsabilité contractuelle, en dehors d'un cas de force majeure. La notion de responsabilité contractuelle doit faire l'objet d'une présentation préalable.

194. La notion de responsabilité contractuelle. La notion de responsabilité est étymologiquement issue du latin *sponsio* qui signifie promesse[1023]. Cette notion de responsabilité révèle cependant une certaine incertitude au regard de la polysémie dont elle fait l'objet[1024].

En matière contractuelle[1025], la responsabilité peut s'analyser de deux manières . Elle peut en premier lieu être comprise comme un effet de l'obligation principale ; la responsabilité est

---

1017 Article 1219 : « *Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave.* » Article 1220 : « *Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais.* »

1018 Article 1221 : « *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier.* » Article 1222 : « *Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction.* »

1019 Article 1223 : « *Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix. S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais.* »

1020 Article 1224 : « *La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.* »

1021 Sur ces différentes sanctions, voir BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, Précis Domat, 18e éd., LGDJ, 2019, p. 296 à 316.

1022 « *La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; solliciter une réduction du prix ; provoquer la résolution du contrat ; demander réparation des conséquences de l'inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.* »

1023 VILLEY (M.), « Esquisse historique sur le mot responsable », *Archives Phil. dr.*, t. 22, La responsabilité, Sirey, 1977, p. 45.

1024 PIGNARRE (G.), « La responsabilité : débat autour d'une polysémie », *in La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle : Bilan prospectif*, RCA juin 2001, hors-série, p. 10.

1025 La responsabilité contractuelle constitue, aux côtés de la responsabilité extracontractuelle, un des deux éléments de la responsabilité civile.

en ce sens entendue comme la sanction de l'engagement[1026]. L'inexécution n'est alors pas le déclencheur de cette responsabilité[1027]. Elle peut aussi s'analyser au regard de sa fonction réparatrice du préjudice causé au créancier en raison d'une faute du débiteur. L'obligation de réparation du débiteur défaillant se distingue alors de son obligation principale contractée avec le créancier. La responsabilité contractuelle du débiteur défaillant sera établie en présence d'un fait générateur du débiteur[1028], d'un préjudice du créancier et enfin d'un lien de causalité entre eux[1029]. La seconde conception est celle consacrée par le droit positif.

La responsabilité contractuelle s'applique lorsqu'un dommage a été causé à une partie par une inexécution totale ou partielle ou encore par une mauvaise exécution du contrat[1030]. Une question centrale se pose alors : le dépassement de mission du mandataire ou de l'entrepreneur est-il de nature à engager sa responsabilité contractuelle à l'égard du mandant ou du maître d'ouvrage ? Pour répondre à cette question, il convient de présenter les éléments susceptibles d'engager la responsabilité contractuelle d'un contractant durant la période d'exécution de sa mission.

195. Les conditions de la responsabilité contractuelle du prestataire. La responsabilité contractuelle du mandataire ou de l'entrepreneur ne peut être engagée en l'absence de certaines conditions. Il est dans un premier temps indispensable d'établir la réalité du lien contractuel entre le prestataire et le bénéficiaire de la prestation[1031]. Les contrats de mandat et d'entreprise doivent en ce sens être valablement formés afin de pouvoir être qualifiés de contrats de prestation de service. L'existence d'un contrat valable permet ainsi d'accorder au mandataire et à l'entrepreneur le statut de débiteur tout en accordant au mandant et au maître d'ouvrage le statut de créancier de l'obligation principale. En ce sens, la responsabilité d'un mandataire de gestion locative n'ayant pas respecté les instructions reçues impose au préalable l'existence d'un mandat comme le précise la Cour d'appel de Lyon dans une décision du 31 janvier 2019[1032].

1026 BOUCARD (H.), *Rep. civ.* V. Responsabilité contractuelle, n° 2.

1027 TALLON (D.), « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.*, 1994. p. 223. TALLON (D.), « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *in Mélanges Cornu*, 1995, p. 429.

1028 ANCEL (P.), « La responsabilité contractuelle », *in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la direction de Pauline Rémy-Corlay et Dominique Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 247 : « *il n'est pas douteux que le droit positif français repose aujourd'hui sur l'idée d'une responsabilité contractuelle conçue, sur le modèle de la responsabilité délictuelle, comme une obligation de réparer un dommage causé par un fait générateur.* »

1029 Sur cette distinction générale, voir BOUCARD (H.), *Rep. civ.* V. Responsabilité contractuelle, n° 2. VINEY (G.), JOURDAIN (P.), *Les conditions de la responsabilité, Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin*, 3e éd., LGDJ, 2006, p.1 et s.

1030 BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, Précis Domat, 18e éd., LGDJ, 2019, n° 404, p. 318.

1031 Par exemple, le mandant doit avoir effectivement donné mandat à son représentant. Sur ce point : CA Douai, ch. 02 sect. 02, 15 février 2018, n° 16/01602.

1032 CA Lyon, 31 janvier 2019, n° 17/00219. En l'espèce, le mandat de gestion locative portant sur un local à usage commercial de restauration a été conclu verbalement.

Il faut ensuite établir trois conditions cumulatives : tout d'abord démontrer l'inexécution ou la mauvaise exécution puis prouver que le créancier a subi un dommage et enfin établir un lien de causalité entre le fait générateur du prestataire et le préjudice du créancier.

196. Le lien entre le dépassement de mission et la responsabilité contractuelle du prestataire. Le dépassement de mission constitue un manquement par « *sur-exécution* »[1033]. Une sur-exécution de la mission par le prestataire est par principe le révélateur d'une faute car le débiteur s'affranchit unilatéralement, volontairement ou par négligence, des limites fixées par le créancier en agissant au-delà du cadre obligationnel. De nombreuses décisions judiciaires anciennes ont recours à la notion de faute afin de qualifier le comportement du mandataire ne respectant pas les ordres du mandant[1034]. Dans l'arrêt du 4 juillet 1972[1035], la Cour de cassation reconnaît la faute de l'agence mandataire chargée uniquement de vendre un bien immobilier mais ayant au préalable effectué des travaux sur l'immeuble sans autorisation du mandant[1036].

Très récemment, il a été reconnu qu'un mandataire de gestion locative est en situation de dépassement de mission s'il décide de relouer le local de son mandant sans en informer ce dernier et par conséquent sans obtenir son autorisation[1037]. En l'espèce, le mandataire agit probablement de bonne foi mais il cause pourtant bien un préjudice au mandant en relouant son bien sans obtenir l'autorisation. La responsabilité du mandataire est engagée sur le fondement de l'article 1989 du Code civil disposant que le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat[1038]. En effet, le créancier a été privé de la possibilité de louer le bien pour un prix plus élevé, « *conforme à la valeur du marché* »[1039]. La cour d'appel de Lyon engage pour cette raison la responsabilité contractuelle de l'agence de gestion mandataire : « *Attendu que ces fautes, en privant Pierrette K. de la possibilité de relouer son local pour un prix plus élevé, lui ont causé directement un préjudice ; qu'il y a donc lieu de déclarer le Cabinet Pierre Rivoire responsable contractuellement du dommage causé au bailleur.* »[1040]

1033 Voir *supra* n° 171 et s.

1034 Par exemple, Civ. 1er, 11 juillet 1983, pourvoi n° 83-11.591, Bull. civ. I, n° 201 ; Civ. 1er, 4 décembre 1973, pourvoi n° 72-13.833, Bull. civ. I, n° 334 ; Civ. 3e, 4 juillet 1972, pourvoi n° 71-11.975, Bull. civ. III, n° 443.

1035 Civ. 3e, 4 juillet 1972, pourvoi n° 71-11.975, Bull. civ. III, n° 443.

1036 En l'espèce, l'agence avait fait recouvrir d'une couche de peinture les moisissures des murs avant de vendre le bien.

1037 CA Lyon, 31 janvier 2019, n° 17/00219.

1038 *Ibid.* : « *Attendu, cependant, que le CABINET PIERRE RIVOIRE, en s'abstenant d'informer Pierrette K. du départ des époux R., a commis une faute de gestion dans l'exécution de son mandat ; qu'en dehors de ses seules affirmations, il ne prouve pas avoir essayé de lui communiquer cette information ; Attendu, ensuite, que selon l'article 1989 du code civil, le mandataire ne peut rien faire au delà de ce qui est porté dans son mandat ; que le CABINET PIERRE RIVOIRE ne prouve pas que Pierrette K. lui avait donné mandat de relouer son local, avant l'expiration du terme prévu par le contrat du 8 mars 2006 ; qu'en redonnant à bail à usage commercial ce local au mois de mars 2014, à l'insu de Pierrette K., il a donc commis une autre faute dans l'exécution de son mandat. […] Attendu, dans ces conditions, qu'il y a lieu de condamner le CABINET PIERRE RIVOIRE à payer à Pierrette K., à titre de dommages intérêts, la somme de 21 600 €.* »

1039 *Ibid.*

1040 *Ibid.*

Le dépassement de mission du mandataire ou de l'entrepreneur existe dès que le prestataire ne respecte pas les limites contractuelles de sa mission. Ce constat semble suffisant pour caractériser l'existence d'une atteinte aux intérêts particuliers du créancier et par conséquence l'existence d'un préjudice[1041]. L'atteinte se manifeste par la seule comparaison entre la situation actuelle résultant du dépassement de mission et celle qui aurait dû exister si le prestataire avait respecté les limites de sa mission[1042]. Le prestataire outrepassant les limites de sa mission porte donc atteinte aux prévisions des parties et tout particulièrement aux prévisions du créancier. Le dépassement constitue bien une faute par principe dommageable[1043] car la situation produite par ce manquement n'est pas celle originellement souhaitée par le bénéficiaire. Par exemple, un entrepreneur peut être en situation d'inexécution par dépassement de mission si la bibliothèque fabriquée outrepasse les mesures fixées par le maître d'ouvrage et ne rentre pas dans l'espace qui lui était réservé. Ainsi, dans l'arrêt de la Cour de cassation du 5 novembre 1974[1044],le maître de l'ouvrage a chargé un entrepreneur d'assurer des travaux de transformation et d'aménagement d'une grange mais une partie des dépenses dépassait les prévisions. Selon la Cour d'appel, l'entrepreneur a manqué à son obligation de conseil et de renseignement en n'informant pas le maître de l'inévitable dépassement du coût des travaux. L'entrepreneur a ainsi commis une faute et engagé sa responsabilité. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi de l'entrepreneur[1045].

Le mandataire s'engage à accomplir un acte juridique au nom et pour le compte du mandant alors que l'entrepreneur s'engage à accomplir un acte matériel ou intellectuel pour le maître d'ouvrage. Ces deux prestataires sont en principe soumis à une obligation de résultat[1046] et non à une obligation de moyens lorsque l'objet de leur prestation ne comporte pas un caractère aléatoire. Ils s'engagent à fournir un résultat ; son défaut fait présumer leur défaillance. Il incombe ainsi au prestataire de s'exonérer en prouvant que l'exécution était impossible, par exemple dans l'éventualité où les conditions de la force majeure seraient réunies[1047]. Selon le Professeur Pétel : « *l'obligation pour le mandataire de respecter ses instructions est*

1041 LARROUMET (Ch.), « Pour la responsabilité contractuelle » *in Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 545 : « *Comme la responsabilité délictuelle, [la responsabilité contractuelle] suppose la démonstration d'un préjudice causé par l'inexécution de l'obligation*. »

1042 MOREIL (S.), *Les obligations nées du contrat d'entreprise*, thèse, Paris II, 2009, p. 128 : « *Lorsque le maître d'ouvrage se trouve confronté à la mauvaise exécution, par le prestataire, de ses obligations, il peut chercher à engager sa responsabilité, pour obtenir sa condamnation au versement de dommages-intérêts.* » S'il est soumis à une obligation de résultat « *il lui suffit de démontrer que le résultat attendu n'a pas été réalisé.* »

1043 Mais pas exclusivement car le créancier peut décider de ratifier l'acte objet du dépassement. Le préjudice n'est donc pas nécessairement présent dans l'éventualité d'un dépassement de mission. Voir *infra* n° 259 et s.

1044 Civ. 3^e, 5 novembre 1974, pourvoi n° 73-11.405, Bull. civ. III, n° 398.

1045 *Ibid.*

1046 MALINVAUD (Ph.), *Responsabilité des constructeurs (droit privé) : responsabilité de droit commun*, Œuvre collective sous la direction de Philippe Malinvaud, Dalloz action droit de la construction, 2018, n° 477.71 : « *S'agissant des exécutants que sont les entrepreneurs, l'obligation est le plus souvent de résultat car l'art de construire ne présente guère d'aléas.* »

1047 BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, Précis Domat, 18^e éd., LGDJ, 2019, n° 411, p. 322. MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit des obligations*, 10^e éd., LGDJ, 2018, n° 952 et s.

indiscutablement une obligation de résultat […] la fidélité aux instructions reçues est normalement un résultat exempt de tout aléa. »[1048]. Il est en effet logique de soutenir que le mandant conçoit le respect de ses directives comme un résultat légitimement exigible[1049]. En ce sens, le fait de respecter les limites de la mission est une obligation de résultat. L'entrepreneur supporte toujours une obligation de résultat en présence d'une inexécution par dépassement mais aussi par carence.

L'acte de dépassement est par conséquent une faute par inexécution contractuelle[1050]. Le prestataire viole ses obligations contractuelles en agissant, de bonne foi ou de mauvaise foi, au-delà de sa mission. Le prestataire ne peut décider seul de s'affranchir du principe essentiel de l'intangibilité du contrat et doit se conformer aux instructions formulées par son co-contractant. Ce principe est explicitement formulé à l'article 1103 du Code civil qui dispose que : « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

Une question se pose cependant : le dépassement perd-il son caractère fautif dans l'hypothèse où il est favorable aux intérêts du mandant ou du maître d'ouvrage ? Dans tous les cas, il n'est pas acceptable, d'un point de vue théorique, de faire du dépassement un cas d'inexécution moins fautif que la carence. Théoriquement, l'inexécution s'apprécie identiquement en présence d'une sur-exécution ou d'une sous-exécution car le prestataire est dans les deux hypothèses en situation de défaillance contractuelle. Il faut donc consider que le dépassement révèle dans tous les cas un comportement par principe fautif du prestataire en présence d'une obligation de résultat tout en admettant qu'il n'y a pas toujours réellement de préjudice du mandant ou du maître d'ouvrage si ledit dépassement est favorable à ses propres intérêts.

197. Dépassement minime du mandataire et éléments secondaires du contrat. Dans une décision du 2 décembre 1992[1051], la première chambre civile de la Cour de cassation sanctionne ainsi le mandataire ayant « *excédé ses pouvoirs sans obtenir ratification*. »[1052]. En l'espèce, Mme X avait donné à l'agence Foncia un mandat exclusif de vente d'un appartement sous certaines conditions. L'agence transmit une promesse de vente au notaire de Mme X ; ladite promesse différait sur certains points du mandat exclusif reçu par l'agence notamment sur le paiement au comptant à la date d'entrée dans les lieux, et non à celle de la signature de l'acte notarié. Mme X refusa de signer la promesse de vente. L'agence assigna Mme X en paiement de la somme de cent cinquante mille francs représentant le montant de l'indemnité prévue par la clause pénale du contrat de mandat. Selon la Cour d'appel de Paris, les modifications apportées à la promesse par l'agence ne portaient que sur des éléments

1048 PÉTEL (Ph.), *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, n° 100.

1049 *Ibid.*, « *la solution paraît conforme à la commune intention des parties. S'il est un résultat que le mandataire peut raisonnablement garantir et que le mandant est en droit d'exiger, c'est bien le respect des directives reçues.* »

1050 BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, Précis Domat, 18e éd., LGDJ, 2019, n° 404, p. 318 : « *L'exécution défectueuse d'un contrat peut à l'évidence causer un dommage au contractant qui n'obtient pas satisfaction […] il est normal qu'il puisse obtenir réparation de ce dommage lorsque cette inexécution est imputable à son auteur.* »

1051 Civ. 1er, 2 décembre 1992, pourvoi n° 91-10.594, Bull. civ. I, n° 298.

1052 *Ibid.*

secondaires de la vente et justifiaient alors l'application de la clause pénale à l'encontre de la venderesse. La Cour de cassation cassa cet arrêt et reconnut au contraire que la promesse reçue par l'agence différait des conditions de vente énumérées dans le mandat, de telle sorte que le mandataire avait excédé ses pouvoirs. La Cour a donc bien engagé la responsabilité contractuelle de l'agence mandataire pour un acte révélant un excès de pouvoir et par conséquent un dépassement de mission. Il ne faut donc pas tenir compte de l'importance de l'excès mais uniquement de son existence. Le fait que le dépassement porte dans cette affaire sur des éléments secondaires de la vente ne doit pas être pris en considération. Le seul constat d'un excès suffit à caractériser une situation de dépassement de mission et à engager par principe la responsabilité du prestataire.

La manifestation d'un dépassement de mission du mandataire ou de l'entrepreneur caractérise donc bien une inexécution contractuelle. Ce fait générateur est ainsi à l'origine de la responsabilité contractuelle du prestataire à condition que cette faute cause un préjudice au créancier. Sur ce point, le mécanisme de la ratification constitue un outil efficace afin de savoir si l'acte de dépassement cause un préjudice au créancier[1053]. Dans l'arrêt de 1992 précédemment mentionné, la Cour de cassation se réfère directement à l'absence de ratification du créancier afin de retenir la responsabilité du prestataire[1054]. Le choix de ratifier l'acte signifierait alors que le manquement serait acceptable pour le créancier. Le prestataire est donc bien en situation de défaillance contractuelle lorsqu'il dépasse sa mission comme le prouve notamment la nécessaire protection du mandant en présence d'un mandat onéreux.

198. La protection du mandant en présence d'un mandataire professionnel. Le mandataire professionnel répond de toutes ses fautes et de toutes les défaillances qu'un représentant prudent aurait su éviter[1055]. L'appréciation de la faute se fait également *in abstracto* afin de rechercher si, par son action ou son inaction, le mandataire est à l'origine d'une faute ayant causé un préjudice au mandant. Le mandataire étant un professionnel, il sera nécessaire pour le juge d'apprécier ses agissements en les comparant à ceux d'un bon professionnel[1056]. La

1053 Voir *infra* n° 263.

1054 Civ. 1er, 2 décembre 1992, pourvoi n° 91-10.594, Bull. civ. I, n° 298.

1055 Com., 4 février 2004, pourvoi n° 01-13.516, bull. civ IV, n° 23 ; *RDS*, 2005, p. 863, note J. Moury ; *D.*, 2004, p. 2330, note C. Bloud-Rey ; *RTD civ.*, 2004, p. 310, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD civ.*, 2004, p. 502, obs. J. Mestre et B. Fages. La Cour de cassation retient que « *l'erreur grossière est une condition de la remise en cause de la détermination du prix* … ». Madame Bloud-Rey reconnait que « *ce contrat est un mandat, les magistrats en déduisent logiquement que seul l'art. 1992 c. civ. doit régir les conditions de responsabilité du tiers évaluateur.* » Le Professeur Gautier n'est pas convaincu, « *ou bien c'est une erreur grossière, d'une part, l'évaluation est nulle, d'autre part, la responsabilité de l'expert est engagée. Ou bien ce n'en est pas une et il paraît curieux qu'une partie puisse obtenir du mandataire commun ce qui lui est impossible de réclamer contre son cocontractant.* »

1056 MARTIN (R.), *La faute professionnelle spécialement dans les professions libérales*, thèse, Lyon, 1934, p. 212 : « *Si la responsabilité est plus lourde, si elle sanctionne plus de devoirs, c'est que les professionnels, par leur science, leur expérience des choses de leur profession, sont mieux à même de la supporter.* »

sévérité des tribunaux se traduit par des sanctions aggravées tel le maintien à sa charge des dépenses qu'il a exposées durant sa mission ou par une réduction de sa rémunération[1057].

Le mandataire professionnel sera ainsi fautif en cas de non-respect des instructions du mandat fixées par le mandant[1058] et à condition de ne pas apporter la preuve de l'accord de ce dernier[1059]. Il en est ainsi en présence d'un mandat rémunéré de gestion locative dans une décision de la Cour d'appel de Montpellier en date du 15 novembre 2017[1060]. Le mandat de gestion permettait uniquement à l'agence de rechercher des locataires mais elle devait, au préalable, aviser le mandant et obtenir l'accord exprès de ce dernier pour relouer ou donner congé, ce qu'elle ne fit pas en l'espèce. La Cour décida en conséquence que : « *Le mandataire, qui échoue donc à rapporter la preuve de l'accord exprès du mandant, ne peut dans ces conditions qu'avoir outrepassé les limites de son mandat et engage donc à ce titre sa responsabilité contractuelle.* »[1061].

La seule limite à l'indemnisation est formulée par l'article 1231-3 du Code civil disposant que le débiteur ne peut valablement être tenu d'indemniser plus que les dommages prévisibles à condition que l'inexécution de son obligation ne résulte pas d'un dol ou d'une faute lourde de sa part. Mais quelle est l'incidence d'un contrat bénévole sur la responsabilité du prestataire en situation de dépassement de mission ?

II. RESPONSABILITE DU MANDATAIRE NON SALARIE

199. La responsabilité du mandataire non salarié en droit positif. Selon l'article 1992 alinéa 2 du Code civil : « *la responsabilité* [du mandataire] *relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire*. ». L'appréciation de la faute du mandataire est moins rigoureuse en présence d'un mandat gratuit car le mandataire agissant à titre gratuit dispose en principe de compétences juridiques plus faibles qu'un mandataire professionnel. En outre, le principe visant à moins sanctionner celui qui agit gratuitement peut être vu comme le reflet de l'équilibre général du contrat ; il est en ce sens tout à fait normal de sanctionner moins sévèrement celui qui agit uniquement pour rendre service[1062]. Mais ce raisonnement ne signifie pas pour autant que la responsabilité du

1057 Civ. 1er, 22 mai 1985, pourvoi n° 84-10.572, Bull. civ. I, n° 159. Il s'agit en l'espèce d'un mandat d'entremise confié à un agent immobilier, conformément à la Loi Hoguet du 2 janvier 1970. La Cour de cassation décide qu'il appartient seulement à la partie qui conteste être redevable d'une commission de prouver les circonstances ou fautes de l'agent immobilier de nature à permettre à la juridiction d'en réduire le montant ou de la supprimer.

1058 En ce sens, Com., 27 avril 1993, pourvoi n° 91-12.561, Bull. civ. IV, n° 157 ; *RTD civ.*, 1993, p. 128, obs. P.-Y. Gautier. Un commissaire-priseur agissant en qualité de mandataire d'un vendeur ne respecte pas le prix de réserve relatif à la vente dudit bien. La Cour de cassation casse la décision de la cour d'appel rejetant la demande du mandant en paiement de la différence entre le prix souhaité et le prix payé.

1059 Il s'agirait alors d'une atteinte à une obligation de résultat car le résultat à atteindre serait tout simplement de respecter scrupuleusement les instructions du mandant. Le seul constat du non-respect des instructions permet ainsi de prouver l'atteinte à l'obligation de résultat.

1060 CA Montpellier, 15 novembre 2017, n° 15/02859.

1061 *Ibid.*

1062 BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 673.

mandataire bénévole soit conditionnée à l'existence d'une faute lourde[1063]. Le mandataire doit agir raisonnablement[1064], il sera par conséquent bien tenu de réparer les conséquences de sa faute lorsqu'elle cause au mandant un préjudice. L'indulgence des tribunaux est une atténuation dans la prise en compte de la faute et non un rejet catégorique de toute sanction de la faute. L'inexpérience n'excuse en rien le mandataire bénévole, il s'agit simplement d'une circonstance atténuante. En revanche, si le juge admet une faute du mandataire non salarié, celui-ci devra réparer l'intégralité du préjudice subi par le mandant [1065].

Les décisions faisant application des articles 1989 et 1992 al. 2 sont très rares. Il est ainsi possible de citer une décision de la première Chambre civile de la Cour de cassation en date du 22 mai 1991. En l'espèce, M. X a donné une procuration générale à sa belle-sœur appelée en garantie dans le cadre d'un litige l'opposant à la caisse régionale de Crédit agricole mutuel des Bouches-du-Rhône. Mme X avait tiré un chèque de soixante-douze mille francs en vertu de la procuration générale au moment où M. X était à l'étranger pour son travail. La Cour de cassation casse la décision des juges du fond en soutenant que ces derniers n'avaient pas précisé en quoi le mandataire avait outrepassé les limites de son mandat[1066]. Il s'agit en l'espèce d'un mandat gratuit accordé dans un cadre familial. La Cour de cassation ne retient pas l'existence d'un dépassement de mission. En réalité, il n'y a pas grand-chose à tirer de cette décision car la Cour ne dit jamais que la responsabilité contractuelle du mandataire non salarié devrait être appréciée moins rigoureusement en cas de dépassement de pouvoir.

Cette analyse jurisprudentielle semblerait démontrer que l'article 1992 s'applique indépendamment des articles 1989 et 1998. La substance de l'article 1992 du Code civil porte précisément sur les fautes du mandataire relatives à sa gestion comme le dispose son premier

---

1063 Civ. 1er, 5 février 1975, pourvoi n° 72-14.624, Bull. civ. I, n° 53. Le mandataire bénévole sera fautif en raison de sa légèreté pour avoir consenti un prêt en connaissance de la mauvaise santé financière de son client, susceptible de faire en outre l'objet d'un redressement judiciaire.

1064 Ou selon l'ancienne terminologie : agir en bon père de famille, « *bonus pater familia* ». Cette terminologie fut consacrée par le Code civil en 1804 mais supprimée en 2014 par la Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes – Article 26.

1065 Civ. 1er, 4 janvier 1980, pourvoi n° 78-41.291, Bull. civ. I, n° 11 ; *RTD civ.*, 1981, p. 407, obs. G. Cornu. La souplesse dans la prise en compte des fautes du mandat bénévole ne doit pas conduire à diminuer en conséquence le montant de l'indemnité dûe au mandant victime de la faute de son mandataire. Cette solution fut critiquée entres autres par le Doyen Cornu. Trente ans après cet arrêt et ces écrits du Doyen Cornu, il est important d'admettre que le régime de faveur accordé au mandataire bénévole ne s'étend toujours pas à l'évaluation du préjudice du mandant.

1066 Civ. 1er, 22 mai 1991, pourvoi n° 89-19.780, inédit : « *Vu les articles 1989 et 1992 du Code civil ; Attendu que M. Théophile X… a été assigné par la caisse régionale de Crédit agricole mutuel des Bouches-du-Rhône ; qu'il a appelé en garantie sa belle-soeur, Mme Kayad X…, à laquelle il avait donné une procuration par acte notarié du 12 mai 1986, prétendant qu'elle avait utilisé son mandat à des fins étrangères à celles convenues ; Attendu que pour faire droit à cette action en garantie, le tribunal d'instance s'est borné à énoncer que Mme Kayad X… était intervenue aux lieu et place de M. Théophile Addad auprès du Crédit agricole pour tirer un chèque de 72 000 francs en vertu de la procuration générale qu'il lui avait consentie et que cette opération avait été effectuée alors qu'il se trouvait à Djibouti pour son travail ; Attendu qu'en statuant ainsi, sans préciser en quoi Mme Kayad X… avait outrepassé son mandat ou commis une faute dans l'exécution de sa mission, le tribunal d'instance n'a pas donné de base légale à sa décision ; PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE* ».

alinéa[1067]. Les décisions judiciaires ne développent donc pas clairement la position selon laquelle la règle de l'article 1992 serait applicable en présence d'un dépassement de pouvoir du mandataire. Le second alinéa de cet article est pourtant général car il mentionne « *la responsabilité relative aux fautes* » ; il était ainsi cohérent de penser que cette disposition était aussi applicable aux situations de dépassement dans la mesure où un dépassement est par principe une faute du mandataire. L'analyse jurisprudentielle démontre pourtant que le caractère fautif attaché à l'acte de dépassement s'apprécie de la même manière en présence d'un mandataire rémunéré ou d'un mandataire agissant à titre gratuit. Il est *a minima* possible d'affirmer qu'il n'y a pas de jurisprudence explicite permettant de soutenir le contraire. Cela signifie alors que la théorie de la graduation des fautes, permettant de hiérarchiser les fautes selon leur gravité, ne peut s'appliquer en présence d'un dépassement de pouvoir du mandataire. Ce type de manquement contractuel est par principe une faute, peu importe que le mandataire agisse à titre bénévole ; le dépassement n'est pas concerné par la règle générale de l'article 1992 alinéa 2 du Code civil. Le seul constat d'un dépassement est suffisant pour caractériser une faute même en présence d'un mandat gratuit et par conséquent pour engager la responsabilité contractuelle de son auteur. La faute du mandataire bénévole en situation de dépassement ne doit pas être sanctionnée moins rigoureusement qu'en présence d'un mandataire rémunéré.

La responsabilité atténuée du mandataire non salarié consacrée par le Code civil n'a pas d'équivalent dans les dispositions relatives au contrat d'entreprise. Cela s'explique par le caractère forcément onéreux que les rédacteurs du Code civil ont reconnu au louage d'ouvrage à l'article 1710[1068]. Cette solution est remise en cause dans l'Avant-projet Capitant de réforme du droit des contrats spéciaux.

200. La responsabilité du prestataire de service non salarié dans l'Avant-projet Capitant de réforme du droit des contrats spéciaux (Article 74). Les auteurs de l'Avant projet Capitant, dans sa deuxième version de 2020, précisent dans leur commentaire de l'article 69 que « *la dénomination « prestation de service » se substitue à celle de « louage d'ouvrage » et de « contrat d'entreprise* … ». Cette précision jointe à l'article 71 qui dispose que « *Le contrat de prestation de service peut être conclu à titre onéreux ou à titre gratuit* » aboutit à ce que le contrat de prestation de service recouvre non seulement le contrat d'entreprise mais aussi les conventions d'assistance bénévole par essence gratuite en droit positif. Dès lors, le projet prévoit à juste titre à l'article 74 alinéa 2 que « *Lorsque le contrat est conclu à titre gratuit, la responsabilité du prestataire ne peut être engagée que par sa faute intentionnelle, dolosive ou lourde.* ». Il est ainsi tenu compte de l'éventuelle inexpérience[1069] du prestataire bénévole pour le soumettre à une responsabilité atténuée. Cet article n'a cependant pas vocation à s'appliquer ni au contrat d'entreprise qui, en droit positif, est forcément à titre onéreux et qui échappe donc à l'alinéa 2 de l'article 74, ni au mandat

1067 « *Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion*. »

1068 Article 1710 C. civ. : « *Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* »

1069 En ce sens, Civ. 1er, 14 juin 2000 pourvoi n° 98-17.752, inédit.

non salarié[1070] qui relève d'une autre catégorie celle des contrats de représentation traitée dans le titre XIII de l'avant-projet[1071].

201. La responsabilité du mandataire non salarié dans l'Avant-projet Capitant de réforme du droit des contrats spéciaux (Article 147). L'article 147 alinéa 1er pose le principe : « *Le mandataire est responsable des dommages causés au mandant par sa faute.* ». Cette règle, a vocation à s'appliquer au mandataire salarié comme à celui agissant à titre gratuit. L'alinéa 2 du texte, comme le Code civil, consacre cependant une responsabilité atténuée du mandataire non salarié. Cependant là s'arrête la similitude entre le droit positif et la règle retenue par l'avant-projet Capitant.

L'article 147 alinéa 2 de l'avant-projet en disposant que » *Néanmoins, le juge peut, lorsque le mandat est gratuit et selon les circonstances, modérer l'indemnité due au mandant.* » abandonne la solution actuelle. En droit positif, la faute du mandataire non rémunéré est moins facilement admise mais la réparation du préjudice du mandant est totale si la responsabilité de son représentant est retenue. Autrement dit soit le juge conclut à l'absence de faute en raison de la gratuité du mandat et le mandataire ne doit verser aucun dommages-intérêts, soit le juge constate la faute du mandataire non salarié qui doit alors indemniser le mandant de l'intégralité de son préjudice. L'article 147 retient une solution différente. A priori, l'existence d'une faute et donc de la responsabilité du mandataire serait appréciée de la même manière que le mandat soit à titre onéreux ou à titre gratuit. Mais dans le second cas, le juge peut « modérer » les dommages-intérêts qui pourront donc être inférieurs au préjudice subi, mais jamais totalement supprimés. Il le fera, précise l'article 147, « selon les circonstances », sans donner plus de précision. La question relèverait du pouvoir souverain des juges du fond qui pourraient tenir compte notamment des compétences ou au contraire de l'ignorance du mandataire, de sa bonne foi ou encore de sa croyance que l'acte conclu au nom du mandant sert les intérêts de celui-ci. Bien que l'article 147 n'invoque pas spécialement le dépassement de mission du mandataire non salarié, la modération des dommages-intérêts dus pourrait être admise si les circonstances révélaient que le mandataire croyait agir dans l'intérêt de son mandant. Une telle modification future du droit positif[1072] est en l'état critiquable pour deux raisons. Premièrement parce qu'il ne semble pas indispensable d'accorder au juge un tel pouvoir de modération des dommages-intérêts. En effet, il convient de tenir compte du statut du prestataire, salarié ou non-salarié, pour apprécier l'étendue de sa faute en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution. Cependant, cette information ne devrait pas avoir la moindre incidence sur l'indemnité due en cas de reconnaissance de responsabilité du mandataire. Deuxièmement, ce projet d'article semble en l'état imprécis spécifiquement sur la détermination des circonstances légitimant ladite modération.

1070 Les auteurs de l'Avant-projet Capitant, dans sa deuxième version de 2020, précisent dans leur commentaire de l'article 69 que « *la dénomination « prestation de service » se substitue à celle de « louage d'ouvrage » et de « contrat d'entreprise* … » ».

1071 Ce parti pris des auteurs de l'avant-projet Capitant a été critiqué : voir *supra* n° 8.

1072 Si ce projet d'article reste inchangé.

La responsabilité contractuelle du prestataire peut donc être communément engagée en présence d'un contrat de mandat ou d'un contrat d'entreprise lorsque celui-ci outrepasse les limites fixées par le bénéficiaire de la prestation. Mais qu'en est-il de la sanction propre à la spécificité de chaque contrat ? La nature différente de ces deux contrats devrait semble-t-il produire des sanctions opposables ou *a minima* différentes. Il convient de vérifier cette affirmation.

SECTION II.
LES SANCTIONS SPECIFIQUES A CHAQUE CONTRAT

202. Les sanctions prévues par le Code civil. La distinction entre le contrat de mandat et celui d'entreprise justifie la différence des sanctions à l'encontre de l'acte de dépassement.

Par application combinée des article 1998 et 1156 du Code civil le mandant n'est pas tenu de ce qui a été fait par le mandataire au-delà de son pouvoir et il peut en conséquence invoquer l'inopposabilité de l'acte conclu par le mandataire en dépassement de sa mission **(I)**. Contrairement à la réglementation actuelle du mandat l'offre de réforme des contrats spéciaux proposée par l'Association Henri Capitant ne contient aucune disposition relative à l'hypothèse où le mandataire agit sans ou au-delà de son pouvoir parce que ses auteurs ont fait le choix de renvoyer aux articles 1153 à 1161 du Code civil[1073].

Contrairement à ce qui est prévu pour le mandat, il n'existe pas de sanction embrassant tous les dépassements de mission de l'entrepreneur. Le Code civil, dans l'article 1793, a uniquement envisagé la sanction des travaux non autorisés dans le forfait à construction d'un bâtiment. Pour tous les autres contrats d'entreprise, c'est à la jurisprudence qu'il est revenu de fixer les sanctions du dépassement de sa mission par l'entrepreneur. Il n'y a donc pas une mais des sanctions du dépassement de mission par l'entrepreneur **(II)**.

I. INOPPOSABILITE DE L'ACTE CONCLU PAR LE MANDATAIRE EN DEPASSEMENT DE SA MISSION

203. Le choix de la sanction. En allant au-delà de son pouvoir, le mandataire dépasse sa mission. Dès 1804, le Code civil a considéré que l'acte ainsi conclu ne peut alors s'imposer au mandant car il est contraire à sa volonté.

Cette protection originelle du mandant **(A)** pèche cependant par son manque de précision car le Code civil ne disait rien de la nature de la sanction. Ce qui donna lieu à moult débats quant à la sanction adéquate, doctrine et jurisprudence se partageant entre la nullité et l'inopposabilité. Ce choix entre la nullité et l'inopposabilité de l'acte conclu **(B)** a finalement

1073 Article 142 : « *Sauf disposition contraire du présent titre, les contrats ci-après sont soumis aux articles 1153 à 1161* ».

été opéré par la réforme du droit des obligations qui a consacré l'inopposabilité de l'acte conclu au nom et pour le compte du mandant.

A. La protection originelle du mandant

204. La protection du mandant résultant de l'article 1998 du Code civil. L'article 1998 du Code civil dispose que : « *Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement* ». L'acte réalisé au-delà de son pouvoir par le mandataire est sanctionné car il ne traduit pas la volonté du mandant, véritable protagoniste de l'opération. Il ne peut alors subir les effets de la représentation car ce mécanisme est subordonné au respect des instructions du mandant.

L'article 1998 est cependant imprécis car en visant uniquement l'acte « *fait au-delà* » du pouvoir confié au mandataire, il ne distingue pas le dépassement de l'absence de pouvoir[1074]. Dans la première hypothèse, le mandataire bénéficie bien d'un pouvoir accordé par le mandant mais il outrepasse ses limites ; dans la seconde, un contractant agit comme un mandataire mais sans aucun pouvoir de représentation ou après la perte dudit pouvoir. Pourtant retenue par quelques codifications savantes [1075], cette distinction est présentée par certains comme inutile car le dépassement de pouvoir suppose effectivement que l'acte juridique soit accompli sans pouvoir en fonction de la délimitation des instructions du mandant[1076]. Le nouvel article 1156 du Code civil – comme les codifications savantes évoquées plus haut distingue bien les deux situations : « *L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs …* », mais il retient la même sanction dans les deux cas « …*est inopposable au représenté…* »[1077].

205. Le fondement de l'absence d'effet de l'acte conclu à l'égard du mandat. Selon la Cour de cassation, « *le mandant n'est pas tenu d'exécuter les actes faits par son mandataire au-delà du pouvoir*

1074 Sur cette distinction, Voir *supra* n° 171.

1075 Cette distinction est formulée à plusieurs reprises dans l'article 2.2.6. (Responsabilité du représentant agissant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs) des principes Unidroit disposant que » *1) Le représentant qui agit sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est tenu, en l'absence de ratification par le représenté, de payer au tiers les dommages-intérêts qui placeront ce dernier dans la situation où il se serait trouvé si le représentant avait agi en vertu d'un pouvoir ou s'il n'avait pas agi au-delà de ses pouvoirs. 2) Toutefois, le représentant n'y sera pas tenu si le tiers savait ou aurait dû savoir que le représentant agissait sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs* ».

Il en est de même pour l'article 3 : 204 des Principes du droit européen du contrat qui dispose que « *(1) Lorsqu'une personne agit en qualité de représentant mais sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, ses actes ne lient pas le représenté et le tiers. (2) En l'absence de ratification par le représenté conformément à l'article 3.207, le représentant est tenu de payer au tiers les dommages et intérêts qui rétabliront ce dernier dans la situation où il se serait trouvé si le représentant avait agi en vertu d'un pouvoir. Cette règle ne reçoit point application si le tiers avait ou aurait dû avoir connaissance du défaut de pouvoir* ».

1076 VEAUX (D.), « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français », *art. cit.* : « *On pourrait d'ailleurs dire que le dépassement de pouvoirs est une absence de pouvoir plus qu'un abus de pouvoirs* », n° 3.

1077 Voir *infra* n° 212 et s.

qui lui a été donné »[1078]**.** Pour le Professeur Pétel, c'est le principe de la relativité des conventions qui fonde la règle de l'article 1998[1079]. L'auteur soutient qu'en présence d'un dépassement de pouvoir « *le mandant reste un tiers à l'acte accompli par le mandataire. Dès lors l'article 1165* [ancien] *du Code civil trouve application à son profit. L'acte est pour lui « res inter alios acte* »[1080]. Selon le principe de la relativité des conventions, le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Or le mandant reste un tiers à l'acte conclu par son représentant en dépassement de sa mission puisque celui-ci n'a pas pouvoir de le représenter. En vertu du principe de la relativité des conventions, aucune obligation liant le mandant au tiers contractant n'a donc pu être créée. Le Professeur Pétel analyse donc la protection offerte au mandant sous l'angle de l'absence d'effet et non sous l'angle de l'inopposabilité. Le mandant ne subit effectivement pas les effets du dépassement de pouvoir du mandataire mais il semble pourtant plus adequat de se référer à la sanction de l'inopposabilité au regard de sa signification précise. En effet, l'acte juridique conclu par le mandataire en situation de dépassement est inopposable au mandant qui reste un tiers au contrat dans la mesure où la représentation ne s'applique plus. Le mandant en tant que tiers peut ainsi ignorer l'acte de dépassement. La sanction est donc bien celle de l'inopposabilité ou d'une manière générale celle de l'inefficacité de l'acte.

206. L'étendue de l'inefficacité de l'acte conclu « au-delà du pouvoir » donné au mandataire. En principe c'est l'acte en son entier qui ne produit pas d'effet à l'égard du mandant mais seulement cet acte. Le mandant reste donc tenu par le ou les autres actes juridiques accomplis par le mandataire conformément au pouvoir reçu[1081], peu importe que les actes conclus en dépassement de sa mission soient plus nombreux que ceux conclus dans le cadre de celle-ci. Autrement dit, la sanction du dépassement de mission du mandataire ne peut s'étendre aux actes conclus dans le respect par le mandataire du pouvoir reçu. Aucun auteur n'a soutenu la position inverse en considérant qu'il suffirait qu'un seul acte soit conclu en dépassement de son pouvoir par le mandataire pour que tous les autres actes juridiques accomplis dans le respect des instructions soient aussi sans effet. Une telle conception serait en effet contraire à la lettre et à l'esprit de l'article 1998 qui dispose à propos des engagements contractés par mandataire : « *il* [le mandant] *n'est tenu de ce qui a été fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement* ». Cette solution devrait cependant être inverse dans l'hypothèse exceptionnelle où un acte accompli dans les limites du pouvoir est néanmoins indivisible de l'acte conclu en dépassement. L'absence d'exemples jurisprudentiels suggèrent la rareté de la situation. Cela s'explique par le fait que si l'acte n'est nécessaire qu'en complément de l'acte de dépassement, il y a bien peu de chance qu'il ait été compris dans les pouvoirs du mandataire.

1078 Com. 26 mars 2008, pourvoi n° 07-11.554, Bull. civ. IV, n° 69 ; *RTD civ.*, 2008, p. 689, obs. P.-Y. Gautier ; *RDC*, 2008, p. 1177, note S. Carval ; *LPA*, 29 avr. 2009, n° 85, p. 13, note L. El Badawi ; *RTD com.*, 2008, p. 842, obs. B. Bouloc ; *D.*, 2008, p. 1058, obs. X. Delpech.

1079 PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, Litec, 1988, n° 80.

1080 *Ibid.*

1081 LARROUMET (F.), *Droit civil, les obligations, le contrat, op. cit.*, n° 171.

Reste l'hypothèse où l'acte juridique conclu entrait bien dans la mission du mandataire mais dans lequel celui-ci a accepté des clauses secondaires en dépassant son pouvoir. Dans un arrêt du 26 janvier 1999[1082], la Cour de cassation a été saisie d'une telle difficulté. En l'espèce, des époux se sont portés cautions solidaires et hypothécaires pour l'obtention d'un crédit à une société sur un immeuble leur appartenant. Ils sont représentés lors de la signature de l'acte authentique par un clerc de l'étude notariale qui accepte l'adjonction de quelques clauses secondaires pour lesquelles il n'avait pas reçu mandat[1083]. Après la mise en liquidation de la société, la banque délivre un commandement pour saisie immobilière de l'immeuble objet de la caution réelle. Les époux caution se prévalent de la nullité du cautionnement hypothécaire en raison du dépassement de son pouvoir par le mandataire. Déboutés de leur demande devant la Cour d'appel, ils se pourvoient en cassation en reprenant leurs critiques. La Cour de cassation rejette leur pourvoi au motif suivant : *« Attendu … qu'en cas de dépassement de mandat, le mandant demeure tenu pour ce qui a été exécuté conformément au mandat ; que la cour d'appel a fait une exacte application des dispositions de l'article 1998 du Code civil en décidant que les époux X... n'étaient tenus envers la BRA qu'au titre de leur engagement de caution hypothécaire limité au seul immeuble décrit à l'acte, conformément au mandat par eux donné ; que les époux X... qui, dans leurs conclusions, ont eux-mêmes admis que seules les clauses consenties par le mandataire en dehors de ses pouvoirs ne pouvaient lier le mandant, ne sont pas recevables à soutenir que le dépassement de pouvoir ne pouvait être réparé sans que l'acte soit remis en cause dans son ensemble* ». Cette solution doit être approuvée car elle se fonde sur une juste interprétation de l'article 1998. Le mandant demeure tenu par l'acte qui entrait dans le pouvoir du mandataire à l'exception des clauses acceptées par celui-ci en dépassement de ses pouvoirs. Encore faut-il que ces clauses soient secondaires et divisibles en ce sens que leur suppression n'interdit pas l'exécution du contrat[1084]. Le Professeur Bénabent qualifie cette sanction de nullité-réduction[1085]. Pour lui « *Cette inopposabilité ou nullité est toutefois, lorsque cela est possible, une simple nullité-réduction, l'acte demeure efficace à hauteur du pouvoir.* ». Son analyse est identique dans la version antérieure à la réforme du droit des contrats[1086]comme dans la version postérieure[1087] : « *Cette inopposabilité ou nullité est toutefois, lorsque cela est possible, une simple nullité-réduction, l'acte demeurant efficace à hauteur du pouvoir* »[1088]. Pour cet auteur, la réduction de l'acte est donc possible quel que soit le choix retenu entre la nullité et l'inopposabilité.

1082 Civ. 1er, 26 janvier 1999, pourvoi n° 96-21.192, Bull. civ. I, n° 30, *RTD com.*, 1999, p. 742, obs. B. Bouloc.

1083 La décision ne révèle pas le contenu de ces clauses secondaires.

1084 En ce sens, RTD com., 1999, p. 742, obs. B. Bouloc : « *Si en effet, les clauses acceptées par le mandataire sont secondaires, il serait excessif de rendre nul un acte qui pour l'essentiel est conforme à la volonté du mandant. Tel paraissant être le cas dans la présente affaire, la jurisprudence a eu raison de ne pas admettre la nullité de la garantie hypothécaire conforme au désir du mandant.* »

1085 Sur cette variété de nullité : BÉNABENT (A.), *Droit des obligations, op. cit.*, n° 227.

1086 BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 11e éd., 2015, n° 689.

1087 BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 12e éd., 2017, n° 693.

1088 *Ibid.*

B. Le choix entre la nullite et l'inopposabilite de l'acte

207. Les hésitations doctrinales et jurisprudentielles. La formulation de l'article 1998 du Code civil est, selon le Professeur François, minimaliste car « *elle ne permet ni de déterminer si l'acte accompli au-delà des pouvoirs est simplement inopposable au mandant ou s'il est atteint de nullité, ni dans ce dernier cas, si la nullité est absolue ou relative.* »[1089]. L'hésitation doctrinale et jurisprudentielle entre la nullité et l'inopposabilité est renforcée par le fait que ces deux sanctions résultent d'une imperfection dans la formation de l'acte juridique. De nombreux auteurs, confortés par une multitude d'arrêts, analysaient traditionnellement le dépassement de pouvoir du mandataire comme un cas de nullité de l'acte **(1)**. La sanction de la nullité est cependant inappropriée car le dépassement de pouvoir ne porte pas atteinte à la validité de l'acte mais uniquement à son opposabilité au mandant. L'inopposabilité est donc la seule sanction adéquate consacrée législativement par la réforme du droit des obligations[1090] **(2)**.

1. Admission traditionnelle de la nullité

208. Premier temps de la jurisprudence : la nullité absolue de l'acte. Dans un premier temps, les tribunaux retenaient l'absence de consentement du représenté pour déclarer nul l'acte conclu en dépassement de ses pouvoirs par le représentant[1091]. La jurisprudence rejoignait ainsi la position d'une partie de la doctrine classique du XIX^{e} siècle[1092]. L'arrêt décisif ayant véritablement permis de trancher le débat est celui de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation en date du 15 avril 1980[1093]. Dans cette espèce, des époux avaient donné à bail un domaine à une association de vacances. Cependant l'acte notarié comportait une clause contraire à celle prévue dans la procuration, en prévoyant que l'association serait indemnisée par le bailleur des améliorations réalisées par elle, en tant que locataire. Or, la procuration indiquait clairement que le locataire ne pouvait bénéficier d'aucune indemnisation. Cette clause étant déterminante pour les bailleurs, le bail rédigé était contraire à leur volonté. La Cour de cassation décide « *que le contrat était atteint d'une nullité absolue échappant à la prescription de cinq ans* ». De ce fait, la nullité n'est pas seulement invocable par le mandant mais aussi par le tiers contractant, à condition que ce dernier ait un intérêt légitime à agir.

1089 En ce sens, FRANCOIS (J.), « L'acte accompli par le mandataire en dehors de ses pouvoirs et le mécanisme du contrat de mandat », *D.*, 2018, p. 1215, n° 1.

1090 DIDIER (Ph.), « La représentation dans le nouveau droit des obligations » *in Libres propos sur la réforme du droit des contrats. Analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016*, LexisNexis, 2016, p. 52 : « *Le sort de l'acte passé par une personne qui ne dispose pas d'un pouvoir régulier de représentation était entouré d'une incertitude que la réforme s'efforce de dissiper.* »

1091 Voir par exemple : Civ. 1er, 9 juin 1976, pourvoi n° 73-10.157, Bull. civ. I, n° 213.

1092 Par exemple : GUILLOUARD (L), *Traité des contrats aléatoires et du mandat, op. cit.*, n° 194, p. 525.

1093 Civ. 3^{e}, 15 avril 1980, pourvoi n° 78-15.836, Bull. civ. III, n° 73 ; *RTD civ.*, 1981, p. 155, obs. F. Chabas ; *D.*, 1981. IR 314, obs. J. Ghestin ; *Defrénois,* 1981, art. 32682, no 52, p. 853, obs. J.-L. Aubert.

209. Deuxième temps de la jurisprudence : la nullité relative de l'acte. La jurisprudence a, dans un second temps, privilégié la nullité relative de l'acte[1094]. La conséquence étant que seul le mandant est titulaire de l'action en nullité en raison d'une atteinte à son intérêt particulier[1095], et sera autorisé à agir[1096]. L'acte passé par le mandataire sera sanctionné d'une nullité relative y compris dans l'éventualité d'un défaut de pouvoir[1097]. Il est alors plus juste de parler non pas de mandataire mais de prétendu mandataire ou encore de faux mandataire pour reprendre les mots du Professeur Gautier dans sa note relative à la décision de la Cour de cassation du 2 novembre 2005[1098]. Deux observations doivent être présentées au sujet de cet arrêt. Premièrement, il traite spécifiquement d'un défaut de pouvoir et non d'un dépassement de pouvoir. Deuxièmement, l'arrêt cite expressément l'article 1984 mais curieusement omet de citer l'article 1998 alinéa 2. Le 9 juillet 2009[1099], la Cour de cassation sanctionne d'une nullité relative un contrat passé par un constructeur pour le maître d'ouvrage mais ayant agi en l'absence de mandat. Le choix de la nullité comme sanction de l'acte objet du dépassement demeure cependant contestable comme le reconnaissent certains auteurs[1100]. Il convient en ce sens de rechercher le fondement de la doctrine favorable à la nullité de l'acte.

1094 Et ainsi contribué, comme le relève le Professeur Aynes, à la crise qui atteint actuellement la nullité absolue : « *La crise qui atteint la nullité absolue est une bonne occasion pour revisiter notre théorie des nullités. La nullité absolue est en effet la plus difficile à fonder, tandis que la nullité relative a une assise solide dans l'histoire et le Code Napoléon*. » (AYNÈS (L.), « Les nullités absolues : quel avenir ? – Introduction », *RDC*, 2019, n° 3, p. 128).

1095 FEUNTEUN (M.), « La théorie des nullités au regard des Principes du droit européen du contrat de la commission d'Ole Landö » *in La théorie des nullités*, Études réunies par Michel Boudot et Paolo Maria Vecchi, Université de Poitiers, collection de la Faculté de droit et des sciences sociales, LGDJ, 2008, n° 6, p. 228.

1096 Civ. 1er, 25 mai 1992, pourvoi n° 90-19.969, Bull. civ. I, n° 156 ; *JCP,* 1992, IV, 2118 ; *D*., 1993, p. 153, note J. Massip : « *Mais attendu que la nullité du contrat, fût-il une transaction, découlant du pouvoir irrégulier de représentation d'un contractant, n'est que relative ; qu'elle ne peut être invoquée que par l'intéressé* … ». Civ. 1er, 17 juin 2015, pourvoi n° 14-14.568, n° 14-17.353, inédit. Civ. 1er, 12 novembre 2015, pourvoi n° 14-23.340, Bull. civ. I, n° 451 ; *AJCA,* 2016, p. 42, obs. Y. Dagorne-Labbé : « *Attendu que la nullité d'un contrat fondée sur l'absence de pouvoir du mandataire social, qui est relative, ne peut être demandée que par la partie représentée* ». Ces deux derniers arrêts traitent également spécifiquement d'un défaut de pouvoir et non d'un dépassement de pouvoir. Civ. 3e, 26 janvier 2017, pourvoi n° 15-26.814, publication à paraître. Civ. 1er, 22 juin 2017, pourvoi n° 16-13.336, inédit : « *que ces irrégularités, qu'elles tiennent en une nullité du mandat, un dépassement ou une absence de pouvoir, sont sanctionnées par la nullité relative de l'acte accompli pour le compte de la partie représentée, qui seule peut la demander, à moins qu'elle ne ratifie ce qui a été fait pour elle hors ou sans mandat, dans les conditions de l'article 1998, alinéa 2, du code civil.* »

1097 Com. 28 mars 2006, pourvoi n° 04-19.179, inédit. Civ. 1er, 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-15.413, inédit ; *CCC,* 2009. Comm. 260, note L. Leveneur : « … *la nullité d'un contrat pour défaut de pouvoir de représentation d'un contractant est une nullité relative, qui ne peut être invoquée que par l'intéressé* … ».

1098 Civ. 1er, 2 novembre 2005, pourvoi n° 02-14.614, Bull. civ. I, n° 69 ; *D*., 2005. IR. 2824 ; *JCP,* 2005. IV. 3546 ; *RTD civ*., 2006, p. 138, obs. P.-Y. Gautier, *RTD com*., 2006, p. 656, B. Bouloc : » *la nullité d'un contrat en raison de l'absence de pouvoir du mandataire, qui est relative, ne peut être demandée que par la partie représentée* ». Le Professeur Gautier s'oppose à cette solution : « *Il y a déjà un problème de qualification : si la* « *partie représentée* » *n'a pas donné de pouvoir, on ne peut considérer qu'elle est un cocontractant, elle se trouve de ce fait tiers au contrat.* […] *Cette inopposabilité au véritable propriétaire rejoint celle posée par l'Assemblée plénière en 1982, au titre de celle dont jouit le faux mandant. Tout cela est cohérent*. »

1099 Civ. 1er, 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-15.413, inédit.

1100 Par exemple : PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, p. 55, n° 72. L'auteur rejette la sanction de la nullité de l'acte objet du dépassement de pouvoir au profit de l'absence d'effet.

210. Fondement de la doctrine favorable à la nullité. En réalisant un dépassement de pouvoir, le mandataire porte atteinte, dans le cadre de sa mission, aux instructions imposées par le mandant. Il est, de ce fait, compréhensible de déclarer nul tout acte issu d'un dépassement de pouvoir car ledit acte est entaché d'un défaut d'habilitation. Le Professeur Guillouard soutient à la fin du XIX[e] siècle que la condition relative au consentement n'est pas respectée car le mandant n'a jamais donné son accord pour l'acte objet du dépassement de pouvoir[1101]. L'auteur en déduit, par application de la théorie classique des nullités que cette nullité est absolue.

Plusieurs auteurs soutiennent encore cette position au début du XX[e] siècle[1102] ; ils considèrent que le pouvoir du représentant est par essence une condition de validité de l'acte conclu. Dans cette optique, un agissement du mandataire contraire aux pouvoirs donnés par le mandant est une atteinte aux conditions de validité de l'acte, ce qui en justifie alors la nullité. Cette position doctrinale en faveur de la nullité doit néanmoins faire l'objet de certaines critiques.

211. Critiques de la nullité comme sanction au dépassement de pouvoir du mandataire. L'argumentation du Professeur Guillouard n'est plus pertinente aujourd'hui en raison d'une évolution doctrinale importante. En effet, une partie la doctrine contemporaine a abandonné la théorie classique de la représentation selon laquelle le mandataire manifestait non pas sa propre volonté mais celle de son mandant par le biais d'une fiction juridique. Le mandataire exprime sa propre volonté durant l'accomplissement d'actes juridiques au nom et pour le compte du mandant. Par conséquent, le mandataire défaillant exprime aussi sa propre volonté lorsqu'il outrepasse les limites de sa mission. Son consentement demeure lorsqu'il

1101 GUILLOUARD (L.), *Traité des contrats aléatoires et du mandat,* Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1893, n° 195.

1102 Sur ce point et en faveur d'une nullité absolue : GUILLOUARD (L.), *Traité des contrats aléatoires et du mandat, op. cit.*, n° 195 ; BARTHELEMY (L.-E.), *Du mandat en droit romain et en droit civil français*, *op. cit.*, p. 209 ; PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, 3[e] éd., Dalloz, 2009 (version antérieure à la réforme), n° 933, p. 530 ; LE TOURNEAU (P.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 10[e] éd., Dalloz action, 2015, n° 4104 (version antérieure à la réforme) ; ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), *Droit civil, contrats spéciaux,* 2013 (version antérieure à la réforme), n° 501, p. 375 ; MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Droit civil, les obligations*, *op. cit.*, n° 90. GRÉAU (F.), « *Retour sur la représentation comme fondement de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés* » *in Leçons de droit civil, Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Études coordonnées par Nicole Guimezanes, Bruylant, 2011, p. 365 : « *l'abus ou le détournement de pouvoirs du mandataire engage le mandant alors que le dépassement des pouvoirs entraine la nullité absolue de l'acte.* » REVET (T.), ZENATI-CASTAING (F.), *Cours de droit civil, Contrats*, PUF, Droit fondamental, 2014, n° 36, p. 100. En faveur d'une nullité relative : GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *Traité de droit civil (les effets du contrat)*, 3[e] éd., LGDJ, 2001, n° 958, p. 1031.

décide sciemment d'agir[1103]. Il n'est donc pas possible d'obtenir la nullité de l'acte pour le non-respect des conditions de validité[1104].

Le Professeur Pétel fait partie de cette doctrine qui ne se reconnait pas dans l'analyse classique de la sanction du dépassement de pouvoir rattachée à la nullité. L'auteur relève de même l'absence de cause de nullité en raison du respect des conditions de validité énumérées par l'ancien article 1108 du Code civil[1105]. Cependant, l'auteur admet une seule hypothèse où la sanction du dépassement de pouvoir sera forcément la nullité. Il s'agit de l'éventualité dans laquelle le mandataire viole une disposition d'ordre public en réalisant un acte réservé à la seule personne du mandant[1106]. Cette situation est illustrée dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 29 juin 1983[1107]. D'une manière générale, le dépassement porte uniquement atteinte aux instructions du mandant et non à la validité de l'acte. L'inopposabilité de l'acte en faveur du mandant apparaît donc comme la seule sanction adéquate.

2. Consécration législative de l'inopposabilité

212. La notion d'inopposabilité. L'inopposabilité est une sanction connue du droit civil mais sa définition légale demeure absente, y compris depuis la réforme du droit des obligations[1108]. La compréhension de cette notion suppose de définir préalablement son contraire c'est à dire l'opposabilité. Selon José Duclos, celle-ci est « *la qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par laquelle il rayonne indirectement hors de son cercle d'activité directe* »[1109]. À l'inverse, l'inopposabilité permet uniquement de porter atteinte aux effets d'un acte et non à l'acte lui-

1103 La sanction de la nullité relative est en revanche adéquate en présence non pas d'un dépassement de mission mais d'un mandat irrégulier illicite. Voir notamment : Civ. 3e, 11 juillet 2019, pourvoi n° 18-16.690, inédit, SABARD (O.), « Conséquences juridiques d'un mandat irrégulier sur l'acte conclu par le mandataire », *LEDC*, 2019, n° 9, p. 1. En l'espèce, les acquéreurs d'un terrain à bâtir donnent procuration à leur fille pour les représenter à l'acte de vente. Le terrain s'étant révélé inconstructible en raison de son classement en zone rouge dans le plan de prévention des risques naturels, les acquéreurs ont assigné les vendeurs en nullité de la vente. La nullité relative de l'acte en raison du défaut de consentement du représenté.

1104 Il en serait autrement pour la recherche de la sanction adéquate en faveur du tiers donc en faveur d'une partie à l'acte de dépassement. Voir *infra* n° 286 et s.

1105 PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, n° 74.

1106 PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, n° 72.

1107 Civ. 1er, 29 juin 1983, pourvoi n° 82-13.058, Bull. civ. I, n° 192. Un mandataire chargé de gérer les biens de son épouse donne un des biens à son frère. L'acte étant une donation portant sur un bien commun nécessite un mandat spécial, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Il s'agit donc d'un dépassement de pouvoir renforcé par la violation de l'article 1422 du Code civil, imposant l'intervention des deux époux pour une telle donation, justifiant ainsi la nullité.

1108 SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), « Art. 1178 à 1187 : l'absence de l'inopposabilité aux côtés de la nullité et de la caducité », *RDC*, 2015, p. 767.

1109 DUCLOS (J.), *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, préface de Didier Martin, LGDJ, 1984, p. 22. Voir aussi, WINTGEN (R.), *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, préface de Jacques Ghestin, Bibliothèque de droit privé, t. 426, LGDJ, 2004, p. 1.

même[1110] comme le fait la nullité. L'acte n'est pas opposable[1111] car il ne produit aucun effet sur les personnes n'ayant pas participé à son établissement donc aux tiers[1112]. Par conséquent, l'inopposabilité porte uniquement atteinte au rayonnement du contrat et non au contrat lui-même. En matière de représentation, le mécanisme de l'inopposabilité permet au représenté d'ignorer l'acte fautif passé par le représentant. Plus exactement, l'inopposabilité du dépassement fait disparaître la représentation. Il ne s'agit pas réellement d'une sanction mais davantage d'un état de fait[1113], d'une réalité contractuelle par nature intransmissible. *A contrario*, la nullité est une véritable sanction parce qu'elle détruit l'acte.

Daniel Bastian estime que les titulaires du droit à l'inopposabilité sont avantagés par rapport aux bénéficiaires d'une nullité[1114] car l'inopposabilité s'applique plus facilement que la nullité[1115]. En effet, le représenté peut rester passif tout en bénéficiant de l'inopposabilité de l'acte. En outre, l'inopposabilité sanctionne l'exécution de l'acte et non sa formation[1116]. La nullité est donc bien distincte de l'inopposabilité.

Cette sanction n'apparaît pas explicitement dans le texte de l'article 1998 du Code civil. Son alinéa 2 dispose seulement que le mandant « *n'est* [pas] *tenu de ce qui a pu être fait au-delà* » du pouvoir conféré au mandataire. Cette formulation, certes imprécise, semble néanmoins beaucoup plus proche de l'inopposabilité que de la nullité.

213. Le choix par une partie de la doctrine de l'inopposabilité de l'acte conclu en dépassement de pouvoir. Une partie de la doctrine considère que l'inopposabilité est la sanction la plus adéquate du dépassement de pouvoir du mandataire. Les partisans de la théorie de l'inopposabilité[1117] mettent en lumière le fait qu'un acte accompli en excédant les

---

1110 BASTIAN (D.), *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Sirey, Paris, 1929, p. 352.

1111 STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, *op. cit.*, p. 170, n° 231 : « *L'inopposabilité de l'acte résultant de la règle res inter alios acta est une sanction d'une gravité certaine puisque l'acte est privé de tout effet à l'égard de celui qui devait être partie liée* … ».

1112 BASTIAN (D.), *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité, op. cit.*, p. 355 : « *l'acte frappé d'inopposabilité ne s'impose pas aux tiers qui peuvent l'ignorer et se comporter comme s'il n'existait pas […] L'inopposabilité [est] destinée uniquement à la protection des tiers.* » WICKER (G.), « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », *in La représentation en droit privé, 6e Journées franco-allemandes, op. cit.*, n° 36, p. 63 : « *Faire valoir l'inopposabilité de l'acte signifie seulement que cet acte, par rapport auquel il a la qualité de tiers, ne le concerne pas, sans qu'il lui soit pour autant nécessaire d'en poursuivre l'anéantissement.* »

1113 CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 387, p. 314.

1114 BASTIAN (D.), *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, *op. cit.*, p. 354 : « *c'est justement parce qu'il est mieux protégé qu'il n'a pas besoin d'autant d'armes.* »

1115 DIDIER (Ph.), « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *JCP éd. G.*, n° 20-21, 16 mai 2016, 580, p. 2. Le représenté « *n'a aucune action à intenter pour se protéger, de même qu'il peut faire valoir cette inopposabilité sans limitation de temps.* »

1116 SIMLER (Ph.), *La nullité partielle des actes juridiques*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1969, n° 14, p. 15.

1117 Ex. CARBONNIER (J.), *Droit civil (les obligations)*, *op. cit.*, p. 216, n° 53. WEILL (A.), *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, Dalloz, 1938, n° 59, p. 106. BOULANGER (J.), *La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui*, Dalloz, 1933, n° 35, p. 84. WEILL (A.) et TERRÉ (F.), *Droit civil (les obligations)*, *op. cit.*, n° 82.

…/…

pouvoirs reçus, n'est pas irrégulier. Cet acte ne peut être annulé si les conditions de validité sont respectées mais il sera inopposable au mandant. Un dépassement de pouvoir n'aura pas pour effet d'anéantir l'acte mais d'atténuer son efficacité au regard du représenté. Ce dernier n'a aucun besoin d'attaquer les actes du mandataire car ils sont à son égard *res inter alios acte*[1118]. L'acte est privé de tout effet à l'égard de celui qui devait être partie liée[1119]. Le mandant accorde en effet un pouvoir de représentation au mandataire mais il n'exprime pas directement son consentement dans la conclusion de l'acte objet du dépassement de pouvoir. Le représenté devient par voie de conséquence un tiers à l'opération. Le Professeur Daniel Veaux, fidèle à cette logique, rejette la nullité relative car « *le défaut de pouvoir ne repose pas sur une incapacité personnelle* », ainsi que la nullité absolue en raison de l'absence d'atteinte à l'ordre public[1120].

214. Le recours occasionnel de la jurisprudence à l'inopposabilité avant la réforme du droit des contrats. La théorie de l'inopposabilité est, de longue date, préférée à la nullité par une grande partie de la doctrine[1121]. Au contraire, c'est la nullité qui avait davantage les faveurs de la jurisprudence[1122]. La Cour de cassation a d'ailleurs encore privilégié la nullité dans de nombreuses décisions rendues juste avant la réforme de 2016[1123]. Mais, pour autant,

---

BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et WAHL (A.), *Traité théorique et pratique de droit civil*, *op. cit.*, p. 413, n° 777. STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, *op. cit.*, p. 170, n° 231 : « *l'individu pour le compte de qui l'opération a été menée est un tiers qui n'a pu être lié ; l'auteur supporte les conséquences juridiques de son action fautive : l'acte n'est pas nul mais inopposable.* » STARCK (B.), *Droit civil (obligations)*, *op. cit.*, p. 98, n° 234. CLARISE (V.), *De la représentation : son rôle dans la création des obligations*, *op. cit.*, p. 211, n° 107 : « *Le refus de ratification, formel ou implicite, a pour conséquence de rendre inopposable au représenté l'acte du représentant*. » MADRAY (G.), *Essai d'une théorie générale de la représentation en droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1931, p. 210. PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, p. 55, n° 72.

1118 Cet adage latin signifie que le contrat ne peut affecter négativement les droits d'un tiers, il est codifié par le nouvel article 1199 du Code civil : « *Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV*. »

1119 STORCK (M.), *JCL. Civil Code*, V° Fasc. Unique, Contrats et obligations. Représentation dans les actes juridiques, n° 52 : « *L'inopposabilité de l'acte résultant de la règle res inter alios acta est une sanction d'une gravité certaine.* »

1120 VEAUX (D.), *L'abus de pouvoir ou de fonctions*, *op. cit.*, *p.* 81, n° 7. Selon cet auteur, un acte passé en dehors des pouvoirs ne peut être atteint que « *d'une inefficacité provisoire, d'une sorte d'inopposabilité au mandant* ».

1121 Par exemple : AUBRY (C.) et RAU (C.-F.), *Droit civil français*, t. 6, 7e éd., par A. Ponsard et N. Déjean de La Batie, Paris, Litec, 1975 ; CARBONNIER (J.), *Droit civil (les obligations),* t. 4, 12e éd., PUF, 1985, n° 56 ; CLARISE (V.), *De la représentation : son rôle dans la création des obligations*, thèse, Lille, 1949, n° 107, p. 211-212 ; RIPERT (G.), BOULANGER (J.), *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 2, Paris, LGDJ, 1957, n° 227 ; STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, 1982, n° 230, p. 170 Le Professeur Pétel rejette la thèse de l'inopposabilité au profit de l'absence d'effet et fonde sa réflexion sur le principe de la relativité des conventions inhérent à l'ancien article 1165 (PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, Litec, 1988, n° 80, p. 61).

1122 En ce sens : PÉTEL (P), *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, p. 58, n° 76.

1123 La Cour de cassation a en effet privilégié la nullité dans de nombreuses décisions rendues juste avant la réforme de 2016. Par exemple, Civ. 1er, 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-15.413, inédit ; *CCC*, 2009, comm. 260, obs. L. Leveneur ; Civ. 1er, 2 juillet 2014, pourvoi n° 13-19.626, Bull. civ. I, n° 118 ; *CCC*, 2014, comm. 128, obs. L. Leveneur ; Civ. 1er, 5 mars 2015, pourvoi n° 14-11.461 et n° 14-12.723, inédit ; Civ. 1er, 17 juin 2015, pourvoi n° 14-14.568, inédit ; Civ. 1er, 9 juillet 2015, pourvoi n° 14-19.646, inédit ; Civ. 1er, 17 décembre 2015, pourvoi n° 14-26.828, inédit.

la Cour de cassation n'a pas totalement écarté la sanction de l'inopposabilité. Ainsi, dans un arrêt du 28 mai 1982 rendu par l'Assemblé Plénière[1124], elle a prononcé l'inopposabilité de l'acte réalisé par le mandataire au-delà de sa mission, en soulignant son inefficacité à l'égard du représenté. Au début du XXI[e] siècle, elle reprend cette solution dans quelques rares décisions[1125]. La fin du XX[e] et le début du XXI[e] siècle auront donc été marqués par une oscillation continue de la Cour de cassation entre la nullité et l'inopposabilité de l'acte conclu en dépassement de pouvoir, reflétant ainsi une indécision de la jurisprudence sur la sanction adéquate en présence d'un dépassement de pouvoir.

215. L'inopposabilité : une sanction adéquate pour le mandant. Comme la nullité, l'inopposabilité peut sanctionner non seulement le non-respect par le mandataire d'instructions précises du mandant, traduisant l'existence d'un mandat exprès ou spécial., mais aussi le non-respect par le mandataire d'instructions imprécises résultant d'un mandat général ou conçu en des termes généraux[1126]. Mais l'inopposabilité présente pour le mandant un grand avantage procédural sur la nullité. Contrairement à celle-ci, l'inopposabilité ne lui impose en effet pas d'agir en justice, en respectant le délai de prescription quinquennale[1127]. Il lui suffit d'attendre et d'invoquer l'inopposabilité si le tiers contractant agit contre lui en exécution de l'acte conclu par le mandataire. La véritable conséquence de l'inopposabilité de l'acte est donc de « *paralyser totalement l'efficacité de cet acte* »[1128].

216. Inefficacité à l'égard du mandataire de l'acte inopposable au mandant. L'inefficacité de l'acte conclu en dépassement de pouvoir touche aussi le mandataire et par voie de conséquence le tiers contractant. Cette paralysie des effets s'explique par le fait qu'aucun de ces trois acteurs n'a jamais voulu que le contrat produise des effets en la personne du mandataire[1129]. Le fait que l'acte de dépassement soit inopposable au représenté ne signifie pas qu'il doive être opposable au représentant[1130]. Seuls quelques rares auteurs

---

1124 Ass. plén., 28 mai 1982, pourvoi n° 79-13.660, bull. ass. plé., n° 3, *D.*, 1983, p. 117, concl. J. CABANNES ; *D.*, 1983, p. 349, note E. Gaillard. La Cour de cassation casse la décision de la cour d'appel ayant reconnu qu'un vendeur mineur et en indivision était valablement représenté lors d'une vente réalisée par son tuteur légal. Dans la mesure où le mineur était émancipé, la vente ne pouvait lui être légitimement opposable. Le mineur avait ainsi la qualité pour agir dans le but de vendre sa part indivise. La Cour de cassation a aussi fait référence à l'inopposabilité comme sanction au dépassement de pouvoir dès 1976 : Civ. 1[er], 23 novembre 1976, pourvoi n° 75-11.525, Bull. civ. I, n° 361.

1125 Civ. 3[e], 6 octobre 2004, pourvoi n° 03-13.133, Bull. civ. III, p. 151, n° 165. Plus récemment : Com. 11 mars 2014, pourvoi n° 12-22.877, inédit : « *Mais attendu que le mandant, qui n'est pas tenu des actes faits par son mandataire au-delà du pouvoir qui lui a été donné, dispose à l'encontre de ces actes d'une action en inopposabilité* … ».

1126 *Ibid.* La vente réalisée par le mandataire en présence d'un mandat conçu en termes généraux sera inopposable au mandant car il s'agit d'un acte d'administration. Civ. 1[er], 17 janvier 1973, pourvoi n° 71-13.053, Bull. civ. I, n° 25.

1127 Néanmoins, le mandataire pourrait résister à une demande d'exécution du tiers contractant en invoquant l'exception de nullité.

1128 PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, p. 61, n° 85.

1129 DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, *op. cit.*, n° 108.

1130 Voir notamment, STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Le nouveau droit de la représentation et le contrat de mandat », *art. cit.*, p. 83.

contemporains admettent que dès lors qu'il n'y a pas nullité mais inopposabilité c'est le mandataire qui est tenu à titre personnel par l'acte objet du dépassement. Ainsi, Thibault Douville considère qu'avec l'introduction du nouvel article 1156 dans le Code civil : « *l'acte accompli par le représentant ne produira pas d'effets à l'égard du représenté mais dans le patrimoine du représentant.* »[1131]. Cet effet tiré de l'inopposabilité est contestable car le représentant ne manifeste en principe pas de volonté de se lier personnellement à l'acte qu'il conclut, certes en dépassement de son pouvoir, mais néanmoins au nom et pour le compte du mandant. Le seul constat du dépassement de sa mission ne peut donc suffire à justifier son engagement contractuel envers le tiers-contractant.

217. L'articulation des sanctions de l'inopposabilité et de la réparation du préjudice subi par le mandant. En raison de son inopposabilité au mandant, l'acte conclu en dépassement de pouvoir est sans effet sur celui-ci. Cette sanction fait donc *a priori* disparaître pour le mandant le dommage contractuel né du dépassement. Cela ne veut pas dire toutefois que le préjudice résultant du dépassement n'a jamais existé. Ce préjudice, qui nait de la faute du mandataire durant l'exécution de sa mission, existe bel et bien. Mais l'inopposabilité de l'acte l'empêche de se manifester. Le mandant ne peut donc en demander réparation puisqu'il n'est même pas nécessaire qu'il introduise une action en justice pour faire constater cette inopposabilité. Le mandant, qui ne subit donc pas les conséquences du dépassement ne peut agir en réparation d'un dommage contractuel. L'inopposabilité en paralysant la manifestation d'un dommage pour le mandant opère une sorte de réparation automatique de celui-ci. Cependant, l'inopposabilité ne fait pas forcément disparaitre tout préjudice. Pour cela, il faudrait déjà que le tiers contractant n'agisse pas en justice pour demander au mandant l'exécution forcée de l'acte conclu avec le mandataire. En effet, dans le cas contraire, le mandant subit directement un dommage matériel et moral résultant du dépassement de mission puisqu'il doit résister à une action en justice qui génèrera des frais et des tracas. Plus rarement sans doute, le mandant peut subir d'autres dommages accessoires. Par exemple, lorsque le mandat est conclu entre deux professionnels dans le cadre de leur activité, le mandant, en n'exécutant pas le contrat conclu pourtant en dépassement de son pouvoir par le mandataire, risque de subir un dommage moral dû à l'atteinte à sa réputation commerciale.

218. La consécration de l'inopposabilité par le nouvel article 1156 du Code civil. L'article 1156 alinéa 1er du Code civil, issu de la réforme du droit des obligations tant attendue[1132], met fin aux hésitations jurisprudentielles[1133]. Aux termes de cette disposition :

1131 DOUVILLE (T.), « Droit de la représentation : les sanctions du détournement et du dépassement de pouvoir », *LEFP*, juillet 2016, n° 7, p. 5 ; *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article*, 2e éd., Gualino, 2018, p. 121.

1132 FAUVARQUE-COSSON (B.), GEST (J.), ANCEL (F.), « Le processus d'élaboration de la réforme du droit des contrats » *in La réécriture du Code civil.* Le droit français des contrats après la réforme de 2016 sous la direction de John Cartwright, Bénédicte Fauvarque-Cosson et Simon Whittaker, vol. 29, Société de législation comparée, 2018, p. 29 : « *La nécessité d'une réforme du droit français des contrats n'est pas née ces dix dernières années. La question de l'opportunité d'une réforme du Code civil s'est posée dès la fin du XIXe siècle et a mûri pendant de longues années pour nous porter jusqu'en ce début de XXIe siècle.* »

1133 STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Le nouveau droit de la représentation et le contrat de mandat », *art. cit.*, p. 83.

« *L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté* »[1134]. Une action en nullité est cependant ouverte au tiers de bonne foi par l'alinéa de l'article 1156 alinéa 2 qui dispose : « *Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité.* ». Cette dualité de sanctions, selon qu'il s'agit du tiers contractant de bonne foi ou du représenté, doit être approuvée car leurs situations sont radicalement distinctes[1135].

L'inopposabilité de l'acte au représenté, et plus spécialement au mandant, est préférable à la nullité car le dépassement porte directement atteinte à ses instructions originelles et non à son consentement à l'acte. En effet, le représenté ne peut pas agir en nullité pour un acte dont il est techniquement absent. Son représentant, en dépassant sa mission n'est qu'un pseudo-représentant, qui n'a pas pu l'engager. L'inopposabilité, qui permet davantage de constater un état de fait que de sanctionner *stricto sensu* le défaut de pouvoir, est donc la seule sanction conforme à la situation du représenté. L'inopposabilité est en outre opportune et commode pour le représenté car il n'est pas nécessaire pour lui d'agir en justice afin de bénéficier de cette protection. Il profite simplement de l'inopposabilité et n'a plus « *rien à faire* » pour reprendre les mots du Professeur Grimaldi[1136].

La nullité peut être une sanction acceptable à l'impérieuse condition qu'un élément porte atteinte à la validité de l'acte. Or le dépassement produit effectivement ce résultat à l'égard du tiers contractant victime d'un vice de consentement[1137] en raison de la méconnaissance de l'étendue des pouvoirs du représentant. La sanction de l'inopposabilité en faveur du représenté et de la nullité en faveur du tiers est alors pleinement justifiée[1138].

1134 Une action en nullité est cependant ouverte au tiers de bonne foi. L'article 1156 alinéa 2 dispose en effet : « *Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité.* » Voir *infra* n° 310 et s.

1135 En ce sens : WICKER (G.), « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », *in La représentation en droit privé, 6e Journées franco-allemandes, op. cit.*, n° 35, p. 62 : « … *les intérêts à préserver et les modalités de leur protection ne peuvent être identiques selon que l'on considère le représenté ou le tiers contractant. Aussi bien, de façon très pertinente, l'article 1156 a choisi de déterminer la nature de la sanction du défaut de pouvoir en distinguant entre le représenté et le tiers contractant.* » MATTEY (N.), *Rép. civ.*, V° Représentation, n° 87 : « *Bien que contestée, cette dualité de sanctions se justifie tout à fait au plan technique. […] Il était pour le moins étonnant de voir le représenté agir en nullité d'un acte auquel il restait étranger : il est res inter alios acta. L'inopposabilité est bien plus conforme à sa situation réelle.* » SEUBE (J.-B.), DUMONT-LEFRAND (M.-P.), GOUT (O.), LANDEL (J.), *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, Editions législatives, 2018, p. 83.

1136 GRIMALDI (C.), *Leçons pratiques de droit des contrats*, 1er éd., LGDJ, coll. Les intégrales, 2019, p. 165.

1137 Précisément une erreur. WICKER (G.), « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », *D.*, 2016, p. 1942, n° 37 : « *l'alinéa 2 [de l'article 1156 du Code civil] du texte ne lui ouvre la nullité que lorsqu'il a commis une erreur sur la réalité des pouvoirs du représentant.* »

1138 DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 244-247 : « *L'inopposabilité de l'acte au représenté appelle peu de remarques, sauf à souligner sa remarquable efficacité* … ».

La Cour de cassation, dans une espèce antérieure à la réforme, refuse d'appliquer par anticipation la solution retenue par l'article 1156. Ce qui manifeste son hostilité au texte[1139]. Selon la Cour : « *Les irrégularités affectant la représentation conventionnelle d'une partie à un acte notarié, qu'elles tiennent en une nullité du mandat, un dépassement ou une absence de pouvoir, sont sanctionnées par la nullité relative de l'acte accompli pour le compte de la partie représentée*. ». Elle rejoint ainsi les auteurs hostiles à la nouvelle réglementation.

219. La critique doctrinale de l'article 1156. L'approbation de l'article 1156 n'est pas partagée par une partie importante de la doctrine récente qui défend la sanction unique de nullité de l'acte tant pour le tiers contractant que pour le représenté[1140]. De nombreux commentaires de la réforme du droit des obligations rejettent donc la sanction de l'inopposabilité en faveur du représenté[1141].

Parmi les neuf articles composant le nouveau paragraphe relatif à la représentation dans le Code civil, l'article 1156 est à l'origine d'un débat doctrinal particulièrement vigoureux. Le cœur de la discussion repose sur l'acceptation pour les uns et le rejet pour les autres de son alinéa 1er, autrement dit l'acceptation ou le refus la dualité de sanction. Le Professeur Philippe

1139 Civ. 3e, 11 juillet 2019, pourvoi n° 18-16.690, inédit.

1140 Certains auteurs ne prennent cependant pas parti. Ex. : STURLESE (B.), note sous Ch. mixte, 24 février 2017, pourvoi n° 15-20.411, *JCP éd. G.*, n° 12, 20 mars 2017, 305 : « *On retiendra juste qu'en matière de défaut ou de dépassement de pouvoir du mandataire, le nouvel article 1156 du Code civil retient la sanction de l'inopposabilité au lieu de celle actuelle de la nullité relative, afin de cantonner la privation d'effets du contrat au représenté sans remettre en cause l'effet obligatoire de celui-ci. Seul le pseudo-représenté peut contester ou ratifier l'acte.* » CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations*, *Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 387-388, p. 314-315. LE TOURNEAU (Ph.), *Rép. Civ.*, V° Mandat, n° 365. BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, Adapté après la réforme du 10 février 2016*, 12e éd., LGDJ, Précis Domat, 2017, n° 693. DIDIER (Ph.), « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *JCP G.*, n° 20-21, 16 mai 2016, 580, p. 2. MEKKI (M.), « Réforme du droit des obligations : la représentation (C. civ., art. 1153 et s. nouv.) », *JCP N.*, n° 47, 25 novembre 2016, act. 1255. GRIMALDI (C.), *Leçons pratiques de droit des contrats*, 1er éd., LGDJ, coll. Les intégrales, 2019.

1141 MOLIÈRE (A.), « Les sanctions en matière de représentation : point trop n'en faut ! », *D.*, 2017, p. 1547, n° 7 : « *En considérant uniquement la situation du représenté, le dépassement et l'absence de pouvoir ne devraient-ils pas, tout comme le détournement, emporter la nullité de l'acte ? Cela semble, en effet, plus plausible. Pour le représentant, agir sans pouvoir ou au-delà de ses prérogatives, c'est ne plus être vecteur de la volonté du représenté. Il semble donc curieux de retenir l'inopposabilité d'un acte qui, par définition, souffre d'un défaut de validité. Pourquoi le texte n'impose-t-il pas la nullité ? L'annulation de l'acte paraît être la réponse la plus cohérente. Lorsque le consentement du représenté fait défaut, ce qui est le cas quand les pouvoirs du représentant sont dépassés ou inexistants, c'est bien une condition de validité de l'acte conclu qui est défaillante et c'est alors l'article 1128 du code civil qui est violé. Dès lors, quelle autre sanction retenir, sinon la nullité ?* ». DISSAUX (N.), JAMIN (C.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 55. DISSAUX (N.), « Articles 1152 et suivants : la représentation », *RDC*, 2015, n° 3, p. 749. MIGNOT (M.), *art. cit.* TOURNAUX (S.), « Réforme du droit des contrats et des obligations : les interactions entre droit commun de la représentation et représentations conventionnelles spéciales », *Lexbase édition privée*, n° 646, 10 mars 2016, p. 4. DANIS-FATÔME (A.), « Proposition de modification de l'article 1156 du Code civil : le défaut de pouvoir du représentant », *RDC*, 2017, n° 1, p. 177. FRANCOIS (J.), *art. cit.* : « *Sans doute ne faut-il pas s'étonner, en l'état de telles interrogations, que l'article 1156 ait suscité des critiques récurrentes, dès le stade de la publication du projet d'ordonnance de réforme puis encore après la promulgation de l'ordonnance. Il reste que le texte n'a pas été modifié à l'occasion du vote de la loi de ratification.* » DANIS-FATÔME (A.), « Le contrat de mandat à l'épreuve de la réforme du droit des obligations du 10 février 2016 », *art. cit.*, p. 90 : « *On doute donc de la portée de pratique de l'inopposabilité choisie par le législateur de 2016. La nullité relative, ouverte au mandant trompé, retenue par la Cour de cassation est dès lors préférable.* »

Simler qualifie les deux premiers alinéas de l'article 1156 de « *quelque peu énigmatique* »[1142]. Jugés par d'autres « *incompréhensibles* »[1143], ou encore complexes[1144], ils suscitent par ailleurs la perplexité des Professeurs Dissaux et Jamin pour qui le dépassement du mandataire « *n'exprime aucune volonté susceptible de justifier un engagement : ni celle du représenté, dans la mesure où celui-ci avait circonscrit son consentement au pouvoir donné ; ni la sienne, puisqu'il agit pour le compte d'autrui. L'une des conditions essentielles à la validité du contrat fait défaut. La nullité s'impose.* »[1145]. Les détracteurs de l'article 1156 regrettent que ce texte n'unifie pas la sanction du dépassement de pouvoir[1146] et dénoncent une « *sophistication excessive* »[1147]. Il ne s'agit pourtant ni d'une sophistication ni d'un excès mais bien d'une nécessité théorique dont la réforme a su tenir compte.

Pourquoi rechercher nécessairement une unification de la sanction[1148] ? L'unification constante n'est pas une solution en soi[1149]. Il est avant tout plus important de tenir compte en priorité de la situation de chaque personne, qu'elle soit partie ou tiers, afin de pouvoir apprécier avec certitude la légitimité de la sanction offerte en cas de dépassement. Or c'est précisément la différence de situation entre le représenté et le tiers-contractant qui justifie une différence de sanction en présence d'un dépassement du représentant.

1142 SIMLER (Ph.), *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, LexisNexis, 2016, n° 34, p. 22.

1143 MIGNOT (M.), « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (III) », *LPA*, 2016, n° 52, p. 7.

1144 FRANCOIS (J.), « L'acte accompli par le mandataire en dehors de ses pouvoirs et le mécanisme du contrat de mandat », *D.*, 2018, p. 1215, n° 3 : « *Le dispositif ainsi prévu frappe dès l'abord par sa complexité. […] La question se pose de savoir si cette dualité de sanctions est justifiée. Les règles n'auraient-elles pas pu être simplifiées, voire alignées sur celles qui s'appliquent en cas de détournement de pouvoir ?* ».

1145 DISSAUX (N.), JAMIN (C.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 55.

1146 MOLIÈRE (A.), « Les sanctions en matière de représentation : point trop n'en faut ! », *art. cit.,* n° 8. DISSAUX (N.), JAMIN (C.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 55 : « *Une sanction unitaire est préférable* ». DANIS-FATÔME (A.), « Proposition de modification de l'article 1156 du Code civil : le défaut de pouvoir du représentant », *RDC*, 2017, n° 1, p. 177. DOUVILLE (T.), *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article*, 1er éd., Gualino, 2016, p. 119. CABRILLAC (R.), « La théorie générale de la représentation dans le projet de réforme du droit des contrats français » *in Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, n° 10, p. 116.

1147 MOLIÈRE (A.), « Les sanctions en matière de représentation : point trop n'en faut ! », *art. cit.,* n° 4.

1148 *Ibid.*, n° 10 : « *Le choix de la nullité pour unifier le régime du dépassement et du détournement de pouvoir peut difficilement être contesté. […] Une telle généralisation de la nullité paraît tout indiquée.* » DOUVILLE (T.), *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article*, 1er éd., Gualino, 2016, p. 119. DISSAUX (N.), JAMIN (C.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 55 : « *Dans les deux cas, le représentant agit sans pouvoir. Évidemment, les deux notions sont distinctes : le dépassement s'apprécie objectivement, en contemplation des limites du pouvoir octroyé ; le détournement, subjectivement, en considération du but dans lequel le pouvoir fut exercé. La sanction ne saurait toutefois varier : toujours, le représentant méconnaît son pouvoir* ».

1149 FRANCOIS (J.), « L'acte accompli par le mandataire en dehors de ses pouvoirs et le mécanisme du contrat de mandat », *art. cit.*, n° 8 : « *Cette conclusion, selon laquelle la sanction ne saurait varier, paraît trop catégorique. Le respect de la légalité peut ici s'accommoder d'une simple inopposabilité, l'irrégularité ayant vocation à être soldée pour le reste dans les rapports du mandataire et du tiers contractant.* »

L'inopposabilité a de surcroît l'avantage de rendre le représenté passif, libre de bénéficier ainsi de plein droit[1150] du caractère automatique de cette sanction[1151] L'apport de la réforme de février 2016 est ainsi décisif car cette dernière tranche enfin la question longuement discutée de la sanction du dépassement de pouvoir du mandataire. Un tel éclaircissement[1152] était devenu indispensable eu égard à l'incertitude doctrinale et jurisprudentielle[1153] ; c'est la raison pour laquelle la réforme du droit des obligations a contribué à renforcer l'intelligibilité de la règle de droit[1154] dans le domaine de la sanction du dépassement de pouvoir du représentant.

La sanction du dépassement du mandataire ne représente qu'un aspect du traitement de ce manquement ; il convient de présenter dans la continuité de cette réflexion l'hypothèse d'un dépassement de mission de l'entrepreneur et plus précisément les sanctions de l'exécution de travaux supplémentaires non-prévus au marché.

II. SANCTIONS DU DEPASSEMENT DE MISSION PAR L'ENTREPRENEUR

220. La diversité des sanctions offertes au maître d'ouvrage. La réalisation d'un travail spécifique peut rendre délicate la détermination de la prestation de l'entrepreneur lors de la conclusion du contrat ; dès lors elle peut augmenter en cours d'exécution les risques[1155] de réalisation de travaux supplémentaires[1156].

1150 DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 247.

1151 Consacrer l'inopposabilité s'inscrit ainsi pleinement dans une évolution de notre droit marquant une certaine défaveur pour la nullité car, comme l'a fort bien écrit Alain Bénabent, *« Ce n'est pas seulement la nullité absolue qui recule vis-à-vis de la nullité relative : c'est peut-être aussi la notion même de nullité, sorte de lourd guerrier en armure exigeant recours judiciaire, donc action (qui dit action dit délai…), procès et jugement. La tentation se fait jour de sortir de ce carcan vers des voies plus souples …* » (BÉNABENT (A.), « Les nullités absolues : quel avenir ? – Observations conclusives », *RDC*, 2019, n° 3, p. 150).

1152 La clarté de l'article 1156 alinéa 1er doit cependant être nuancée car le texte mentionne uniquement l'inopposabilité de l'acte pour le représenté sans indiquer l'impact de cette sanction sur le représentant. Sera-t-il engagé par l'acte conclu en dépassant ses pouvoirs ? Cela paraît difficilement concevable au regard des effets sur la personne du représentant mais également du tiers-contractant : voir *infra* n° 286 et s.

1153 DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Lexisnexis, 2016, p. 246 : « *l'essentiel est que les solutions soient à présent fixées, car jusqu'à présent la jurisprudence était plutôt flottante qui oscillait entre inopposabilité et, nullité absolue et nullité relative* ».

1154 CHAMPALAUNE (C.), « Les grands traits de la réforme » *in Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, sous la direction de Philippe Stoffel-Munck, Dalloz, 2015, p. 10.

1155 Il existe des risques de deux natures selon le Professeur Mousseron : il peut s'agir de « risques externes » lorsqu'ils proviennent de circonstances extérieures aux parties ou encore de « risques internes » lorsque, à l'inverse, ils résultent directement du comportement des parties (MOUSSERON (J.-M.), « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.*, 1988, p. 481 et s., spéc. n° 487). Le fait pour le maître d'ouvrage de solliciter en cours de contrat une modification de la prestation de l'entrepreneur constitue un risque interne. Inversement, le fait pour l'entrepreneur de découvrir en cours de contrat que le parfait respect de sa mission nécessite l'accomplissement de travaux supplémentaires non prévus constitue un risque externe.

1156 DURAND-PASQUIER (G.), *Le maître d'ouvrage, Contribution à l'harmonisation du régime du contrat d'entreprise*, thèse Paris I, 2005, n° 672, p. 295.

En cas de dépassement de sa mission par l'entrepreneur, le maître de l'ouvrage ne dispose en général que des sanctions relevant du droit commun du contrat. Il peut d'abord s'opposer au paiement de travaux. Il peut encore refuser leur réception et demander, lorsque cela est possible, la destruction de ce qui a été fait en violation de son obligation par l'entrepreneur. L'application de ces sanctions du droit commun **(A)** est complétée de celle spéciale en matière de marché à forfait de construction de bâtiment. Selon son article 1793 : « *Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire* ». Ce texte renforce ainsi la sanction du non-paiement du prix dans le marché à forfait de construction d'un bâtiment **(B)**. Le recours à cette sanction spéciale demeure très fréquent dans la mesure où le marché à forfait, fort répandu lors de la promulgation du Code civil, demeure aujourd'hui encore très utilisé dans le domaine de la construction immobilière [1157].

A. L'APPLICATION DES SANCTIONS DE DROIT COMMUN

221. La combinaison des sanctions. Deux sanctions générales sont applicables en présence d'un dépassement de mission de l'entrepreneur[1158]. La première la plus évidente est le refus de paiement du prix par le maître de l'ouvrage **(1)**. En réalité, le refus de payer le prix n'est pas une sanction de l'inexécution au sens strict mais une simple conséquence de l'absence d'engagement du maître de l'ouvrage. Le maître de l'ouvrage peut aussi demander la suppression des travaux faits en dépassement de la mission **(2)**. Ces deux sanctions peuvent s'ajouter et être complétées par des dommages et intérêts si un préjudice subséquent du maître d'ouvrage demeure[1159].

1. Le refus de paiement du prix par le maître de l'ouvrage

222. Fondement de la sanction : non-respect de la force obligatoire du contrat par l'entrepreneur. Conformément au principe de la force obligatoire du contrat[1160],

1157 BOUBLI (B.), *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, Editions du J.N.A., 1991, p. 69. CASTON (A.), « Le marché à forfait », *AJPI*, 1971, p. 1059. LABARTHE (F.) NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008, n° 373, p. 209.

1158 Une troisième sanction est théoriquement envisageable mais elle n'a pas donné lieu à jurisprudence publiée. C'est le refus de prendre livraison lorsqu'il s'agit d'un contrat d'entreprise portant sur la fabrication d'un bien mobilier Un dépassement de mission dans ce type de contrat est en pratique rare à part le fait de fabriquer par exemple 10 objets identiques alors que la commande portait sur 5… En réalité, l'inexécution prend en général la forme d'une carence ou d'une mauvaise exécution par la livraison d'une chose qui ne satisfait pas les demandes spécifiques du maître de l'ouvrage.

1159 Sur la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur, voir *supra* n° 193 et s.

1160 La force obligatoire des conventions est désormais réaffirmée par le nouvel article 1103 du Code civil selon lequel : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits*. »

l'entrepreneur doit respecter les termes du contrat conclu avec le maître d'ouvrage. Il ne peut donc pas réclamer paiement du prix de travaux qui n'entraient pas dans le champ contractuel et qui n'avaient fait l'objet d'aucun accord ultérieur. Comme le rappelle le Professeur Boubli « *L'entrepreneur doit exécuter le contrat conformément aux prévisions. Il doit notamment respecter le prix [et] doit exécuter les travaux en se conformant au projet*. »[1161]. Par conséquent, il n'est pas envisageable d'imposer au maître le paiement d'une prestation qu'il n'a pas commandée ou acceptée. La charge des travaux non prévus ou dépassant les prévisions du maître doit être supportée par l'entrepreneur.

C'est à l'entrepreneur de prouver que le maître d'ouvrage a bien consenti aux travaux supplémentaires et non au maître d'ouvrage de démontrer qu'il ne les avait pas autorisés. Dans un arrêt du 5 avril 2018, la Cour de cassation rappelle ce principe, sur le fondement de l'ancien article 1134 du Code civil, en cassant la décision d'une juridiction de proximité[1162]. En l'espèce, lors de la réparation d'une pelleteuse, la société prestataire, remarquant une fuite d'huile, démonte le moteur et constate un dysfonctionnement sur la cage de roulement. Elle procède alors à la réparation de cette pièce alors qu'elle n'était pas prévue dans le marché conclu. Le juge de proximité condamne le maître d'ouvrage au paiement de cette réparation. La Cour de cassation accueille le pourvoi du maître d'ouvrage au motif que « *celui qui se prévaut de l'existence d'une obligation doit établir l'existence du consentement de l'autre partie ; qu'en se bornant, pour affirmer que M. X... avait donné son accord à l'intervention de la société Curty Matériels sur le réducteur de la pelleteuse dont il est propriétaire, à relever l'existence de bons de commande non signés, de la nécessité du démontage du réducteur, du transport de la pelleteuse sans opposition de M. X... et du fait que celui-ci, avisé de ce démontage a posteriori, s'était rendu dans les locaux de la société Curty Matériels et avait constaté les défauts de la cage de roulement de la pelleteuse, la juridiction de proximité n'a pas établi en quoi M. X... avait donné son consentement à l'intervention sur le réducteur dont le paiement était réclamé ; qu'elle a ainsi privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016* »[1163].

Le refus du maître d'ouvrage de payer les travaux supplémentaires est une sanction commune aux différents contrats d'entreprise. Cette règle s'applique que le prix ait ou non été déterminé dès la conclusion du contrat ou qu'il ait été définitif ou indicatif. Un dépassement de mission peut ainsi se manifester en dehors d'un marché à forfait. Ainsi, lorsque le maître d'ouvrage charge un entrepreneur d'assurer les travaux de transformation et d'aménagement d'une grange en prévoyant un coût maximum, l'entrepreneur qui, en

1161 BOUBLI (B.), *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, *op. cit.*, n° 172 et 173, p. 105.

1162 Civ. 1er, 5 avril 2018, pourvoi n° 17-13.548, inédit.

1163 Dans le même sens, CA Versailles, 16 juin 2000, *D.* 2000, IR, p. 249 : En l'espèce, une société de maintenance aéronautique demandait à son client le paiement de travaux accomplis au-delà du forfait de la visite technique. La Cour d'appel rejeta cette demande car la société entrepreneur ne présentait à l'appui de sa demande aucun bon de commande du maître pour ces travaux.

connaissance de cause, entreprend de nouveaux travaux dépassant ce coût, sans en informer son cocontractant, doit supporter la charge du coût des travaux supplémentaires[1164].

223. Une illustration caractéristique du dépassement de mission : la prestation de service du garagiste. Au sein des multiples contrats d'entreprise, celui conclu par le garagiste est à l'origine d'une jurisprudence abondante.

Les tâches du garagiste entrepreneur[1165] peuvent être réparties dans deux grandes catégories : le contrat d'entretien et le contrat de réparation. Le garagiste tenu d'accomplir un contrat d'entretien peut être amené notamment à laver un véhicule, vérifier la pression, les niveaux, l'éclairage, ou encore changer l'huile. La prestation promise, présentant généralement peu de difficulté d'exécution, est une obligation de résultat[1166]. L'exécution du contrat de réparation est plus difficile[1167] car le garagiste s'engage à remettre le véhicule en état de marche[1168]. Il peut donc être amené, pour y parvenir, à procéder à des travaux non prévus mais nécessaires. La Cour de cassation dans un arrêt du 20 juin 1979 exige que le garagiste qui demande le paiement de travaux de réparation apporte la preuve que la totalité des travaux a été commandée et acceptée par le client[1169]. Dans le cas contraire, le garagiste ne peut obtenir le paiement de travaux supplémentaires non acceptés par le maître d'ouvrage. Il s'agit d'une application de la théorie de la force obligatoire du contrat : le garagiste ne doit pas prendre l'initiative d'effectuer d'autres réparations que celles contractuellement acceptées par le client. A fortiori, il en est de même si le garagiste effectue des réparations malgré un ordre contraire de son client, le prestataire est alors en faute[1170] et ne peut légitimement obtenir le paiement des travaux explicitement refusés[1171].

Par ailleurs, le garagiste ne peut pas exercer son droit de rétention sur le véhicule si les travaux supplémentaires n'ont pas été acceptés par le client[1172].

La prise en compte des faits est cependant essentielle pour le juge afin d'admettre le caractère excessif du montant des travaux. Dans une décision de la Cour d'appel de Besançon du 20 octobre 1977, un client avait remis sa voiture à un garagiste afin qu'il procède à des réparations précises. Le bon de commande signé par l'automobiliste prévoyait l'échange

---

1164 Civ. 3e, 5 novembre 1974, pourvoi n° 73-11.405, Bull. civ. III, n° 398.

1165 Le garagiste est également tenu de garder le véhicule du client durant l'accomplissement de sa mission. Cette tâche complémentaire lui confère le statut de dépositaire en plus de celui d'entrepreneur.

1166 Civ. 2e, 10 février 1966, Bull. civ. II, n° 193.

1167 MOREIL (S.), *Les obligations nées du contrat d'entreprise*, thèse, Paris II, 2009, p. 55.

1168 Ce contrat peut se définir ainsi : « *Une convention de louage d'ouvrage conclu à titre onéreux entre le propriétaire d'un véhicule désireux de le faire réparer et un garagiste, commerçant, dont la profession est d'effectuer des réparations sur des véhicules automobiles.* » (DAVERAT (G.), *La responsabilité civile et pénale du garagiste dans l'exercice de ses activités de vendeur et de prestataire de services*, thèse, Paris I, 1981, n° 426).

1169 Civ. 1er, 20 juin 1979, pourvoi n° 78-10.318, Bull. civ. I, n° 190.

1170 VOINOT (D.), *Rép. civ.*, V° Automobile-Service automobile, 2004, n° 272.

1171 CA Montpellier, 27 mai 2002, Juris-Data n° 2002-199873.

1172 Sur ce point, Civ. 1er, 3 mai 1966, Bull. civ. I, n° 261, *D.* 1966, p. 649, note J. Mazeaud.

standard du moteur ainsi que la vérification de la pompe à injection, de la dynamo et du démarreur. Les réparations effectuées s'élèvent finalement à cinq mille quatre cents francs mais le client refuse de payer la facture arguant que diverses réparations exécutées n'avaient pas été commandées. Le client mentionne pour cela la remise en état de la pompe à injection alors que le bon de commande ne portait que sur une simple vérification. La Cour d'appel condamne le client au paiement de la somme totale car elle estime que la remise en l'état contribuait au bon fonctionnement général du véhicule, ce qui était en principe le souhait du propriétaire. En outre, la vérification de la pompe était à l'origine de sa remise en état. Par conséquent, le garagiste se conformait aux instructions du client. Enfin, le garagiste n'avait procédé qu'à une remise en état et non à un remplacement des pièces. La fourniture d'une pompe neuve aurait coûté bien plus cher et aurait indéniablement été le révélateur d'un dépassement de mission. En l'espèce, ce n'est pas le cas dans la mesure où il n'y a pas remplacement mais remise en état grâce à la vérification de la pompe contractuellement acceptée par le client.

D'une manière générale, la jurisprudence considère que le garagiste ne doit pas dépasser les limites de sa mission ou *a minima* ne peut le faire sans en informer le client et obtenir son accord. S'il va au-delà, il ne pourra pas obtenir le paiement des travaux non commandés car il n'aura pas respecté le contrat qui le liait à son client[1173]. Il lui revient alors la charge de prouver que ces travaux litigieux ont bien été commandés. La jurisprudence est sur ce point constante[1174] et elle focalise son attention sur l'information transmise ou non au client et sur

1173 Com. 8 juin 1968, Bull. civ. IV, n° 180, *JCP* 1969 II, 15724, note Prieur.

1174 Com. 6 mai 1980, pourvoi n° 78-16.261, Bull. civ. IV, n° 176. Civ. 1er, 5 mai 1993, pourvoi n° 91-14.770, inédit. En l'espèce, le client avait demandé le remplacement d'un joint de culasse mais le garagiste avait effectué des travaux supplémentaires pour remédier à l'étanchéité des soupapes. Civ. 1er, 25 mars 1997, pourvoi n° 95-15.766, inédit, *CCC*. 1997, n° 95, p. 10, obs L. Leveneur : « *le tribunal d'instance qui a retenu à juste titre que le garagiste ne pouvait réclamer paiement de travaux, non compris dans le devis, qu'il avait effectués sans l'accord préalable de son client a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision*. » Civ. 1er, 14 décembre 1999, pourvoi n° 97-19.044, Bull. civ. I, n° 344, *D*. 2000. IR. 20 ; *RTD com*. 2000, p. 428, obs. B. Bouloc. En l'espèce, la cliente a demandé au garagiste de procéder « *aux vérifications nécessaires* » mais le prestataire effectua des travaux de réparation. Selon la Cour de cassation « *il appartenait à la société Diratz d'établir que Mlle X… avait bien commandé les travaux de remise en état effectués*. » Civ. 1er, 3 juin 2003, pourvoi n° 00-19.885, inédit : « *c'est en vertu de son pouvoir souverain d'appréciation et sans encourir les griefs du moyen que la cour d'appel a fixé le coût des travaux supplémentaires dont la prise en charge en cas d'imprévus avait été convenue entre M. X… et M. Y… pour la réfection d'un véhicule automobile de collection*. » Civ. 1er, 6 janvier 2004, pourvoi n° 00-16.545, Bull. civ. I, n° 4, *CCC* 2004, n° 35, note L. Leveneur ; *Resp. civ. Et ass*. 2004, chron. 10, S. Hocquet-Berg ; *PA* n° 51 du 14 mars 2005, p. 13, note D. R. Martin. Civ. 1er, 14 décembre 2004, pourvoi n° 02-18.895, inédit. Civ. 1er, 24 mai 2005, pourvoi n° 03-13.534, Bull. civ. I, n° 224, *D*. 2005, IR. 1656 ; *CCC*, 2005, n° 164, note L. Leveneur. Civ. 1er, 2 novembre 2005, pourvoi n° 02-18.723, Bull. civ. I, n° 398, *D*. 2005, IR. 2823 ; *D*. 2006, p. 841, note F. Garron : « *Attendu, cependant, qu'il appartenait à la société Brout d'établir que Mlle X… avait commandé ou accepté les travaux effectués sur son véhicule ; qu'en l'absence d'une telle preuve, elle ne pouvait obtenir le paiement de ces travaux sur le fondement du contrat qui les liait ou exercer une action "de in rem verso" en faisant abstraction de celui-ci*. » Civ. 1er, 22 octobre 2009, pourvoi n° 08-14.396, inédit. Civ. 1er, 28 juin 2012, pourvoi n° 11-20.336, inédit : « *Alors qu"il incombe au garagiste de recueillir l'accord du client sur une réparation importante ; qu'en faisant droit à la demande de paiement de factures de réparation du garagiste, sans rechercher, comme il y avait été invité, si M. Jacques X… avait donné préalablement son accord à la réalisation de travaux importants de remplacement de moteur sur son véhicule, qui était ancien et de faible valeur, le Juge de proximité a privé sa décision de base légale au regard des articles 1135 et 1787 du Code civil.*. » CA Lyon, 9 avril 2015, n° 13/01337.

l'étendue du travail réalisé. Une décision récente de la Cour de cassation du 17 avril 2019[1175] confirme cette continuité jurisprudentielle : « *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ; que le client d'un garagiste ne peut être condamné à payer une somme donnée, dans le cas où le garagiste n'a pas justifié que le client a accepté un devis correspondant au montant des travaux* … ». Pour Sophie Moreil : « *C'est un moyen indirect de réduire le prix du service : le maître de l'ouvrage ne devra payer que ce qui correspond à ce qu'il a accepté de régler. Tout ce qui vient en supplément restera à la charge du garagiste imprévoyant.* »[1176]. La jurisprudence refuse que le garagiste obtienne le paiement de travaux supplémentaires sur le fondement de l'enrichissement sans cause[1177]. Ce professionnel doit donc être prudent et attendre d'être en possession d'un ordre de réparation avant de procéder aux travaux supplémentaires[1178]. La jurisprudence rappelle que l'existence de relations commerciales antérieures ne peut permettre de présumer une acceptation générale des réparations supplémentaires[1179].

L'ordre de réparation doit comporter certaines mentions : la date, l'identité complète du client, le type de véhicule et son kilométrage, la nature exacte des réparations à effectuer, le coût approximatif des réparations et le délai d'immobilisation du véhicule. Cet ordre de réparation signé par le client constitue une preuve de son acceptation des réparations et l'engage au paiement. Le client peut aussi demander un devis mais cela demeure gratuit et optionnel. Le document doit comporter une description précise des travaux à réaliser ainsi que le coût des réparations et de la main d'œuvre. La garagiste ne pourra alors facturer plus que le montant prévu sur le devis. L'établissement d'un devis est avantageux pour le client mais à défaut l'ordre de réparation protège aussi bien le maître d'ouvrage car il permet de déterminer les travaux acceptés et par conséquent d'identifier les travaux supplémentaires non commandés. Le refus de payer les travaux supplémentaires non commandés peut, de manière complémentaire, s'accompagner d'un refus général de la prestation objet du dépassement de mission. Le refus général de la prestation peut ainsi conduire à une suppression des travaux constitutifs du dépassement de la mission.

1175 Civ. 1er, 17 avril 2019, pourvoi n° 18-11.905, publication à paraître.

1176 MOREIL (S.), *Les obligations nées du contrat d'entreprise*, thèse, Paris II, 2009, p. 668.

1177 Par exemple, Com. 8 juin 1968, Bull. civ. IV, n° 180. Civ. 3e, 23 avril 1974, pourvoi n° 73-10.643, Bull. civ. III, n° 162, *Gaz. Pal.* 1975. 1. 34, note Plancqueel. Civ. 1er, 24 mai 2005, pourvoi n° 03-13.534, Bull. civ. I, n° 224, *D.* 2005, IR. 1656 ; *CCC* 2005, n° 164, note L. Leveneur : « *Attendu que le Tribunal ayant souverainement constaté qu'en ce qu'elle excédait le montant du devis, la somme réclamée correspondait à des travaux qui n'avaient pas été commandés par M. X…, M. Y…, dont l'appauvrissement était ainsi imputable à sa faute, ne pouvait réclamer à son client aucune indemnité en raison de l'enrichissement dont celui-ci a bénéficié.* »

1178 CA Lyon, 9 avril 2015, n° 13/01337 : « *Il ressort des pièces versées au dossier par la société Laurent Père et Fils que cette facture ne correspond à aucun ordre de réparation signé par la société Sorbiers Dépannage De Vito*. »

1179 *Ibid.*, « *Bien que des relations aient existé entre les deux sociétés, on ne peut fonder l'acceptation des travaux figurant sur cette facture sur l'existence de prestations antérieures. La réalité du fondement de cette facture ainsi que de l'intervention effectuée n'est pas démontrée par la société Laurent Père et fils.* »

2. La suppression des travaux constitutifs d'un dépassement de mission

224. Application du droit commun de l'exécution forcée. Selon le droit commun du contrat, avant comme après sa réforme, l'exécution forcée peut prendre deux formes. La première est l'exécution directe par le débiteur, ou par remplacement, de l'obligation non exécutée ou mal exécutée. La seconde est la condamnation du débiteur à la destruction de ce qui a été fait en violation de l'obligation (ancien article 1143 du Code civil et nouvel article 1222). Le dépassement de sa mission par l'entrepreneur relève de la deuxième forme d'exécution forcée.

Cette exécution forcée par destruction ou suppression est cependant soumise aux limites à l'exécution forcée posées par l'article 1221 du Code civil selon lequel « *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier.* ».

L'exécution forcée sera ainsi par nature impossible lorsque le dépassement de mission porte sur une prestation intellectuelle. La destruction de ce qui a été fait en dépassement de la mission ne concerne donc que des prestations matérielles.

La destruction d'un dépassement matériel de mission peut, quant à elle, depuis la réforme du droit commun du contrat, se heurter à la disproportion manifeste entre son coût pour l'entrepreneur et son intérêt pour le maître de l'ouvrage.

225. La mise en œuvre de la destruction par l'exécution forcée en nature. La réforme du droit des obligations a reformulé le principe général du droit à l'exécution de l'obligation par l'article 1341 du Code civil : « *Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi.* ». L'existence d'un droit légitime à l'exécution est directement reliée à la définition même de l'obligation. La règle présentée par l'article 1341 n'est pas nouvelle, elle est à la fois évidente et redondante selon plusieurs auteurs[1180].

Le droit à l'exécution découle directement du principe de la force obligatoire du contrat et peut entre autres se manifester par l'exécution forcée en nature[1181]. Cette forme d'exécution forcée favorise pour le créancier la mise en œuvre unilatérale de remèdes à l'inexécution du débiteur défaillant[1182]. Cette règle est notamment présentée par l'article 1222 du Code civil disposant que « *Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. Il*

1180 CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations*, *Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 916, p. 784. SABARD (O.), « Les sanctions de l'inexécution du contrat : exception d'inexécution/exécution forcée », *LEDC*, 2016, n° 3, p. 7.

1181 L'exécution forcée peut aussi se manifester par l'exécution par équivalent, notamment par le versement de dommages-intérêts.

1182 FAURE-ABBAD (M.), « Article 1222 : la faculté de remplacement », *RDC*, 2015, n° 3, p. 784.

peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction. ». Le maître d'ouvrage peut donc procéder directement à la destruction. Il est également possible de demander au juge de condamner l'entrepreneur à détruire lui-même sous astreinte l'ouvrage à l'origine du dépassement de mission.

L'exécution en nature doit s'entendre comme l'obtention par le créancier d'une prestation conforme à celle attendue. Dans cette logique, la destruction de travaux supplémentaires de l'entrepreneur non-souhaités par le maître d'ouvrage pourrait en théorie reposer sur une application de l'article 1222 du Code civil. Cela s'inscrirait effectivement dans un mouvement général favorisant la satisfaction du créancier victime de l'inexécution du débiteur[1183] tout en respectant le principe désormais directeur de bonne foi[1184]. Cette faculté de remplacement offerte au créancier devient en principe unilatérale et non judiciaire à condition de respecter certaines conditions : tout d'abord la mise en demeure du débiteur par le créancier, ensuite le respect d'un délai raisonnable et enfin le respect d'un coût raisonnable. Dans l'éventualité spécifique d'une exécution forcée par destruction, le créancier doit néanmoins obtenir une autorisation préalable du juge[1185]. Il parait en effet indispensable pour l'autorité judiciaire d'apprécier la légitimité de cette demande au regard des faits et plus précisément de la gravité des travaux supplémentaires. Le juge doit en priorité tenir compte du préjudice subi par le créancier mais il doit aussi apprécier le caractère irrémédiable de cette mesure. L'autorisation préalable du juge est une condition appréciable dans la mesure où la sanction de la destruction des ouvrages dépassant la mission semble en apparence excessive.

226. Une sanction en apparence excessive. La sanction de la destruction des travaux supplémentaires aurait pu être une hypothèse envisageable afin de protéger le maître contre le dépassement de mission de l'entrepreneur et tout particulièrement en présence de travaux non-nécessaires. Cette sanction est pourtant peu appliquée dans la mesure où la réglementation n'a jamais mis en œuvre cette solution en présence de travaux supplémentaires. La question est différente en présence non pas de travaux supplémentaires mais d'une implantation non conforme[1186].

1183 CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations*, *Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 632.

1184 HONTEBEYRIE (A.), « Le régime général des obligations » *in Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès. Liberté, justesse, autorité*, LGDJ, 2019, p. 301 : « *l'application du régime des actes juridiques devrait logiquement ouvrir les vannes à l'exigence de bonne foi, que la réforme de 2016 a largement promue*. » MAZEAUD (D.), Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *D.* 2018, p. 912, n° 12.

1185 MAZEAUD (D.), « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 2477, n° 18 : « *En matière d'obligation de ne pas faire, la faculté de remplacement suppose toujours, avec la réforme, une autorisation judiciaire préalable, en raison de la gravité et du caractère nécessairement irréversible de la destruction de ce qui avait été fait en contravention de l'engagement souscrit par le débiteur.* »

1186 Par exemple, Civ. 3e, 6 décembre 2018, pourvoi n° 17-28.513, Compagnie des villas et demeures de France (VDF) c/ Aviva. En l'espèce, le sous-sol se situait soixante-dix-sept mètres trop bas.

La doctrine aborde assez rarement la question de la destruction de l'ouvrage[1187] car imposer une telle opération sous-entendait avant la réforme que l'entrepreneur en assume les frais. Le droit au remboursement par le débiteur est désormais prévu par l'article 1222 : « *Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin*. » Cela peut paraître excessif eu égard aux effets d'une telle sanction. Il est en effet beaucoup plus simple de maintenir en l'état les travaux supplémentaires sans imposer au maître de les payer. Cette réglementation préserve le maître mais également l'entrepreneur de bonne foi. Il serait alors illégitime de lui imposer la destruction de l'ouvrage à ses frais si on considère qu'il ne sera déjà pas rémunéré pour ces travaux supplémentaires. Selon le Professeur Boubli, l'entrepreneur « *s'expose également à la démolition des travaux supplémentaires à ses frais. Mais cette sanction est discutée : certains auteurs ont soutenu que l'autorisation se borne à conditionner le paiement.* »[1188]. Le Doyen Savatier semblait d'une manière générale opposé aux décisions de justice conduisant à la démolition de biens immobiliers[1189], il « *écrivait en 1974 combien le choquaient certaines juridictions civiles qui se mêlaient d'ordonner la destruction de biens immobiliers. Il y traduisait un irrespect du droit de l'urbanisme, lequel ne peut être qu'au service "d'intérêts publics, représentés par des personnes publiques"* »[1190].

Il aurait pourtant pu être légitime de trouver des arguments en faveur de la destruction de l'ouvrage dans les lignes de Domat relatives au louage d'ouvrage car le XVIII[e] siècle aurait pu être une époque propice à ce type de sanction.

227. La position de Domat. Domat traite très peu voire nullement la question des travaux supplémentaires dans ses écrits relatifs aux louages. Il présente certes le thème des suites contractuelles de l'entrepreneur dans la construction de son ouvrage : « *Celui qui a entrepris un ouvrage, un travail, une voiture ou quelque chose de semblable, n'est pas seulement tenu de ce qui expressément compris au marché, mais aussi de tout ce qui est accessoire à l'ouvrage* … »[1191] ; mais ces lignes ne traitent pas du dépassement de mission de l'entrepreneur. La seule référence indirecte serait celle portant sur les améliorations faites par un fermier ayant « *planté une vigne* »[1192] sans l'accord du propriétaire du champ[1193]. Il ne s'agit pas cependant d'un dépassement inhérent à un louage d'ouvrage mais d'un dépassement inhérent à un louage de chose relatif à un domaine extérieur à cette étude. Des arguments existent cependant en faveur de la destruction de l'ouvrage.

1187 FAURE-ABBAD (M.), « Implantation non conforme au permis de construire : une condamnation définitive à démolition caractérise l'impropriété à destination », *RDI*, 2019, p. 166.

1188 BOUBLI (B.), *Rep. imm.* V. Contrat d'entreprise, n° 298.

1189 SAVATIER (R.), « Propriété immobilière et contraintes d'urbanisme : la condamnation à démolir », *D.*, 1974, p. 59.

1190 LE FICHANT (F.), « La démolition de ce qui trouble anormalement le voisinage », *in Études offertes au Professeur René Hostiou*, Lexisnexis, Litec, 2008, p. 287.

1191 DOMAT (J.), *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, nouvelle édition, t. 1[er], Veuve Savoye, 1767, p. 64, n° XI.

1192 DOMAT (J.), *Les loix civiles dans leur ordre naturel, op. cit.*, p. 62, n° V.

1193 DOMAT (J.), *Les loix civiles dans leur ordre naturel, op. cit.*, p. 62, n° V.

228. Les arguments en faveur d'une destruction de l'ouvrage. Plusieurs raisons peuvent être formulées afin de justifier ou de légitimer la destruction de l'ouvrage accompli par l'entrepreneur en situation de dépassement de mission. La première raison pourrait tout simplement être une application excessivement rigoureuse du principe de la force obligatoire du contrat. L'ouvrage supplémentaire est irrégulier ; par conséquent son retrait constitue la seule option envisageable[1194]. Certains auteurs soutiennent ce raisonnement[1195] bien qu'une majorité de la doctrine estime que la règle du non-paiement se suffise à elle-même.

Le raisonnement en faveur de la destruction outrepasserait considérablement la logique inhérente à la seule protection du maître contre une rémunération supplémentaire ; le raisonnement reposerait alors sur le fait que le maître d'ouvrage est aussi en droit de refuser l'existence matérielle des travaux supplémentaires, même s'il ne les a pas payés. De multiples raisons peuvent justifier ce refus du maître ; ces travaux peuvent lui déplaire d'un point de vue strictement esthétique ou encore ne lui être d'aucune utilité. Les travaux supplémentaires peuvent surcharger l'environnement du maître ou encore porter atteinte par leur seule existence à d'autres projets de construction futurs. D'autres arguments peuvent être formulés par le maître afin de demander la destruction de l'ouvrage. Dans l'hypothèse où le maître signerait un marché à forfait pour la construction d'une maison individuelle, il est possible d'imaginer que la construction d'un bâtiment supplémentaire produise une augmentation de certaines charges telles l'électricité ou la taxe foncière. Plus simplement, le maître pourrait souhaiter la destruction des travaux supplémentaires car il ne les a jamais commandés et qu'il en refuse jusqu'à l'usage. Le fait d'imposer l'existence d'une structure matérielle produirait alors éventuellement une atteinte aux libertés individuelles, une atteinte à l'autonomie ou peut-être même une atteinte à la vie privée.

Tous ces arguments sont concevables d'un point de vue factuel. Le véritable problème porterait sur la mise en œuvre concrète de la destruction de l'ouvrage.

229. La mise en œuvre de la destruction de l'ouvrage. Il convient d'abord de s'interroger sur la partie tenue de supporter la charge de la destruction de l'ouvrage supplémentaire. Il est évident que le maître d'ouvrage ne peut en être tenu dans la mesure où il n'aurait jamais souhaité que l'entrepreneur accomplisse lesdits travaux. Il ne reste donc que le constructeur pour supporter la charge de cette opération. Il est effectivement à l'origine de ces travaux, il pourrait donc être logique de lui demander de détruire ce qu'il n'aurait jamais dû construire.

L'avantage de la destruction serait de respecter le résultat attendu par le maître et de se conformer ainsi à la force obligatoire mais cette charge complémentaire apparaitrait comme une mesure excessive imposée à l'entrepreneur. Une telle sanction pécuniaire serait pleinement illégitime en présence d'un entrepreneur de bonne foi. La sanction serait doublée

---

1194 La Cour de cassation a ainsi ordonné la destruction d'une maison en 1979. Il ne s'agissait pas en l'espèce d'un dépassement car la non-conformité résultait du fait que la maison avait été implantée avec une erreur de niveau d'un mètre. Civ. 3e, 5 décembre 1979, *RDI*, 1980, p. 310, obs. J.-C. Groslière et Ph. Jestaz ; *JCP,* 1981, II, 19605, note F. Steinmetz.

1195 Par exemple, THIOYE (M.), « Louage d'ouvrage et d'industrie », *JCL. Civil code*, Fasc. 20, n° 63.

car le prestataire supporterait dans un premier temps le non-paiement de sa prestation et dans un second temps le coût de la destruction dudit ouvrage. Le recours au contrôle de proportionnalité[1196] entre le coût de la destruction pour l'entrepreneur de bonne foi et l'intérêt d'une telle opération pour le maître rend alors pleinement critiquable cette sanction[1197]. Le principe de la force obligatoire des contrats ne doit donc pas faire l'objet d'une application *stricto sensu* susceptible de le dénaturer en portant atteintes aux intérêts du prestataire.

La situation est cependant différente si l'entrepreneur est lui-même à l'origine d'une demande de retrait d'ouvrages irréguliers. Dans ce cas de figure, l'opération est légitime si l'entrepreneur en accepte la charge. Si l'existence de constructions irrégulières ne repose sur aucun document contractuel, ces dernières n'ont par conséquent aucune raison d'être et elles devraient être librement utilisées par celui qui les a construites à tort. L'entrepreneur peut affirmer que cette opération lui est profitable à condition que le maître n'ait pas donné son accord pour ces travaux supplémentaires.

La Cour de cassation a ainsi autorisé en 1971 un entrepreneur à retirer l'ouvrage à condition que l'opération soit matériellement possible[1198]. Cette précaution est indispensable car le retrait ne doit pas porter atteinte aux constructions conformément exécutés et respectueuses du forfait. Dans l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence en date du 23 mai 2013[1199], Monsieur C, entrepreneur en maçonnerie a effectué des travaux hors devis[1200] et demande lui-même la démolition des travaux supplémentaires. Sa demande a été rejetée par la Cour : « *Le jugement doit être également confirmé en ce qu'il a débouté Monsieur C. de sa demande de dommages intérêts pour un préjudice matériel et moral qui n'est toujours pas caractérisé ni justifié en cause*

1196 FAURE-ABBAD (M.), « Violation de la réglementation parasismique : la démolition-reconstruction ne s'impose pas », *RDI*, 2019, p. 219 : « *S'il est vrai que, par le passé, les demandes de démolition-reconstruction de maisons mal édifiées pouvaient prospérer sur le fondement de l'ancien article 1184 du code civil(3), ce n'est plus le cas depuis la réforme des contrats opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 : le nouvel article 1221 du code civil soumet désormais l'exécution forcée des obligations contractuelles à un contrôle de la proportionnalité entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier.* »

1197 La Cour de cassation a récemment reconnu que la destruction-reconstruction n'était pas la seule solution permettant de procurer au maître une réparation intégrale de son préjudice. Le préjudice ne résultait pas en l'espèce d'un dépassement de mission de l'entrepreneur mais d'une violation de la réglementation parasismique. Sur ce point, Civ. 3e, 14 février 2019, n° 18-11.836, M. T. c/ M. C. et Société E. frères : « *Mais attendu qu'ayant retenu que la solution de la destruction et de la reconstruction de l'ouvrage n'était pas la seule qui permettait de procurer aux maîtres de l'ouvrage une réparation intégrale de leur préjudice et relevé que la solution qu'elle retenait avait été validée par le conseil scientifique et technique du bâtiment et que, selon l'expert judiciaire, elle offrait des garanties supérieures à celles qui s'attachaient à la réglementation parasismique, la cour d'appel a souverainement fixé le montant du préjudice* ».

1198 Civ. 3e, 24 mai 1971, pourvoi n° 70-12.657, Bull. civ. III, n° 447.

1199 CA. Aix-En-Provence, 23 mai 2013, n° 11/22099.

1200 *Ibid.* : « *En déduisant le montant des reprises ou des travaux non exécutés par rapport au devis ou non acceptés mais non indispensables, et enfin les sommes versées par les époux C., le tribunal a exactement retenu comme solde dû à Monsieur C. la somme de 35 337,95€, en écartant le surplus réclamé par ce dernier à hauteur de 121 305,55€ correspondant au montant des travaux supplémentaires réalisés sans l'accord des époux G. et qui selon l'expert, n'étaient pas justifiés par des nécessités techniques non prévisibles.* »

d'appel, et de sa demande de démolition sous astreinte des travaux non commandés, qu'il a précisément réalisés à ses risques et pertes. »[1201].

Dix ans plus tôt, cette même cour d'appel d'Aix-en-Provence[1202] avait, dans une autre affaire, refusé d'ordonner la démolition d'un ouvrage ne respectant pas les stipulations contractuelles. Les faits étaient différents car la non-conformité de l'ouvrage ne résultait pas en l'espèce d'un dépassement mais d'une carence, précisément « *une insuffisance de 0,33 mètre par rapport aux stipulations contractuelles* »[1203]. Les maîtres d'ouvrages ont assigné la société de construction afin d'obtenir sa condamnation à démolir et reconstruire l'ouvrage. La cour d'appel les débouta de leur demande car la non-conformité ainsi constatée ne rendait pas l'immeuble impropre à sa destination et à son usage. La décision aurait peut-être été identique, en vertu de l'argumentation de la Cour, si l'ouvrage n'avait pas révélé trente-trois centimètres de moins mais au contraire trente-trois centimètres de plus. Enfin, la Cour précisa que l'irrégularité ne portait pas sur des éléments essentiels et déterminants du contrat[1204]. La Cour de cassation cassa finalement cette décision le 11 mai 2005[1205]. La sanction judiciaire de la démolition de l'ouvrage irrégulier peut ainsi être analysée comme une sanction excessive selon les faits en présence d'un dépassement ou d'une carence.

D'une manière générale, la jurisprudence semble exprimer une certaine réticence sur la question de la démolition de l'ouvrage objet du dépassement de mission de l'entrepreneur. Cette sanction supplémentaire peut en effet paraître excessive en particulier pour l'entrepreneur de bonne foi en situation de dépassement. Le non-paiement des travaux supplémentaires semble à lui seul suffisant et pleinement conforme aux intérêts du maître d'ouvrage. Cette solution intermédiaire paraît donc préférable.

Dans un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 10 mai 2010[1206], l'entrepreneur, la société N., avait demandé au maître d'ouvrage, les époux X, le paiement de travaux supplémentaires. En l'espèce, la société avait fourni et posé une prise de télévision ainsi que cinq spots dans la cuisine et cinq spots dans la salle de bain sans que le contrat ne l'ai prévu. La cour d'appel reconnut que les époux n'étaient pas tenus de payer le coût de ces travaux car ils ne les avaient pas commandés. L'entrepreneur ne fut pas en mesure de prouver que la charge de ces travaux

1201 *Ibid.*

1202 CA. Aix-En-Provence, 23 septembre 2003.

1203 *Ibid.*

1204 *Ibid.*

1205 Civ. 3e, 11 mai 2005, pourvoi n° 03-21.136, Bull. civ. III, n° 103 ; *D.*, 2005. 1504 ; *RDI,* 2005, p. 299, obs. Ph. Malinvaud ; *RDI*, 2006, p. 307, obs. O. Tournafond ; *RTD civ.*, 2005, p. 596, obs. J. Mestre et B. Fages : « *Attendu que pour débouter M. et Mme X… Y… de leur demande, l'arrêt retient que la non-conformité aux stipulations contractuelles ne rend pas l'immeuble impropre à sa destination et à son usage et ne porte pas sur des éléments essentiels et déterminants du contrat ; Qu'en statuant ainsi, alors qu' elle avait constaté que le niveau de la construction présentait une insuffisance de 0, 33 mètre par rapport aux stipulations contractuelles, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé le texte susvisé ; par ces motifs : casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 23 septembre 2003, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence …* ».

1206 CA, Versailles, CH. 4, 10 mai 2010, n° 08/05994.

supplémentaires revenait au maître d'ouvrage. Les époux X étaient de surcroît en droit de les refuser. En effet, il est possible d'imaginer que les spots lumineux posés dans la cuisine et la salle de bain ne leur convenaient pas en l'état. La présence de spots pouvait être contraire à leur goût personnel en matière de décoration. Dans cette hypothèse, ils auraient pu décider ultérieurement de les faire retirer et ils auraient du dès lors en supporter la charge. Il eut été alors légitime pour le maître d'ouvrage non seulement de refuser de payer le coût de ces travaux supplémentaires mais de manière complémentaire de refuser la livraison de ces spots. Dans l'hypothèse envisagée, il se serait agi d'ailleurs non pas réellement d'un refus de livraison mais davantage d'une demande de destruction de l'ouvrage réalisé en dépassement.

Dans l'arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 5 mai 1975[1207], la société Baticlair signe un marché à forfait de construction avec l'entrepreneur Tassoni pour un montant de cent soixante mille francs. Des travaux supplémentaires sont exécutés et l'entrepreneur demande au maître d'ouvrage le paiement d'une somme de quatorze mille sept cent soixante-treize francs pour ces travaux. La Cour d'appel, dans un arrêt du 28 juin 1973, condamne le maître d'ouvrage au paiement des travaux supplémentaires pour un montant de cinq mille francs. La juridiction du second degré présente comme uniquement justification l'avis de l'expert X selon lequel le prix fixé par l'entrepreneur était légitime. La Cour de cassation casse cet arrêt au motif que la Cour d'appel n'avait pas recherché si l'augmentation de prix avait été autorisée par écrit par le maître d'ouvrage. Les travaux supplémentaires portaient en l'espèce sur la construction d'un escalier. Les plans prévoyaient la réalisation d'un escalier « traditionnel » mais l'entrepreneur le transforma en un escalier « décoratif avec galerie supplémentaire ». Au-delà du refus légitime du maître de payer le coût des travaux supplémentaires inhérents à la transformation de l'escalier, se pose également la question du refus de la livraison de ce bien. En effet, le contrat de construction désigne un escalier traditionnel mais l'entrepreneur ne respecte pas cette indication et fournit un escalier décoratif. L'arrêt ne le mentionne pas mais, sur le fondement de la force obligatoire des conventions, il semble parfaitement légitime pour le maître d'ouvrage de refuser la livraison de cet escalier en complément de son refus de payer le coût des transformations. Le maître peut refuser l'existence matérielle de ce type d'escalier tout simplement parce qu'il ne l'a pas souhaité à l'origine. Le refus du maître peut aussi se fonder sur des raisons personnelles tel le critère esthétique. Dans cette situation, le refus de livraison du maître d'ouvrage sera de nature à imposer une reconstruction de l'escalier à l'entrepreneur. Celui-ci devrait supprimer les modifications et se conformer au modèle classique contractuellement attendu par le maître d'ouvrage afin de réaliser un escalier traditionnel. Il s'agirait alors d'une demande de remise en l'état antérieur du bien.

230. La demande de remise en l'état du bien. La demande de remise en état du bien objet du dépassement de mission constitue une sanction complémentaire au refus de livraison de ce

1207 Civ. 3e, 5 mai 1975, pourvoi n° 73-14.539, Bull. civ. III, n° 154.

bien. Cette mesure est légitime car elle met fin à l'existence du dépassement et permet par conséquent à l'entrepreneur de se conformer aux instructions originelles de sa mission.

Dans l'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 10 mai 2010[1208] précédemment mentionné, une demande de remise dans l'état antérieur aurait pu être exigée par le maître d'ouvrage. L'entrepreneur aurait dû alors retirer les spots posés dans la cuisine et la salle de bain. Cette demande serait légitime car le maître d'ouvrage peut refuser l'existence matérielle de ces spots et par conséquent demander leur suppression. Il est vrai cependant que les maîtres d'ouvrage, en présence de travaux supplémentaires non autorisés, demandent très rarement la remise en l'état du bien. Cela peut s'expliquer par le fait que la remise en état du bien objet du dépassement n'est pas toujours possible en raison du caractère irréversible desdits travaux[1209] ou encore en raison du faible intérêt pour le maître d'une telle démarche[1210]. La très grande majorité des assignations en justice repose par conséquent sur la seule volonté du maître d'ouvrage de ne pas payer le coût des travaux supplémentaires non commandés. Ce constat se maintient dans l'éventualité d'un dépassement en présence d'un marché à forfait de construction.

B. LE RENFORCEMENT DE LA SANCTION DU NON-PAIEMENT DU PRIX DANS LE MARCHE A FORFAIT DE CONSTRUCTION D'UN BATIMENT

231. Une protection spécifique et encadrée du maître d'ouvrage. L'article 1793 dispose que : « *Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire.* ». L'offre de réforme du droit des contrats spéciaux élaborée par l'Association Henri Capitant, dans la section consacrée aux règles propres aux contrats de construction d'immeuble, reprend en partie la formulation de ce texte en y intégrant les

1208 CA, Versailles, CH. 4, 10 mai 2010, n° 08/05994.

1209 Par exemple lorsque les travaux supplémentaires portent sur une réparation non commandée d'un véhicule. Une remise en l'état antérieur du véhicule deviendrait alors impossible lorsque la réparation entreprise par le garagiste est définitive. Il en est ainsi dans l'arrêt de la Cour de cassation du 6 janvier 2004. En l'espèce, le maître d'ouvrage avait uniquement demandé la réparation d'une fuite d'eau sur une durite mais le garagiste a en complément remis en état un joint de culas. Sur ce point, Civ. 1er, 6 janvier 2004, pourvoi n° 00-16.545, Bull. civ. I, n° 4, *CCC* 2004, n° 35, note L. Leveneur ; *Resp. civ. Et ass.* 2004, chron. 10, S. Hocquet-Berg ; *PA* n° 51 du 14 mars 2005, p. 13, note D. R. Martin.

1210 Par exemple dans l'arrêt de la Cour de cassation du 17 avril 2019, le maître d'ouvrage avait uniquement demandé le remplacement du moteur et de l'embrayage mais l'entrepreneur remplaça en complément la boite de vitesse. En l'espèce, le maître d'ouvrage n'avait aucun intérêt à demander une remise en l'état antérieur du véhicule et par conséquent la pose de l'ancienne boite de vitesse probablement défectueuse. Voir sur ce point, Civ. 1er, 17 avril 2019, pourvoi n° 18-11.905, publication à paraître.

solutions dégagées par la Cour de cassation dans son article 86[1211]. Son éventuelle consécration ne changerait donc pas les solutions actuelles.

D'une manière générale, il semble indispensable de protéger le maître d'ouvrage, en présence ou non d'un marché à forfait, contre un entrepreneur réclamant le paiement de travaux non contractuellement prévus. L'étude particulière du dépassement de mission de l'entrepreneur en présence d'un marché à forfait constitue une protection plus efficace du maître d'ouvrage. À la différence du dépassement de pouvoir du mandataire, le manquement de l'entrepreneur est matériellement constaté par le maître d'ouvrage. Le dépassement de mission de l'entrepreneur repose sur l'accomplissement de travaux supplémentaires. Selon la Professeure Faure-Abbad : « *Par travaux supplémentaires, il faut entendre des travaux qui sont le complément indispensable du marché initial mais qui n'ont pas été prévus au moment de la détermination du forfait.* »[1212]. Cette définition exclut cependant de la dénomination de « *travaux supplémentaires* » les travaux non prévus et non indispensables au marché initial. Les travaux supplémentaires sont par nature le révélateur d'un dépassement de mission de l'entrepreneur à condition que le maître d'ouvrage n'ait pas approuvé *a priori* l'exécution desdits travaux.

Des travaux supplémentaires sont fréquemment constatés dans le domaine de la construction immobilière comme semble le démontrer la jurisprudence. Le maître d'ouvrage doit être protégé, au même titre que le mandant, contre l'agissement unilatéral de l'entrepreneur. La règle applicable demeure à nouveau ici celle de l'intangibilité des conventions. Le constat de travaux supplémentaires est facilité en présence d'un marché à forfait fixant avec précision le montant global des travaux[1213]. Le domaine de l'article 1793 du Code civil **(1)** est très spécifique et favorise ainsi la mise en œuvre de la sanction du non-paiement des travaux supplémentaires **(2)**.

Il faut cependant distinguer les travaux supplémentaires nécessaires et ceux non nécessaires en se référant à l'objet du marché[1214]. Le contenu du contrat détermine ainsi la

---

1211 « *Lorsque le constructeur s'est chargé de la réalisation d'un ouvrage ou d'une partie d'ouvrage d'après des spécifications précisément arrêtées et convenues avec le maître de l'ouvrage et moyennant un prix global et forfaitaire, il doit exécuter tous les travaux nécessaires à la réalisation de l'ouvrage ou la partie d'ouvrage prévu au prix convenu.*

S'il effectue des travaux extérieurs à la réalisation de l'ouvrage ou de la partie d'ouvrage initialement convenu, il ne peut demander une augmentation du prix que si ces travaux ont été expressément commandés ou acceptés de manière non équivoque par le maître de l'ouvrage. Il en va de même si ces travaux, voulus par le maître de l'ouvrage, aboutissent, par leur ampleur, à un bouleversement de l'économie du contrat ».

1212 FAURE-ABBAD (M.), *Droit de la construction*, 3e éd., Gualino, 2016, p. 55.

1213 Parmi les autres marchés privés de construction se trouvent notamment le marché au métré, le marché sur dépenses contrôlées et le marché à maximum. Le marché au métré permet de fixer un prix unitaire au mètre carré. Le maître d'ouvrage doit avoir consenti aux travaux supplémentaires afin qu'ils lui soient opposables. Le marché sur dépenses contrôlées ne nécessite aucun prix global. Le marché à maximum ne comporte aucun prix forfaitaire mais uniquement un prix plafond. Voir notamment BOUBLI (B.), *Rép. civ.*, V° Contrat d'entreprise, n° 304 à 311.

1214 MALINVAUD (Ph.), BOUBLI (B.), « *Marché à forfait et définition des travaux supplémentaires* », *RDI*, 1998, p. 371 : « *Il y a deux catégories de travaux supplémentaires ; ceux qui modifient l'objet du marché […] Ceux qui sont nécessaires à l'exécution du contrat conformément à son objet* … ». FAURE-ABBAD (M.), *Droit de la construction*, 3e éd., Gualino, 2016, p. 55.

nature des travaux supplémentaires ; certains sont nécessaires car ils sont conformes à l'ouvrage souhaité par le maître d'ouvrage, d'autres sont non nécessaires car ils modifient l'objet du contrat.

1. Domaine de l'article 1793 du Code civil

232. Deux conditions principales d'application. Un paradoxe semble se dessiner à la lecture de cet article. En effet, la protection du maître de l'ouvrage constituait la véritable motivation des rédacteurs du Code civil[1215]. Pourtant sa lettre impose le respect d'un formalisme rigoureux dont la conséquence serait en principe de restreindre de manière significative son domaine d'application[1216]. Il est donc surprenant de constater que la protection certes réelle du maître fait tout de même l'objet d'un véritable encadrement. Le respect de ces conditions rend pleinement effective la protection du maître d'ouvrage contre tous dépassements de l'entrepreneur. La question se pose alors de la mise en œuvre de cette protection.

Les conditions d'application de l'article 1793 sont nombreuses. Elles délimitent l'objet du contrat, la nature de la construction, les caractéristiques relatives au prix et à la prestation de l'entrepreneur. Elles se répartissent donc en conditions relatives au contenu du contrat et en conditions relatives aux composantes du marché conclu avec le maître. D'une manière générale, l'article 1793 requiert l'existence d'un marché à forfait **(a)** et la construction d'un bâtiment sur un fonds appartenant au maître d'ouvrage **(b)**.

En outre les parties peuvent communément décider d'une extension conventionnelle de l'article 1793 en dehors de son domaine d'application donc en dehors d'un marché à forfait **(c)**.

a. Un marché à forfait

233. L'exigence d'un prix forfaitaire comme condition essentielle. Les conditions relatives au contrat imposent en priorité l'existence d'un prix forfaitaire. Le forfait permet aux parties de fixer un prix définitif en présence d'un contrat d'entreprise[1217]. Le prix est ainsi convenu par avance[1218] c'est-à-dire avant l'exécution de la prestation mais il est surtout déterminé de

---

1215 GRELIER WYCKOFF (P.), *Pratique du droit de la construction. Marchés publics Marchés privés*, 8e éd., Eyrolles, 2017 : « *La notion de forfait confère, de ce fait, au maître d'ouvrage qui s'oblige selon des plan précis, un avantage incontestable, puisque le prix pour l'ensemble de l'ouvrage est global et intangible.* »

1216 LABARTHE (F.) NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008, n° 386, p. 216 : « *L'article 1793 ne vient régir qu'un nombre limité de situations.* »

1217 Le mécanisme du forfait peut s'exercer dans tout contrat d'entreprise mais il est pourtant spécifiquement réglementé dans le domaine de la construction. KARILA (L.), CHARBONNEAU (C.), *Droit de la construction : responsabilités et assurances*, 3e éd., LexisNexis, 2017, n° 487, p. 350. KOHL (B.), *Droit de la construction*, Commission Université-Palais, Larcier, 2016, p. 96.

1218 GRELIER WYCKOFF (P.), *Pratique du droit de la construction. Marchés publics Marchés privés*, 8e éd., Eyrolles, 2017, p. 392 : « *Sont forfaitaires les prix appliqués à tout ou partie du marché quelles que soient les quantités exécutées. Les marchés*

…/…

manière globale[1219] et invariable[1220]. La règle de fixité du prix caractérise pleinement le forfait et ne peut pas en être dissociée[1221]. La précision du montant caractérise en premier lieu le forfait selon les Professeurs Collart-Dutilleul et Delebecque : « *Ce qui caractérise le forfait, c'est l'extrême précision de la somme promise à l'entrepreneur : le droit offre un mode fixation des prix donnant toute sécurité au maître de l'ouvrage, ne dépendant ni de l'humeur, ni de l'habileté de l'entrepreneur. Ce qui compte, c'est la précision bien plus que l'intangibilité, appréciation qui relève de la compétence des juges du fonds.* »[1222]. Il en est ainsi en présence d'un contrat de construction d'une maison individuelle, avec ou sans fourniture de plan ; son prix est forfaitaire et définitif comme le dispose l'article L. 231-2, d[1223] du Code de la construction et de l'habitation. Le constructeur de maison individuelle ne peut alors prévoir une majoration du prix pour cause de travaux supplémentaires[1224].

Ces différentes caractéristiques propres au prix permettent de prouver l'existence d'un forfait sans pour autant que le terme « *forfait* » apparaisse textuellement dans le contrat[1225]. Il suffit que le caractère ferme et définitif du prix soit certain[1226] mais cette étape peut précisément poser parfois un problème d'interprétation de la volonté des parties. Cette recherche relève alors de l'interprétation souveraine des juges du fond et permet en conséquence de caractériser la présence ou l'absence d'un prix forfaitaire. La difficulté est renforcée lorsque les parties décident, en présence d'un marché à forfait, d'ajouter au contrat une clause ayant pour conséquence de modifier les effets dudit forfait. Une telle stipulation contractuelle demeure valable mais rend inapplicable l'article 1793 comme le confirme la

forfaitaires sont ceux dans lesquels la consistance et l'étendue sont arrêtées et peuvent donc être pris en compte dans un prix global forfaitaire déterminé à l'avance. »

1219 MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, 10e éd., LGDJ Lextenso, 2018, n° 767. FAURE-ABBAD (M.), *Droit de la construction*, 3e éd., Gualino, 2016, p. 53. PÉRINET-MARQUET (H.), *Marchés privés de travaux : obligations du maître d'ouvrage*, Œuvre collective sous la direction de Philippe Malinvaud, Dalloz action, droit de la construction, 2018, n° 401.42. Civ. 3e, 26 février 1986, *RDI,* 1986, p. 362, obs. P. Malinvaud et B. Boubli.

1220 BORRICAND (J.), « Observations sur le marché à forfait », *D.*, 1965, chron. 105 ; MARGANNE (H.), « Le marché à forfait dans les contrats de droit privé », *JCP,* 1988, I. 3344 ; MARGANNE (H.), « Les principes essentiels du marché à forfait », *JCP,* 2007, I, 178 ; LABARTHE (F.) NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008, n° 374, p. 209.

1221 En ce sens, un contrat de construction de maison individuelle avec fourniture de plan est un contrat à forfait comme le confirme la jurisprudence : Civ. 3e, 6 mars 2002, pourvoi n° 00-19.674, inédit.

1222 COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, 11e éd., Dalloz, 2019, n° 733.

1223 « *Le coût du bâtiment à construire, égal à la somme du prix convenu et, s'il y a lieu, du coût des travaux dont le maître de l'ouvrage se réserve l'exécution en précisant : d'une part, le prix convenu qui est forfaitaire et définitif, sous réserve, s'il y a lieu, de sa révision dans les conditions et limites convenues conformément à l'article L. 231-11, et qui comporte la rémunération de tout ce qui est à la charge du constructeur, y compris le coût de la garantie de livraison* »

1224 FAURE-ABBAD (M.), *Jcl. Civ.*, Construction-Urbanisme, Fasc. 900 : Clauses abusives dans les contrats de construction, n° 157.

1225 BÉNABENT (A.), BAZIN (D.), *Jcl. Civ.*, Art. 1788 à 1794, n° 4.

1226 LABARTHE (F.) NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, *op. cit.*, n° 388, p. 217.

Cour de cassation[1227]. Les parties peuvent cependant ajouter au contrat une clause de révision par indexation sans pour autant faire perdre au marché son caractère forfaitaire[1228].

L'existence d'un prix forfaitaire constitue l'élément majeur de l'article 1793 car l'invariabilité du prix confère une sécurité par principe satisfaisante pour le maître[1229] mais également pour l'entrepreneur. En effet, l'intangibilité du prix forfaitaire peut jouer en faveur de l'entrepreneur si la bonne exécution des travaux a finalement été moins onéreuse que prévue. Dans cette situation, le maître d'ouvrage ne pourra contester le prix forfaitaire à la baisse à condition que les travaux aient été réalisés conformément aux règles de l'art[1230]. La Cour de cassation le confirme notamment dans un arrêt de 1997 : « *Mais attendu qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, que le contrat liant la SCI à la société Dumez Atlantique était un marché à forfait […] que, selon l'expert, la société Sopega n'avait pas facturé ces derniers travaux au maître de l'ouvrage, que le changement apporté à la structure porteuse du bâtiment n'avait porté atteinte ni à sa conception architecturale ou fonctionnelle, ni à ses qualités techniques, et présentait un avantage pour le maître de l'ouvrage, la cour d'appel […] a pu en déduire […] que la SCI était mal fondée dans sa demande de diminution du prix.* »[1231].

Le principe de l'invariabilité du prix révèle un élément essentiel dans le processus de caractérisation d'un dépassement de mission de l'entrepreneur. Il suffit tout simplement de comparer le prix forfaitaire au prix demandé par l'entrepreneur une fois les travaux accomplis. Tout supplément de prix révèle par principe l'existence d'un dépassement de mission.

1227 Civ. 1er, 10 mai 1960, Bull. civ. I, n° 248, *D.*, 1960, p. 571 ; RTD civ. 1960, p. 683, obs. J. Carbonnier : « *la convention litigieuse qui prévoyait des travaux supplémentaires sans exiger un devis spécial rectificatif n'était pas un véritable marché à forfait au sens de l'article 1793 du Code civil …* ». La Cour de cassation insistait déjà en 1860 sur le nécessaire respect de la présence d'un forfait pur et simple afin de rendre applicable l'article 1793. En ce sens, Cass. Req. 6 mars 1860 : « *Attendu que l'article 1793, en tant qu'il exige une autorisation par écrit pour des changements et augmentations à exécuter en dehors d'un marché à forfait, n'est rigoureusement applicable qu'aux conventions qui réunissent tous les caractères d'un forfait pur et simple.* » Recueil général des lois et des arrêts avec notes et commentaires, présentant sur chaque question le résumé de la jurisprudence et la doctrine des auteurs ; revu et complété par L.-M. DEVILLENEUVE et A.-A. CARETTE, 2e Série AN 1860, Paris, Bureau de l'administration, Partie I, p. 406.

1228 Civ. 3e, 22 novembre 1968, Bull. civ. III, n° 488 ; Civ. 3e, 2 mars 1983, pourvoi n° 80-16.870, Bull. civ. III, n° 64 ; HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 2e éd., 2001, n° 32446.

1229 Le choix d'un forfait est pour le maître d'ouvrage « *un moyen assez efficace de se protéger contre une augmentation du prix.* » (DURAND-PASQUIER (G.), *Le maître d'ouvrage, Contribution à l'harmonisation du régime du contrat d'entreprise*, thèse Paris I, 2005, p. 297). Voir aussi : LABARTHE (F.) NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, *op. cit.*, n° 388, p. 217 : « *L'exigence d'un prix forfaitaire est bien évidemment la base de l'application de l'article 1793, puisque tel est le but recherché par les parties.* »

1230 GRELIER WYCKOFF (P.), *Pratique du droit de la construction. Marchés publics Marchés privés*, 8e éd., Eyrolles, 2017, p. 396 : « *Parfois, le mieux est moins onéreux pour le maître d'ouvrage et celui-ci ne peut se prévaloir alors de la modification pour obtenir une réduction des prix, si la solution retenue est plus avantageuse pour lui.* »

1231 Civ. 3e, 26 mars 1997, pourvoi n° 95-16.086, inédit.

234. L'exigence d'un plan arrêté comme condition complémentaire au prix forfaitaire. Parmi les conditions relatives au contrat se trouve également la condition d'un plan[1232] arrêté[1233] et convenu entre les parties[1234]. Les parties peuvent ainsi identifier la nature de la prestation et délimiter l'étendue de l'ouvrage à réaliser. Le contrat permet de prouver que le prestataire a compris les limites de son engagement et accepte de le réaliser pour le prix forfaitaire fixé avec le maître. Cette condition protège les intérêts du maître mais également ceux de l'entrepreneur. En effet, il serait inéquitable de soumettre l'entrepreneur à la réalisation d'un ouvrage pour un prix déterminé sans lui accorder le droit de prévoir avec précision le déroulement des travaux à l'aide d'un plan. Ce document contribue ainsi à la juste fixation du prix sur le fondement des prévisions de l'entrepreneur relatives à la bonne réalisation de l'ouvrage.

L'articulation du forfait et du plan arrêté protège à la fois le maître[1235] et l'entrepreneur car ils peuvent tous les deux se prévaloir des limites contractuellement fixées au regard de ces deux éléments complémentaires. L'entrepreneur doit tout de même faire preuve de prudence dans sa préparation du plan afin de prévoir avec précision et rigueur l'ensemble des travaux nécessaires à la réalisation de l'ouvrage[1236]. Le devis doit être précis et complet afin de prévoir l'ensemble des travaux à accomplir. De surcroît, le plan arrêté doit revêtir un authentique caractère contractuel[1237]. L'entrepreneur doit, en outre, définir avec précision et dans la limite du possible, les conditions d'exécution des travaux, les délais, la masse des travaux ou encore les conditions de règlement[1238].

1232 GRELIER WYCKOFF (P.), *Pratique du droit de la construction. Marchés publics Marchés privés*, 8e éd., Eyrolles, 2017, p. 394 : « *Par « plan », il faut entendre l'ensemble des documents contractuels de toute nature qui définissent les constructions à exécuter, dans des conditions telles que l'entrepreneur puisse se rendre compte exactement de l'ensemble de leurs caractéristiques et donne un consentement éclairé au marché. Il s'agit de documents contractuels entendus au sens large et définissant avec précision l'ouvrage projeté.* »

1233 Il doit donc présenter un caractère définitif. PÉRINET-MARQUET (H.), *Marchés privés de travaux : obligations du maître d'ouvrage*, Œuvre collective sous la direction de Philippe Malinvaud, Dalloz action, droit de la construction, 2018, n° 401.51. KOHL (B.), *Droit de la construction*, Commission Université-Palais, Larcier, 2016, p. 96. Civ. 3e, 19 février 1992, pourvoi n° 90-11.750, inédit.

1234 Il doit donc être accepté par chacun des contractants.

1235 Le forfait a au moins un inconvénient pour le maître, celui de le confronter à un entrepreneur de mauvaise foi tenté d'utiliser des matériaux de mauvaise qualité afin de réduire ses frais et ainsi respecter le montant du forfait. FAURE-ABBAD (M.), *Droit de la construction*, 3e éd., Gualino, 2016, p. 54 : « *Le marché à forfait offre au maître de l'ouvrage la sécurité de connaître très exactement et à l'avance le prix qu'il paiera pour la prestation objet du contrat, ce qui le place en principe à l'abri de mauvaises surprises ; d'un autre côté, il le soumet au danger d'un entrepreneur qui emploierait des matériaux de moindre qualité, creuserait des fondations moins profondes pour améliorer la rentabilité de l'opération.* »

1236 LABARTHE (F.) NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, *op. cit.*, n° 390, p. 219 : « *Face à des travaux relatifs à la construction d'un bâtiment, le législateur a très largement voulu que les parties, peut-être davantage encore l'entrepreneur, sachent à quoi elles s'engageaient.* »

1237 Civ. 3e, 20 novembre 1991, pourvoi n° 89-21.858, Bull. civ. III, n° 283 : « *la société Paris Bat n'avait préparé aucun document sérieux ni avant ni pendant les travaux, qu'elle avait établi un devis très imprécis et avait élaboré des plans n'ayant eux-mêmes aucun caractère contractuel* ».

1238 Civ. 3e, 20 novembre 1991, pourvoi n° 90-10.286, Bull. civ. III, n° 284. FAURE-ABBAD (M.), *Droit de la construction*, 3e éd., Gualino, 2016, p. 56.

La prestation et le prix sont en ce sens deux éléments essentiels dans la caractérisation du dépassement de mission de l'entrepreneur. Le constat d'un tel manquement est donc favorisé par l'existence d'un marché à forfait. La preuve du respect des deux conditions précitées suppose la présentation d'un écrit ; un devis rédigé par l'entrepreneur et signé par le maître en constitue un parfait exemple.

235. Le marché à forfait distinct des autres types de marchés. D'autres marchés existent et confèrent une protection différente au maître d'ouvrage en présence de travaux supplémentaires.

Il existe tout d'abord le marché au métré dans lequel le règlement de la prestation de l'entrepreneur s'effectue par l'application de prix unitaire en fonction des quantités réellement exécutées[1239]. La méthode est simple, il suffit de multiplier le prix unitaire par les quantités réellement réalisées. Le montant de la prestation ne repose donc pas sur un prix global mais uniquement sur un prix unitaire au mètre carré[1240]. À la différence du marché à forfait, le marché au métré implique une légère incertitude dans la détermination exacte du prix[1241]. Ce constat n'est nullement contraire à la réglementation du contrat d'entreprise car ce contrat est par principe onéreux mais il n'impose pas une parfaite détermination du montant de la prestation avant le début de son exécution. L'entrepreneur peut tout de même communiquer au maître d'ouvrage un prix global mais cette information sera uniquement indicative[1242] et ne l'engagera pas au même titre qu'un forfait. Il est par conséquent plus difficile de prouver un dépassement de mission en présence d'un marché sur devis qu'en présence d'un marché à forfait. Le Professeur Durant-Pasquier va même plus loin dans son analyse comparative du marché sur devis et d'un marché à forfait : « *Le choix d'un marché sur devis relève donc d'une gestion des risques inverse de celle qui procède du choix d'un forfait.* »[1243].

Le devis estimatif ne peut pas suffire à caractériser un montant forfaitaire[1244]. La flexibilité de ce type de marché n'offre pas une parfaite liberté à l'entrepreneur car sa responsabilité contractuelle peut être engagée si le dépassement du coût des travaux est manifestement excessif[1245]. Un dépassement considérable du devis engage alors légitimement la

1239 FAURE-ABBAD (M.), *Droit de la construction*, 3e éd., Gualino, 2016, p. 53.

1240 VOGEL (G.), *Les pandectes. Le droit de la construction*, 2e éd., Larcier, 2018, p. 33 : « *Le marché sur devis se caractérise par le fait qu'au lieu de fixer exactement le prix de l'ouvrage, les parties conviennent d'un prix unitaire au mètre, fixé par elles, pour chaque catégorie de travaux.* »

1241 BOUBLI (B.), *Rép. imm.*, V° Contrat d'entreprise, n° 306.

1242 VOGEL (G.), *Les pandectes. Le droit de la construction, op. cit.*, p. 33 : « *Le propre des marchés sur devis est l'imprécision relative à la conclusion du contrat, de l'importance des travaux à fournir et du prix de l'ensemble à payer.* »

1243 DURAND-PASQUIER (G.), *Le maître d'ouvrage, Contribution à l'harmonisation du régime du contrat d'entreprise*, thèse Paris I, 2005, p. 301.

1244 Civ. 3e, 1er décembre 2010, pourvoi n° 09-16.819, inédit.

1245 Civ. 3e, 22 avril 1971, pourvoi n° 69-14.499, Bull. civ. III, n° 243. En l'espèce, le dépassement révèle l'existence d'un montant deux fois supérieur à celui initialement prévu.

responsabilité de l'entrepreneur[1246]. L'existence d'un marché sur devis n'a pas pour effet de neutraliser la sanction résultant du dépassement[1247].

Qu'en est-il de l'éventualité d'un dépassement du devis descriptif ? Concrètement, l'entrepreneur doit respecter son devis et exécuter les travaux contractuellement prévus sans pouvoir demander au maître un supplément de prix[1248] sauf si ce dernier a accepté les travaux non prévus au marché[1249]. L'esprit de l'article 1793 semble à nouveau ici déterminant bien que cet article ne puisse s'appliquer *stricto sensu* dans ce type de marché[1250]. La logique protectrice du droit commun des contrats et plus exactement de la force obligatoire des conventions s'applique afin de protéger les intérêts du maître d'ouvrage. Ce dernier peut accepter de payer les travaux supplémentaires. En l'absence de son accord, ces travaux ne lui seront pas opposables[1251]. La jurisprudence fait preuve de rigueur au même titre que l'article 1793 en imposant que l'accord du maître soit certain et sans équivoque[1252]. En ce sens, le silence du maître d'ouvrage en présence d'une proposition de l'entrepreneur de faire

1246 VOGEL (G.), *Les pandectes. Le droit de la construction, op. cit.*, p. 34.

1247 Par exemple, pour la réalisation de travaux de métrage non prévus à l'origine dans le devis : CA Nancy, 9 octobre 1959, *D.* 1960, p. 90.

1248 Civ. 3e, 24 octobre 2006, pourvoi n° 05-20.588, inédit : « *Attendu que pour condamner la SCI à payer, à titre de travaux supplémentaires, une somme concernant l'installation d'une structure pare-soleil, l'arrêt retient que le marché n'est pas expressément intitulé "marché à forfait", que la SCI ne disconvient pas d'un changement d'option de sa part dans l'attribution à la société Inox création de travaux initialement chiffrés par une autre entreprise, alors dépossédée de la réalisation effective de ces travaux par la société Inox création ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que la société Inox création avait établi un devis puis signé un marché de travaux pour un prix déterminé comprenant, tous deux, la structure pare-soleil litigieuse, la cour d'appel a violé le texte susvisé.* » ; BOUBLI (B.), *Rép. imm.*, V° Contrat d'entreprise, n° 308.

1249 Civ. 3e, 7 juillet 2015, pourvoi n° 13-23.620, SCI Le Clos de Choisille c/ Société Merlot : « *Attendu qu'ayant retenu, par motifs non critiqués, que le contrat était un marché au métré, que Mme X… était présente en permanence sur le chantier dont elle assurait au moins la coordination sinon la maîtrise d'œuvre formelle, que les travaux supplémentaires facturés n'avaient donc pu être effectués à son insu, et par motifs propres et adoptés, que la SCI ne disposant pas en quantité suffisante du vieux bois pour les coyaux qu'elle devait fournir, il avait été décidé de les réaliser en bois neufs, que cette société avait demandé la pose de cuivre au lieu du zinc sans qu'il soit démontré que cette prestation modifiée devait intervenir sans supplément de prix, que s'agissant du renforcement des pans de bois par des ferrures, seul le prix était contesté, que le prétendu échange, relatif à la solive de vieux bois n'était pas prouvé, et que la SCI ne contestait pas avoir commandé la pose de sorties de ventilation WC et VMC, la cour d'appel, qui a retenu que les parties pouvaient passer de nouvelles conventions nonobstant l'exigence d'un avenant écrit par le marché initial, a pu condamner la SCI au paiement de ces travaux supplémentaires ; D'où il suit que le moyen n'est pas fondé* ». BOUBLI (B.), « Dans le marché au métré les travaux non prévus au contrat doivent être autorisés par le maître de l'ouvrage », *RDI,* 2015, p. 528.

1250 FAURE-ABBAD (M.), *Droit de la construction*, 3e éd., Gualino, 2016, p. 59 : « *Dans les marchés sur devis qui ne sont pourtant pas des marchés à forfait, le paiement des travaux supplémentaires au devis suit à peu près le même régime : si l'entrepreneur réalise des travaux non prévus au devis, leur paiement par le maître d'ouvrage en fonction des prix unitaires initialement convenus suppose établie sa volonté non équivoque de les commander ou de les accepter.* » Civ. 3e, 11 février 2009, pourvoi n° 08-10.813, inédit.

1251 BOUBLI (B.), *Rép. imm.*, V° Contrat d'entreprise, n° 308.

1252 Civ. 3e, 21 juin 2005, pourvoi n° 04-12.259, inédit ; *RDI,* 2005, p. 441, obs. B. Boubli.

des réparations hors devis ne peut suffire à l'engager[1253]. Le droit commun de la preuve s'applique afin de démontrer que le maître a commandé les travaux supplémentaires[1254].

Le marché sur série est une technique « *un peu plus complexe [que le forfait] mais très souple et très usuelle* »[1255] ; elle permet de fixer le prix par référence à la valeur de l'article, par exemple cent euros le mètre carré[1256]. Le montant total du marché ne peut pas être global ou définitivement fixé avant les travaux car il dépend du nombre effectif d'articles réalisés. Il est pour cette raison impératif d'attendre l'achèvement des travaux afin de fixer définitivement un prix réel. L'entrepreneur reste libre d'imputer les augmentations du coût du travail réalisé ; le marché sur série lui est ainsi plus favorable que le marché à forfait car il peut répercuter les difficultés inattendues éventuellement rencontrées durant l'accomplissement de sa mission[1257]. Le dépassement de coût est alors difficile à prouver pour le client en présence d'un tel marché. La loyauté de l'entrepreneur est ainsi appréciée différemment ; le constat est identique en présence d'un marché sur facture[1258].

Lorsque la prestation attendue de l'entrepreneur est imprécise, il peut être préférable de recourir au marché sur facture. Dans certaines circonstances, l'activité du prestataire ne peut être connue à l'avance avec précision. Ce type de marché, extérieur au domaine de la construction, est surtout conclu en présence d'un professionnel libéral tel un médecin ou un architecte et permet au prestataire de présenter sa facture une fois la tâche accomplie[1259]. Ce marché est utile car il permet de s'adapter en cours d'exécution à la réalité matérielle de la mission du prestataire mais son coût demeure par nature imprécis. Il est pour cette raison difficile de prouver ou tout simplement de détecter l'existence d'un dépassement en présence d'un marché sur facture. Le client s'en remet alors à la loyauté du prestataire lorsque celui-ci prépare sa facture. Des tarifs peuvent néanmoins être communiqués avant la prestation mais ils n'ont qu'une valeur indicative et non obligatoire. Si le client trouve le montant de la facture excessif, il revient à l'entrepreneur d'en justifier le montant[1260]. Le juge peut réviser le prix

---

1253 Civ. 1er, 16 avril 1996, pourvoi n° 94-16.528, Bull. civ. I, n° 181, *RTD. civ.* 1996, p. 892, obs. J. Mestre ; *Defrénois*, 1996, art. 36381, n° 101, note, Ph. Delebecque : « *Attendu que, pour condamner M. X… à payer à la société Méditerranée plaisance le coût de travaux de réparation d'un bateau non prévus dans le devis, l'arrêt attaqué se borne à énoncer que M. X… ne conteste pas avoir reçu la lettre relative à ces travaux et s'être abstenu d'y répondre ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que le silence ne vaut pas, à lui seul, acceptation, la cour d'appel a méconnu les textes susvisés*. » . Voir aussi, Com, 3 avril 2002, pourvoi n° 98-22.50, inédit, *RDI*, 2002, p. 212, obs. B. Boubli.

1254 BOUBLI (B.), *RDI*, 2005, p. 441 : « *sur les commandes supplémentaires, l'arrêt confirme que, dans tout contrat d'entreprise, qu'il soit ou non à forfait, les commandes de travaux supplémentaires doivent être prouvées. Les dispositions de l'article 1793 ne sont applicables qu'au marché à forfait, mais le droit commun de la preuve s'applique aux marchés non forfaitaires : l'entrepreneur ne peut, à sa seule initiative, imposer des travaux non commandés au maître de l'ouvrage*. »

1255 BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 811.

1256 RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 492.

1257 MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 769.

1258 *Ibid.*

1259 *Ibid.*, n° 766.

1260 Civ. 1er, 18 novembre 1998, Bull. civ. I, n° 313.

lorsqu'il a été fixé à l'avance[1261] en tenant compte de plusieurs critères tels que l'objet de la prestation, le temps passé par le prestataire ou encore la qualité de ce dernier[1262]. Le juge ne peut effectivement pas réviser un prix éventuellement excessif s'il a été fixé après la prestation car le client agissait en connaissance de cause[1263].

Il existe aussi les marchés « à maximum »[1264]. Ces marchés ne sont pas des forfaits mais contiennent pourtant plusieurs éléments caractéristiques du forfait. Il s'agit d'un marché de construction comportant un prix plafond pour la réalisation de l'ouvrage. Le maître de l'ouvrage bénéficie à nouveau d'une protection efficace car il sera tenu de payer uniquement le prix plafond dans l'éventualité où le coût des travaux effectués serait supérieur à cette limite contractuelle. À ce stade, le marché à maximum ne semble pas différent du marché à forfait. La distinction se révèle dans l'éventualité où le montant réel des travaux serait inférieur au prix plafond. Dans cette hypothèse, le maître ne sera tenu de payer que le prix réel et non le prix plafond. Il s'agit d'une différence significative avec le marché à forfait dans lequel le maître est tenu de payer le montant du forfait même si le coût réel des travaux est inférieur.

Une constance apparaît bien au regard du marché à forfait, du marché au métré et du marché à maximum. Ces trois modèles contractuels protègent communément le maître d'ouvrage contre les travaux supplémentaires de l'entrepreneur. Ces travaux sont sans effets sur le maître tant qu'il ne manifeste avec certitude l'intention de les payer.

b. La construction d'un bâtiment sur un fonds appartenant au maître de l'ouvrage

236. L'objet de la construction : une définition stricte du bâtiment retenue par la jurisprudence. L'article 1793 vise spécifiquement la « *construction […] d'un bâtiment* » mais cette dénomination a priori précise peut tout de même manquer de clarté. Les rédacteurs du Code n'apportèrent aucune précision quant à ce qu'il fallait entendre par construction d'un bâtiment[1265] La question de l'interprétation de cette notion s'est donc posée. La

1261 Pour un avocat, civ. 1er, 3 mars 1998, pourvoi n° 95-15.799, Bull. civ. I, n° 85.

1262 Des honoraires excessifs sont régulièrement constatés par les juges. Par exemple pour un avocat : Civ. 1er, 3 mars 1998, pourvoi n° 95-15.799, Bull. civ. I, n° 85 ; ou encore pour un conseil en gestion : Com. 2 mars 1993, pourvoi n° 90-20.289, bull. IV, n° 83.

1263 Civ. 1er, 2 avril 1997, pourvoi n° 95-17.606, Bull. civ. I, n° 113 : « *Attendu que, si les juges du fond apprécient souverainement d'après les conventions des parties et les circonstances de la cause le montant de l'honoraire dû à l'avocat, il ne saurait toutefois leur appartenir de le réduire dès lors que son montant résulte d'une convention conclue après service rendu*. »

1264 BOUBLI (B.), *Rép. imm*. V° Contrat d'entreprise, n° 311.

1265 Voir notamment le discours du Tribun Jaubert en date du 7 mars 1804. FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XIV, éd. Videcoq, 1836, p. 356 et 357. Le Tribun Jaubert insista cependant sur la légitimité d'un tel article relatif aux travaux supplémentaires. Il décrit ce manquement comme étant « *un abus dont nous ne voyons que trop d'exemples.* » et souligne la sagesse de cette nouvelle loi.

jurisprudence semble avoir majoritairement retenu une conception stricte[1266] tant du bâtiment que de la construction. La Cour de cassation a ainsi refusé en 1963 l'application de l'article 1793 en présence « *d'un bâtiment de guerre* »[1267]. Cette interprétation respecte l'esprit du texte et associe ainsi pleinement le bâtiment à l'idée d'abri pour l'homme[1268]. Il aurait au contraire été critiquable d'appliquer l'article 1793 aux constructions d'un bâtiment de guerre car il s'agit d'un moyen de transport. Dans cet arrêt, la Cour de cassation insiste sur l'importance d'un rattachement du bâtiment au sol. Un navire, ou plus exactement un « *bâtiment flottant* » selon les termes employés par la Cour de cassation, n'entre donc pas dans le champ d'application de l'article 1793. Dans cette même logique, un bassin pour orques[1269], une piscine[1270], une piste de karting[1271] ou encore un court de tennis[1272] ne peuvent pas être identifiés comme un bâtiment au sens de l'article 1793[1273]. Le montage d'éléments mobiliers comme des cuves à essence[1274] ne constitue pas non plus un bâtiment.

La jurisprudence s'est aussi prononcée sur la notion de construction et a de nouveau favorisé une interprétation stricte. En ce sens, de simples travaux d'aménagements[1275] ou encore de décoration d'un magasin[1276] ne peuvent suffire pour illustrer la construction d'un bâtiment selon l'article 1793[1277]. De tels travaux ne peuvent être qualifiés de « *construction* » car ils révèlent une activité peu étendue et ponctuelle ; ils n'ont donc pas une importance

---

1266 LABARTHE (F.) NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, *op. cit.*, n° 384, p. 215 : « *Le sentiment prédominant est celui de l'interprétation restrictive. […] les sens plus larges n'ont pas été admis*. » GRELIER WYCKOFF (P.), *Pratique du droit de la construction. Marchés publics Marchés privés*, 8e éd., Eyrolles, 2017, p. 394.

1267 Com. 6 mars 1963, bull. com. n° 144, *D.*, 1963, p. 501.

1268 BOUBLI (B.), *Rép. imm.*, V° Contrat d'entreprise, n° 295 : « *l'idée qui domine est celle qui, conformément au bon sens, tient le bâtiment pour l'ouvrage qui sert d'abri à l'homme*. » FAURE-ABBAD (M.), *Droit de la construction*, 3e éd., Gualino, 2016, p. 56 : « *Il faut donc distinguer les travaux participant à la construction d'un bâtiment et les travaux qui, bien que mettant en œuvre des techniques du bâtiment ne réalisent pas à proprement parler un bâtiment*. »

1269 Civ. 3e, 29 octobre 2003, n° 02-13.460, Bull. civ. III, n° 185 ; *RDI*, 2004, p. 97, obs. B. Boubli.

1270 Civ. 3e, 17 janvier 1984, *Gaz. Pal.*, 1984. 1. Pan. 133, obs. Ph. Jestaz.

1271 Civ. 3e, 11 juillet 1972, pourvoi n° 71-12.105, Bull. civ. III, n° 456.

1272 Civ. 3e, 9 octobre 1973, *D.*, 1973. IR 158.

1273 La jurisprudence luxembourgeoise apporte certains exemples complémentaires. De simples travaux de peinture ne valent pas construction (TA Lux. 16 novembre 1983, F. c. H.) Il en est de même pour de simples aménagements ou transformations d'une construction existante (CA Lux. 7 mars 1990, n° 10.579), ou encore les travaux de goudronnage d'un parking (CA 22 novembre 1995, n° 54.129).

1274 Civ. 3e, 17 janvier 1978, pourvoi n° 76-12.896, Bull. civ. III, n° 41.

1275 Civ. 3e, 23 juin 1999, pourvoi n° 98-10.276, Bull. civ. III, n° 147 : « *Mais attendu qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, que les travaux exécutés dans l'appartement des époux X…, s'analysant en une rénovation ponctuelle sur parties privatives, sans intervention sur les murs de refend ni sur les planchers, et consistant en travaux intérieurs sur les cloisons et en installation d'équipements, ne portaient pas sur la construction d'un bâtiment, la cour d'appel a pu retenir, abstraction faite de motifs surabondants relatifs au caractère non forfaitaire du marché, que les dispositions de l'article 1793 du Code civil, exigeant l'autorisation écrite du maître de l'ouvrage pour l'engagement de travaux supplémentaires en cas de construction d'un bâtiment, n'étaient pas applicables.* »

1276 Civ. 3e, 29 janvier 1971, *D.*, 1971, p. 395.

1277 LABARTHE (F.) NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise, op. cit.*, n° 384, p. 215 : « *les seuls travaux d'aménagements intérieurs ne correspondaient pas à l'idée de construction de bâtiment …* ».

suffisante d'un point de vue matériel. À l'inverse, cela ne signifie pas pour autant que la construction d'un bâtiment se limite irrémédiablement à une construction principale ou encore au gros œuvre. Les travaux relatifs à la seule modification du gros œuvre entrent bien dans le domaine d'application de l'article 1793 à condition que ces travaux soient importants[1278], il ne s'agit alors « *nullement de simples travaux d'aménagement* »[1279]. L'installation électrique d'un hôtel en construction constitue bien des travaux au sens de l'article 1793[1280] car cette installation est étendue et contribue à la réalisation générale de l'ouvrage. Le terme « *construction* » s'applique donc aux travaux portant sur le gros œuvre d'un bâtiment ou d'un édifice. Cette logique matérielle exclut par principe de cette qualification les travaux de moindre importance.

237. L'identification des parties. L'article 1793 du Code civil détermine dans un premier temps avec précision la qualité du prestataire tenu d'accomplir l'ouvrage et identifie pour cette tâche l'architecte et l'entrepreneur.

Dans un second temps, le texte dispose que le marché à forfait doit être conclu avec le maître d'ouvrage propriétaire du sol[1281]. Cette condition signifie qu'une convention de sous-traitance exclut par principe l'application de l'article 1793[1282]. En effet, l'entrepreneur principal serait alors le maître de l'ouvrage mais sans être propriétaire du sol. Cela demeure pleinement compréhensible dans la mesure où l'esprit de cette disposition, plus encore que sa lettre, porte spécifiquement sur la protection du maître et nullement sur la protection d'un sous-traitant ou de l'entrepreneur. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a dénaturé la substance de l'article 1793 dans un arrêt de 1942 dans lequel elle assimilait au propriétaire du sol toute personne se comportant comme le véritable propriétaire. Il s'agissait en l'espèce d'un locataire ayant fait exécuter des travaux dans le local qu'il occupait[1283].

L'identification du maître d'ouvrage propriétaire du sol est importante car son inaction constitue l'une des conditions d'application de l'article 1793. Il ne doit pas avoir manifesté son agrément écrit en faveur des modifications entreprises par le constructeur sur le plan initial. Le comportement du maître caractérise donc bien un élément d'appréciation complémentaire afin de prouver qu'il n'a pas souhaité la réalisation des travaux supplémentaires. Le formalisme de l'article 1793 est à nouveau rigoureux sur ce point ; l'entrepreneur ne peut pas demander le paiement des travaux « *si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire* ». La Cour de cassation écarte ainsi fort logiquement en 1966 la preuve de l'agrément du maître reposant

1278 Civ. 3e, 15 décembre 1982, pourvoi n° 81-11.459, Bull. civ. III, n° 254.

1279 *Ibid.*

1280 Civ. 3e, 3 juillet 1991, pourvoi n° 89-20.299, Bull. civ. III, n° 200 ; *RTD civ.*, 1992, p. 410, obs. P.-Y. Gautier.

1281 Civ. 3e, 6 mars 1963, bull. com. n° 144, *D.*, 1963, p. 501.

1282 Civ. 3e, 13 février 1983, pourvoi n° 81-15.558, Bull. civ. III, n° 44.

1283 Cass. 3 décembre 1942, S. 1943, I. p. 67.

sur simple accord verbal[1284]. Le commencement de preuve par écrit n'est pas plus admis dans une décision de la Cour de cassation du 25 avril 1972[1285].

c. L'extension conventionnelle de l'article 1793 en dehors de son domaine

238. L'extension conventionnelle de la règle de l'article 1793. L'existence d'un marché à forfait entre le maître et l'entrepreneur apparaît comme une condition indispensable à la protection de l'article 1793. Il s'agit d'un texte d'exception dont le contenu ne peut être appliqué en dehors des marchés forfaitaires[1286]. En principe, les marchés non soumis à l'article 1793 échappent à la rigueur de son formalisme nécessitant de la part du maître une autorisation écrite des travaux supplémentaires.

Or il est possible pour le maître d'ouvrage d'étendre volontairement cette protection aux contrats non forfaitaires. Il suffit pour cela d'ajouter une clause au contrat d'entreprise afin de prévoir une application de l'article 1793 en dehors de son domaine d'origine. Cette adaptation relève alors de la liberté contractuelle. Naturellement cette clause doit faire l'objet d'une parfaite compréhension et d'une acceptation de l'entrepreneur comme n'importe quelle clause du contrat le liant au maître d'ouvrage.

Faut-il y voir une dénaturation de la substance initiale de l'article 1793 ? Il est envisageable de reconnaître *a minima* que l'ajout d'une telle clause aurait pour conséquence d'étendre la portée et l'effectivité de l'application de l'article 1793 au-delà de son contenu *stricto sensu*. Un tel constat tient uniquement compte de la substance textuelle de l'article 1793 mais demeure insuffisant pour produire une dénaturation de son contenu. En effet cet article a spécifiquement été rédigé dans un but de protection du maître ; le fait d'étendre son application aux marchés non forfaitaires ne peut en ce sens être le révélateur d'une dénaturation car cette généralisation de la protection se conforme pleinement à son objet originel Il s'agirait simplement d'une soumission volontaire au formalisme de l'article 1793. En outre, l'entrepreneur est en droit de refuser l'ajout d'une telle clause en présence d'un marché non forfaitaire. Il ne s'agit donc pas d'une dénaturation mais d'une généralisation du contenu protecteur de l'article 1793 au regard des intérêts du maître d'ouvrage mais également de l'entrepreneur. En effet, l'application de cette disposition peut renforcer la vigilance de l'entrepreneur contre la réalisation de bonne foi de travaux supplémentaires non nécessaires.

Cette liberté contractuelle offerte aux parties d'appliquer l'article 1793 en présence de marchés non forfaitaires est acceptable dans la théorie comme dans la pratique. Un tel choix ne peut que préserver les intérêts du maître d'ouvrage et dissuader ainsi l'entrepreneur à exécuter unilatéralement des travaux supplémentaires.

1284 Civ. 1er, 17 octobre 1966, *D.*, 1967, p. 29.

1285 Civ. 3e, 25 avril 1972, *JCP*. 1972, II, 17145.

1286 Com. 6 mars 1963, bull. com. n° 144, *D.*, 1963, p. 501. Civ. 1er, 16 décembre 1964, *D.*, 1965, p. 347.

2. Mise en œuvre de la sanction du non-paiement des travaux supplémentaires

239. Typologie des travaux supplémentaires. L'article 1793 vise expressément deux hypothèses. La première est constituée par les surcoûts[1287] résultant de « *l'augmentation des prix et des matériaux* ». Ceux-ci ne sont évidemment pas constitutif d'un dépassement de mission par l'entrepreneur. La seconde est constituée « des changements et augmentations faits sur le plan ». Il s'agit cette fois de véritables travaux supplémentaires qui peuvent constituer un dépassement de mission s'ils n'ont pas été autorisés par le maître. Ces travaux sont selon les cas nécessaires ou non à la réalisation du bâtiment.

Certains travaux supplémentaires non prévus dans le contrat doivent impérativement être accomplis par l'entrepreneur car l'ouvrage global ne respecterait les règles de l'art en leur absence[1288]. Ces travaux spécifiques indispensables à la bonne réalisation de l'ouvrage peuvent contribuer à sa solidité[1289] ou tout simplement rendre la construction[1290] conforme à sa destination[1291]. Il s'agit bien de travaux supplémentaires car ils n'ont pas été prévus dans le contrat par le constructeur[1292]. Ces travaux sont, en outre, nécessaires à la conformité de l'ouvrage promis par l'entrepreneur. Les travaux supplémentaires nécessaires sont donc identifiables pour deux raisons : premièrement parce qu'ils ne modifient pas l'objet du contrat et deuxièmement parce qu'ils sont indispensables à la conformité de l'ouvrage.

L'entrepreneur doit faire preuve de prudence dans sa préparation de l'opération[1293]. Cette étape préliminaire est importante car elle permet au constructeur d'identifier les travaux nécessaires à l'accomplissement de l'ouvrage pour intégrer leur coût au coût total de l'opération. Ce devoir de prudence de l'entrepreneur est rappelé par la troisième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 17 novembre 1999 : « *l'entreprise spécialisée, qui avait la responsabilité des plans d'exécution, était techniquement obligée de réaliser un mur et avait l'obligation de prévoir dans le montant de son forfait tous les travaux nécessaires à l'exécution de ses ouvrages selon les règles de l'art* »[1294].

1287 BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 598

1288 Civ. 3e, 31 octobre 2001, pourvoi n° 00-12.776, inédit.

1289 PÉRINET-MARQUET (H.), *Marchés privés de travaux : obligations du maître d'ouvrage*, Œuvre collective sous la direction de Philippe Malinvaud, Dalloz action, droit de la construction, 2018, n° 401.71.

1290 Pour une étude relative à l'obligation de construire, DUBOIS (Ph.), « Les contrats emportant obligation de construire » *in Droit civil, procédure, linguistique juridique, Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 135 et s.

1291 Par exemple lorsque l'entrepreneur oublie de prévoir un dispositif spécifique d'évacuation de fumée : Civ. 3e, 21 janvier 1981, *RDI,* 1981, p. 511, obs. P. Malinvaud et B. Boubli.

1292 Civ. 3e, 21 septembre 2011, pourvoi n° 10-18.584, inédit : « *le surplus s'analysant en des travaux supplémentaires.* »

1293 Civ. 3e, 31 octobre 2001, pourvoi n° 00-12.776, inédit : « *Attendu d'autre part, […] qu'il résultait du rapport de l'expert et des pièces versées aux débats que les surcoûts dont le montant était réclamé par la société Stratus provenaient essentiellement d'une préparation insuffisante voire défectueuse de l'opération et incombait à cette société, la cour d'appel a légalement justifié sa décision.* »

1294 Civ. 3e, 17 novembre 1999, pourvoi n° 98-11.998, inédit.

La prise en compte contractuelle des différentes opérations permet de calculer le montant global du forfait. L'entrepreneur commet ainsi une erreur par négligence s'il omet de prendre en compte tous les travaux nécessaires à la bonne réalisation de l'ouvrage ou encore s'il n'apprécie pas lesdits travaux à leur juste mesure[1295]. Le constructeur doit alors supporter les conséquences de sa négligence. Il sera tenu d'accomplir ses travaux supplémentaires nécessaires sans demander un supplément de prix au maître d'ouvrage.

Les travaux supplémentaires nécessaires à la conformité du bâtiment ne doivent pas plus que les surcoûts être payés par le maître : c'est le principe même du marché à forfait. Comme le rappelle le Professeur Bénabent « *Le caractère forfaitaire du marché prohibe toute demande ultérieure de révision du prix convenu pour les travaux eux-mêmes – quelles que soient les difficultés imprévues qu'ait pu rencontrer l'entrepreneur…* »[1296]. Ces travaux supplémentaires nécessaires à la conformité du bâtiment ne révèlent donc aucun dépassement de mission (*renvoyer par une note à la partie 1…)*.

Seuls les travaux supplémentaires non nécessaires constituent un tel dépassement lorsqu'ils n'ont pas été autorisés par le maître. Ils doivent être distingués des travaux supplémentaires extérieurs au marché qui ne sont pas soumis en principe à l'article 1793 du Code civil.

Les « travaux supplémentaires non nécessaires » se reconnaissent à deux éléments cumulatifs. Premièrement, il s'agit de travaux non prévus dans le contrat d'origine, ils n'ont donc pas été demandés par le maître d'ouvrage ni acceptés par l'entrepreneur au moment de la conclusion du contrat. Ce constat est suffisant pour leur accorder la qualification de travaux supplémentaires. Deuxièmement, ces travaux s'ajoutent ou plus généralement modifient la structure globale de l'ouvrage prévu et de ce fait modifient l'objet du contrat. Il s'agit par conséquent d'une modification de l'ouvrage né d'une manifestation unilatérale de volonté de l'entrepreneur. Ce dernier transforme l'ouvrage sans que cette initiative personnelle ne soit nécessaire au résultat contractuellement promis. Dans ces circonstances, la réalisation de ces travaux ne peut pas donner lieu en principe à un supplément de prix imposé au maître.

240. Accomplissement des travaux sans supplément de prix. L'entrepreneur doit accomplir l'ouvrage conformément à son engagement contractuel ; il supporte ainsi l'aléa de l'opération et s'engage en conséquence pour tous travaux intrinsèquement nécessaires à la bonne fin de l'entreprise[1297]. Tous les travaux supplémentaires non contractuellement prévus mais indispensables à la bonne réalisation de l'ouvrage doivent être accomplis sans que le constructeur ne puisse demander au maître d'ouvrage un supplément de prix[1298]. Cette

1295 BOUBLI (B.), *Rép. civ.*, V° Contrat d'entreprise, n° 287.

1296 BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 407.

1297 MALINVAUD (Ph.), BOUBLI (B.), « Marché à forfait et définition des travaux supplémentaires », *RDI,* 1998, p. 371.

1298 PÉRINET-MARQUET (H.), *Marchés privés de travaux : obligations du maître d'ouvrage*, Œuvre collective sous la direction de Philippe Malinvaud, Dalloz action, droit de la construction, 2018, n° 401.61.

position n'était pourtant pas celle de Pothier au XVIII[e] siècle, ce dernier expliquait dans sa section relative au prix des augmentations : « *Outre le prix porté par le marché, le locateur doit payer aussi celui des augmentations d'ouvrage qu'il a été nécessaire de faire, et qui, n'ayant pas été prévues lors du marché, n'en font pas partie.* »[1299]. L'intangibilité du prix n'était donc pas un élément essentiel pour Pothier qui estimait que le maître devait payer les travaux supplémentaires à condition qu'ils soient bien nécessaires à la construction de l'ouvrage. La Cour de cassation applique aujourd'hui rigoureusement le principe de l'inopposabilité du coût des travaux supplémentaires au maître par exemple lorsque l'installation d'un garde-corps indispensable à sa sécurité a été omis du marché à forfait initial[1300].

Le maître d'ouvrage est par conséquent protégé en raison du caractère forfaitaire du marché à condition qu'il ne commette aucune faute dans son obligation précontractuelle de vérification de l'offre initiale du constructeur. Un arrêt de 2003 de la Cour de cassation accorde en ce sens un droit de rectification du prix à l'entrepreneur en présence d'une faute matérielle commune ayant pour origine une erreur d'addition malgré l'existence d'un marché à forfait[1301]. Cet arrêt est singulier voire surprenant car il altère le principe selon lequel l'immutabilité du prix est de l'essence du marché à forfait. Le Professeur Boubli y voit ainsi une brèche ouverte dans la réglementation du marché à forfait[1302]. Il peut en effet être contraire à la sécurité juridique du maître de fragiliser le caractère forfaitaire d'un marché par la seule présence d'une erreur de calcul, sauf si le maître est volontairement ou involontairement à l'origine de cette erreur.

1299 POTHIER (R.-J.), *Œuvres complètes de Pothier, Traité du contrat de louage*, nouvelle édition, t. 6, Thomine et Fortic, Paris, 1821, n° 407, p. 277.

1300 Civ. 3[e], 8 juin 2005, pourvoi n° 04-15.046, Bull. civ. III, n° 125 ; *RDI,* 2005, p. 440, obs. B. Boubli : « *Attendu que pour condamner le maître d'ouvrage à payer à l'entrepreneur lié par un marché à forfait, une certaine somme au titre du prix de travaux supplémentaires, l'arrêt retient que les garde-corps n'étaient pas prévus au marché et ne pouvaient pas être intégrés au marché à forfait, que leur pose avait été rendue nécessaire par le bureau de contrôle pour des raisons de sécurité et de mise en conformité de la construction, de sorte que leur règlement était dû par le maître d'ouvrage ; Qu'en statuant ainsi, alors que les garde-corps indispensables à la sécurité de l'immeuble devait être intégrés dans le marché forfaitaire initial, la cour d'appel a violé le texte susvisé …* ».

1301 Civ. 3[e], 15 janvier 2003, pourvoi n° 01-01.563, inédit ; *RDI,* 2003, p. 259, obs. B. Boubli ; « *attendu qu'ayant, par motifs propres et adoptés, relevé que les dispositions du règlement d'appel d'offres et du contrat de maîtrise d'œuvre impliquaient expressément à la charge du maître de l'ouvrage et de l'architecte la vérification de l'offre de l'entrepreneur avant la signature du marché et la rectification des erreurs d'addition qu'elle pouvait contenir, que la SIC et la société Agence Perspective disposaient à cet effet d'une offre détaillée sur laquelle figurait chaque poste chiffré et le montant total du prix proposé et que l'erreur d'addition consistant dans l'omission dans le total du lot n° 1 de la somme correspondant au poste 1-5-9 (cloisons intérieures) était facilement identifiable par le maître de l'ouvrage mis en possession de tous les éléments nécessaires pour rectifier cette erreur, la cour d'appel, qui ne s'est pas fondée sur une erreur de consentement de l'entrepreneur sur la valeur de son engagement entraînant la nullité de celui-ci, a légalement justifié sa décision de ce chef en retenant que la réclamation présentée par la SCL ne s'analysait pas en une demande en révision du prix du marché, l'erreur commise ne portant pas sur les quantités, les métrés et les prix seuls visés par les dispositions du Cahier des clauses administratives particulières applicables à ce marché, mais en une demande de rectification d'erreur matérielle procédant de l'inexécution par le maître de l'ouvrage, assisté du maître d'œuvre, de son obligation précontractuelle de vérification et de contrôle de l'offre de l'entrepreneur.* »

1302 *RDI*, 2003, p. 259, obs. B. Boubli : « *L'arrêt ouvre une brèche dans le marché à forfait en faisant référence à une notion singulière dans le droit des obligations. L'erreur matérielle, connue en droit processuel, n'est-elle pas une erreur de fait ?* ».

La négligence[1303] de l'entrepreneur ne peut, fort logiquement, être une justification de la perte de ce caractère forfaitaire[1304]. Il en est notamment ainsi lorsque l'entrepreneur omet de prendre en compte l'état du sol[1305] ou les fondations du bâtiment[1306]. Le non accomplissement de travaux supplémentaires constitue une faute lorsque l'inaction de l'entrepreneur porte atteinte à la bonne exécution du contrat. La Cour de cassation le confirme en 1997 en présence d'un support de peinture approximativement préparé par l'entrepreneur[1307].

Naturellement, le maître d'ouvrage peut sciemment décider d'assumer personnellement l'exécution et la charge de certains travaux préalables nécessaires à la bonne réalisation de la mission principale du prestataire. Ce choix doit alors être stipulé dans le contrat afin de libérer l'entrepreneur de cette obligation. Cependant il ne faut pas confondre d'une part la prise en charge personnelle des travaux par le maître d'ouvrage et d'autre part l'acceptation par ce dernier des travaux supplémentaires nécessaires pour l'entrepreneur. Dans la première hypothèse, le maître d'ouvrage s'engage à exécuter personnellement une partie des travaux, l'entrepreneur ne peut alors être responsable en présence d'une inexécution desdits travaux. Dans la seconde hypothèse, le maître d'ouvrage autorise l'accomplissement par l'entrepreneur des travaux supplémentaires nécessaires au bon accomplissement de sa mission.

Une telle autorisation du maître est en réalité dénuée d'intérêt car l'entrepreneur est impérativement tenu d'exécuter ces travaux supplémentaires afin de respecter l'objet de sa mission. Il n'importe donc nullement que le maître autorise ou au contraire s'oppose à l'exécution de ces travaux nécessaires car l'entrepreneur sera, dans tous les cas, tenu de les

1303 Ou plus exactement le manque de prévision, comme le mentionne souvent la Cour de cassation : Civ. 3e, 22 juin 2005, pourvoi n° 03-16.557, inédit.

1304 Civ. 3e, 6 mai 1998, pourvoi n° 96-12.738, Bull. civ. III, n° 94 ; *RDI,* 1998, p. 371, obs. B. Boubli : « *alors que le manque de prévision de l'entrepreneur n'était pas de nature à entraîner la modification du caractère forfaitaire du contrat, la cour d'appel a violé le texte susvisé.* » Civ. 3e, 22 juin 2005, pourvoi n° 03-16.557, inédit.

1305 Req. 20 avril 1874, DP 1874. 329 ; CA Versailles, 4e ch., 15 octobre 1999, Epoux Zeitoun c/ Casanouve, n° RG : 98/00003315 ; Civ. 3e, 6 mai 1998, pourvoi n° 96-12.738, Bull. civ. III, n° 94. BARRE-PEPIN (M.), *Rép. civ.*, V° Contrat de construction d'une maison individuelle, 2019, n° 63 : « *Parce que les frais d'étude du sol lui incombent, le constructeur doit supporter le coût de travaux supplémentaires qu'une étude révèle nécessaires à la bonne tenue de la construction, même au cas où le maître de l'ouvrage s'en réserve l'exécution*. »

1306 CA Paris, 4 mai 1988, *RDI,* 1988, p. 299.

1307 Civ. 3e, 17 juin 1997, pourvoi n° 96-10.823, inédit : « *Attendu qu'ayant constaté que la peinture appliquée par la société Tais frères ne tenait pas sur son support, qui avait été mal préparé, que le film de peinture était trop mince, et que l'état des peintures n'était pas imputable à l'évolution normale du bâtiment, mais à une mise en œuvre incorrecte, effectuée notamment sur des bandeaux de balcons non étanches, et relevé, à bon droit, que l'entrepreneur de peinture répondait de l'état du support, la cour d'appel, qui a ainsi caractérisé une faute de la société Tais frères dans l'exécution de son contrat, a pu retenir, sans modifier l'objet du litige, que la remise en état des façades devait s'effectuer au moyen de tous les travaux nécessaires à la suppression des désordres ; D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ; PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ; Condamne la société Tais frères aux dépens.* »

accomplir sans lui demander un supplément de prix[1308]. L'accord du maître semble même évident car l'accomplissement de ces travaux respecte l'objet du contrat et protège ainsi ses propres intérêts. La logique de cette règle protectrice est indéniable car l'entrepreneur doit prévoir tous les travaux nécessaires à la bonne exécution de sa mission et par conséquent supporter les effets de son manque de prévision. Une question se pose cependant : qu'en est-il en présence de travaux ou de circonstances imprévisibles ?

241. L'hypothèse des circonstances imprévisibles. Il existe en droit administratif la théorie des sujétions imprévues selon laquelle le contractant d'un marché de travaux publics est en droit de demander à l'administration une indemnisation des frais supplémentaires produits par un évènement matériel et imprévisible survenu durant l'accomplissement de sa mission[1309]. Cette théorie est distincte de la force majeure ou encore de la théorie de l'imprévision[1310] car la théorie des sujétions imprévisibles permet une indemnisation totale des frais engagés dans la construction.

Or, la théorie des sujétions imprévisibles s'applique uniquement aux marchés publics et non aux marchés privés[1311]. Faut-il néanmoins prolonger l'application de cette théorie en présence d'un contrat de construction privé durant lequel l'entrepreneur de bonne foi constate l'existence de circonstances imprévisibles mais justifiant des travaux supplémentaires nécessaires ? La jurisprudence répond négativement au visa de l'article 1793 du Code civil : « *les circonstances imprévisibles ne sont pas de nature à entraîner la modification du caractère forfaitaire du contrat* »[1312]. Dans cet arrêt, les circonstances imprévisibles résultent d'un aléa économique[1313] mais l'entrepreneur doit supporter la charge de ce risque[1314] ; il ne peut ainsi justifier la perte du caractère forfaitaire du marché et imposer pour cette raison au maître un

---

1308 Civ. 3e, 28 février 2001, pourvoi n° 99-13.651, inédit : « *que ne constituent pas des travaux supplémentaires donnant lieu à rémunération spéciale en sus du forfait, même s'ils ont été autorisés par écrit et si le prix a été convenu avec le propriétaire, les travaux intrinsèquement nécessaires à la bonne fin de l'ouvrage, lesquels relèvent de l'objet même du marché à forfait, l'entrepreneur étant tenu de livrer un ouvrage en mesure de satisfaire à sa destination, et qu'en l'espèce, la cour d'appel ayant elle-même constaté que les travaux de forage commandés à la société Sondalp avaient été rendus nécessaires par l'"inefficacité" des puits perdus réalisés par l'entreprise chargée de la réalisation du réseau d'assainissement, n'a pu mettre ces travaux à la charge du maître de l'ouvrage* … ».

1309 SAMSON (C.), « La remise en cause du prix par les sujétions imprévues : oui mais… », *Constr.-Urb.* 2003, n° 45538.

1310 Cette théorie est à l'origine fixée par le Conseil d'état dans l'arrêt « *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* » du 30 mars 1916 : Conseil d'État, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, publié au recueil Lebon, p. 125.

1311 BOUBLI (B.), *Rép. civ.*, V° Contrat d'entreprise, n° 287 : « *La théorie des sujétions imprévues, appliquée aux marchés publics, n'est pas admise par le juge civil.* »

1312 Civ. 3e, 20 novembre 2002, pourvoi n° 00-14.423, Bull. civ. III, n° 230 ; *RDI,* 2003, p. 60, obs. B. Boubli ; *Constr.-Urb.* 2003, p. 32, obs. Cornille ; *Defrénois,* 2003, p. 318, obs. H. Périnet-Marquet.

1313 Précisément la création de la caisse de chômage en mars 1980 entraînant des charges nouvelles, les grèves de 1979 aboutissant à l'allocation d'une gratification de fin d'année, la circulaire du 2 septembre 1980 modifiant la prime de transport et imposant une pause casse-croûte.

1314 BOUBLI (B.), obs. sous Civ. 3e, 20 novembre 2002, pourvoi n° 00-14.423, *RDI*, 2003, p. 40.

coût supplémentaire[1315]. Une évolution sociale ou sociétale ne peut donc justifier l'existence d'une force majeure ou l'application de la théorie des sujétions imprévisibles.

Il est d'ailleurs possible de se demander si un progrès social relatif à une nouvelle cotisation chômage doit réellement être qualifié « *d'évènements imprévisibles* ». Il s'agit là d'une évolution législative dont l'entrepreneur aurait dû être informé avant les travaux, y compris si cette nouvelle loi avait été votée durant les travaux. Il en est de même en présence d'une grève ; il s'agit bien d'un évènement imprévisible car les salariés du secteur privé ne sont pas tenus de respecter un délai de préavis, ils peuvent déclencher le mouvement à tout moment et ainsi paralyser la bonne exécution de la mission par l'entrepreneur.

Les circonstances imprévisibles pour l'entrepreneur ne peuvent justifier la perte du caractère forfaitaire du marché et ne peuvent en conséquence contraindre le maître au paiement d'un prix supplémentaire. Cette règle est cependant contredite par l'article 8-4 et 11-4 de la norme Afnor NF P. 03-001 selon lesquels l'entrepreneur qualifié est en droit d'obtenir le paiement par le maître d'ouvrage de tous travaux supplémentaires à la fois urgents, nécessaires à la stabilité de l'ouvrage et découverts en cours d'exécution des travaux[1316]. L'article 9-1-2 de la même norme ajoutant que : « *les prix du marché […] rémunèrent l'entrepreneur de tous ses débours, charges et obligations normalement prévisibles.* ». Mais, la portée de la norme Afnor NF P. 03-001 est relative[1317] car ses dispositions ne peuvent prévaloir sur la loi ; elles ne peuvent donc écarter l'article 1793 du Code civil comme la Cour de cassation l'a jugé dans un arrêt rendu en 2006[1318].

Le caractère subsidiaire de la norme Afnor NF P. 03-001 se justifie par la nécessaire protection du maître en présence de travaux supplémentaires accomplis par l'entrepreneur C'est pourquoi il vaut tant pour les travaux nécessaires que pour ceux non nécessaires.

1315 *Ibid.* : « *Le marché à forfait est aléatoire : la charge du risque technique ou économique est supportée par l'entrepreneur. À la différence des marchés publics, les marchés privés ne sont susceptibles d'adaptation ni en raison de sujétions imprévues […] ni en raison de l'imprévision* … ».

1316 BOUBLI (B.), *Rép. civ.*, V° Contrat d'entreprise, n° 287 ; PÉRINET-MARQUET (H.), *Marchés privés de travaux : obligations du maître d'ouvrage*, Œuvre collective sous la direction de Philippe Malinvaud, Dalloz action, droit de la construction, 2018, n° 401.71.

1317 BOUBLI (B.), *Rép. civ.*, V° Contrat d'entreprise, n° 287 : « *La valeur de cette clause peut cependant se discuter* … ».

1318 Civ. 3e, 11 mai 2006, pourvoi n° 04-18.092, Bull. civ. III, n° 118 : « *Attendu que pour condamner la société Sofranor à payer à la société Dumez le prix de travaux supplémentaires, l'arrêt retient qu'aucune disposition légale ou réglementaire n'exclut l'application de la norme Afnor P 03 001 aux marchés de travaux à prix global et forfaitaire et qu'en application de cette norme, le maître de l'ouvrage n'ayant pas notifié à l'entrepreneur, dans le délai prévu, ses observations sur le décompte général définitif des travaux comprenant le montant de travaux supplémentaires, il est tenu au paiement de ces derniers ; Qu'en statuant ainsi, alors que les règles établies par la norme Afnor ne peuvent prévaloir sur les dispositions légales et que la société Sofranor contestait avoir commandé des travaux supplémentaires, sans relever l'existence d'une autorisation écrite donnée par cette dernière et d'un prix convenu avec elle, la cour d'appel a violé le texte susvisé.* »

242. Inefficacité des travaux supplémentaires. L'article 1793 est une parfaite application du principe de la force obligatoire du contrat[1319] et du respect de la parole donnée[1320]. En conséquence, l'entrepreneur ne peut demander, en principe, au maître le paiement du coût supplémentaire des travaux exécutés durant sa mission[1321]. Cela demeure parfaitement légitime car l'entrepreneur et le maître se sont contractuellement engagés sur la réalisation d'une construction et le paiement fixe de celle-ci. L'entrepreneur ne peut unilatéralement décider de modifier son engagement en modifiant le plan initial et tout particulièrement lorsque cette modification n'est pas nécessaire à la réalisation. Le maître d'ouvrage est « *protégé contre tout aléa monétaire, économique et technique, dans le cadre de ce marché qui constitue une véritable forme* « *d'assurance* ». »[1322]. Il en est cependant différemment en présence d'une clause envisageant la possibilité de travaux supplémentaires malgré l'existence d'un marché à forfait. Cela relève alors de la liberté contractuelle à condition que les deux parties aient communément accepté ladite clause. Cette solution est consacrée depuis longtemps en jurisprudence[1323] comme le rappelle le Doyen Carbonnier[1324] selon lequel « *la règle d'immutabilité inscrite à l'article 1793, doit être écartée lorsque, tout en stipulant le forfait, les parties ont réservé la possibilité de travaux supplémentaires moyennant un supplément de prix.* »[1325].

L'exemple classique et explicite de travaux supplémentaires non nécessaires est celui de l'escalier décoratif dans l'arrêt de la Cour de cassation en date du 5 mai 1975[1326]. En l'espèce, l'entrepreneur avait décidé seul de remplacer l'escalier traditionnel prévu au contrat par un « *escalier décoratif avec galerie supplémentaire* ». Cet escalier était différent du modèle promis. Une telle initiative ne peut justifier un supplément de prix et peut en outre suffire à engager la responsabilité contractuelle du constructeur si le maître affirme avoir subi un préjudice de cette inexécution.

D'une manière générale, l'entrepreneur signataire d'un marché à forfait supporte l'aléa en vertu duquel les coûts réels des travaux accomplis seraient supérieurs aux estimations présentées dans le forfait. Inversement, le maître d'ouvrage doit supporter l'aléa d'un prix réel des travaux inférieur au montant du forfait ; il ne pourrait dans cette hypothèse demander au constructeur une diminution du montant à payer malgré la substance protectrice de l'article 1793.

1319 COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux,* 11e éd., Dalloz, 2019, n° 755.

1320 HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux, op. cit.*.

1321 Civ. 3e, 21 juin 2000, pourvoi n° 98-12.844, inédit.

1322 MARGANNE (H.), « Le marché à forfait dans les contrats de droit privé », *JCP*, n° 26, 1988, p. 3344.

1323 Req. 16 janvier 1882, D. 1882. 1. 423 ; Civ. 8 juin 1915, D. 1920, 1. 102 ; Civ. 3 décembre 1941, D. 1942, p. 297 ; Civ. 1er, 10 mai 1960, D. 1960. 571.

1324 CARBONNIER (J.), « Du forfait atténué par des clauses envisageant la possibilité de travaux supplémentaires ou de révisions de prix. », *RTD civ.* T. 58, 1960, Sirey, p. 683.

1325 *Ibid.*

1326 Civ. 3e, 5 mai 1975, pourvoi n° 73-14.539, Bull. civ. III, n° 154.

L'entrepreneur ne peut pas demander le paiement des travaux portant sur le raccordement des eaux pluviales si le marché ne le prévoyait pas et en l'absence d'une ratification du maître[1327]. L'entrepreneur ne peut pas invoquer l'enrichissement sans cause du maître d'ouvrage car cet enrichissement, si toutefois il est possible de le qualifier ainsi, résulte de la bonne application de l'article 1793, il n'est donc pas sans cause. Baudry-Lacantinerie et Wahl[1328] avaient pourtant soutenu que cette théorie devait être applicable en faveur de l'entrepreneur afin de préserver l'équité contractuelle. La jurisprudence a ultérieurement refusé fort logiquement l'argument de l'enrichissement sans cause du maître[1329].

Ce dernier est effectivement protégé contre les demandes en paiement des travaux supplémentaires de l'entrepreneur mais cela ne caractérise pas un enrichissement sans cause[1330]. Il s'agit d'une inefficacité des travaux supplémentaires à l'égard du maître tant que ce dernier n'accepte pas de les payer conformément au formalisme imposé par l'article 1793. À l'inverse, la sanction des travaux supplémentaires ne peut pas être l'inopposabilité car cette sanction ne peut s'appliquer qu'en présence d'un acte juridique et non en présence d'un acte matériel. Malgré ce constat, le Professeur Boubli affirme que : « *En l'absence d'écrit, les nouveaux travaux sont inopposables au maître d'ouvrage qui n'est pas tenu de les payer.* »[1331]. Il ne s'agit pourtant pas d'une inopposabilité mais seulement d'une inefficacité de l'acte ou tout simplement d'une absence d'effet des travaux supplémentaires.

L'inefficacité sanctionne l'entrepreneur à supporter le coût des travaux à l'origine de son dépassement de mission. Il s'agit ainsi, en complément de protection directe du maître, d'une forme de sanction indirecte à l'encontre de l'entrepreneur négligeant ou éventuellement de mauvaise foi. Cette conception était privilégiée par les rédacteurs du Code civil au début du XIX^{e} siècle. Deux cent quinze ans plus tard, la doctrine ne traite pas avec la même sévérité l'entrepreneur en situation de dépassement de mission ; la substance protectrice de l'article 1793 en faveur du maître perdure. L'Avant-projet Capitant confirme cette logique tout en faisant preuve d'une précision appréciable.

243. Confirmation et précision de l'Avant-projet Capitant. L'Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux rédigé par l'Association Capitant traite des travaux supplémentaires du constructeur dans son chapitre IV « *Les règles propres aux contrats portant sur la réalisation d'un bien* » et dans sa section II « *Les règles propres aux contrats de construction d'un immeuble* ». Selon l'article 86 disposant que : « *Le constructeur qui s'est chargé de la réalisation d'un ouvrage ou d'une partie d'ouvrage d'après un plan arrêté et convenu avec le client et moyennant un prix forfaitaire, doit, nonobstant les termes des articles 1195 et 1221 du présent code, réaliser l'ouvrage ou la*

1327 Civ. 3^{e}, 6 décembre 1989, pourvoi n° 88-17.320, Bull. civ. III, n° 227.

1328 BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et WAHL (A.), *Traité théorique et pratique de droit civil*, *op. cit.*, n° 3009.

1329 Civ. 3^{e}, 23 avril 1974, pourvoi n° 73-10.643, Bull. civ. III, n° 162.

1330 RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 492. Civ. 1er, 1er février 1984, *Gaz. Pal.*, 1984, p. 133, obs. Ph. Jestaz.

1331 Civ. 3^{e}, 17 novembre 1999, pourvoi n° 98-11.998, inédit ; *RDI*, 2000, p. 52, obs. B. Boubli : « *En l'absence d'écrit, les nouveaux travaux sont inopposables au maître d'ouvrage qui n'est pas tenu de les payer.* »

partie d'ouvrage prévu au prix convenu, quels que soient les aléas ou difficultés rencontrées. S'il effectue des travaux supplémentaires non nécessaires à la réalisation de l'ouvrage ou de la partie d'ouvrage initialement convenu, il ne peut demander une augmentation du prix que si ces travaux ont été commandés par le client, acceptés par lui, ou si, voulus par lui, ils aboutissent, par leur ampleur, à un bouleversement de l'économie du contrat. »[1332].

Le traitement des travaux supplémentaires en début de section II pourrait être interprété comme le souhait de renforcer la protection du maître ou tout simplement de durcir la réglementation à l'encontre du prestataire en présence d'un dépassement de mission. Cet article doit désormais être analysé afin de comparer son contenu à celui de l'article 1793.

Il convient dans un premier temps de présenter les similitudes entre ces deux articles. Tout d'abord, l'esprit des dispositions est identique car il protège uniformément le maître d'ouvrage contre le paiement des travaux supplémentaires. L'inefficacité des travaux reste le principe protecteur et l'accord du maître à payer ces travaux constitue l'exception à ce principe. La pensée ayant gouverné les rédacteurs de l'article 1793 est en partie préservée par les rédacteurs de l'avant-projet Capitant. Au-delà de l'esprit, la lettre de ces deux articles est de même très proche. Ces deux articles font textuellement référence au forfait. Ils n'opèrent pas une description étendue de ce marché en rappelant la nécessité d'un prix global et définitif mais mentionnent spécifiquement et clairement la notion de forfait. Ces deux articles rappellent de surcroît que le plan doit être « *arrêté et convenu* » avec le bénéficiaire de la prestation.

Dans un second temps, il convient de présenter les différences entre ces deux articles tout en notant que celles-ci sont indéniablement plus nombreuses que les similitudes[1333]. La première différence notable apparaît dans la description et l'identification des parties au contrat de construction. L'article 1793 du Code civil désigne le prestataire comme étant un « *architecte ou un entrepreneur* » alors que l'article 86 de l'avant-projet Capitant renforce la précision du statut et mentionne « *le constructeur* ». La désignation du bénéficiaire de la prestation a elle aussi évolué. L'article 1793 désignait le « *propriétaire du sol* » et l'article 86 désigne désormais « *le client* ». Sur ce point, la désignation n'est pas plus précise mais au contraire plus générale[1334]. En effet, un client n'est pas nécessairement propriétaire du sol.

1332 FAURE-ABBAD (M.), « L'impact de la réforme des contrats spéciaux sur le contrat d'entreprise », *RDI*, 2017, p. 570, n° 35 : « *La rédaction de l'article 86 de l'avant-projet ne mentionne pas son impérativité ; il est donc supplétif d'après l'exposé des motifs. Nous ajouterons qu'il est absolument nécessaire qu'il en soit ainsi, sauf à condamner le jeu de la norme Afnor P03-001, récemment révisée.* »

1333 Le commentaire de cet article présenté par les rédacteurs dans la seconde version de l'Avant-projet soutient pourtant que « *ce texte reprend la formulation de l'article 1793* … ». Ce n'est pourtant pas tout à fait exact notamment au regard du « toilettage » de certains termes comme « le constructeur » ou encore par le seul constat de la disparition de la référence au propriétaire du sol.

1334 FAURE-ABBAD (M.), « L'impact de la réforme des contrats spéciaux sur le contrat d'entreprise », *RDI*, 2017, p. 570, n° 34 : « *À rebours de l'article 1793, l'avant-projet fait le choix d'un régime de droit commun du forfait portant sur la « réalisation d'un ouvrage ou d'une partie d'ouvrage » passé avec le « client ». L'extension, déjà visible au regard de l'objet du contrat (la réalisation d'une partie d'ouvrage), l'est aussi s'agissant des parties au contrat puisque l'article 1793 suppose un marché* …/…

D'autres différences relatives à l'objet de la prestation peuvent être notées. À la différence de l'article 1793, l'article 86 ne mentionne jamais la notion de « *bâtiment* » mais uniquement « *l'ouvrage* » comme seul objet de la mission du constructeur[1335]. La désignation d'un ouvrage paraît moins adéquate que la désignation d'un bâtiment car la notion d'» *ouvrage* » est plus large que la notion de « *bâtiment* ». L'objet de la prestation est en outre plus précis dans l'avant-projet Capitant qui envisage « *la réalisation d'un ouvrage ou d'une partie d'un ouvrage* ».

Une autre différence relative à la structure apparaît entre ces deux articles. L'article 1793 se présente comme un texte unitaire et contient une règle générale sans distinguer l'hypothèse des travaux supplémentaires nécessaires et non nécessaires. L'article 86 de l'avant-projet Capitant fait sur ce point preuve d'une grande précision dans la forme et dans le fond. Cet article est composé de deux alinéas permettant d'envisager dans un premier temps les travaux supplémentaires nécessaires à la réalisation de l'ouvrage et dans un second temps les travaux supplémentaires non nécessaires. Cette distinction est importante pour plusieurs raisons. Tout d'abord, l'article présente explicitement le risque des « *aléas ou des difficultés rencontrées* » par le constructeur afin de rappeler qu'il doit en supporter la charge et réaliser l'ouvrage conformément à son engagement contractuel. L'article 1793 ne présenterait pas cette règle avec la même clarté. De surcroît, le renforcement de la distinction entre ces deux types de travaux supplémentaires permet d'insister ultérieurement sur les moyens de neutralisation du dépassement offerts au maître d'ouvrage mais également au constructeur[1336]. Sur ce point, l'article 86 consacre enfin dans sa rédaction la théorie jurisprudentielle du bouleversement de l'économie du contrat autorisant le constructeur à demander au maître le paiement des travaux supplémentaires non nécessaires[1337].

L'article 86 fait preuve, sur de nombreux point d'une grande précision comparativement à l'article 1793. Un domaine semble tout de même avoir été oublié des rédacteurs : le processus de qualification et de description des travaux supplémentaires. En effet, les rédacteurs envisagent la survenance de travaux supplémentaires nécessaires et non nécessaires mais le texte ne contient pourtant aucune formulation adaptée permettant de qualifier ces travaux. Concrètement, les rédacteurs ne font jamais référence à la notion descriptive et pourtant pleinement adaptée du « *dépassement* ».

S'agit-il d'un oubli ou d'un souhait réel de ne pas associer la notion de « *dépassement* » aux travaux supplémentaires du constructeur ? Dans tous les cas, cette absence de référence est critiquable car les travaux supplémentaires de l'entrepreneur et du constructeur permettent

conclu avec le propriétaire du sol. La mention du « client » interroge ici encore : veut-on étendre ce droit du forfait à tous les marchés forfaitaires, y compris de sous-traitance, ou s'agit-il seulement d'en faire profiter tous les maîtres de l'ouvrage, qu'ils soient ou non propriétaires du sol ? Ce serait déjà un élargissement par rapport à la solution actuelle qui exclut de l'article 1793 les maîtres d'ouvrage qui ne sont pas propriétaires du sol (vendeur d'immeuble à construire ou à rénover, preneur à bail à construction). »

1335 La section dans laquelle se situe l'article 86 est pourtant intitulée : « Les règles propres aux contrats de construction d'un immeuble ». Il n'est donc pas fait référence ici à « l'ouvrage ».

1336 Voir *infra* n° 247 et s.

1337 Voir *infra* n° 277 et s.

indéniablement de qualifier l'existence d'un dépassement de mission notamment au regard de la notion de « *sur-exécution* » proposée et définie dans la première partie de cette étude. L'article 86 fait, sur ce point, preuve de la même imprécision que l'article 1793. Il faut tout de même mentionner que la non référence au dépassement par l'article 1793 était parfaitement compréhensible en 1804 à une époque où cette notion était en partie inconnue mais surtout absente de la sphère jurisprudentielle et doctrinale.

La situation est différente en 2019 ; bien que le dépassement ne soit pas une notion aussi étudiée que l'inexécution, il faut tout de même lui reconnaitre une résonance indéniablement plus forte qu'en 1804. Cette absence de référence est donc bien difficile à comprendre ; les rédacteurs ne profitent pas de l'opportunité qui leur est offerte d'insérer enfin la notion de « *dépassement de mission* » dans le Code civil afin de qualifier une inexécution de sa mission par le prestataire de service. D'une manière générale, les textes de doctrine modernes relatifs à l'article 1793 ne font jamais référence textuellement à la notion de dépassement. En réalité, une seule référence a été trouvée dans les lignes du Professeur Bénabent traitant du forfait et des travaux supplémentaires de l'entrepreneur. L'auteur ne mentionne pas *stricto sensu* la notion de « *dépassement* » mais uniquement le verbe « *dépasser* » au participe passé[1338]. L'espoir porte désormais sur d'ultérieurs avant-projets de codification. À plus forte raison, il serait réellement regrettable après deux siècles de pratique civiliste de ne toujours pas être en mesure de codifier la notion essentielle dans ce domaine de « *dépassement de mission* ».

244. Retour à la preuve de droit commun pour les travaux étrangers au marché. Le régime applicable en dehors du domaine d'application de l'article 1793 sera celui du droit commun de la preuve[1339] : le maître d'ouvrage demeure toujours protégé contre le paiement de ces travaux supplémentaires sauf si l'entrepreneur apporte la preuve qu'il a manifesté son accord. La preuve est libre pour les parties car elle est dénuée du formalisme rigoureux de l'article 1793, l'entrepreneur « *peut rapporter cette preuve de la manière habituelle.* »[1340]. La protection du maître contre les travaux supplémentaires et par conséquent contre le dépassement de mission de l'entrepreneur se maintient y compris en dehors du domaine d'application de l'article 1793.

Parfois la jurisprudence se réfère même indirectement à la substance de l'article 1793 en imposant que soit apportée la preuve d'une acceptation expresse du maître d'ouvrage malgré l'absence de forfait[1341]. Il en est ainsi dans l'arrêt de la Cour de cassation du 27 septembre

---

1338 BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, *op. cit.* : « *Elle [la preuve de l'accord du client pour les travaux supplémentaires] pourra en particulier être déduite du fait que le client a payé en connaissance de cause les travaux supplémentaires ou des acomptes dépassant le forfait.* »

1339 LABARTHE (F.) NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, *op. cit.*, n° 386, p. 217 : « *hors du domaine de l'article 1793, et sans autre précision que la conclusion d'un contrat d'entreprise, c'est bien le droit commun qui retrouve son empire.* » HUC (T.), *Commentaire théorique et pratique du Code civil, t.* 12, Paris, Pichon, 1892, n° 91, p. 118.

1340 BÉNABENT (A.), BAZIN (D.), *Jcl. Civ.*, Art. 1788 à 1794, n° 19.

1341 Civ. 3e, 8 avril 2008, pourvoi n° 07-11.759, inédit.

2000[1342]. En l'espèce, le marché portait sur la rénovation de la peinture et des revêtements muraux d'un hôtel. L'entrepreneur assigne le maître d'ouvrage en paiement des travaux supplémentaires. La Cour ne cite pas textuellement l'article 1793, cela demeure pleinement compréhensible car le marché ne contient aucun forfait. Il faut cependant souligner que la Cour de cassation ne demande pas la preuve que le maître a commandé ces travaux supplémentaires mais spécifiquement la preuve qu'il les a acceptés. La Cour fait ainsi une référence indirecte au contenu de l'article 1793.

Dans un autre arrêt de 2011, la Cour impose, malgré l'absence de marché à forfait, la preuve que « *le maître de l'ouvrage avait expressément commandé les travaux supplémentaires avant leur réalisation, ou les avaient acceptés sans équivoque après leur exécution* »[1343]. L'article 1793 n'est pas mentionné dans cet arrêt mais force est de constater une référence évidente à son contenu. Il est ainsi possible de signaler la généralisation des conditions relatives à l'acceptation par le maître des travaux supplémentaires en présence de marchés non forfaitaires. Le formalisme imposé par l'article 1793 s'applique bien selon la jurisprudence au-delà de son domaine contractuel. Un tel élargissement ne peut être que profitable à la protection du maître d'ouvrage en présence de marchés privés non forfaitaires. Le marché à forfait, reposant par nature sur un prix global, est le plus courant dans la pratique contractuelle.

245. La sévérité à l'encontre des travaux supplémentaires de l'entrepreneur. L'extrême précision du montant des travaux imposé par le marché à forfait permet de protéger le maître contre le risque d'un entrepreneur malhonnête ; cette crainte était explicitement formulée en 1804 et fait régulièrement l'objet d'un rappel par la doctrine moderne[1344].

L'article 1793 est l'un des rares articles du Code civil à exprimer de manière non dissimulée une méfiance directe à l'encontre d'un prestataire de service. Le contexte sociétal le justifiait au début du XIX[e] siècle comme le confirment de nombreux auteurs[1345]. Les Professeurs Baudry-Lacantinerie et Wahl décrivent ainsi une « *supercherie* »[1346], le Professeur Troplong dénonce d'une manière en partie théâtrale « *les promesses trompeuses de l'architecte sur le*

1342 Civ. 3[e], 27 septembre 2000, pourvoi n° 98-19.680, inédit.

1343 Civ. 3[e], 11 janvier 2011, pourvoi n° 10-12.265, inédit.

1344 LECLERC (F.), *Droit des contrats spéciaux*, 2[e] éd., LGDJ, Lextenso, 2012, n° 802, p. 448 : « *Le but de cette technique est de protéger le maître de l'ouvrage en le mettant à l'abri de l'habileté voire de la malhonnêteté de l'entrepreneur, qui serait tenté de* « *gonfler* » *sous différents prétextes le prix initialement convenu*. »

1345 HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 32455 : « *Les rédacteurs du code sont partis du principe que les modifications ou adjonctions provenaient le plus souvent de l'entrepreneur.* » TROPLONG (R-M.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, de l'échange et du louage,* t. 2, Charles Hingray, 1852, n° 1016, p. 426 : « *Cet article a été dicté par une pensée de sévérité contre les entrepreneurs*. » DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le code civil*, 4[e] éd., t. 17, éd. Thorel, 1844, n° 256, p. 268 : « *L'expérience ayant démontré que les propriétaires qui donnent un édifice à construire étaient souvent entraînés, par l'avidité des entrepreneurs, dans de bien plus grandes dépenses que celles qu'il se proposaient de faire d'abord, la loi les a protégés contre de tels abus.* » BAUDRY-LACANTINERIE (G.), WAHL (A.), *Traité théorique et pratique de droit civil, Du contrat de louage*, t. 2, éd. Larose, 1898, n° 1949, p. 427 : « *Cette dernière disposition a eu pour but de protéger les propriétaires qui traitent à forfait pour la construction d'un édifice contre une supercherie dont ils étaient fréquemment victimes*. »

1346 BAUDRY-LACANTINERIE (G.), WAHL (A.), *Traité théorique et pratique de droit civil, Du contrat de louage*, *op. cit.*

peu d'élévation de la dépense » ainsi que « *le péril […] ce jeu ruineux que le législateur a voulu prévenir par une disposition réclamée depuis longtemps par tous ceux qui connaissent le cœur humain* »[1347]. La survenance de travaux supplémentaires révélait ainsi « *une surprise qui était très commune* » selon Tronchet[1348]. Pourtant la description de l'entrepreneur présentée par cet article n'a pas réellement évolué en deux siècles. De nombreux auteurs modernes dénoncent toujours « *l'habileté* »[1349] des entrepreneurs en situation de travaux supplémentaires[1350] ; or tous les travaux supplémentaires ne sont pas nécessairement le révélateur d'une mauvaise foi du prestataire. Sur ce point, les Professeurs Malaurie, Aynès et Gautier font preuve d'une grande nuance dans leur explication de l'article 1793[1351] : « *La rigidité de la preuve a pour objet de décourager la propension qu'ont certains entrepreneurs à construire plus que ce qu'on leur a demandé …* »[1352].

Ce constat est aussi interrogatif dans l'optique d'un parallèle avec le contrat de mandat. Les auteurs ne décrivent pas irrémédiablement l'acte de dépassement de pouvoir comme un acte de mauvaise foi habile et malhonnête. Si l'acte de dépassement de l'entrepreneur peut être décrit comme un acte globalement critiquable, l'acte de dépassement du mandataire serait davantage décrit comme un acte spécifiquement déloyal. Ces deux dépassements sont pourtant assez similaires ; ils expriment mutuellement une sur-exécution de la mission originelle et par conséquent une atteinte à la confiance du bénéficiaire de la prestation. Pourquoi en ce sens faudrait-il les différencier au point de faire germer une classification dans la gravité des dépassements ? Le mandataire peut de même être gouverné par la malhonnêteté et peut être tenté d'agir au-delà de sa mission afin de percevoir une rémunération supérieure. Il n'y aurait alors pas réellement de différence entre le dépassement du mandataire et les travaux supplémentaires de l'entrepreneur. Le regard porté sur ces deux formes de dépassements de mission semble ainsi identique.

Il n'est pas souhaitable d'exprimer des critiques plus sévères à l'encontre des travaux supplémentaires par la seule prise en compte de la matérialité de l'acte. Ce dépassement de l'entrepreneur n'est donc pas un manquement plus fautif que celui du mandataire. Le critère

---

1347 TROPLONG (R-M.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, de l'échange et du louage*, *op. cit.*, n° 1022, p. 430.

1348 FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, éd. Videcoq, 1836, p. 356.

1349 LECLERC (F.), *Droit des contrats spéciaux, op. cit.* BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 598.

1350 HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 32455 : « *De nos jours, il n'est pas rare que le professionnel ait volontairement sous-estimé la tâche à accomplir afin de remporter le marché, se réservant de faire monter le prix par la suite.* » GAUTIER (P.-Y.), obs. sous civ. 3e, 3 juillet 1991, *RTD civ.*, 1992, p. 410, n° 4 : « *Le but de l'article 1793 est clair : briser, fût-ce par une réaffirmation de la force intangible du contrat, grâce à la nécessité du consentement préalable et écrit du maître (ad validitatem) toute velléité de prouver à bon compte* « *qu'il était d'accord* » *pour le nouveau coup de pioche, présenté comme fondamental* ».

1351 Naturellement, ce texte ne contient pas directement une présomption de mauvaise foi à l'égard de l'entrepreneur mais crée néanmoins une certaine méfiance à son encontre. Force est cependant d'admettre que l'article 1793 peut être interprété autrement. Dans la mesure où ce texte requiert une autorisation particulièrement nette du maître d'ouvrage pour considérer qu'il a accepté les modifications de l'entrepreneur en présence d'un marché à forfait, il est aussi possible d'y voir une certaine rigueur à l'encontre du créancier.

1352 MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 768, p. 481.

économique ne peut suffire à justifier une éventuelle « *différence de traitement* ». Dans cette logique, la matérialité du dépassement de l'entrepreneur ne rend pas son manquement plus concret.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Le contrat de mandat et le contrat d'entreprise sont deux contrats de prestations de service mais l'entreprise porte impérativement sur l'accomplissement d'actes matériels ou intellectuels alors que le mandat porte nécessairement sur l'accomplissement d'actes juridiques et incidemment sur l'accomplissement d'actes matériels inhérents à la mission du mandataire.

Cette distinction entre le mandat et l'entreprise semble avoir une incidence sur la réglementation des sanctions du dépassement de mission propre à chaque contrat. Il semble en effet légitime d'envisager des sanctions différentes pour des missions en principe différentes. La réglementation actuelle apporte la preuve que ces deux types de dépassement de mission ne font pas l'objet d'un traitement identique. Le dépassement de pouvoir du mandataire ne peut être opposable par principe au mandant ; la sanction retenue est donc celle de l'inopposabilité. Le dépassement de mission de l'entrepreneur matérialisé par des travaux supplémentaires ne peut en principe faire l'objet d'un paiement du maître d'ouvrage. Il ne s'agit donc pas d'une inopposabilité mais d'une absence d'effet ou encore d'une forme d'inefficacité des travaux supplémentaires. La sanction du dépassement de mission du mandataire diffère donc de celle du dépassement de l'entrepreneur. Les sanctions sont donc spécifiques à chaque contrat selon sa nature. Dans les deux cas, il faut tout de même concéder une absence d'effet du dépassement à l'égard du créancier, mandant ou maître d'ouvrage.

Dans une décision de 2008, la Cour d'appel de Basse Terre a pourtant mentionné l'inopposabilité de l'acte en présence de travaux supplémentaires[1353]. Il s'agit indéniablement d'une mauvaise utilisation du terme par la Cour qu'il convient de critiquer. En effet, la sanction de l'inopposabilité ne peut s'appliquer en présence d'actes matériels propres au contrat d'entreprise. Il faut en ce sens souligner que la sanction de l'inopposabilité est bien mentionnée pour le mandat à l'article 1156 du Code civil mais elle demeure légitimement absente des textes règlementant les travaux supplémentaires de l'entrepreneur[1354].

1353 Sur ce point, CA Basse Terre, 31 juillet 2008, n°07/00033. : « *l'appelant soutient qu'il ne pourrait être redevable que de la somme de 1871,84 euros correspondant à la facture définitive qui lui a été adressée par l'entreprise de location le 13 novembre 2004, n'ayant pas donné son accord pour procéder aux réparations supplémentaires qui lui sont inopposables.* »

1354 L'article 1793 n'en fait aucune référence textuelle, il en est de même pour la notion de « *dépassement* ». L'argument historico-dialectique est parfaitement concevable mais cet article aurait pourtant pu faire l'objet d'une clarification en deux siècles. Plus surprenant encore, le très récent avant-projet Capitant ne propose pas de combler cette lacune. Le parallèle entre l'article 1156 et 1793 semble évident. En ce sens, le refus perpétuel d'utiliser la notion de « *dépassement* » s'explique difficilement. Il est seulement possible de déplorer la continuité d'un non-usage de cette notion par le législateur et la doctrine depuis 1804 avec l'article 1793, puis 2015 avec l'article 1156 et récemment avec l'article 86 de l'avant-projet Capitant. En outre, la référence à l'inopposabilité dans l'hypothèse d'un dépassement de mission de l'entrepreneur ne doit désormais plus être occultée. Il convient alors de prendre pour référence l'article 1156 du Code civil afin de généraliser la référence à la sanction de l'inopposabilité. Cet article devrait également être modifié afin d'y insérer la notion tant attendue de « *dépassement* » et apparaître ainsi comme le point de départ d'un nouvel usage de cette notion. Un tel catalyseur serait propice à l'usage de la notion de dépassement en présence d'un dépassement de pouvoir mais aussi en présence de travaux supplémentaires.

La protection du bénéficiaire de la prestation et la préservation du principe essentiel de la force obligatoire des conventions restent une constante en présence d'un contrat de mandat et d'un contrat d'entreprise. La difficulté à distinguer parfois le mandat et l'entreprise semble donc avoir une certaine influence sur la distinction des sanctions en présence d'un dépassement du mandataire et d'un dépassement de l'entrepreneur. Ces dernières sont bien spécifiques à chaque contrat. La recherche des sanctions propres à la spécificité de chaque contrat en présence d'un dépassement de mission du prestataire conduit finalement au constat d'une distinction des réglementations à la seule exception de la responsabilité contractuelle du prestataire commune aux deux contrats.

CHAPITRE II.

TOLERANCE EXCEPTIONNELLE DU DEPASSEMENT DE MISSION DU PRESTATAIRE

> « *Il faut parvenir à un équilibre ; le contrat ne doit pas être un facile prétexte pour imposer sans discernement ce qu'ont primitivement décidé les parties, mais il ne doit pas être non plus un accord dépourvu de la force obligatoire qui en est l'essence.* »[1355]
>
> Wilfried Jeandidier

246. La neutralisation du dépassement de mission. Tout dépassement de mission du mandataire ou de l'entrepreneur doit, en principe, être sanctionné dans la mesure où il porte atteinte à la force obligatoire du contrat en bouleversant les prévisions du bénéficiaire de la prestation. La sanction du dépassement doit rester une règle de principe car il révèle par nature l'existence d'un manquement contractuel par une inexécution prenant la forme d'une « *sur-exécution* ».

Mais cette inexécution par « *sur-exécution* » peut, en raison de sa nature particulière, dans quelques hypothèses, être neutralisée que le dépassement de mission, soit l'œuvre d'un mandataire ou celle d'un entrepreneur.

Cette tolérance exceptionnelle du dépassement de mission est le plus souvent le fruit de la volonté de l'une des parties. En effet, certains dépassement de mission ne portent pas forcément atteintes aux intérêts du bénéficiaire de la prestation, mais peuvent, au contraire, lui être profitables, bien qu'il s'agisse d'une initiative unilatérale du prestataire. Le prestataire peut alors, si les conditions en sont remplies, invoquer la gestion d'affaires. Quant au mandant et au maître de l'ouvrage, ils peuvent décider de ratifier l'acte fait en dépassement de mission. Ces deux mécanismes tempèrent ainsi le principe de la force obligatoire du contrat initialement conclu en maintenant un équilibre dans les rapports des parties au contrat de mandat ou d'entreprise[1356].

1355 JEANDIDIER (W.), « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD. civ.* 1976, p. 723.

1356 THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD. civ.*, 1997, p. 357, n° 33 : « *développés à l'extrême dans leur lecture traditionnelle, les principes de liberté contractuelle et de force obligatoire aboutissent à la négation des nouveaux principes induits du droit positif, commun et spécial, des contrats, et déduits de valeurs supérieures qui le fondent. L'évolution contemporaine a démontré en effet comment une liberté contractuelle totale conduit inévitablement à l'inégalité contractuelle ou encore comment le principe de force obligatoire entendu dans un sens absolu peut conférer à la loi contractuelle une rigidité qui la rende indifférente à ses déséquilibres. Ces tensions entre la liberté et l'égalité, entre la sécurité et la justice doivent-elles nécessairement s'analyser en termes conflictuels où les unes devraient l'emporter sur les autres ou peut-on tenter plutôt de les combiner, en faisant le pari d'une possible et indispensable conciliation ?* ».

La neutralisation du dépassement de mission du fait de la volonté des parties **(section I)** n'est cependant pas la seule cause d'efficacité d'un dépassement. S'y ajoute une cause propre au dépassement de mission du seul entrepreneur, celle du bouleversement de l'économie du contrat d'entreprise **(section II)**. Cette théorie élaborée par la jurisprudence dans les années 1970 constitue bien un mécanisme de neutralisation de la « sur-exécution » indépendant de la volonté des parties.

SECTION I.
DU FAIT DE LA VOLONTE DES PARTIES

247. Une faculté de neutralisation du dépassement offerte au bénéficiaire de la prestation et au prestataire. A priori, le bénéficiaire de la prestation devrait être la seule partie susceptible de tolérer le dépassement de mission. Au contraire, son auteur ne devrait en théorie avoir aucun moyen de le rendre efficace. La sanction du dépassement devrait donc toujours s'imposer au prestataire car il ne s'agit pas d'une exécution contractuelle normale mais au contraire d'une inexécution par sur-exécution.

En réalité, le prestataire peut pourtant justifier le dépassement de mission en invoquant l'existence d'une gestion d'affaires utile **(I)**. Le dépassement contractuel est alors toléré dans la mesure où il préserve les intérêts du bénéficiaire. Le caractère fautif du dépassement disparaît car il repose sur un acte accompli en faveur du bénéficiaire.

Naturellement, le bénéficiaire de la prestation peut aussi accepter les effets de l'acte conclu en dépassement de la mission, s'il estime que ces effets lui sont bénéfiques. Il y a alors ratification du dépassement par le co-contractant du prestataire **(II)**.

I GESTION D'AFFAIRES UTILE DU PRESTATAIRE

248. La gestion d'affaires comme juste motif de dépassement. Tout dépassement de mission n'est pas fautif car le prestataire de bonne foi peut, dans certaines circonstances, être guidé par l'altruisme[1357] à l'égard du mandant ou du maître d'ouvrage. La gestion d'affaires[1358]

1357 Il est aussi possible d'y voir une forme de dévouement bien que cette notion ne corresponde pas réellement à l'altruisme au regard de la définition formulée par le Professeur Riou. Sur ce point : RIOU (M.), « L'acte de dévouement », *RTD civ.*, 1957, p. 223. L'acte de dévouement est défini comme : « *l'acte d'un individu qui, en l'absence de toute obligation juridique, accepte délibérément de sacrifier spontanément sa vie en portant secours à autrui*. » Le seul point commun entre l'altruisme et le dévouement serait alors l'aide spontanée en faveur d'autrui.

1358 GORÉ (F.), « Le fondement de la gestion d'affaires source autonome et générale d'obligations », *D.*, 1953, chron. VII, p. 39.

illustre parfaitement cette altruisme[1359]. Il s'agit d'un quasi-contrat[1360] défini à l'article 1300 alinéa 1er du Code civil comme un fait » … *purement volontaire[s] dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui.* ». Le gérant s'immisce dans les affaires du maître en dehors de tout pouvoir afin d'agir dans son intérêt mais à son insu. L'exemple classique est celui du résident décidant unilatéralement de faire réparer la toiture de son voisin absent après un orage. La gestion d'affaires peut ainsi se manifester dans le prolongement d'un mandat par le pseudo-mandataire ou encore dans celui du contrat d'entreprise, par le pseudo-entrepreneur. Cette manifestation de bienveillance en principe désintéressée du prestataire le conduit ainsi à outrepasser délibérément les limites de sa mission afin de préserver les intérêts de celui pour qui il agit. Une telle manifestation de volonté est fort louable et justifie un engagement, en qualité de maître de l'affaire, du bénéficiaire de la prestation **(A)**. Pourtant cet engagement inhérent à la gestion d'affaires peut t faire l'objet de critiques, particulièrement au regard de la situation du mandant **(B)**.

A. L'ENGAGEMENT EN QUALITE DE MAITRE DE L'AFFAIRE DU BENEFICIAIRE DE LA PRESTATION

249. Les éléments caractéristiques de la gestion d'affaires. La gestion d'affaires se caractérise par l'immixtion d'une personne dans les affaires d'autrui. Le gérant accomplit un acte dans l'intérêt du maître de l'affaire en l'absence de rapport juridique les unissant[1361]. Cela signifie que le gérant agit d'une manière libre et spontanée en faveur du maître[1362]. Il fait ainsi preuve d'altruisme en accomplissant unilatéralement et volontairement[1363] un acte utile sans y être

1359 La convention d'assistance est une autre manifestation d'altruisme. Mais contrairement à la gestion d'affaires, il s'agit d'un contrat. Voir notamment : SÉRIAUX (A.), « L'œuvre prétorienne in vivo : l'exemple de la convention d'assistance », *in Mélanges Cabrillac*, 1999, Litec, p. 299. RÉMY (Ph.), « Des autres sources d'obligations », *in Pour une réforme du régime général des obligations*, 2013, Dalloz, p. 31. BOUT (V.), « La convention dite d'assistance », *in Mélanges Kayser*, t. 1, PUAM, 1971, p. 157.

1360 TERRIER (E.), « Les quasi-contrats dans la réforme du droit des contrats : "l'avenir d'une illusion" », *La réforme du droit des contrats* : actes de colloque, 1ère Journée Cambacérès, 3 juillet 2015, Montpellier, Université de Montpellier, 2015, p. 139. V. aussi avant la réforme, RÉMY (Ph.), « Des autres sources d'obligations »*, art. cit.*, p. 47. RÉMY (Ph.), « Plans d'exposition et catégorie du droit des obligations. Comparaison du projet Catala et des projets européens », *in Pour une réforme du droit des contrats*, sous la direction de François Terré, Dalloz, 2009, n° 24, p. 95.

1361 MARUITTE (M.), *La notion juridique de gestion d'affaires*, thèse, Caen, 1930, n° 25 à 113.

1362 Par exemple : Civ. 1er, 26 janvier 1988, pourvoi n° 86-10.742 et 86-12.447, Bull. civ. I, n° 25 ; *D.*, 1989, p. 405, note Martin ; *JCP,* 1989. II. 21217, obs. Y. Dagorne-Labbé ; *RTD civ.*, 1988, p. 539, obs. J. Mestre. En l'espèce, le client d'un magasin poursuit un individu ayant dérobé la recette.

1363 CA Paris, 15 mai 2018, n° 16/25199 : « *Considérant qu'une condition de la gestion d'affaires est que [le] gérant allégué ait agi, non par erreur, mais volontairement pour le compte d'un tiers.* »

pour autant contraint[1364]. Il doit par conséquent gérer sciemment les affaires d'autrui[1365]. L'acte de gestion du prestataire ne doit pas résulter d'un engagement contractuel[1366] mais il doit toujours être utile au maître[1367] sans que ce dernier n'ait manifesté son accord[1368].

L'altruisme est un élément en partie caractéristique de la gestion d'affaires[1369] ; de nombreux auteurs mentionnent en ce sens l'utilité sociale[1370] comme fondement de cette gestion[1371]. La condition de l'altruisme pur doit cependant être relativisée. En effet, le gérant peut aussi avoir un intérêt à agir ; il en est ainsi en présence d'une gestion d'affaires entre époux[1372]. Le Professeur Le Tourneau décrit cette situation comme un cas d'altruisme tempéré[1373]. Le fait pour le gérant d'avoir aussi un intérêt à agir n'exclut pas l'application des règles de la gestion d'affaires. La réforme du droit des obligations a consacré ce principe, antérieurement admis par la Cour de cassation par un arrêt du 12 janvier 2012[1374], à l'article

---

1364 Pour un entrepreneur : Civ. 3e, 18 mars 1992, pourvoi n° 89-21.023, inédit : « *Attendu que M. Y… fait grief à l'arrêt d'infirmer le jugement en ce qu'il condamnait le syndicat des copropriétaires à payer des travaux supplémentaires exécutés par l'entrepreneur, alors, selon le moyen, que, dans ses conclusions d'appel, M. Y… demandait à la cour d'appel de confirmer le jugement qui avait estimé utiles les travaux supplémentaires exécutés ; qu'en infirmant cette décision, au seul motif que les travaux n'auraient pas été commandés, sans rechercher si l'opportunité de l'intervention de l'entrepreneur était telle que son initiative était justifiée et que l'affaire avait été utilement gérée, l'arrêt attaqué n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1372 du Code civil.* »

1365 FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations. 2 Responsabilité civile et quasi-contrats*, 4e éd., Thémis, PUF, 2019, n° 520, p. 564.

1366 Civ. 3e, 10 mars 1993, pourvoi n° 91-18.547, inédit : « *les personnes contractuellement tenues d'accomplir un acte ne peuvent s'en prévaloir comme étant un acte de gestion d'affaires* ».

1367 CA Lyon, 21 mars 1929, S. 1929. 2. 101. CASTON (A.), AJACCIO (F.-X.), TENDEIRO (M.), PORTE (R.), *Traité de la responsabilité des constructeurs*, Le moniteur, 8e éd., 2018, p. 74

1368 Civ. 8 juin 1915, *Gaz. Pal.*, 1915. 2. 299. Soc. 8 mars 1946, S. 1948. 1. 135.

1369 CA Paris, 2e ch. A, 6 mars 1989, *D.*, 1989, inf. rap. p. 113 ; *RTD civ.*, 1989, p. 540, obs. J. Mestre. MARTIN, « L'insensibilité des auteurs du code civil à l'altruisme », *RHD* 1982, p. 589, spéc. p. 597.

1370 CARREZ (L.), *La gestion d'affaires en droit civil français,* thèse, Lille, 1911, p. 8. DEMOGUE (R.)*, Traité des obligations en général*, t. III, 1923, n° 15. BEUDANT (Ch.) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.)*, Cours de droit civil français,* t. 9 bis par R. Rodière, 2e éd. 1952, n° 1712. LE TOURNEAU (Ph.), *Rép. civ.*, V° Gestion d'affaires, n° 8 : « *la gestion d'affaires, regardée sous l'angle de la solidarité sociale, mérite la bienveillance : l'intervention du gérant est généralement entreprise dans le pur dessein de rendre service à autrui, par altruisme, souvent par charité, parfois par héroïsme …* ». TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *Droit civil, Les obligations*, 12e éd., Dalloz, 2018, n° 1276, p. 1342.

1371 MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit des obligations*, 10e éd., LGDJ, 2018, n° 1021, p. 599.

1372 C. civ., art. 219, al. 2, résultant de la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965.

1373 LE TOURNEAU (Ph.), *Rép. civ.*, V° Gestion d'affaires, n° 16.

1374 Civ. 1er, 12 janvier 2012, pourvoi n° 10-24.512, Bull. civ. I, n° 4 ; *D.*, 2012, p. 1592, note Gouëzel ; *JCP,* 2012, n° 13, 362, note P. Casson ; *RJDA,* 2012, n° 376 ; *RTD. civ.*, 2012, p. 114, obs. B. Fages ; *RTD. civ.*, 2012, p. 513, obs. J. Hauser.

Auparavant la Cour de cassation exigeait pour reconnaître l'existence d'une gestion d'affaires que le gérant ne poursuive aucun intérêt personnel : voir notamment Civ. 1er, 18 avril 2000, pourvoi n° 97-20.879, Bull. civ. I, n° 113 ; *D.*, 2000, p. 177. En l'espèce, une SCI avait signé un marché de travaux avec un entrepreneur rapidement mis en redressement judiciaire. Un autre entrepreneur a ensuite achevé les travaux du premier sans pour autant reprendre le marché conclu à l'origine avec la SCI. Cette dernière refusa de lui régler le montant

…/…

1301-4 alinéa 1er du Code civil selon lequel : « *L'intérêt personnel du gérant à se charger de l'affaire d'autrui n'exclut pas l'application des règles de la gestion d'affaires.* ». Elle envisage ainsi une gestion d'affaires reposant sur des intérêts partagés entre le gérant et le maître[1375]. Ce texte formule ainsi la règle selon laquelle le gérant de l'affaire doit forcément agir dans l'intérêt du maître de l'affaire[1376], mais pas nécessairement dans son intérêt exclusif. Le mandataire ou l'entrepreneur qui désire invoquer la gestion d'affaires pour justifier son dépassement devra donc démontrer qu'il agissait au moins pour partie dans l'intérêt du mandant ou du maître de l'ouvrage.

Pour qu'il y ait gestion d'affaires cette intention d'agir dans l'intérêt d'autrui doit aussi être spontanée c'est à dire sans accord préalable en dehors de toute obligation contractuelle[1377]. Le gérant agit sans contrainte donc librement et par conséquent spontanément car son action n'est pas guidée par l'accomplissement d'une convention[1378]. Il s'agit d'une différence majeure entre la gestion d'affaires qui est un quasi-contrat[1379] et les contrats d'entreprise ou de mandat[1380]. Il ne faut cependant pas confondre spontanéité et autonomie. Le mandataire, comme l'entrepreneur peuvent bénéficier d'une grande autonomie dans l'accomplissement de leur mission[1381], mais leur intervention n'est pas pour autant spontanée lorsqu'elle constitue l'exécution de la mission prévue au contrat. En revanche, le prestataire peut décider unilatéralement de franchir les limites de sa mission[1382], afin de protéger les intérêts de son

---

car aucune convention ne la liait au second entrepreneur pour ces travaux. Selon la Cour de cassation, le second entrepreneur n'était pas contractuellement lié à la SCI par le premier marché et avait achevé les travaux dans son propre intérêt : « *en statuant ainsi, sans préciser que la société Berton-Demangeau, gérant d'affaires, avait agi également dans son propre intérêt, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé* ».

1375 L'article 1301-4 alinéa 2 du Code civil énonce par conséquent la règle selon laquelle la charge des engagements sera répartie proportionnellement aux intérêts de chacun dans l'affaire : « … *la charge des engagements, des dépenses et des dommages se répartit à proportion des intérêts de chacun dans l'affaire commune* ».

1376 Voir par exemple : Com., 27 novembre 1991, pourvoi n° 89-20.356, Bull. civ. IV, n° 357 ; *JCP G,* 1992, IV, n° 386 ; *Defrénois,* 1992, p. 747, obs. J.-L. Aubert. RABU (G.), *Droit des obligations*, Ellipses, 2017, p. 256.

1377 Soc. 11 octobre 1984, pourvoi n° 83-12.686, Bull. civ. V, n° 369 ; *JCP,* 1984. IV. 346 : « *Les personnes qui, légalement ou contractuellement, sont tenues d'accomplir certains actes, ne peuvent s'en prévaloir comme étant des actes de gestion d'affaires* ». Plus récemment : Civ. 1er, 22 octobre 2009, pourvoi n° 08-18.331, inédit : « *la gestion d'affaires suppose que le gérant ait accompli pour le compte du maître un acte utile sans y être légalement ni contractuellement tenu*. » Voir aussi Civ. 1er, 11 juin 1996, pourvoi n° 94-15.779, inédit.

1378 CHÉNEDÉ (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz référence, 2e éd., 2019-2010, n° 132.11.

1379 LIBCHABER (R.), « Le malheur des quasi-contrats », *Dr. et patr.* n° 258, mai 2016, p. 73.

1380 PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 1926, n° 2273, p. 759.

1381 Notamment en présence d'une mandat général et conçu en termes généraux : voir *supra* n° 77.

1382 Exemple pour un entrepreneur : Civ. 3e, 10 mars 1993, pourvoi n° 91-18.547, inédit. Dans cette décision, la Cour de cassation retient la gestion d'affaires : « *que les personnes contractuellement tenues d'accomplir un acte ne peuvent s'en prévaloir comme étant un acte de gestion d'affaires ; que la cour d'appel, qui constate que les travaux litigieux avaient été demandés à la SCAIC par l'expert et donc que la SCAIC était intervenue en vertu d'un contrat, ne pouvait dès lors déclarer, sur le fondement de la gestion d'affaires, la SCI Les Gueulards tenue de régler le prix des travaux effectués par la SCAIC sans violer l'article 1372 du Code civil ; 38) qu'en ne recherchant pas, en toute hypothèse, si la SCAIC était intervenue avec l'intention de gérer l'affaire d'autrui, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1372 du Code civil" ; Mais attendu qu'ayant retenu que, sollicité par la SCI, l'expert avait demandé que les travaux soient exécutés par la SCAIC, la cour*

…/…

co-contractant et prendre ainsi la qualité de gérant d'affaire[1383]. L'entrepreneur ou le mandataire agit en situation de gestion d'affaires lorsqu'il accomplit des prestations supplémentaires susceptibles de préserver la situation du maître d'ouvrage[1384].

L'utilité[1385] de l'intervention est souvent présentée comme l'élément fondamental de la gestion d'affaires[1386]. Elle permet de distinguer les interventions bienvenues et les immixtions excessives voire intempestives[1387]. Seules les premières imposent au géré de remplir les engagements contractés par le gérant dans son intérêt et d'obtenir remboursement des dépenses engagées et indemnisation des dommages subis (Article 1301-2 du Code civil).

En résumé, le prestataire ne peut donc invoquer la gestion d'affaires pour justifier le dépassement de mission que s'il prouve, non seulement que celle-ci existe bien, c'est-à-dire qu'il a agi spontanément au moins partiellement dans l'intérêt du mandant ou du maître de l'ouvrage, mais aussi que celle-ci a été utile.

250. Le rapprochement des régimes juridiques de la gestion d'affaires et du mandat. Une certaine proximité a toujours été relevée par la doctrine entre la gestion d'affaires et le mandat[1388] et par les tribunaux. Comme le relève un arrêt de la Cour de cassation du

d'appel, qui n'a pas constaté que la SCAIC était intervenue en vertu d'un contrat conclu avec l'expert, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision de ce chef. »

1383 Par exemple les agents de voyages (CA Paris, 25e ch. A, 28 mars 1989 : JurisData n° 1989-021083), les notaires (CA Paris, 11 décembre 1884 : *Gaz. Pal.*, 1885, 1, p. 643. CA Paris, 30 juillet 1908 : DP 1911, 2, p. 126. CA Limoges, 24 mai 1955 : *JCP N,* 1955, II, 8915, note Espagno. CA Agen, 18 octobre 1989 : JurisData n° 1989-047574. CA Caen, 29 mars 1994 : JurisData n° 1994-043677), les avocats (Civ. 1er. 26 novembre 1958, Bull. civ. I, n° 525).

1384 BOUT (R.), *J.-Cl. Civ. Code* Fasc. 10 : Quasi-contrats. V° Gestion d'affaires. Conditions d'existence : « *Mais la gestion d'affaires peut exister entre personnes unies par un contrat, lorsque l'une des parties a volontairement dépassé le cadre précis de ses obligations contractuelles.* »

1385 Sur l'utile et l'inutile en droit, voir : TERRÉ (F.), « L'inutile et l'injuste » *in Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 878 : « *…ce qui est nécessaire est a fortiori utile. Et l'on est donc conduit à considérer que l'inutile, en droit, c'est ce qui ne sert juridiquement à rien.* »

1386 Voir notamment : RIPERT (G.), BOULANGER (J.), *Traité élémentaire de droit civil, d'après le Traité de Planiol*, t. 2, 1957, n° 1229. CARBONNIER (J.), *Droit civil (les obligations)*, t. 4, 12e éd., PUF, 1985, n° 299. FLOUR (J.), AUBERT (J.-L), SAVAUX (É.), *Les obligations : vol. 2, Le fait juridique*, A. Colin, 14e éd. 2011, n° 12. MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit des obligations*, LGDJ, 10e éd. 2018, n° 1030. MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Droit civil, les obligations*, t. 2, vol. 1, 2e éd., Sirey, 1988, n° 382. STARCK (B), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Droit civil (obligations)*, 2e éd., Litec, 1986, n° 1854. TERRÉ (Ph.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, *op. cit.*, n° 1041. GAUTIER (P.-Y.), « Le syndic non remboursé de ses avances (suite) : la leçon de Pothier et Troplong sur la gestion d'affaires », *RTD civ.*, 2014, p. 139. PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, *op. cit.* p. 64, n° 87. L'acte doit être « *opportun, raisonnable, au moment où il a été accompli, au point que le maître de l'affaire l'aurait probablement accompli lui-même s'il avait pu.* » CHÉNEDÉ (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz référence, 2e éd., 2019-2010, n° 132.11. REVET (T.), ZENATI-CASTAING (F.), *Cours de droit civil, Contrats*, PUF, Droit fondamental, 2014, n° 236, p. 452 : « *L'utilité constitue le fondement même de la gestion d'affaires.* »

1387 CHÉNEDÉ (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, *op. cit.*, n° 132.14.

1388 PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 1926, n° 2273, p. 759 : « *Il y a avantage à rapprocher la gestion d'affaires du mandat avec lequel elle a une affinité évidente.* » HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, sous la direction de Jacques Ghestin, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 31139 : « *Certes, le mécanisme réglementé aux art. 1372 s. C. civ. peut couvrir des situations*

…/…

28 octobre 1942 : « *le bénéfice de la gestion d'affaires peut être accordé à quiconque a volontairement agi au nom et pour le compte d'autrui, dès lors qu'il résulte des constatations des juges du fait que l'opportunité de l'intervention était telle que l'initiative était justifiée et que l'affaire a été utilement gérée.* »[1389]. La Cour de cassation rapproche donc les rôles de gérant et de mandataire car le gérant a « *volontairement agi au nom et pour le compte d'autrui* ».La réforme du droit des contrats ne rompt pas avec cette tradition. Selon l'article 1301 du Code civil, la gestion d'affaires est l'acte de « *Celui qui, sans y être tenu, gère sciemment et utilement l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire* … »[1390]. L'article 1301 poursuit cette définition en disposant que l'accomplissement de cette gestion peut porter sur des actes juridiques ou matériels le gérant est alors soumis aux obligations d'un mandataire. Enfin, l'article 1301-3 ajoute que : « *La ratification de la gestion par le maître vaut mandat.* ». La réforme du droit des contrats maintient ainsi explicitement un lien fort entre gestion d'affaires et mandat[1391]. Le gérant est soumis aux obligations d'un mandataire et la ratification de la gestion par le géré nove le quasi-contrat en mandat.

Cependant, les dispositions nouvelles recèlent une certaine contradiction en disposant que la gestion peut porter sur des actes juridiques comme sur des actes matériels. Lorsque le gérant accomplit des actes matériels, par exemple l'entrepreneur qui dépasse sa mission en procédant à des travaux supplémentaires, ne devrait-il pas plutôt être soumis aux obligations d'un entrepreneur ? Et en cas d'une éventuelle ratification par le maître de l'ouvrage, le quasi-contrat ne devrait-il pas être nové en contrat d'entreprise ?

251. La gestion de l'affaire du maître de l'ouvrage par l'entrepreneur. Consacrant la jurisprudence ancienne, le nouvel article 1301 du Code civil admet donc sans réserve que le gérant puisse accomplir des actes matériels. L'entrepreneur, en cas de dépassement de sa mission peut donc invoquer, comme le mandataire, sa qualité de gérant d'affaire.

---

où le gérant réalise une tâche matérielle dans l'intérêt du maître de l'affaire, et se lie ainsi par un quasi-louage d'ouvrage. Mais le prototype de la gestion d'affaires est l'hypothèse où le gérant prend en charge, spontanément, de représenter un tiers dans les affaires de ce dernier. La parenté, d'ailleurs, est d'autant plus claire [au regard de l'ancien] art. 1372 … ». MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit des obligations*, 10e éd., LGDJ, 2018, n° 1022, p. 599 : « *La gestion d'affaires a le même objet que le mandat : l'action pour autrui. Plusieurs conséquences en découlent. Ainsi, les obligations du gérant sont les même que celles du mandataire. De même, la ratification de la gestion par le maître équivaut à un mandat.* » LARROUMET (C.), BROS (S.), *Traité de droit civil, t. 3 Les obligations. Le contrat*, 9e éd., Economica, 2018, n° 146, p. 120. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *Droit civil, Les obligations*, 12e éd., Dalloz, 2018, n° 1271, p. 1339 : « *à l'époque de l'exégèse, certains auteurs ont restreint le domaine d'application de la gestion d'affaires à l'accomplissement d'actes juridiques. Le mandat ne pouvant avoir pour objet que des actes juridiques, il en allait de même, selon eux, pour le quasi-mandat que constituait la gestion d'affaires.* » REVET (T.), ZENATI-CASTAING (F.), *Cours de droit civil, Contrats*, PUF, Droit fondamental, 2014, n° 235, p. 450.

1389 Civ., 28 octobre 1942 : DC 1943, p. 29. Dans le même sens, voir notamment : CA Paris, 2e ch., sect. A, 10 septembre 1997 : JurisData n° 1997-022724 (une agence immobilière fait expulser un squatter).

1390 Article 1301 issu de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations.

1391 BÉNABENT (A.), AYNÈS (L.), « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », *D.*, 2016, p. 434. La gestion d'affaires « *est reprise à droit constant, avec un ancrage accru sur le mandat.* » SIMLER (Ph.), *JCL. Com.* Fasc. 27 : Actualité, Réforme du droit des obligations, 2016, n° 78 : « *Ce gérant d'affaires est soumis, précise le même texte, "à toutes les obligations d'un mandataire". Cette référence au droit commun du mandat permet aux dispositions suivantes d'être relativement brèves. Elle aurait même pu justifier que la gestion d'affaires fût purement et simplement rattachée à la rubrique du code traitant du mandat, d'autant qu'il y d'autres cas où le quasi-mandat est directement évoqué à la suite du mandat correspondant.* »

Les activités variées des prestataires professionnels sont à l'origine de situations propices à une gestion d'affaires dans l'hypothèse d'un dépassement de mission[1392]. Selon le Professeur Le Tourneau : « *D'une façon plus générale, tout professionnel intervenant dans le domaine de sa profession, donc normalement dans une vue intéressée, est parfois admis, par bienveillance jurisprudentielle contrastant avec sa sévérité habituelle à se prétendre gérant d'affaires lorsqu'il a dépassé la mission qui lui était confié.* »[1393]. L'entrepreneur doit alors prouver qu'il agit bien en qualité de gérant de l'affaire du maître de l'ouvrage en accomplissant un acte utile mais dépassant les limites de sa mission [1394]. La gestion d'affaires est cependant exclue en présence d'un marché à forfait car l'entrepreneur doit supporter tous les travaux non prévus mais nécessaires à la bonne exécution du marché. La jurisprudence l'a rappelé à l'égard d'un garagiste[1395].

Les illustrations jurisprudentielles sont nombreuses. La gestion d'affaires peut être invoquée par des prestataires remplissant une mission de conseil[1396] ou encore par l'architecte dans le cadre de sa mission de direction des travaux[1397]. L'architecte peut être tenu de prendre certaines initiatives afin de protéger le maître d'ouvrage d'un péril imminent et agir de ce fait comme un gérant d'affaires[1398]. Il en est ainsi lorsque certains travaux supplémentaires doivent être ordonnés en urgence[1399] afin d'éviter un danger imminent et menaçant l'ouvrage en cours de réalisation[1400]. La gestion d'affaires, en cas de mise en péril imminent de l'ouvrage doit cependant être utile ce qui n'est pas toujours le cas comme

1392 Par exemple, sur la non reconnaissance d'une gestion d'affaires : CA Aix en Provence, ch. 03B, 28 juin 2018, n° 2018/208 : « *Alors que les appelantes ne prouvent pas que les éboulements de rochers provenaient des parcelles de la commune, qu'elles ne démontrent pas avoir dû faire des travaux aux lieu et place de la commune et avoir en conséquence géré ses affaires, que les travaux effectués étaient destinés à permettre la réouverture de la ligne, que SNCF MOBILITES et SNCF RESEAU n'établissent pas être intervenues dans ce qu'elles appellent 'un périmètre laissé en déshérence', elles ne sont pas fondées à obtenir la condamnation de la commune et de son assureur à les indemniser sur le fondement de la gestion d'affaires*. »

1393 LE TOURNEAU (Ph.), *Rép. civ*., V° Gestion d'affaires, n° 26.

1394 Il n'y parvient pas forcément. Voir par exemple : Civ. 3e, 21 septembre 2011, pourvoi n° 10-18.584, inédit.

1395 Paris, 7 déc. 1963, *JCP,* 1964. IV. 32.

1396 Par exemple, pour un notaire : Civ. 1er, 6 décembre 1949, *JCP N,* 1950. II. 5245 ; CA Limoges, 24 mai 1955, *D*., 1955. 603 ; Caen, 29 mars 1994, Juris-Data n° 043677. Pour un avocat : Civ. 1er, 26 novembre 1958, Bull. civ. I, n° 525.

1397 BOUBLI (B.), *Rép. civ*., V° Architecte, n° 191 : « *Souvent l'architecte prend des initiatives lorsque les circonstances le justifient. Les tribunaux admettent alors qu'il se comporte comme un gérant d'affaires* ».

1398 Civ. 1er, 15 mars 1961, Bull. civ. I, n° 166.

1399 CASTON (A.), AJACCIO (F.-X.), TENDEIRO (M.), PORTE (R.), *Traité de la responsabilité des constructeurs*, Le moniteur, 8e éd., 2018, p. 74.

1400 Par exemple, Civ. 1er, 15 mars 1961, Bull. civ. I, n° 166. En l'espèce, les services techniques municipaux, préoccupés par l'état de péril imminent de certaines cheminées de leur ville, ont fait appel à un architecte qui a lui-même fait appel à un entrepreneur. Ce dernier a prolongé les travaux vers des souches non prévues par l'avis de la mairie. Les juges du fond ont reconnu qu'il répondait à une nécessité et protégeait ainsi l'intérêt du propriétaire des cheminées tenu de payer au professionnel le coût des travaux de réfection sur le fondement d'une gestion d'affaires malgré l'absence d'ordre de sa part.

l'illustre un arrêt de la cour d'appel d'Amiens du 6 mai 2010[1401]. En l'espèce, l'entrepreneur avait constaté un danger imminent lié au risque d'effondrement de deux cheminées. Il supprime celles-ci sans l'accord préalable de la copropriété. Selon la Cour, cette suppression ne s'imposait pas car il était possible de conserver les cheminées en procédant à une « *reconstitution totale* ». Ces travaux n'étaient donc pas utiles pour le syndicat de copropriété en raison de la perte injustifiée de parties communes. À défaut d'utilité, la gestion d'affaires ne peut en l'espèce être invoquée par l'entrepreneur. Au regard des différents éléments de définition, la gestion d'affaires peut parfois être compatible avec le dépassement de mission du prestataire, précisément lorsqu'il prolonge son engagement en dehors des limites et dans l'intérêt du créancier.

252. La gestion de l'affaire du mandant par le mandataire. Le dépassement de pouvoir du mandataire peut aussi être qualifié de gestion d'affaires susceptible de produire des effets sur la personne du mandant[1402]. Le mandataire prend la qualité de gérant d'affaires car il excède sciemment et spontanément les limites fixées par le mandant[1403]. Il est essentiel pour le mandataire d'avoir conscience d'agir pour le mandant en outrepassant les limites de sa mission. Le dépassement se confond alors avec la gestion[1404]. Beaucoup de dépassements de pouvoir constituent des gestions d'affaires, mais pas tous, lorsqu'il manque l'une des conditions d'existence de la gestion d'affaires par exemple la volonté d'agir dans l'intérêt du mandant. Il est donc excessif d'écrire comme Jacques Léauté qu' « *un dépassement de pouvoirs, qu'est-ce, sinon une gestion d'affaires ?* »[1405].

Pour s'imposer au mandant, le dépassement de pouvoir doit aussi être utile au mandant. Selon Troplong : « *dans beaucoup de cas où l'agissement serait susceptible de critique comme acte de*

1401 CA Amiens, 6 mai 2010, n° 08/05617 : « *Attendu que si l'attestation d'un maître d'œuvre qui déclare s'être rendu sur place et avoir constaté le très mauvais état des souches de cheminée de nature à présenter un danger imminent et celle du couvreur qui a exécuté les travaux litigieux selon lequel les deux cheminées étaient en très mauvais état et menaçaient de s'effondrer, démontrent que les deux têtes de cheminée pouvaient s'effondrer et qu'il y avait nécessité d'intervenir le plus rapidement que possible, pour autant la solution qui a été choisie sans l'accord de la copropriétaire la plus concernée, de supprimer les têtes de cheminée et donc de condamner l'utilisation des deux cheminées en cause ne s'imposait pas puisqu'il était également possible de les conserver en effectuant "une reconstitution totale" selon les termes de l'entrepreneur qui a fait les travaux ; que la décision prise n'a pas été utile pour le syndicat de copropriété puisque non seulement elle a pour conséquence la suppression de parties communes mais aussi parce qu'elle l'a exposé à la juste contestation du copropriétaire lésé par cette décision ; que dès lors que le choix était possible entre la suppression et la reconstitution des souches de cheminée, Mrs. D., P., Mmes A., C. et B. ne sont pas fondés à invoquer la gestion d'affaires pour justifier la méconnaissance des règles régissant la copropriété sur les décisions relatives aux travaux de suppression d'une partie commune d'autant qu'ils avaient parfaitement connaissance que leur décision affectait la jouissance d'une partie privative d'un copropriétaire qui n'y avait pas consenti.* »

1402 Par exemple, une agence immobilière fait procéder à des travaux de plomberie. CA Papeete, ch. com., 30 janvier 2003, n° 287/COM/01 : JurisData n° 2003-209789.

1403 Civ. 1er, 18 novembre 1964, Bull. civ. I, n° 510. Dans cette décision, les juges du fond ont relevé qu'une procuration comportait une limitation de pouvoirs du mandataire aux actes de gestion strictement indispensables à la conservation d'un domaine. Ils ont ainsi, par une interprétation nécessaire de cet acte, souverainement estimé que le mandataire avait outrepassé son mandat en donnant à bail ce domaine.

1404 LE TOURNEAU (Ph.), *Rép. civ.*, V° Gestion d'affaires, n° 26 : « *la gestion d'affaires est parfois reconnue en présence d'un mandataire ayant excédé ses pouvoirs* ».

1405 LEAUTÉ (J.), « Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence », *RTD civ.*, t. 45, 1947, Librairie Edouard Duchemin, p. 298.

mandataire, il pourra se soutenir comme negotiorum gestio, quand il y avait utilité démontrée à s'y livrer et lorsqu'une bonne gestion a caractérisé la conduite du mandataire. Cette vérité serait surtout évidente si l'excès avait tourné au profit du mandant »[1406]. L'auteur justifie ainsi l'admission de la gestion d'affaires dans l'hypothèse d'un excès de pouvoir du mandataire favorable au mandant. Il est en effet important de ne pas irrémédiablement tenir compte des limites de la mission fixée par le mandant afin d'apprécier l'agissement du mandataire. En ce sens, tous les dépassements ne sont pas fautifs par nature, ils ne sont que le révélateur d'une atteinte aux instructions du mandant. Il convient alors de se demander si le dépassement a profité au mandant[1407] autrement dit si la gestion d'affaires a été utile. Il serait en effet paradoxal et dangereux de faire supporter au mandant les engagements d'un dépassement qui lui est préjudiciable.

253. Les effets de la gestion d'affaires à l'égard du mandant et du maître d'ouvrage. La gestion d'affaires permet au mandataire, ayant utilement dépassé ses pouvoirs, de conclure un acte valable au nom et pour le compte du mandant. La règle de l'engagement du maître en présence d'une gestion utile est formulée à l'article 1301-2 alinéa 1er du Code civil : « *Celui dont l'affaire a été utilement gérée doit remplir les engagements contractés dans son intérêt par le gérant.* ». Le mandant est alors engagé par la volonté unilatérale[1408] du mandataire devenu gérant d'affaires à l'occasion de son dépassement[1409]. Le maître est engagé à l'égard du cocontractant du gérant[1410] et il doit, de surcroît, rembourser au gérant les frais occasionnés par la gestion utile[1411]. Cet engagement est en général opportun car il ne peut être tenu rigueur à un mandataire excédant ses pouvoirs dans le seul but de protéger les intérêts de son mandant. Dans cette hypothèse, le représentant prend seul l'initiative d'outrepasser les limites de sa mission mais l'effet est bénéfique pour le représenté. Il est donc nécessaire de tenir compte de l'effet réel du dépassement sur le mandant avant de retenir ou d'exclure son caractère fautif[1412]. Le raisonnement est identique pour le maître d'ouvrage confronté à la gestion d'affaires utile de son entrepreneur.

1406 TROPLONG (M.), *Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, Du mandat*, t. 16, Paris, Charles Hingray, 1846, n° 299, p. 300.

1407 BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et WAHL (A.), *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 21, 2e éd., Larose, 1900, p. 339 : « *le mandataire a une action de gestion d'affaires contre le mandant pour le profit que ce dernier a retiré de l'acte passé* … ». BEUDANT (C. et R.) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *Cours de droit civil français*, t. 12, 2e éd., par R. Rodière et A. Percerou, 1947, n° 316.

1408 SAVATIER (R.), *Cours de droit civil*, t. 2, 2e éd., LGDJ, 1947, n° 221.

1409 CA Aix en Provence, ch. 06 D, 14 mars 2018, n° 16/03348 : « *Au vu de ces seuls éléments, l'opportunité et l'utilité de l'intervention de la société généalogiste sont acquises. En conséquence, le service rendu par la SAS ARCHIVES GENEALOGIQUES ANDRIVEAU à Vicktoria D. étant démontré, la SAS ARCHIVES GENEALOGIQUES ANDRIVEAU est fondée à se prévaloir d'une rémunération sur le fondement de la gestion d'affaires*. »

1410 PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité élémentaire de droit civil, op. cit.*, n° 2281, p. 762.

1411 LARROUMET (F.), *Droit civil, les obligations, le contrat*, t. 3, 5e éd., Economica, 2003, n° 169.

1412 Naturellement, si le mandant a ratifié la gestion alors la condition de l'utilité de l'acte n'est plus nécessaire. PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité élémentaire de droit civil, op. cit.*, n° 2279, p. 761 : « *La gestion produit donc son effet dans deux cas : 1° quand elle a été utile ; 2° quand elle a été ratifiée.* » Voir aussi, Article 1301-3 du Code civil : « *La ratification de la gestion par le maître vaut mandat.* »

D'une manière générale, il ne faut pas décourager les initiatives altruistes du prestataire à l'impérieuse condition que son dépassement profite au bénéficiaire[1413]. Cependant il ne faut pas non plus oublier que ces dépassements sont par principe une atteinte à la volonté première du créancier car ils ne tiennent pas compte des limites préalablement fixées. Ce constat serait peut-être encore plus délicat en présence d'un contrat de mandat spécial et exprès au regard de la précision des instructions du mandant. Cela pourrait alors signifier que la gestion d'affaires serait plus adaptée au dépassement de la mission matérielle de l'entrepreneur et moins à la mission du mandataire portant par essence sur l'accomplissement principal d'actes juridiques. L'engagement découlant de la gestion d'affaires du mandataire peut tout particulièrement faire l'objet de certaines critiques, bien que ce raisonnement soit dans une moindre mesure similaire en présence d'un gérant d'affaire entrepreneur.

B. Les critiques de l'engagement du mandant decoulant de la gestion d'affaires

254. Un engagement contraire à la réglementation du mandat. Les articles 1989[1414] et 1998[1415] du Code civil sont explicites en ce sens que le mandataire ne peut agir au-delà des limites de son mandat ; dans le cas contraire, le mandant ne serait pas engagé par l'acte de dépassement. Or l'engagement du mandant par un acte issu d'une gestion d'affaires est en parfaite contradiction avec ces règles car le mandataire outrepasse sciemment les limites de sa mission.

L'article 1301-2 alinéa 1[er][1416] contredit la règle de l'article 1998 qui protège le mandant en faisant dépendre son engagement envers le tiers contractant au respect par le mandataire de ses instructions. Les deux seules exceptions à ce principe sont la ratification et l'apparence. Ces deux exceptions sont nécessaires et légitimes car la ratification[1417] protège la volonté du mandant et l'apparence[1418] protège les intérêts du tiers.

Mais il en va différemment avec la gestion d'affaires qui naît de la volonté unilatérale du gérant. Or, le mandataire ne devrait pas avoir le pouvoir de modifier seul les limites de sa mission[1419]. C'est en tout état de cause le principe que l'article 1998 semble exprimer. Le constat serait néanmoins différent si l'article 1998 avait été rédigé ainsi : « *Le mandant est tenu*

1413 MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Droit civil, les obligations*, t. 2, vol. 1, 2e éd., Sirey, 1988, n° 379, p. 391 : « *il faut que soient rendus indemnes ceux qui ont bien voulu prendre utilement une initiative altruiste et louable* ». LARROUMET (F.), *Droit civil, les obligations, le contrat*, t. 3, 5e éd., Economica, 2003, n° 169.

1414 « *Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat …* »

1415 « *Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà …* »

1416 « *Celui dont l'affaire a été utilement gérée doit remplir les engagements contractés dans son intérêt par le gérant.* »

1417 Voir *infra* n° 264 et s.

1418 Voir *infra* n° 314 et s.

1419 Ce constat applicable au mandat demeure aussi dangereux pour l'entreprise.

d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement ou en présence d'un acte de dépassement utile. ». La lettre de l'article 1998 serait alors en concordance avec celle du nouvel article 1301-2 alinéa 1er. Le seul intérêt de cette réécriture de l'article 1998 serait d'harmoniser son contenu avec celui de l'article 1301-2. Il n'en resterait pas moins que l'accueil de la gestion d'affaires porte atteinte à la volonté première du mandant.

255. Une atteinte à la volonté du mandant. L'engagement du mandant par la gestion d'affaires du mandataire est critiquable car il occulte totalement sa volonté. La gestion d'affaires altère voire annihile l'intention[1420] du mandant car son engagement porte sur un acte étranger au pouvoir donné au mandataire. Or, le mandat permet justement au mandant de déterminer librement cette mission par des instructions plus ou moins précises. L'engagement du mandant par un acte de dépassement du mandataire constitue donc par principe une atteinte à sa volonté originelle, y compris en présence d'un acte utile.

En cas de dépassement de son pouvoir, on peut douter que l'utilité de l'acte de dépassement soit réellement une condition suffisante à son efficacité et qu'à elle seule elle justifie une violation des instructions du mandant. La réponse sera différente en présence d'une réflexion théorique et pratique. D'un point de vue théorique et à la lecture de l'article 1998, la condition de l'utilité devrait être insuffisante pour engager le mandant par un acte de dépassement car comme l'observe le Professeur Dissaux un « *contrat inefficace est nécessairement inutile.* »[1421]. En revanche, d'un point de vue strictement pratique, il faut bien admettre que l'utilité de la gestion rend acceptable l'acte de dépassement[1422] et lui retire son caractère par principe fautif. Le mandataire profite ainsi d'une grande autonomie lorsqu'il décide unilatéralement que le dépassement est profitable au mandant. Cette grande autonomie peut néanmoins devenir une dangereuse autonomie.

256. Une dangereuse extension de l'autonomie du mandataire. L'atteinte à la volonté du mandant se manifeste par une dangereuse extension de l'autonomie du mandataire. Il ne s'agit plus de raisonner au regard de l'utilité de l'acte de dépassement mais au regard du seul constat du dépassement. Le bénéficiaire devrait être libre de refuser tout dépassement même si l'acte lui est profitable. Or le mécanisme de la gestion d'affaires lui retire purement et simplement la faculté élémentaire de manifester librement ce choix.

La gestion d'affaires utile supprime ainsi tout caractère fautif au dépassement de mission. Une question se pose alors : la gestion d'affaires n'offre-t-elle pas une trop grande liberté au prestataire et l'utilité de l'acte peut-elle définitivement constituer une justification aux atteintes à l'engagement contractuel ? Une réponse affirmative signifierait que le principe

1420 Req. 18 juin 1872, D. P. 1872. 1. 471 : « *les obligations qui peuvent naître d'un quasi-contrat de gestion d'affaires naissent du fait même de la gestion et de la loi et non de l'intention des parties*. »

1421 DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles, op. cit.*, n° 993.

1422 BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, 5e éd., Méthodes du droit, Dalloz, 2012, n° 24, p. 32 : « *l'utile est le principe de toutes les valeurs dans le domaine de la connaissance comme dans celui de l'action*. »

essentiel de la force obligatoire des contrats n'est qu'une fiction car le prestataire serait libre d'agir différemment en apportant uniquement la preuve des bienfaits de son initiative. Cela conduirait à partager la pensée du Professeur Billiau selon laquelle la force obligatoire est « *un principe parfois à* « *géométrie variable* » selon les contrats et la qualité des parties »[1423]. L'argumentation de l'auteur repose essentiellement sur le droit du travail[1424] mais cette atténuation du principe de la force obligatoire se retrouve-t-elle dans d'autres branches du droit des contrats ? À cette interrogation, le Professeur Billiau répond « *Des recherches exhaustives permettraient vraisemblablement de répondre de façon positive* … »[1425]. La seule prise en compte des effets contraignants sur le mandant d'une gestion d'affaires utile du mandataire apporte bien la preuve d'une dangereuse atténuation du principe de la force obligatoire en présence d'un contrat de mandat. En outre la gestion d'affaires favorise le pouvoir d'initiative du prestataire. Ce constat n'est pas sans incidence sur la conception moderne du contrat désormais influencée par un mouvement d'unilatéralisme[1426] persistant et en partie critiquable.

Une utilité sur la plan pratique n'est pas nécessairement le révélateur d'un bienfait sur le plan théorique. Selon le Professeur Le Tourneau : « *il aurait été possible de considérer que ce dépassement était une faute, paralysant leur faculté d'action ou, plus radicalement, que le contrat* « *est exclusif de l'application des règles de la gestion d'affaires* »[1427]. Plus généralement, la bonne exécution du contrat peut-elle être laissée à la libre volonté du débiteur au risque de porter atteinte au principe de l'intangibilité contractuelle ?[1428] La volonté du mandant devrait normalement s'imposer sur celle du prestataire mais la gestion d'affaires inverse cette logique. L'autonomie

---

1423 BILLIAU (M.), « Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXIe siècle », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 129.

1424 *Ibid.*, p. 129-132.

1425 *Ibid.*, p. 132.

1426 BÉNABENT (A.), « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant – Présentation », *RDC*, 2018, n° 03, p. 503 : « *Ce n'est plus le cocon fermé par l'accord initial des volontés créant une situation figée et intangible, comme il résultait de la conception pure et dure de l'autonomie de la volonté de l'article 1134 où seule la volonté commune pouvait défaire ou modifier ce qu'elle avait fait, chacune des parties ayant, par son accord, abdiqué tout pouvoir unilatéral. Se généralise ainsi un mouvement d'unilatéralisme dans la vie du contrat, déjà connu dans des secteurs particuliers comme le droit du travail, mais qui reçoit ainsi une consécration plus large : la reconnaissance, au sein du cercle contractuel, d'une marge d'initiative ouverte à chacune des parties et qu'elle peut exercer sans avoir à requérir l'autorisation préalable de l'autre ou du juge, mais spontanément, à ses risques et périls et sous un contrôle qui n'est qu'a posteriori.* »

1427 LE TOURNEAU (Ph.), *Rép. civ.*, V° Gestion d'affaires, n° 26.

1428 Sur cette réflexion, TENDLER (R.), « Le rôle de la volonté dans l'exécution des contrats » *in Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, *Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000, p. 802 : « *Le rôle de la volonté dans l'exécution des contrats devrait se limiter a priori à peu de choses. En effet, l'article 1134 du Code civil énonce un principe simple :* « *tout ce que les parties ont voulu doit être exécuté ; les décisions librement prises et manifestées dans le contrat sont intangibles. Mais il faut bien admettre que ces principes d'intangibilité et d'irrévocabilité inscrits à l'article 1134 du Code civil souffrent dans notre droit positif de multiples atteintes dont la constatation est maintes fois faite. En fait, on peut se demander si l'exécution du contrat n'est pas souvent laissée à la libre volonté des contractants. Peu importe, en définitive ce qui a été décidé au moment de la formation du contrat. L'intangibilité du contrat n'est plus aujourd'hui une vérité admise, ni par le législateur ni par la jurisprudence ni, à plus forte raison par les débiteurs d'obligations. […] non seulement le contrat n'est plus intangible pour les juges, mais il le devient de moins en moins pour les débiteurs.* » Voir aussi, MAZEAUD (D.) : « Constats dans le contrat », Rapport de synthèse du 94e Congré des notaires de France, *Les petites affiches*, 1998, n° 54.

du mandataire s'impose donc à celle du mandant grâce au mécanisme de la gestion d'affaires et uniquement en raison de l'utilité de l'acte. Ce qu'admet la majorité de la doctrine.

257. Une position doctrinale majoritairement favorable. Certains auteurs modernes analysent la gestion d'affaires comme une atteinte potentielle à l'article 1998 : « *le risque est de ruiner l'article 1998 qui limite l'engagement du représenté à ce qui est fait conformément à la mission donnée.* »[1429]. Le choix des mots révèle le sentiment d'une atteinte réelle à l'effectivité de cet article. Le non-respect de la volonté du mandant[1430] est d'ailleurs dans le droit civil québécois une cause de rejet de toute gestion d'affaires car « *il ne peut y avoir de gestion d'affaires lorsque le gérant agit contre le gré du maître. Or, en excédant ses pouvoirs, le mandataire agit certainement contre la volonté du mandant telle que celui-ci l'a exprimée …* »[1431].Pourtant, une partie importante de la doctrine française admet que le mandant soit engagé au-delà des pouvoirs du mandataire en présence d'une gestion d'affaires utile. Il est vrai que le mandataire est probablement, en raison de sa qualité, le gérant le plus qualifié pour déterminer avec justesse l'utilité d'un acte de dépassement et par conséquent sa légitimité en tant que gestion d'affaires.

Pothier reconnaissait déjà la légitimité de la gestion d'affaires dans l'hypothèse d'un dépassement de pouvoir du mandataire[1432]. Il faut cependant préciser que l'auteur n'imposait aucune condition préalable afin de légitimer cette gestion : « *Lorsque mon mandataire a excédé les bornes de la procuration que je lui ai donnée, en faisant quelque chose outre ce qui y était porté, sa gestion pour ce qu'il a fait outre ce qui y était porté, étant faite sans mon ordre, forme entre nous le quasi contrat negotiorum gestorum.* »[1433]. L'ancien article 1372 du Code civil relatif à la gestion d'affaires inspiré des écrits de Pothier, ne formulait donc pas la condition pourtant impérieuse de l'utilité de l'acte[1434]. Deux siècles plus tard, cette condition essentielle est enfin codifiée par la réforme du droit des obligations à l'article 1301-2 alinéa 1er du Code civil.

1429 HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, sous la direction de Jacques Ghestin, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 31221.

1430 FOUR (J.), « Plus-values et fruits de bien indivis », *JCP,* 1943, I, 336, n° 29.

1431 FARIBAULT (L.), *Traité de droit civil du Québec*, t. 7 bis, Montréal, Wilson et Lafleur, 1957, n° 85, p. 68.

1432 POTHIER (R.-J.), *Traité du contrat de mandat, Œuvres*, éd. Bugnet, t. 6, 1861, n° 203, p. 513.

1433 *Ibid.*

1434 Ancien article 1372 du Code civil : « *Lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, celui qui gère contracte l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée, et de l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même* » (Version en vigueur du 19 février 1804 au 1er octobre 2016).

Au cours du XIX[e] siècle, de nombreux auteurs partagèrent la position de Pothier tout en y ajoutant la condition de l'utilité de la gestion. Parmi ces auteurs, se trouvaient notamment : Troplong[1435], Aubry et Rau[1436] ou encore Guillouard[1437].

Pour la doctrine moderne, l'engagement du mandant par l'intermédiaire du mécanisme de la gestion d'affaires a, de même, été majoritairement accepté[1438] malgré une certaine méfiance jurisprudentielle.

258. Une certaine méfiance jurisprudentielle. La jurisprudence fait preuve d'une certaine méfiance dans l'admission de la gestion d'affaires[1439] en cas de dépassement de son pouvoir

1435 TROPLONG (M.), *Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, Du mandat*, t. 16, Paris, Charles Hingray, 1846, n° 298 à 301.

1436 AUBRY (C.) et RAU (C.-F.), *Droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 6, 5[e] éd., Marchal et Billard, 1920, p. 299.

1437 GUILLOUARD (L.), *Traité des contrats aléatoires et du mandat*, 2[e] éd., Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1894, n° 202 et 203, p. 512 et 513 : « *Le principe que le mandant n'est pas obligé par les actes que le mandataire a fait en dehors du mandat comporte, à notre avis, une seconde exception, pour les cas où il serait évident, par les circonstances, que le mode d'exécution employé par le mandataire, bien qu'il ne rentre pas dans la lettre du mandat, est plus avantageux pour le mandant, ou encore que c'est le seul mode que les événements aient permis. […] Enfin, on devrait encore admettre que le mandataire, qui a purement et simplement excédé les bornes de son mandat, a une action de gestion d'affaires contre le mandant, dans les cas et dans la mesure où un tiers étranger au maître dont l'affaire est gérée aurait cette action. Sa qualité de mandataire ne peut en effet le rendre plus défavorable qu'un étranger et s'il a utilement géré l'affaire du mandant, il n'y a aucune raison pour ne pas lui permettre d'invoquer les principes de la gestion d'affaires.* »

1438 HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux, op. cit.*, n° 31221 : « *Le mécanisme de la gestion d'affaires, tout comme celui du mandat apparent, est de nature à justifier que le mandant soit tenu au-delà des pouvoirs du mandataire.* » FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (É.), *Droit civil, les obligations. Le fait juridique*, t. 2, 14[e] éd., Sirey, 2011, n° 6 : « *La gestion d'affaires implique la spontanéité de l'intervention dans les affaires d'autrui ; à ce titre, elle est incompatible avec l'exécution d'une obligation légale ou contractuelle. Toutefois, il est admis que, dans ces deux cas, devient gérant celui qui, dépassant le cadre de l'obligation qui pèse sur lui, accomplit plus que ce à quoi il était tenu en vertu de la loi ou du contrat*. » BOUT (R.), *La gestion d'affaires en droit français contemporain,* LGDJ, 1972, n° 111. JUREDIEU (F.), *Ratification et acte juridique, op. cit.*, n° 312. LAZERGUES (Ch.), « Les mandats tacites », *RTD civ.*, 1975, p. 222, n° 21.

1439 Cette méfiance des tribunaux n'est pas limitée au dépassement de pouvoir du mandataire. Ainsi, Un arrêt de 1982 de la Cour de cassation paralyse les effets de la gestion d'affaires à l'égard des tiers lorsque celle-ci intervient dans le cadre d'une action en justice : Civ. 1[er], 9 mars 1982, pourvoi n° 80-16.163, Bull. civ. I, n° 104 ; *RTD civ.*, 1983, obs. R. Perrot ; *RTD com.,* 1982, obs. A. Bénabent et J.-CL. Dubarry : « *Les règles de la gestion d'affaires ne peuvent avoir pour conséquence de contraindre les tiers à accepter un débat judiciaire engagé par un demandeur agissant comme gérant d'affaires.* »

par le mandataire dans le mandat de l'agent immobilier[1440] ou encore le mandat du syndic[1441]. Depuis la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis , la jurisprudence applique rigoureusement le principe selon lequel le mandat du syndic est exclusif des règles de la gestion d'affaires[1442]. La seule utilité de la gestion du syndic n'est donc pas suffisante. Cette solution jurisprudentielle est contestée en doctrine[1443] notamment parce que la loi du 10 juillet 1965 ne formule pas clairement la règle selon laquelle le mandat du syndic est exclusif des règles de la gestion d'affaires[1444].

Le prestataire peut donc jouer un rôle significatif dans la neutralisation du caractère fautif propre au dépassement mais cela demeure partiellement critiquable. Fort légitimement, le bénéficiaire de la prestation peut aussi se manifester afin d'approuver l'acte de dépassement.

1440 Civ. 1er, 29 octobre 1962, Bull. civ. I, n° 446 : « *Que ces motifs […] justifient le refus des juges d'appel à admettre l'existence de la gestion d'affaires alléguée.* » Civ. 1er, 19 juillet 1988, pourvoi n° 86-19.158, Bull. civ. I, n° 241 : « *il résulte de l'article 73 du décret n° 72-628 du 20 juillet 1972 que, sauf le cas de manœuvres destinées à éluder la rémunération de l'agent immobilier, hypothèse pouvant alors ouvrir droit à réparation en sa faveur, celui-ci ne peut recevoir directement ou indirectement d'autre rémunération ou commission que celles prévues au mandat ; que la cour d'appel qui a estimé dans la circonstance qu'aucune faute ouvrant droit à indemnisation n'était démontrée contre les consorts X… n'avait pas à répondre à des conclusions inopérantes tendant à réclamer, au titre d'une prétendue gestion d'affaires, la commission qu'elle estimait d'autre part ne pas être due.* » Civ. 1er, 5 novembre 1980, pourvoi n° 79-12.980, Bull. civ. I, n° 283. En l'espèce, un accord est conclu entre un propriétaire et un locataire mais cet accord intervient après l'expiration du mandat donné à cette fin à un agent immobilier. L'agent immobilier soutient avoir indiqué l'affaire au preneur ; il se présente alors en qualité de gérant d'affaires et demande le versement d'une commission pour cette tâche. La Cour de cassation confirme la décision de la cour d'appel et refuse à l'agent immobilier la qualité de gérant d'affaires.

1441 Voir notamment : Civ. 3e, 3 juin 1987, pourvoi n° 85-18.650, Bull. civ. III, n° 115.

1442 Civ. 3e, 3 juin 1987, pourvoi n° 85-18.650, Bull. civ. III, n° 115 : « *le mandat de syndic, dont le contenu est défini par les dispositions de la loi du 10 juillet 1965, est exclusif de l'application des règles de la gestion d'affaires ; qu'en relevant que les travaux n'étaient ni urgents ni nécessaires à la sauvegarde de l'immeuble, le tribunal a légalement justifié sa décision* » ; Civ. 3e, 20 janvier 1999, pourvoi n° 97-16.470, Bull. civ. III, n° 17 ; *D.*, 1999. IR 38 ; *D.*, 2000, somm. p. 139, obs. Capoulade ; *Defrénois,* 1999. 800, note C. Atias : « *Mais attendu qu'ayant relevé que les articles 18 de la loi du 10 juillet 1965 et 30 et suivants du décret du 17 mars 1967 définissaient précisément et limitativement les droits et obligations du syndic et que l'avance de trésorerie constituait une anomalie de gestion compte tenu des pouvoirs dont disposait ce mandataire pour obtenir des copropriétaires la remise des fonds nécessaires au fonctionnement du syndicat, la cour d'appel, qui a, sans violation du principe de la contradiction, écarté les règles de l'enrichissement sans cause, a exactement retenu que celles de la gestion d'affaires étaient inapplicables dès lors que le syndic était lié au syndicat par un contrat, en l'espèce un mandat.* » Civ. 3e, 29 mai 2002, pourvoi n° 00-21.739, Bull. civ. III, n° 115 ; *RTD civ.*, 2003, p. 109, obs. P.-Y. Gautier. Civ. 3e, 16 octobre 2013, pourvoi n° 12-20.881, Bull. civ. III, n° 131 ; *D.*, 2013. IR 2465, obs. Rouquet.

1443 Voir notamment : GAUTIER (P.-Y.), « Le syndic non remboursé de ses avances (suite) : la leçon de Pothier et Troplong sur la gestion d'affaires », *RTD civ.*, 2014, p. 139. Selon le Professeur Gautier : « *voilà un ancien mandataire qui a engagé des dépenses pour son ancien mandant ; si elles ont été utiles – c'est probablement la seule question – il devrait lui en être tenu compte […] Le remboursement de l'ancien mandataire ne devrait avoir d'autre condition que l'utilité de la dépense faite.* »

1444 *Ibid.*

II. RATIFICATION DE L'ACTE DE DEPASSEMENT PAR LE CO-CONTRACTANT DU PRESTATAIRE

« *Le contrat, de sa nature, respire la liberté.* »[1445]

Paul Esmein

259. Le processus de ratification par le mandant et le maître d'ouvrage. Dans sa thèse de doctorat consacrée à la ratification[1446], Franck Juredieu explique l'ambivalence de la notion de ratification par son absence de conceptualisation[1447]. Il propose une double définition de cette notion. La ratification est, au sens large, l'approbation de ce qui a été fait par d'autres mais une définition plus technique correspond selon l'auteur à l'acceptation par un tiers des effets d'un acte juridique qui ne lui sont pas destinés[1448]. La seconde définition de Franck Juredieu ne couvre pas l'hypothèse de la ratification des travaux supplémentaires exécutés par l'entrepreneur car le contrat d'entreprise suppose la réalisation d'actes matériels ou intellectuels et non d'actes juridiques. La première définition de la ratification sera donc retenue par cette étude afin de pouvoir analyser ses effets en présence d'un contrat de mandat mais également en présence d'un contrat d'entreprise. L'acception large est en effet retenue par la jurisprudence[1449], par les textes de loi mais également par la majorité de la doctrine[1450].

Le mandant et le maître d'ouvrage peuvent donc décider de se soumettre volontairement aux effets d'un acte du prestataire accompli en situation de dépassement de mission en ratifiant cet acte. Il existe cependant une différence. La ratification du mandant porte sur l'acte juridique conclu avec le tiers à l'origine du dépassement de pouvoir du mandataire. La ratification du maître d'ouvrage consiste pour celui-ci à accepter les travaux supplémentaires exécutés par l'entrepreneur et la prise en charge du coût supplémentaire qu'ils occasionnent.

La ratification, qu'elle émane du mandant et du maître d'ouvrage, est soumise à une condition commune : le dépassement de mission du prestataire doit être consommé. Le prestataire doit déjà être en situation de dépassement de mission afin de pouvoir éventuellement bénéficier des effets de la ratification du bénéficiaire. Autrement dit, il n'y a

---

1445 ESMEIN (P.), « L'obligation et la responsabilité contractuelle », *in Le droit privé français au milieu du XIX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, t. 2, LGDJ, Paris, 1950, p. 102, n° 1.

1446 JUREDIEU (F.), *Ratification et acte juridique*, préface de Claude Ophèle, avant-propos de Geneviève Pignarre, Institut Universitaire Varenne, 2013.

1447 *Ibid.*, n° 3. Franck Juredieu révèle « *d'une part l'existence de multiples expressions législatives et jurisprudentielles de la ratification, d'autre part l'absence de toute conceptualisation de ce terme.* »

1448 *Ibid.*, n° 8.

1449 Civ. 1^er, 4 juin 1962, Bull. civ. I, n° 282. Plus récemment, Civ. 3^e, 31 mai 2000, pourvoi n° 98-18.736, inédit ; Civ. 3^e, 8 avril 2008, pourvoi n° 07-11.759, inédit.

1450 Exemple, BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 604. THIOYE (M.), *JurisClasseur Civil Code*, V° Louage d'ouvrage et d'industrie, Fasc. 20, 2013, n° 65. MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 768, p. 481.

par principe ratification qu'en cas d'acceptation *a posteriori* du co-contractant **(A)**. La mise en œuvre de la ratification présente cependant des spécificités selon qu'elle est mise en œuvre par le mandant **(B)** ou par le maître d'ouvrage **(C)**.

A. Le principe : l'acceptation a posteriori du co-contractant

260. Liberté du mandant et du maître de l'ouvrage de s'engager. La ratification du maître de l'ouvrage ou du mandant est a priori paradoxale car elle consiste à agréer la non-prise en compte de ses instructions. En réalité il n'en est rien car le co-contractant du prestataire qui a dépassé sa mission apprécie librement si la prestation qui en résulte présente pour lui un intérêt malgré le manquement du prestataire à son obligation. Cette acceptation du mandant ou du maître peut s'analyser comme une manifestation de l'autonomie de la volonté par laquelle ils acceptent *a posteriori* d'être engagés par l'acte déjà conclu par le mandataire ou par la prestation déjà exécutée par l'entrepreneur. Elle exprime la volonté du co-contractant du prestataire d'être engagée par un acte qui ne serait pas imposer à lui sans la ratification. En présence d'un mandat, le contrat conclu en dépassement de son pouvoir par le mandataire lui aurait été inopposable. Par sa ratification, il devient partie à ce contrat en agréant sa représentation par le mandataire. En présence d'un contrat d'entreprise, il agrée l'acte matériel ou intellectuel accompli par l'entrepreneur qui pourra alors obtenir le paiement de la prestation faite en dépassement de sa mission.

261. Les sources distinctes du droit à ratification en présence d'un mandat et d'un louage d'ouvrage. Le droit à ratification du représenté et plus spécialement du mandant trouve sa source dans le Code civil. Ce droit du mandant est prévu à l'article 1998 alinéa 2 qui dispose : « *Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement* ». Cet article est relativement précis car il présente la forme et les effets de cette ratification mais il est regrettable qu'il ne définisse pas la notion. L'article 1156 alinéa 3 consacre un principe identique mais dans le domaine plus général de la représentation. Selon ce texte : « *L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié.* ». Cette disposition issue de la réforme du droit du contrat est encore plus imprécise que l'article 1998 dans la mesure où elle ne définit pas plus la notion et en outre elle omet d'indiquer que la ratification peut aussi être tacite.

Il en est différemment pour le maître d'ouvrage. Aucun texte réglementant le louage d'ouvrage ne pose le principe général d'une ratification des prestations faites en dépassement de mission par l'entrepreneur. Quant à l'article 1793 il n'évoque pas non plus la faculté du maître de l'ouvrage de ratifier les travaux supplémentaires accomplis dans un marché à forfait de construction d'un bâtiment. Cet article, en effet, dispose seulement que l'entrepreneur « *ne peut demander aucune augmentation de prix, […] si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit* … ». Or il ne faut pas confondre l'autorisation écrite et la ratification. Ces deux manifestations de volonté émanent du maître d'ouvrage et lui permettent effectivement d'être engagé à l'égard de l'entrepreneur, cependant elles n'apparaissent pas au même moment. L'autorisation écrite du maître est impérativement préalable aux travaux

supplémentaires alors que l'éventuelle ratification intervient après l'exécution[1451]. La jurisprudence consacre cependant cette faculté du maître de ratifier les travaux supplémentaires à condition qu'ils n'aient pas fait l'objet d'une autorisation écrite préalable[1452]. La source du droit à ratification du maître d'ouvrage n'est donc pas légale mais jurisprudentielle. On peut regretter cette absence de toute référence textuelle à la ratification d'une prestation de l'entrepreneur faite en dépassement de sa mission.

262. Les caractères communs de la ratification du mandant et du maître d'ouvrage. La ratification du maître d'ouvrage et celle du mandant présentent des points communs. Dans les deux cas, la ratification émane nécessairement du co-contractant du prestataire. Elle exprime une volonté de régulariser un comportement fautif du prestataire, plus précisément le dépassement de sa mission. La ratification doit ainsi intervenir après l'acte fautif afin que la volonté du créancier puisse produire ses effets[1453]. Concrètement, le mandant peut procéder à la ratification après le dépassement de pouvoir[1454] et doit ainsi nécessairement en avoir eu connaissance[1455]. Le maître d'ouvrage ne peut ratifier les travaux supplémentaires qu'une fois ces derniers accomplis. La volonté de ratifier l'acte est souveraine car elle ne peut pas être imposée au créancier. La ratification doit être appréciée comme un agrément à effet rétroactif[1456].

L'absence de formalisme de la ratification du mandant[1457] et du maître d'ouvrage, constitue un point commun supplémentaire avec quelques nuances cependant. L'article 1998 dispose textuellement que la ratification peut être expresse ou tacite. La ratification tacite du

---

1451 Civ. 3e, 8 avril 2008, pourvoi n° 07-11.759, inédit : « … *à défaut d'autorisation écrite préalable des travaux par les maîtres de l'ouvrage, ou d'acceptation expresse et non équivoque de ceux-ci après exécution* … ».

1452 Civ. 3e, 31 mai 2000, pourvoi n° 98-18.736, inédit : « … *les parties avaient signé un marché forfaitaire, sans rechercher, à défaut d'une autorisation écrite préalable aux travaux, si les modifications demandées avaient entraîné un bouleversement de l'économie ou si les ouvrages supplémentaires avaient fait l'objet d'une acceptation expresse et non équivoque par les maîtres de l'ouvrage après leur réalisation* … ».

1453 BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 693, p. 473 : « *le mandant peut venir régulariser après coup cette situation, s'il approuve le contrat passé « hors limite »* … ». JUREDIEU (F.), *Ratification et acte juridique*, *op. cit.*, n° 7. L'auteur définit notamment la ratification en ciblant « *une spécificité certaine, celle d'une acceptation seconde, portant sur les effets d'un acte d'ores et déjà constitué.* »

1454 STARCK (B), *Droit civil (obligations)*, 2e éd., par H. Roland et L. Boyer, Litec, 1986, n° 234, p. 98 : « *Le mandant couvre après coup les opérations conclues en son nom.* »

1455 La Cour de cassation a rappelé ce principe dans un arrêt récent du 17 janvier 2018 non pas en présence d'un dépassement de pouvoir mais en l'absence d'une délégation de pouvoir. Com, 17 janvier 2018, pourvoi n° 16-22.285, inédit. La chambre commerciale de la Cour de cassation rappelle que, même en l'absence de délégation de pouvoir préalable, une société est tenue par un acte accompli par son préposé si elle ratifie cet acte a posteriori. Voir aussi, ROUGE-VIANCE (L.), « Ratification d'un acte accompli en l'absence de délégation de pouvoir », *Gaz. Pal.* 26 juin 2018, n° 23, p. 74.

1456 Civ. 3e, 8 juillet 1987, pourvoi n° 86-70.117, inédit : « *l'existence de la procuration, quelle qu'en soit la date, emporte ratification rétroactive des actes du mandataire, la cour d'appel a violé le texte susvisé.* » MAILHER DE CHASSAT (A.), *Commentaire approfondi du Code civil*, t. 1, Videcoq, Paris, 1832, p. 409.

1457 BEUDANT (C. et R.) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *Cours de droit civil français*, t. 12, 2e éd., par R. Rodière et A. Percerou, 1947, n° 326, p. 366 : « *[La ratification] n'est assujettie à aucune forme ; ainsi toute manifestation certaine de la volonté du mandant peut être retenue par les tribunaux* … ».

mandant doit être déduite d'un comportement clair et non équivoque du mandant susceptible d'exprimer un agrément au dépassement de mission[1458]. L'accomplissement de l'acte objet du dépassement en constitue une illustration classique en matière de mandat[1459]. En ce qui concerne le contrat d'entreprise, le comportement du maître peut suffire à manifester une ratification à condition de révéler effectivement une volonté non équivoque d'accepter ces travaux[1460]. La jurisprudence est cependant plus exigeante lorsque le dépassement concerne un marché un forfait de construction de bâtiment relevant de l'article 1793 du Code civil. Elle n'admet la ratification que si l'acceptation du maître est expresse et claire[1461]. La Cour de cassation n'a cependant pas toujours été aussi rigoureuse dans son contrôle de l'acceptation du maître. Dans un arrêt de 1990, elle admet en effet que la réception sans réserve des travaux par le maître pouvait s'apprécier comme une ratification tacite[1462].

263. La signification de l'acceptation du dépassement. L'acceptation du dépassement par le mandant ou le maître d'ouvrage signifie que le prestataire a exécuté sa mission. Il n'exécute alors pas sa mission d'origine mais une mission différente jugée acceptable par le créancier. La violation du contenu obligationnel n'est pas un frein, dans cette hypothèse, à la satisfaction du créancier. Cette satisfaction s'exprime par la ratification de l'acte. Il s'agit alors d'une exception au principe selon lequel un dépassement de mission s'apprécie comme une inexécution contractuelle. Cependant, l'acceptation ultérieure du créancier ne change pas la réalité selon laquelle le prestataire ne s'est pas conformé au contenu obligationnel du contrat. L'acte de dépassement ratifié pourrait donc s'analyser comme 'une inexécution licite du contrat. Cette notion a été développée par Cécile Chabas dans sa thèse de doctorat[1463]. L'auteur la définit notamment comme étant le « *non-accomplissement d'une obligation, qui peut être total, partiel ou temporaire, qui est autorisé par la loi, le juge ou les parties, mais qui s'exerce de façon volontaire en ce qu'il constitue l'exercice d'un droit.* »[1464]. Si on se réfère à cette définition, alors l'acte

1458 Soc. 1er février 2017, pourvoi n° 15-23.368 15-23.369 15-23.370, inédit.

1459 BEUDANT (C. et R.) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *Cours de droit civil français, op. cit.*, n° 326, p. 366 : « … *toute manifestation certaine de volonté est retenue par les tribunaux ; la plus probante est l'exécution même de la convention passée par le mandataire.* »

1460 Civ. 3e, 13 février 2007, pourvoi n° 05-22.019, inédit (Dans un contrat de sous-traitance, preuve non rapportée que l'entrepreneur-en sa qualité de maître de l'ouvrage – ait accepté sans équivoque les travaux supplémentaires exécuté par le sous-traitant).

1461 Civ. 3e, 8 avril 1998, pourvoi n° 94-18.930, inédit ; *CCC,* 1998, p. 95, note L. Leveneur : « *Qu'en statuant ainsi sans constater, à défaut d'une autorisation écrite préalable aux travaux, l'acceptation expresse et non équivoque par le maître de l'ouvrage de ces travaux une fois effectués, la cour d'appel a violé le texte susvisé.* » Civ. 3e, 29 mai 2013, pourvoi n° 12-17.715, Bull. civ. III, n° 67. Sur ce point, voir COLLART DUTILLEUL (F.) DELEBECQUE (F.), *Contrats civils et commerciaux*, 11e éd., Dalloz, 2019, n° 755.

1462 Civ. 3e, 17 octobre 1990, pourvoi n° 89-11.143, inédit : « *Attendu que pour débouter la société Campenon Bernard de sa demande en paiement de travaux supplémentaires, l'arrêt retient que ces travaux ont été réalisés sans autorisation préalable écrite du maître de l'ouvrage, alors que le marché avait un caractère forfaitaire ; Qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions de la société qui soutenait que la réception sans réserve des bâtiments, intervenue le 17 juin 1981, valait agrément par le maître de l'ouvrage des travaux supplémentaires exécutés …* ».

1463 CHABAS (C.), *L'inexécution licite du contrat*, préface de Jacques Ghestin, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2002.

1464 *Ibid.*, p. 4.

de dépassement ratifié constitue bien une inexécution licite. Trois conditions cumulatives doivent en effet être présentes : tout d'abord l'acte doit produire le non accomplissement d'une obligation, ensuite cette inexécution doit être autorisée[1465], et enfin cet agrément doit être un droit volontairement et librement exprimé. Ces trois conditions existent bien en cas de ratification de l'acte de dépassement.

Cependant, il ne paraît pas juste de qualifier d'inexécution licite un dépassement de mission ratifié car la ratification du bénéficiaire exprime sa volonté d'être engagé par l'acte fautif. Elle peut ainsi être comprise comme la reconnaissance de la bonne exécution de sa mission par le prestataire. La ratification retire ainsi son caractère fautif au dépassement de mission. L'agrément ne rend pas licite l'inexécution mais transforme l'inexécution en une exécution parfaite susceptible d'aucune sanction.

Cette exécution devenue parfaite par la ratification ne correspond cependant pas au standard de l'exécution contractuelle car, au moment où il dépasse sa mission, le prestataire viole la force obligatoire du contrat en outrepassant les limites fixées. C'est la notion hybride et inexistante dans notre droit de « *sur-exécution* » qui permet de conjuguer les deux caractéristiques de ce type de dépassement : une exécution excessive de la mission mais acceptée par le bénéficiaire. L'inexécution résultant du dépassement de la mission se transforme en exécution parfaite par la mise en œuvre de la ratification par le mandant ou le maître de l'ouvrage.

B. La mise en œuvre de la ratification par le mandant

264. La ratification du mandant comme expression de son approbation. Le mandant peut délibérément choisir d'être engagé par l'acte issu d'un excès de pouvoir du mandataire. Le représenté doit alors procéder à une ratification afin d'exprimer sa volonté de se soumettre à l'acte fautif. Il s'agit d'un acte unilatéral permettant d'approuver l'acte d'un tiers ayant outrepassé ses pouvoirs ou ayant agi en l'absence de pouvoirs[1466]. Il faut par conséquent présenter les conditions nécessaires à la ratification **(1)**, puis analyser ses effets **(2)**.

1. Conditions nécessaires à la ratification

265. La nécessaire capacité du ratifiant. En premier lieu, le ratifiant doit nécessairement avoir la capacité de s'engager[1467] comme l'impose le droit des contrats. Il n'y a pas d'engagement contractuel sans capacité juridique, indépendamment bien sûr de toute mise sous tutelle ou curatelle.

1465 Spécifiquement par une partie dans notre cas d'étude.

1466 CLARISE (V.), *De la représentation : son rôle dans la création des obligations*, thèse, Lille, 1949, p. 205, n° 106. La ratification permet d'affirmer « *la corrélation effective des volontés du représentant et du représenté, elle apporte à l'acte du représentant et du tiers contractant l'élément qui lui manquait* ».

1467 DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, *op. cit.*, n° 119, p. 209. La capacité exigée « *doit être complète dans le délai où on doit ratifier.* »

La ratification doit impérativement émaner soit du mandant, soit de ses héritiers ou encore de son représentant légal. Le représenté doit être capable afin d'assurer l'exécution de l'acte objet de la mission du mandataire car les actes réalisés par le mandataire sont juridiquement présumés accomplis par le représenté[1468]. Certes le mandant a prouvé sa pleine capacité en concluant le mandat et en désignant son mandataire mais cela peut changer[1469].

266. L'existence préalable de l'acte de dépassement à ratifier. La ratification du mandant porte sur un acte juridique déjà accompli par le mandataire en situation de dépassement de pouvoir.

Cela signifie que le mandant doit constater le dépassement avant de manifester son souhait de le ratifier. La ratification vient « *couvrir après coup le vice de l'acte* … »[1470]. Le dépassement doit être réel et concret car la ratification ne peut pas reposer sur la seule éventualité de sa réalisation. Le mandant ne peut pas en principe ratifier le futur dépassement du mandataire avant que ce dernier ne l'accomplisse ; ce procédé serait contraire à la logique de la ratification mais également contraire à la logique inhérente à la délimitation des instructions. Il est cependant possible de modifier le contrat de mandat sous la forme d'un avenant afin de prévoir une telle éventualité. Il est aussi possible pour le mandant d'adapter ses instructions par exemple en accordant à l'origine de larges pouvoirs au mandataire[1471] afin de légitimer son action future tout en limitant ultérieurement les limites de sa mission. L'hypothèse inverse est tout aussi envisageable.

En conséquence, la ratification de l'acte de dépassement par le mandant ne peut intervenir qu'*a posteriori*[1472]. Le mandant peut également approuver l'acte avant sa manifestation mais il ne s'agit alors pas d'une ratification mais d'une approbation *a priori*[1473]. L'acte objet de l'approbation ne sera de surcroît pas un dépassement et il ne le deviendra pas au regard du changement d'instructions du mandant. En outre, le mandant bénéficie d'une certaine liberté dans la manifestation *a posteriori* de son souhait de ratifier l'acte de dépassement.

1468 TILLEMAN (B.), *Le mandat,* Kluwer Editions Juridiques, Bruxelles, 1999, n° 80, p. 61.

1469 Une recherche doctorale récente a en effet pris position contre le maintien de la capacité du mandant, démontrant que cette exigence paradoxale pouvait souffrir de certains risques. TALARICO (L.), *La personne du majeur protégé,* thèse, Lyon, 2008, n° 701. L'auteur constate que durant le mandat, le mandant ne peut plus assurer seul la protection de ses propres intérêts. Il conserve sa capacité mais un paradoxe subsiste car cette personne « *est dans un état tel qu'il justifierait l'ouverture d'une mesure de nature à limiter sa capacité.* » La capacité du mandant peut provoquer la conclusion d'un même acte par le représentant et le représenté.

1470 DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 249.

1471 Voir *supra* n° 74.

1472 MIGNOT (M.), « *Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (III)* », *LPA*, 2016, n° 52, p. 7 : « *La ratification est une manifestation unilatérale de volonté du représenté et permettant à la représentation de produire normalement ses effets en étendant rétroactivement les pouvoirs du représentant. Autrement dit, la ratification est un pouvoir donné a posteriori par le représenté au représentant.* »

1473 Voir *supra* n° 166 et s.

267. La liberté de ratification du mandant. La ratification est un procédé empreint de liberté soumis à des conditions relativement souples mais elle constitue tout de même un acte volontaire propre à celui qui l'exprime et qui se manifeste nécessairement *a posteriori*. Le mandant bénéficie d'une double liberté, dans un premier temps celle de choisir de ratifier ou non l'acte et dans un second temps celle de la forme de manifestation de volonté. En effet, la ratification n'est soumise à aucun formalisme particulier[1474] : « *Une seule chose est indispensable, il faut la volonté certaine de ratifier.* »[1475] La ratification traduit ainsi le souhait du mandant de prendre l'acte à son compte, contribuant à l'élaboration d'une fiction juridique dans le sens où le mandataire a originellement agi en dépassant ses pouvoirs ou en l'absence totale de pouvoir.

Comme toute manifestation de consentement, la ratification peut être expresse ou tacite en vertu de l'article 1998 alinéa 2 du Code civil mais elle ne peut néanmoins faire l'objet d'aucune présomption[1476]. Une différence de rédaction apparaît cependant entre le texte de droit commun, l'article 1156 alinéa 3 et le texte de droit spécial, l'article 1998 alinéa 2, le premier ne précisant pas que la ratification peut être expresse ou tacite. Cette imprécision est critiquée par la doctrine[1477] en raison du « *malaise* » provoqué par une telle discordance des textes[1478]. bien que la disposition spéciale l'emporte sur la disposition générale. En dehors du mandat, cette imprécision est cependant regrettable dans la mesure où rien ne justifie un tel silence des rédacteurs, sauf peut-être un souhait masqué de limiter au maximum les cas de ratification tacite pour des raisons de sécurité juridique. Il aurait dans ce cas été plus clair de la part des rédacteurs de retenir uniquement les cas de ratification expresse. Un silence même volontaire est toujours plus incertain qu'une formulation explicite.

Une manifestation de volonté est expresse lorsque la volonté de celui qui s'engage se manifeste de façon apparente, cela peut se faire par la rédaction d'un écrit signé ou seulement verbalement. Pour que la ratification puisse être qualifiée d'expresse, la manifestation de volonté du mandant doit se concrétiser par l'existence d'une déclaration formelle[1479]. Il n'est

---

1474 Req., 23 mars 1897, DP 1897, 1, p. 152.

1475 DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, Paris, Rousseau, t. 1, 1923, n° 122, p. 212.

1476 Req., 2 décembre 1935, DH 1936, 1, p. 52.

1477 DANIS-FATÔME (A.), « Proposition de modification de l'article 1156 du Code civil : le défaut de pouvoir du représentant », *RDC*, 2017, n° 1, p. 177 : « *On peut néanmoins s'interroger sur les raisons qui ont poussé le législateur français à ne pas mentionner ici la technique de la ratification tacite.* » WICKER (G.), « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », *in La représentation en droit privé, 6e Journées franco-allemandes, op. cit.*, n° 38, p. 64 : « *Si cet alinéa 3 précise l'effet de la ratification sur le contrat, il ne donne en revanche aucune indication sur son régime* … ». DANIS-FATÔME (A.), « Le contrat de mandat à l'épreuve de la réforme du droit des obligations du 10 février 2016 », *art. cit.*, p. 91.

1478 CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations*, *Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 392, p. 319 : « *on regrettera les lacunes du Code sur le régime de la ratification. La ratification peut-elle être expresse ou tacite, comme le précise, pour le mandat, l'article 1998 alinéa 2, du Code civil ? Sans doute, mais l'absence de précision dans le droit commun de la représentation, confronté aux précisions des textes relatifs au mandat, crée un certain malaise.* »

1479 Cette ratification « *implique l'existence d'un consentement donné par paroles, peu importe qu'il soit donné verbalement ou par écrit* ». LAURENT (F.), *Cours élémentaire de droit civil*, vol. 4, Paris, Marescq, 1878, n° 169.

donc pas nécessaire d'avoir recours à la déduction, comme c'est le cas pour la ratification tacite, pour identifier la volonté du représenté. Ce dernier exprime sa volonté auprès du mandataire afin de l'informer de son souhait d'être engagé expressément par l'acte conclu. La ratification expresse est une manifestation de volonté d'une grande clarté. Cette forme de ratification est d'ailleurs imposée dans le domaine du droit des société[1480].

La ratification tacite peut être plus problématique car il s'agit de déduire une manifestation certaine de volonté du mandant[1481]. L'objectif est d'identifier une volonté du mandant au regard d'un fait révélant son souhait de consentir. En 1923, le Professeur Demogue constatait une évolution dans l'appréhension par les juges de la ratification tacite[1482], en faisant référence aux arrêts de la fin du XIX^{e} siècle[1483]. La ratification tacite peut être caractérisée par le silence du mandant ayant eu connaissance des engagements contractés par le mandataire en situation de dépassement de pouvoir. L'absence de réaction du mandant suffit à déduire une ratification tacite. Dans ces circonstances, le silence devient synonyme d'approbation car le représenté fait siens des actes de son représentant uniquement par son inaction[1484]. La ratification par le silence est retenue par l'arrêt du 2 mai 1978[1485]. Cette solution se retrouve dans l'arrêt contesté du 17 mai 1993[1486]. Un tel principe peut paraitre critiquable dans la mesure où un silence ne peut, à première vue, valoir acceptation, en raison de la potentielle insécurité juridique engendrée par une telle présomption. Il serait plus juste d'arguer que le silence ne peut, à lui seul et en l'absence d'autres circonstances, valoir

1480 Com., 1er juillet 2008, pourvoi n° 07-10.676, Bull. civ. IV, n° 139. Dans cet arrêt, la ratification touche un acte pris par un associé pour le compte d'une société en formation. La cour nous dit que la ratification peut provenir des associés avant l'immatriculation. Il s'agit donc d'une exception au principe selon lequel la ratification émane seulement du mandant, le mandat est donné a posteriori. La ratification ne peut dans ce cas être tacite car elle intervient dans le domaine du droit des sociétés nécessitant la ratification en assemblée générale par les associés. En droit des sociétés contrairement au droit commun du mandat, la ratification doit impérativement être expresse.

1481 *Ibid.* Cette ratification « *résulte d'un fait qui suppose nécessairement la volonté de consentir* ».

1482 René Demogue affirmait que ces derniers « *l'admettent facilement aujourd'hui, ce qui n'avait pas lieu autrefois* », DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, *op. cit.*, p. 210, n° 122.

1483 Trib. Bruges, 27 février 1905, Pas 1906, 3, 256 ; Trib. Courtrai, 4 octobre 1984, Pas 1884, 3, 360.

1484 DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, *op. cit.*, n° 122, p. 210.

1485 Civ. 3^{e}, 2 mai 1978, pourvoi n° 76-14.835, Bull. civ. III, n° 173 : « *Qu'en relevant […] que pendant les quinze années qui ont précédé son décès, Louis X n'avait pas désavoué son mandataire ni contesté de quelque façon que ce fut les actes juridiques*… ». Cet arrêt nous informe également que les juges du fond apprécient souverainement les circonstances de la ratification.

1486 Civ. 1er, 17 mai 1993, pourvoi n° 91-20.112, Bull. civ. I, n° 172 ; *RTD civ.*, 1994, p. 927, obs. B. Vareille ; *D.*, 1994, p. 25, note G. Paisant. Nous nous trouvons ici en présence d'un mandat tacite. Une femme demande la nullité du bail consenti à son mari vingt-cinq mois plus tôt. Le mari avait excédé ses pouvoirs en accomplissant un acte de disposition, cependant ce constat est paralysé par la lenteur ou l'inaction prolongée de l'épouse ayant gardé le silence pendant deux ans. La Cour de cassation reconnait que la cour d'appel a « *souverainement déduit, au vu de ces circonstances et compte tenu du silence gardé par Mme Y pendant plus de deux ans, qu'elle avait entendu ratifier la location litigieuse.* » La ratification tacite de la location litigieuse est ainsi reconnue. Bernard Vareille ne se reconnait pas dans cet arrêt, « *une simple inertie ne vaut pas ratification tacite d'un acte de disposition. Silence sur silence ne vaut ! […] Il est permis de regretter que la première chambre civile […] ne se soit pas attachée à souligner cette exigence de preuve, condition indispensable pour prévenir tout risque de dérive, sur une question qui touche à l'indépendance des époux.* »

acceptation[1487]. Les Professeurs Mestre et Fages affirment que cet arrêt est une illustration supplémentaire du principe selon lequel le silence ne vaut, en lui-même, acceptation en l'absence de circonstances de nature à lui conférer cette signification[1488]. L'exécution du contrat par le mandant illustre parfaitement les circonstances recherchées pour déduire du silence une acceptation tacite[1489]. En effet, il serait réducteur de dire que l'acceptation tacite se manifeste uniquement par un silence circonstancié[1490] sauf à considérer le silence éloquent comme une manifestation possible de la ratification tacite. La véritable interrogation porterait alors sur la signification d'un silence éloquent et sur les conditions nécessaires à son identification. Le silence éloquent se caractériserait essentiellement par un agissement évocateur ; tout particulièrement un acte positif comme l'exécution par le mandant des obligations souscrites par le mandataire[1491]. Dans cette hypothèse, le mandant a eu connaissance du dépassement de pouvoir mais exécute malgré tous les obligations découlant de l'acte. C'est un acte positif traduisant une volonté équivoque de ne pas contester le travail du mandataire. Le mandant peut tout à fait contester une ratification tacite en affirmant que son silence ne résultait que de la méconnaissance de l'acte. Il est donc préférable pour l'appréciation de la ratification tacite que le silence du mandant soit éloquent ; un tel constat sera facilité en présence d'une exécution de l'obligation.

Les manifestations de ratifications tacites sont nombreuses dans la pratique contractuelle[1492], par exemple lorsque le mandant donne une procuration postérieurement à la conclusion d'un acte objet d'un dépassement de pouvoir[1493]. Le comportement du mandant sera de même parfaitement révélateur lorsqu'il rédigera un acte constatant et rappelant l'acte fait par le mandataire suivi ultérieurement du paiement des frais de l'acte[1494].

1487 Civ. 1er, 24 mai 2005, pourvoi n° 02-15.188, Bull. civ. I, n° 223. Dans cet arrêt, le propriétaire d'un terrain à construire est contraint administrativement de réaliser des fouilles archéologiques préventives sur son terrain. Deux devis sont réalisés par une association spécialisée, cependant le propriétaire refuse de payer pour le second au motif qu'il ne l'a jamais accepté. La Cour de cassation rappelle qu'en l'espèce, l'important était de ne pas mettre en péril les vestiges archéologiques du terrain. De ce fait, le propriétaire n'était pas en mesure de refuser le devis en raison des circonstances spécifiques de l'affaire, « *si le silence ne vaut pas à lui seule acceptation, il n'en est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation.* »

1488 MESTRE (J.), FAGES (B.), obs. sous Civ. 1er, 24 mai 2005, *RTD civ.*, 2005, p. 588, « *la Cour de cassation donne le sentiment que ces circonstances peuvent être très diverses.* »

1489 Civ. 3e, 5 avril 2018, pourvoi n° 17-14.668, inédit : « *que cette ratification peut être tacite et résulter de l'exécution volontaire d'un contrat par la partie qui y était irrégulièrement représentée* ».

1490 CARBONNIER (J.), *Droit civil (les obligations)*, t. 4, 12e éd., PUF, 1985, n° 32, « *La volonté tacite se matérialise dans une attitude, tandis que le silence n'a aucune extériorité* ».

1491 Civ. 3e, 5 avril 2018, *op. cit.*

1492 Certains cas de ratification tacite par le mandant sont reconnus dès le début du XIXe siècle. CA Bruxelles, 1re section, 22 janvier 1806 : « *Le mandant qui reçoit les fonds empruntés par son mandataire est réputé ratifier l'exécution du mandat …* ». V. *Recueil général des lois et des arrêts avec notes et commentaires, présentant sur chaque question le résumé de la jurisprudence et la doctrine des auteurs ; revu et complété par L.-M. DEVILLENEUVE et A.-A. CARETTE,* 1er Série 1791-1830, 2e volume AN XII-1808, Paris, Bureau de l'administration, Partie II, p. 108.

1493 Civ. 1er, 25 mars 1981, pourvoi n° 79-16.847, Bull. civ. I, n° 104, « *l'existence de la procuration, qu'elle qu'en soit la date, emporte ratification rétroactive des actes du mandataire.* »

1494 Pau, 16 mars 1892, S. 1893, 2, 125.

La ratification, expresse ou tacite, doit impérativement exprimer une volonté certaine au regard d'un acte positif.

268. Une volonté certaine manifestée par un acte positif. Dans un second temps, il faut que la volonté soit certaine comme l'affirment de nombreux auteurs[1495]. L'approbation doit reposer sur un acte positif[1496] et non sur un silence passif[1497] afin d'identifier avec certitude la manifestation de volonté du mandant[1498]. Cette recherche de la volonté exclusive du ratifiant relèvera du pouvoir souverain des juges du fond, selon l'arrêt du 6 février 1996[1499].

La ratification ne doit pas être fragmentaire dans le sens où le ratifiant doit approuver la totalité de l'acte excessif afin d'éviter qu'il ne rejette une partie de l'acte qui lui est défavorable. La ratification est donc indivisible[1500]. Cette condition est notamment mentionnée par le Professeur Wéry qui parle « *d'appropriation* » pour décrire la ratification d'un acte[1501].

La volonté du mandant doit être certaine et non équivoque, cette solution est retenue par l'arrêt du 7 février 1961[1502]. Il est cependant nécessaire de s'interroger sur l'éventuel besoin de notifier la ratification aux tiers[1503]. Force est de reconnaitre qu'il n'existe pas de

---

1495 LE TOURNEAU (P.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.* n° 3321.432 ; PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, n° 86 ; GUILLOUARD (L.), *Traité des contrats aléatoires et du mandat, op. cit.* n° 197 ; BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et WAHL (A.), *Traité théorique et pratique de droit civil*, *op. cit.* p. 418, n° 784 ; DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, *op. cit.* n° 122 ; AUBRY (C.) et RAU (C.-F.), *Droit civil français*, *op. cit.* § 415, n° 187 ; BEUDANT (C. et R.) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *Cours de droit civil français*, *op. cit.* n° 326.

1496 BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 694.

1497 Com. 13 juin 1995, pourvoi n° 93-17.982, bull. IV, n° 173. Il y a pourtant une jurisprudence contraire. Civ. 3e, 2 mai 1978, pourvoi n° 76-14.835, Bull. civ. III, n° 173 ; Civ. 1er, 17 mai 1993, pourvoi n° 91-20.112, Bull. civ. I, n° 172 ; Civ. 1er, 24 mai 2005, pourvoi n° 02-15.188, Bull. civ. I, n° 223 ; Civ. 3e, 5 avril 2018, pourvoi n° 17-14.668, inédit.

1498 COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux,* 11e éd., Dalloz, 2019, n° 649. La ratification « *résulte de tous actes, faits et circonstances qui manifestent de la part du mandant la volonté certaine de ratifier.* » Voir aussi : Civ. 1er, 9 octobre 1991, pourvoi n° 89-18.931, Bull. civ. I, n° 254.

1499 Civ. 1er, 6 février 1996, pourvoi n° 94-13.329, Bull. civ. I, n° 66 ; *RTD com.*, 1996, p. 516, obs. B. Bouloc. Il n'est nul besoin d'obtenir l'accord du tiers pour la simple et bonne raison que la ratification ne concerne que deux personnes, le mandant et son mandataire. Une volonté certaine signifie que le mandant ne doit subir aucune pression, menace ou contrainte, physique ou psychologique, que ce soit de la part du mandataire ou du tiers.

1500 Civ. 3e, 19 juillet 1995, pourvoi n° 93-14.579 : « *que la ratification d'un acte n'est caractérisée que par son entière approbation en tous ses éléments indivisibles.* »

1501 WÉRY (P.), *Droit des contrats, le mandat,* Bruxelles, Larcier, 2000, p. 243.

1502 Com., 7 février 1961, Bull. civ. IV, n° 70, « *il appartient aux juges du fond d'apprécier les faits et circonstances qui manifestent, de la part du mandant, la volonté certaine de ratifier les actes faits par son mandataire* … ». Civ. 3e, 11 janvier 1995, pourvoi n° 93-11.361, inédit. La cour d'appel avait reconnu la ratification tacite d'une SCI maître d'ouvrage pour un acte passé par son architecte, M. Y. La Cour de Cassation répondit, « *que le contrat d'architecte conclu entre la SCI et M. Y ne conférait à ce dernier aucun mandat d'agréer les entrepreneurs ou sous-traitants, […] sans caractériser aucun acte positif manifestant sans équivoque la volonté du maître de l'ouvrage de ratifier le dépassement de mandat de son architecte* … ».

1503 En d'autres termes, l'acte de ratification est-il un acte réceptice ? Un acte réceptice est un acte juridique unilatéral qui doit être porté, par une notification, à la connaissance de la ou des personnes envers lesquelles il est dirigé, sous peine de ne produire aucun effet juridique. Le congé donné par le bailleur, la révocation du mandat par le mandant ou encore la mise en demeure sont des actes réceptices par nature.

jurisprudence ayant statué sur cette question mais la doctrine est unanime sur ce point. En effet, la doctrine contemporaine[1504] semble soutenir qu'il n'est absolument pas nécessaire d'imposer une notification préalable au bénéficiaire afin de légitimer un acte de ratification[1505]. L'importance d'une ratification certaine se justifie par le fait que le mandant approuve l'acte litigieux en connaissance de cause.

269. Une ratification en connaissance de cause. Le mandant doit non seulement comprendre les effets de sa ratification, la portée de son acte, mais aussi la raison de sa ratification. Il doit parfaitement intérioriser le fait que son intervention n'est justifiée que par un dépassement de pouvoir du mandataire ou par un acte conclu sans mandat. L'étendue de la ratification du mandant va même plus loin dans la mesure où elle peut intervenir bien que le mandataire ait agi en son nom personnel. Cette solution est retenue dans l'arrêt du 28 avril 1980[1506].

Une fois la ratification effectuée, elle devient irrévocable. Cependant, affirmer que le mandant doit ratifier en connaissance de cause invite inévitablement à faire un parallèle[1507] avec la confirmation[1508]. Franck Juredieu évoquait même dans sa thèse la synonymie parfaite des notions de ratification et de confirmation[1509]. Ce constat n'est désormais plus possible depuis la promulgation des articles 1182 et 1156 alinéa 3 fruits de la réforme du droit des obligations, distinguant les notions de confirmation[1510] et de ratification. La confusion subsistait tout particulièrement avant la réforme du droit des obligations entre les deux notions dans la mesure où l'ancien article 1338[1511] utilisait la notion de ratification comme synonyme à la confirmation. Une certaine similitude existait donc auparavant dans les

---

1504 STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, 1982, n° 241, p. 179. LE TOURNEAU (Ph.), *Rép. civ.*, V. Le mandat, n° 373.

1505 STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, *op. cit.*, n° 241, p. 179 : « *n'a pas à être notifié tout acte abdicatif par lequel l'intervenant renonce à un droit dont il est titulaire […] il n'est pas nécessaire que ces actes soient notifiés pour qu'ils produisent effet. Telle est l'analyse reprise par la doctrine contemporaine* … ».

1506 Civ. 1er, 28 avril 1980, pourvoi n° 79-12.917, Bull. civ. I, n° 129 : « … *mais attendu que le fait que le mandataire qui dépasse son mandat déclare agir en son nom personnel ne s'oppose pas à ce que le mandant ratifie ses actes*… ».

1507 MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 586 : « *On oppose souvent la confirmation et la ratification.* »

1508 La confirmation est réglementée depuis le 10 février 2016 à l'article 1182 : « *La confirmation est l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce. Cet acte mentionne l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat. La confirmation ne peut intervenir qu'après la conclusion du contrat. L'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité, vaut confirmation. En cas de violence, la confirmation ne peut intervenir qu'après que la violence a cessé. La confirmation emporte renonciation aux moyens et exceptions qui pouvaient être opposés, sans préjudice néanmoins des droits des tiers.* »

1509 JUREDIEU (F.), *Ratification et acte juridique, op. cit.*, n° 7 : « *Cette notion se définit tout d'abord,* « *dans le sens de la confirmation* » […] *La synonymie confirmation/ratification est une synonymie parfaite, car la distinction des deux termes ne porte que sur le signifiant, les éléments du contenu de signification étant absolument identiques.* […] *Cette* « *perfection* » *de la synonymie ratification/confirmation est aussi paradoxalement la marque de son inutilité. Puisqu'il existe un terme technique propre aux renonciations à air en nullité, pourquoi en ajouter un second et entretenir ainsi le flou entourant la notion de ratification.* »

1510 « *La confirmation est l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce. Cet acte mentionne l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat* ».

1511 « *L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée.* » ;

conditions de ratification de l'article 1998 et de l'ancien article 1338[1512]. Ce dernier exigeait que l'acte de ratification contienne la substance de l'obligation ainsi que l'intention de réparer le vice[1513]. Aujourd'hui, l'article 1182 impose que l'acte de confirmation mentionne l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat. L'intention de réparer le vice n'est plus une condition formulée par l'article 1182. Ces formes particulières requises pour la confirmation ne sont pas nécessaires en présence d'une ratification[1514]. La ratification et la confirmation partagent certaines particularités communes mais elles se distinguent notamment par rapport aux effets de l'acte.

Concrètement la ratification est l'œuvre d'une personne pour prendre à son compte un acte dont elle n'a pas été partie et qu'il lui serait inopposable. À l'inverse, la confirmation est l'œuvre d'une partie et permet d'effacer une nullité[1515]. Le Professeur Storck se fonde, conformément à cette logique, sur la sanction de l'acte vicié d'un défaut de pouvoirs pour fonder la distinction qu'il établit entre ces deux notions[1516]. La nullité de l'acte s'efface par la confirmation alors que l'inopposabilité de l'acte disparait par la ratification. Les effets de la ratification doivent donc faire l'objet d'une attention particulière.

2. Effets de la ratification

270. La pensée doctrinale originelle. Le principal attrait de la ratification est de corriger l'acte juridique imparfait en effaçant le dépassement de pouvoir du mandataire. L'objectif est de mettre les actes excessifs du mandataire sur la même ligne que les actes exécutés dans les conditions de la procuration[1517]. Il serait cependant fâcheux de passer outre les origines latines de ce principe en occultant la célèbre citation de l'illustre juriste romain Ulpien, « *ratihabitatio mandato comparatur* »[1518], ce que nous pourrions traduire par : la ratification

1512 BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et WAHL (A.), *Traité théorique et pratique de droit civil*, *op. cit.*, p. 418, n° 784, « *comme la ratification de l'article 1338, celle de l'article 1998 doit avoir lieu avec la volonté de ratifier, existant chez le mandant […] en connaissance de cause, c'est-à-dire avec connaissance, de la part du mandant, que l'acte passé excédait les pouvoirs du mandataire.* » Cependant, ces notions demeurent distinctes car la ratification touche l'acte d'un tiers tandis que la confirmation produit ses effets sur un acte irrégulier que l'on a soi-même conclu.

1513 L'initiative du mandant est plus souple, « *il suffit que sa volonté de ratifier soit certaine …* » (GUILLOUARD (L), *Traité des contrats aléatoires et du mandat, op. cit.*, n° 197, p. 528).

1514 Le Professeur Clarise voit une différence essentielle, la ratification complète et la conformation corrige, « *l'auteur d'une confirmation rectifie ce que sa propre volonté avait créé, l'auteur d'une ratification approuve la volonté d'un tiers.* », (CLARISE (V.), *De la représentation : son rôle dans la création des obligations*, *op. cit.*, n° 106).

1515 MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 586.

1516 STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, *op. cit.*, p. 174, n° 236, « *il résulte que si le vice de défaut de pouvoirs entraîne la nullité de l'acte, l'opération sera consolidée par une confirmation, alors que, si une inopposabilité en découle, c'est un acte de ratification qui doit intervenir.* »

1517 PONT (P.), *Explication théorique et pratique du Code Civil, des petits contrats*, t. 1, Paris, Cotillon, 1865, p 562.

1518 Loi 60, Reg. Jur., lib. 10 *Disputationum* ou *Dig.* 46, 3, fr. 12, 4.

équivaut au mandat[1519]. Selon Franck Juredieu : « *cette maxime n'a guère fait l'objet d'explications ; comme une évidence, elle s'est toujours imposée d'elle-même pour caractériser la ratification.* »[1520].

Un autre jurisconsulte romain, Pomponius, arguait que la ratification permet au *gestor* de ne plus être tenu de l'action *negotiorum gestorum*, à condition qu'aucun dol ne soit constaté[1521]. Ulpien et Pomponius s'accordent pour dire que la ratification doit émaner du *dominus* qualifié mille six cents ans plus tard de mandant. Son action apporte un effet correctif et confirmatif à l'égard de l'acte de dépassement par principe fautif.

271. Un effet correctif et confirmatif à l'égard de l'acte de dépassement. Il s'agit de donner peau neuve à l'acte passé par le représentant afin de produire une sorte de « *correctifs à l'inefficacité de l'acte* »[1522]. L'effet correctif est souligné dans un arrêt récent de la Cour de cassation en date du 19 février 2013 : « *le mandant est obligé par les actes accomplis par le mandataire au-delà du pouvoir qui lui a été donné dès lors qu'il a ratifié ces actes ; que dès lors la ratification [...] purge cet acte du vice éventuel tiré de l'absence de pouvoir du mandataire.* ».[1523]. Ce procédé révèle également la volonté de légitimer une initiative personnelle du mandataire, l'ayant conduit à dépasser ses pouvoirs tout en retirant à l'acte son caractère fautif. D'une manière générale, la ratification du mandant couvre la responsabilité du mandataire[1524].

La ratification du représenté est spécialement envisagée par le Code civil dans ses dispositions relatives au contrat de mandat à l'article 1998 al. 2 disposant que le mandant peut « *ratifier expressément ou tacitement* » l'acte objet du dépassement de pouvoir du mandataire. Cet article ne présente pas seulement les conditions d'expression de la ratification mais dispose bien que cette manifestation de volonté engage le mandant pour les actes accomplis au-delà de la mission du mandataire[1525].

La réforme du droit des obligations a confirmé l'effet correctif et confirmatif de la ratification tout en renforçant la précision de cette règle. L'article 1156 alinéa 3 adapte en effet la portée de cette règle au regard des nouvelles sanctions propres au représenté et au tiers contractant[1526]. Cela signifie que la ratification du représenté lui retire le droit d'invoquer l'inopposabilité de l'acte tout en retirant au tiers-contractant le droit d'invoquer la nullité de

1519 DELAMARRE (E.), LE POITVIN (J.), *Traité du contrat de commission*, vol. 1, Delamotte, Paris, 1840, p. 222.

1520 JUREDIEU (F.), *Ratification et acte juridique, op. cit.*, n° 6.

1521 DEMANGEAT (C.), *Cours élémentaire de droit romain*, t. 2, librairie éditeur Marecq Ainé, Paris, 1866, p. 339.

1522 WÉRY (P.), *Droit des obligations Volume 1, Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p 170.

1523 Civ. 1er, 19 février 2013, pourvoi n° 12-13.076, Bull. civ. I, n° 18.

1524 MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 586.

1525 Article 1998 alinéa 2 du Code civil : « *Il n'est tenu de ce qui pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement.* »

1526 DOUVILLE (T.), *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 120.

l'acte[1527]. Cela demeure pleinement légitime car en acceptant d'être engagé par l'acte, le représenté renonce à la protection de l'inopposabilité. L'effet correctif de la ratification signifie enfin que l'acte engage valablement le représenté et le tiers-contractant ; il est donc normal que ce dernier perde le droit d'en invoquer la nullité dans la mesure où l'acte respecte finalement bien la volonté du représenté. La ratification supprime le vice affectant le contrat redevenu parfait entre les parties[1528] ; ce remède se présente en conséquence comme une voie d'exception afin de permettre le sauvetage de l'acte conclu en dépassement de pouvoir[1529] par l'acceptation de la gestion du mandataire[1530].

La ratification se présente donc comme un acte déterminant pour la situation du mandant, mais également pour celle du mandataire et des tiers. L'importance d'une telle décision est parfaitement perceptible en raison de son effet correctif mais surtout rétroactif.

272. L'effet rétroactif inhérent à la ratification. Dans une logique de fiction juridique, l'acte se régularise, exactement comme un acte régulier dès l'origine donc *ab initio*. La rétroactivité de l'acte est consacrée par un arrêt du 4 décembre 1979[1531]. Le fait que cette ratification touche en premier lieu les relations entre le mandant et le mandataire est logique car ce choix permet de rendre valable les actes du mandataire réalisés au-delà de ses pouvoirs[1532]. Cependant, il serait possible pour les créanciers du mandant d'obtenir l'annulation de la ratification du débiteur sur la base d'une action paulienne, en vertu de l'article 1341-2 du Code civil disposant que « *Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude.* ». Ce pouvoir est compréhensible

1527 « *L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peut plus être invoquée dès lors que le représenté l'a ratifiée.* » ; WICKER (G.), « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », *in La représentation en droit privé, 6e Journées franco-allemandes, op. cit.*, n° 38, p. 64 : « *l'effet est d'éteindre les deux sanctions de l'inopposabilité et de la nullité.* »

1528 WICKER (G.), « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », *art. cit.*

1529 DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 249.

1530 Civ. 3e, 12 mai 2010, pourvoi n° 08-20.544, Bull. civ. III, n° 92 ; *RTD com.*, 2011, p. 167, obs. B. Bouloc ; *RDI,* 2010, p. 379, obs. B. Boubli. Un couple de particuliers fait appel à un architecte lui conférant une mission de maîtrise d'œuvre en vue de la construction de leur future maison. L'architecte contacte plusieurs sociétés, l'une d'elles réclame aux époux un paiement supplémentaire. Le couple engage la responsabilité du maître d'ouvrage affirmant que celui-ci n'avait pas respecté l'enveloppe financière. Mais la cour de cassation rappelle que le couple avait ratifié les actes de l'architecte, ce qui entraînait approbation des actes. La position est claire, « *l'effet rétroactif de la ratification emportant approbation de la gestion du mandataire, les époux Rovello, mandants, ne disposaient d'aucun recours contre celui-ci.* » Le Professeur Bouloc pousse même le raisonnement plus loin et ne se contente pas de retenir l'acte de ratification mais analyse le comportement des époux, « *Les époux non seulement avaient ratifié certains marchés, […] et étaient présents aux côtés du maître d'œuvre au cours des réunions de chantier. Ils ne pouvaient donc pas remettre en question la gestion accomplie par l'architecte et ratifiée.* »

1531 Civ. 1er, 4 décembre 1979, pourvoi n° 78-14.493, Bull. civ. I, n° 304. Ainsi « *l'existence des procurations, dès lors qu'elle était admise, et qu'elle qu'en fut la date, emportait ratification rétroactive de l'acte passé par le mandataire* ».

1532 BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et WAHL (A.), *Traité théorique et pratique de droit civil*, *op. cit.*, p. 420, n° 789. La ratification « *rétroagit, dans les rapports entre le mandant et le mandataire, au jour où l'acte a été accompli ; elle équivaut à un mandat rétroactif.* »

car la ratification peut entrainer des dettes supplémentaires pour le mandant[1533]. La fraude doit être prouvée afin de légitimer cette action paulienne.

L'effet rétroactif de la ratification n'est pas expressément prévu par l'article 1156 alinéa 3 du Code civil. Ce texte est à nouveau imprécis sur la manière dont s'opère réellement la ratification[1534] à la différence des dispositions relatives à la ratification en présence d'un porte-fort[1535].

Les tiers sont également touchés par la rétroactivité, mais son effet est atténué à leur égard dans le sens où elle ne saurait menacer leurs droits acquis avant la ratification[1536]. L'objectif est de ne pas nuire, par la ratification, aux tiers ayant acquis des droits liés durant la conclusion de l'acte[1537]. Les mesures de publicité doivent également être envisagées par le ratifiant afin de respecter le droit élémentaire du tiers d'en recevoir l'information comme le confirme l'arrêt du 4 mars 1891[1538]. Les tiers restent tenus de maintenir à l'égard du mandant les engagements contractés.

273. Une rétroactivité minoritairement contestée par la doctrine. Si la rétroactivité de l'acte ratifié est majoritairement acceptée en doctrine, quelques auteurs émettent pourtant des réserves.

Le Professeur Laurent rejette la rétroactivité de la ratification des actes du mandataire entre les parties. Il démontre qu'en présence d'un dépassement de pouvoir, le mandataire n'est pas engagé car il n'a pas traité en son nom personnel, le mandant n'est pas non plus obligé car le mandataire ne pouvait pas traiter en son nom pour réaliser cet acte[1539]. Cette

---

1533 DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, *op. cit.* n° 126. La ratification signifie que le mandant estime que l'opération est bonne ou tout du mois acceptable, par conséquent « *le mandataire doit être indemne.* » Ce dernier sera en droit d'obtenir les intérêts de ses avantages concédés au mandant.

1534 DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 250.

1535 Voir notamment l'article 1204 alinéa 3 du Code civil : « *Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit.* »

1536 BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 694 : « *l'acte ratifié est censé avoir été, dès l'origine, conclu valablement pour le représenté, et c'est donc lui qui se trouve seul obligé, sous réserve naturellement des droits des tiers.* » RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 546. Les Professeurs Deshayes, Genicon et Laithier maintiennent pourtant leur interrogation à ce sujet : « *Il subsiste tout de même un doute sur le point de savoir si cette rétroactivité pourra opérer au détriment des intérêts d'un tiers, notamment celui qui aura constitué un droit dans l'intervalle.* » (DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 250). Un arrêt ancien et isolé de la Cour de cassation a effectivement reconnu en 1891 que la ratification d'un acte de dépassement ne pouvait valablement préjudicier aux tiers qu'à la condition que ledit acte leur ait été révélé. Sur ce point, Cass. Civ. 4 mars 1891 : *DP* 1891, 1, p. 313.

1537 BARTHELEMY (L.-E.), *Du mandat en droit romain et en droit civil français*, thèse, Toulouse, 1886, p. 211 : » … *mais la ratification […] ne pourrait causer le moindre préjudice aux tiers qui auraient acquis des droits ex intervallo*. »

1538 Civ. 4 mars 1891, DP 1891.I.313, « *cet effet rétroactif ne peut être opposé aux tiers qu'autant que l'existence de l'acte ratifié leur a été révélée soit par une inscription, soit par une transcription suivant la nature de l'acte.* »

1539 LAURENT (F.), *Cours élémentaire de droit civil*, *op. cit.*, n° 169 : « *la convention qui intervient entre le mandataire et les tiers est donc inexistante, car il n'y a pas de convention sans consentement*. » La ratification ultérieure du mandant se traduit par un consentement engendrant une convention jusque-là inexistante. Le Professeur arrive au cœur de sa

…/…

position est partagée par le Professeur Huc[1540] estimant que l'obligation n'existant pas réellement, la ratification ne peut être rétroactive si la loi ne prévoit pas une telle fiction juridique. Le Professeur Clarise[1541] reconnait que la maxime *Ratihabitatio mandato oequiparatur* ne figure pas dans le Code civil et souligne que l'article 1998 ne dispose nullement que la ratification entraine indubitablement une fiction juridique. Cet article désigne cependant un acte antérieur, « *ce qui a pu être fait* … ».

Au-delà de ces auteurs, la très grande majorité de la doctrine accepte légitimement l'effet rétroactif inhérent au processus de ratification de l'acte de dépassement[1542].

Le mandant n'est pas le seul créancier susceptible de bénéficier du mécanisme de la ratification. Le maître d'ouvrage peut aussi approuver un acte de dépassement de l'entrepreneur matérialisé par l'accomplissement de travaux supplémentaires. La faculté de ratifier l'acte de dépassement constitue bien un point commun supplémentaire entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise. Il est pourtant excessif d'en déduire que la mise en œuvre de cette ratification est rigoureusement identique entre le mandant et le maître d'ouvrage.

C. La mise en œuvre de la ratification par le maitre d'ouvrage

274. La ratification des travaux supplémentaires. En l'absence d'un accord préalable conforme à l'article 1793, le maître d'ouvrage peut unilatéralement décider de payer les travaux supplémentaires à l'entrepreneur en procédant à une ratification de l'acte[1543]. Cette ratification constitue par nature une approbation postérieure aux travaux[1544]. L'origine de cette approbation spécifique est jurisprudentielle et non législative car l'article 1793 du Code civil mentionne uniquement l'acceptation préalable.

Cette évolution commence au début de la seconde moitié du XX[e] siècle et plus spécifiquement en 1962[1545] afin d'étendre la liberté offerte au maître d'ouvrage d'approuver

---

pensée en arguant que « *les conventions n'ont d'effet que du jour où le concours de consentement a lieu. La rétroactivité serait une véritable fiction, et il n'y a pas de fiction sans loi, le silence de la loi est donc décisif.* »

1540 HUC (T.), *Commentaire théorique et pratique du Code civil, t.* 12, Paris, Pichon, 1892, n° 91, p. 118.

1541 CLARISE (V.), *De la représentation : son rôle dans la création des obligations*, *op. cit.*, n° 106.

1542 Par exemple, BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 954 ; COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux, op. cit.*, n° 658 ; MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 585.

1543 THIOYE (M.), *JurisClasseur Civil Code*, V° Louage d'ouvrage et d'industrie, Fasc. 20, 2013, n° 65. MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 768, p. 481.

1544 BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 604 : « *Cet agrément postérieur des travaux et de leur prix par le maître, l'oblige au paiement car il s'agit en réalité d'une acceptation postérieure du contrat supplémentaire relatif à ces travaux.* »

1545 Civ. 1[er], 4 juin 1962, Bull. civ. I, n° 282 : « *Qu'en se bornant, pour rejeter la demande de l'entrepreneur, a constaté que l'ordre écrit n'avait pas été préalablement donné, sans rechercher si l'acceptation des travaux donnée « après coup par écrit » par le mandataire du maître de x, n'était pas de nature à engager la responsabilité de ce dernier, l'arrêt attaqué n'a pas donné une base légale à sa décision.* »

l'acte de dépassement de l'entrepreneur. L'article 1793 est en effet très restrictif car il encadre la liberté du maître tenu de se prononcer uniquement avant l'exécution des travaux par une approbation *a priori* et non par une ratification *a posteriori*. La Cour de cassation fait ainsi évoluer la recherche de la preuve du consentement du maître en reconnaissant désormais l'acceptation des travaux « *donnée après coup* »[1546].

L'application stricte de l'article 1793, aurait privé de tout effet l'agrément du maître une fois le dépassement accompli. Cela est paradoxal car l'intérêt du dépassement sera plus facilement perceptible pour le maître après sa réalisation. En effet, le dépassement de l'entrepreneur se manifeste nécessairement par l'exécution de travaux supplémentaires ; or la réalisation matérielle de ces travaux a pour effet de rendre le dépassement à la fois plus concret et surtout plus identifiable. Il sera donc plus aisé pour le maître de réaliser l'intérêt d'une ratification sur des travaux déjà accomplis. Ce constat permet de comprendre la légitimité d'une telle démarche et justifie pleinement la reconnaissance par la jurisprudence de l'agrément du maître *a posteriori* des travaux.

On peut regretter que l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Capitant n'ait pas consacré cette évolution. Son article ne dit mot sur la ratification du maître comme moyen d'acceptation exprimé postérieurement aux travaux. Il dispose seulement que le constructeur « *ne peut demander une augmentation du prix que si ces travaux ont été commandés par le client, acceptés par lui* … ». La critique réside dans l'imprécision de la formulation. La référence indirecte à la ratification peut être identifiée à la lecture de la seconde condition « *accepté par lui* » mais les rédacteurs peuvent aussi faire référence à l'accord préalable du maître par cette seule indication. En effet, il a été démontré que l'acceptation du maître pouvait se manifester *a priori* ou *a posteriori* mais les rédacteurs font-ils référence à l'approbation ou à la ratification ? La formulation est donc imprécise ; et même si la mention « *accepté par lui* » fait probablement référence à la ratification[1547], cette formulation ne présente absolument aucune condition relative à la ratification.

275. Les conditions de la ratification du maître d'ouvrage. La ratification du maître d'ouvrage l'engage à payer à l'entrepreneur les travaux supplémentaires à condition que son accord soit exprès et sans ambiguïté[1548]. Les travaux supplémentaires ne peuvent donc être payés par le maître sans ratification de sa part[1549]. La jurisprudence est sur ce point constante depuis plus de cinquante ans afin de s'assurer que le maître a effectivement renoncé à la protection du

---

1546 *Ibid.*

1547 Association Henri Capitant, *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, Exposé des motifs, p. 8 : « *En ce qui concerne la construction d'un immeuble, l'article 86 reprend l'article 1793 en y intégrant l'interprétation jurisprudentielle qui en a été donnée dans l'alinéa 2.* » Cette seule indication relative au contenu de l'article 86 demeure imprécise car les rédacteurs mentionnent seulement une « *interprétation jurisprudentielle* ». Or cette interprétation jurisprudentielle peut être celle relative à la ratification ou celle relative au bouleversement de l'économie du contrat. La lettre de l'article 86 ne permet pas de savoir quel mécanisme est spécifiquement visé par les rédacteurs.

1548 THIOYE (M.), *JCL Civil Code*, V° Louage d'ouvrage et d'industrie, Fasc. 20, 2013, n° 65.

1549 Civ. 3e, 3 juin 1982, pourvoi n° 80-15.813, inédit ; Civ. 3e, 1er février 1984, pourvoi n° 82-15.008, inédit ; BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 604.

non-paiement du coût des travaux[1550]. La Cour de cassation reconnaît en 2006 une nécessité de généraliser la protection du maître en soutenant que, quelle que soit la qualification du marché, il est impératif de constater que les travaux supplémentaires ont été commandés avant leur exécution ou acceptés sans équivoque après leur réalisation[1551].

La ratification doit être certaine, claire[1552] et dénuée d'équivoque[1553] afin de confirmer l'authenticité de l'agrément du ratifiant. Cette manifestation de volonté non équivoque et unilatérale du maître d'ouvrage peut être constatée au moment de l'achèvement[1554] des travaux mais surtout lors de la réception[1555]. En ce sens, le seul fait de ne pas émettre d'opposition durant l'accomplissement des travaux supplémentaires ou encore de ne transmettre aucune réserve au moment de la réception ne peut suffire à caractériser une ratification de l'acte objet du dépassement[1556].

Les modalités de la ratification restent incertaines en jurisprudence. Une excessive et dangereuse souplesse jurisprudentielle[1557] est notamment constatée en 1970 lorsque la Cour de cassation constate une ratification en soulignant que le maître avait uniquement reconnu

---

1550 Civ. 3e, 3 octobre 1968, Bull. civ. III, n° 357 : « *Delfieu […] avait donné son accord pour le paiement des travaux supplémentaires justifiés, postérieurement à leur achèvement* … » ; Civ. 3e, 18 janvier 1972, pourvoi n° 70-12.560, Bull. civ. III, n° 37 : « *il en est autrement si au cas où le maître de l'ouvrage a accepté ces travaux postérieurement à leur achèvement.* » ; Civ. 3e, 15 novembre 1972, pourvoi n° 71-11.651, Bull. civ. III, n° 611 ; Civ. 3e, 20 février 1973, pourvoi n° 72-10.728, Bull. civ. III, n° 139 ; Civ. 3e, 12 juin 1979, pourvoi n° 77-15.889, Bull. civ. III, n° 128 ; Civ. 3e, 18 juin 1997, pourvoi n° 95-11.803, inédit : « *Qu'en statuant ainsi, sans relever, à défaut de l'autorisation écrite du maître de l'ouvrage, préalable aux travaux, son acceptation expresse et non équivoque, de l'ensemble des travaux supplémentaires exécutés, la cour d'appel a violé le texte susvisé.* » ; Civ. 3e, 31 mai 2000, pourvoi n° 98-18.736, inédit : « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que les parties avaient signé un marché forfaitaire, sans rechercher, à défaut d'une autorisation écrite préalable aux travaux […] si les ouvrages supplémentaires avaient fait l'objet d'une acceptation expresse et non équivoque par les maîtres de l'ouvrage après leur réalisation, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision de ce chef.* »

1551 Civ. 3e, 27 septembre 2006, pourvoi n° 05-13.808, Bull. civ. III, n° 189 : « *Qu'en statuant par de tels motifs, qui, quelle que soit la qualification du marché, ne suffisent pas à établir que la SCI avait expressément commandé les travaux supplémentaires avant leur réalisation, ou les avait acceptés sans équivoque après leur exécution, la cour d'appel a violé le texte susvisé.* »

1552 COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux, op. cit.*, n° 755. Voir aussi : Civ. 3e, 11 janvier 2011, pourvoi n° 10-12.265, inédit ; *RDI,* 2011, p. 222, obs. C. Noblot. Il s'agit d'un « *obiter dictum* » selon Cyril Noblot, permettant à la Cour de cassation de rappeler une règle préexistante au regard de la jurisprudence antérieure.

1553 Par exemple, Civ. 3e, 24 janvier 1990, pourvoi n° 88-13.384, Bull. civ. III, n° 28.

1554 Civ. 3e, 13 février 2007, pourvoi n° 05-22.019, inédit ; *RDI,* 2007, p. 275, obs. B. Boubli. Civ. 3e, 8 février 2018, pourvoi n° 17-10.913, inédit.

1555 Civ. 3e,17 mai 1995, pourvoi n° 93-17.884, inédit ; Civ. 3e, 18 juin 1997, pourvoi n° 95-11.803, inédit.

1556 Civ. 3e, 20 juin 2001, pourvoi n° 99-11.590, inédit ; *Defrénois,* 2002, p. 55, note H. Périnet-Marquet. Civ. 3e, 11 mars 2008, pourvoi n° 07-10.300, inédit : « … *que le maître de l'ouvrage n'établit pas la responsabilité de la société EBM dans la nécessité d'exécuter de tels travaux, différents de ceux objets du marché, et qu'il a réceptionné sans réserve ces travaux supplémentaires commandés en urgence par son architecte ; Qu'en statuant ainsi, par des motifs inopérants, et alors qu'elle avait relevé que le marché était forfaitaire* … ». LIET-VEAUX (G.), *Jurisclasseur Construction – Urbanisme*, Fasc. 201 : Marché d'entreprise immobilière, 2011, n° 52

1557 LABARTHE (F.) NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, *op. cit.*, n° 399, p. 224 : « *la jurisprudence est relativement souple en ce qui concerne l'établissement de cette acceptation.* »

l'existence de travaux supplémentaires dont il avait sous-estimé la valeur[1558]. Cette justification est totalement critiquable car elle ne prouve en aucune façon une manifestation de volonté unilatérale. Le maître reconnaît seulement que des travaux supplémentaires peuvent être légitimes au regard de ces premières instructions mais cela ne signifie pas pour autant qu'il accepte de s'engager à les payer. Cette décision ne tient absolument pas compte de la condition pourtant essentielle d'un accord certain et non équivoque. Plus grave encore, selon un arrêt de 1971, heureusement isolé, le seul silence du maître à la réception de la facture vaut ratification des travaux supplémentaires[1559]. Pourtant, l'inaction du maître ne peut pas valablement s'apprécier comme un silence évocateur caractérisant une acceptation tacite[1560].

Fort heureusement, la Cour de cassation réaffirme en 1990[1561] et plus récemment en 2006 que le silence seul ne vaut pas ratification[1562]. Il en est différemment si le maître d'ouvrage silencieux procède au paiement des travaux supplémentaires[1563] comme le précise clairement un arrêt de la Cour de cassation en date du 29 mai 2013 : « *le paiement sans contestation ni réserve de la part du maître de l'ouvrage, de la totalité du montant des situations de travaux supplémentaires vaut acceptation sans équivoque desdits travaux après leur achèvement dans le cadre d'un marché à forfait* »[1564].

Le maître d'ouvrage sera-t-il irrémédiablement de mauvaise foi s'il laisse les travaux supplémentaires se poursuivre sans réagir ? Il est possible de répondre positivement si le maître reste volontairement inactif sans ratifier dans le seul but de bénéficier de la protection offerte par l'article 1793. Il en serait différemment dans l'hypothèse où le maître d'ouvrage est dans l'incapacité d'identifier les travaux caractérisant un dépassement de mission de l'entrepreneur. Pour certains auteurs, l'inaction du maître révèle par principe une manifestation de mauvaise foi[1565] ; ce n'est pourtant pas toujours aussi simple car l'inaction résulte parfois d'une totale méconnaissance de la réalité du dépassement.

276. Volonté expresse ou tacite. La jurisprudence dominante favorise, à juste titre, une manifestation de volonté expresse et non équivoque afin de caractériser la ratification du

1558 Civ. 3e, 8 janvier 1970, pourvoi n° 68-12.041, Bull. civ. III, n° 20.

1559 Civ. 3e, 19 octobre 1971, pourvoi n° 70-11.510, Bull. civ. III, n° 495.

1560 BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 604 : « *le simple silence à réception des factures n'est pas suffisant.* »

1561 Civ. 3e, 24 janvier 1990, pourvoi n° 88-13.384, Bull. civ. III, n° 28.

1562 Civ. 3e, 26 septembre 2006, pourvoi n° 05-18.070, inédit.

1563 Par exemple, lorsque le maître des acomptes excédant le montant global du forfait : Civ. 3e, 4 mars 1971, pourvoi n° 69-14.152, Bull. civ. III, n° 155. Il en est de même lorsque le paiement des travaux supplémentaires est intégral : Civ. 3e, 24 mai 1972, pourvoi n° 71-10.959, Bull. civ. III, n° 323. Plus récemment : Civ. 3e 29 mai 2013, pourvoi n° 12-17.715, Bull. civ. III, n° 67 ; Civ. 3e, 7 juillet 2015, pourvoi n° 13-18.054, inédit. Voir aussi : Civ. 3e, 8 février 2018, pourvoi n° 17-10.913, inédit.

1564 Civ. 3e, 29 mai 2013, pourvoi n° 12-17.715, Bull. civ. III, n° 67.

1565 MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 768, p. 481 : « *le maître est de mauvaise foi s'il laisse faire les travaux sans réagir.* »

maître d'ouvrage[1566], y compris en présence de forfaits non soumis à l'article 1793[1567]. Pourtant, dans une décision de 1959, la Cour de cassation relève qu'un accord verbal et exprès du maître portant sur les modifications du plan ne peut suffire à caractériser une ratification dénuée d'équivoque[1568]. Légitimement, la première Chambre civile de la Cour de cassation décide l'inverse quatre ans plus tard. Elle reconnaît en effet le 18 juin 1963[1569] qu'un accord verbal peut être suffisant et fait ainsi preuve d'une souplesse excessive dans sa caractérisation de la ratification du maître d'ouvrage. La Cour de cassation fait donc preuve sur cette question d'une certaine incohérence au regard du faible laps de temps séparant ces deux décisions diamétralement opposées.

La décision de 1959 précédemment mentionnée est en partie appréciable car l'accord portant sur de telles modifications ne prouve pas avec certitude que le maître consent à payer des travaux supplémentaires. Il est tout à fait possible d'envisager dans cette hypothèse que le maître ne saisisse pas réellement le lien entre cette modification et l'existence de travaux supplémentaires. Comment serait-il alors possible d'en déduire une acceptation d'en payer le prix ? Cet accord verbal est bien équivoque donc par nature insatisfaisant au regard de la nécessaire sécurité du maître d'ouvrage.

Dans une logique identique, le maître ne peut être tenu de payer des travaux supplémentaires sur le fondement que ceux-ci ne pouvaient échapper à son attention[1570]. Une telle déduction d'un accord tacite du maître est excessivement aléatoire et incertaine donc pleinement équivoque. Il en est de même lorsque la ratification est déduite par la cour d'appel par le seul constat de la présence du maître d'ouvrage aux réunions de chantier aux cotés de l'architecte[1571]. Un tel fait ne prouve en aucune façon que le maître accepte de payer les travaux supplémentaires.

D'une manière générale, la ratification du maître d'ouvrage l'engage à payer à l'entrepreneur le coût des travaux supplémentaires mais ce paiement se limite aux travaux expressément autorisés[1572]. Dans une logique similaire à celle de la ratification du mandant, l'acceptation des travaux supplémentaires doit émaner du bénéficiaire de la prestation donc du maître d'ouvrage afin de pouvoir apprécier efficacement et personnellement l'intérêt d'une ratification.

1566 Civ. 3e, 3 juin 1998, pourvoi n° 96-20.671, inédit ; *RDI,* 1998, p. 372, obs. B. Boubli : « *Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si le maître de l'ouvrage avait accepté de façon expresse et non équivoque l'exécution de travaux supplémentaires, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » ; Civ. 3e, 31 mai 2000, pourvoi n° 98-18.736, inédit ; Civ. 3e, 8 avril 2008, pourvoi n° 07-11.759, inédit.

1567 Civ. 3e, 27 septembre 2000, pourvoi n° 98-19.680, inédit. Il s'agit en l'espèce de simples travaux de peinture et non de travaux portant sur le gros œuvre d'un bâtiment.

1568 Civ. 1er, 9 février 1959, *D.*, 1959, p. 105.

1569 Civ. 1er, 18 juin 1963, Bull. civ. III, n° 323.

1570 Civ. 3e, 20 février 1973, pourvoi n° 72-10.728, Bull. civ. III, n° 139.

1571 Civ. 3e, 27 juin 1979, *Gaz. Pal.*, 1979, 2, p. 489 ; Civ. 3e, 15 novembre 1995, pourvoi n° 94-12.930, inédit.

1572 Civ. 3e, 7 mai 1997, pourvoi n° 95-10.961, inédit ; *RDI,* 1997, p. 444, obs. Ph. Malinvaud, B. Boubli.

Une évidence apparaît à ce stade de l'étude : les hypothèses de tolérance du dépassement offertes aux parties sont nombreuses et communes aux contrats de mandat et d'entreprise. Le point commun liant la gestion d'affaires du prestataire et la ratification du bénéficiaire réside dans l'expression de la volonté des parties. Il existe cependant un dernier moyen de neutralisation du dépassement propre au contrat d'entreprise et pleinement indépendant de la volonté des parties : la théorie du bouleversement de l'économie du contrat.

SECTION II.
EN RAISON DU BOULEVERSEMENT DE L'ECONOMIE DU CONTRAT D'ENTREPRISE

277. Domaine de la théorie du bouleversement de l'économie du contrat : le marché à forfait de construction de bâtiment. L'entrepreneur échappe au formalisme rigoureux qu'impose l'article 1793 pour obtenir le paiement des travaux supplémentaires lorsqu'il sort du champ d'application du forfait. Cette neutralisation ne dépend pas directement de la volonté des parties bien que les agissements du maître d'ouvrage, qui bouleverse l'économie du contrat, en soient à l'origine. La jurisprudence a développé ce tempérament qui a pour objet la protection de l'entrepreneur et qui aboutit à une atténuation de la sévérité que l'article 1793 manifeste à son égard. C'est un moyen de « *remettre en cause* » la lettre et la portée excessivement protectrice de ce texte en faveur du maître d'ouvrage[1573]. Les rédacteurs du Code civil étaient guidés par une défiance à l'encontre de l'entrepreneur faisant preuve d'une certaine mauvaise foi et profitant des faiblesses d'un maître d'ouvrage profane[1574]. Aujourd'hui, cette approche n'est pas écartée mais les rapports entre l'entrepreneur et le maître sont rééquilibrés par la prise en compte d'un risque de mauvaise foi du client. Il ne s'agit donc pas de totalement occulter la possible mauvaise foi de l'entrepreneur mais simplement de tenir compte également de celle du maître d'ouvrage afin de préserver les intérêts de l'entrepreneur.

278. Consécration de la théorie du bouleversement de l'économie du contrat. La notion de « *bouleversement* » fut à l'origine employée dans la sphère administrative[1575] afin d'encadrer

1573 BÉNABENT (A.), note sous Civ. 3e, 24 janvier 1990 : « *une innovation jurisprudentielle relativement récente inspirée par le souci d'éviter une application trop stricte de l'art. 1793 à des cas extrêmes.* »

1574 Voir *supra* n° 142 et s.

1575 Exemple : TA Lille, 18 juin 1974, Lebon, 1974. Plus récemment : CE, 29 septembre 2010, n° 319481, Babel (Sté), Lebon ; *AJDA* 2010, p. 1856 ; *RDI,* 2010, p. 554, obs. R. Noguellou. Sur ce point, LAGELEE-HEYMANN (M.), *Le contrat à forfait*, préface de Laurent Aynès, t. 76, IRJS éditions, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, 2016, n° 435. BOUBLI (B.), « Le bouleversement de l'économie du contrat dans les marchés publics et les marchés privés », *in Confluences, Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller*, Paris, LGDJ, Montchrestien, 2007, p. 201.

l'application de la théorie des sujétions imprévues[1576]. La prise en compte du critère de bouleversement des conditions d'exécution était à l'origine propre aux contrats publics de construction. Le juge judiciaire l'employa plus tardivement dans les années 1970[1577] mais ce n'est qu'en 1990 qu'un arrêt de la Cour de cassation consacre expressément cette notion[1578].

L'article 86 de l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Capitant fait sienne cette règle jurisprudentielle. Son second alinéa dispose que si l'entrepreneur « *effectue des travaux supplémentaires non nécessaires à la réalisation de l'ouvrage ou de la partie d'ouvrage initialement convenu, il ne peut demander une augmentation du prix que si ces travaux ont été commandés par le client, acceptés par lui, ou si, voulus par lui, ils aboutissent, par leur ampleur, à un bouleversement de l'économie du contrat.* ».

Cette disposition reprend les deux conditions dégagées par les tribunaux pour admettre le bouleversement de l'économie du contrat, conditions nécessaires à l'application de la théorie du bouleversement de l'économie : l'origine du bouleversement et son ampleur.

279. L'origine du bouleversement. Le bouleversement est caractérisé par une situation de fait dans laquelle les changements substantiels apportés au marché par le maître font perdre au contrat son caractère forfaitaire[1579]. La dénaturation du caractère forfaitaire du marché initial a pour origine un changement dans l'objet du contrat[1580]. Le Professeur Bénabent présente ainsi « *l'idée de novation par changement d'objet*. »[1581]. On se trouve par conséquent en présence d'un déséquilibre profond entre les prestations des parties[1582].

1576 BOUBLI (B.), note sous Civ. 3e, 2 juillet 2002, Sté Eiffage Construction c/ Sté HLM le Nouveau Logis – Arrêt n° 1184 F-D ; *RDI,* 2002, p. 392 : « *Et si le bouleversement de l'économie du contrat s'inspirait de la théorie des sujétions imprévues ?* ».

1577 CA Dijon, 17 février 1971, *D.*, 1971, p. 371.

1578 Civ. 3e, 24 janvier 1990, pourvoi n° 88-13.384, Bull. civ. III, n° 28 ; *D.*, 1990, p. 257, note A. Bénabent ; *RDI,* 1990, p. 370, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli : « *Qu'en statuant ainsi, sans constater que les modifications demandées avaient entraîné un bouleversement de l'économie des contrats, sans relever, à défaut d'une autorisation écrite préalable aux travaux, l'acceptation expresse et non équivoque, par le maître de l'ouvrage, de ces travaux une fois effectués et sans rechercher si le maître d'œuvre avait reçu mandat à cet effet, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision de ce chef* ». Selon le Professeur Bénabent : « *Voici un arrêt par lequel la Cour suprême satisfait à sa mission : il présente l'intérêt pédagogique de rassembler, en une phrase, les différents cas dans lesquels on peut admettre un supplément de prix en présence d'un marché à forfait. Il résume et fixe l'état de la jurisprudence sur ce point et le fait de façon d'autant plus nette qu'il prononce une cassation*. » L'auteur poursuit sa réflexion en mentionnant l'intérêt de cet arrêt : « *Le pas est franchi par notre décision, qui sera publiée, et qui adopte l'expression de* « *bouleversement de l'économie du contrat* ». »

1579 PÉRINET-MARQUET (H.), *Marchés privés de travaux : obligations du maître d'ouvrage*, Œuvre collective sous la direction de Philippe Malinvaud, Dalloz action, droit de la construction, 2018, n° 401.84. Civ. 3e, 18 juin 1986, *RDI*, 1986, p. 465.

1580 FAURE-ABBAD (M.), *Droit de la construction*, 3e éd., Gualino, 2016, p. 54.

1581 BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 599.

1582 PIMONT (S.), *L'économie du contrat*, préface de Jean Beauchard, PUAM, 2004, p. 255.

Cette théorie repose sur la nécessité d'atténuer la rigueur du principe issu du caractère forfaitaire du marché[1583]. Il s'agit d'une rupture de l'équilibre financier de l'opération[1584] portant par essence atteinte aux intérêts du prestataire[1585]. Le bouleversement peut ainsi être analysé comme le révélateur d'une atteinte à la fidélité du contrat. Les Professeurs Raynard et Seube qualifient en ce sens le bouleversement de l'économie du contrat de « *porte de sortie pour l'entrepreneur* »[1586], donc comme un moyen de lutter de manière équitable contre le formalisme *ad validatem* imposé par l'article 1793. La jurisprudence fait cependant exceptionnellement application de ce principe pour des contrats d'entreprise qui n'entrent pas dans le domaine d'application de cette disposition. Il en est ainsi dans un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 6 décembre 2000 pour un contrat de pilotage de chantier[1587].

Déterminer l'ampleur des changements qui caractérisent le bouleversement de l'économie du marché à forfait est une tâche difficile[1588]. En effet, le bouleversement nait d'un changement apporté au forfait par le maître et ne résultant pas de circonstances extérieures[1589] à l'exécution contractuelle[1590]. Il importe peu d'identifier le moment durant lequel ces changements ont pour effet de provoquer ledit bouleversement, il faut simplement constater l'ampleur des modifications afin d'en déduire un bouleversement[1591]. Le bouleversement du contrat correspond en pratique à « *une modification tellement importante du contrat qu'il en devient méconnaissable, que son équilibre en est totalement bouleversé.* »[1592]. Un bouleversement est ainsi reconnu en jurisprudence lorsque le maître commande de nouveaux

1583 KARILA (L.), CHARBONNEAU (C.), *Droit de la construction : responsabilités et assurances*, 3e éd., LexisNexis, 2017, n° 487, p. 351.

1584 BOUBLI (B.), « Les modifications apportées au marché par le maître d'ouvrage », *RDI,* 2000, p. 482.

1585 La modification apportée bouleverse la nature et le coût des travaux au regard des prévisions du marché. FAURE-ABBAD (M.), *Droit de la construction*, 3e éd., Gualino, 2016, p. 54. Civ. 3e, 8 mars 1995, pourvoi n° 93-13.659, Bull. civ. III, n° 73.

1586 RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 492.

1587 Civ. 3e, 6 décembre 2000, pourvoi n° 99-13.429, Bull. civ. III, n° 183, *RDI* 2001, p. 54, *RJDA*, 03/01, n° 2999, *Defrénois*, 2001, art. 37384, obs. H. Perinet-Marquet.

1588 LABARTHE (F.) NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, *op. cit.*, n° 398 : « *La notion même n'est pas bien définie, mais la jurisprudence semble essentiellement considérer qu'elle correspond à une modification de l'objet du contrat*. » Voir aussi : BOUBLI (B.), « Les travaux supplémentaires dans le marché à forfait », *RDI,* 1986, p. 416. BOUBLI (B.), « Les modifications apportées au marché par le maître d'ouvrage », *RDI,* 2000, p. 482 : « *la notion reste vague* ».

1589 Civ. 3e, 26 février 2008, pourvoi n° 06-20.801, inédit : « *Qu'en statuant ainsi, alors que le bouleversement de l'économie du contrat ne peut faire perdre au marché son caractère forfaitaire que s'il résulte de modifications voulues par le maître de l'ouvrage, la cour d'appel, qui a constaté qu'elles étaient la conséquence d'actes de la société Arcos n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé le texte susvisé* ».

1590 BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 605.

1591 KARILA (L.), CHARBONNEAU (C.), *Droit de la construction : responsabilités et assurances*, 3e éd., LexisNexis, 2017, n° 494, p. 355.

1592 *Ibid.*

travaux agrandissant de manière significative la surface globale de l'ouvrage[1593]. Il en est de même lorsque le maître demande à l'entrepreneur de construire sur un autre terrain[1594].

Le Professeur Boubli définit le bouleversement de l'économie du contrat comme une situation résultant « *du déséquilibre objectif entre prestations convenues et prestations réalisées* »[1595]. Cette définition doit cependant être complétée car une telle description demeure aussi pleinement applicable à la notion plus générale de dépassement de mission. Le bouleversement dépend avec certitude des travaux supplémentaires souhaités par le maître d'ouvrage[1596] et accomplis par l'entrepreneur. Or cette délimitation secondaire est insuffisante car l'identification des travaux à l'origine du bouleversement reste toujours incomplète. Cette notion de bouleversement semble donc bien incertaine voire aléatoire mais elle peut tout de même être appréciée au regard de deux critères distincts mais complémentaires. Il peut en effet être possible d'identifier le bouleversement par l'intermédiaire d'une approche subjective ou encore objective du changement à l'origine de ce constat.

280. Les méthodes d'appréciation du bouleversement. Le bouleversement peut être analysé subjectivement au regard d'une conception spécifiquement qualitative des travaux supplémentaires demandés par le maître d'ouvrage. Cette approche permet d'identifier les effets de ces travaux supplémentaires sur la totalité des travaux originellement prévus au contrat. La méthode subjective ne tient pas compte du montant des travaux supplémentaires mais uniquement de leur effectivité au regard des travaux prévus dans le contrat d'origine. Cette méthode prend en considération la nature des travaux supplémentaires[1597] et non leur ampleur[1598]. Cette approche subjective est très peu utilisée en jurisprudence car elle ne repose sur aucun élément de référence fiable susceptible de constater avec certitude l'existence d'un bouleversement. L'appréciation souveraine revient aux juges du fond bien qu'une multitude de conceptions différentes de la notion de bouleversement puisse poser un problème de cohérence jurisprudentielle dans la prise en compte de cette notion. La méthode qualitative est donc critiquable en raison de son incertitude découlant de son imprécision par nature subjective. Ce constat justifie par ailleurs le recours majoritaire de la jurisprudence à la seconde méthode objective et quantitative.

Le bouleversement peut aussi être analysé à travers une conception objective par nature plus rigoureuse et par conséquent plus sécurisante pour l'entrepreneur. Cette méthode consiste dans un premier temps à apprécier la quantité de travaux supplémentaires afin de fixer un montant indicatif et révélateur de leur ampleur. Dans un second temps, il convient

---

1593 Civ. 3e, 26 juin 2002, pourvoi n° 00-19.265, inédit.

1594 Civ. 1er, 18 mars 1963, Bull. civ. I, n° 164.

1595 BOUBLI (B.), note sous Civ. 3e, 2 juillet 2002, Sté Eiffage Construction c/ Sté HLM le Nouveau Logis – Arrêt n° 1184 F-D ; *RDI,* 2002, p. 392.

1596 BÉNABENT (A.), note sous Civ. 3e, 24 janvier 1990, *D.*, 1990, p. 257 : « *ce bouleversement résulte de* « *modifications demandées* »*, ce qui exclut à la fois les initiatives personnelles de l'entrepreneur et l'intervention d'événements extérieurs*. »

1597 *Ibid.*

1598 Civ. 3e, 26 février 1985, *RDI*, 1985, p. 574 (adjonction d'une patinoire).

de comparer le montant des travaux supplémentaires au montant global des travaux initialement fixé dans le contrat d'origine[1599] afin d'établir un ratio représentatif. Cette méthode permet de calculer un pourcentage illustrant l'importance des travaux supplémentaires par rapport aux travaux initialement prévus[1600]. Le bouleversement de l'économie sera retenu en fonction de cette méthode objective et quantitative lorsque la masse des travaux supplémentaires représente un pourcentage significatif du montant du contrat d'origine[1601]. La question se pose alors de savoir quel pourcentage est susceptible de produire un véritable bouleversement de l'économie du contrat[1602]. Le seul constat d'un surcoût est insuffisant car l'entrepreneur supporte d'une manière générale l'aléa économique en présence d'un marché à forfait. Il faut par conséquent déterminer une limite qui, une fois franchie, révélerait l'existence d'un bouleversement par nature préjudiciable pour l'entrepreneur. La jurisprudence a fait, sur ce point, l'objet d'une évolution significative et a joué un rôle déterminant dans la prise en compte réelle des intérêts du prestataire.

281. L'évolution de la jurisprudence. Dans un premier temps, la Cour de cassation a favorisé une conception stricte voire restrictive de la théorie du bouleversement de l'économie du contrat en retenant régulièrement un pourcentage particulièrement élevé car supérieur à 50 % du montant d'origine[1603]. Les pourcentages retenus en jurisprudence étaient variés et s'étendaient durant les années 1990[1604] de 52 % pour les plus modérés[1605] jusqu'à 83 % pour les plus élevés. Concrètement, les juges considéraient que le bouleversement pouvait être reconnu lorsque le montant des travaux supplémentaires était presque deux fois supérieur au montant du marché initial[1606]. Il semble pourtant nécessaire de soutenir que le

1599 BOUBLI (B.), « Les modifications apportées au marché par le maître d'ouvrage », *RDI,* 2000, p. 482 : « *la jurisprudence s'y réfère lorsque la comparaison entre le prix du marché et le coût des travaux supplémentaires fait apparaître une différence excessive.* »

1600 BOUBLI (B.), note sous Civ. 3e, 2 juillet 2002, *op. cit.*, « *La jurisprudence ne tient pas compte, seulement, de la comparaison entre les travaux exécutés et ceux prévus au contrat selon leur nature ; elle prend aussi en considération leur coût comparé* ».

1601 Civ. 3e, 14 février 1996, pourvoi n° 93-19.088, inédit : « *Qu'en statuant ainsi sans rechercher, comme il lui était demandé si, en raison de leur ampleur, de leur nature et de leur coût élevé ces travaux n'avaient pas entraîné un bouleversement de l'économie des contrats les faisant sortir du forfait, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision de ce chef* ».

1602 PÉRINET-MARQUET (H.), « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction », *RDI,* 2015, p. 251 : « *Si l'on raisonne par rapport au prix, il sera amené, implicitement au moins, à déterminer un certain pourcentage entraînant un bouleversement de l'économie du contrat pour reprendre l'expression de la Cour de cassation dans l'application de l'article 1793. Mais on sait que, alors, ce bouleversement de l'économie du contrat apparaît à des seuils relativement bas de 25 à 30 %* ».

1603 Certains arrêts relatent des modifications « d'une ampleur exceptionnelle ». En ce sens, Civ. 3e, 18 juin 1986, RDI, 1986, p. 465.

1604 Par exemple : Civ. 3e, 8 mars 1995, pourvoi n° 93-13.659, Bull. civ. III, n° 73. Civ. 3e, 12 mars 1997, pourvoi n° 95-10.904, Bull. civ. III, n° 54 ; *RDI,* 1997, p. 445. En l'espèce, le coût de l'opération était passé de 8 250 000 francs à 15 731 074 francs.

1605 Civ. 3e, 12 mars 1997, pourvoi n° 95-10.904, Bull. civ. III, n° 54 ; *RDI,* 1997, p. 445.

1606 Pour un doublement du coût global des travaux : Civ. 3e, 12 mars 1997, pourvoi n° 95-10.904, Bull. civ. III, n° 54 : « *Attendu que, pour rejeter les demandes de la société GTIE tendant à la révision du prix du marché et au paiement d'un complément sur les intérêts de retard, l'arrêt retient que le fait que le volume initial des travaux, d'un montant de 8 250 000*

…/…

bouleversement commence bien avant au regard d'un pourcentage indéniablement inférieur. La prise en compte d'un pourcentage aussi élevé était contestable car cette jurisprudence avait uniquement pour effet de limiter substantiellement la reconnaissance judiciaire d'un bouleversement et en conséquence de restreindre considérablement le droit pour l'entrepreneur d'obtenir le paiement des travaux supplémentaires.

Un arrêt de la Cour de cassation en date du 4 mai 1995 annonce une évolution jurisprudentielle en admettant l'existence d'un dépassement de seulement 20%[1607]. Cette évolution est confirmée par un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 26 juin 2002 [1608]. En l'espèce, le maître d'ouvrage avait apporté des modifications au projet initial par le biais d'un avenant en raison d'études estimatives ayant permis la délivrance d'un permis de construire modificatif. Les modifications souhaitées par le maître d'ouvrage coûtaient 5 773 856 francs ce qui représentait une augmentation de 26,45 % par rapport au montant initial[1609]. La Cour de cassation confirma la décision de la cour d'appel[1610]. Par ces deux arrêts un pourcentage d'un peu plus de 20% devenait suffisant pour caractériser un bouleversement de l'économie du contrat[1611]. La baisse du pourcentage exigé dans la prise en compte objective du bouleversement s'amplifia un an plus tard par une décision de la Cour de cassation en date du 16 septembre 2003[1612]. En l'espèce, le montant des travaux supplémentaires souhaités par le maître d'ouvrage représentait seulement 12,94 % du montant du marché initial. La Cour de cassation confirma la décision de la cour d'appel de Douai[1613] et reconnut que ces travaux entrainaient un bouleversement de l'économie du contrat. L'évolution dans la reconnaissance du bouleversement est ainsi indéniable entre les années 1990 avec des pourcentages proches de 90 % et les années 2000 avec un taux désormais acceptable de 12,94 %. La nature des travaux supplémentaires importe donc

francs, soit très inférieur à celui de la réalisation finale d'un montant de 15 731 074 francs, ne saurait, pour cette seule raison, constituer un bouleversement de l'économie du contrat faisant perdre au marché son caractère forfaitaire. Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les textes susvisés. »

1607 Civ. 3e, 4 mai 1995, pourvoi n° 93-14.050, inédit : « *l'arrêt retient qu'après avoir modifié l'implantation des cloisons et remplacé certaines prestations Mme B … a continué, en cours d'exécution, d'exiger des modifications et que l'expert a constaté, à juste titre, qu'il ne s'agissait pas d'un contrat de louage d'ouvrage à caractère forfaitaire, les modifications demandées sur le projet de base présentant une variation supérieure à 20 % du montant initial.* »

1608 Civ. 3e, 26 juin 2002, pourvoi n° 00-19.265, inédit.

1609 Il faut cependant préciser que la Cour de cassation refusa seulement trois années plus tôt de constater le bouleversement issu d'un dépassement de 26,5 %. Civ. 3e, 20 janvier 1999, pourvoi n° 96-22.239, Bull. civ. III, n° 16. L'évolution est ainsi indéniable entre 1999 et 2002 pour un pourcentage de dépassement quasi-identique.

1610 CA Bourges, Chambre civile audience solennelle, 14 juin 2000.

1611 PÉRINET-MARQUET (H.), *Marchés privés de travaux : obligations du maître d'ouvrage*, Œuvre collective sous la direction de Philippe Malinvaud, Dalloz action, droit de la construction, 2018, n° 401.84.

1612 Civ. 3e, 16 septembre 2003, pourvoi n° 02-13.417, inédit : « *Attendu qu'ayant retenu, par une décision motivée, que des travaux supplémentaires, voulus par le maître de l'ouvrage, avaient été exécutés pour un montant total de 4 145 457,82 francs représentant 12,94 % du marché de base, la cour d'appel, sans être tenue de procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée, a pu décider que ces travaux constituaient du fait de leur importance un bouleversement de l'économie du contrat lui faisant perdre son caractère forfaitaire.* »

1613 CA Douai, 1er Chambre civile, 14 janvier 2002.

moins que leur valeur[1614] ; ce constat révèle la prédominance de la méthode quantitative d'appréciation du bouleversement sur la méthode purement qualitative.

D'une manière générale, l'entrepreneur souhaitant bénéficier de la théorie du bouleversement de l'économie du contrat doit démontrer que le maître est à l'origine des travaux supplémentaires[1615]. Il n'est cependant pas tenu de prouver ce souhait en vertu du seul formalisme de l'article 1793, il peut d'une manière générale recourir au droit commun de la preuve[1616].

Enfin, l'ampleur des travaux supplémentaires doit être suffisamment importante par apport au marché initial pour justifier l'application de cette théorie. À titre d'illustration, des travaux supplémentaires d'un montant de 6,5 millions de francs ne peuvent caractériser un bouleversement si le montant global du marché d'origine s'élève à 200 millions de francs[1617]. La jurisprudence maintenait donc dans les années 2000 le pourcentage d'environ 12% précédemment mentionné, comme seuil minimal admissible mais aucune décision récente ne permet de constater une continuité en ce sens.

Il faut cependant préciser que les décisions indiquent rarement le pourcentage exact afin de justifier la reconnaissance d'un bouleversement, elles font spécifiquement référence à la méthode quantitative et objective en indiquant seulement le montant des travaux supplémentaires et le montant du contrat d'origine. Ces références révèlent bien le recours à la méthode quantitative afin de reconnaître le bouleversement en raison de l'importance excessive des travaux supplémentaires.

282. La perte du caractère forfaitaire du marché. Le premier effet de la reconnaissance du bouleversement est de faire perdre au marché signé par le maître d'ouvrage et l'entrepreneur son caractère forfaitaire. Le Professeur Bénabent le confirme : « *désireuse d'éviter une application trop stricte de cette règle dans des cas extrêmes, la jurisprudence récente a introduit la notion de* « *bouleversement de l'économie du contrat* » *pour exclure le jeu du forfait.* »[1618].

Les travaux supplémentaires à l'origine du bouleversement doivent nécessairement avoir été acceptés par le maître d'ouvrage avant ou après leur exécution[1619], bien que son accord soit généralement préalable aux travaux. L'arrêt de la Cour de cassation en date du 15 décembre 1999 est explicite : « *à défaut d'une autorisation écrite préalable aux travaux* », la cour

---

1614 PÉRINET-MARQUET (H.), obs. sous Civ. 3e, 11 octobre 2000, pourvoi n° 98-21.509, inédit, *RDI,* 2001, p. 54.

1615 Civ. 3e, 6 décembre 2000, pourvoi n° 99-13.429, Bull. civ. III, n° 183.

1616 MALINVAUD (ph.), BOUBLI (B.), obs. sous Civ. 3e, 8 mars 1995, pourvoi n° 93-13-659, *RDI,* 1995, p. 749.

1617 CA Paris, 23e ch., sect. A, 15 mars 2000, *AJDI,* 2000, p. 435.

1618 BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 605.

1619 Civ. 3e, 15 décembre 1999, pourvoi n° 98-12.607, inédit : « *Qu'en statuant ainsi, sans constater que les modifications demandées avaient entraîné un bouleversement de l'économie du contrat et sans relever, à défaut d'une autorisation écrite préalable aux travaux, l'acceptation expresse et non équivoque, par le maître de l'ouvrage, de ces travaux une fois effectués, la cour d'appel a violé le texte susvisé.* »

d'appel était tenue de constater « *l'acceptation expresse et non équivoque par le maître d'ouvrage de ces travaux une fois exécutés.* »[1620].

L'arrêt de la Cour de cassation en date du 31 mai 2000 fait directement référence à la notion de bouleversement de l'économie du contrat. En ce sens, la cour d'appel aurait dû rechercher : « *si les modifications demandées avaient entraîné un bouleversement de l'économie ou si les ouvrages supplémentaires avaient fait l'objet d'une acceptation expresse ou non équivoque par les maîtres d'ouvrages après leur réalisation.* »[1621]. Cette jurisprudence s'est depuis confirmée[1622]. L'arrêt du 20 juin 2001 réaffirme la force du lien entre le bouleversement et la perte du caractère forfaitaire[1623].

La sortie du forfait se justifie par le fait que l'ampleur des modifications demandées par le maître en cours de travaux conduit l'entrepreneur à exécuter une nouvelle réalisation distincte de la première[1624]. Le second marché non forfaitaire remplace alors le premier abandonné en raison du bouleversement de l'économie du contrat ; cela résulte alors de la novation[1625] par changement d'objet contractuel[1626]. Selon les Professeurs Malaurie, Aynès et Gautier : « *on change alors le contrat d'entreprise pour en revenir à un contrat sans prix fixé à l'avance.* »[1627]. Les modifications demandées par le maître d'ouvrage peuvent constituer un bouleversement si elles sont mineures mais suffisamment nombreuses pour produire ce résultat[1628].

Le bouleversement provoque certes la perte du caractère forfaitaire du marché mais le véritable effet réside dans le paiement des travaux litigieux par le maître d'ouvrage.

283. Le paiement des travaux supplémentaires par le maître d'ouvrage. Le maître d'ouvrage est tenu de payer les travaux supplémentaires à l'entrepreneur lorsqu'existe un

1620 *Ibid.*

1621 Civ. 3e, 31 mai 2000, pourvoi n° 98-18.736, inédit.

1622 Civ. 3e, 3 octobre 2001, pourvoi n° 99-15.168, inédit ; Civ. 3e, 4 décembre 2002, pourvoi n° 01-11.105, inédit ; Civ. 3e, 26 novembre 2003, pourvoi n° 02-13.875, inédit ; Civ. 3e, 27 septembre 2006, pourvoi n° 05-13.808, Bull. civ. III, n° 189 ; Civ. 3e, 8 avril 2008, pourvoi n° 07-11.759, inédit.

1623 Civ. 3e, 20 juin 2001, pourvoi n° 99-11.590, inédit.

1624 BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 605. Ces travaux « *sont d'une importance telle que la nature et le coût de l'ouvrage cessent de se situer dans les prévisions du projet originaire.* »

1625 Civ. 3e, 13 septembre 2006, pourvoi n° 05-12.068, inédit : « *Attendu que pour n'allouer qu'une certaine somme à la société Engeco, l'arrêt retient qu'il résulte de l'ensemble des dispositions du contrat que le marché est forfaitaire et que, à moins de justifier d'un ordre écrit et d'un avenant, l'entrepreneur ne peut avoir droit à aucun paiement pour quelques travaux modificatifs que ce soit et qu'il ne rapporte pas la preuve de l'acceptation de travaux supplémentaires ; Qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si une novation ayant mis fin au marché à forfait n'était pas intervenue, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé.* »

1626 CARBONNIER (J.), *RTD civ.*, 1959, p. 342. FAURE-ABBAD (M.), *Droit de la construction*, 3e éd., Gualino, 2016, p. 54 : « *Il s'agit en définitive de prouver l'existence d'un marché distinct du marché initial éteint par novation de son objet*. »

1627 MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 768, p. 480.

1628 Civ. 3e, 11 octobre 2000, pourvoi n° 98-21.509, inédit. En l'espèce, le montant initial des travaux était de 807 000 francs mais le montant des travaux supplémentaires s'élevait à 574 000 francs.

bouleversement de l'économie du contrat[1629]. L'évolution jurisprudentielle née au début des années 1990 permet trente ans plus tard de renforcer la prise en compte d'un possible risque de bouleversement. Il faut cependant préciser que le recours à la théorie du bouleversement de l'économie du contrat est dans la pratique assez relatif[1630].

En outre, le maître d'ouvrage ne peut pas être condamné à payer les travaux supplémentaires en vertu du bouleversement en présence d'une erreur d'un tiers dans la fixation du coût desdits travaux. La jurisprudence est sur ce point constante depuis cinquante ans[1631].

1629 Civ. 3e, 9 septembre 2009, pourvoi n° 08-15.728, inédit : « *qu'en matière de marché à forfait, le bouleversement de l'économie du marché ouvrant droit au paiement des travaux supplémentaires, suppose que les modifications apportées à l'ouvrage soient d'une importance telle que la nature et le coût de l'ouvrage cessent de s'inscrire dans les prévisions du projet initial.* »

1630 LABARTHE (F.) NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, *op. cit.*, n° 398 : « *L'exception jurisprudentielle sur le bouleversement de l'économie du contrat demeure, quoi qu'il en soit, d'un emploi limité.* »

1631 Civ. 3e, 25 octobre 1972, pourvoi n° 71-13.271, Bull. civ. III, n° 555 ; *D.*, 1973, p. 495, note J. Mazeaud ; Civ. 3e, 18 mars 1974, pourvoi n° 73-10.124, Bull. civ. III, n° 125 ; *D.*, 1974. 436. Plus récemment : Civ. 3e, 19 janvier 2017, pourvoi n° 15-20.846, Bull. civ. III, à paraître.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

La proximité du mandat et de l'entreprise se manifeste dans l'admission exceptionnelle de la tolérance du dépassement. Elle repose essentiellement sur la nécessité d'accorder aux prestataires et aux bénéficiaires la liberté de manifester une expression individuelle de leur volonté afin de retirer au dépassement son caractère fautif. L'admission de la ratification de l'acte est évidente car la situation du bénéficiaire lui permet d'apprécier avec justesse la légitimité du dépassement sur sa personne. La faculté pour le prestataire d'invoquer la gestion d'affaires pour justifier son dépassement est en revanche moins évidente en raison de son illégitimité. Pour cette raison, elle doit être admise avec certaines réserves. Ainsi le mécanisme de la gestion d'affaires lui permet d'engager son co-contractant à condition que l'acte de dépassement lui soit utile. Cette solution est sans doute opportune en présence d'un prestataire de bonne foi mais ce dernier ne peut jamais savoir avec certitude si son dépassement est utile au créancier. En effet, il semble difficile d'apprécier réellement et objectivement l'utilité d'un acte pour une autre personne. Le débat ne porte plus réellement sur l'utilité de l'acte de dépassement mais uniquement sur la capacité du prestataire à l'identifier. Le bénéficiaire semble toujours plus à même de soutenir que le dépassement lui est profitable car son appréciation porte sur ses propres intérêts.

Les bienfaits de la neutralisation du dépassement par la volonté du prestataire doivent donc être relativisés ; il n'est pas possible pour autant d'affirmer à l'inverse qu'un dépassement de mission se suffit à lui-même pour démontrer la faute dudit prestataire. Une solution intermédiaire reviendrait à trouver un juste équilibre entre d'une part la nécessaire protection du co-contractant du prestataire en principe victime du dépassement et d'autre part la légitime prise en compte d'une possible bonne foi du prestataire. L'admission de la ratification du créancier et de la gestion d'affaires du prestataire permet probablement de se rapprocher de cet équilibre. La prise en compte de la volonté des parties est à l'origine de la plupart des hypothèses de tolérance du dépassement. À côté, la prise en compte du bouleversement de l'économie du contrat apparaît marginale d'autant qu'elle ne concerne qu'un contrat d'entreprise particulier : celui du marché à forfait de construction d'un bâtiment.

CONCLUSION DU TITRE I

Certains effets du dépassement de mission sont communs en présence d'un contrat de mandat ou d'un contrat d'entreprise : il en est ainsi de la responsabilité contractuelle du prestataire par principe fautif et accessoirement de la protection des intérêts du créancier, mandant ou maître d'ouvrage. Au-delà de ce bref constat, force est de reconnaître l'existence de sanctions spécifiques pour chacun de ces deux contrats. L'inopposabilité protège par principe le mandant alors que le maître d'ouvrage n'est pas tenu de payer les travaux supplémentaires. Il s'agit bien de sanctions spécifiques et distinctes car le non-paiement des travaux supplémentaires ne pourrait être analysé comme une forme d'inopposabilité au risque de dénaturer gravement cette notion. *A minima*, il est possible d'affirmer que l'acte accompli par le mandataire et l'entrepreneur en situation de dépassement est dans les deux cas inefficace et ne peut avoir le moindre effet sur le mandant et le maître d'ouvrage. Il s'agit donc d'un effet commun indépendamment de la différence de sanction.

L'effet commun du dépassement aux contrats de mandat et d'entreprise se constate dans un second temps au regard des hypothèses similaires de tolérance du dépassement. Le processus de neutralisation du dépassement de mission se présente comme une exception à la règle de principe selon laquelle la sur-exécution du prestataire doit être sanctionnée.

Le constat d'un rapprochement entre le dépassement du mandataire et de l'entrepreneur rendrait légitime la mise en œuvre d'une nouvelle réglementation générale propre au dépassement de mission du prestataire. Il serait alors légitime de proposer une définition concrète et jusqu'ici inexistante de la notion de « *dépassement de mission* ». Cette évolution législative permettrait en outre de présenter d'une part certains effets communs principaux de ce manquement et d'autre part les effets communs accessoires par la neutralisation de l'acte fautif en vertu du mécanisme de la ratification et de la gestion d'affaires. La mise en œuvre d'une telle évolution ne semble malheureusement pas être une priorité ni pour la doctrine ni pour le législateur dans la mesure où la réforme récente du droit des obligations n'y fait nullement référence. Une réglementation relative au dépassement de mission du prestataire aurait pourtant une place légitime dans le droit commun du contrat.

TITRE II.

LES EFFETS A L'EGARD DES TIERS QUALIFIES

284. La situation du tiers-contractant, du sous-mandataire et du sous-traitant. Le co-contractant du prestataire n'est pas le seul à subir les effets du dépassement de mission. La prise en compte de la situation des tiers qualifiés, le tiers contractant et le mandataire substitué pour le mandat et le sous-traitant pour l'entreprise, doit permettre d'apprécier les effets du dépassement sur leur personne en raison de leur proximité à l'égard de l'acte.

Une question se pose alors : ces trois tiers qualifiés subissent-ils communément les effets d'un dépassement de mission du prestataire ? Certes, la situation du tiers-contractant est indéniablement différente de celle du sous-traitant et du sous-mandataire. En effet, le tiers-contractant subit directement les effets du dépassement alors que le sous-traitant et le sous-mandataire se trouvent dans une situation en principe indépendante et extérieure audit dépassement. Ils ne subissent par conséquent que des effets indirects voire résiduels. Au-delà de ce constat, il convient tout de même de présenter, d'analyser et de comparer les effets du dépassement de mission sur le tiers-contractant, sur le sous-mandataire et le sous-traitant.

Le dépassement de pouvoir du mandataire a une incidence directe sur la personne du tiers-contractant car ce dernier contracte avec le mandataire. Ce constat est spécifique au dépassement de mission du mandataire ; en principe, il ne se retrouve pas dans l'hypothèse d'un dépassement de mission de l'entrepreneur. En effet, l'entrepreneur peut être en contact avec un tiers durant l'accomplissement de sa mission comme un sous-traitant mais il ne s'agit pas d'un effet immédiat produit par le contrat conclu avec le maître. Il en va différemment avec le mandat car le mandataire contracte impérativement avec un tiers-contractant. L'incidence du dépassement sur le tiers est donc directe et inévitable dans le cadre d'un mandat.

La situation du mandataire substitué doit également être analysée dans l'éventualité d'une substitution du mandataire principal. Il faudra alors rechercher les effets sur le mandant du dépassement de pouvoir du mandataire substitué.

En outre, la situation du sous-mandataire est sur certains points comparable à celle du sous-traitant. Dans les deux cas, ces prestataires prennent la place du prestataire initial dans l'accomplissement d'une partie ou de la totalité de sa mission. Ils peuvent donc participer au dépassement de mission soit de leur propre initiative soit sur ordre du prestataire initial. Enfin, leur intervention dans l'exécution de la mission du prestataire initial n'est que facultative alors que celle du tiers-contractant est par nature consubstantielle au mandant.

L'objectif général de ce titre portera sur la recherche des effets propres à chaque tiers qualifié en dégageant les éventuels effets communs au tiers-contractant et au sous-traitant, tout en tenant compte de la spécificité du dépassement de pouvoir du sous-mandataire. Il convient ainsi d'analyser plus spécifiquement les effets de dépassement sur les tiers qualifiés en présence d'un contrat de mandat **(Chapitre I)** et en présence d'un contrat d'entreprise **(Chapitre II)**.

CHAPITRE I.

EN PRESENCE D'UN CONTRAT DE MANDAT

285. Les situations distinctes de deux tiers-qualifiés : le tiers-contractant et le mandataire substitué. À la différence du dépassement de mission de l'entrepreneur, le dépassement de mission du mandataire peut avoir une incidence sur deux tiers qualifiés : le tiers-contractant et le mandataire substitué ou sous-mandataire.

La présence d'un tiers-contractant est inévitable car elle participe par nature à l'opération de représentation inhérente au contrat de mandat. Le mandataire doit nécessairement être en relation avec un tiers-contractant afin de pouvoir agir au nom et pour le compte du mandant. Le dépassement de mission du mandataire a donc une incidence directe sur le tiers-contractant en raison de l'inopposabilité au mandant de l'acte outrepassant ses instructions[1632].

En revanche, le mandataire substitué n'apparaît que lorsque le mandataire principal décide de confier une partie ou la totalité de sa mission à un autre prestataire. Parfois, il y est obligé lorsque la loi lui interdit de remplir une partie de sa mission. Il en est par exemple ainsi de l'avocat tenu de recourir aux services d'un huissier pour la signification d'un jugement. La présence d'un mandataire substitué impose de s'interroger sur les effets de son dépassement à l'égard du mandataire initial et du mandant.

Les effets du dépassement de mission dans le cadre du mandat doivent donc être analysés à l'égard du tiers-contractant **(Section I)** et à l'égard du mandataire substitué **(Section II).**

SECTION I.
EFFETS A L'EGARD DU TIERS-CONTRACTANT

286. La situation et la protection du tiers-contractant. Le tiers contractant subit directement les effets du dépassement accompli par le prestataire. Il est lui aussi victime des agissements du mandataire lorsque ce dernier outrepasse les limites de sa mission et qu'il rend par conséquent l'acte conclu inopposable au mandant. D'un point de vue pratique, la faute inhérente au dépassement touche de manière égale le mandant et le tiers-contractant car ils subissent tous les deux les effets de ce manquement. Néanmoins, les effets du dépassement à l'égard du tiers-contractant sont des effets complémentaires aux effets principaux qui s'apprécient au regard du mandant. C'est en effet le mandat conclu à l'origine entre le

1632 Voir *supra* n° 203 et s.

mandant et le mandataire qui est la seule référence susceptible d'établir la réalité d'un dépassement de pouvoir. L'acte juridique conclu ultérieurement entre le mandataire et le tiers-contractant est uniquement la manifestation de ce dépassement. D'un point de vue théorique, les effets du dépassement touchent donc en premier lieu le mandant eu égard au contrat de mandat d'origine et en second lieu le tiers-contractant par l'acte conclu avec le mandataire.

Cette reconnaissance de la situation du tiers et des effets du dépassement sur sa personne justifie l'existence de dispositions permettant de le protéger efficacement. Parmi celles-ci, l'article 1997 du Code civil dispose que « *Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité une suffisante connaissance de ses pouvoirs n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au-delà, s'il ne s'y est personnellement soumis.* ». Le tiers ne bénéficie donc d'aucune garantie s'il connaissait l'absence de pouvoir du mandataire. L'article 1997 du Code civil conduit à envisager deux hypothèses : premièrement, celle dans laquelle le tiers est informé du dépassement de pouvoir **(I)** et deuxièmement celle dans laquelle il l'ignore **(II)**.

I. LE TIERS INFORME DU DEPASSEMENT DE POUVOIR

287. Une source d'information duale pour le tiers-contractant. Le mandataire peut faire preuve d'une parfaite transparence à l'égard du tiers-contractant en l'informant des contours de sa mission et plus précisément des pouvoirs accordés par le mandant. Le tiers-contractant ne peut alors rien reprocher au mandataire en situation de dépassement de pouvoir dans la mesure où il connaissait les limites de sa procuration mais a néanmoins traité avec lui. Le tiers-contractant prend ainsi un risque lorsque l'information est directement fournie par le mandataire **(A)**.

L'information peut aussi être donnée par le représenté conformément au dispositif prévu par l'article 1158 du Code civil fruit de la réforme du droit des obligations. Le tiers peut désormais défendre ses intérêts en interrogeant directement le représenté sur l'étendue des pouvoirs du représentant en prévision d'un éventuel dépassement. Il ne s'agit pas réellement d'une action au sens procédural dans la mesure où le tiers ne fait qu'interroger ou plus exactement qu'interpeller le mandant[1633]. C'est la raison pour laquelle cette étude fera sienne les termes « *d'interpellation interrogatoire* » retenus par quelques auteurs. et non « *d'action*

1633 Certains Professeurs préfèrent également user de la notion d'interpellation interrogatoire. Par exemple : BÉNABENT (A.), AYNÈS (L.), « Réforme du droit des contrats et des obligations, aperçu général », *D.*, 2016, p. 434 ; CHÉNEDÉ (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz référence, 2e éd., 2019-2010, n° 123.35, p. 53. D'autres retiennent les termes d'action interrogatoire, par exemple, DANIS-FATÔME (A.), « Le contrat de mandat à l'épreuve de la réforme du droit des obligations du 10 février 2016 » *in Études en l'honneur du Professeur Jérôme Huet*, LGDJ, 2017, p. 81 ; DOUVILLE (T.), *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article*, 1er éd., Gualino, 2016, p. 120 ; CABRILLAC (R.), « La théorie générale de la représentation dans le projet de réforme du droit des contrats français » *in Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, n° 11, p. 117 ; DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 251. Ces auteurs mentionnent aussi « *la mise en demeure interrogatoire* ».

interrogatoire ». L'article 1158 n'utilise d'ailleurs jamais expressément les termes d'action interrogatoire.

Le dispositif de l'interpellation interrogatoire[1634] offerte au tiers favorise donc l'évitement des sanctions par la prévention du dépassement[1635]. L'information est fournie par le mandant **(B)** afin d'éclairer le tiers sur l'étendue des pouvoirs du mandataire.

A. Information donnee par le mandataire

288. L'option du mandataire. Le dépassement de pouvoir révèle une inexécution par sur-exécution[1636] et justifie par conséquent une inopposabilité de l'acte au mandant. Le représentant peut cependant décider d'informer le tiers-contractant de son souhait de dépasser le cadre de sa mission et par conséquent d'outrepasser les instructions préalablement fixées par le mandant. Selon l'article 1997 du Code civil : « *Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité une suffisante connaissance de ses pouvoirs n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au-delà, s'il ne s'y est personnellement soumis.* ». Le mandataire peut se contenter d'informer le tiers-contractant qui prend alors consciemment le risque de conclure un acte sans aucun recours contre le mandataire si le mandant invoque son inopposabilité. Le mandataire peut aussi, une fois son absence de pouvoir révélé, se porter fort de rapporter le consentement de l'acte du mandant afin de convaincre le tiers-contractant de conclure l'acte. Le mandataire bénéficie donc d'une option : soit fournir une information simple **(1)**, soit fournir une information accompagnée d'une promesse de porte-fort **(2)**.

1. Une information simple

289. Le choix du tiers-contractant. Dans l'hypothèse où le mandataire informe le tiers-contractant du dépassement de sa mission, celui-ci se trouve devant un choix : soit il décide de contracter avec le mandataire ; soit par prudence, il refuse de contracter. S'il décide de contracter, il n'a alors aucun recours contre le mandataire[1637]. Troplong résume parfaitement la situation : « *ils [les tiers-contractants] ne doivent s'en prendre qu'à eux-mêmes d'avoir été plus loin qu'il ne fallait, et le mandataire n'est pas tenu envers eux.* »[1638].

1634 JEULAND (E.), « Les actions interrogatoires en question » *in Libres propos sur la réforme du droit des contrats. Analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016*, LexisNexis, 2016, p. 37 : « *La notion d'action interrogatoire est fort ancienne puisqu'elle remonte au droit romain où elle ne pouvait être soulevée que devant le prêteur.* »

1635 DANIS-FATÔME (A.), « Le contrat de mandat à l'épreuve de la réforme du droit des obligations du 10 février 2016 », *art. cit.*, p. 81 : « *Ce texte a une utilité réelle puisque cette action a pour objectif d'éviter que le mandataire agisse en dépassement de ses pouvoirs.* »

1636 Voir *supra* n° 170 et s.

1637 BEUDANT (C. et R.) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *Cours de droit civil français*, t. 9, 2e éd., par G. Lagarde et R. Perrot, Paris, Rousseau, 1953, n° 327, p. 367 : « *Il ne peut alors rien reprocher au mandataire du chef de l'excès de pouvoirs.* »

1638 TROPLONG (R.-T.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, Du mandat*, t. 16, Charles Hingray, 1846, n° 510, p. 485.

290. La connaissance du tiers de l'étendue des pouvoirs du mandataire. Le comportement du tiers peut être analysé différemment en fonction du degré de proximité avec la faute du mandataire. L'interrogation porte ici sur la manière d'apprécier le rôle du tiers dans la réalisation du dépassement. Deux conceptions doivent être présentées : soit l'on considère que le tiers subit le dépassement malgré l'information du représentant, soit au contraire qu'il y participe et s'associe indirectement à ce manquement.

La première analyse permettrait de soutenir que le tiers subit bien un préjudice induit par le comportement du mandataire. Cependant ce préjudice ne ferait l'objet d'aucune réparation car le tiers connaissait l'étendue de la mission. Il ne s'agit pas réellement d'un préjudice *stricto sensu* mais davantage d'une conséquence négative pour lui. Bien que le tiers soit passif, cela n'atténue pas le risque qu'il a pris en s'engageant imprudemment malgré le dépassement de pouvoir[1639].

La seconde analyse aboutit à déduire de la connaissance du tiers sa participation active au dépassement de sa mission par le mandataire[1640]. Bertrand De Greuille, orateur au Tribunat, a, en partie, exprimé cette position lors de son discours de présentation du Code civil au corps législatif le 10 mars 1804, dix jours avant la promulgation de l'article 1997 : « *Dans ce cas, la faute est commune, et le tiers qui a participé à cette faute est au moins coupable d'inconsidération : dès lors, toute action doit lui être déniée.* »[1641]. Cette conception est excessive car le mandataire est par principe seul à l'origine de la manifestation du dépassement ; la gravité attachée à la faute du tiers doit donc être atténuée car elle n'est pas équivalente à celle du mandataire.

La première conception semble être plus convaincante. D'une manière générale, le risque pris par le tiers altère son préjudice. Il est aussi possible de soutenir que son préjudice résulte de son propre fait et non de celui du mandataire.

291. Les circonstances à l'origine de la connaissance du tiers. Le tiers peut être directement informé par le mandataire de l'étendue de sa mission. Dans cette hypothèse, le représentant fait preuve de loyauté car il informe le tiers, soit spontanément, soit à sa demande, de sa volonté de dépasser ses pouvoirs. Cette information donnée par le représentant lui-même permet en principe au tiers de bien comprendre les risques pris en poursuivant la conclusion

1639 PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 11e éd., LGDJ, 1939, n° 2256, p. 793. COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 10e éd., Dalloz, 1953, n° 1366 : « *si le mandataire avait donné à son co-contractant une suffisante connaissance de ses pouvoirs, il ne serait plus garant de ce qui a été fait au-delà, car l'autre partie aurait alors traité à ses risques et périls.* » MAZEAUD (H., L., J.), *Leçons de droit civil. Principaux contrats*, t. 3, vol. 2, 5e éd., Montchrestien, 1980, n° 1415, p. 872 : « *L'article 1997 le libère de toute obligation quand il a donné au tiers* « *une suffisante connaissance de ses pouvoirs* » *; il appartenait, en effet, au tiers, exactement averti, d'agir avec prudence.* »

1640 LARROUMET (F.), *Droit civil, les obligations, le contrat*, t. 3, 5e éd., Economica, 2003, n° 172, p. 147 : « *Si le cocontractant du représentant connaissait les limites du pouvoir du représentant, il s'associe à la faute de celui-ci, qui agit au-delà de son pouvoir.* »

1641 LAHAYES (J.-M.), WALDECK-ROUSSEAU (R.), GIRAUDIAS (Ch.-Aug.), DE MAURINEAU (Ph.-Aug.) et FAYE (L.), *Le code civil annoté*, 2e éd., Alphonse Delhomme, Paris, 1843, p. 840.

du contrat. Le choix de l'engagement du tiers en connaissance du dépassement est risqué mais il repose sur une réflexion éclairée.

La Cour de cassation a aussi admis, dans un arrêt ancien que l'action du tiers-contractant peut également être écartée, même en l'absence d'information expresse du mandataire, dans l'hypothèse où le tiers était en mesure de connaître avec précision les limites de sa mission[1642]. Cette solution est cependant dangereuse car elle a pour conséquence de restreindre le devoir de loyauté du mandataire et d'imposer au tiers une prudence accrue. En outre, il est parfois difficile en pratique d'apprécier de telles circonstances.

En effet, quelles circonstances permettent au tiers de connaître les limites de la mission du mandataire ? Il peut simplement demander au mandataire de lui montrer sa procuration[1643] afin de prendre connaissance des limites de sa mission[1644]. En dehors de cette situation, il semble difficile d'imaginer d'autres circonstances aboutissant à une pleine connaissance du tiers des pouvoirs du représentant[1645].

Quoi qu'il en soit, le tiers informé a un choix à faire. Soit, par prudence, il refuse de contracter, ce qui coupe court à toutes les difficultés en évitant le dépassement de pouvoir du mandant. Soit il décide néanmoins de conclure l'acte avec le mandataire outrepassant ses pouvoirs. Il prend alors un risque indéniable car il n'a plus aucun recours, ni contre le mandant, ni contre le mandataire.

292. L'absence de recours contre le mandant. Le non engagement du mandant est en soi une sanction à l'encontre du tiers-contractant imprudent[1646]. Cette sanction est appréciable car le tiers-contractant est par principe de mauvaise foi en contractant avec le mandataire défaillant malgré la connaissance de son dépassement. La situation est différente pour le tiers-contractant dont la bonne foi résulte soit de sa méconnaissance du dépassement soit de son refus de contracter en connaissance du dépassement. Le tiers-contractant de mauvaise foi n'a en conséquence aucun recours contre le mandant. Ce dernier décide seul de l'efficacité ou de non de l'acte conclu par le mandataire en situation de dépassement. Le mandant a donc un choix à faire. Il peut refuser d'être engagé par l'acte et invoquer l'inopposabilité[1647] prévue

---

1642 Civ. 1er, 16 juin 1954, Bull. civ. I, n° 200.

1643 DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. 1, Paris, Rousseau, 1923, n° 104, p. 192 : « *Le tiers n'est-il pas tenu par la plus élémentaire prudence de se faire montrer par le mandataire ses pouvoirs ?* ». WEILL (A.) et TERRÉ (F.), *Droit civil (les obligations)*, 4e éd., Dalloz, 1986, n° 82, p. 79 : « *Il en est ainsi en tout cas quand les tiers ont connu effectivement l'objet et la limite des pouvoirs ou ont à tort négligé d'en prendre connaissance en ne se reportant pas à la procuration.* »

1644 En outre, le tiers peut mal interpréter les pouvoirs du mandataire et voir ainsi dans un dépassement de mission un acte valable.

1645 En présence d'une représentation légale ou judiciaire, la recherche est facilitée dès lors que le représenté doit uniquement se référer à la loi ou au jugement à l'origine du pouvoir du représentant. En ce sens, LARROUMET (F.), *Droit civil, les obligations, le contrat*, *op. cit.*

1646 LAHAYES (J.-M.), WALDECK-ROUSSEAU (R.), GIRAUDIAS (Ch.-Aug.), DE MAURINEAU (Ph.-Aug.) et FAYE (L.), *Le code civil annoté, op. cit.*, « *Il n'y a pas de raison de le protéger et on appliquera le principe selon lequel l'acte fait au-delà des limites du pouvoir est un acte sans pouvoir et ne lie pas le représenté.* »

1647 Voir *supra* n° 203 et s.

à l'article 1156 alinéa 1er. Le tiers-contractant ne peut pas alors neutraliser l'inopposabilité en vertu du mandat apparent[1648] car la condition essentielle de la croyance légitime[1649] du tiers fait ici précisément défaut. Le mandant peut aussi prendre la décision de ratifier[1650] l'acte s'il estime que le dépassement lui est profitable[1651]. Le tiers-contractant ne peut alors plus invoquer la nullité du contrat conformément à l'article 1156 alinéa 3[1652]. Il ne dispose également d'aucun recours contre le mandataire.

293. L'absence de recours contre le mandataire. Selon l'article 1997 du Code civil « *Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité une suffisante connaissance de ses pouvoirs n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au-delà* … ». La règle ainsi posée à l'article 1997 n'est guère contestable. Le mandataire qui, spontanément ou à la demande du tiers, informe celui-ci du dépassement de ses pouvoirs ne peut encourir aucune sanction car le tiers accepte à ses risques et périls de contracter en connaissance dudit dépassement. Le mandataire ne peut, ni être contraint de prendre à son compte l'acte conclu, ni, contrairement au mandataire qui n'informe pas le tiers-contractant, engager sa responsabilité[1653].

La connaissance par le tiers du dépassement de pouvoir du mandataire a pour conséquence de rompre le lien de causalité établi entre la faute du mandataire et le préjudice du tiers[1654]. Dans cette hypothèse, le tiers ne souffre d'aucun préjudice car il connait les limites de la mission du mandataire et accepte de surcroît de contracter avec lui malgré leur violation[1655]. Le Professeur Le Tourneau y voit l'émergence « d'un nouvel acte »[1656]. Le tiers accepte l'excès de pouvoir et par conséquent accepte le risque d'un non-engagement du mandant par application de l'article 1998 du Code civil. Il ne peut alors rien reprocher au mandataire du chef de l'excès de pouvoir[1657]. Le prestataire défaillant ne sera pas non plus engagé au-delà des termes de sa procuration[1658].

1648 Voir *infra* n° 314 et s.

1649 Voir *infra* n° 328 et s. ; CA Paris, Pôle 01 ch. 08, 22 février 2019, n° 18/08704 : « *qu'il résulte d'une jurisprudence constante, codifiée à l'article 1156 du code civil, qu'une personne se trouve engagée sur le fondement du mandat apparent si le tiers qui a contracté avec le mandataire a légitimement pu croire que celui-ci disposait des pouvoirs nécessaires pour la représenter et souscrire en son nom et pour son compte.* »

1650 Voir *supra* n° 264 et s.

1651 CLAMOUR (G.), MARCOU (P.), « Quand la Cour de cassation refuse toute correction du lien contractuel », *AJDA*, 2019, p. 2071 : « *l'inopposabilité ne peut plus être invoquée dès lors que le représenté a ratifié l'acte.* »

1652 « *L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié.* »

1653 Voir *supra* n° 192 et s.

1654 LE TOURNEAU (Ph.), *Rep. civ.* V. Mandat, n° 343.

1655 Civ. 9 juillet 1872, DP 1872, 1, p. 404.

1656 LE TOURNEAU (P.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation,* Dalloz action, 11e éd., 2018, n° 4097

1657 Civ. 1er, 16 juin 1954, Bull. civ. I, n° 200.

1658 *Ibid.*

Un tiers-contractant normalement prudent acceptera donc rarement de conclure le contrat en connaissance du dépassement de mission. Il pourra alors demander au mandataire de s'engager personnellement en qualité de porte-fort comme le prévoit l'article 1997 du Code civil. Il ne s'agit alors plus d'une information simple relative au dépassement de mission mais d'une information accompagnée d'une promesse de porte-fort.

2. Une information accompagnée d'une promesse de porte-fort

294. Identification de la promesse de porte-fort. La promesse de porte-fort est une convention par laquelle une personne A, le porte-fort ou promettant, s'engage envers une personne B, le bénéficiaire, à rapporter le consentement d'une personne C à la constitution d'un rapport de droit déterminé[1659]. La personne C est par nature un tiers[1660] à la convention passée entre A et B. Le porte-fort s'engage seul à obtenir la ratification[1661] du tiers mais ce dernier reste libre d'accepter ou au contraire de refuser de ratifier : « *Le tiers conserve ici donc une entière liberté, en dépit de la promesse de porte-fort conclu par autrui. En effet, ce n'est que si le tiers exprime son consentement, en vue d'accomplir le fait promis par le porte-fort, qu'il sera contractuellement obligé* »[1662]. Le fait que le porte-fort s'engage à obtenir la ratification du tiers ne restreint donc pas la liberté dudit tiers à refuser de s'engager.

Le Professeur Mazeaud précise les contours de la promesse du porte-fort. Selon lui, sa promesse porte davantage sur son propre fait que sur le fait du tiers : « *La promesse de porte-fort n'engage que celui qui s'est porté-fort pour un tiers, en promettant, sous la forme d'une obligation de résultat, le fait de celui-ci ; mieux encore, le porte-fort promet moins le fait d'autrui que le sien, qui consiste à faire en sorte que le tiers accomplisse le fait promis* »[1663]. L'engagement du porte-fort relève par nature d'une obligation autonome[1664] dont il sera déchargé si le tiers ratifie l'acte conformément à l'article 1204 alinéa 2 du Code civil[1665]. Le mandataire promettant « *se trouve*

1659 BOULANGER (J.), *La Promesse de porte-fort et les contrats pour autrui*, Dalloz, Paris, 1933. CHOUBANI-SALAH, *La promesse de porte-fort – étude comparative*, thèse, Nantes, 1998.

1660 BOULANGER (J.), *La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui*, thèse, Dalloz, Paris, 1933, n° 1 : « *Se porter fort pour un tiers, c'est répondre de son engagement.* »

1661 Le porte-fort de ratification doit être distingué du porte-fort d'exécution qui est un contrat par lequel le promettant s'engage envers le bénéficiaire à ce qu'un tiers exécute un contrat qui a déjà été conclu entre ledit tiers et le bénéficiaire. AUBERT DE VINCELLES (C.), *Rép. civ.*, V° Porte-fort, 2017, n° 30 : « *L'hypothèse la plus classique du porte-fort, et qui était pour nombre d'auteurs sa seule fonction possible, est celle d'un promettant qui représente, sans en avoir le pouvoir, un tiers duquel il se porte-fort d'obtenir le consentement à un acte qui est déjà négocié et conclu. Cette hypothèse, désormais désignée comme le* « *porte-fort de ratification* »*, s'illustre fréquemment en droit des personnes et de la famille, ainsi qu'en droit des sociétés.* »

1662 MAZEAUD (D.), « Le contrat et les tiers : nouvelle leçon de nouvelle présentation », *in Leçons de droit civil, Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Études coordonnées par Nicole Guimezanes, Bruylant, 2011, p. 612.

1663 *Ibid.*

1664 Civ. 1er, 16 avril 2015, pourvoi n° 14-13.694, Bull. civ. I, n° 99.

1665 « *Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts* »

ainsi débiteur d'une obligation de faire … »[1666]. Le tiers sera, s'il accepte, engagé à l'égard du bénéficiaire de façon rétroactive[1667] donc à partir de la date à laquelle le porte-fort a été souscrit[1668]. À l'inverse, le refus de ratification du tiers signifie que le porte-fort n'a pas respecté sa promesse et doit donc être sanctionné.

295. Le mandataire porte-fort de la ratification du mandant pour l'acte de dépassement. La responsabilité du mandataire est contractuelle lorsqu'il se porte fort à l'égard du tiers-contractant de la ratification du mandant pour l'acte passé au-delà des pouvoirs[1669]. L'engagement personnel du mandataire à l'égard du tiers est prévu à l'article 1997 du Code civil qui dispose que : « *Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité une suffisante connaissance de ses pouvoirs n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au-delà, s'il ne s'y est personnellement soumis.* ». En revanche, le tiers ne dispose d'aucun recours contre le mandataire si ce dernier l'a informé des limites de son pouvoir[1670].

Par la promesse de porte-fort, le mandataire informe préalablement le tiers de son souhait d'outrepasser les limites de ses pouvoirs et s'engage auprès de lui à obtenir la ratification du mandant pour l'acte ainsi accompli[1671]. Le représentant sera libéré de sa promesse si le représenté accepte effectivement de ratifier l'acte de dépassement. Inversement, le mandataire engage sa responsabilité contractuelle à l'égard du tiers-contractant dans l'éventualité d'un refus de ratification du mandant. Le principe essentiel de la liberté contractuelle permet en effet au mandant, tiers à la promesse de porte-fort, de refuser d'être engagé par l'acte objet du dépassement de pouvoir[1672].

La faute du mandataire est effectivement de nature contractuelle car elle résulte ici de l'inexécution de la promesse de porte-fort[1673]. Le mandataire porte-fort serait tenu en cas d'échec au versement de dommages-intérêts[1674] au bénéficiaire de la promesse donc au tiers-contractant[1675]. Il s'agit de la seule sanction admissible au regard de la situation du mandataire

---

1666 COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, 11e éd., Dalloz, 2019, p. 586.

1667 Civ. 1er, 8 juillet 1964, Bull. civ. I, n° 382.

1668 Article 1204 alinéa 3.

1669 PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, Litec, 1988, n° 112.

1670 MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, 11e éd., Dalloz, 2018, n° 620, p. 632.

1671 La ratification du mandant protège ainsi le mandataire contre une action à son encontre du tiers en responsabilité contractuelle.

1672 MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux, op. cit.*, : « *lorsque le mandataire outrepasse les pouvoirs que le mandant lui a donnés et se porte-fort pour le mandant, il n'engage pas ce dernier : si le mandant ratifie l'engagement, le mandataire disparaît ; en revanche, si le mandant ne le ratifie pas, le mandataire est seul engagé à l'égard du tiers.* »

1673 Civ. 1er, 10 mars 1954, Bull. civ. I, n° 91.

1674 PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, Litec, 1988, n° 112. COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, 11e éd., Dalloz, 2019, n° 647, p. 586 : « *lorsque le mandataire n'a pas fait connaître ses droits aux tiers, on peut considérer qu'il est tenu en tant que porte-fort et qu'il se trouve ainsi débiteur d'une obligation de faire se résolvant, en cas d'inexécution, par l'allocation de dommages-intérêts.* »

1675 Civ. 1er, 10 mars 1954, Bull. civ. I, n° 91.

porte-fort. En effet, la sanction de l'exécution de l'acte de dépassement par le mandataire est à la fois critiquable et inappropriée[1676] car la promesse de porte-fort ne comporte pas un pouvoir de représentation[1677].

296. La sanction du non-respect de la promesse de porte-fort. Le porte-fort engage sa responsabilité si le tiers ne ratifie pas l'acte objet de la promesse. Il devra payer des dommages et intérêts[1678] en raison de l'inexécution de sa promesse[1679] mais il ne sera pas tenu d'exécuter le contrat à la place du tiers. Les Professeurs Collart Dutilleul et Delebecque reconnaissent que le non-respect de l'obligation du promettant implique en cas d'inexécution le versement de dommages-intérêts[1680]. Le porte-fort est en effet soumis à une obligation de résultat[1681], la non-ratification du tiers constitue alors une atteinte aux obligations contractuels du porte-fort[1682].

Le mandataire peut donc engager sa responsabilité contractuelle à l'égard du tiers-contractant dans l'éventualité d'un dépassement de ses pouvoirs s'il s'engage à obtenir la ratification du mandant. Le mandataire promet au tiers la ratification du mandant mais ce dernier refuse en toute liberté de ratifier l'acte objet du dépassement. Le mandataire est par conséquent en situation d'inexécution contractuelle ; il est de ce fait défaillant et engage logiquement sa responsabilité contractuelle à l'égard du tiers-contractant sur le fondement du non-respect de sa promesse.

L'article 1204 alinéa 2 dispose seulement que : « *Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts.* ». Cette disposition envisage certes la sanction des dommages-intérêts mais maintient tout de même une certaine incertitude théorique en ne mentionnant pas : « *Dans le cas contraire, il ne peut être condamné qu'au versement de dommages et intérêts.* ». L'article 1217 du Code civil relative à l'inexécution contractuelle permet à la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté de recevoir des dommages-intérêts en réparation du préjudice né de l'inexécution[1683]. La

---

1676 LE TOURNEAU (Ph.), *Rep. civ.* V. Mandat, n° 344.

1677 Com. 25 janvier 1994, pourvoi n° 91-21.582, Bull. civ. IV, n° 34 ; *RJDA*, 1994, n° 617 ; *D.*, 1994, somm. p. 211, obs. Ph. Delebecque : « *Attendu qu'en déduisant de l'existence d'une convention de porte-fort que chacun des cédants avait le pouvoir d'engager ses coassociés, alors que la personne pour qui l'on s'est porté fort est un tiers à l'acte conclu sans son consentement et qu'elle n'est obligée par un tel acte qu'autant qu'elle accepte de tenir l'engagement, la cour d'appel, qui n'a pas constaté que Mme B… avait ratifié la prorogation de délai accordée par MM. X… et C…, n'a pas donné de base légale à sa décision.* »

1678 Civ. 1er, 10 mars 1954, Bull. civ. I, n° 91 ; CA Rouen, 13 décembre 1995, RJDA 1995, n° 595.

1679 Article 1204 alinéa 2.

1680 COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, 11e éd., Dalloz, 2019, p. 586.

1681 Civ. 3e, 7 mars 1978, pourvoi n° 76-14.534, Bull. civ. III, n° 108 : « *Celui qui se porte fort pour un tiers promet le fait de celui-ci et s'engage à le procurer.* »

1682 Com., 25 janvier 1994, pourvoi n° 91-21.582, Bull. civ. IV, n° 34 ; *JCP G,* 1994, IV, n° 834 ; *D.*, 1994, somm. p. 211, obs. Ph. Delebecque.

1683 Article 1217 du Code civil : « *La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; obtenir* …/…

situation contractuelle du tiers-contractant, partie à la promesse de porte-fort du mandataire, lui permet de recevoir des dommages-intérêts en réparation de l'inexécution du promettant.

La jurisprudence ancienne[1684] et récente privilégie la sanction des dommages-intérêts. La Cour royale de Grenoble présente effectivement ce principe avec clarté en 1845 : « *Celui qui a stipulé en qualité de mandataire est tenu à la garantie de cette qualité ; en conséquence, si le contrat qu'il a passé demeure sans exécution, pour défaut de réalité de mandat, il est tenu à des dommages-intérêts envers l'autre partie.* »[1685]. Plus récemment, la première Chambre civile de la Cour de cassation confirme dans une décision du 7 mars 2018[1686] que le mandataire est tenu au versement de dommages-intérêts en cas d'inexécution de sa promesse de porte-fort. La précision de cet arrêt récent doit être soulignée dans la mesure où la Cour ne se contente pas de privilégier le versement de dommages-intérêts ; elle complète en parallèle sa démonstration en rejetant explicitement la sanction de l'exécution forcée par le promettant : « *la promesse de porte-fort est un engagement personnel autonome d'une personne qui promet à son cocontractant d'obtenir l'engagement d'un tiers à son égard ; que le porte-fort qui n'exécute pas son obligation doit indemniser le bénéficiaire de la promesse sans être tenu d'exécuter l'obligation souscrite par le tiers* »[1687]. La solution présentée ici n'est pas un revirement dans la mesure où la Cour de cassation retient, avec une certaine régularité, les dommages-intérêts en guise de sanction de l'inexécution par le promettant de son obligation de faire[1688]. Il en fut ainsi par exemple en 1980 et en 2009[1689].

La doctrine est cependant plus partagée sur la question de la sanction applicable dans l'éventualité de l'inexécution d'une promesse de porte-fort. Les Professeurs Collart-Dutilleul et Delebecque affirment que « *si la promesse reste inexécutée, seuls des dommages-intérêts sont dus.* »[1690] mais le Professeur Barbier, plus nuancé, souligne que « *au-delà de cette problématique de l'incidence de l'inexécution du porte-fort sur le sort du contrat qui l'abrite, on en vient même à se demander s'il n'est pas, plus fondamentalement, erroné de considérer que la seule sanction de l'inexécution du porte-fort, même lorsqu'il n'est compris dans aucun autre contrat, demeure l'octroi de dommages-intérêts.* »[1691]. La sanction des

---

une réduction du prix ; provoquer la résolution du contrat ; demander réparation des conséquences de l'inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter. »

1684 Par exemple, Dijon, 19 mai 1931, DH, 1931. 405.

1685 Cour roy. De Grenoble, Ch. Civ. 1er mars 1843. V. *Recueil général des lois et des arrêts avec notes et commentaires, présentant sur chaque question le résumé de la jurisprudence et la doctrine des auteurs ; revu et complété par L.-M. DEVILLENEUVE et A.-A. CARETTE,* 2e Série AN 1848, Paris, Bureau de l'administration, Partie II, p. 33.

1686 Civ. 1er, 7 mars 2018, pourvoi n° 15-21.244, Bull. civ. I, publication à paraître ; *AJ contrat* 2018, p. 231 ; *RTD civ.*, 2018, p. 396, obs. H. Barbier.

1687 *Ibid.*

1688 BARBIER (H.), « La sanction du porte-fort inexécuté : des dommages-intérêts mais pas de résolution… une solution contestable », *RTD civ.*, 2018, p. 396.

1689 Com. 14 janvier 1980, pourvoi n° 78-10.696, Bull. civ. IV, n° 16 ; Com. 30 juin 2009, pourvoi n° 08-12.975, inédit ; *RLDC* 2009 n° 9, p. 4, obs. O. Deshayes.

1690 COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 634, p. 573.

1691 BARBIER (H.), « La sanction du porte-fort inexécuté : des dommages-intérêts mais pas de résolution… une solution contestable », *RTD civ.*, 2018, p. 396 : « *On ne voit pas en quoi le porte-fort serait un contrat si singulier que le* …/…

dommages-intérêts semble pourtant être une sanction à la fois propice et pertinente au regard de la situation du promettant et du bénéficiaire. En vertu de ce postulat, la sanction de l'exécution forcée de l'engagement par le mandataire promettant défaillant paraît inadéquate pour des raisons pratiques et théoriques. Le Professeur Barbier le reconnaît : « *l'affirmation selon laquelle la promesse de porte-fort se résout en dommages-intérêts […] n'est livrée qu'en contemplation de l'impossibilité d'exécution forcée de ce contrat. Le porte-fort rejoint les nombreuses obligations insusceptibles d'exécution forcée* … »[1692]. La sanction de l'exécution forcée de l'engagement par le mandataire promettant demeure effectivement critiquable.

L'article 1997 est en ce sens efficace par la protection qu'il confère au tiers mais sa présentation originelle demeure toutefois imparfaite au regard de sa structure. L'information reçue par le tiers-contractant du dépassement de pouvoir du mandataire peut aussi être donnée par le mandant en vertu du mécanisme de l'interpellation interrogatoire.

B. INFORMATION DONNEE PAR LE MANDANT : LE RECOURS A L'INTERPELLATION INTERROGATOIRE

297. Une première définition de l'interpellation interrogatoire. Le dictionnaire Cornu définit non pas l'interpellation interrogatoire mais l'action interrogatoire comme « *l'action ayant pour objet de contraindre une personne qui dispose d'une faculté d'option, soit de déclarer si elle entend ou non user d'un droit, soit d'opter entre plusieurs partis qui s'offrent à elle dans l'exercice de son droit.* »[1693]. Eu égard à cette première définition, l'action interrogatoire réunit par nature deux éléments majeurs : l'existence d'un choix et la mise en œuvre d'une contrainte dans l'expression de ce choix.

298. Un « nouvel » outil de protection : l'interpellation interrogatoire. Les actions interrogatoires existaient déjà sous le droit romain et l'ancien droit mais elles avaient quasiment disparu du Code civil[1694]. La réforme du droit des obligations a notamment permis de les réintroduire. L'article 1158 permet désormais au tiers-contractant d'interroger directement le représenté[1695] sur l'étendue des pouvoirs du représentant. En réalité, le tiers

législateur ait décidé pour lui seul, de restreindre l'éventail des nombreuses sanctions possibles en cas d'inexécution, aux seuls dommages-intérêts. Rien ne justifie, ni d'un point de vue technique ni d'un point de vue pratique, que le créancier d'une promesse de porte-fort se voit interdire toutes les autres sanctions. Simplement, il est en général pour lui plus pertinent de se contenter de dommages-intérêts. »

1692 *Ibid.*

1693 CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, V° Action interrogatoire.

1694 SCHULZ (R.), « Interrogations interpellatives », *RGDA,* novembre 2017, n° 11, p. 601 : « *Les actions interrogatoires ne sont pas vraiment une nouveauté résultant de la réforme du droit des obligations (ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016) : elles étaient connues en droit romain et dans l'ancien droit. En fait, elles avaient quasiment disparu avec le Code civil et ne subsistaient qu'à titre exceptionnel, en matière de sociétés* … ».

1695 Voir notamment : BÉNABENT (A.), AYNÈS (L.), « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », *D.*, 2016, p. 434 : « *Ces nouvelles règles entrent en vigueur le 1er octobre 2016. Elles s'appliqueront aux contrats conclus après cette date, seules trois dispositions s'appliquant immédiatement aux contrats en cours, toutes trois relatives aux interpellations interrogatoires créées par les nouveaux articles 1123, 1158 et 1183.* »

le pouvait déjà, avant la réforme[1696] ; la véritable nouveauté réside dans l'obligation que la loi fait à celui-ci de répondre[1697]. Ce dispositif « *original* » selon les Professeurs Cabrillac et Stoffel-Munck[1698], s'inspire directement des différents projets d'harmonisation européens[1699] ou encore de législations étrangères[1700] comme le confirme expressément le Rapport transmis au Président de la république et publié au Journal Officiel le 11 février 2016[1701]. Ce texte confère au tiers-contractant un rôle actif dans l'éventualité d'un dépassement de pouvoir du mandataire. Il peut ainsi agir avant la manifestation de ce manquement afin de contribuer à la prévention d'un possible dépassement de pouvoir du mandataire **(1)**. La règle de l'article 1158 du Code civil, constitue un progrès dans la prise en compte de la protection du tiers. Mais ce nouveau dispositif présente aussi des insuffisances **(2)**.

1. Le rôle du tiers-contractant dans la prévention du dépassement du mandataire

299. L'apport de la réforme du droit des obligations. L'article 1158 est applicable depuis l'entrée en vigueur de l'Ordonnance n° 2016-131 à savoir le 1er octobre 2016, y compris aux conventions en cours d'exécution conclues antérieurement à cette date. Cela contribue à l'effectivité de cette nouvelle protection du tiers contractant.

1696 Les modalités de cette demande n'étaient cependant pas prévues par le droit car les articles du Code civil relatifs au contrat de mandat ne prévoient aucune interpellation interrogatoire offerte au tiers.

1697 DIDIER (Ph.), « La représentation dans le nouveau droit des obligations » *in Libres propos sur la réforme du droit des contrats. Analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016*, LexisNexis, 2016, p. 54.

1698 CABRILLAC (R.), « La théorie générale de la représentation dans le projet de réforme du droit des contrats français » *in Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, n° 11, p. 117. STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Le nouveau droit de la représentation et le contrat de mandat » *in Le droit spécial des contrats à l'épreuve du nouveau droit commun*, Actes du colloque du 16 décembre 2016 à Aix-Marseille Université, sous la direction de Gwendoline Lardeux, Alain Sériaux et Vincent Egéa, Centre Pierre Kayser, droit privé, PUAM, 2017, p. 82.

1699 Notamment les Principes Lando. PDEC, article 3.208 : « *Lorsque les déclarations ou le comportement du représenté ont donné au tiers raison de croire que le représentant avait pouvoir d'accomplir un acte, mais que le tiers a des doutes sur l'existence de ce pouvoir, il peut envoyer une confirmation écrite au représenté ou requérir de lui une ratification. Si le représenté ne s'oppose pas à la confirmation ou fait droit sans retard à la requête, l'acte du représentant est censé avoir été autorisé*. »

1700 Exemple pour le Code civil allemand, § 177 alinéa 2 : « *Si l'autre partie exige que le commettant déclare s'il ratifie ou non le contrat, la déclaration ne peut être faite qu'à cette autre partie ; une ratification ou un refus de ratification déclarés à l'agent avant que la demande soit sans effet. La ratification ne peut être déclarée que deux semaines après la réception de la demande ; s'il n'est pas déclaré, il est considéré comme ayant été refusé*. »

1701 JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : « *Par ailleurs, à l'instar des projets d'harmonisation européens et de certaines législations étrangères, l'article 1158 introduit une action interrogatoire en faveur du tiers, afin de purger les doutes qu'il peut avoir sur l'étendue des pouvoirs du représentant, ce qui vise à assurer une plus grande sécurité juridique*. »

L'apport de la réforme du droit des obligations est particulièrement remarquable en matière de prévention du dépassement de mission du mandataire[1702]. L'article 1158 du Code civil crée une interpellation interrogatoire offerte au tiers afin de questionner le représenté sur l'étendue des pouvoirs du représentant[1703].

Cet article dispose que : « *Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte.* ». Cette disposition s'applique spécifiquement à la représentation conventionnelle. Le lien entre la représentation conventionnelle et l'interpellation interrogatoire est compréhensible car il suffit en présence d'une représentation légale ou judiciaire de consulter la loi afin de connaître avec certitude l'étendue des pouvoirs du représentant.

L'interpellation interrogatoire constitue un outil en apparence efficace afin de prévenir le risque de dépassement de pouvoir du mandataire[1704] ; il convient pour s'en assurer d'analyser les différentes conditions nécessaires à la mise en œuvre de cette action.

300. Les conditions à la mise en œuvre de l'interpellation interrogatoire. Tout d'abord, l'interpellation interrogatoire ne peut être soulevée par une autre personne que le tiers-contractant. L'article 1158 est sur ce point parfaitement explicite. Seul le tiers est autorisé, s'il le souhaite, à bénéficier de ce mécanisme. La réforme lui permet ainsi d'être actif dans la protection de ses propres intérêts en agissant avant la manifestation d'un dépassement qu'il redouterait. L'objet de son interpellation est cependant limité car elle porte uniquement sur l'étendue des pouvoirs du représentant[1705] et non pas sur l'existence même de son pouvoir de représentation[1706]. Naturellement, le tiers peut interroger le représenté sur l'existence du

---

1702 La réforme du droit des obligations fait de l'interpellation interrogatoire un instrument ordinaire et non plus extraordinaire. Sur ce point, JEULAND (E.), « Les actions interrogatoires en question » *in Libres propos sur la réforme du droit des contrats. Analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016, art. cit.*, p. 38 : « *Cette réforme s'inscrit dans un mouvement général de procéduralisation du droit substantiel, au-delà du droit judiciaire.* » Voir aussi, JEULAND (E.), *Théorie relationniste du droit*, LGDJ, 2015, p. 341. LAITHIER (Y.-M.), « Dispositions relatives à la validité du contrat » *in La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Journée nationale, Tome XX, Nancy, Association Henri Capitant, Dalloz, 2016, p. 29 : « *L'incitation de ce dernier à réagir est extrêmement forte puisqu'à défaut de réponse, le représentant est présumé habilité à conclure l'acte.* »

1703 FAGES (B.), *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, 2018, n° 92, p. 100.

1704 SEUBE (J.-B.), DUMONT-LEFRAND (M.-P.), GOUT (O.), LANDEL (J.), *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, Editions législatives, 2018, p. 85 : « *Même si on devine le contentieux qui pourra naître dans sa mise en œuvre, le texte permet de dissiper les risques liés à l'absence de pouvoir du représentant.* »

1705 WICKER (G.), « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », *in La représentation en droit privé, 6e Journées franco-allemandes* sous la direction de Guillaume Wicker, Reiner Schulze et Denis Mazeaud, 1er éd., vol. 26, Société de législation comparée, 2017, n° 39, p. 65.

1706 DOUVILLE (T.), *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article*, 1er éd., Gualino, 2016, p. 121. DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 251. Au contraire, le Professeur Bénabent soutient que la règle de l'article 1158 doit s'étendre aux doutes relatifs à l'existence du pouvoir de représentation. BÉNABENT (A.), « Le nouveaux mécanismes », *RDC*, 2016, Hors-série, p. 17 : « *même si le texte ne vise que* « *l'étendue* » *des pouvoirs, le mécanisme doit*

…/…

pouvoir du représentant mais cette initiative dépasse alors le cadre de l'article 1158 qui ne vise que le « *tiers qui doute de l'étendue du pouvoir représentant conventionnel* ». Cette disposition –au moins sa lettre- porte spécifiquement sur le dépassement de pouvoir du mandataire et contribue indirectement à réaffirmer la distinction entre dépassement et absence de pouvoir, même si cette limite n'est pas nécessairement légitime ici car l'interpellation du tiers pourrait aussi porter sur l'existence du pouvoir de représentation.

Le tiers doit impérativement douter de l'étendue des pouvoirs du mandataire. Cette condition est expressément prévue par l'article 1158 ; elle apparaît comme un élément inhérent à l'interpellation interrogatoire. Le doute du tiers-contractant est donc déterminant car il est à l'origine de l'action.

L'article 1158 formule, en outre, plusieurs conditions relatives à la forme et au moment de l'interpellation. L'interrogation du tiers doit impérativement être transmise par écrit au représenté[1707]. Ce dernier dispose alors d'un délai fixé par le tiers afin de répondre à la question posée. La liberté offerte au tiers dans la détermination de ce délai n'est cependant pas dépourvue de limite ; l'article 1158 précise en effet que le délai choisi doit être raisonnable[1708]. Par ailleurs, l'interpellation interrogatoire ne peut être soulevée par le tiers qu'en présence « *d'un acte qu'il s'apprête à conclure* ». Cette condition est conforme à la nature de l'interpellation interrogatoire qui exclut logiquement son recours une fois l'acte conclu.

301. Les effets de l'interpellation interrogatoire. Les effets de l'interpellation interrogatoire dépendent exclusivement du comportement du représenté. Deux hypothèses doivent alors être envisagées : soit le représenté a répondu au tiers dans les limites du délai qu'il lui a accordé ; soit, au contraire, le représenté n'a pas apporté de réponse dans le délai fixé.

Dans la première hypothèse, le représenté peut librement habiliter le représentant à conclure l'acte objet de l'action ou au contraire lui refuser ce pouvoir en estimant que cet acte serait alors une atteinte à l'étendue de sa mission. Le respect du délai fixé par le tiers permet au représenté de se protéger contre le futur dépassement de son représentant ; le tiers ne pourra alors plus invoquer l'apparence contre lui car la réponse du représenté permet d'éclaircir l'étendue des pouvoirs du représentant. Cela est parfaitement compréhensible dans la mesure où le recours à l'interpellation interrogatoire dissipe toute croyance légitime erronée.

Dans la seconde hypothèse, le représenté ne formule aucune réponse dans le délai prévu ; le représentant est alors réputé habilité à conclure cet acte comme le dispose l'article 1158

s'appliquer a fortiori quand c'est l'existence même du mandat qui est douteuse ». Cette interprétation est pourtant opposée à la lettre de l'article 1158.

1707 MERCADAL (B.), *Réforme du droit des contrats*, Editions Francis Lefebvre, 2016, p. 124.

1708 MEKKI (M.), « Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *D.*, 2016, p. 494, n° 17 : « *il faut noter que l'ordonnance améliore les modalités de l'action interrogatoire. Tout d'abord, au lieu d'exiger une réponse dans un délai raisonnable (anc. art. 1157) du représenté interrogé, le nouvel article 1158, alinéa 1er, impose au tiers de fixer un délai qui doit être raisonnable. La formule est plus heureuse, même si le délai raisonnable sera nécessairement une source de débats*. »

alinéa 2[1709]. Le défaut de réponse conduit à la confirmation des pouvoirs du représentant. Il s'agit d'une présomption d'acceptation[1710] mais s'agit-il d'une présomption simple ou irréfragable ? La réponse sera donnée par la jurisprudence sachant que la qualification de présomption simple semble plus probable [1711]. Quoiqu'il en soit, cette présomption d'acceptation peut paraître contraire à la sécurité juridique du représenté car le silence ne vaut pas en principe acceptation[1712]. Les exceptions à ce principe sont formulées par l'article 1120 du Code civil : « *Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières.* ». La réforme du droit des obligations favorise ainsi l'émergence de ce qu'il est possible de qualifier dans le cadre de cette étude de silence approbateur ou tout simplement de « *silence-approbation* », lequel révèle d'une manière générale une modernisation de la protection du tiers[1713].

302. Une protection modernisée pour le tiers. L'article 1158 permet désormais au tiers-contractant d'agir directement et librement afin de se prémunir contre le risque d'un dépassement de pouvoir du mandataire. La sécurité juridique est ainsi préservée car les doutes sont purgés à l'issue de l'interpellation interrogatoire quelle que soit la réponse du représenté. L'initiative du tiers permet de débloquer une situation statique née de sa propre hésitation[1714]. Cela reflète une évolution significative vers un assainissement des relations contractuelles entre le représentant et le tiers-contractant d'une part et entre le représenté et le tiers-contractant d'autre part. L'objectif porte avant tout sur la clarification des relations contractuelles et plus spécifiquement sur la clarification de la volonté du représenté. La combinaison de ces différents éléments permet de renforcer et de moderniser la protection du tiers-contractant, ce qui est hautement appréciable[1715]. La nuance est cependant de

---

1709 « *L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte*. »

1710 Le Professeur Danis-Fatôme s'oppose à cette qualification, elle y voit davantage une forme de ratification tacite du représenté (DANIS-FATÔME (A.), « Le contrat de mandat à l'épreuve de la réforme du droit des obligations du 10 février 2016 », *art. cit.*, p. 82).

1711 RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 547.

1712 TOURNAUX (S.), « Réforme du droit des contrats et des obligations : les interactions entre droit commun de la représentation et représentations conventionnelles spéciales », *Lexbase édition privée*, n° 646 du 10 mars 2016, p. 5 : « *L'action est assortie d'une sanction inhabituelle […] illustrant les exceptions que l'ordonnance admet elle-même au principe selon lequel le silence ne peut valoir acceptation*. »

1713 SEUBE (J.-B.), DUMONT-LEFRAND (M.-P.), GOUT (O.), LANDEL (J.), *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, Editions législatives, 2018, p. 85 : « *Le silence conservé par le représenté équivaut donc à son consentement à la représentation.* »

1714 LAGARDE (X.), « Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires », *D.*, 2017, p. 715 : « *L'admission des actions interrogatoires est le révélateur d'une prise de conscience assez élémentaire. Dans le mouvement continu de l'existence, quiconque hésite crée un point de fixation. Privilégiant la sécurité dynamique sur la sécurité statique, l'ordonnance du 10 février 2016 donne un moyen de débloquer la situation*. »

1715 CABRILLAC (R.), « La théorie générale de la représentation dans le projet de réforme du droit des contrats français » *in Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, n° 11, p. 117 : « *On ne peut qu'approuver cette possibilité offerte au tiers, susceptible d'éviter un contentieux qui pourrait se révéler abondant*. »

rigueur car la sécurité du tiers, renforcée par l'article 1158, se fait au détriment de la liberté du représenté[1716].

303. La recherche d'une information précise et rapide. La véritable innovation apportée par l'article 1158 réside dans l'effet contraignant de l'interrogation à l'encontre du représenté. Ce dernier est désormais et par principe tenu de répondre à la demande formulée par le tiers ; en l'absence de réponse directe de sa part, le représentant est autorisé à conclure l'acte visé par l'interpellation. Par conséquent, le représenté exprime directement ou indirectement une réponse au tiers. Cette règle contribue ainsi à un éclaircissement de la pensée du tiers par la certitude des pouvoirs ou au contraire de l'absence de pouvoir du représentant[1717]. De surcroît, la signification du silence comme reconnaissance de pouvoir contribue à la certitude du pouvoir.

Le représenté doit, en outre, répondre rapidement à cette sommation[1718] afin d'être en mesure d'exprimer directement son accord ou son désaccord à l'accomplissement de l'acte. La condition du délai raisonnable fixée par l'article 1158 signifie implicitement que le représenté doit répondre rapidement. Cela peut être analysé comme une recherche de l'immédiateté de la réponse et favorise par conséquent le recours à cette interpellation interrogatoire. Le nouveau dispositif propre à l'article 1158 révèle pourtant certaines insuffisances regrettables.

2. Les insuffisances du nouveau dispositif

304. La condition incertaine du « délai raisonnable ». L'article 1158 est à l'origine d'une incertitude sur la notion de « *délai raisonnable* »[1719] en ne précisant pas les critères ou les circonstances permettant d'apprécier efficacement le respect de cette condition. Le Sénat avait à l'origine proposé de fixer un délai de deux mois afin de clarifier concrètement la notion de « *délai raisonnable* » mais cette proposition fut finalement rejetée par l'Assemblée nationale[1720]. Les députés et le gouvernement craignaient, à juste titre, qu'un délai fixe puisse apparaître selon les cas trop long ou trop court. La question demeure donc toujours entière

1716 DE FONTMICHEL (M.), « Les nouvelles actions interrogatoires », *D.*, 2017, p. 1665 : « … *de nouvelles actions interrogatoires font leur entrée en droit commun des contrats. Elles symbolisent à elles seules un net recul du principe de la liberté d'agir au bénéfice du principe de la sécurité juridique. Cette prévalence de la sécurité sur l'accès à la justice ne surprend pas. La réforme des contrats s'insère pleinement dans une tendance qui érige depuis longtemps la sécurité du contrat en vertu cardinale du droit civil. Le mécanisme de l'action interrogatoire en devient un des bras armés.* »

1717 STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Le nouveau droit de la représentation et le contrat de mandat », *art. cit.*, p. 82 : « *en cas de doute, l'article 1158 montre la voie à employer pour dissiper l'incertitude.* »

1718 DIDIER (Ph.), « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *art. cit.*

1719 Sur l'appréciation de cette notion, voir notamment, CROZE (H.), « Une vision procédurale de la réforme des obligations », *Procédures*, 2016, p. 8. Voir également, PERELMAN (Ch.), « Le raisonnable en droit », *APD*, t. 23, Sirey, 1978, p. 35. NICOLAS-VULLIERME (L.), « Le « délai raisonnable » ou la mesure du temps », *PA*, n°3, 3 janvier 2005, p. 3. KHAIRALLAH (G.), « Le « raisonnable » en droit privé français », *RTD civ.* 1984, p. 439.

1720 SEUBE (J.-B.), DUMONT-LEFRAND (M.-P.), GOUT (O.), LANDEL (J.), *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, Editions législatives, 2018, p. 85.

et l'appréciation du caractère raisonnable du délai imparti par le tiers contractant au mandant reviendra donc aux juges[1721]. Dès lors, n'aurait-il pas été préférable de rechercher un délai fixe au-delà de l'existence d'un doute raisonnable ?[1722]

Le délai accordé au représenté va dépendre avant tout des circonstances laissées à la libre appréciation du tiers[1723]. Le risque réside cependant dans sa subjectivité ou tout simplement dans sa mauvaise foi l'incitant à fixer délibérément un délai restreint afin de bénéficier du silence du représenté. Le juge sera alors tenu d'apprécier les faits afin de reconnaître la légitimité ou au contraire l'illégitimité du délai accordé[1724]. La prise en compte de l'urgence à conclure l'acte[1725] peut justifier que le délai accordé soit à la fois court mais raisonnable. L'identité du destinataire de l'action peut également avoir une incidence sur le caractère raisonnable de sa réponse. En effet, la réponse du destinataire personne physique pourrait être éventuellement transmise plus rapidement qu'un destinataire personne morale. Il faudrait par conséquent tenir compte de l'identité du destinataire afin d'apprécier avec précision le respect de cette condition.

D'une manière générale, un délai raisonnable apparaît comme un délai adéquat pour le tiers eu égard aux circonstances ; de surcroît il est suffisamment long pour permettre au représenté de répondre[1726]. Le caractère raisonnable du délai ne doit donc pas être apprécié uniquement en fonction du tiers ou de la seule situation du représenté mais communément au regard de leurs deux situations respectives. Il s'agit d'une appréciation à la fois cohérente et conforme à l'équilibre des intérêts en présence.

305. L'appréciation mitigée du silence approbateur. La règle de l'article 1158 alinéa 2 est lourde de conséquences car le silence du représenté vaut habilitation et de ce fait légitime l'acte conclu par le représentant. Cette règle est a priori pertinente car le mandant de mauvaise foi pourrait transmettre tardivement sa réponse ou tout simplement refuser de répondre dans l'espoir de priver d'effet l'interpellation interrogatoire. Il est donc bien légitime d'apprécier ce silence comme une habilitation offerte au représentant.

1721 RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 547. L'article 1158 « *posera sans doute de nombreuses difficultés d'application*. »

1722 STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Le nouveau droit de la représentation et le contrat de mandat », *art. cit.*, p. 82 : « *Cela aurait subordonné le mécanisme à la bonne foi du tiers alors qu'en l'état, la seule variable d'ajustement que le texte offre au juge pour éviter les usurpations de pouvoir par inertie du représenté, réside dans le quantum du délai fixé par le tiers*. »

1723 Et finalement du juge en cas de litige.

1724 BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Adapté après la réforme du 10 février 2016, 12e éd., LGDJ, Précis Domat, 2017, n° 689 : « *Cette mise en demeure interrogatoire, véritable innovation, appellera évidemment des précisions jurisprudentielles (durée du délai raisonnable, atteinte aux intérêts du mandant, etc.).* »

1725 BÉNABENT (A.), « Le nouveaux mécanismes », *RDC*, 2016, Hors-série, p. 17 : « *le délai raisonnable ne doit-il pas tenir compte de l'urgence du contrat à conclure ?* ».

1726 BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 689 : « *Le texte précise que ce délai doit être raisonnable, c'est-à-dire qu'il doit effectivement laisser au représenté le temps d'y répondre.* »

C'est astucieux mais dangereux comme le souligne le Professeur Stoffel-Munck[1727] d'autant que le texte ne précise pas si cette présomption d'habilitation est irréfragable ou simple. La seconde solution serait sans doute préférable car elle permettrait au mandant d'écarter l'habilitation en se fondant sur des circonstances démontrant qu'il ne pouvait pas légitimement répondre. Ainsi, la qualification de présomption simple de l'habilitation atténuerait le défaut de prise en compte des circonstances entourant le silence par l'article 1158. Retenir une présomption irréfragable d'habilitation serait au contraire excessif. Certes, la règle du silence approbateur protège efficacement les intérêts du tiers-contractant mais tout silence du représenté n'est pas forcément le reflet de sa mauvaise foi ou de sa négligence. Il peut tout aussi bien résulter de son incapacité à transmettre une réponse dans le délai fixé. C'est pour cette raison qu'il n'est pas possible d'analyser ce silence approbateur comme « *une forme de ratification originelle* », comme le soutien le Professeur Tournaux[1728].

Même si les tribunaux ne retiennent finalement qu'une présomption simple d'habilitation, il reste que déduire du silence une habilitation demeure dangereux. Un silence peut certes exprimer un accord mais, le plus souvent, il exprime un refus. La sanction du défaut de réponse est excessive car la conséquence réside dans l'engagement du représenté silencieux[1729]. Il s'agit là d'un risque majeur car de nombreux tiers-contractant de mauvaise foi pourraient être tentés d'user outre mesure de ce mécanisme indéniablement conforme à leurs intérêts[1730]. Le Professeur Chénedé craint sur ce point un effet « *boomerang* »[1731]. La règle est alors contestable comme le soulignent par ailleurs de nombreux auteurs[1732]. Il aurait

1727 STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Le nouveau droit de la représentation et le contrat de mandat », *art. cit.*, p. 82.

1728 *Ibid.*, *art. cit.*, p. 5.

1729 Cela peut aussi être une atteinte à l'article 1156 selon lequel l'acte de dépassement est inopposable au représenté.

1730 DE FONTMICHEL (M.), « Les nouvelles actions interrogatoires », *D.*, 2017, p. 1665 : « *Ainsi, dans un avenir proche, il faudra compter sur le déclenchement d'actions interrogatoires tous azimuts*. »

1731 CHÉNEDÉ (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz référence, 2e éd., 2019-2010, n° 123.35, p. 53.

1732 CABRILLAC (R.), « La théorie générale de la représentation dans le projet de réforme du droit des contrats français » *in Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, n° 11, p. 117 : « *On peut concevoir que le silence du représenté soit sanctionné par son engagement. Mais en pratique, le silence du représenté laisse planer un doute sur la réalité des pouvoirs du représentant. Mieux vaudrait-il sans doute, pour éviter toute contestation ultérieure, que le silence du représenté fasse présumer l'absence de pouvoir du représentant.* » CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations*, *Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 394, p. 320 : « *Ne faut-il pas craindre de voir les actions interrogatoires, sans fondement véritables, se multiplier ? L'âme humaine étant ce qu'elle est, il n'est pas impossible que cette faille soit exploitée par les plus malhonnêtes. Heureusement, la fraude corrompt tout, ce qui permettra au moins de déjouer les situations les plus scandaleuses. Toujours est-il qu'on voit mal où était la nécessité sociale de déroger si frontalement au principe selon lequel le silence n'a pas d'effet juridique, et ce d'autant plus que, limité à la représentation conventionnelle, le dispositif de l'article 1158 du Code civil n'avait pas véritablement sa place dans le droit commun de la représentation*. » MEKKI (M.), « Réforme du droit des obligations : la représentation (C. civ., art. 1153 et s. nouv.) », *JCP N.*, n° 47, 25 novembre 2016, act. 1255, p. 3 : « *Cette disposition pourrait être une prime à la mauvaise foi et à la fraude si elle était utilisée de manière malveillante par le tiers avec la complicité du représentant.* » JEULAND (E.), « Les actions interrogatoires en question », *JCP G,* 2016, 737 ; DE FONTMICHEL (M.), « Les nouvelles actions interrogatoires », *D.*, 2017, p. 1665 ; SERINET (Y.-M.), « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », *LPA,* 2015, n° 177, n° spécial.

été plus légitime de déduire de ce silence une absence de pouvoir du représentant[1733] comme le fait l'article 177 alinéa 2 du BGB[1734]. Cela aurait ainsi apporté une clarification au tiers tout en protégeant la sécurité du représenté qui ne serait alors pas engagé du simple fait de son silence.

La sévérité inhérente à cette règle ne reflète pas réellement le mécanisme de l'interpellation interrogatoire mais davantage celui d'une « *mise en demeure interrogatoire* »[1735]. La règle de l'article 1158 alinéa 2 est par principe légitime mais elle demeure potentiellement dangereuse car elle sanctionne implicitement une situation de fait sans fixer préalablement les critères susceptibles de l'identifier.

Au-delà de cette critique de la lettre de l'article 1158, cette disposition est indéniablement dans son esprit le révélateur d'une évolution significative dans la prise en compte de la protection du tiers-contractant. Il s'agit d'une modernisation dans la protection du tiers-contractant. Pourtant, certaines questions se posent encore, notamment sur la caractérisation élémentaire du doute du tiers.

306. L'absence de condition relative à l'incertitude du tiers. L'incertitude du tiers devrait constituer un élément essentiel de l'interpellation interrogatoire. Néanmoins, l'article 1158 ne mentionne aucune condition relative à la caractérisation de cette incertitude[1736]. Celle-ci peut parfois être alimentée par le comportement du représenté et du représentant mais l'article 1158 reste silencieux sur ce point.

L'article 3.208 des Principes du droit européen des contrat présente en partie ces circonstances : « *Lorsque les déclarations ou le comportement du représenté ont donné au tiers raison de croire que le représentant avait pouvoir d'accomplir un acte …* »[1737]. Une telle présentation des circonstances à l'origine des doutes du tiers est partielle mais l'article 1158 aurait davantage dû s'en inspirer dans une perspective de clarté et de sécurité.

Il aurait ainsi été pertinent d'imposer au tiers-contractant de préalablement se renseigner directement auprès du représentant. La démarche est simple dans la pratique ; il suffit pour le tiers de demander au représentant de lui fournir la preuve de l'étendue de ses pouvoirs. Dans cette hypothèse, deux éléments justifieraient pleinement le recours à l'interpellation

---

1733 LAGARDE (X.), « Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires », *D.*, 2017, p. 715 : « *De la même manière qu'on assimile un motif dubitatif à une absence de motif, mieux vaut admettre qu'une réponse hésitante a la valeur d'un silence.* »

1734 « *Si l'autre partie exige que le commettant déclare s'il ratifie ou non le contrat, la déclaration ne peut être faite qu'à cette autre partie ; une ratification ou un refus de ratification déclarés à l'agent avant que la demande soit sans effet. La ratification ne peut être déclarée que deux semaines après la réception de la demande ; s'il n'est pas déclaré, il est considéré comme ayant été refusé.* »

1735 BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Adapté après la réforme du 10 février 2016, 12e éd., LGDJ, Précis Domat, 2017, n° 689.

1736 MEKKI (M.), « Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *D.*, 2016, p. 494, n° 17 : » *On peut au préalable regretter que l'action interrogatoire en cas de doute du tiers sur l'existence et/ou l'étendue des pouvoirs du représentant ait été maintenue en l'état. Il aurait été plus prudent de conditionner cette action à l'établissement d'une apparence telle qu'elle est prévue au nouvel article 1156.* »

1737 PDEC, art. 3.208.

interrogatoire : soit le représentant n'est pas en mesure de fournir la preuve de l'étendue de ses pouvoirs, soit le document fourni n'est pas de nature à éclairer le tiers sur ce point[1738]. Ces deux situations peuvent légitimement faire germer un doute raisonnable dans l'esprit du tiers-contractant et justifient par conséquent une interpellation interrogatoire du représenté.

L'article 1158 aurait ainsi gagné en clarté dans sa formulation tout en protégeant la sécurité du représenté. En effet, le recours à l'interpellation interrogatoire doit être justifié par un doute comme le précise l'article mais cela ne doit pas pour autant exclure toute forme d'encadrement. La formulation actuelle confère une grande liberté au tiers car il lui suffit de soutenir qu'il doute de l'étendue des pouvoirs sans en établir l'origine factuelle.

L'interpellation interrogatoire ne doit pas être exercée en dehors de tout contrôle ou en l'absence de toute limite et cela repose précisément sur la caractérisation du doute. Il ne fallait donc pas simplement mentionner la condition du doute imposée au tiers mais prévoir préalablement les circonstances justifiant l'émergence d'un doute. L'imprécision du texte sur ce point peut être le révélateur d'un souhait des rédacteurs de favoriser l'usage par le tiers de l'interpellation interrogatoire. Selon le Professeur Didier « *le législateur donne un moyen facile à celui qui doute de lever l'ambiguïté* »[1739]. La poursuite de cette réflexion conduirait alors à se demander si ce moyen n'est pas tout simplement trop facile donc insuffisamment encadré. Le recours à l'interpellation interrogatoire dépend simplement de la libre appréciation individuelle et subjective du tiers[1740]. Cette faculté nouvelle offerte par la réforme du droit des obligations n'est donc pas dépourvue de tout excès et est potentiellement source d'insécurité juridique pour la personne interpelée[1741].

L'avantage de l'interpellation interrogatoire ne doit cependant pas être annihilé et plus particulièrement en fonction la clarification attachée à la vérification des pouvoirs du mandataire. La recherche de la certitude des pouvoirs et de l'immédiateté de la réponse du représenté favorisent la situation du tiers. Au-delà de ce postulat, l'article 1158 exprime, indirectement et de manière complémentaire, une certaine méfiance à l'encontre de la théorie de l'apparence.

1738 MIGNOT (M.), « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (III) », *LPA*, 2016, n° 52, p. 7 : « *Il y aura doute soit lorsque le représentant ne pourra pas rapporter cette preuve, soit lorsque la preuve rapportée ne présentera pas la sécurité juridique.* »

1739 DIDIER (Ph.), « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *JCP éd. G.*, n° 20-21, 16 mai 2016, 580, p. 4.

1740 GHESTIN (J.), LABARTHE (F.), « Observations générales », *LPA*, 4 septembre 2015, n° 177, p. 17. DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 251.

1741 MAYER (L.), « Défense des « actions interrogatoires » introduites par la réforme du droit des contrats », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 42, p. 47 : « *Les trois nouvelles* « *actions interrogatoires* » *introduites en droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016 font l'objet de vives critiques en doctrine, tant du point de vue de leur légitimité – elles sacrifieraient la liberté de la personne interpellée sur l'autel de la sécurité juridique – que de celui de leur efficacité.* » LAGARDE (X.), « Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires », *D.*, 2017, p. 715 : « *Sa mise en œuvre suscite en effet de sérieuses interrogations. La volonté de sécuriser telle ou telle situation juridique serait ainsi grosse d'effets pervers dès lors qu'elle se réalise par l'adoption de règles dont l'interprétation incertaine est par elle-même source d'insécurité juridique* ».

307. Une méfiance implicite à l'encontre de l'apparence. L'Ordonnance du 10 février 2016 consacre explicitement, par son article 1158, le mécanisme de l'interpellation interrogatoire dans le domaine contractuel mais l'apport de cette disposition ne se limite pas à cet unique constat. L'article 1158 peut aussi être le réceptacle implicite d'un souhait des rédacteurs de restreindre progressivement le champ d'application de la théorie de l'apparence au profit du mécanisme de l'interpellation interrogatoire.

Cette évolution paraît hautement acceptable et nécessaire car la théorie de l'apparence repose avant tout sur le critère de la croyance légitime du tiers[1742] ; cette condition est par nature critiquable car elle se fonde sur une appréciation personnelle donc subjective du tiers. Le pseudo-mandant est pourtant engagé par l'acte en vertu du mandat apparent[1743] car le tiers croyait à tort en l'existence d'un pouvoir de représentation. Cela demeure bien critiquable au regard des effets de l'apparence sur le mandant et justifie ainsi que cette théorie soit de moins en moins appliquée[1744].

La mise en exergue du mécanisme de l'interpellation interrogatoire par la réforme du droit des obligations peut ainsi être analysée comme un palliatif à la fois efficace et attendu à l'encontre de l'apparence dans le domaine du contrat de mandat. Cette méfiance conduit même à écarter le mécanisme de l'apparence en encourageant le tiers à faire preuve de prudence s'il doute de l'étendue des pouvoirs du représentant[1745]. La théorie ancienne de l'apparence s'incline donc devant la théorie modernisée de l'interpellation interrogatoire ; il s'agit d'une période de transition entre deux mécanismes protecteurs durant laquelle le doute chasse la croyance légitime[1746]. Peut-être faut-il y voir les prémices d'une évolution durable ?[1747]

Enfin, l'interpellation interrogatoire est, par principe et d'une manière générale, plus avantageuse pour le représenté et le tiers car elle permet d'apporter de la certitude[1748] alors que l'apparence ne fait que consolider une croyance erronée. L'article 1158 permet ainsi de clarifier la question de l'étendue des pouvoirs tout en renforçant la sécurité juridique du tiers

---

1742 Voir *infra* n° 328 et s.

1743 Voir *infra* n° 314 et s.

1744 HOUTCIEFF (D.), *Droit des contrats*, 2e éd. Larcier, 2017, n° 230-1 : « *À la vérité, la croyance légitime du tiers paraît devoir être de moins en moins admise.* »

1745 DOUVILLE (T.), *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article*, 1er éd., Gualino, 2016, p. 121 : « *Or, si le tiers interroge le représenté, c'est bien qu'il doute de ses pouvoirs. Il faut donc en déduire qu'il ne pourra pas se prévaloir de la théorie de l'apparence.* »

1746 CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations*, *Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 394, p. 320.

1747 *Ibid.*, « *L'existence de cette action n'a-t-elle pas pour but d'instaurer, en droit commun, une culture du doute ?* ». Une telle évolution ne serait pas, par principe, critiquable à l'impérieuse condition de délimiter les circonstances à l'origine du doute, ce que l'article 1158 omet véritablement de faire. Cette délimitation sera ultérieurement et progressivement construite par la jurisprudence.

1748 LAGARDE (X.), « Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires », *D.*, 2017, p. 715 : « *En ce que leur exercice dissipe l'incertitude, ces actions sont a priori un facteur de sécurité juridique. La doctrine devrait donc réserver bon accueil à cette innovation de la réforme du droit des contrats* ».

et en partie celle du représenté. La seule critique substantielle repose uniquement sur la règle du silence approbateur.

L'initiative du tiers ne se manifeste pas seulement *a priori* en prévision du dépassement ; il peut aussi agir *a posteriori* une fois le dépassement accompli en vertu de certains remèdes issus notamment de la réforme du droit des obligations. La réglementation en vigueur est particulièrement protectrice dans l'éventualité où le tiers-contractant ignorait le dépassement de pouvoir.

II. LE TIERS IGNORANT LE DEPASSEMENT DE POUVOIR

308. Une évolution dans la protection du tiers contractant. L'article 1997 du Code civil prévoit que le tiers contractant ignorant le dépassement de pouvoir du mandataire peut agir en garantie contre celui-ci. Cette protection, acceptable en 1804, s'est cependant révélée insuffisante. Désormais, à l'issue d'une construction jurisprudentielle consacrée par la réforme du droit des obligations, le tiers peut invoquer l'apparence pour sauver l'acte juridique ou au contraire la nullité pour l'anéantir. Le tiers de bonne foi dispose donc de moyens contre l'acte conclu en dépassement de pouvoir **(A)** et de la « garantie » du mandataire **(B)**.

A. MOYENS RELATIFS A L'ACTE CONCLU EN DEPASSEMENT DE POUVOIR

309. Une double protection efficace du tiers de bonne foi. Le tiers-contractant de bonne foi doit nécessairement être protégé contre les effets du dépassement de pouvoir du mandataire. La réforme du droit des obligations favorise pleinement cette protection en permettant au tiers de faire un choix entre deux mécanismes distincts selon qu'il désire anéantir l'acte conclu ou au contraire le consolider. La nullité du contrat conclu **(1)** est une sanction légitime car le tiers-contractant est directement victime des effets du dépassement du représentant. Il doit donc être en mesure d'agir personnellement et directement pour la préservation de ses propres intérêts. Dans cette optique, la nullité de l'acte n'est pas la seule protection qui lui est offerte. Le tiers de bonne foi peut aussi, sous certaines conditions, consolider l'acte conclu au-delà des pouvoirs du mandataire, en démontrant l'existence d'un mandat apparent **(2)**.

1. Nullité du contrat conclu

310. L'admission de la nullité par le nouvel article 1156 alinéa 2. L'article 1156 alinéa 2 du Code civil issu de la réforme du droit des obligations dispose que : « *Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité.* ». Cette disposition permet de clarifier la situation du tiers-contractant confronté au

dépassement de pouvoir du mandataire en identifiant la sanction susceptible de protéger ses intérêts[1749].

Cette faculté du tiers-contractant de détruire l'acte était particulièrement attendue dans la mesure où les rédacteurs du Code civil, à l'article 1998, avaient envisagé uniquement l'inefficacité de l'acte à l'égard du mandant. Il faut cependant rappeler que les sanctions retenues à l'époque s'inspiraient essentiellement des travaux de Domat et de Pothier[1750]. La théorisation de la future notion de « *dépassement de pouvoir* » en était encore à ses lointains débuts. De plus, la jurisprudence, peu développée sur ce thème[1751], ne permettait pas d'apporter d'éléments favorisant l'émergence d'une règle de droit plus complète. Cela explique la rédaction lacunaire de l'article 1997.

L'article 1156 alinéa 2 met enfin un terme à ces hésitations jurisprudentielles[1752]. La clarification apportée par cette disposition s'apprécie aussi par la distinction faite entre l'acte accompli sans pouvoir et au-delà des pouvoirs[1753]. Cette précision est appréciable car le dépassement de pouvoir n'est pas le révélateur d'une absence de pouvoir. En l'absence totale de pouvoir, l'individu se présente à tort comme un représentant mais sans bénéficier de pouvoir légitimant son action. Il en est différemment pour le dépassement de pouvoir qui suppose impérativement l'existence d'un pouvoir préalablement accordé. L'auteur du manquement est bien un représentant mais l'acte accompli est fautif car contraire à la volonté du représenté.

311. Les conditions à la nullité de l'acte. La nullité de l'acte objet du dépassement de pouvoir est subordonnée à trois conditions cumulatives. La première dépend du représenté et les deux autres sont relatives au tiers-contractant.

La première condition est expressément formulée par l'alinéa 3 de l'article 1156 : « *L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifiée.* ». Le représenté peut donc faire obstacle, par sa seule volonté[1754], à la nullité de l'acte si le tiers ne l'a pas encore invoquée[1755]. La ratification du représenté[1756] prive alors le tiers de son droit à invoquer la nullité de l'acte objet du dépassement de pouvoir.

1749 DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 248 : « *L'ordonnance innove en traitant de front le sort de l'acte litigieux dans le rapport entre le représenté et le tiers contractant*. »

1750 Voir *supra* n° 98 et s.

1751 Certains arrêts admettaient tout de même la nullité absolue et acceptaient par conséquent au tiers de l'invoquer, contrairement à la nullité relative ou encore à l'inopposabilité. Voir *supra* n° 207 et s.

1752 Voir *supra* n° 207 et s.

1753 Cette distinction apparaît aussi dans le premier alinéa relatif à la sanction de l'acte en faveur du représenté.

1754 TOURNAUX (S.), « Réforme du droit des contrats et des obligations : les interactions entre droit commun de la représentation et représentations conventionnelles spéciales », *Lexbase édition privée*, n° 646, 10 mars 2016, p. 5 : « *la ratification de l'acte reste naturellement entre les mains du représenté et non entre celles du tiers*. »

1755 DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *op. cit.*, p. 248.

1756 Voir *supra* n° 264 et s.

Les deux autres conditions dépendent de la situation du tiers-contractant. Premièrement, il doit être de bonne foi ; il doit donc avoir sincèrement ignoré que l'acte était accompli par le mandataire en dépassement de ses pouvoirs[1757]. Cette condition est indispensable comme le mentionne l'article 1156 alinéa 2 : « *Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant […] au-delà de ses pouvoirs* … ». Deuxièmement, le tiers-contractant doit décider d'invoquer la nullité de l'acte car il est simplement titulaire d'une action en nullité. Le tiers est libre d'invoquer cette nullité ou au contraire de rester engagé par l'acte objet du dépassement[1758].

À la différence de l'inopposabilité en faveur du représenté, la nullité n'est pas automatique. Elle doit résulter d'une manifestation de volonté de son titulaire afin de se protéger des effets de l'acte. La règle de l'article 1156 alinéa 2 est donc conditionnée mais sa substance est pleinement légitime pour le tiers-contractant.

312. Le fondement de la nullité ouverte au tiers-contractant. En présence d'une représentation parfaite, le tiers est informé du statut du représentant ; il contracte de ce fait en prévision de l'engagement du représenté et de la disparition du mandataire. Cependant, le dépassement perturbe le bon fonctionnement du mécanisme de la représentation en protégeant le représenté par un non-engagement à l'acte[1759]. À ce stade, la protection du mandant se fait au détriment des intérêts du tiers-contractant de bonne foi. Le cocontractant du mandataire fautif est donc en droit d'invoquer la nullité de l'acte car il n'aurait probablement pas contracté s'il avait eu connaissance du dépassement[1760]. De surcroît, la dissimulation de l'étendue de ses pouvoirs par le mandataire est la preuve d'une faute et plus précisément d'une atteinte aux conditions de validité de l'acte. La situation du tiers-contractant est totalement différente de celle du représenté ; pour cette raison, la nullité de l'acte est légitime pour le tiers alors que l'inopposabilité l'est pour le représenté.

Selon le Professeur Storck, pour que la nullité d'un acte soit justifiée : « *il faudrait qu'une atteinte grave soit portée à un principe essentiel de notre système juridique ou à des dispositions d'ordre public* »[1761]. En présence d'un dépassement de pouvoir ignoré du tiers, le mandataire cache l'étendue de sa mission et par conséquent cache le probable non engagement du représenté. La nullité en faveur du tiers repose donc sur le vice de consentement qu'il subit du fait de sa méconnaissance. Il s'agit donc bien d'une atteinte aux conditions de validité de l'acte, ce qui justifie sa nullité.

1757 DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *op. cit. :* « … *lorsque les conditions de la nullité ne sont pas réunies, c'est-à-dire lorsque le tiers contractant connaissait le dépassement de pouvoirs. Lu a contrario, en effet, l'article 1156 alinéa 2 implique que le tiers contractant ne puisse demander la nullité dans ce dernier cas*. »

1758 *Ibid.* : « *il n'est pas impossible que le tiers contractant ait lui-même parfois intérêt au maintien du contrat* … ». WICKER (G.), « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », *in La représentation en droit privé, 6e Journées franco-allemandes, op. cit.*, n° 37, p. 63 et 64 : « *cette nullité n'est bien évidemment que relative, de sorte qu'il peut choisir de ne pas la mettre en œuvre si le maintien de l'acte lui paraît préférable, notamment, là encore, dans la perspective d'une éventuelle ratification.* »

1759 Toujours dans l'éventualité où la théorie de l'apparence ne s'appliquerait pas.

1760 Sauf dans l'éventualité où le tiers envisage la ratification du mandant.

1761 STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, *op. cit.*, n° 227, p. 168.

Par conséquent, la nullité est relative même si l'article 1156 ne le précise pas. La règle de droit permet ici de protéger un intérêt particulier et non l'intérêt général. La référence à la nullité relative est implicite[1762] et évidente[1763] mais une confirmation textuelle aurait été un gage de sécurité supplémentaire. En conséquence, le tiers-contractant est légitime à invoquer, s'il le souhaite, la nullité de l'acte conclu avec le représentant car ce dernier se trouvait en situation de dépassement de pouvoir.

Les auteurs de la réforme ont fait preuve d'ouverture en condamnant la jurisprudence selon laquelle seul le représenté pouvait invoquer la nullité relative. Cette solution avait été rappelée quelques mois avant la réforme dans un arrêt de la Cour de cassation du 12 novembre 2015[1764]. En l'espèce, une société civile immobilière avait consenti en tant que mandataire un bail avec un locataire. Ce dernier avait été assigné en paiement des arriérés de loyers par la bailleresse mais il opposa la nullité du bail pour défaut de capacité du mandataire car le mandant était décédé au moment de la conclusion du bail. La cour de cassation cassa la décision de la Cour d'appel d'Aix-en-provence qui avait prononcé la nullité du bail. La substance de l'article 1156 alinéa 2 démontre ainsi une meilleure prise en considération de la situation du tiers de bonne foi.

Le tiers subit un préjudice car le mandant n'est pas engagé par l'acte. C'est pourquoi « *Le tiers doit pouvoir s'échapper de ce lien qui n'a pas été réellement voulu et qui peut se révéler en pratique préjudiciable.* »[1765]. Par ailleurs, le remplacement du mandant par le mandataire dans l'acte conclu est impossible car le représentant n'a jamais voulu être engagé et en pratique il n'est probablement pas en mesure de respecter ce qui était à l'origine l'engagement du représenté. Ce constat légitime le droit du tiers contractant à invoquer la nullité rétroactive[1766] de l'acte objet du dépassement.

313. Une disposition communément acceptée. Les commentateurs de la réforme du droit des obligations approuvent[1767] ou tout du moins ne critiquent pas[1768] la règle formulée par

1762 CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations*, *Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 389, p. 316 : « *la logique de l'article 1156 du Code civil pousse à reconnaître à la nullité la nature d'une nullité relative.* »

1763 *Ibid.*

1764 Civ. 1er, 12 novembre 2015, pourvoi n° 14-23.340, Bull. civ. I, n° 451 : « *la nullité d'un contrat fondée sur l'absence de pouvoir du mandataire social, qui est relative, ne peut être demandée que par la partie représentée.* »

1765 CABRILLAC (R.), « La théorie générale de la représentation dans le projet de réforme du droit des contrats français » *in Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, n° 10, p. 116.

1766 SIMLER (Ph.), *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1969, n° 14, p. 14 : « *en cas de nullité relative, lorsque le titulaire de l'action a exercé son droit, l'acte est nul vis-à-vis de tous et rétroactivement.* »

1767 WICKER (G.), « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », *in La représentation en droit privé, 6e Journées franco-allemandes, op. cit.* p. 62-63.

1768 DOUVILLE (T.), *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article*, 1er éd., Gualino, 2016, p. 118-119. DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 248. BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Adapté après la réforme du 10 février 2016, 12e éd., LGDJ, Précis Domat, 2017, n° 693.

…/…

l'article 1156 alinéa 2. La reconnaissance de la nullité comme sanction adéquate en présence d'un tiers de bonne foi est communément acceptée par les auteurs favorables[1769] ou au contraire défavorables[1770] au dualisme des sanctions.

Le seul point de discorde porte uniquement sur la reconnaissance par l'alinéa 1er de l'inopposabilité[1771] en faveur du représenté[1772]. Au contraire, la nullité en faveur du tiers de bonne foi n'est pas contestable au regard de l'atteinte aux conditions de validité de l'acte. Il aurait été non pertinent de retenir l'inopposabilité de l'acte au tiers-contractant qui a bien conclu le contrat mais dont le consentement a été vicié. La seule sanction admissible est donc la nullité. Le tiers-contractant n'a cependant pas forcément intérêt à agir en nullité. Il peut décider au contraire de tenter de sauver le contrat conclu en invoquant l'existence d'un mandat apparent.

2. Mandat apparent

314. Un mécanisme exclusivement protecteur du tiers-contractant. Il est tout d'abord fondamental de distinguer le mandat apparent du mandat véritable lequel laisse place à une authentique manifestation de volonté du mandant. Dans le cadre du mandat apparent, une personne « A » sera engagée au titre de mandant car un tiers « B » a légitimement cru que son propre co-contractant « C » était le mandataire de « A ». Il s'agit par conséquent d'un mécanisme juridique original car le mandant ou plus exactement le pseudo-mandant est engagé pour un acte qu'il n'a pas voulu par application de la théorie de l'apparence **(a)**.

Un parallèle peut ainsi être fait entre le mandat apparent et la gestion d'affaires car le mandant est, dans ces deux situations, engagé juridiquement sans aucune manifestation de volonté de sa part mais dans un cas, vis-à-vis du mandataire, dans l'autre, vis-à-vis du tiers-contractant. Le mandat apparent protège exclusivement les intérêts du tiers-contractant bien que le Professeur Leveneur l'analyse surtout par rapport à ses bienfaits pour le mandat. Il qualifie en ce sens le mandat apparent de : « *soupape de sécurité nécessaire au bon fonctionnement de*

HOUTCIEFF (D.), *Droit des contrats*, 2e éd. Larcier, 2017, n° 229. TOURNAUX (S.), « Réforme du droit des contrats et des obligations : les interactions entre droit commun de la représentation et représentations conventionnelles spéciales », *Lexbase édition privée*, n° 646, 10 mars 2016, p. 5. DANIS-FATÔME (A.), « Proposition de modification de l'article 1156 du Code civil : le défaut de pouvoir du représentant », *RDC*, 2017, n° 1, p. 177. MEKKI (M.), « Réforme du droit des obligations : la représentation (C. civ., art. 1153 et s. nouv.) », *JCP N.*, n° 47, 25 novembre 2016, act. 1255. DIDIER (Ph.), « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *JCP éd. G.*, n° 20-21, 16 mai 2016, p. 580.

1769 Par exemple : WICKER (G.), « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », *in La représentation en droit privé, 6e Journées franco-allemandes, op. cit.*, n° 35, p. 62.

1770 Par exemple : DISSAUX (N.), « Articles 1152 et suivants : la représentation », *RDC*, 2015, n° 3, p. 749.

1771 Voir *supra* n° 203 et s.

1772 La solution de l'inopposabilité en faveur du représenté est pourtant justifiée et appréciable dans le cadre de cette étude. En faveur de l'inopposabilité : STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, *op. cit.*, n° 230, p. 170 : « *le dépassement de pouvoirs commis par le mandataire devait entraîner non la nullité de l'acte, mais l'inopposabilité.* »

l'institution même du mandat. »[1773]. Cet aspect ne semble pourtant pas le plus important notamment en admettant que la volonté élémentaire du mandant est sacrifiée sur l'autel de la protection des intérêts du tiers-contractant. La reconnaissance d'un tel mandat est cependant subordonnée à la croyance légitime du tiers-contractant **(b)**. C'est seulement sous cette condition qu'il bénéficiera des effets de l'admission de ce mandat **(c)**.

a. Une application de la théorie de l'apparence

315. Origines et constituants du mandat apparent. La théorie jurisprudentielle de l'apparence remonte au début du XIX[e] siècle[1774]. L'émergence du mandat apparent ne se produit qu'à la fin du XIX[e] siècle. Le mandat apparent est une forme particulière d'application de la théorie générale de l'apparence **(α)** issue d'une construction doctrinale reprise par la jurisprudence. Appliquée au mandat, l'apparence présente cependant certaines particularités **(β)**.

α. La théorie générale de l'apparence

316. Les origines de l'apparence. L'apparence est un mécanisme présent dans la plupart des branches du droit[1775] permettant de tempérer le droit positif afin de protéger les tiers[1776].

Le concept d'apparence est né dans la Rome antique avec l'esclave fugitif Barbarius Philippus connu pour avoir réussi à exercer la charge de prêteur strictement interdite aux non-citoyens[1777]. Fort d'une habileté égale à son audace, l'exploit de Philippus prit malheureusement fin, il fut rapidement démasqué puis accusé de l'exercice illégitime de la fonction de magistrat[1778]. Il fut décidé que les actes réalisés par cet esclave devaient être validés dans un souci d'équité et d'utilité publique. Pomponius soutenait cette décision arguant que le peuple de Rome aurait pu affranchir cet esclave s'il avait eu connaissance de sa condition réelle[1779]. Justinien fit ainsi naitre le principe selon lequel toute sentence rendue

---

1773 LEVENEUR (L.), obs. sous Civ. 1er, 6 janvier 1994, pourvoi n° 91-22.117, Bull. civ. I, n° 1 ; *CCC*, 1994, n° 49.

1774 Req. 3 août 1815, s. 1815-1818, p. 83.

1775 Aucune branche du droit ne semble y échapper selon un auteur : RABAGNY (A.), *Théorie générale de l'apparence en droit privé,* thèse, Paris, 2001, n° 2284, p. 291.

1776 Par exemple, l'héritier apparent.

1777 BOUDOT (M.), *Rép. civ.*, V. Apparence, n° 2.

1778 Un problème se posait désormais car ce faux-magistrat avait, durant l'exercice de sa fonction, accompli un certain nombre d'actes nécessitant l'intervention d'un prêteur. Il s'agissait désormais de s'interroger sur la sanction adéquate frappant ces actes. Mais force est de constater que statuer sur l'annulation d'actes commis illégitimement semblait être une tâche délicate en raison de la prise en compte des tiers bénéficiant des actes du prétendu magistrat.

1779 Digeste, Livre I, Titre XIV, Ulpien livre 26, traduit par : H. HULOT et J.-F. BERTHELOT, *Les cinquante livres du digeste ou des pandactes de l'Empereur Justinien, t.* 1, 1803, p. 90, n° 3, « *Voyons cependant lorsqu'un esclave remplit la préture […] ce qu'on doit penser de ses édits et de ses décrets. Doit-on les regarder comme nuls, ou sont-ils valables, à cause de l'utilité publique, pour ceux qui ont porté leurs causes devant lui … ? Je pense qu'on ne doit rien rejeter de ce qu'il a fait. Ce sentiment est le plus équitable : et en effet, le peuple romain auroit pu conférer cette magistrature à un esclave ; et, s'il eut connu sa condition, il l'auroit affranchi.* »

par un arbitre en réalité esclave mais réputé libre avait force de loi et devait conserver son autorité.

Il faudra ensuite attendre un peu moins d'un millénaire pour que les romanistes médiévaux forgent l'adage « *error communis facit jus* » que nous pouvons traduire par l'erreur commune fait le droit. Cette maxime, rédigée sous la plume d'Accurse, célèbre jurisconsulte italien, traduit l'apport considérable du droit romain sur la question de l'apparence consécutivement à « *l'affaire* » Barbarius Phillipus mais également sur son évolution.

317. Évolution du concept d'apparence jusqu'à l'époque contemporaine. Le XIX^e^ siècle est marqué par une analyse timide de l'apparence de la part des commentateurs du Code civil[1780]. Tout au long du XIX^e^ siècle, la jurisprudence applique de façon stricte et constante le principe selon lequel l'erreur commune fait le droit[1781], cependant le concept d'apparence ne se théorise qu'au début du XX^e^ siècle[1782]. Le Professeur Crémieu est le premier à utiliser la notion de « *théorie de l'apparence des droits* » au début du XX^e^ siècle[1783] mais force est de reconnaitre que la « *théorie de l'apparence* » ne fleurit les manuels de droit qu'à partir de la seconde moitié du XX^e^ siècle. Il est important de préciser l'essor considérable pris par la notion de l'apparence dans notre droit contemporain[1784]. L'apparence est profondément ancrée dans le droit positif français et nul ne saurait dire quand ce cycle s'arrêtera[1785]. Certains auteurs s'interrogent sur l'utilité de créer un tel mécanisme dans la mesure où d'autres relativement proches existaient déjà tels la gestion d'affaires et le mandat tacite[1786].

Une question demeure cependant : celle de l'intérêt qui doit prédominer. Faut-il plutôt favoriser la sécurité statique du véritable titulaire initial du droit ou alors renforcer la sécurité

1780 TROPLONG (R.-T.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, depuis et y compris le titre de la vente*, *op. cit.* p. 560 ; DEMOLOMBE (C.), *Cours de code Napoléon, t.* 1, Durand/Hachette, 1866, p. 561, n° 338. Ces auteurs abordent cette notion notamment dans le cadre de possession mobilière avec l'ancien article 2279 du Code civil, « *En fait de meubles, la possession vaut titre* », aujourd'hui codifié à l'article 2276.

1781 Req. 3 août 1815, S. 81815. 1. 83 ; Req. 4 février 1850, S. 1850. 1. 180.

1782 BOUDOT (M.), *Rép. civ.*, V. Apparence, n° 4. Cette théorie va radicalement bouleverser les raisonnements juridiques, en particulier à l'égard du tiers. En effet, il était auparavant admis que le tiers devait assumer les conséquences de ses propres erreurs mais ce postulat disparait avec la théorisation de l'apparence et la nécessaire intervention du juge afin de valider la création ou la transmission de droits. Le domaine d'application de cette théorie est par nature restreint car elle ne touche que les modes de transmission des droits ou des obligations dérogeant au principe selon lequel il n'est possible de transmettre plus de droit qu'on en a (*Ibid.*, n° 5).

1783 CRÉMIEU (L.), « De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent », *RTD civ.*, 1919, p. 44.

1784 MESTRE (J.), « De quelques apparences ou illusions contractuelles », *RTD civ.*, 1992 p. 557 : « *L'une des réalités incontestables de notre droit contractuel contemporain est la considération sans cesse croissante de l'apparence.* » ; « *Nouvelles prises en considération de l'apparence* », *RTD civ.*, 1995 p. 102, « *l'apparence ne cesse de renforcer son emprise dans la jurisprudence contemporaine, tant pour la formation des actes que pour leur régime …* ».

1785 MESTRE (J.), « L'apparence a sans doute encore de beaux jours devant elle », *RTD civ.*, 1998, p. 668, « *Ne nous fions donc pas à quelques apparences ponctuelles : l'apparence n'a pas encore disparu de notre jurisprudence.* »

1786 HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 31140. Ces auteurs reconnaissent cependant que ce « *nouveau* » concept est parfaitement utile. De plus, le Code civil fait déjà référence implicitement au mandat apparent sans le citer véritablement dans son article 2009, disposant que les engagements du mandataire agissant en dehors de ses pouvoirs ou sans le moindre pouvoir doivent, dans certains cas, être exécutés par le mandant à l'égard du tiers de bonne foi.

dynamique de celui qui prétend être victime d'une croyance légitime mais fausse à l'égard de ce titulaire[1787] ? La réponse de la doctrine semble être unanime pour reconnaitre que procéder à une balance des intérêts est le meilleur moyen[1788]. Le succès de l'apparence ne peut que renforcer la conviction selon laquelle ce mécanisme constitue un impératif non négligeable de notre droit contemporain.

Le succès de la théorie de l'apparence dans la doctrine et la jurisprudence se confirme davantage aujourd'hui. Il s'explique par sa principale vertu, la protection renforcée des tiers de bonne foi mais aussi en raison de la rapidité des transactions en cette période contemporaine[1789]. Le Professeur Mazeaud formule cette définition : « *la théorie de l'apparence est appelée à la rescousse pour conclure à l'existence d'un contrat entre un contractant et un tiers, dont le comportement n'a en aucune façon été susceptible de lui attribuer le statut de contractant, mais dans des circonstances où le comportement d'un autre a pu légitimement induire en erreur le contractant initial sur ce point.* »[1790].

318. La définition commune. Le dictionnaire Le Littré définit l'apparence comme étant l'aspect qui nous apparait de quelque chose, ce qu'on voit d'une personne ou d'une chose, la manière dont elle se présente à nos yeux[1791]. Il peut s'agir aussi de l'aspect extérieur d'une chose considérée comme différent de cette chose et de sa réalité. Cette définition commune de l'apparence renvoie à l'idée de perception personnelle d'une chose à tort ou à raison. Une interprétation large de l'apparence laisse donc paraitre l'idée globale de l'appréciation individuelle des choses ou des personnes. Mais l'interprétation stricte peut dévoiler une inadéquation entre l'aspect et la réalité dans la perception intellectuelle de toute personne. L'objet de l'appréciation de l'individu correspondrait alors davantage à une façade dont la vision et l'interprétation différerait selon les personnes. Le Professeur Jonesco s'est appliqué à définir le concept d'apparence d'une façon globale avant d'en resserrer l'étude sur le plan juridique[1792].

L'apparence peut aussi être employée afin de relater une vraisemblance ou une probabilité. Ces trois notions présentent une certaine synonymie comme dans la situation où un individu présent sur le lieu d'un vol est trouvé, tenant dans ses mains l'objet dérobé. La vraisemblance du délit tient à l'apparence et par conséquent à la probabilité de culpabilité du sujet concerné.

1787 BOUDOT (M.), *Rép. civ.*, V. Apparence, n° 8.

1788 GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *Traité de droit civil (les effets du contrat)*, *op. cit.*, p. 1031, n° 959 ; DANIS-FATÔME (A.), *Apparence et contrat*, LGDJ, 2004, n° 20, p. 17.

1789 Le commerce juridique et la publicité qui en découle constituent un environnement propice au développement et au renforcement de ce mécanisme en raison du besoin incessant de transmettre les informations rapidement.

1790 MAZEAUD (D.), « Le contractant apparent », *D.* 2016, p. 1120, n° 13.

1791 On retrouve alors l'idée d'une perception sensorielle individuelle et surtout extérieure. Un tel phénomène se retrouve dans un certain nombre d'expressions modernes : ne pas se fier aux apparences, sauver les apparences, ne pas juger sur les apparences, une apparence de sincérité …

1792 JONESCO (B.), *Les effets juridiques de l'apparence en droit privé*, thèse, Strasbourg, 1927, p. 107. Selon cet auteur, est apparent « *ce qui apparait extérieurement, ce qui frappe la vue ou l'esprit, ce qui est visible* ».

Toutefois, cette interprétation peut être erronée car l'apparence reste avant tout le reflet de l'appréciation personnelle et extérieure. Cette situation permet de dégager deux acceptions de la notion d'apparence : la fausse apparence c'est à dire l'illusion résultant d'une dénaturation des faits et la vraie apparence conforme à la réalité, interprétée justement par le sujet sans la moindre déformation. La définition juridique permet de comprendre cette notion sous un angle différent.

319. La définition juridique. La définition juridique permet de confronter la réalité du droit à la perception erronée de celle-ci[1793]. Le droit associe l'apparence à l'erreur individuelle portant sur une situation inexacte mais malgré tout vraisemblable. Le *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu définit l'apparence de trois façons différentes[1794]. Cela peut désigner ce qui dans une situation juridique peut être connu mais qui ne correspond pas nécessairement à la réalité. Il peut s'agir de l'aspect extérieur mensonger d'une situation juridique ou encore d'un aspect résultant intentionnellement ou non de la réunion de signes extérieurs par lesquels se manifestent ordinairement un état, une fonction qui font croire aux tiers qu'une personne a réellement cet état ou cette fonction.

Malgré cette définition, l'apparence demeure une notion d'une grande plasticité dans la mesure où il s'agit d'une perception du droit mais dans le même temps d'un moyen ou d'une modalité de correction de ce qui est perçu. Les particularités du mandat apparent ne démentent pas ce sentiment.

β. Les particularités du mandat apparent

320. Les caractères identifiables du mandat apparent. Le mandat apparent constitue une application spécifique de la théorie de l'apparence[1795] que l'on peut saisir par son identification et ses illustrations jurisprudentielles **(1)**. Il fait désormais l'objet d'une consécration législative **(2)**.

1. Identification et illustrations jurisprudentielles du mandat apparent

321. Absence d'un véritable mandat. Le mandat apparent ne peut pas, en toute logique, être considéré comme un contrat dans la mesure où il n'existe aucun engagement contractuel liant le pseudo-mandant au mandataire apparent. Le mandant est engagé pour un acte qu'il n'a pas souhaité. Il s'agit d'une situation fictive dans laquelle les tiers agissent comme si le pseudo-mandant avait donné procuration au mandataire apparent. La représentation conventionnelle est ainsi admise par le juge en l'absence d'un contrat de mandat.

1793 BOUDOT (M.), *Rép. civ.*, V. Apparence, n° 13.

1794 CORNU (G.), *Vocabulaire juridique,* 9e éd., PUF, 2011, p. 56.

1795 RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 548 : « *Il y a là ce que la jurisprudence appelle elle-même un mandat apparent, parfaite illustration de la théorie de l'apparence*. » CALAIS-AULOY (V.-J.), *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, préface de Michel Cabrillac, Bibliothèque de droit privé, t. 17, LGDJ, 1959.

Le Professeur Bénabent démontre que la distinction va plus loin dans la mesure où le mandat apparent produit uniquement les effets de la représentation liant le mandant au tiers mais en aucun cas les effets contractuels du mandat liant le pseudo-mandant au mandataire apparent[1796]. Dans cette perspective, il n'existe aucune obligation réciproque entre pseudo-mandant et mandataire apparent. Cependant si le mandat apparent n'est pas un contrat, quelle est sa nature juridique ? Une position doctrinale[1797], née de la thèse du Professeur Batteur[1798], démontre que le mandat apparent est un quasi-contrat au même titre que la gestion d'affaires. Le quasi-contrat est une obligation qui, sans avoir été voulue par les parties, crée entres elles une relation juridique semblable à celle qui résulte d'un contrat déterminé[1799]. Il est indéniable que le mandat apparent et la gestion d'affaires correspondent point par point à cette définition du quasi-contrat. La singularité du mandat apparent s'apprécie au regard des différences avec le mandat tacite et la ratification.

322. Distinction du mandat tacite et du mandat apparent. Le mandat tacite est foncièrement différent du mandat apparent dans la mesure où le premier traduit impérativement une acceptation de l'engagement du mandant vis-à-vis des tiers-contractants[1800]. L'acceptation tacite peut émaner du mandataire mais aussi du mandant[1801] et cela n'altère en aucune façon le fait que cette représentation soit fondée sur un mandat. Le mandat tacite est un véritable mandat.

Cependant, un rapprochement très résiduel peut être souligné entre ces deux notions par l'analyse des circonstances traduisant l'acceptation tacite. Un parallèle erroné pourrait alors être fait entre l'apparence du mandat et les circonstances de l'acceptation du mandat en se basant sur l'analyse des faits. À ce sujet, le Professeur Lazerges décrit le mandat tacite comme étant le fruit de certains faits, actes, positions, circonstances[1802]. Il peut être alors envisageable de trouver un soupçon de ressemblance entre le mandat tacite et le mandat apparent en regardant exclusivement les circonstances de l'affaire[1803].

323. Distinction du mécanisme de la ratification et du mandat apparent. Une autre confusion doit être évitée : celle du mandat apparent et de la ratification. Selon le Professeur

---

1796 BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 730 et s.

1797 HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (G.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 31240, « *on perçoit que cet avatar est sans parenté véritable avec le mandat et la représentation : le mandat apparent n'a rien du contrat de mandat […] d'où la tentation légitime de l'insérer parmi les quasi-contrats…* ». BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 730.

1798 BATTEUR (A.), *Le mandat apparent en droit privé,* thèse, Caen, 1989, n° 848.

1799 HONORAT (J.), « Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel », *RTD civ.*, 1969, n° 653.

1800 Ce mandat est régi par le Code civil à l'article 1985 alinéa 2, disposant que « *L'acceptation du mandat peut n'être que tacite, et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire.* »

1801 Req., 13 juin 1936 : DH 1936, p. 393 ; S. 1936, I, p. 388.

1802 LAZERGES (C.), « Les mandats tacites », *RTD civ.*, 1975, p. 222.

1803 LEAUTÉ (J.), « Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence », *RTD civ.*, t. 45, 1947, Librairie Edouard Duchemin, p. 298 : « *l'incertitude des frontières du mandat apparent et du mandat tacite n'est qu'une des conséquences de l'imprécision des caractères de l'apparence, tels qu'ils découlent de la théorie générale de l'apparence.* »

Le Tourneau, la ratification a pour effet d'effacer un dépassement de pouvoir alors que le mandat apparent fait naitre une représentation jusque-là inexistante[1804]. De plus, « *le mandat apparent trouve sa source dans un fait juridique, tandis que l'engagement ratifié [...] est de nature contractuelle.* »[1805]. Les conditions du mandat apparent seront à la charge des tiers, bénéficiant de ce mécanisme, avec l'exigence d'une erreur légitime, alors que les conditions de la ratification concerneront uniquement le mandant avec notamment la volonté réelle de s'engager[1806].

Néanmoins, au-delà de cette distinction, il n'est pas pour autant impossible pour le pseudo-mandant de ratifier l'acte passé par le mandataire apparent[1807]. Mais le mandant prend un risque en ratifiant le mandat apparent, notamment s'il est profane dans le domaine concerné. Cette situation est envisagée par le Professeur Boubli dans le domaine de la construction, interprétant éventuellement le défaut d'information du mandataire apparent comme un vice affectant la ratification[1808].

324. Illustrations du mandat apparent. Le mandat apparent est plus facilement admis dans le cadre de la réalisation d'actes d'administration, cependant le recours à un tel mécanisme n'est pas interdit pour des actes de disposition. Ce constat traduit l'ampleur du succès de l'apparence dans notre droit et plus particulièrement du mandat apparent dont l'application ne semblerait pas à première vue limitée. Le transfert de propriété immobilière reste un terrain propice à l'apparence. Un tiers peut ainsi bénéficier du mandat apparent pour avoir légitimement pensé que l'intermédiaire, qu'il soit notaire, agent immobilier ou membre de famille du pseudo-mandant, avait réellement le pouvoir de lui vendre ledit bien[1809]. Le

1804 LE TOURNEAU (Ph.), *Rép. civ.*, V. Le mandat, n° 373.

1805 *Ibid.*

1806 *Ibid*

1807 Com., 5 décembre 1989, pourvoi n° 88-14.193, Bull. civ. IV, n° 309 : « *alors qu'il résultait de l'arrêt que la société Unipool s'était présentée comme le « mandataire contractuel » du transporteur et que la société Air charter avait ratifié ce mandat apparent en recevant le paiement du transport.* »

1808 BOUBLI (B.), obs. sous Civ. 3e, 12 mai 2010, *RDI*, p. 379 : « *Il est toutefois permis de se demander s'il n'appartient pas au maître d'œuvre investi d'une mission complète d'informer le maître de l'ouvrage des conséquences d'une immixtion de sa part dans la maîtrise d'ouvrage et si dès lors, la ratification du « mandat apparent » n'est pas entachée d'un vice ou d'un doute sérieux en l'absence d'une telle information.* »

1809 En ce sens, Civ. 3e, 2 octobre 1974, pourvoi n° 73-11.481, bull. civ., III, n° 331 ; *JCP,* 1976. II. 18247, note H. Thuillier ; *RTD civ.*, 1977, p. 151, obs. G. Cornu. Un bien immobilier est vendu par un notaire n'ayant pas reçu les pouvoirs nécessaires pour réaliser un tel acte. Le tiers acquéreur pouvait légitimement croire en l'étendue du mandat du notaire dans la mesure où la vente dudit bien dépendait d'une succession qu'il était lui-même chargé de liquider. En outre, le tiers ne pouvait vérifier les pouvoirs du notaire en raison de l'autorité et de l'honorabilité de sa charge. Un tel agissement caractéristique d'un manque évident de savoir-vivre aurait été d'une incorrection parfaite.

Civ. 1er, 6 janvier 1994, pourvoi n° 91-22.117, Bull. civ. I, n° 1 ; *D.*, 1994. p. 208, obs. critiques Ph. Delebecque ; *RDI*, 1994, p. 266, obs. D. Tomasin ; *RTD com.*, 1994, p. 548, obs. B. Bouloc ; *CCC*, 1994, n° 49, obs. L. Leveneur. Un agent immobilier, dépourvu de mandat, signe un compromis de vente. La cour d'appel précise que la théorie de l'apparence n'est pas applicable en présence d'un agent immobilier exigeant la présence d'un mandat écrit. Cependant la cour de cassation relève que ledit agent avait annoncé la mise en vente du bien dans le journal local, de plus le compromis précisait que l'agent agissait en qualité de mandataire. Enfin il n'était pas

…/…

mandat apparent peut aussi être retenu en présence d'une prestation de service[1810] ou d'une location immobilière[1811].

L'appréciation des juges varie selon les cas de prétendue apparence. Ils admettent plus facilement l'existence d'un mandat apparent si l'enjeu de l'acte objet de l'apparence est peu important ou en présence d'un impact pécuniaire de faible valeur[1812]. Cette reconnaissance du mandat apparent par la jurisprudence a fait l'objet d'une consécration légale par l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

---

convenable pour l'acquéreur de demander la présentation du mandat à l'agent. La cour admet ainsi l'application du mandat apparent et de la croyance légitime dans la mesure où les acquéreurs l'un chaudronnier, l'autre sans profession étaient par nature profanes et ne pouvait connaitre les exigences de formes liant un contractant à un agent immobilier. Le Professeur Delebecque soutient que cette décision n'est pas convaincante arguant que l'apparence a, certes toute sa place dans les transactions commerciales où la rapidité est un enjeu important, mais il ne semble pas « *opportun de lui accorder la même place dans les transactions civiles et spécialement dans les transactions immobilières. Ce ne sont pas seulement les circonstances qui sont alors différentes, c'est la psychologie même des contractants qui change.* » Le Professeur Bouloc souligne l'intérêt de cette solution « *car elle indique sur quoi le tiers peut établir sa croyance légitime. Peut-être d'ailleurs le faible montant de la valeur de l'immeuble explique-t-il aussi l'admission de la croyance légitime.* » Civ. 1er, 14 décembre 1976, pourvoi n° 75-12.426, Bull. civ. I, n° 403 ; *Defrénois,* 1977, p. 928, obs. critiques G. Champenois ; *RTD civ.*, 1977, p. 570, obs. G. Cornu. Un homme procède seul à la vente d'un domaine agricole dépendant d'une communauté. Pour cela il se porte fort de la signature de son épouse à l'acte authentique. Le tiers pouvait légitimement croire que son mari agissait en qualité de mandataire dans la mesure où il s'est présenté comme tel et en présence de son propre fils. L'apparence est retenue et l'épouse est engagée dans la vente du bien.

1810 Civ. 1er, 28 juin 1983, pourvoi n° 82-11.289, Bull. civ. I, n° 187. Un contrat d'assurance est souscrit par un assuré auprès d'un assureur mais par l'intermédiaire d'un courtier d'assurances perçu par l'assuré comme le mandataire. Ce dernier est ainsi apte à recevoir la déclaration de sinistre de l'assuré en vertu du mandat apparent. Civ. 1er, 25 octobre 1977, pourvoi n° 75-12.524, Bull. civ. I, n° 387. Un agent d'assurance mandataire apparent de l'assureur manque à ses obligations professionnelles en ne transmettant pas les demandes répétées de l'assuré à sa compagnie. La compagnie est ainsi déclarée responsable civilement du dommage résultant de cette faute du mandataire apparent.

1811 Les arrêts sont cependant moins nombreux qu'en matière de vente immobilière. Civ. 3e, 23 novembre 1977, pourvoi n° 76-11.125, Bull. civ. III, n° 409. Une femme conclu un bail portant sur le terrain appartenant à sa fille après que cette dernière l'eut laissée gérer son patrimoine pendant sept ans sans intervenir. La Cour de cassation en déduit que le locataire pouvait légitimement croire que cette femme avait le pouvoir d'agir au nom du propriétaire, sans avoir à vérifier ses pouvoirs. Le mandat apparent est par conséquent retenu par la cour. Civ. 3e, 18 janvier 1977, pourvoi n° 74-14.807, Bull. civ. III, n° 26. En l'espèce, un bail commercial est consenti par le mari et aussi beau-frère des propriétaires. La cour d'appel constate que cet homme a excédé ses pouvoirs, tout en refusant au locataire de plaider le mandat apparent. La Cour de cassation rejette ce raisonnement arguant que cet homme s'est comporté pendant vingt-cinq ans comme un mandataire en gérant l'immeuble et en percevant les loyers.

1812 Com., 8 juillet 1981, pourvoi n° 80-10.518, Bull. civ. IV, n° 315. Un individu chargé de vendre des marchandises pour le compte d'une société, commande une certaine quantité de jambons à une autre société sans que son employeur ne lui en donne l'ordre. Il dispose malgré tout d'un large pouvoir de représentation dans son rôle consistant à vendre et à encaisser pour son employeur. La Cour de cassation confirme l'existence d'un mandat apparent car cet homme était apparu, aux yeux des tiers contractants comme mandataire de l'employeur, de plus la commande portait sur une très faible valeur. Pour ces deux raisons, le tiers contractant n'avait pas à vérifier davantage la qualité de cet homme. Il est ainsi intéressant de constater à la vue de cette décision que le comportement des juges n'aurait pas été le même si la commande initiale avait été plus substantielle. La complaisance et la souplesse des juges à reconnaitre l'existence d'un mandat apparent n'est donc pas illimitée. Cette prise en compte de l'impact de l'apparence sur le patrimoine est une nouvelle rassurante tant cela nous incite à penser que la Cour de cassation tient également compte des intérêts du pseudo-mandant et non uniquement de ceux du tiers de bonne foi.

2. Consécration législative du mandat apparent par la réforme du droit des obligations

325. Une consécration attendue de l'apparence. L'article 1156 alinéa 1er dispose que : « *L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté.* ». La dernière partie de cette disposition vise indéniablement le mécanisme de l'apparence et permet au tiers d'engager le mandant contre sa volonté.

D'une manière générale, la deuxième partie de l'article 1156 alinéa 1er est une exception au principe selon lequel le représenté doit être protégé par l'inopposabilité de l'acte de dépassement. Il s'agit là d'une consécration de la théorie de l'apparence[1813] et plus spécifiquement du mandat apparent[1814], comme le précise le rapport au Président de la République. Une telle reconnaissance était attendue[1815] par la doctrine car elle contribue enfin à la consécration législative de la notion d'apparence. Cette consécration demeure pourtant imparfaite et doit en ce sens faire l'objet de certaines critiques.

326. Une consécration de l'apparence en partie critiquable. Tout d'abord, cet article ne fait pas textuellement référence à la notion d'apparence. Un tel choix est critiquable car cette notion est majoritairement acceptée depuis deux siècles. Les rédacteurs craignaient peut-être qu'une codification de la notion de « *mandat apparent* » puisse porter atteinte à la nature même du contrat de mandat. Cela justifierait ainsi la présente rédaction de l'article 1156 alinéa 1er ; celle-ci décrit bien les conditions indispensables à la mise en œuvre de l'apparence mais sans la mentionner dans sa lettre.

De surcroît, la théorie de l'apparence n'est abordée qu'à la fin de l'alinéa 1. Il était pourtant possible d'y consacrer au moins un alinéa distinct au regard de l'importance de cette théorie protégeant le tiers-contractant au détriment de la volonté du mandant. La « *gravité* » attachée à ce mécanisme n'est donc pas sans conséquence et mériterait logiquement une formulation plus complète. Un traitement plus substantiel aurait contribué à renforcer la précision de la règle.

La réforme, au contraire, fait preuve d'une grande retenue voire d'une certaine timidité dans la codification de la règle de la croyance légitime pourtant essentielle à plus d'un titre. Il faut peut-être y voir un ralentissement dans la prise en compte de la croyance légitime du

1813 DIDIER (Ph.), « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *JCP éd. G.*, n° 20-21, 16 mai 2016, 580, p. 2.

1814 BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Adapté après la réforme du 10 février 2016, 12e éd., LGDJ, Précis Domat, 2017, n° 693. La légitimité théorique d'une telle consécration avait notamment été affirmée par le Professeur Danis-Fatôme : DANIS-FATÔME (A.), « Le contrat de mandat à l'épreuve de la réforme du droit des obligations du 10 février 2016 », *art. cit.*, p. 84 ; DANIS-FATÔME (A.), *Apparence et contrat*, LGDJ, 2004, n° 633.

1815 DANIS-FATÔME (A.), *Apparence et contrat*, *op. cit.*, n° 633 ; DANIS-FATÔME (A.), « Proposition de modification de l'article 1156 du Code civil : le défaut de pouvoir du représentant », *RDC*, 2017, n° 1, p. 177. LARROUMET (C.), BROS (S.), *Traité de droit civil, t. 3 Les obligations. Le contrat*, 9e éd., Economica, 2018, n° 153, p. 127.

tiers[1816] ; ce qui serait le vecteur d'une plus grande sécurité juridique pour les parties. La réforme du droit des obligations pourrait conduire à une évolution de notre droit quant à l'exigence d'une croyance légitime du tiers.

b. La croyance légitime du tiers-contractant

327. Une construction à la fois jurisprudentielle et doctrinale. La Cour de cassation opère un contrôle étroit de la base légale en ce qui concerne le respect des conditions justifiant l'application d'un tel mécanisme[1817]. Il serait cependant plus juste de parler d'une condition unique dans la mesure où l'objet de la preuve a pour centre de gravité la croyance légitime du tiers-contractant. Cette condition centrale est issue de l'arrêt fondateur en date du 13 décembre 1962 [1818] et est depuis régulièrement rappelée par la Cour de cassation[1819].

La condition de la croyance légitime a fait l'objet de nombreux travaux doctrinaux, tels ceux des Professeurs Sourioux et Arrighi[1820], mais elle a aussi permis de forger la maxime « *en fait de mandat, croyance légitime vaut titre* »[1821]. Un arrêt isolé de la Cour de cassation du 30 novembre 1965 retenait cependant non pas la croyance légitime mais l'erreur

---

1816 HOUTCIEFF (D.), *Droit des contrats*, 2e éd., Larcier, 2017, n° 230-1 : « *À la vérité, la croyance légitime du tiers paraît devoir être de moins en moins admise.* »

1817 Com., 6 juin 1989, pourvoi n° 86-11.968, Bull. civ. IV, n° 179 ; *RTD civ.,* 1981, p. 409, obs. G. Cornu ; *RTD com*., 1990, p. 248, obs. B. Bouloc. Dans cet arrêt, la Cour de cassation casse la décision de la cour d'appel affirmant que cette dernière avait reconnu que le préposé d'une société pouvait légitimement être considéré comme étant son mandataire par le tiers contractant. Cependant la cour d'appel n'a pas relevé les circonstances autorisant le tiers à ne pas vérifier les pouvoirs de ce préposé. Selon Bernard Bouloc, cette solution est classique : « *Si l'apparence est source d'obligation, encore faut-il que les tiers aient été en droit de ne pas vérifier les pouvoirs, ce qui nécessite un minimum de précision sur les circonstances dispensant de la vérification* … ».

1818 Ass. Plén., 13 décembre 1962, pourvoi n° 57-11.569, bull. Ass. Plén. 1962, n° 2 ; *D*., 1963, p. 277, note J. Calais-Auloy ; *JCP N,* 1963, II, 13105, note P. Esmein ; *RTD civ*., 1963, p. 572, obs. G. Cornu. En l'espèce, le PDG de la Banque Canadienne société anonyme signe un cautionnement envers l'Administration des Domaines. Mais la banque refuse que ce cautionnement lui soit opposable arguant que la signature d'un tel acte nécessite l'intervention de deux mandataires sociaux habilités. La Cour de cassation confirme la décision de la cour d'appel, « *le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs.* » Cet arrêt est fondamental dans la mesure où il change la perception que l'on avait du mandat apparent. Avant cette décision, son application résultait d'une faute du pseudo-mandant de nature à engendrer la croyance erronée du tiers contractant. Ce revirement de jurisprudence met fin à ce raisonnement et fait désormais reposer le mandat apparent sur la simple croyance légitime et non sur le comportement du pseudo-mandant.

1819 Com. 22 décembre 1975, pourvoi n° 74-11.529, Bull. civ. IV, n° 313 ; Com. 12 juillet 1993, pourvoi n° 91-15.667, Bull. civ. IV, n° 292 ; Com. 23 janvier 2007, pourvoi n° 05-20.973, inédit ; *CCC*, 2007, comm. 115, obs. L. Leveneur. Plus récemment : Civ. 1er, 6 avril 2016, pourvoi n° 15-16.446, inédit.

1820 SOURIOUX (J.-L.), « La croyance légitime », *JCP G,* 1982, I, 3058, n° 5, (affirmant que la croyance légitime est une croyance à la fois vraisemblable et dispensée de vérification) ; ARRIGHI (J.-P.), *Apparences et réalité en droit privé. Contribution à la protection des tiers contre les situations apparentes,* thèse, Nice, 1974. Plus récemment, SOURIOUX (J.-L.), « La croyance légitime » *in Par le droit, au-delà du droit*, LexisNexis, 2011, p. 89.

1821 MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 581, p. 349. Nous comprenons ainsi que la légitimité de la croyance est le cœur de l'apparence dans le mandat. Ce constat est fondé sur le fait que la Cour de cassation impose depuis 1962 cette condition de façon uniforme.

commune[1822]. Ces deux notions ne doivent pas être confondues car une erreur peut être commune, partagée par de nombreuses personnes, et être malgré cela illégitime[1823]. À l'inverse, une erreur légitime n'est pas forcément commune. Selon le Professeur Fages, « *les tribunaux s'efforcent de respecter scrupuleusement ses critères* »[1824] dans le but de préserver le caractère exceptionnel de l'apparence[1825].

Dans sa thèse, le Professeur Batteur affirme qu'il existe trois degrés différents de croyance légitime dans le mandat apparent[1826] : la croyance légitime raisonnable qui constitue en quelque sorte l'hypothèse standard, ainsi que la croyance légitime qualifiée et la croyance légitime excusable. Ces deux dernières situations permettent de déduire une véritable fluctuation dans ce processus d'appréciation de la croyance du tiers par le juge. La croyance légitime qualifiée et la croyance légitime excusable peuvent ainsi être analysées comme des exceptions ou plus exactement comme des limites au principe selon lequel la croyance légitime du tiers-contractant doit être raisonnable. D'une manière générale, le principe repose donc sur l'existence d'une croyance légitime raisonnable **(α)** malgré la persistance de limites traditionnelles **(β)**, illustrées par la croyance légitime qualifiée ou encore excusable.

α. Le principe : une croyance légitime raisonnable

328. L'apport de la réforme du droit des obligations. La condition de la croyance légitime du tiers est reprise implicitement par l'article 1156 alinéa 1er du Code civil. Ce choix des rédacteurs est opportun car la notion de « *croyance légitime* » est, à elle seule, trop vague et imprécise pour faire l'objet d'une codification. Le Professeur Le Tourneau précise sur ce point que l'imprécision est une bonne chose car elle renforce l'interprétation et le pouvoir modérateur des juges[1827]. À l'inverse l'inconvénient d'une telle imprécision se retrouve dans l'incertitude inhérente au processus d'admission de l'apparence. La formule a connu une légère évolution dans la mesure où le mandat apparent peut être retenu en raison d'une

1822 Civ. 1er, 30 novembre 1965, Bull. civ. I, n° 664, « *Mais attendu qu'un tiers ne saurait prétendre avoir traité avec un mandataire apparent que s'il établit l'existence d'une erreur commune.* » La position de la Cour de cassation était ainsi restrictive car dire qu'une erreur est commune signifie qu'elle est susceptible d'être faite par toute personne douée de raison.

1823 LARROUMET (F.), *Droit civil, les obligations, le contrat,* t. 3, 5e éd., Economica, 2003, n° 175. Le Professeur Larroumet aborde le mandat apparent en utilisant la notion d'erreur commune. Ce dernier affirme qu'il n'existe aucune différence entre l'erreur commune et l'erreur légitime, contrairement à ce que pense la doctrine majoritaire ainsi que la jurisprudence de ces cinquante dernières années. Le Professeur Danis-Fatôme estime que le critère de la croyance légitime est retenu par la jurisprudence qui le préfère à celui de l'erreur commune utilisée davantage en matière de propriété apparente (DANIS-FATÔME (A.), *Apparence et contrat*, *op. cit.*, n° 216, p. 144).

1824 FAGES (B.), *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, 2018, n° 92, p. 100.

1825 Ex. Civ. 1er, 31 mars 2010, pourvoi n° 08-19.649, Bull. civ. I, n° 81 ; *Dr. et patr.* 2010, n° 194, p. 102, obs. L. Aynès. Civ. 3e, 15 juin 2011, pourvoi n° 10-21.085, inédit.

1826 BATTEUR (A.), *Le mandat apparent en droit privé*, thèse, Caen, 1989, n° 598.

1827 LE TOURNEAU (Ph.), *Rép. Civ.*, V. Le mandat, n° 178.

croyance légitime non seulement en présence d'un dépassement de pouvoir mais également d'une absence totale de pouvoir[1828].

Le tiers doit impérativement et légitimement avoir cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment mais non exclusivement au regard du comportement ou des déclarations du représenté. L'adverbe « *notamment* » formulé par l'article 1156 alinéa 1er doit faire l'objet d'une réflexion complémentaire.

Le choix de l'adverbe « *notamment* » est particulièrement intéressant car la réforme semble présenter le comportement du pseudo-représenté comme un élément important dans l'appréciation de l'apparence. Or, l'arrêt décisif de 1962[1829] n'identifiait pas cet élément comme une condition essentielle[1830]. La Cour de cassation mentionnait simplement et d'une manière générale, les circonstances autorisant le tiers à ne pas vérifier les limites du pouvoir du mandataire[1831]. La lettre de l'article 1156 alinéa 1er est plus restrictive[1832] que cette jurisprudence et peut simplement être analysée comme un retour à la jurisprudence antérieure à 1962[1833]. Cette disposition produit, par la seule utilisation de l'adverbe « *notamment* », une rupture avec la jurisprudence de 1962 en focalisant désormais l'attention sur le pseudo-représenté[1834].

Un tel choix des rédacteurs doit être analysé car le comportement du pseudo-représenté ne semble pas être l'élément le plus important. La prise en compte de l'acte objet de l'apparence demeure aussi légitime ; il en est de même pour l'étude du comportement du

1828 En ce sens, Civ. 1er, 11 mars 1986, pourvoi n° 84-12.940, Bull. civ. I, n° 67 ; *Defrénois,* 1987, art. 33913, p. 404, obs. J.-L. Aubert, « *M. B … et Mme Y … pouvaient légitimement croire aux pouvoirs du mandataire résultant, en apparence, d'une procuration notariée …* ».

1829 Ass. Plén., 13 décembre 1962, pourvoi n° 57-11.569, bull. Ass. Plén. 1962, n° 2. Pour la première fois, la Cour de cassation reconnait que le mandant peut être engagé par le mandat apparent si les circonstances favorisent la croyance légitime du tiers et l'autorisent ainsi à ne pas vérifier les limites exactes des pouvoirs du mandataire.

1830 Avant 1962, l'apparence reposait nécessairement sur une faute du mandant. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation mit fin à cette jurisprudence restrictive.

1831 DOUVILLE (T.), *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article*, 1er éd., Gualino, 2016, p. 120 : « *l'article 1156 du Code civil semble se détacher de cette approche.* »

1832 *Ibid.*, : « *L'esprit du texte conduirait à voir une conception restrictive de la croyance légitime du cocontractant, qui ne pourrait être appréciée qu'à partir d'actes positifs du représenté. Voilà qui surprend …* ».

1833 TOURNAUX (S.), « Réforme du droit des contrats et des obligations : les interactions entre droit commun de la représentation et représentations conventionnelles spéciales », *Lexbase édition privée*, n° 646 du 10 mars 2016, p. 4 : « *la conception retenue par le projet, qui limitait donc la croyance légitime du tiers aux seuls cas où cette croyance résultait de comportements ou de déclarations du représenté, avait pour conséquence de ramener la théorie du mandat apparent à l'état qui était le sien avant 1962.* »

1834 Pour le Professeur Mekki, « *l'essentiel demeure une consolidation de la jurisprudence* » (MEKKI (M.), « Réforme du droit des obligations : la représentation (C. civ., art. 1153 et s. nouv.) », *JCP N.*, n° 47, 25 novembre 2016, act. 1255, p. 3). Cela ne paraît pas totalement exact car la seule utilisation de l'adverbe « *notamment* » produit à elle seule une rupture avec la jurisprudence actuelle. Il ne s'agit donc en rien d'une consolidation mais d'une évolution. Mais abstraction faite de cet adverbe, l'article 1156 consacre et consolide effectivement la théorie de l'apparence.

pseudo-mandataire qui peut être présenté comme un élément essentiel dans l'appréciation de l'apparence[1835].

Il faut désormais s'interroger sur la véritable motivation à l'origine de l'utilisation de l'adverbe « *notamment* ». Deux hypothèses peuvent être envisagées. Premièrement, cette utilisation a bien pour fondement « *d'orienter* » la réflexion des juges sur le comportement du pseudo-représenté ; la rupture avec la jurisprudence de 1962 serait bien volontaire et non accidentelle. Le comportement du représenté n'est alors pas un simple exemple mais un indice prioritaire à prendre en considération[1836]. L'utilisation de cet adverbe serait alors le révélateur d'une priorité accordée au comportement du représenté et non seulement comme une simple illustration. Deuxièmement, l'adverbe « *notamment* » a seulement pour fondement de présenter un élément parmi d'autres mais sans forcément y rattacher une préférence interprétative à destination des juges[1837]. La seconde explication est la plus vraisemblable si l'on s'en tient au sens explicite de l'adverbe « *notamment* » qui repose sur un fondement indicatif et non restrictif. Cependant, il en serait différemment si les rédacteurs avaient utilisé l'adverbe « essentiellement ». La référence au comportement du pseudo-représenté n'est donc qu'un exemple. Le Professeur Wicker soutient en ce sens que la référence directe aux comportements et aux déclarations du représenté est uniquement faite à titre illustratif : « *cet adverbe […] a précisément été ajouté au texte définitif pour ne pas réduire la théorie de l'apparence à une sanction de la faute du représenté.* »[1838]. Pour cette raison, l'ajout de cet adverbe est à la fois acceptable[1839] et pertinent.

329. Le comportement objectif du pseudo-mandant. C.W. Chen relève toute la nécessité d'une investigation dans les rapports internes liant le pseudo-mandant et le mandataire apparent[1840]. Le comportement du pseudo-mandant est un élément non négligeable pour la qualification par le juge de la croyance légitime. Il peut s'agir d'un comportement actif lorsque celui-ci décide de diffuser une publicité dans laquelle il reconnait à son représentant des

1835 CABRILLAC (R.), « La théorie générale de la représentation dans le projet de réforme du droit des contrats français » *in Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, n° 9, p. 116 : « *dans le mandat apparent, la croyance du tiers repose sur l'attitude du représentant qui a pu suggérer l'existence d'un mandat et pas sur celle du représenté.* »

1836 MEKKI (M.), *art. cit.* : « *L'adverbe* « *notamment* » *en fait un élément parmi d'autres mais en le citant le législateur attire l'attention sur un indice qui pourrait devenir déterminant pour les juges.* »

1837 DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 247 : « *après avoir hésité, le gouvernement a in fine choisi d'en faire de simples éléments d'appréciation parmi d'autres, ce qui traduit l'assertion de l'adverbe* « *notamment* »*, un temps supprimé dans les projets antérieurs* … ».

1838 WICKER (G.), « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », *in La représentation en droit privé, 6e Journées franco-allemandes, op. cit.*, n° 36, p. 63.

1839 Certains auteurs accueillent ainsi favorablement l'ajout de cet adverbe. Sur ce point, voir : CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations*, *Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 391, p. 318.

1840 CHEN (C.-W.), *Apparence et représentation en droit positif français*, LGDJ, 2000, n° 667, p. 317 : « *L'incidence des rapports internes sur la croyance du tiers est donc évidente* ».

pouvoirs plus importants qu'ils ne devraient l'être[1841]. De tels comportements peuvent cependant renforcer la confusion entre l'apparence et le mandat tacite. La croyance erronée des tiers peut être le fruit d'une imprécision ou d'une erreur dans l'étendue des pouvoirs originellement fixés par le mandant. Cependant, l'apparence trompant le tiers peut être le fait d'un comportement passif du pseudo-mandant[1842].

La réforme du droit des obligations présente en effet le comportement du représenté comme une condition possible à la reconnaissance de l'apparence : « *notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté.* ». L'utilisation de l'adverbe « *notamment* » est un indice suggérant la prise en compte possible d'autre éléments. L'article 1156 alinéa 1er ne poursuit pas ce raisonnement et abrège prématurément l'énumération d'autres éléments favorisant l'apparence. Il aurait été légitime, dès lors, de mentionner en complément la possible prise en considération de l'acte objet de l'apparence.

330. Analyse de l'acte par l'étude de circonstances objectives. Les circonstances objectives peuvent être déduites de l'acte liant le tiers au mandataire apparent. Le juge procède à une analyse dudit acte afin de rechercher si le tiers avait une raison légitime de penser que son contractant agissait au nom de quelqu'un[1843]. Il est ensuite important de savoir si le mandataire apparent a effectivement déclaré agir au nom et pour le compte d'autrui[1844]. Si tel n'est pas le cas, il faut rechercher si cet individu a engendré volontairement ou involontairement cette croyance[1845]. Il ne s'agit pas seulement d'étudier l'attitude initiale du mandataire apparent mais aussi d'analyser le comportement ultérieur du pseudo-mandant[1846].

1841 Com., 5 mars 1980, pourvoi n° 77-15.991, Bull. civ. IV, n° 116.

1842 C.W. Chen semble surpris par ce constat mais reconnait que le silence peut être interprété comme étant le signe d'une approbation tacite. En effet, quelle autre explication pourrions-nous fournir pour justifier l'absence de réaction d'une personne pour laquelle une autre agit sans y avoir été autorisée. La réaction universelle, adéquate et légitime serait de s'opposer à ces « *agissements en mon nom* » pour lesquels je n'ai jamais donné mon approbation. CHEN (C.-W.), *Apparence et représentation en droit positif français*, *op. cit.*, n° 676, p. 317.

1843 STARCK (B.), *Droit civil (obligations)*, 2e éd., Litec, 1986, n° 246, p. 102 : « *il faut se référer à la nature de l'opération envisagée, à la personnalité et à la profession du pseudo-mandant, à la personnalité même du tiers.* »

1844 Com., 8 mai 1978, pourvoi n° 76-14.981, Bull. civ. IV, n° 134.

1845 Civ. 1er, 13 juin 1967, Bull. civ. I, n° 211. La cour d'appel relève à juste titre que la lettre autorisant la vente d'un terrain a pu légitimement faire croire aux tiers que le mandataire apparent agissait en qualité de représentant en raison de l'utilisation de la formule « *pour ordre* ». Com., 5 décembre 1989, pourvoi n° 88-14.193, Bull. civ. IV, n° 309 ; *RTD com.*, 1990, p. 461, obs. B. Bouloc. Dans cet arrêt, il est important de regarder en premier lieu l'attitude du pseudo-mandant ayant permis au tiers de voir en elle le reflet d'une ratification implicite de l'acte. Civ. 1er, 3 juin 1998, pourvoi n° 96-12.505, Bull. civ. I, n° 194 ; *RTD com.*, 1999, p. 490, obs. B. Bouloc. Une commande est passée pour un cabinet mais sous un en-tête d'un nom différent et sous la signature d'une autre personne. Une partie seulement de la commande est transférée mais le vendeur exige le paiement total. En raison du refus de l'acheteur, le vendeur assigne en paiement la personne dont le nom figure sur l'en-tête du bon de commande. La Cour de cassation déduit des circonstances et de l'existence dudit en-tête, que le mandat apparent peut être caractérisé. Bernard Bouloc constate que « *le tiers était en droit de croire que le mandataire pouvait valablement engager le cabinet qui d'ailleurs avait, au moins partiellement, ratifié l'opération* ».

1846 MESTRE (J.), « *Du contrat conclu apparemment pour autrui mais effectivement pour personne* », *RTD civ.*, 1990, p. 270.

Un autre cas d'apparence a été fortement commenté par la doctrine : celui de l'immixtion volontaire d'une société mère dans les activités professionnelles de sa filiale[1847]. Dans cette hypothèse, la responsabilité de la société mère est engagée pour s'être comportée comme un représentant suite à son immixtion dans les affaires de sa filiale mandataire. Parmi ces éléments objectifs susceptibles de faire germer chez le tiers une croyance légitime se trouve la nature de l'acte ou encore les usages propres à ce type d'acte. Force est de reconnaitre que les juges sont beaucoup plus exigeants en présence d'un acte de disposition. L'apparence résultant d'une croyance légitime est plus facile à obtenir si l'acte objet de cette croyance est un acte d'administration.

La doctrine qualifie différemment ces circonstances objectives. Le Professeur Sourioux les qualifie de « *marques* » ; les Professeurs Ghestin, Jamin et Billiau préfèrent parler de « *réalité visible* »[1848]. Un élément du contrat devrait, en principe, rendre inapplicable la théorie de l'apparence : la clause de porte-fort[1849]. Mais ce principe n'est pas absolu, dans la mesure où il n'est pas impossible de constater l'application du mandat apparent malgré l'existence de cette clause de porte-fort[1850]. La justification de la croyance repose en outre sur la concordance et la normalité des circonstances.

1847 Ass. Plén., 9 octobre 2006, pourvoi n° 06-11.056, bull. Ass. Plén. n° 11 ; *RTD civ.*, 2007, p. 145, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD civ.*, 2007, p. 115, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.*, 2007, p. 207, obs. D. Legeais ; *D.*, 2006, p. 2933, note D. Houtcieff. Il s'agit de l'affaire très médiatisée opposant Bernard Tapie au crédit lyonnais. Dans les faits, M. X donne mandat à un établissement financier pour céder sa participation majoritaire dans une grande entreprise spécialisée dans la vente de produits destinés à l'activité sportive. Le mandataire perçoit un prix minimal de vente. Cependant M. X reproche à son mandataire de s'être déloyalement porté contrepartiste. De plus, l'établissement financier mandataire étant une filiale, il semblerait que sa société mère se soit immiscée dans ses affaires. En 2005, la cour d'appel confirme que le mandataire doit la loyauté et la transparence et ne peut se porter acquéreur soi-même ou par personne interposée pour le bien à vendre. Selon la Cour de cassation « … *la cour d'appel qui a statué par des motifs impropres à faire apparaître que l'immixtion du Crédit lyonnais dans l'exécution du mandat délivré à sa filiale avait été de nature à créer pour les mandants une apparence trompeuse propre à leur permettre de croire légitimement que cet établissement était aussi leur cocontractant* … ». Le Professeur Gautier explique que cet arrêt est original car c'est le mandant qui invoque l'apparence contre le tiers, la logique des choses est de ce fait totalement inversée. Le tiers était devenu un mandataire apparent en se substituant au mandataire véritable, « *Si le mandant a effectivement eu la croyance légitime que c'est le groupe qui s'engageait pour lui, on retrouve l'élément caractéristique du mandat apparent. On pourrait admettre cette nouvelle hypothèse de mandat apparent, ce qui donnerait, au moins en matière de mandat, un cadre plus technique à la théorie de l'immixtion.* »

1848 SOURIOUX (J.-L.), « La croyance légitime », *JCP G,* 1982, I, 3058, n° 7 ; GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *Traité de droit civil*, *op. cit.*, n° 960. L'analyse par les juges du contenu de l'acte juridique pourra s'avérer être très utile pour relever un paradoxe ayant pour conséquence de rendre impossible la moindre croyance erronée du tiers.

1849 Il peut néanmoins arriver que la Cour de cassation passe outre ce principe. En ce sens, Civ. 1er, 14 décembre 1976, pourvoi n° 75-12.426, Bull. civ. I, n° 403 ; *JCP,* 1978 II. 18864, note J. Monéger. En l'espèce, un homme accompagné de son fils se présente aux yeux des tiers comme le mandataire de son épouse pour la vente d'un bien commun. Mais l'époux s'est également porté-fort de la signature de sa femme. Cela signifie qu'il s'est engagé à faire en sorte que sa femme ratifie l'acte au risque de devoir des dommages-intérêts dans le cas contraire. La Cour de cassation confirme la décision des juges du fonds arguant que le mari avait bien l'apparence d'un mandataire valable malgré son rôle sous-jacent de porte-fort et engage ainsi son épouse.

1850 Com., 19 mai 1969, bull. civ IV, n° 180 : « *Mais attendu que la cour d'appel déclare que le cumul sur la personne de dame Castello des deux qualités de mandataire et de porte-fort était de nature à donner aux acquéreurs une assurance supplémentaire sur l'existence des pouvoirs de leur cocontractant* … ».

331. Analyse de la « normalité » circonstancielle. Le juge pourra également rechercher si l'acte dans lequel est née la croyance légitime du tiers peut être qualifié de « *normal* » à la vue des circonstances, de la durée ou du nombre de personnes partageant cette croyance[1851]. L'urgence est un élément fréquemment pris en considération par les juges. Le critère temporel peut ainsi être un indice non négligeable mais dans une moindre mesure.

Certains auteurs s'interrogent afin de savoir si l'urgence pouvait empêcher un tiers de se renseigner sur la véritable qualité du mandataire apparent[1852]. Force est de reconnaitre que l'urgence résultant de certaines circonstances peut justifier l'absence de vérification des pouvoirs[1853]. Le contexte familial mais surtout la faible valeur du bien objet de la croyance peuvent aussi être des facteurs à prendre en compte[1854]. Certains auteurs soulignent cependant une limite, dans l'éventualité où l'acte a été rédigé par des notaires ou des officiers publics, « *chacun devant vérifier les pouvoirs de l'autre.* »[1855]. Le statut de professionnel et notamment de rédacteur d'acte constitue ainsi un élément d'information important. En effet, le rédacteur d'acte est soumis au respect d'obligations professionnelles spécifiques afin notamment de s'assurer de la validité de l'acte. Dans cette logique, le professionnel ne doit pas être en mesure d'invoquer à son profit le mécanisme de l'apparence[1856].

Un acte normal n'est pas un obstacle à la reconnaissance par le juge du mandat apparent, au contraire, il s'agit d'un terrain propice dans la mesure où il ne discrédite pas la croyance erronée invoquée par le tiers et renforce la légitimité de l'action de ce dernier[1857]. À l'inverse, un acte par nature anormal ne peut justifier les dires du tiers, dans le sens où l'anormalité a pour origine une faute de ce dernier[1858]. En complément de la nature objective de son acte,

---

1851 Des cas subsistent, en ce sens, Civ. 3e, 3 janvier 1969, Bull. civ. III, n° 10. Les occupants d'un immeuble pouvaient légitimement croire qu'une concierge avait tous les pouvoirs pour agir en qualité de mandataire des propriétaires d'un logement. Les circonstances justifiaient cette croyance car cette femme signait les quittances de loyers à leur place depuis des années. DANIS-FATÔME (A.), *Apparence et contrat*, *op. cit.*, n° 221, p. 147 : « *le caractère normal ou anormal de l'acte par rapport aux fonctions du mandataire est utilisé pour accepter ou dénier que la croyance en sa capacité d'agir était légitime.* »

1852 HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 31219, p. 1081.

1853 Civ. 1er, 11 octobre 1972, pourvoi n° 71-10.964, Bull. civ. I, n° 201. Un imprimeur ne vérifie pas, en raison de l'urgence, les pouvoirs d'un membre du comité de soutien durant une campagne présidentielle. La cour d'appel dont la décision a été confirmée par la Cour de cassation, a reconnu l'application du mandat apparent.

1854 TI Nîmes, 29 juin 1982, *D.*, 1983, p. 13, note F. J. Pansier. En l'espèce, le conflit porte sur un jouet acheté par des parents pour leur enfant. Le tribunal constate que le bien est caractérisé par sa faible valeur. De ce fait, le vendeur par correspondance peut légitimement invoquer le mandat apparent et tacite des parents. En conséquence, les parents sont engagés juridiquement et tenus d'effectuer le paiement pour l'acquisition dudit jouet.

1855 HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil*, *op. cit.*, n° 31219, p. 1081.

1856 DIDIER (Ph.), « La représentation dans le nouveau droit des obligations » *in Libres propos sur la réforme du droit des contrats. Analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016*, LexisNexis, 2016, p. 55.

1857 Com., 2 octobre 1979, pourvoi n° 77-16.010, Bull. civ. IV, n° 243.

1858 Civ. 1er, 16 juillet 1992, pourvoi n° 89-18.612, inédit. En l'espèce, un caissier avait procédé à une remise de fonds dans des circonstances plus que troublantes. L'opération avait eu lieu dans un café et par des procédés

…/…

la croyance légitime repose aussi sur des éléments subjectifs propres à la personne qui l'invoque et tout particulièrement au regard de la bonne foi du tiers. La recherche de cette bonne foi du tiers permet de distinguer deux manifestations distinctes mais bien complémentaires : la bonne foi par l'ignorance et la bonne foi par le comportement.

332. Appréciation de la « bonne foi ignorance » subjective. Les éléments subjectifs se regroupent dans l'exigence de la bonne foi du tiers[1859]. La doctrine a toujours considéré que la bonne foi était une condition nécessaire et indispensable à la reconnaissance par le juge du mandat apparent[1860]. La jurisprudence[1861] considère au contraire que la bonne foi est un élément intrinsèque à la croyance légitime comme le rappelle notamment le Professeur Batteur dans sa thèse[1862]. Ce raisonnement semble juste car la croyance légitime doit impérativement reposer sur une ignorance non dissimulée du tiers. La croyance légitime peut par exemple porter sur un mandat apparent détenu par le maître d'œuvre dans le cadre d'une commande de travaux supplémentaires[1863]. Il s'agit donc de « *la bonne foi ignorance* » au regard de l'expression du Professeur Arrighi[1864]. Il est alors légitime de penser que les circonstances

clandestins. Ces faits auraient dû éveiller la méfiance de la demanderesse. La faute résulte ainsi d'un comportement à risque engendré par un manque évident de méfiance. Or toute faute du tiers porte atteinte dans sa substance à la croyance légitime, ou plus exactement à la légitimité de la croyance (LE TOURNEAU (Ph.), *Rép. Civ.*, V. Le mandat, n° 187). Un tel raisonnement est compréhensible et justifié dans la mesure où le tiers, en raison de sa faute, ne mérite plus de bénéficier pleinement des attraits et de la vertu de l'apparence. Il ne peut désormais plus être considéré comme étant de bonne foi. Il est peu important, dans cette situation, d'être un professionnel, un spécialiste du droit ou un profane. L'anormalité de l'acte constitue un indice non négligeable aux yeux du juge et du tiers qui ne sera plus en mesure d'invoquer son erreur dans la perception qu'il avait de son co-contractant. La logique aurait voulu qu'il comprenne immédiatement, étant donnée cette anormalité appréciable, que son contractant ne pouvait avoir la fonction de mandataire à la vue de ces circonstances objectives anormales.

1859 LEAUTÉ (J.), « Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence », *RTD civ.*, t. 45, 1947, Librairie Edouard Duchemin, p. 292 : « *L'apparence du mandat doit être assez forte pour tromper les tiers de bonne foi.* »

1860 LE TOURNEAU (Ph), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 3321.161 ; CHEN (C.-W.), *Apparence et représentation en droit positif français*, *op. cit.*, n° 604, p. 285. Cependant cette position n'a jamais été celle de la jurisprudence et cela depuis l'arrêt du 13 décembre 1962. Cet arrêt, certes relativement court, ne fait jamais expressément référence à la condition de bonne foi du tiers. Cette réticence de la jurisprudence à insister sur le rôle fondamental de la bonne foi ne doit néanmoins pas être traduite comme une volonté de ne pas en tenir compte.

1861 Par exemple, Civ. 1er, 21 mars 2018, pourvoi n° 16-28.416, inédit.

1862 BATTEUR (A.), *Le mandat apparent en droit privé, op. cit.*, n° 1064.

1863 Civ. 3e , 27 avril 2017, pourvoi n° 16-14.317, inédit : « *l'entreprise ayant réalisé les travaux est fondée à se prévaloir de sa croyance légitime en un mandat apparent détenu par le maître d'œuvre, rendant opposable au maître de l'ouvrage une commande de travaux supplémentaires émanant du mandataire apparent ; […] la société Le Baron Constructions invoquait l'existence du mandat apparent dont était, pour le moins, titulaire la société Marraud Ingénierie aux fins de représenter la société L'Immobilière Groupe Casino vis-à-vis des tiers ; qu'en s'abstenant de rechercher, comme elle y était invitée, si la société Marraud Ingénierie n'était pas titulaire d'un mandat apparent, ce qui était d'autant plus vraisemblable que les juges du fond ont retenu les travaux supplémentaires avaient été expressément commandés par le maître d'œuvre (arrêt attaqué, p. 2, alinéa 3) et que la société Le Baron Constructions avait effectué les travaux litigieux « en toute bonne foi » (jugement entrepris, p. 4, alinéa 9), ce dont il résultait qu'elle croyait travailler sur ordre du maître de l'ouvrage, passé par l'intermédiaire d'un mandataire apparent, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1998 du code civil.* »

1864 ARRIGHI (J.-P.), *Apparences et réalité en droit privé. Contribution à la protection des tiers contre les situations apparentes,* thèse, Nice, 1974, n° 223.

objectives se suffisent à elles-mêmes pour l'application du mandat apparent[1865] mais la prise en compte du comportement ne doit pas être négligée pour autant.

333. Appréciation de la « bonne foi comportement » subjective. La « *bonne foi comportement* » peut être appréhendée comme étant une croyance fondée, non sur une inaction, mais sur une attitude sincère et authentique du tiers. Cette croyance peut ainsi être qualifiée de raisonnable et excusable. À la différence de la bonne foi ignorance, la bonne foi issue du comportement est « *appréciée dans un cadre plus ou moins général et objectif.* »[1866]. Il s'agit de comparer le comportement du tiers à celui d'un individu raisonnable et prudent, agissant en bon professionnel avisé et compétent.

En outre, le tiers ne devait en aucune façon connaitre la vérité juridique. Cette forme de bonne foi n'est pas non plus une condition de la croyance légitime du tiers. Il peut arriver dans certaines circonstances que le juge contrôle cette bonne foi, notamment en raison de la profession du tiers ou de la fonction de l'intermédiaire[1867]. Une question reste cependant en suspens, sur la méthode d'apprécier la bonne foi du tiers. La jurisprudence semble incertaine pour décider si la bonne foi doit être appréciée *in concreto* ou *in abstracto*[1868]. La doctrine a pris position à l'image du Professeur Le Tourneau selon lequel l'appréciation *in concreto* semble plus adaptée à juger de la bonne foi du comportement et l'inverse l'appréciation *in abstracto* plus favorable à relever la bonne foi ignorance. Mais force est de reconnaitre que le cœur de la bonne foi inhérente à l'apparence doit toujours signifier que le tiers avait une raison à la vue des circonstances de ne pas vérifier les pouvoirs du mandataire[1869]. La reconnaissance d'un mandat apparent repose donc nécessairement sur de la cohérence comme le précise le Professeur Dondero[1870] : le mandat est apparent si la croyance aux pouvoirs du prétendu mandataire est légitime et cette croyance est légitime si les circonstances autorisent les tiers à ne pas vérifier lesdits pouvoirs.

1865 CHEN (C.-W.), *Apparence et représentation en droit positif français*, *op. cit.*, n° 604, p. 285. Monsieur Chen affirme que la bonne foi ignorance doit être « *appréciée dans un cadre individuel et subjectif tenant compte de la situation particulière du tiers.* » L'attitude passive justifie la légitimité de la croyance mais il s'agit tout de même de l'exigence minimale pour l'application de l'apparence (*Ibid.*, n° 617 et 618).

1866 *Ibid.,* n° 611.

1867 Civ. 1er, 19 mars 2008, pourvoi n° 0518911, inédit. Il est important de tenir compte des relations d'affaires antérieures entre le tiers et le pseudo-mandant, durant lesquelles intervenait toujours le même mandataire apparent. En ce sens, Com., 15 mars 1984, pourvoi n° 82-15.081, Bull. civ. IV, n° 106. Néanmoins un acte conclu par deux notaires ne peut faire l'objet d'une apparence légitime car ces deux confrères doivent vérifier leurs pouvoirs respectifs. En ce sens, Civ. 1er, 5 novembre 2009, pourvoi n° 08-18.056, Bull. civ. I, p. 221 ; *RTD com.*, 2010, p. 183, obs. B. Bouloc ; *D.*, 2010, p. 938, note N. Dissaux. Selon ce dernier, le manquement à l'obligation de diligence du notaire ne devrait pas porter atteinte à l'apparence, il s'oppose ainsi à cette volonté d'écarter le jeu de l'apparence.

1868 LE TOURNEAU (Ph.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 3321.163.

1869 Pour s'assurer de cette condition, les juges du fond constatent souverainement ces circonstances, la Cour de cassation contrôle la légitimité de l'erreur invoquée par le tiers.

1870 DONDERO (B.), « Mandat apparent et cohérence », *Gaz. Pal.*, 20 juin 2017, n° 23, p. 66.

L'application du mandat apparent est-elle illimitée dans l'éventualité où les conditions de la bonne foi du tiers et de la croyance légitime sont incontestablement respectées ? Il semble juste de répondre non. Nous le savons, le mandat apparent ne tient pas compte de la position du pseudo-mandant, ses intérêts sont ainsi sacrifiés pour renforcer ceux des tiers[1871]. Certes le tiers est de bonne foi ; il a légitimement cru que l'acte était conclu au nom du pseudo-mandant. Toutefois, ce dernier ne peut être engagé en raison de la gravité des conséquences qu'aurait l'apparence sur lui et son patrimoine. L'exemple type d'apparence fondée pour le tiers mais inapplicable par l'absence de lien avec le pseudo-mandant est celui des homonymes[1872]. La règle de principe selon laquelle l'apparence doit nécessairement être issue d'une croyance légitime du tiers doit cependant être atténuée au regard de limites traditionnelles perçues comme une exception au principe.

β. Les limites traditionnelles

334. La recherche exceptionnelle d'une croyance qualifiée. La croyance qualifiée constitue le degré maximal de la croyance aux yeux du juge. Cette sévérité peut transparaitre en présence d'un acte conclu pour une personne morale par un mandataire dénué de pouvoir. Ainsi la société ou autre personne morale sera engagée envers le tiers à la condition que cette apparence soit le fruit d'une faute de la personne morale[1873]. Cette recherche de la faute du mandant peut être une bonne chose car ce critère permet de protéger le mandant contre une application beaucoup trop stricte du mandat apparent[1874]. Il existe une autre circonstance dans laquelle le juge procédera à une application très rigoureuse du mandat apparent : le contexte familial et plus précisément la structure conjugale. L'apparence fondée sur une croyance légitime du tiers peut s'avérer inenvisageable si le couple subit une crise conjugale

1871 Un tel constat peut faire l'objet de réserves tant les contestations du pseudo-mandant semblent être abandonnées. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence a légitimement posé une limite fondamentale au mandat apparent. Cette frontière que nous pourrions qualifier d'exception résulte de l'éventualité dans laquelle l'apparence n'a absolument aucune relation avec le pseudo-mandant. Comment pourrions-nous légitimement engager, sous le jeu de l'apparence, une personne contre sa volonté à exécuter un acte qui lui est totalement inconnu ? Cette hypothèse est insupportable et contraire à toute logique juridique tant elle bafoue les règles de l'état de droit dans lequel nous sommes.

1872 En ce sens, Com., 27 mai 1974, pourvoi n° 73-10.536, Bull. civ. IV, n° 168. En l'espèce, une lettre de change a été acceptée à première vue au nom d'une société par un individu qui n'est autre que le frère du dirigeant. Le signataire porte ainsi le même nom que le dirigeant, en outre l'acceptation de la lettre de change a été réalisée avec un caché très ressemblant mais force est de reconnaitre que le signataire n'avait aucun pouvoir pour agir au nom de la société. Celle-ci demeure donc étrangère à l'apparence alléguée en raison de l'absence de lien entre elle et le signataire, ainsi que de sa totale méconnaissance de son acte. La Cour de cassation a ainsi validé la décision de la cour d'appel refusant la demande du tiers porteur d'obtenir la condamnation de la société au paiement et refusant de même l'application du mandat apparent. Cet arrêt reflète les limites nécessaires à l'application de la théorie de l'apparence.

1873 Com., 27 mai 1974, pourvoi n° 73-10.536, Bull. civ. IV, n° 168 ; *D.*, 1977, p. 421 note Arrighi. En l'espèce, aucune faute n'est imputable à la société, elle demeure étrangère à l'apparence alléguée. Le mandat apparent est de ce fait inapplicable. Le Professeur Arrighi précise que l'absence de responsabilité du mandant constituait toute la singularité de l'arrêt très novateur de 1962, la prise en compte de cette faute ne resurgira que dans les années 1970.

1874 LE TOURNEAU (Ph.), *Rép. Civ.*, V. Le mandat, n° 191.

durant la conclusion de l'acte objet de ladite croyance. Dans cette hypothèse, le mandataire apparent sera en conflit avec son conjoint, le pseudo-mandant.

Un mandat conclu entre conjoints pourra atténuer les effets de l'apparence si la légitimité de la croyance et la normalité de l'acte exigé se retrouvent gangrénés par des tensions entre les deux personnes[1875]. La preuve de l'apparence sera apportée uniquement par la démonstration d'une attitude active du pseudo-mandant[1876]. L'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ne contient aucune disposition relative à la croyance qualifiée. La seule référence à l'apparence est formulée à l'article 1156 avec pour unique condition une croyance légitime. La réforme ne fait pas non plus référence à la notion de croyance excusable notamment appliquée dans les années 1970.

335. L'admission rare d'une simple croyance excusable. Contrairement à la croyance qualifiée, la croyance excusable constitue le degré minimum de croyance recherché par le juge pour autoriser l'application du mandat apparent[1877]. Le juge excuse l'erreur du tiers car la plupart du temps ce dernier n'aura pas été en mesure de contrôler les pouvoirs de son contractant. Ceci explique pourquoi le juge se montrera beaucoup plus souple envers le tiers pour lui reconnaitre l'apparence à la vue des circonstances. Le tiers peut ainsi avoir été privé de la faculté de vérifier les pouvoirs en raison d'une révocation par le mandant[1878]. Cependant un danger persiste, issu de l'éventuelle dénaturation du mandat apparent par la prise en compte de plus en plus souple de l'apparence au point de poser un voile masquant totalement les conditions inhérentes au mandat apparent. L'arrêt du 14 décembre 1976 a ainsi été vivement critiqué pour sa souplesse non dissimulée à caractériser un mandat apparent[1879]. Le Professeur Goldie-Genicon critique en ce sens cette décision en 2010 dans

---

1875 En ce sens, Civ. 1er, 15 juin 1977, pourvoi n° 75-15.257, Bull. civ. I, n° 281. L'affaire porte sur le paiement d'une dette contractée par M. Y envers Mme Z, épouse en secondes noces du père du débiteur. La décision des juges du fond, confirmée par la Cour de cassation était de refuser l'application du mandat apparent car le débiteur Y ne pouvait légitimement croire que son père agissait en qualité de représentant de son épouse créancière de son fils. Le père ne possédait aucun titre attestant son rôle de mandataire et lui permettant d'encaisser la dette du débiteur. En outre, ils étaient mariés sous le régime de la séparation des biens. L'apparence est ainsi rejetée.

1876 Civ. 1er, 31 mars 2010, pourvoi n° 08-19.649, Bull. civ. I, n° 81 ; *RDC*, 2010/3, p. 952, note C. Goldie-Genicon. La Cour de cassation rejeta le mandat apparent arguant « *qu'est tout aussi dépourvue de pertinence quant à la preuve d'un mandat apparent la référence anecdotique […] à l'intervention d'un seul avocat pour représenter M. Et Mme X […] un tel mandat ne pouvant résulter de l'attitude purement passive de Mme X lors de négociations.* » Le Professeur Goldie-Genicon cite le doyen Cornu qui, autrefois, était inquiet « *des ravages que pourrait causer, dans les régimes matrimoniaux, l'application sans discernement de la théorie de l'apparence.* » (G. Cornu, *RTD civ*., 1977, p. 571).

1877 BATTEUR (A.), *Le mandat apparent en droit privé, op. cit.*, n° 114.

1878 Pour qu'une telle hypothèse se concrétise, encore faut-il que le mandant ait porté la révocation à la connaissance des tiers. En ce sens, Civ. 1er, 4 janvier 1965, pourvoi n° 62-11.752, Bull. civ. I, n° 8.

1879 Civ. 1er, 14 décembre 1976, pourvoi n° 75-12.426, Bull. civ. I, n° 403 ; *RDC*, 2010/3, p. 952, obs. C. Goldie-Genicon ; *RTD civ*., 1977, p. 570, obs. G. Cornu ; *Defrénois,* 1977, p. 928, obs. Champenois. Dans cette décision, la Cour de cassation confirme la décision des juges du fond. En l'espèce, un homme s'est prétendu à tort le mandataire de sa femme, en présence de son fils, pour conclure la vente d'un bien commun puis il s'est porté

…/…

la Revue de droit des contrats, affirmant que la Cour de cassation a « *fait preuve d'une légèreté critiquable pour caractériser un tel mandat* »[1880]. Ce risque est envisagé par les Professeurs Le Tourneau et Batteur[1881] selon lesquels une telle hypothèse porterait atteinte à la fonction du mandat apparent qui ne deviendrait alors plus qu'un simple procédé juridique destiné à passer outres les conditions et les règles de preuve du mandat. La dénaturation serait palpable au point de vicier le fonctionnement du mandat.

Il convient alors de s'interroger sur la légitimité de la notion de « *croyance excusable* ». La prise en compte d'un degré minimal de croyance peut être potentiellement risquée notamment si un tel assouplissement encourage le tiers de mauvaise foi à dénaturer le mécanisme de l'apparence afin de privilégier illégitimement ses intérêts personnels au détriment de ceux du pseudo-représenté. Le silence de la réforme sur cette notion est légitime et compréhensible par la seule prise en compte de l'insécurité qu'elle pourrait générer dans la pratique. La condition d'une croyance légitime doit rester le seul critère réglementé conformément à la jurisprudence de 1962 afin de protéger efficacement le pseudo-mandant confronté aux effets de la reconnaissance d'un mandat apparent.

c. Les effets de l'admission d'un mandat apparent

336. Les relations entre le pseudo-mandant et les tiers. Dans l'éventualité où le tiers invoque la théorie de l'apparence avec succès, tout se passe comme s'il y avait eu un véritable mandat[1882]. Le mandat apparent produit exactement les mêmes effets qu'un mandat véritable, du point de vue des rapports liant le mandant au tiers contractant. Force est de reconnaître que le tiers est le seul protagoniste autorisé à bénéficier du mandat apparent. La raison peut paraitre simple, il est le fondement même de l'existence du mandat apparent dont la seule raison d'être est la protection des intérêts des tiers.

Cependant, pourquoi accorder ce privilège au tiers en particulier ? La doctrine moderne présente divers fondements tels que l'équité, l'équilibre dans ce quasi-contrat ainsi que la sécurité juridique et la sécurité des transactions[1883]. La prise en considération des différents

---

fort de la signature de celle-ci à l'acte authentique. Les juges confirment que le mari avait eu l'apparence d'un mandataire valable et qu'il avait engagé son épouse en vertu de ce mécanisme.

1880 GOLDIE-GENICON (C.), obs. sous Civ. 1er, 14 décembre 1976, *RDC*, 2010/3, p. 952.

1881 LE TOURNEAU (Ph.), *Rép. Civ.*, V. Le mandat, n° 189 ; BATTEUR (A.), *Le mandat apparent en droit privé, op. cit.*, n° 1188.

1882 Civ. 1er, 31 mai 1983, pourvoi n° 82-12.327, Bull. civ. I, n° 161, « *celui qui a laissé créer une apparence de mandat doit réparer le dommage causé aux tiers, comme s'il avait été un véritable mandant.* » ; LE TOURNEAU (Ph.), *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, n° 3321.131.

1883 BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 731 ; MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 579, p. 348. Dans ces circonstances, l'acte conclu par un titulaire de pouvoirs inexistants ou insuffisants engage celui qui était légitimement perçu par le tiers comme le mandant de l'opération. Le pseudo-mandant sera ainsi tenu envers les tiers et tout paiement exécuté libérera le débiteur. Civ. 1er, 7 juin 1995, pourvoi n° 93-14.515, Bull. civ. I, n° 240 : cet arrêt précise que le mandat apparent peut porter sur une somme d'argent.

fondements du mandat apparent précédemment cités, aussi juste soient-ils, n'atténue en rien le fait que cette théorie ne peut paraitre acceptable à nos yeux[1884], notamment eu égard à l'atteinte aux intérêts du pseudo-représenté.

Une autre confusion doit impérativement être écartée. Le fait que le mandat apparent est un mécanisme protégeant exclusivement le tiers ne signifie pas pour autant que ce dernier soit contraint d'en user. Comme cela a été dit, le tiers est le seul protagoniste ayant la possibilité de bénéficier de ce mécanisme mais il ne s'agit que d'une simple faculté[1885]. Le tiers n'est en aucune façon contraint d'enclencher le processus du mandat apparent malgré le respect des conditions nécessaires à son application. Il jouit d'une totale liberté et peut de ce fait refuser de bénéficier d'un tel remède au cas de dépassement de pouvoir du mandataire apparent. Il serait très paradoxal d'imposer le mandat apparent au tiers dans la mesure où ce mécanisme ne subsiste dans le droit positif français uniquement pour protéger ses intérêts, il ne saurait alors se retourner contre lui. Le tiers peut au contraire décider de ne plus être engagé contractuellement et décider ainsi d'invoquer devant les juges le défaut de qualité du mandataire.

337. Les relations entre le mandataire apparent et le tiers. Le mandataire apparent est à l'origine du mandat apparent car il génère la croyance légitime du tiers. Il ne faut cependant pas confondre la source ou l'origine de l'apparence qui est le mandataire apparent et la cible de l'apparence qui est le tiers. Le mandataire apparent est le « *déclencheur* » permettant la naissance de l'apparence dans le mandat. Il bénéficie des bienfaits du mandat apparent car il ne sera pas personnellement engagé envers le tiers comme n'importe quel mandataire[1886]. Ce mandataire apparent ne peut pas être tenu envers le tiers protégé car le mandat apparent oblige exclusivement le pseudo-mandant[1887].

L'apparence résultant d'un dépassement ou d'une absence de pouvoir du mandataire est dans une très grande majorité des cas invoquée par le tiers contractant désirant obtenir

---

1884 HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 31217, p. 1078 : « *La théorie s'avère, toutefois, difficile à justifier. Car on est en présence de deux intérêts opposés, et tout aussi respectables* … ». Cependant il s'agit de relativiser la portée du mandat apparent. Seul l'acte ou les actes objet de la croyance légitime réalisés par le mandataire apparent bénéficieront de l'apparence. Certes le tiers est en droit d'imposer l'exécution de cet acte par le pseudo-mandant mais cette contrainte se limite exclusivement à cet acte (Soc., 15 juin 1999, pourvoi n° 97-41.375, Bull. civ. V, n° 282).

1885 BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 736.

1886 *Ibid.*, n° 998. L'apparence dans le mandat profite avant tout au tiers de bonne foi, le mandataire apparent profite également de la situation mais dans une bien moindre mesure. Le Professeur Bénabent soutient cependant que « *le bénéfice du mandat apparent ne profite qu'au tiers abusé, non au mandataire apparent lui-même.* »

1887 En ce sens, Com., 21 mars 1995, pourvoi n° 93-13.132, Bull. civ. IV, n° 101 : « …*alors que le mandat apparent a pour seul effet d'obliger le mandant à exécuter les engagements pris envers les tiers par le mandataire apparent, mais non d'y obliger ce dernier* … ». Ce constat est logique car le mandataire apparent n'est plus personnellement partie au contrat car il traite par l'apparence au nom d'autrui. Il ne pourra exiger du tiers le respect de ses obligations à son égard, cependant le tiers pourra agir en responsabilité délictuelle à son encontre. La responsabilité délictuelle du mandataire apparent pourra résulter d'une faute lorsque le ce dernier agissait délibérément en l'absence de pouvoir et en connaissance de cause. À l'inverse sa responsabilité délictuelle ne peut être engagée en cas de bonne foi de sa part, s'il pensait réellement agir dans le cadre de ses pouvoirs.

l'exécution de l'acte par le pseudo-mandant. Mais il peut arriver que le tiers n'ait aucune envie de constater l'exécution du contrat principal, il pourra éventuellement arguer, à tort ou à raison, que le contrat lui est inopposable. Dans ce cas, le mandataire pourrait opposer la théorie du mandat apparent au tiers éventuellement de mauvaise foi. Il s'agirait davantage de l'application de la théorie du mandat apparent inversé effectivement retenue par la Cour de cassation[1888].

338. Les relations entre le mandataire apparent et le pseudo-mandant. Il n'existe aucun lien de nature contractuelle entre le mandataire apparent et le pseudo-mandant en l'absence de ratification rétroactive des actes par ce dernier permettant la création d'un contrat véritable[1889]. Cette absence de lien s'explique par l'absence de mandat consenti par le pseudo-mandant.

B. La « garantie » du mandataire prevue par l'article 1997 du Code civil

339. L'imprécision de l'article 1997 sur la notion de « *garantie* ». Selon l'article 1997 du Code civil, le mandataire qui donne une suffisante connaissance de ses pouvoirs au tiers contractant « *n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au-delà*…». *A contrario,* s'il n'a pas informé le tiers qu'il dépasse ses pouvoirs, le mandataire lui doit donc garantie.

Cette disposition laconique ne précise pas la signification qu'elle donne à cette garantie. Celle-ci pourrait théoriquement prendre deux formes : la responsabilité du mandataire en raison du préjudice subi par le tiers-contractant ou le remplacement du pseudo-mandant dans l'acte conclu. La première – la responsabilité contractuelle – doit être préférée à la seconde – le remplacement du mandant dans l'acte.

340. Le remplacement du mandant par le mandataire. La garantie mentionnée par l'article 1997 pourrait être comprise comme l'exécution forcée de l'engagement contracté. La garantie du mandataire serait alors tout simplement son engagement personnel à l'acte juridique conclu en dépassement de pouvoir à l'égard du tiers-contractant dans l'éventualité où le mandant ne ratifierait pas l'acte de dépassement. La mise en œuvre de cette garantie

---

1888 Civ. 1er, 2 novembre 2005, pourvoi n° 02-14.614, Bull. civ. I, n° 395 ; *RTD civ.*, 2006, p. 138, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD com.*, 2006, p. 656, obs. B. Bouloc. En l'espèce un contrat collectif de prévoyance est signé. Suite à une maladie, le bénéficiaire souhaite obtenir le versement des indemnités journalières. La fédération nationale de la mutualité française refuse affirmant que le bénéficiaire étant une société, le contrat a été signé uniquement par l'intermédiaire d'un de ses salariés sans le moindre pouvoir de représentation. La Cour de cassation souligne que la nullité résultant d'une absence de pouvoirs du mandataire ne peut être que relative et de ce fait, à la seule disposition de la partie représentée. Le Professeur Gautier estime que « *l'apparence serait pour le tiers un droit, mais aussi une obligation, lorsqu'il s'agit de la subir.* » Il est possible de déduire que la Cour permet au mandataire apparent d'opposer au tiers-contractant un mandat dont il n'a jamais été titulaire en imposant l'exécution forcée de ce contrat. Une telle conséquence reste en pratique critiquable, si on se replace dans la perceptive inhérente au mandat apparent qui est, avant toute chose, un outil au service du tiers de bonne foi. Cette critique est partagée par le Professeur Gautier, « *En bref, c'est le mandataire apparent et pas le tiers, ni le mandant (car la ratification, n'ayant pas eu lieu) qui est habilité à se prévaloir de la théorie de l'apparence. Décidément, il y a quelque chose qui ne va pas*. »

1889 PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, 8e éd., Dalloz, 2019, n° 977, p. 733.

signifierait alors le remplacement du mandant par le mandataire dans l'acte conclu. Cette interprétation doit cependant être abandonnée car elle porte atteinte à la portée de la mission du mandataire qui est un intermédiaire, les actes qu'il a produits avec les tiers en cette qualité ne réfléchissent pas sur lui pour reprendre les mots de Troplong[1890].

Contraindre le mandataire à l'exécution est aussi critiquable parce que le tiers-contractant souhaitait à l'origine contracter avec le mandant. Dans cette optique, même si l'action lui était ouverte il est peu probable que le tiers agisse en exécution forcée du contrat contre le mandataire soit conforme à sa volonté. En outre, le mandataire peut aussi être dans l'impossibilité juridique ou matérielle d'exécuter cet engagement, ce qui est majoritairement le cas dans la pratique. Le remplacement du mandant par le mandataire dans ses relations avec le tiers-contractant ne semble donc pas acceptable ni d'un point de vue théorique ni d'un point de vue pratique.

Alexandre Duranton semblait pourtant privilégier en 1834 la sanction de l'exécution forcée lorsqu'elle était possible en déclarant : « *Au contraire, le mandataire a acheté au nom du mandant, et toujours à un prix supérieur à celui qui avait été fixé par ce dernier. […] Si le mandataire, dans l'espèce, n'a pas donné au vendeur une connaissance suffisante de ses pouvoirs, il est obligé envers lui pour ce qui a été fait au-delà.* »[1891].

D'une manière générale, la responsabilité du mandataire pourrait être engagée dans deux hypothèses distinctes : premièrement dans l'éventualité très probable où cette exécution forcée serait impossible et deuxièmement dans l'éventualité pleinement compréhensible où le tiers-contractant refuse l'exécution forcée et opte pour le versement de dommages-intérêts. Le respect de la préférence du tiers serait alors pleinement légitime dans la mesure où il peut apprécier efficacement les bienfaits de chacune des deux hypothèses précitées.

Dans la mesure où le mandataire n'est qu'un intermédiaire, il faut en déduire qu'il ne peut jamais devenir partie au contrat. De ce fait, la garantie permet uniquement au tiers-contractant d'agir en responsabilité délictuelle contre le mandataire. Il faut alors démontrer l'existence d'une faute, le dépassement de pouvoir, mais aussi d'un préjudice.

341. La responsabilité du mandataire envers le tiers contractant. Le versement de dommages-intérêts semble être une sanction indéniablement adéquate pour le tiers-contractant mais également pour le mandataire défaillant.

Le mandataire engage bien sa responsabilité à l'égard du tiers-contractant lorsqu'il n'informe pas ce dernier du dépassement de pouvoir. Il s'agit alors d'une responsabilité délictuelle car aucun contrat n'unit le tiers-contractant au mandataire.

Pourtant, le mandataire peut être responsable contractuellement à l'égard du tiers s'il l'informe du dépassement de pouvoir tout en se portant du consentement du mandant mais

1890 TROPLONG (R.-T.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. Commentaire du mandat*, Méline, Cans et compagnie, Bruxelle, 1847, n° 510.

1891 DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 18, Paris, Alex-Gobelet, 1834, n° 237, p. 233.

sans l'obtenir. En principe et d'une manière générale, le mandataire n'est pas engagé à l'égard du tiers-contractant. Pourtant il se soumet à une obligation de faire en promettant au tiers-contractant la ratification du mandant[1892]. L'inexécution de cette obligation est aisément sanctionnable par l'allocation de dommages-intérêts[1893].

Cette sanction est acceptable pour le tiers-contractant ; ce dernier doit simplement prouver l'inexécution de son obligation par le mandataire défaillant et par conséquent démontrer que le mandant n'a pas ratifié l'acte de dépassement. Cette sanction serait en outre acceptable pour le mandataire défaillant contractuellement responsable à l'égard du tiers-contractant. La mise en œuvre de cette garantie ne pose dans la pratique aucun problème car le mandataire défaillant serait seulement tenu de verser des dommages-intérêts. Cette sanction est simple à mettre en œuvre à la différence du remplacement du mandant par le mandataire. La sanction de l'exécution forcée de l'engagement par le mandataire défaillant est par conséquent critiquable.

SECTION II.
EFFETS A L'EGARD DU MANDATAIRE SUBSTITUE

342. Délimitation du mécanisme de la substitution. Le mécanisme de la substitution permet au mandataire principal, ou mandataire initial, de charger un tiers, le substitut, appelé également sous-mandataire ou mandataire substitué, d'accomplir à sa place la mission que le mandant lui avait personnellement confiée[1894]. La substitution constitue donc par nature un tempérament au caractère *intuitu personae* du mandat[1895]. Le Professeur Le Tourneau qualifie pour cette raison ce mécanisme « *d'anomalie, au moins apparente* »[1896]. En effet, le pouvoir de représentation accordé par le mandant au mandataire est le révélateur d'une très grande confiance du représenté. Cette confiance est en principe personnelle donc rattachée à la personne du mandataire[1897]. Pour cette raison, le mécanisme de la substitution peut être par nature critiquable *a minima* tant que le mandant n'a pas donné son accord[1898].

1892 COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 657.

1893 Dijon, 19 mai 1931, DH 1931, p. 405.

1894 PÉTEL (Ph.), *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, n° 288.

1895 Ce constat se justifie par la professionnalisation constante du contrat de mandat depuis un siècle.

1896 LE TOURNEAU (Ph.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 2018-2019, n° 3321.221.

1897 NÉRET (J.) *Le sous-contrat*, préface de Pierre Catala, Bibliothèque de droit privé, t. 163, LGDJ, p. 92 : « *Traditionnellement le mandat est un contrat rigoureusement personnel : il est conclu en raison de la confiance qu'accorde le mandant aux qualités de celui qu'il charge d'accomplir une mission pour son compte.* »

1898 Pour les auteurs partageant cette position, voir par exemple : MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 561 ; COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 640.

Malgré ce constat, la substitution est très présente dans le pratique contractuelle[1899]. Elle est en principe licite tant que la loi ou la convention d'origine n'en dispose pas autrement[1900]. Il s'agit d'un sous-contrat et plus précisément d'un sous-mandat[1901] car il se caractérise par l'identité, au moins partielle, de son objet par rapport à celui du contrat principal conclu entre le mandant et le mandataire initial[1902]. Le mandataire substitué doit donc, en partie ou en totalité, accomplir la prestation attendue du mandataire initial. Le sous-contrat est très utile pour le prestataire car il peut être débiteur d'une prestation qu'il estime trop lourde pour lui ou encore qui lui est juridiquement impossible d'exécuter seul[1903]. Il s'en libère alors en requérant les services d'un sous-contractant qui agira à sa place. La substitution révèle ainsi l'existence d'un sous-contrat passé entre le mandataire initial et le mandataire substitué. La logique est en partie semblable pour la sous-traitance conclue entre l'entrepreneur principal et l'entrepreneur sous-traitant. En matière d'entreprise et de sous-traitance, l'entrepreneur principal passe un nouveau contrat avec l'entrepreneur sous-traitant. La situation du sous-mandat est cependant plus délicate en raison du mécanisme de la représentation inhérent au contrat de mandat[1904]. En effet, si la substitution peut être analysée comme un sous-mandat alors cela signifie que le sous-mandataire agit au nom et pour le compte du mandataire initial qui agit lui-même au nom et pour le compte du mandant. Le mandataire initial devient donc un mandant à l'égard du sous-mandataire ; ils sont donc tous les deux soumis aux obligations nées de ce nouveau contrat de mandat.

343. La substitution du mandataire dans le Code civil. Le Code civil contient une disposition spécifique réglementant les relations entre le mandant, le mandataire initial et le mandataire substitué. L'article 1994 dispose ainsi que : « *Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion : 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ; 2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable. Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée.* ».

Les dispositions de la réforme du droit des obligations relatives à la représentation ne contiennent aucune référence spécifique à la substitution du représentant conventionnel. Les rédacteurs ont probablement estimé que l'article 1994, en tant que disposition spéciale était en l'état suffisante. Cela n'est pas tout à fait exact dans la mesure où l'article 1994 ne prévoit aucune règle spécifique sanctionnant, dans le cadre de la substitution, un dépassement de

1899 PILLET (G.), *La substitution du contractant à la formation du contrat en droit privé*, préface de Pierre Jourdain, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, LGDJ, 2004.

1900 Soc. 9 janvier 1974, pourvoi n° 73-40.083, Bull. civ. V, n° 24.

1901 Certains auteurs s'opposent cependant au lien établi entre la substitution du mécanisme et le sous-mandat. Voir par exemple, MALLET-BRICOUT (B.), *La substitution du mandataire*, thèse Paris II, 1998, n° 514 et s.

1902 NÉRET (J.) *Le sous-contrat*, préface de Pierre Catala, Bibliothèque de droit privé, t. 163, LGDJ, p. 103 : « *le sous-contrat emprunte à la convention principale son objet, qui est ainsi tiré de celui du contrat d'origine*. »

1903 Par exemple, l'avocat doit légalement recourir aux services d'un huissier pour la signification d'un jugement.

1904 RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 480 : « *La présence d'un sous-mandat complique le réseau des relations contractuelles.* »

mission du mandataire substitué. Sur ce point, il faut souligner que l'ensemble des dispositions du Code civil relatives au dépassement de pouvoir du mandataire[1905] n'abordent jamais cette situation spécifique d'un dépassement du sous-mandataire. Il faut par conséquent s'interroger sur les effets d'un dépassement de mission du substitut sur le mandataire initial d'une part et sur le mandant d'autre part. Il convient pour cela de procéder notamment à une analyse du contenu de l'article 1994.

L'article 1994 ne comporte aucune précision relative au dépassement de pouvoir du mandataire substitué. Deux hypothèses doivent donc être présentées afin d'analyser les effets du dépassement de mission du mandataire substitué : premièrement, celle dans laquelle le mandataire principal demande au mandataire substitué de dépasser sa mission ; deuxièmement, celle dans laquelle le mandataire substitué outrepasse seul les limites de sa mission sans aucune intervention de son co-contractant. Il faudra également se demander si dans ces deux hypothèses l'autorisation ou le refus de la substitution par le mandant peut avoir une incidence sur la faute inhérente au dépassement du sous-mandataire.

344. Un dépassement du sous-mandataire à la demande du mandataire initial. Dans la première hypothèse, le mandataire substituant demande au sous-mandataire de dépasser les limites de ses pouvoirs. Le mandataire substituant, ou mandataire initial, est alors en faute car il est directement à l'origine du dépassement de pouvoir du mandataire substitué. Il faut dans ce cas admettre non seulement le dépassement de pouvoir du mandataire substitué mais également le dépassement de pouvoir du mandataire substituant. Il s'agit par conséquent d'un dépassement par ricochet car le mandataire initial n'accomplit pas personnellement le dépassement mais il en est pourtant à l'initiative et il doit de ce fait supporter la responsabilité contractuelle qui en découle. De surcroît, il faut rappeler que c'est un mandat et précisément un sous-mandat qui gouverne les relations contractuelles entre le mandataire initial et le sous-mandataire ; les actes accomplis par le second sont donc juridiquement accomplis par le premier. C'est la raison pour laquelle il faut analyser le dépassement du sous-mandataire comme un dépassement du mandataire initial. Le mandant est par ailleurs protégé contre le dépassement de pouvoir du sous-mandataire conformément aux articles 1989 : « *Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat* … » et 1998 du Code civil : « *Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà* … ».

345. Un dépassement du sous-mandataire de sa propre initiative. Dans la seconde hypothèse, le sous-mandataire décide seul d'outrepasser les limites de la mission confiée par le mandataire initial. En principe, ce dernier ne devrait pas voir sa responsabilité engagée pour le dépassement de pouvoir du sous-mandataire car il ne résulte pas de son initiative personnelle. La jurisprudence impose pourtant au mandataire initial un devoir général de surveillance du sous-mandataire afin de s'assurer de la bonne exécution du mandat, y compris en présence d'une autorisation par le mandant de la substitution. Ce devoir de surveillance

1905 Articles 1156, 1989, 1997, 1998 du Code civil.

est général dans le sens où il ne se limite pas aux situations de dépassement de pouvoir du mandataire substitué.

L'obligation de surveillance du mandataire substitué par le mandataire initial n'est pas une création récente de la jurisprudence[1906] ; elle est apparue pour la première fois en dans une décision de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation de 1860[1907]. Cette nouvelle obligation à la charge du mandataire a été analysée par de nombreux ouvrages de la fin du XIX[e] siècle[1908]. Il s'agit d'une des premières manifestations d'une tendance générale imposant au contractant de contrôler, dans certaines circonstances spécifiques, les actes de son co-contractant[1909]. Le mécanisme de la substitution en est une parfaite illustration car la bonne exécution de sa mission par le mandataire initial dépend directement de la bonne exécution de sa mission par le sous-mandataire.

Il faudra cependant attendre 1912 pour que la Cour de cassation instaure expressément et sans ambiguïté ce nouveau devoir du mandataire initial. Celui-ci doit s'assurer que son substitut respecte bien les instructions transmises : « *Attendu que par la seule substitution d'une autre personne dans sa gestion, J. n'est pas nécessairement devenu étranger au mandat et à sa bonne exécution ; qu'il restait tenu de veiller à ce que son substitut ne s'écartât par des ordres qu'il avait lui-même reçus.* »[1910]. En l'espèce, le mandataire substitué désigné par le mandataire initial, un agent de change, s'était porté lui-même contrepartiste alors qu'il n'en avait pas l'autorisation.

L'effervescence jurisprudentielle s'interrompit après cette décision et ne reprit que soixante-huit ans plus tard dans un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation. Dans cette décision du 29 mai 1980, la Cour décida que « *le mandataire qui s'est substitué un tiers pour l'exécution de sa mission, même avec l'autorisation du mandant, reste tenu d'une obligation de surveillance vis-à-vis du mandataire substitué, pour la bonne exécution du mandat*. »[1911]. Selon Blandine Mallet-Bricout : « *cette obligation du mandataire principal doit être entendue comme celle de ne pas se désintéresser de la mission du substitut*. »[1912].

D'autres décisions ont ultérieurement formulé l'existence d'un tel devoir pour le mandataire substituant[1913]. La jurisprudence récente imposant au mandataire substituant une obligation de surveillance ne porte pas spécifiquement sur le respect des limites fixées par le mandant mais sur l'obligation du transporteur, précisément les agences de voyages, de veiller

1906 MALLET-BRICOUT (B.), *La substitution du mandataire, op. cit.*, n° 298.

1907 Req., 26 novembre 1860, *D.* 1861, 1, p. 496.

1908 Voir notamment, TROPLONG (R.-T.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. Du mandat, op. cit.*, n° 462 ; BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et WAHL (A.), *Traité théorique et pratique de droit civil*, *op. cit.*, n° 574.

1909 MALLET-BRICOUT (B.), *La substitution du mandataire, op. cit.*, n° 298.

1910 Civ. 10 décembre 1912, DP. 1914, 1, 97, note L. Lacour.

1911 Civ. 1[er], 29 mai 1980, pourvoi n° 79-11.784, Bull. civ. I, n° 163.

1912 MALLET-BRICOUT (B.), *La substitution du mandataire, op. cit.*, n° 298.

1913 Par exemple, Civ. 1[er], 23 février 1983, pourvoi n° 82-11.128, Bull. civ. I, n° 73, *D.* 1983, p. 481, note P. Couvrat. Civ. 1[er], 29 janvier 1991, pourvoi n° 89-17.227, Bull. civ. I, n° 40.

à ce que le transport soit exécuté dans des conditions de sécurité suffisantes. Il est tout de même possible de soutenir, sur le fondement de cette jurisprudence, que le mandataire initial peut de même engager sa responsabilité contractuelle pour violation de son obligation de surveillance du sous-mandataire si ce dernier outrepasse seul les limites de sa mission. En effet, un dépassement de pouvoir constitue bien une atteinte à la bonne exécution du mandat.

Le sous-mandataire doit se soumettre aux instructions reçues afin d'être en situation de « bonne exécution de la mission »[1914] ; il doit faire preuve de diligence afin d'assurer l'efficacité technique des actes dont il est chargé[1915]. Le mandataire initial doit par conséquent veiller au respect des instructions par son substitut. Par ailleurs, le sous-mandataire défaillant répond de ses fautes envers son co-contractant direct, le mandataire initial[1916], qui sera lui-même responsable envers le mandant en raison du dépassement de pouvoir accompli par son substitué. Il s'agit donc d'une faute par ricochet ayant pour origine le seul dépassement de pouvoir du sous-mandataire. Cette perspective repose notamment sur l'analyse du sous-contrat présentée dans la thèse du Professeur Néret[1917]. Ce dernier relève que la satisfaction du créancier originaire, donc du mandant, est une conséquence par ricochet de l'exécution du sous-contrat, sans en être la justification[1918].

346. Une protection efficace du mandant. Il semble que le mandant, qu'il ait autorisé ou non la substitution, est globalement protégé contre le dépassement de pouvoir du mandataire substitué. En l'absence d'autorisation, le mandataire initial est par principe responsable de tous les faits et agissements de son substitut[1919] ; il est par conséquent contractuellement responsable envers le mandant pour tous les actes accomplis par le mandataire substitué[1920] et notamment ceux outrepassant les limites de la mission originellement fixée. En présence d'une autorisation du mandant, le mandataire reste soumis par la jurisprudence à une obligation générale de surveillance du sous-mandataire afin de s'assurer que ce dernier exécute sa mission conformément aux prévisions. La survenance d'un dépassement de pouvoir du sous-mandataire révèle avec certitude une atteinte à la bonne exécution de la mission[1921] et par conséquent une défaillance du mandataire initial dans sa mission de surveillance. Le Professeur Le Tourneau souligne ainsi que : « *Une tendance se fait jour à élargir*

1914 PÉTEL (Ph.), *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, n° 343.

1915 *Ibid.*

1916 BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 940.

1917 NÉRET (J.), *Le sous-contrat*, préface de Pierre Catala, bibliothèque de droit privé, t. 163, LGDJ, 1979, n° 239.

1918 *Ibid.*

1919 COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 640.

1920 CA Paris, Pôle 04 ch. 09, 22 mars 2018, n° 15/17049 : « *il résulte de l'article 1994 du code civil que la substitution de mandataire sans autorisation du mandant a pour seul effet de rendre le mandataire initial responsable du fait de celui qu'il s'est substitué, contre lequel le mandant peut agir directement, mais que la responsabilité du mandataire substitué ne peut être engagée que s'il a commis une faute.* » Voir aussi, CA Versailles, ch. 12, 21 mai 2019, n° 17/07785.

1921 Sauf si le mandant ratifie le dépassement de pouvoir du sous-mandataire.

le domaine de la défaillance du mandataire donneur d'ordre, et à ériger ainsi en principe que le mandataire doit répondre d'une façon générale, à l'égard du mandant, des mandataires qu'il se substitue. »[1922].

Conformément à l'article 1994 alinéa 2, le mandant peut aussi agir directement, donc par le biais d'une action directe, contre le sous-mandataire, que la substitution soit autorisée ou non. Le donneur d'ordre est en droit d'exiger de la part du substitut une bonne exécution de sa mission ; il peut alors établir sa défaillance et agir en responsabilité contre lui[1923]. La nature de l'action en responsabilité du mandant contre le substitut est contractuelle. La théorie de la relativité des conventions devrait normalement imposer une action en responsabilité délictuelle du mandant contre le substitut dans la mesure où le mandant n'est pas directement partie au sous-mandat. Pourtant, il convient de tenir compte de la spécificité du mécanisme de la substitution dans le mandat. Le sous-mandat est effectivement un nouveau contrat conclu entre le mandataire initial et le sous-mandataire mais ce contrat ne fait que mettre en œuvre l'obligation première née du contrat fondamental originellement conclu entre le mandant et le mandataire initial. Le sous-mandat et le mandat principal représentent un groupe de contrats dans lequel le contrat de mandat principal ne fait que se greffer au contrat de sous-mandat. Selon le Professeur Teyssié, le mandant et le substitut sont liés « *par un rapport de nature contractuelle participant de l'essence des groupes de contrats*. »[1924]. Dans cette logique, le mandant, en tant que destinataire du service, est bien titulaire d'une créance à l'encontre du substitut[1925]. Selon cette conception, il faut considérer le sous-mandataire comme un co-contractant indirect du donneur d'ordre primitif donc du mandant Cela fait naître par conséquent un lien contractuel entre le mandant d'origine et le sous-mandataire et justifie ainsi une action en responsabilité contractuelle du premier contre le second dans l'éventualité d'une mauvaise exécution de sa mission[1926]. La chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu un arrêt de principe en ce sens en 1956 : « l*e mandant est uni au mandataire substitué par un lien contractuel* » [1927].

Naturellement, le mandant, en tant que donneur d'ordre primitif, peut lui-même demander au sous-mandataire de dépasser les limites de sa mission fixées par le mandataire initial. La responsabilité contractuelle du mandataire initial et du sous-mandataire ne pourra

---

1922 LE TOURNEAU (Ph.), *Rép. Civ.*, V° Le mandat, n° 258.

1923 Civ. 1er, 26 novembre 1981, pourvoi n° 80-15.740, Bull. civ. I, n° 355 : « *Il résulte de l'article 1994 du code civil que la substitution de mandataire sans autorisation du mandant a pour seul effet de rendre le mandataire initial responsable du fait de celui qu'il s'est substitué, contre lequel le mandant peut agir directement, mais que la responsabilité du mandataire substitué ne peut être engagée que s'il a commis une faute.* »

1924 TEYSSIÉ (B.), *Les groupes de contrats*, préface de J.-M. Mousseron, Bibliothèque de droit privé, t. 139, LGDJ, 1975, n° 542.

1925 PÉTEL (Ph.), *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, n° 360.

1926 COZIAN (M.), *L'action directe*, préface de A. Ponsard, Bibliothèque de droit privé, t. 92, LGDJ, 1969, n° 71. NÉRET (J.), *Le sous-contrat*, préface de Pierre Catala, bibliothèque de droit privé, t. 163, LGDJ, 1979, n° 340. TEYSSIÉ (B.), *Les groupes de contrats*, préface de J.-M. Mousseron, Bibliothèque de droit privé, t. 139, LGDJ, 1975, n° 542.

1927 Com. 31 janvier 1956, Bull. civ. III, n° 47.

alors être invoquée car les instructions ont changé. Le mandataire initial ne pourra pas non plus engager la responsabilité du sous-mandataire car celui-ci n'est pas en faute, il ne fait que se conformer à la demande du mandant initial [1928].

[1928] Civ. 1er, 13 juin 2006, pourvoi n° 04-16.193, Bull. civ. I, n° 304, *RTD. com.* 2007, p. 223, obs. B. Bouloc. En l'espèce, un propriétaire de meubles avait confié à un mandataire la vente de ses biens. Cet intermédiaire les avait confiés à un commissaire-priseur en tant que sous-mandataire. Le mandataire initial a finalement changé d'avis et révoqué le mandat. Cependant le mandant d'origine avait donné instruction au commissaire-priseur de procéder tout de même à la vente. Le mandataire intermédiaire, qui avait notifié la révocation du mandat par lettres recommandées, assigna le commissaire-priseur et le mandant. La Cour de cassation décida que le mandant restait maître de ses décisions et que le mandataire substitué en suivant les instructions du mandant n'avait pas pu commettre de faute et engager sa responsabilité.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

La situation du tiers-contractant confronté au dépassement de pouvoir du mandataire fait indéniablement et progressivement l'objet d'une différence de traitement. Sa protection est à la fois clarifiée, réaffirmée et renforcée par la réforme du droit des obligations lui accordant par ailleurs et à juste titre une attention équivalente à celle dont bénéficie le représenté. Peut-être faut-il aller plus loin et en déduire un souhait implicite des rédacteurs de rééquilibrer les mesures protectrices trop centrées sur le représenté et insuffisamment sur le tiers-contractant.

Il est même possible d'entrevoir une évolution dans la conception du tiers confronté au dépassement de pouvoir du mandataire. La réforme encourage désormais le tiers à agir directement afin non pas de consolider le dépassement en aval comme c'est le cas avec l'apparence mais au contraire de prévenir en amont l'éventuelle manifestation de ce manquement. Il s'agit là des prémices d'une évolution indéniablement remarquable et probablement durable dans la lutte contre le dépassement. La protection n'intervient plus après sa manifestation mais au contraire avant sa survenance en vertu du mécanisme de l'interpellation interrogatoire. La logique inhérente à cette évolution ne peut que contribuer à son efficacité et pourrait par ailleurs être le révélateur d'une autre évolution conceptuelle cette fois propre à la notion même de dépassement de mission. Cette interprétation ne ferait que renforcer l'absence aujourd'hui injustifiée d'une réglementation du dépassement de mission dans le Code civil et propre au droit général de obligations.

La situation du mandataire substitué est différente car il demeure soumis à la réglementation qui reste inchangée dans ce domaine. Le mandataire principal est par principe responsable, en vertu de l'article 1994 du Code civil, du dépassement de pouvoir de son substitut que la substitution ait ou non été autorisée par le mandant. L'efficacité de cette protection du mandant est renforcée par le devoir de surveillance imposé par la jurisprudence au mandataire principal, lequel est tenu de s'assurer que son substitut respecte les limites de sa mission. Un dépassement de mission du substitut suffit donc à engager la responsabilité contractuelle du mandataire principal.

Il convient désormais de s'interroger sur les effets du dépassement de mission du tiers en présence d'un contrat d'entreprise.

CHAPITRE II.

EN PRESENCE D'UN CONTRAT D'ENTREPRISE

347. Contrat isolé, groupe de contrats et sous-traitance. D'une manière générale, l'entrepreneur peut accomplir sa mission au regard d'un contrat d'entreprise isolé mais il lui est également possible d'agir dans le cadre d'un groupe de contrats dans lequel se trouverait le contrat d'entreprise passé avec le maître d'ouvrage.

Dans l'hypothèse d'un contrat d'entreprise isolé, l'entrepreneur peut néanmoins être en relation avec un tiers. Il peut ainsi causer un dommage au voisin du maître d'ouvrage durant l'accomplissement de sa mission et spécialement en exécutant des travaux supplémentaires non souhaités par le client. Le voisin est bien un tiers au contrat passé entre l'entrepreneur et le maître d'ouvrage ; il agira alors en responsabilité délictuelle contre l'entrepreneur et n'aura aucune action possible en responsabilité contre le maître d'ouvrage[1929]. L'existence d'un dépassement de mission de l'entrepreneur ne change alors rien à la situation.

Dans l'hypothèse d'un ensemble de contrats, l'entrepreneur sera en relation contractuelle avec d'autres tiers au contrat principal. La question se pose alors de l'incidence d'un dépassement de mission en présence d'une chaine de contrats nécessitant l'intervention d'autres professionnels comme un fournisseur ou un sous-traitant. Un entrepreneur peut par exemple être engagé par le maître d'ouvrage afin de réaliser des travaux de peinture ; le professionnel doit au préalable commander la peinture auprès d'un fournisseur tiers au contrat principal. Le fournisseur exécute ses obligations mais l'entrepreneur ne le paie pas. Le fournisseur peut agir en responsabilité contractuelle contre l'entrepreneur mais il ne bénéficie cependant d'aucune action directe en paiement contre le maître d'ouvrage. Ce dernier peut agir directement en garantie contre le tiers si le produit livré présente un vice caché. Cette action en garantie par voie directe du maître d'ouvrage à l'égard du tiers a été reconnue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans une décision du 7 février 1986[1930]. Le fait que l'entrepreneur dépasse sa mission ne change rien au constat selon lequel le fournisseur n'a aucune action directe en paiement contre le maître d'ouvrage. Il n'existe aucun texte légitimant l'action du fournisseur mais il en est cependant autrement pour le sous-traitant.

1929 Il est tout de même possible pour le voisin en cas de nuisances d'agir contre le maître d'ouvrage en vertu de la théorie des troubles anormaux de voisinage. Le maître d'ouvrage et le constructeur sont alors responsables de plein droit. En ce sens, Civ. 3e, 22 juin 2005, pourvoi n° 03-20.068, Bull. civ. III, n° 136 ; Civ. 3e, 11 mai 2000, pourvoi n° 98-18.249, Bull. civ. III, n° 106 : « *alors que le syndicat des copropriétaires, propriétaire actuel des biens, et la société Stefs, auteur des travaux à l'origine des dommages étaient responsables de plein droit des troubles excédant les inconvénients normaux du voisinage constatés dans le fonds voisin, la cour d'appel a violé le principe susvisé.* »

1930 Ass. plén., 7 février 1986, pourvoi n° 84-15.189, bull. Ass. plén., n° 2 ; *D.* 1986, p. 293, note A. Bénabent : « *le maître de l'ouvrage ne dispose contre le fabricant de matériaux posés par un entrepreneur que d'une action directe pour la garantie du vice caché affectant la chose vendue dès sa fabrication* … ».

La situation du sous-traitant est différente car ce dernier bénéficie d'une action directe en paiement à l'encontre du maître d'ouvrage si l'entrepreneur ne le paie pas. Il faut alors s'interroger sur l'incidence d'un dépassement de mission du sous-traitant sur le régime spécial de l'action directe en paiement de ce professionnel.

348. La situation du sous-traitant. La sous-traitance est règlementée par la loi du 31 décembre 1975[1931] et définie par son article 1er comme une « *opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage.* ». La sous-traitance repose sur une logique de rentabilité, de spécialisation et de rationalisation des compétences techniques.

Le sous-traitant participe à la réalisation d'un travail pour le compte de l'entrepreneur principal qualifié de donneur d'ordre[1932]. L'entreprise sous-traitante n'est donc pas un fournisseur[1933] car elle n'approvisionne pas l'entrepreneur principal mais contribue à l'exécution d'une partie ou de la totalité de sa mission fixée avec le maître d'ouvrage[1934]. Le mécanisme de la sous-traitance peut être utile dans l'éventualité où l'entrepreneur principal n'a pas les moyens techniques ou encore humains pour accomplir sa prestation conformément à la demande du client. Le premier effet de la sous-traitance en tant que sous-contrat est de faire naître une relation triangulaire[1935] indirecte entre le maître d'ouvrage, l'entrepreneur principal et le sous-traitant[1936]. Il n'existe en revanche aucune relation contractuelle directe entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant.

La loi du 31 décembre 1975 avait pour principal objectif de protéger la situation du sous-traitant régulièrement confronté au non-paiement de l'entrepreneur principal en situation de faillite professionnelle[1937]. Le sous-traitant bénéficie désormais d'une action directe en

1931 Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

1932 BOUBLI (B.), « Rapports français, I La responsabilité civile des constructeurs devant le juge judiciaire » *in La responsabilité des constructeurs (Journées égyptiennes)*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLII, Litec, 1991, n° 36, p. 97 : « *C'est la responsabilité de droit commun qui s'applique au sous-traitant, qui n'est pas un* « *constructeur* » *au sens des articles 1792 et suivants du Code civil, mais ne participe pas moins à la construction de l'ouvrage et est lié par un contrat de louage d'ouvrage à l'entrepreneur principal.* »

1933 MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 754, p. 471 : « *le fournisseur qui livre une chose à l'entrepreneur ou au maître, sans accomplir d'acte de production, n'est pas un sous-traitant.* »

1934 Le Conseil économique et social définit en 1973 la sous-traitance comme une « *opération par laquelle une entreprise confie à une autre le soin d'exécuter pour elle et selon un certain cahier des charges pré-établi une partie des actes de production ou de service dont elle conserve la responsabilité économique finale* » (JO Avis et rapport, 26 avr. 1973, p. 305).

1935 BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 613.

1936 Le sous-traitant peut lui-même recourir au mécanisme de la sous-traitance et contribuer ainsi à une sous-traitance « *en chaine* » ou « *en cascade* ». ABBATUCCI (S.), *Rép. civ.*, V° Sous-traitance, 2018, n° 24 : « *Juridiquement, il y a sous-traitance tant que les contrats successifs sont des contrats d'entreprise sans interruption.* » Voir aussi, NERET (J.), *Le sous-contrat*, préface de Pierre Catala, Bibliothèque de droit privé, t. 163, LGDJ, 1979, n° 214, p. 165.

1937 ABBATUCCI (S.), *art. cit.*

paiement[1938] contre le maître d'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après sa mise en demeure[1939], les sommes contractuellement fixées dans le contrat de sous-traitance[1940] et à condition d'avoir été agréé par le maître[1941].

L'article 13 de la loi du 31 décembre 1975 limite les effets de l'action directe du sous-traitant contre le maître d'ouvrage. Il dispose que cette action protectrice et légitime ne peut viser que le paiement des prestations prévues par le contrat de sous-traitance. Mais qu'en est-il en présence de travaux supplémentaires exécutés par le sous-traitant ?

L'objectif serait de s'interroger dans un premier temps sur les effets des travaux supplémentaires du sous-traitant accomplis de sa propre initiative **(Section I)** et dans un second temps sur ceux ayant pour origine une initiative de l'entrepreneur principal **(Section II)**.

1938 KARILA (J.-P.), KARILA (L.), *JCL*, Construction-Urbanisme, FASC. 207 : Sous-traitance, paiement du sous-traitant, 2015, n° 1.

1939 Civ. 3e, 15 septembre 2016, pourvoi n° 15-22.592, Bull. civ. III, (publication à paraître), *D.*, 2016, p. 1861.

1940 Article 12 de la loi du 31 décembre 1975 : « *Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance* … ».

1941 La condition de l'agrément du maître d'ouvrage est expressément formulée par l'article 3 de la Loi du 31 décembre 1975 : « *L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande. Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant.* » L'agrément de la sous-traitance et des conditions de paiement par le maître d'ouvrage peut être tacite. L'acceptation tacite du maître peut être déduite en présence d'un faisceau d'indices concordants et non équivoques notamment. Il en est ainsi lorsque le maître d'ouvrage écrit au sous-traitant. En ce sens, Com. 17 mars 1998, pourvoi n° 95-17.997, Bull. civ. IV, n° 104 : « *Attendu que pour décider que la société Sofranelec n'avait pas agi dans le cadre d'un contrat de sous-traitance, l'arrêt retient que le maître de l'ouvrage ignorait l'existence du contrat liant la société Sofranelec à la société ACCE ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher comme l'y invitait la société Sofranelec dans ses conclusions, si cette connaissance ne résultait pas de la lettre du 29 juin 1993 par laquelle la société Easycom confirmait à la société Sofranelec " que les cartes électroniques référencées étaient et sont réalisées suivant nos plans et spécifications techniques établis par nos services techniques, et grâce aux films et outils dont nous sommes propriétaires et qui vous ont été transmis ou commandés par la société ACCE … ", la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.* » La seule connaissance par le maître d'ouvrage de la présence d'un sous-traitant sur le chantier ne suffit pas à déduire une acceptation tacite : Civ. 3e, 7 octobre 1998, pourvoi n° 96-20.514, Bull. civ. III, n° 190 : « *Attendu que, pour accueillir la demande des sociétés Prezioso et Viry, l'arrêt retient que le maître de l'ouvrage qui avait connaissance de l'existence des sous-traitants, a donné son agrément tacite à leur intervention ; Qu'en statuant ainsi, par des motifs qui révèlent seulement une attitude passive du maître de l'ouvrage sans relever aucun acte manifestant sans équivoque sa volonté d'accepter les sous-traitants, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.* » Plus récemment, Civ. 3e, 18 mai 2017, pourvoi n° 16-10.719, Bull. civ. III, (numéro non communiqué).

SECTION I.
TRAVAUX SUPPLEMENTAIRES A L'INITIATIVE DU SOUS-TRAITANT

349. Les circonstances à l'origine des travaux supplémentaires du sous-traitant. Durant l'exécution de sa mission, le sous-traitant peut prendre seul l'initiative d'accomplir des travaux supplémentaires. Les circonstances à l'origine de ces travaux doivent être prises en compte afin d'analyser les effets sur l'action directe en paiement du sous-traitant. Trois situations peuvent être envisagées : premièrement, lorsque les travaux supplémentaires du sous-traitant sont exécutés en présence d'une autorisation de l'entrepreneur principal **(I)** ; deuxièmement, en présence d'une autorisation du maître d'ouvrage **(II)** et troisièmement en l'absence d'autorisation du maître d'ouvrage et de l'entrepreneur **(III)**.

I. EN PRESENCE D'UNE AUTORISATION DE L'ENTREPRENEUR PRINCIPAL

350. La portée limitée de l'article 1793 du Code civil. L'article 1793 du Code civil protège le maître d'ouvrage contre les travaux supplémentaires accomplis par l'entrepreneur. Le client peut cependant s'engager à payer ces travaux à condition de manifester un consentement certain. L'article 1793 énonce ainsi une règle spéciale de forme selon laquelle la preuve écrite constitue l'unique preuve admissible en présence d'un forfait de construction d'un bâtiment[1942].

L'entrepreneur est donc en droit d'obtenir le paiement des travaux supplémentaires si le maître d'ouvrage manifeste une autorisation écrite légitimant l'accomplissement desdits travaux. Mais la situation est probablement différente lorsque les travaux supplémentaires sont le fait du sous-traitant et non de l'entrepreneur principal. Le sous-traitant sera-t-il soumis à l'article 1793 lorsqu'il envisage des travaux supplémentaires ? Le texte apporte une réponse claire à cette interrogation et dispose que le contrat de construction doit être conclu entre un architecte ou un entrepreneur et le propriétaire du sol[1943]. Or le contrat de sous-traitance est nécessairement conclu entre deux entrepreneurs, l'entrepreneur principal et l'entrepreneur sous-traitant. Le maître d'ouvrage propriétaire du sol est absent de la relation contractuelle liant les parties au contrat de sous-traitance[1944]. Cela signifie que l'article 1793 n'est pas

1942 Voir *supra* n° 231 et s.

1943 Article 1793 : « *Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire*. »

1944 BÉNABENT (A.), « Le paiement direct ne peut être réclamé par le sous-traitant qu'au maître de l'ouvrage », *D.*, 1992, p. 116.

applicable car l'entrepreneur principal n'est pas propriétaire du sol[1945]. L'autorisation écrite légitimant l'accomplissement de travaux supplémentaires n'est valable selon l'article 1793 qu'entre les parties au contrat d'entreprise[1946]. L'autorisation écrite des travaux supplémentaires par l'entrepreneur principal est donc inopposable au maître d'ouvrage[1947]. Cette protection du maître d'ouvrage contre les travaux supplémentaires du sous-traitant unilatéralement acceptés par l'entrepreneur principal est compréhensible. En effet, le contrat de louage d'ouvrage ne confère pas de plein droit au maître d'œuvre le mandat de représenter le maître d'ouvrage aux fins de commander des travaux supplémentaires[1948].

Il aurait pourtant pu être acceptable d'étendre la portée de cet article aux autres entrepreneurs non contractuellement liés au maître d'ouvrage. Mais selon les Professeurs Malaurie, Aynès et Gautier, le sous-traitant est par principe exclu du domaine d'application de l'article 1793 « *peut-être afin d'empêcher que le sous-traitant ne subisse les rabais obtenus par l'entrepreneur principal* »[1949].

La règle selon laquelle l'article 1793 du Code civil est inapplicable en présence d'une convention de sous-traitance est confirmée notamment par la décision de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation en date du 15 février 1983[1950] : « *Mais attendu […] que l'arrêt énonce à bon droit que les dispositions de l'article 1793 du Code civil ne sont pas applicables à une convention de sous-traitance entre deux entreprises.* ». Cette règle est depuis régulièrement rappelée[1951].

1945 BÉNABENT (A.), *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 602 : « *Cette condition exclut également le jeu de l'article 1793 entre l'entrepreneur principal et ses sous-traitants, car l'entrepreneur principal, maître à l'égard de son sous-traitant, n'est pas propriétaire du sol.* » RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 492.

1946 En outre, l'article 1793 a été rédigé afin de protéger le maître d'ouvrage profane. Il ne peut donc s'appliquer dans cette logique dans les rapports entre professionnels (C. Fenet, Travaux préparatoires du Code civil, Tome XIV, p. 265 et 366).

1947 COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux, op. cit.*, n° 755 : « *Cet ordre écrit vaut dans les rapports entre les parties et s'il est donné par l'entrepreneur au sous-traitant, il est normalement inopposable au maître d'ouvrage. La forme prédomine donc.* »

1948 Civ. 3e, 17 février 1999, pourvoi n° 95-21.412, Bull. civ. III, n° 40 : « *Attendu que pour condamner la société Alrom à payer à la société NILE le coût de travaux supplémentaires, l'arrêt retient que ces travaux ont été commandés par l'architecte M. X…, qui avait l'obligation de passer toute commande en accord avec son mandant, et que la société Alrom n'apporte pas la preuve que son architecte aurait outrepassé son mandat ; Qu'en statuant ainsi, alors que le contrat de louage d'ouvrage ne confère pas de plein droit au maître d'œuvre mandat de représenter le maître de l'ouvrage, sans constater l'existence d'un mandat spécial donné par la société Alrom à M. X… à l'effet de passer commande de travaux supplémentaires, la cour d'appel a violé le texte susvisé.* »

1949 MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 768, p. 481.

1950 Civ. 3e, 15 février 1983, pourvoi n° 81-15.558, Bull. civ. III, n° 44.

1951 Civ. 3e, 19 décembre 1984, *JCP*, 85. IV. 79 ; Civ. 3e, 18 juin 2003, pourvoi n° 01-18.058, inédit. Civ. 3e. 10 juillet 2002, pourvoi n° 00-17.150, inédit. CA Rennes, 4e ch., 20 septembre 2001, TSM c/ ESP Rouault : JurisData n° 2001-161459 ; *JCP G,* 2002, IV, 2264 ; *JCP E,* 2002, p. 1266. CA Paris, 23e ch. B, 19 avril 1991, *D.*, 1992, somm. p. 116, obs. A. Bénabent. CA Paris, 19e ch. A, 23 mai 2001, Sté Le Béton armé c/ Sté Mercier développement : JurisData n° 2001-149005.

351. L'intégration contractuelle de la solution de l'article 1793 dans les contrats de sous-traitance. Un contrat de sous-traitance peut reposer sur un marché à forfait[1952] au même titre qu'un contrat de louage d'ouvrage classique. L'objet de la mission repose de même sur une prestation matérielle ou intellectuelle rémunérée. La proximité entre le louage d'ouvrage classique et la sous-traitance pourrait justifier une extension de l'article 1793 du Code civil, qui n'a pas pu être retenue par les tribunaux en raison de la lettre du texte.

Cependant le principe essentiel de la liberté contractuelle confère aux parties le droit de contractualiser le principe de l'article 1793 dans une sous-traitance[1953]. Le Professeur Périnet-Marquet le confirme : « *Même si celui-ci est normalement conclu entre le maître d'ouvrage et les constructeurs, rien n'empêche que, conventionnellement, le mécanisme de l'article 1793 soit importé dans un contrat de sous-traitance. Dans ce cas, l'augmentation du prix suppose un accord explicite ou implicite, ou un bouleversement de l'économie du contrat.* »[1954]. Les parties au contrat de sous-traitance peuvent donc valablement intégrer une clause spécifique contractualisant le principe de l'article 1793. Cette clause doit indiquer expressément un prix forfaitaire afin de fixer une limite susceptible de déterminer l'existence de travaux supplémentaires. Elle doit de surcroît énoncer que tous les travaux supplémentaires ne feront l'objet d'une rémunération qu'en présence d'un ordre écrit et préalable du bénéficiaire de la prestation du sous-traitant donc de l'entrepreneur principal[1955]. Il est de même impératif que la commande de travaux supplémentaires inhérente au contrat de sous-traitance émane de l'entrepreneur principal et non du maître d'ouvrage car ce dernier est nullement lié contractuellement au sous-traitant. L'acceptation écrite doit émaner de l'entreprise donneur d'ordre en tant qu'unique co-contractant du ou des sous-traitants. Les conditions générales du contrat de sous-traitance du B.T.P.[1956] rappellent expressément cette condition. L'article 5-4 dispose en ce sens que : « *Les travaux supplémentaires confiés au sous-traitant par l'entrepreneur principal font l'objet d'un ordre écrit ou d'un avenant au présent contrat préalable aux travaux.* ». L'article 3-4 précise en outre que : « *Les travaux supplémentaires ou en diminution et les travaux modificatifs sont évalués et réglés comme il est dit aux conditions particulières, ou par voie d'avenant au présent contrat.* ». L'entrepreneur principal doit donc accepter les travaux supplémentaires accomplis par son sous-traitant.

352. L'acceptation par l'entrepreneur principal des travaux supplémentaires du sous-traitant. L'agrément de l'entrepreneur principal doit porter d'une part sur l'accomplissement de travaux supplémentaires et d'autre part sur leur montant. Il importe donc pour le juge de

---

1952 PÉRINET-MARQUET (H.), obs. sous Civ. 3e, 21 novembre 2000, pourvoi n° 98-19.975, inédit, *RDI,* 2000, p. 59 : « *si le marché de sous-traitance n'est pas de plein droit un marché forfaitaire, rien n'empêche l'entrepreneur principal et le sous-traitant de le considérer comme tel, et d'en faire conventionnellement un marché forfaitaire.* »

1953 Faut-il y voir une dénaturation de la lettre de l'article 1793 du Code civil ? Il serait excessif et peu constructif de répondre positivement.

1954 PÉRINET-MARQUET (H.), obs. sous Civ. 3e, 5 novembre 2013, pourvoi n° 11-28.272, *RDI,* 2014, p. 35.

1955 Civ. 3e, 5 juin 1996, pourvoi n° 94-16.902, Bull. civ. III, n° 136 ; *Gaz. Pal.*, 1998, somm. p. 523, note M. Peisse. Civ. 3e, 5 novembre 2013, pourvoi n° 11-28.272, inédit ; *RDI,* 2014, n° 35, obs. H. Périnet-Marquet. CA Paris, 19e ch., 12 mai 2000, SA Soulier c/ Me Segui : JurisData n° 2000-115575.

1956 Conditions générales du contrat de sous-traitance du B.T.P., édition 2014.

rechercher une manifestation de volonté certaine de l'entrepreneur donneur d'ordre afin de justifier le paiement des travaux supplémentaires exécutés par le sous-traitant. La jurisprudence fait, sur ce point, preuve d'une grande prudence[1957] comme en atteste un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation en date du 5 juin 1996[1958]. En l'espèce, l'entrepreneur principal avait signé et apposé la mention « *OK* » en marge d'un document concernant des travaux supplémentaires réalisés par le sous-traitant. Ce dernier avait assigné le donneur d'ordre en paiement desdits travaux. La cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion avait favorablement accueilli cette demande le 15 avril 1994 mais la Cour de cassation rejeta cette décision au motif que le contrat de sous-traitance contenait une clause stipulant que le paiement des travaux supplémentaires devait impérativement reposer sur une commande écrite[1959] de l'entrepreneur principal[1960]. La signature d'un document ne suffit donc pas à prouver cette commande écrite de l'entrepreneur principal. À défaut d'une commande écrite de l'entrepreneur principal, les travaux supplémentaires restent donc à la charge du sous-traitant[1961]. L'acceptation de l'entrepreneur principal doit être sans équivoque afin d'être engagé en paiement du supplément des honoraires forfaitaires[1962]. Dans cette situation, il n'y a pas alors de dépassement de mission du sous-traitant. Une simple absence de contestation de l'entrepreneur principal ne révèle pas son acceptation sans équivoque des travaux supplémentaires du sous-traitant[1963]. En outre, le maître d'ouvrage ne peut être concerné par

1957 En ce sens, le silence de l'entrepreneur principal confronté aux réclamations et mise en demeure du sous-traitant ne peut suffire à caractériser une autorisation expresse et non équivoque de sa part. Voir notamment : Civ. 3e, 31 mars 1999, pourvoi n° 97-16.958, inédit, *AJDI,* 1999, p. 639.

1958 Civ. 3e, 5 juin 1996, pourvoi n° 94-16.902, Bull. civ. III, n° 136 ; *Gaz. Pal.*, 1998, somm. p. 523, note M. Peisse ; *RTD. civ.* 1997, p. 446, obs. P.-Y. Gautier.

1959 MALINVAUD (Ph.), BOUBLI (B.), obs. sous Civ. 3e, 5 juin 1996, *RDI,* 1996, p. 574.

1960 « *Attendu que, pour accueillir cette demande, l'arrêt retient qu'un représentant de la société BBOI a apposé la mention " OK " en marge d'un document concernant des travaux supplémentaires réalisés par le sous-traitant, qu'il a signé ce document et que, dans une lettre au maître de l'ouvrage, l'entrepreneur principal n'a contesté ni la réalité ni le coût de ces travaux ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté qu'il était stipulé dans le contrat de sous-traitance qu'aucun travail supplémentaire ou modificatif ne serait accepté et payé en supplément à l'entreprise sous-traitante s'il n'avait pas fait l'objet d'une commande écrite émanant du représentant qualifié de l'entreprise principale précisant son prix et le délai d'exécution, la cour d'appel, qui n'a pas relevé l'existence d'une telle commande, ou qui n'a pas caractérisé la renonciation de la société BBOI à se prévaloir de cette clause, a violé le texte susvisé.* »

1961 Civ. 3e, 31 mars 1993, pourvoi n° 91-11.363, inédit : « *Attendu que la cour d'appel a légalement justifié sa décision, en relevant que le contrat conclu par la Société auxiliaire d'entreprise de la région parisienne, entrepreneur principal, et la société des Etablissements Petolla, sous-traitant, stipulait qu'aucun travail supplémentaire ou modificatif ne serait accepté et payé en supplément au sous-traitant, à défaut d'une commande écrite de l'entrepreneur principal précisant son prix, et en retenant qu'en l'absence d'une telle commande, le surcoût du procédé d'isolation appliqué par le sous-traitant avec l'accord de l'entrepreneur principal, limité à l'adoption d'un procédé de remplacement, devait rester à la charge du sous-traitant.* »

1962 Civ. 3e, 29 mars 2011, pourvoi n° 10-30.253, inédit : « *Alors que dans un marché à forfait, les travaux ou prestations supplémentaires n'ouvrent droit à rémunération que dans la mesure où ils ont été autorisés par le donneur d'ordre ou ont fait l'objet d'une acceptation non équivoque de sa part ; qu'en statuant comme elle a fait par des motifs qui ne suffisent pas à établir que Monsieur X… aurait accepté sans équivoque l'exécution par Monsieur Y… de prestations non convenues dans la convention à forfait conclue entre eux et le paiement de ces prestations en supplément du prix forfaitairement convenu, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1134 du code civil.* »

1963 Civ. 3e, 18 juin 2003, pourvoi n° 01-18.058, inédit : « *Que l'acceptation a posteriori de travaux supplémentaires par l'entrepreneur principal doit être dépourvue d'équivoque et porter tant sur lesdits travaux que sur leur prix ; qu'en se fondant sur*

…/…

les ordres de service donnés par l'entrepreneur principal au sous-traitant et portant sur l'accomplissement de travaux supplémentaires[1964]. La situation de l'entrepreneur principal est cependant différente si le maître d'ouvrage autorise directement lesdits travaux.

II. EN PRESENCE D'UNE AUTORISATION DU MAITRE D'OUVRAGE

353. L'acceptation par le maître d'ouvrage des travaux supplémentaires du sous-traitant. Le maître d'ouvrage peut aussi consentir à l'exécution de travaux supplémentaires du sous-traitant dans la mesure où ce dernier bénéficie du mécanisme de l'action directe en paiement à son encontre. La protection du maître d'ouvrage contre les travaux supplémentaires demeure constante en présence d'un contrat de louage d'ouvrage ou en présence d'un contrat de sous-traitance. L'accomplissement de travaux supplémentaires est fréquent en présence d'une sous-traitance[1965]. L'appréciation des circonstances demeure ainsi une étape essentielle.

L'origine des travaux supplémentaires du sous-traitant constitue un élément d'information important afin d'apprécier leurs effets sur l'entrepreneur principal ou le maître d'ouvrage. En effet, le sous-traitant peut décider unilatéralement d'accomplir des travaux supplémentaires sans en avoir reçu l'ordre. Ils seront en conséquence inopposables à l'entrepreneur principal[1966] et au maître d'ouvrage. La situation est cependant différente si le maître d'ouvrage est directement à l'origine des travaux supplémentaires du sous-traitant.

En 1992, la Cour de cassation sanctionne la cour d'appel de Versailles pour ne pas avoir recherché si l'ordre de service, émis par l'entrepreneur principal et portant sur l'accomplissement de travaux supplémentaires, était opposable[1967] au maître d'ouvrage[1968]. Il faut pour cela s'assurer que la demande de travaux supplémentaires était formulée par écrit par le maître d'ouvrage. La mise en œuvre de l'action directe en paiement du sous-traitant est par conséquent conditionnée à son agrément par le maître d'ouvrage[1969]. Or l'agrément du maître d'ouvrage ne porte pas seulement sur l'existence d'un sous-traitant mais également sur les conditions de paiement à son égard y compris dans l'éventualité de travaux

---

la seule absence de contestation des prétendus travaux supplémentaires par la société Gentilini et Berthon à réception de leur facturation par la société FTI, la cour d'appel n'a pas caractérisé l'acceptation dépourvue d'équivoque de l'entrepreneur principal desdits travaux et de leur prix, violant l'article 1134 du Code civil. »

1964 Civ. 3e, 24 janvier 1990, pourvoi n° 88-13.384, Bull. civ. III, n° 28 ; *AJDI,* 1993, p. 182.

1965 BÉNABENT (A.), « L'entrepreneur principal ne peut être tenu de payer des travaux supplémentaires non contractuels », *D.*, 1994, p. 150.

1966 BOUBLI (B.), obs. sous CA Paris, 23e Chambre A. 9 février 2000, n° 07353/99.

1967 MALINVAUD (Ph.), BOUBLI (B.), obs. sous Civ. 3e, 13 mai 1992, *RDI,* 1992, p. 517. Voir aussi : Civ. 3e, 14 février 2007, pourvoi n° 06-10.140, inédit ; *RDI,* 2007, p. 275, obs. B. Boubli.

1968 Civ. 3e, 13 mai 1992, pourvoi n° 90-13.811, Bull. civ. III, n° 149 ; *D.,* 1994, p. 151 ; *AJDI*, 1993, p. 182 : « *Le marché avait été conclu pour un coût ferme et définitif, à l'exception du cas où la demande de travaux supplémentaires serait formulée par écrit par le maître de l'ouvrage, la cour d'appel, qui n'a pas recherché si l'ordre de service émis par la société BEG Ingénierie était opposable au maître de l'ouvrage, n'a pas donné de base légale à sa décision de ce chef.* »

1969 BOUBLI (B.), obs. sous CA Paris, 23e Chambre A. 9 février 2000, n° 07353/99.

supplémentaires[1970]. Le sous-traitant ne peut donc pas obtenir le paiement des travaux supplémentaires non agréés par le maître d'ouvrage[1971] ; son action en paiement ne peut pas, en outre, reposer sur la théorie de l'enrichissement sans cause[1972]. L'accomplissement des travaux n'est pas dépourvu de cause car il repose sur l'accomplissement du contrat principal en vertu duquel le maître d'ouvrage sera tenu de rémunérer l'entrepreneur principal.

La nécessaire recherche du consentement écrit du maître d'ouvrage est notamment rappelée par la Cour de cassation dans un arrêt plus récent en date du 8 avril 2008[1973]. En l'espèce, le maître d'ouvrage avait signé avec son prestataire un contrat de construction de maison individuelle. L'entrepreneur avait sous-traité les travaux d'électricité mais le sous-traitant avait assigné, après exécution, le maître d'ouvrage en paiement du solde du prix en raison de travaux supplémentaires. Les juges du fond avaient favorablement accueilli cette demande au motif que « *ne pouvaient ignorer que les travaux supplémentaires commandés directement auprès de la société Jac'Elec allaient leur être facturés.* »[1974]. La Cour de cassation cassa cette décision : « *en statuant ainsi, sans constater, à défaut d'autorisation écrite préalable des travaux par les maîtres de l'ouvrage, ou d'acceptation expresse et non équivoque de ceux-ci après exécution, que ces modifications avaient entraîné un bouleversement de l'économie du contrat, la juridiction de proximité n'a pas donné de base légale à sa décision.* »[1975].

Les juges recherchent également si le maître d'ouvrage avait réellement connaissance de la présence du sous-traitant sur le chantier durant l'accomplissement des travaux supplémentaires[1976]. La Cour de cassation applique notamment ce raisonnement en 2002[1977].

Le paiement des travaux supplémentaires du sous-traitant est par conséquent intrinsèquement lié à la connaissance et à l'agrément de ces travaux par le maître d'ouvrage.

1970 Le Professeur Bénabent confirme ce lien. Sur ce point, BÉNABENT (A.), « Le sous-traitant n'a pas d'action directe contre l'entrepreneur principal pour le prix des travaux non approuvés par le maître d'ouvrage. », *D.*, 1994, p. 151 : « *La solution est dans le droit fil du refus de l'action directe au sous-traitant non agréé.* » L'auteur dénonce la dépendance manifeste entre l'action du sous-traitant et l'agrément du maître. *Ibid.*, « *on ne peut que déplorer les conséquences restrictives de cette dépendance de l'action directe par rapport à l'agrément du maître d'ouvrage* … ». Voir aussi p. 152 : « *Les sous-traitants étant privés du bénéfice du paiement direct ou de l'action directe par les rigueurs excessives mises par la jurisprudence à leur mise en œuvre* … »

1971 CA Paris, 23e Chambre A., 9 février 2000, n° 07353/99.

1972 BÉNABENT (A.), *op. cit.*, p. 152.

1973 Civ. 3e, 8 avril 2008, pourvoi n° 07-11.759, inédit.

1974 *Ibid.*

1975 *Ibid.*

1976 ABBATUCCI (S.), « La responsabilité du maître de l'ouvrage à l'égard des sous-traitants », *RDI*, 2002, p. 488.

1977 Civ. 3e, 12 juin 2002, pourvoi n° 00-21.553, Bull. civ. III, n° 136 : « *Attendu que pour accueillir la demande, l'arrêt retient que la société Salaca, qui ne pouvait méconnaître la présence sur le chantier de la société Cochery Bourdin Chaussée en qualité de sous-traitant et qui ignorait l'étendue de la sous-traitance, a commis une faute en ne mettant pas l'entrepreneur principal en demeure de respecter ses obligations et de fournir un cautionnement ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le sous-traitant ne bénéficiait de la délégation de paiement qu'à concurrence du montant des prestations à exécuter s'élevant à 55 000 francs hors taxes et que les travaux dont le paiement était sollicité étaient des travaux complémentaires, la cour d'appel qui n'a pas recherché si le maître de l'ouvrage connaissait la présence du sous-traitant sur le chantier pour la réalisation de ces nouveaux travaux, n'a pas donné de base légale à sa décision.* »

Cela semble légitime dans la mesure où le sous-traitant accomplit sa mission pour l'entrepreneur principal et ce dernier agit pour le maître d'ouvrage. La protection du maître d'ouvrage se présente comme une constance applicable aussi bien au sous-traitant qu'à l'entrepreneur principal. Naturellement la protection du maître d'ouvrage ne doit pas être mise en œuvre au détriment des intérêts du sous-traitant. La situation est en ce sens différente si les travaux supplémentaires ont été commandés et approuvés par le maître d'ouvrage. Le paiement des travaux supplémentaires devient obligatoire s'ils résultent d'une commande expresse et non équivoque du maître d'ouvrage ou directement de l'entrepreneur principal.

354. Travaux supplémentaires réalisés à la demande du maître d'ouvrage. Le maître d'ouvrage peut unilatéralement décider de commander des travaux supplémentaires au sous-traitant sans passer préalablement par l'entrepreneur principal. Mais ce dernier sera-t-il alors tenu de payer lesdits travaux ? Cela paraît impossible pour deux raisons : premièrement parce que les travaux envisagés n'auraient pas été contractuellement prévus dans le marché d'origine et deuxièmement parce que ces travaux ont directement été commandés par le maître d'ouvrage. L'entrepreneur principal devient ici un tiers et ne peut en toute logique être tenu de payer au sous-traitant des travaux supplémentaires non contractuels, accomplis pour le compte et la demande directe du maître d'ouvrage. Si tel est son souhait, l'entrepreneur peut décider de les payer mais il doit pour cela respecter le délai fixé par l'article 8 alinéa 1er de la Loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance : « *L'entrepreneur principal dispose d'un délai de quinze jours, comptés à partir de la réception des pièces justificatives servant de base au paiement direct, pour les revêtir de son acceptation ou pour signifier au sous-traitant son refus motivé d'acceptation.* ». Cette logique est renforcée dans l'éventualité spécifique où le maître d'ouvrage a directement et unilatéralement demandé au sous-traitant d'accomplir des travaux supplémentaires. Il ne serait pas envisageable de demander à l'entrepreneur principal de payer lesdits travaux notamment si le maître d'ouvrage refuse de s'acquitter de cette tâche. La troisième chambre civile de la Cour de cassation le confirme dans une décision en date du 31 mars 1993[1978].

Au-delà de cet exemple, les travaux supplémentaires accomplis par le sous-traitant ont un effet direct sur la situation de l'entrepreneur principal en raison de son statut de bénéficiaire au sein du contrat de sous-traitance. Le sous-traitant peut aussi agir de sa propre initiative donc sans autorisation du maître d'ouvrage et de l'entrepreneur principal.

1978 En l'espèce, la société sous-traitante s'était pourvue en cassation afin d'obtenir le paiement de l'entrepreneur principal pour des travaux réalisés pour le compte du maître d'ouvrage. Civ. 3e, 31 mars 1993, pourvoi n° 91-12.513, Bull. civ. III, n° 49 ; *RDI,* 1993, p. 378, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli : « *Mais attendu qu'ayant, par motifs propres et adoptés, justement retenu que les dispositions de l'article 8 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, ne créent pas, à la charge de l'entrepreneur principal, une obligation de payer les travaux à la place du maître de l'ouvrage qui s'est refusé à le faire, que l'enrichissement sans cause alléguée ne pouvait être celui de l'entrepreneur principal et que la responsabilité contractuelle de la société Cogem ne pouvait être engagée, celle-ci ayant transmis toutes les réclamations de son sous-traitant au maître de l'ouvrage, organisé une réunion avec lui sur les travaux en litige et indiqué par écrit, le 20 janvier 1988, à la société Misdariis, que les travaux supplémentaires n'étaient pris en compte qu'à la condition d'avoir été commandés par le maître de l'ouvrage, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision*. »

III. En l'absence d'autorisation du maitre d'ouvrage et de l'entrepreneur principal

355. Une initiative personnelle du sous-traitant. Il peut arriver que le sous-traitant décide unilatéralement d'accomplir des travaux supplémentaires. Il agit alors seul et de sa propre initiative. Les nouveaux travaux accomplis ne sont pas le fruit de la volonté de l'entrepreneur principal ni de celle du maître d'ouvrage. Ils n'ont pas commandé ces travaux supplémentaires et ne les ont pas non plus autorisés.

La situation est donc simple pour le sous-traitant mais également pour le maître d'ouvrage et l'entrepreneur principal. Le sous-traitant se trouve en situation de dépassement de mission car il agit de sa propre initiative au-delà des limites de sa mission contractuellement fixée avec l'entrepreneur principal. Il ne pourra recevoir le paiement de ces travaux en vertu du principe de la force obligation et de l'intangibilité du contrat. L'entrepreneur principal n'a pas souhaité ces travaux à l'origine ; il ne peut donc pas être légitimement tenu de les payer dans la mesure où il ne s'est pas engagé à le faire[1979]. Il en est différemment s'il les ratifie *a posteriori*[1980]. L'entrepreneur est par conséquent protégé contre une telle initiative du sous-traitant. Il en est de même pour le maître d'ouvrage. Celui-ci n'est pas tenu de payer les travaux supplémentaires tant qu'il ne les pas autorisés. En dehors de cette situation, le maître d'ouvrage est protégé contre une action directe en paiement de ces travaux supplémentaires irréguliers par le sous-traitant défaillant.

356. Les effets du dépassement de mission du sous-traitant. Il a été établi que le sous-traitant était dans ce cas en situation d'excès et par conséquent en situation de dépassement de mission. Mais à l'égard de qui est-il en situation de dépassement ? Par principe, un dépassement de mission révèle une faute de nature contractuelle car le prestataire à l'origine de cet excès est en situation d'inexécution par sur-exécution. Il faut donc tenir compte uniquement du lien contractuel afin de pouvoir identifier la victime du dépassement de mission du sous-traitant à savoir l'entrepreneur principal en tant que co-contractant du sous-traitant. Le sous-traitant est ainsi en situation de dépassement de mission à l'égard de l'entrepreneur principal.

Si on tient compte uniquement du lien contractuel, alors il faut en déduire que le maître d'ouvrage, en tant que tiers au contrat de sous-traitance, n'est pas victime du dépassement de mission du sous-traitant. Cette affirmation ne semble pourtant pas totalement acceptable si on tient compte aussi de la finalité de l'opération de sous-traitance. Le contrat de sous-traitance contribue au bon accomplissement de la mission de l'entrepreneur. Une mauvaise exécution ou une inexécution de la mission du sous-traitant a une incidence sur le maître d'ouvrage en tant que donneur d'ordre primitif. Dans cette optique, les travaux supplémentaires ne constituent pas seulement un dépassement de mission à l'égard de

1979 Voir *supra* n° 222 et s.

1980 Voir *supra* n° 274 et s.

l'entrepreneur, ils constituent aussi un dépassement de mission à l'égard du maître d'ouvrage. La situation contractuelle du maître d'ouvrage étant différente de celle de l'entrepreneur principal, il serait cependant plus adéquat d'affirmer que l'entrepreneur principal est directement victime du dépassement de mission du sous-traitant alors que le maître d'ouvrage ne l'est qu'indirectement.

SECTION II.
TRAVAUX SUPPLEMENTAIRES A L'INITIATIVE DE L'ENTREPRENEUR PRINCIPAL

357. Une manifestation de volonté de l'entrepreneur principal. L'entrepreneur principal ayant conclu un contrat de sous-traitance peut prendre la décision de commander des travaux supplémentaires à son sous-traitant durant la phase d'exécution contractuelle. Les travaux supplémentaires sont bien accomplis par le sous-traitant mais ils ne sont pas de son initiative. Ils reposent au contraire sur une initiative personnelle de l'entrepreneur principal. Deux cas doivent alors être présentés : le premier lorsque les travaux supplémentaires demandés par l'entrepreneur principal au sous-traitant ont été autorisés par le maître d'ouvrage ; le second lorsque les travaux n'ont fait l'objet d'aucune autorisation du maître d'ouvrage.

Dans le premier cas, l'entrepreneur principal, qui demande préalablement l'autorisation au maître d'ouvrage, fait preuve de prudence car il s'assure au préalable de la légitimité de ces travaux par le maître d'ouvrage. Cette précaution du prestataire profite au sous-traitant car il n'agit pas alors en situation de dépassement de mission. Ces nouveaux travaux ont été acceptés par le maître d'ouvrage ; il ne s'agit donc pas d'un excès durant l'exécution de la mission. La seconde conséquence profite aussi au sous-traitant car il bénéficiera d'une action directe en paiement à l'égard du maître d'ouvrage dans le cas où l'entrepreneur principal ne le rétribuerait pas pour ces travaux supplémentaires.

Dans le second cas, l'entrepreneur principal n'obtient pas l'autorisation du maître d'ouvrage ; il est donc a priori en situation de dépassement de sa mission. L'absence d'autorisation peut s'expliquer de deux manières : soit le maître d'ouvrage a expressément refusé parce qu'il estime par exemple que ces travaux sont inutiles soit l'entrepreneur principal ne l'a pas sollicité par choix ou par négligence. Il peut en effet prévoir un refus du maître d'ouvrage et lui cacher la demande de travaux supplémentaires mais il peut aussi être de bonne foi et omettre de lui en parler. Dans tous les cas, si le maître d'ouvrage ne donne pas son autorisation, il est alors protégé contre une action directe en paiement du sous-traitant. L'entrepreneur principal supportera donc seul le paiement de ces travaux et le sous-traitant ne sera pas en situation de dépassement de mission à son égard.

358. L'absence de lien entre la sous-traitance et le dépassement de mission. L'entrepreneur est librement en droit de recourir au mécanisme de la sous-traitance. Il peut par conséquent

décider de confier une partie ou la totalité de sa mission au sous-traitant dans l'éventualité où sa situation ne lui permettrait pas de l'exécuter personnellement. Il s'agit d'une parfaite manifestation de la liberté contractuelle de l'entrepreneur mais le recours à la sous-traitance peut-il être analysé comme une forme de dépassement de mission du prestataire ?

La réponse à cette interrogation est intrinsèquement liée à la définition de la notion de « *dépassement de mission* », présentée dans le cadre de cette étude comme « *un manquement contractuel dont l'origine réside dans une manifestation unilatérale de volonté du prestataire. Ce manquement doit s'apprécier objectivement et a priori comme un accomplissement à la fois actif et excessif d'une mission préalablement délimitée, produisant une violation des instructions originelles du créancier.* ».

Le recours à la sous-traitance repose effectivement sur un souhait individuel du prestataire car il estime personnellement ne pas être en mesure de réaliser seul le travail promis. Or la manifestation unilatérale de volonté constitue un élément secondaire dans la définition du dépassement de mission proposée ci-dessus. L'élément majeur d'identification du dépassement repose sur l'atteinte aux instructions du créancier au regard d'un acte excessif. En effet, tout dépassement de mission doit nécessairement être constaté par le biais d'un raisonnement analogique visant à confronter ledit acte aux instructions du créancier. Sur ce point, le recours à la sous-traitance ne peut pas être analysé comme un dépassement de mission du prestataire car son choix ne porte pas atteinte aux instructions du bénéficiaire. Il en serait différemment en présence d'un contrat d'entreprise conclu *intuitu personae* donc conclu par le maître d'ouvrage en considération de la personne du prestataire. Dans cette optique, le maître d'ouvrage ferait appel à un entrepreneur en raison de ses capacités techniques ou encore en raison de son excellente réputation. Le recours à la sous-traitance pourrait alors être éventuellement contraire aux instructions du maître et révéler ainsi une inexécution contractuelle surtout si ce dernier impose une exécution personnelle.

En dehors de cette hypothèse spécifique, l'entrepreneur est libre de confier une partie de ses travaux à un sous-traitant bien que la Loi du 31 décembre 1975 impose à l'entrepreneur principal de faire agréer ses sous-traitants par le maître d'ouvrage ainsi que les conditions de paiement pour chaque sous-traitant. Le refus du maître ne rend pas impossible la sous-traitance ; l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant conformément à l'article 3 de la loi de 1975. Un contrat de sous-traitance non agréé par le maître d'ouvrage ne produit donc pas d'effet à son égard mais produit des effets à l'égard de l'entrepreneur principal. Il faut par conséquent en déduire que la conclusion d'un contrat de sous-traitance n'est pas en soi et par principe le révélateur d'un dépassement de mission du prestataire même en l'absence d'un agrément du maître. Ce raisonnement est par ailleurs transposable au sous-mandat bien que la situation contractuelle de l'entrepreneur principal soit distincte de celle du mandataire.

359. La situation contractuelle de l'entrepreneur principal distincte de celle du mandataire. La mission du mandataire suppose que le mandant lui accorde un pouvoir de représentation afin d'accomplir un ou des actes juridiques en son nom et pour son compte. Le bon accomplissement de cette mission de représentation suppose nécessairement

l'intervention d'un tiers-contractant dans la conclusion de l'acte juridique. Le mandataire est ainsi, par nature, impérativement en contact avec un tiers susceptible de subir les effets de son dépassement de pouvoir notamment en vertu de l'inopposabilité de l'acte au mandant. Il s'agit là du véritable fondement de la mission de représentation du mandataire, ce dernier doit impérativement entrer en contact avec un tiers afin que le mandant soit engagé contractuellement à son égard. Or, cette modalité d'exécution de la mission propre au mandataire est rigoureusement absente, par principe, dans le cas d'un contrat d'entreprise.

En présence d'un contrat d'entreprise, la mission du prestataire repose sur l'accomplissement d'actes matériels ou intellectuels à destination du maître d'ouvrage. La mission de l'entrepreneur porte donc uniquement sur la réalisation d'un ouvrage ou plus généralement d'une prestation ; elle n'implique pas, eu égard à sa nature, de faire contractuellement appel à un tiers. L'entrepreneur peut recourir au mécanisme de la sous-traitance si sa situation professionnelle ne lui permet pas d'exécuter seul les travaux prévus dans le contrat. Le recours à la sous-traitance permet ainsi l'intervention d'un tiers au contrat d'entreprise d'origine. L'entrepreneur peut légitimement être en contact durant l'accomplissement de sa mission avec un tiers et plus précisément avec un sous-traitant. Le recours aux services du sous-traitant a pour but de participer au bon accomplissement de la prestation promis au maître d'ouvrage mais ce contact n'est pas obligatoire. En effet, l'entrepreneur est libre de conclure ou non un contrat de sous-traitance en fonction de sa situation et de ses besoins. Cela signifie que le rapport entre l'entrepreneur et le tiers sous-traitant est volontaire et optionnel alors que le rapport entre le mandataire et le tiers-contractant repose sur une obligation contractuelle[1981] indépendante de la volonté du prestataire. L'entrepreneur manifeste sa volonté propre en confiant une partie de son ouvrage à un sous-traitant ; ce choix individuel de l'entrepreneur est par conséquent extérieur à son engagement contractuel le liant au maître d'ouvrage. Le recours à la sous-traitance par l'entrepreneur est accidentel car cela ne dépend pas directement de sa mission.

Une comparaison entre la mission du mandataire et de l'entrepreneur montre que l'entrepreneur peut en principe accomplir juridiquement seul sa mission alors que le mandataire doit nécessaire contracter avec un tiers. Ce constat a une incidence directe sur les effets ou plus exactement sur l'absence d'effet des travaux supplémentaires de l'entrepreneur à l'égard du sous-traitant.

360. L'absence d'effet du dépassement de l'entrepreneur principal sur le sous-traitant. L'entrepreneur est en droit, conformément à la loi du 31 décembre 1975 de recourir au mécanisme de la sous-traitance. Il peut en ce sens décider de confier la totalité de sa mission à un ou des sous-traitants. Dans cette hypothèse, l'entrepreneur principal ne serait pas personnellement soumis au risque d'un dépassement de mission dans la mesure où la réalisation de l'ensemble de l'ouvrage serait confiée à des tiers constructeurs. Il ne pourrait

1981 À condition de respecter les instructions du mandant.

donc pas être à l'origine de travaux supplémentaires mais il supporterait le risque d'un dépassement de la part d'un de ces sous-traitants.

A contrario, l'entrepreneur principal peut vouloir confier seulement une partie des travaux au sous-traitant et décider en conséquence de réaliser personnellement l'autre partie. Dans cette hypothèse, l'entrepreneur principal pourrait être à l'origine directe de travaux supplémentaires. Le maître d'ouvrage serait protégé contre ces travaux caractérisant un dépassement dans la mesure où ils ne respecteraient pas ces instructions sauf en présence d'une acceptation préalable de sa part[1982] ou d'une ratification ultérieure[1983]. Le dépassement de mission de l'entrepreneur peut donc avoir une incidence directe sur le bénéficiaire de la prestation mais qu'en est-il à l'égard du sous-traitant ?

Fort logiquement, la manifestation d'un dépassement de mission de l'entrepreneur principal, caractérisé par l'accomplissement de travaux supplémentaires, est par nature dénuée d'effet sur la personne du sous-traitant. Cette démonstration repose sur le double schéma contractuel liant dans un premier temps le maître d'ouvrage et l'entrepreneur et dans un second temps l'entrepreneur principal au sous-traitant. Les travaux accomplis personnellement par l'entrepreneur principal constituent une exécution de ses obligations issues du contrat d'entreprise le liant au maître d'ouvrage. En conséquence, les travaux supplémentaires de l'entrepreneur principal ne relèvent pas du contrat de sous-traitance mais uniquement du contrat d'entreprise d'origine. Ces travaux n'ont par principe aucune incidence directe sur le tiers donc sur le sous-traitant. La différence est sur ce point indéniable entre le dépassement du mandataire et le dépassement de l'entrepreneur en ce qui concerne les effets du premier sur le tiers-contractant et sur l'absence d'effet du second sur le tiers sous-traitant. En conséquence, les effets du dépassement de l'entrepreneur sont plus restreints que ceux du mandataire. Ce constat pourrait alors soutenir la démonstration selon laquelle le dépassement de pouvoir du mandataire est l'archétype du dépassement de mission sans pour autant refuser cette qualification en présence de travaux supplémentaires.

1982 Voir *supra* n° 164 et s.

1983 Voir *supra* n° 274 et s.

Conclusion du Chapitre II

La protection du maître d'ouvrage en présence de travaux supplémentaires du prestataire est finalement aussi effective en présence du contrat d'entreprise originel qu'en présence d'un contrat de sous-traitance. Le sous-traitant ne peut pas imposer au maître d'ouvrage le paiement des travaux à l'origine du dépassement s'il ne l'a pas agréé et s'il n'a pas accepté lesdits travaux. L'article 1793 fait ainsi l'objet d'un prolongement certes acceptable d'un point de vue pratique mais non conforme à la substance précise du texte donc critiquable d'un point de vue théorique. Le dépassement de mission à l'initiative du sous-traitant a cependant une double incidence : sur l'entrepreneur principal d'une part et sur le maître d'ouvrage d'autre part. Dans la mesure où le sous-traitant est uniquement lié contractuellement à l'entrepreneur principal, il faut donc en déduire que ce dernier subit *stricto sensu* l'effet direct des travaux supplémentaires du sous-entrepreneur. Pourtant, le maître d'ouvrage subit indirectement les effets de ce dépassement car il reste le principal bénéficiaire de cette chaine de contrats.

En outre, la critique majeure de cette étude ne porte pas sur le prolongement de l'article 1793 aux sous-contrats mais uniquement sur la substance inutilement restrictive de cette disposition. L'article 1793 doit en ce sens faire l'objet d'une modification textuelle afin de mettre enfin en conformité la théorie contractuelle et la pratique contractuelle propre au domaine des marchés de constructions privés. L'Avant-projet Capitant de réforme du droit des contrats spéciaux semble avoir d'ores et déjà tenu compte de cette nécessité en supprimant, dans sa proposition d'article, la référence ciblée au propriétaire du sol et en y insérant une référence plus générale au client. L'article 86 de l'Avant-projet demeure en l'état[1984] pleinement applicable aux conventions de sous-traitance ; ce constat n'est pas uniquement profitable au maître d'ouvrage mais également au sous-traitant à condition que les travaux aient été commandés par l'entrepreneur. Enfin, le prolongement de la règle de l'article 1793 permet en outre au sous-traitant de bénéficier de la théorie du bouleversement de l'économie du contrat dans l'éventualité où l'entrepreneur principal demande la réalisation de travaux supplémentaires en présence d'un prix forfaitaire portant atteinte à l'équilibre financier du contrat.

1984 « *Le constructeur qui s'est chargé de la réalisation d'un ouvrage ou d'une partie d'ouvrage d'après un plan arrêté et convenu avec le client et moyennant un prix forfaitaire, doit, nonobstant les termes des articles 1195 et 1221 du présent code, réaliser l'ouvrage ou la partie d'ouvrage prévu au prix convenu, quels que soient les aléas ou difficultés rencontrées. S'il effectue des travaux supplémentaires non nécessaires à la réalisation de l'ouvrage ou de la partie d'ouvrage initialement convenu, il ne peut demander une augmentation du prix que si ces travaux ont été commandés par le client, acceptés par lui, ou si, voulus par lui, ils aboutissent, par leur ampleur, à un bouleversement de l'économie du contrat.* »

CONCLUSION DU TITRE II

La prise en compte de la situation des tiers qualifiés révèle une dissemblance manifeste en présence d'un dépassement de mission du prestataire. La manifestation d'un dépassement ne produit pas les mêmes effets sur leur personne malgré leur proximité à l'égard de l'acte. Cette différence s'explique premièrement par la nature du contrat source et deuxièmement par ses effets.

La nature du contrat de mandat suppose par essence une interaction contractuelle entre le mandataire et le tiers-contractant. La présence d'un tiers qualifié en présence d'un mandat est inhérente à ce contrat et produit en conséquence des effets directs sur celui-ci dans l'éventualité d'un dépassement de mission par le mandataire. À l'inverse, l'objet du contrat d'entreprise n'impose pas, par essence, l'intervention d'un sous-traitant mais uniquement une réalisation matérielle ou intellectuelle. L'intervention d'un tiers qualifié est donc possible mais nullement obligatoire en présence d'un contrat d'entreprise. La nature différente des contrats de mandat et d'entreprise démontre bien que le dépassement du prestataire ne peut pas produire les mêmes effets sur le tiers qualifié, obligatoirement présent dans le mandat mais optionnellement présent dans l'entreprise.

En conséquence, le dépassement de mission ne produit pas d'effets communs à l'égard des tiers en présence d'un mandat et d'un louage d'ouvrage. Le tiers-contractant subit directement les effets du dépassement de pouvoir du mandataire car l'acte est par principe inopposable au mandant. Inversement, les travaux supplémentaires de l'entrepreneur n'ont aucune incidence directe sur le sous-traitant. Cette disparité des effets du dépassement selon le contrat est confirmée par le constat d'une différence majeure de réglementation applicable aux deux tiers-qualifiés. Seul le tiers-contractant bénéficie en présence d'un mandat d'une protection spécifiquement applicable aux dépassements. Les articles 1156 et 1997 du Code civil, portant respectivement sur la représentation et le contrat de mandat, protègent efficacement le tiers-contractant notamment par la sanction de la nullité de l'acte ou encore en vertu du mécanisme de l'apparence. Ces dispositifs sont inapplicables à l'égard du sous-traitant dans l'éventualité de travaux supplémentaires accomplis par l'entrepreneur principal. Le seul constat admissible repose donc sur l'absence d'effet commun au dépassement des prestataires sur la personne du tiers-qualifié.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

L'étude des effets généraux du dépassement de mission du prestataire à l'égard des parties et à l'égard des tiers qualifiés permet de mettre en avant certains effets communs aux deux formes de dépassement et certains effets propres à chacun.

Le premier effet commun réside dans la nécessaire protection du bénéficiaire de la prestation victime du dépassement de mission. La loi et la jurisprudence partagent en effet un souhait commun de protéger le bénéficiaire en vertu du principe essentiel de l'intangibilité des contrats[1985]. Ce premier effet commun démontre que le dépassement doit par principe être analysé comme une faute résultant d'une inexécution contractuelle. Le mandant et le maître d'ouvrage peuvent communément agir en responsabilité contractuelle contre le prestataire défaillant et bénéficier en outre de l'inopposabilité de l'acte juridique pour le mandant ou du non-paiement des travaux supplémentaires pour le maître d'ouvrage.

Le deuxième effet commun réside dans le refus d'une condamnation ferme, excessive et définitive du prestataire en situation de dépassement de mission. Le fait que le dépassement soit par principe analysé comme une faute ne signifie pas que le prestataire l'accomplit irrémédiablement de mauvaise foi. Tout dépassement est par principe une faute du prestataire mais toute faute n'est pas nécessairement le révélateur d'une mauvaise foi. L'acte de dépassement peut être à la fois contraire aux instructions originelles mais malgré tout profitable au créancier. La loi permet en ce sens communément au mandant et au maître d'ouvrage de ratifier l'acte de dépassement. En outre, le prestataire peut unilatéralement décider, en vertu du mécanisme de la gestion d'affaires, de dépasser sa mission afin de protéger les intérêts de son co-contractant. Dans ce cas, le mandant sera tenu d'exécuter l'acte conclu avec le tiers-contractant et le maître d'ouvrage devra payer le prix de la prestation. Il s'agit donc d'une atténuation ou plus exactement d'une exception au principe selon lequel le dépassement est une faute du prestataire devant faire l'objet d'une sanction.

Les effets propres dépendent de la spécificité de chaque contrat selon sa nature et son objet. En ce sens, l'acte accompli par le mandataire en situation de dépassement de mission est par principe inopposable au mandant. En parallèle, le maître d'ouvrage n'est pas tenu de payer les travaux supplémentaires de l'entrepreneur. Il est tout de même possible d'en déduire dans les deux cas une absence d'effet du dépassement sur la personne du créancier donc sur le mandant et le maître d'ouvrage.

En outre, la théorie du bouleversement de l'économie spécifique au contrat d'entreprise permet de tolérer le dépassement de mission de l'entrepreneur. Cette théorie ne s'applique pas dans le cadre du mandat.

1985 Il s'agit d'un effet commun à tous contrats en présence d'une inexécution.

Au-delà des effets spécifiques aux parties, il faut mentionner l'existence de certains mécanismes protecteurs pour les tiers en présence d'un contrat de mandat. Il s'agit spécifiquement du mécanisme de l'apparence et de l'interpellation interrogatoire propres au contrat de mandat et au seul bénéfice du tiers-contractant.

La réglementation permet en l'état de concilier d'une part la nécessaire protection des intérêts du bénéficiaire de la prestation et d'autre part la légitime et éventuelle prise en compte de la bonne foi du prestataire. Les théories de la force obligatoire du contrat et de l'intangibilité des conventions ne doivent pas être appliquées avec une rigueur excessive. Il n'y a en effet aucune légitimité à rendre inefficace un acte de dépassement si celui-ci est profitable au bénéficiaire. Le seul véritable objectif du droit des contrats dans ce domaine réside dans la protection des intérêts particuliers des parties et du tiers-bénéficiaire. Un dépassement de mission ne peut alors pas être fautif s'il contribue à la préservation de ces intérêts et cela malgré le non-respect des instructions originelles.

CONCLUSION GENERALE

361. Bilan préliminaire. En conclusion générale, le dépassement de mission est une situation contractuelle dont l'étude est scientifiquement pertinente mais aussi singulière quant au traitement résiduel dont elle fait l'objet par la législation civiliste passée et présente. L'étude spécifiquement comparative du dépassement de mission du mandataire et de l'entrepreneur permet de présenter les similitudes et les différences entre ces deux manquements. Cette réflexion met en avant quatre éléments communs susceptibles de fonder une réglementation générale applicable au contrat de mandat et d'entreprise.

362. Les éléments communs au dépassement de mission du mandataire et de l'entrepreneur. La reconnaissance du caractère fautif[1986] de l'acte de dépassement constitue le premier élément commun et justifie de ce fait la mise en œuvre d'une sanction protectrice pour la partie victime du dépassement. En effet, le dépassement de la mission qui consiste en un manquement contractuel dont l'origine réside dans une manifestation unilatérale de volonté du prestataire de service, constitue un manquement du débiteur à ses obligations lequel menace les intérêts du créancier.

Le deuxième élément commun réside dans l'unité de la sanction résidant dans l'inefficacité de l'acte de dépassement à l'égard du mandant et du maître d'ouvrage[1987]. En effet, en présence d'un dépassement de mission d'un mandataire ou d'un entrepreneur, le co-contractant est en principe protégé contre l'acte de dépassement. Le mandant n'est pas engagé par l'acte juridique objet du dépassement[1988] et le maître d'ouvrage n'est pas tenu de payer les travaux supplémentaires non autorisés[1989].

Le troisième élément commun réside dans la faculté offerte au co-contractant du prestataire de neutraliser le caractère fautif de l'acte de dépassement grâce au mécanisme de la ratification[1990]. Il peut ainsi accepter les effets de l'acte accompli par le prestataire en situation de dépassement s'il estime que cela ne porte pas atteinte à ses intérêts. Cela démontre bien que le caractère fautif de l'acte de dépassement n'est pas absolu et qu'il peut être neutralisé par la volonté du bénéficiaire de la prestation.

Le quatrième élément commun se trouve dans la neutralisation du caractère fautif du dépassement de mission par la seule volonté du prestataire lui-même en cas de gestion d'affaires utile[1991]. Cela signifie que l'auteur du dépassement peut aussi jouer un rôle de premier ordre afin d'engager son co-contractant par ledit acte sans que celui-ci puisse s'y opposer. Un tel constat conduit à s'interroger sur le bien-fondé de se baser sur le seul critère

1986 Voir *supra* n° 156 et s.

1987 Voir *supra* n° 191 et s.

1988 Voir *supra* n° 203 et s.

1989 Voir *supra* n° 222 et s.

1990 Voir *supra* n° 259 et s.

1991 Voir *supra* n° 248 et s.

de l'utilité pour imposer la prestation exécutée en dépassement de mission[1992]. Le fait que le dépassement soit utile ne signifie pas qu'il soit acceptable aux yeux du créancier. Affirmer le contraire serait un dangereux raccourci et un risque d'insécurité juridique pour le bénéficiaire de la prestation irrémédiablement tenu de supporter les effets du dépassement utile sans contestation possible. Seule la prise en compte du bouleversement de l'économie du contrat[1993] en ce qui concerne le marché à forfait de construction d'un bâtiment élargit un peu les hypothèses de neutralisation du dépassement de mission pour ce contrat d'entreprise particulier. C'est la première différence de faible importance entre le mandat et l'entreprise. Les dépassements de mission du mandataire et de l'entrepreneur diffèrent sur d'autres points plus importants.

363. Les éléments de distinction entre le dépassement de mission du mandataire et celui de l'entrepreneur. Le dépassement de mission du mandataire se distingue en premier lieu de celui de l'entrepreneur dans la mesure où l'objet de leur mission diffère[1994]. Le dépassement du mandataire se manifeste par l'accomplissement d'un acte juridique ne respectant pas les instructions du mandant alors que le dépassement de l'entrepreneur repose uniquement sur l'accomplissement d'une prestation supplémentaire prenant la forme d'un acte matériel ou intellectuel. Le dépassement ne s'apprécie donc pas concrètement de la même façon car l'acte à l'origine des dépassements n'a pas la même nature[1995].

Le deuxième élément de distinction entre le dépassement de mission du mandataire et celui de l'entrepreneur réside dans la différence de sanction *stricto sensu* : celle de l'inopposabilité[1996] de l'acte juridique pour le mandant et celle du non-paiement des travaux supplémentaires[1997] pour le maître d'ouvrage.

Le troisième élément de distinction apparaît dans la prise en considération différente de la situation des tiers qualifiés[1998]. La présence d'un tiers contractant qui subit le dépassement de mission du mandataire est inévitable dans le mandat qui a pour objet la conclusion d'actes juridiques avec des tiers. Cela justifie la mise en œuvre d'une triple protection spécifique de celui-ci : l'interpellation interrogatoire[1999] qui lui permet d'éviter le dépassement de mission, la nullité de l'acte[2000] ou sa consolidation par application de la théorie de l'apparence[2001]. Au contraire, dans le contrat d'entreprise, la présence d'un tiers participant à l'opération n'est

1992 Voir *supra* n° 254 et s.

1993 Voir *supra* n° 277 et s.

1994 Voir *supra* n° 19 et s.

1995 Voir *supra* n° 18 et s.

1996 Voir *supra* n° 203 et s.

1997 Voir *supra* n° 222 et s.

1998 Voir *supra* n° 284 et s.

1999 Voir *supra* n° 297 et s.

2000 Voir *supra* n° 310 et s.

2001 Voir *supra* n° 314 et s.

qu'accidentelle lorsque l'entrepreneur fait appel à un sous-traitant pour accomplir tout ou partie de sa mission[2002]. Les effets du dépassement à l'égard du sous-traitant seront alors différents selon qu'il participe au dépassement sur l'ordre de l'entrepreneur ou de sa propre initiative.

L'étude des points communs et des différences entre le dépassement de mission du mandataire et celui de l'entrepreneur révèle que la notion de dépassement de mission est insuffisamment saisie par notre législation. Trois constats majeurs dont il convient de tirer les enseignements doivent être exposés.

364. Premier constat. La notion même de dépassement de mission était absente de la doctrine antérieure à la codification[2003]. L'usage de l'expression a fait l'objet d'une évolution depuis deux siècles mais cette évolution fut lente et relative à tel point que la place de cette notion demeure encore résiduelle dans le langage juridique moderne[2004].

Dans le Code civil, le dépassement de mission était textuellement absent des dispositions du droit commun des obligations mais également de celles relatives au contrat de mandat et de louage d'ouvrage. Ce non-usage n'est en rien interrogatif car la notion de dépassement de mission était absente du langage courant du XIX^{e} siècle et par conséquent absente du langage juridique de l'époque. En ce sens, les premiers commentateurs du Code civil n'eurent nullement recours à cette notion durant les premières décennies suivant la naissance du Code[2005].

Absente de la doctrine, cette notion était en parallèle absente de la jurisprudence. Pourtant, en 1833, l'exégète Alexandre Duranton[2006], fit pour la première fois une référence directe à la notion de dépassement de pouvoir[2007]. Fallait-il y voir un point de départ d'un nouvel usage juridico-dialectique ? La réponse doit être nuancée car il s'agissait effectivement d'un point de départ mais l'audace lexicale de Duranton ne modifia en rien le langage juridique de ses contemporains et encore moins celui de ses collègues exégètes.

2002 Voir *supra* n° 347 et s.

2003 Domat traite la question du dépassement de pouvoir mais ne mentionne jamais expressément cette notion (DOMAT (J.), *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, nouvelle édition, Tome premier, Paris, Veuve Savoye, 1769, p. 130). Il en est de même pour l'œuvre de Pothier (POTHIER (R.-J.), *Traité sur les différentes matières de droit civil appliquées à l'usage du barreau et de la jurisprudence française*, t. 2. Traité du mandat, Paris, Orléans, Debure, Rouzeau-Montant, 1773). Voir *supra* n° 98 et s.

2004 Voir *supra* n° 134.

2005 Par exemple : DELVINCOURT (C.-E.), *Cours de Code Napoléon*, t. 2, Paris, Gueffier, 1813. Voir *supra* n° 115 et s.

2006 Voir *supra* n° 117 et s.

2007 DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 17, Paris, Alex-Gobelet, 1833, n° 471, p. 541.

Seuls quelques rares auteurs feront référence à la notion de dépassement de pouvoir durant le XIX[e] siècle[2008]. Il en sera de même durant la première moitié du XX[e] siècle[2009]. Plus surprenant encore, si la notion spécifique de dépassement de pouvoir est légèrement plus utilisée au XX[e] siècle qu'au XIX[e] siècle, la notion générale de dépassement de mission du prestataire est globalement absente de la doctrine privatiste contemporaine[2010]. Ce constat est semblable dans l'immensité des décisions jurisprudentielles à l'exception de quelques très rares usages[2011].

Ce premier constat relatif à l'usage de la notion de dépassement de mission apporte deux informations. Premièrement, la notion de dépassement est plus utilisée au XX[e] siècle qu'au XIX[e] siècle mais ce constat se limite à la notion de dépassement de pouvoir du mandataire et non à celle de dépassement de mission. Une seule exception a été trouvée chez Baudry-Lacantinerie et Wahl. Ces auteurs ne mentionnent pas textuellement la notion de « *dépassement de mission* » mais ils ont néanmoins recours au verbe « *dépasser* » ainsi qu'au substantif « *dépassement* ». Ils écrivent ainsi « *si l'architecte dépasse les devis, il peut avoir une responsabilité dans le cas où le dépassement est important* »[2012]. La notion a donc évolué du fait d'un usage relativement plus fréquent mais indéniablement fragmenté. Si le dépassement de pouvoir du mandataire est parfois constaté, le dépassement de l'entrepreneur est très rarement mentionné. L'usage de la notion de dépassement, seul, demeure toujours restreint deux siècles après le Code civil alors que la notion de « *dépassement de mission* » est totalement inexistante.

365. Deuxième constat. L'absence de la notion de dépassement de mission doit être confrontée à l'inexistence de la notion de dépassement de pouvoir dans les dispositions du Code civil relatives au droit commun des obligations mais aussi au droit spécial du contrat de mandat et de louage d'ouvrage. Si ce constat n'est en rien interrogatif relativement aux usages de l'époque, il en est cependant différemment pour le droit contemporain. La critique ne concerne pas l'absence de mention de la notion de dépassement dans le Code civil de 1804 ; elle porte uniquement sur son absence dans le Code civil de 2020, de surcroît après une réforme de grande ampleur du droit commun des obligations[2013].

2008 TROPLONG (R.-T.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le Titre de la vente. Du mandat. Commentaire du Titre XIII du Livre III du Code civil*, t. 16, Paris, Charles Hingray, 1846. PONT (P.), *Explication théorique et pratique du Code napoléon, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence. Commentaire-Traité des petits contrats et de la contrainte par corps*, t. 1, Paris, Cotillon, 1863.

2009 CLARISE (J.), *De la représentation : son rôle dans la création des obligations*, thèse, Lille, 1949, n° 107, p. 211 ; PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité élémentaire de droit civil*, 11[e] éd., LGDJ, 1939, p. 793.

2010 Exemple : ANCEL (P.), *Droit des obligations en 12 thèmes, avec exemples détaillés*, 1[er] éd., Séquences, Dalloz, 2018, p. 104.

2011 Par exemple : Civ. 3[e], 4 mars 2014, pourvoi n° 13-10.734, inédit. CA Poitiers CH. Civile 01, 29 avril 2011, n° 09/02324. CA Bordeaux CT0045, 13 février 2008, n° 06/005328.

2012 BAUDRY-LACANTINERIE (G.) WAHL (A.), *Du contrat de louage*, t. 2, 2[e] partie, 3[e] éd., Sirey, 1907, n° 4006, p. 1135.

2013 Voir *supra* n° 132.

En effet, le droit commun des obligations réformé ne contient aucune disposition sur ce sujet. Par ailleurs, la réglementation spéciale en matière de mandat et d'entreprise n'a jamais évolué vers une intégration de cette notion. L'étonnement et la déception ne font que grandir à la lecture de l'avant-projet Capitant de réforme du droit des contrats spéciaux dans lequel la notion de dépassement de mission demeure absente[2014]. Il eut été opportun que l'Avant-projet inclus cette notion dans son texte. Pourquoi ce refus perpétuel d'intégrer cette notion dans le Code civil ? Il serait inexact d'y voir la preuve d'une inutilité théorique ou pratique. Concrètement, les manifestations du dépassement de mission sont suffisamment nombreuses dans la pratique contractuelle pour faire l'objet d'une officialisation et d'une reconnaissance de la notion sur le plan théorique.

366. Troisième constat. Enfin, il convient de constater l'importance des dépassements de mission dans la pratique contractuelle contemporaine. Il s'agit d'une réalité indéniable, les dépassements de mission sont nombreux dans les agissements des mandataires et des entrepreneurs. Le dépassement du mandataire se manifeste par un dépassement de pouvoir alors que le dépassement de l'entrepreneur s'illustre par l'accomplissement de travaux supplémentaires. Les manifestations jurisprudentielles de ces deux manquements sont variées et cela depuis 1804. En conséquence, le manquement contractuel est régulièrement constaté mais nos textes ne l'identifient pas. Concrètement, le législateur ne se saisit pas de la réalité pour consacrer, définir et réglementer le dépassement de mission.

367. Les enseignements tirés des trois constats. Les trois constats révèlent l'existence d'une lacune de notre codification. Quelle solution faut-il alors proposer afin de pallier efficacement cette absence ? Une manière de remédier à l'absence de traitement d'une notion juridique pourrait être d'en proposer la consécration par l'intermédiaire d'une proposition de codification. Cette proposition serait légitime dans la mesure où la notion de « *dépassement de mission* » ne peut continuellement demeurer absente du Code civil.

368. Proposition de modification du Code civil. La véritable interrogation porte sur l'objet d'une proposition de modification du Code civil.

L'objet de la proposition est d'intégrer la notion de dépassement de mission tout en formulant une définition complète applicable au contrat de mandat et d'entreprise. Le processus de conceptualisation de la notion permettrait de formuler une réglementation commune aux manifestations de dépassements du mandataire et de l'entrepreneur.

Dans la mesure où le dépassement de mission est propre au contrat de prestation de service entendu comme le contrat qui créer à titre principal une obligation de faire[2015], la sanction est nécessairement une sanction spéciale qui ne doit pas être incluse dans le droit commun.

2014 Voir *supra* n° 1.

2015 Voir *supra* n° 2.

La formulation d'une telle réglementation ne pourrait en conséquence se situer dans le droit commun des obligations mais spécifiquement dans le droit spécial des contrats afin de proposer un nouveau régime général relatif au dépassement de mission ou *a minima* une définition de la notion de dépassement de mission dans le cadre de la prestation de service.

Il pourrait être envisageable de se fonder sur la classification proposée par l'Avant-projet Henri Capitant de réforme du droit des contrats spéciaux afin de déterminer le titre le plus approprié pour une définition de la notion de dépassement de mission. Cependant l'Avant-projet Capitant doit faire l'objet d'une critique eu égard à sa structure et sur la définition trop restrictive qu'il donne à la catégorie des contrats de prestation de service. Ce projet distingue en effet à tort la représentation de la prestation de service[2016].

En partant de cette critique, il serait préférable d'insérer plus largement cette nouvelle réglementation propre au dépassement de mission dans un projet de réforme du droit des contrats spéciaux et plus spécifiquement dans un chapitre relatif aux prestations de service incluant les contrats par représentation.

La proposition de définition pourrait donc s'insérer dans un premier chapitre relatif aux règles communes aux contrats de prestation de service. Il serait alors envisageable de proposer la création d'une section spécifique dans ce chapitre afin de traiter le thème du dépassement de mission. Cette section pourrait s'intituler : « *Le dépassement de mission du prestataire de service* ».

Le dépassement de mission peut être défini comme un manquement contractuel dont l'origine réside dans une manifestation unilatérale de volonté du prestataire de service. Ce manquement doit s'apprécier objectivement et *a priori* comme un accomplissement à la fois actif et excessif d'une mission préalablement délimitée, manifestant une violation des instructions originelles du créancier[2017].

Cette définition pourrait s'accompagner d'une réglementation présentant les effets communs du dépassement sur la personne du bénéficiaire ou plus exactement l'absence d'effet afin de présenter la sanction de l'inefficacité de l'acte.

Cela exprimerait la nécessité de protéger le bénéficiaire de la prestation contre l'acte fautif de dépassement en vertu de l'inefficacité de l'acte[2018]. La sanction de l'inefficacité serait légitimée par le constat d'une inexécution contractuelle[2019] résultant d'une sur-exécution par principe fautive. Cette sanction protégerait le créancier contre tout engagement à l'égard du prestataire lui-même comme c'est le cas en présence d'un contrat d'entreprise avec le non-paiement des travaux ou encore à l'égard du tiers-contractant comme c'est le cas en présence d'un contrat de mandat avec l'inopposabilité.

2016 Voir *supra* n° 8.

2017 Voir *supra* n° 188 et s.

2018 Voir *supra* n° 191 et s.

2019 Voir *supra* n° 170 et s.

La suite de la réglementation permettrait d'envisager un régime propre à la neutralisation ou plus exactement à la tolérance du dépassement de mission[2020]. Il s'agirait alors d'une exception au principe général selon lequel le dépassement de mission du prestataire est par principe fautif car contraire aux instructions originelles. Il faudrait pour cela envisager l'engagement volontaire du bénéficiaire résultant d'une approbation *a posteriori* par ratification de l'acte[2021]. La réglementation relative à la ratification du mandant ou du maître d'ouvrage présenterait cette manifestation de volonté comme un moyen exceptionnel de supprimer le caractère fautif de l'acte de dépassement. Cette règle présenterait les conditions de cette ratification. Celle-ci devrait être expresse et dénuée d'équivoque afin d'engager valablement et en toute sécurité le ratifiant par l'acte de dépassement. Enfin, cette règle présenterait les effets de la ratification à savoir l'engagement rétroactif du créancier.

Le mécanisme de la gestion d'affaires devrait en outre être écarté de cette réglementation car le seul critère de l'utilité de l'acte semble à lui-seul critiquable. Le fait que l'acte de gestion soit réellement utile n'altère pas le constat selon lequel le prestataire porte atteinte aux instructions du bénéficiaire[2022].

Pour terminer cette réflexion générale sur le dépassement de mission du prestataire, il convient de rappeler que le respect absolu des instructions n'est pas une fin en soi contrairement à la protection des intérêts de chaque partie. La seule existence du droit à ratification accordée communément au mandant et au maître d'ouvrage démontre bien que la théorie de l'intangibilité des conventions n'est pas toute puissante et ne doit pas le devenir.

2020 Voir *supra* n° 246 et s.

2021 Voir *supra* n° 259 et s.

2022 Voir *supra* n° 254 et s.

INDEX ALPHABETIQUE

– Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe –
– Les développements principaux sont indiqués en gras –

— A —

Abus de pouvoirs : 187,188.
— Notion : **187**.
— Et dépassement de pouvoir : 133, 183, **187, 188.**
— Et excès de pouvoir : 187.

Absence d'effet (du dépassement) : 205, 242, 360.

Agence de voyage : 53, 54, 55.
— Qualification contractuelle : 53.
— Intermédiaire : 54.
— Organisateur : 55.
— Obligation de résultat : 54.
— Responsabilité : 55.

Agent immobilier : 49, 50, 51.
— Loi Hoguet : 49.
— Mandat d'entreprise (rejet) : 50.
— Qualification d'intermédiaire : 51.
— Qualification de mandataire : 51.
— Actes matériels : 49, 50, 51.

Apparence : V° Mandat apparent

Approbation (du dépassement) : 163 et s.
— *A priori* : **163 et s**.
— Du mandant : **166 et s**.
— Du maître d'ouvrage : **164, 165**.

Architecte : 35, **59**, 89.

Autonomie: 2, 7, **31**, 37, 63, 67, **72**, 78, 79, 94, **256**, 260.
— De l'entrepreneur : 37.
— Du mandataire : 63, 67, **72**, 78, 79, **256**.
— Influence de la représentation : 31.
— Et ratification : 260.

Avocat : **56 et s.**
— Dépassement de pouvoir : **162**.
— Mission d'assistance : 57.
— Mission de représentation : 58.
— Pouvoir d'initiative : **81**.
— Poursuite de la mission : 88.

— B —

Bonne foi : **83 et s**., 218, 248, 309, **332**, **333**
— Et apparence : 332, 333.

— C —

Capitant (Avant-projet de réforme) : 8, 165, 200, 201, 243, 274, 365.
— Contrat de mandat : **8**, 200, **201**.
— Contrat de prestation de service : **8**.
— Contrat d'entreprise : 165, **243**.
— Omissions et critiques : **8**, **243**, 274, 365.
— Et dépassement : 165, 200, **243**.

Carence : 1, 2, 161, **174**.
— Définition : **174**.
— Et dépassement : 1, 2, 161, **174 et s.**

Code civil (et dépassement) : 66, 94, 167, 204 et s., 218, 239, 261, 288 et s., 300 et s., 310 et s., 325, 350 et s.
— Article 1154 : 28.
— Article 1155 : 71, 91, **94**.
— Article 1156 alinéa 1er : 95, 132, 133, 204, **218**, **219**, 292, **325**, **326**, **328**, 329.
— Article 1156 alinéa 2e : **310**, **311**, 312, 313.
— Article 1156 alinéa 3e : **261**, 267, 271, 272, 292.
— Article 1157 : 182, 183.
— Article 1158 : 298, **300 et s**., 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307.
— Article 1793 : **139 et s**., **149 et s**., 164 et s., 232 et s., **239**, 242, 243, 245, 274, **350 et s.**, 351.
— Article 1984 : 24, **25**, 28, 29, 209.
— Article 1987 : **64 et s**., 94.
— Article 1988 : **70 et s**., 75, 79, 129.
— Article 1989 : **66**, 67, 79, **80**, **82**, 112, **116**, 129, 171.
— Article 1997 : **288 et s**., 293, 295, 339 et s.
— Article 1998 : **167**, **204 et s**., 212, 254, 255, 257, 261, 262, 271, 310.
— Réforme du droit des obligations : 7, **94**, 132, 155, 173, 212, **218 et s**., 225, 269, **298 et s**., 307, **309 et s**., **325 et s**., **328 et s**., 343.
— Proposition de modification : **368**.

Confiance : **9**, 72, 79.

Consentement : **161**, 164, 165, 208, 210, 218, **267**, 274, 294, 312, 341, 350, 353.

— D —

Delvincourt : **115 et s.**, **141**.

Dépassement : 1, 3, 4, 6, 12, 13, 96 et s., 133, 153 et s., 171, 186, 191 et s., 247 et s., 368.
— Notion : 3, **4**, 6, 10, 12, 13, **96 et s.**, 186, 190, 364, 365.
— Etymologie : **4**, 9, 29, 86, 194.
— Caractères : 63 et s., **153 et s.**, **169 et s.**
— Dépassement de mission et dépassement de pouvoir : 1, 13, 187, 188.
— Dépassement de pouvoir et absence de pouvoir : 31, **133**, **171**, 204, 288 et s., 310, 337.
— Sanction : **191 et s.**, **309 et s.**
— Légitimité : 12, 247 et s.
— Neutralisation : **247 et s.**
— Absence de conceptualisation : 1, 3, 6, **13**, 153, 259, **364**, 366, 367.
— Proposition de définition : **13**, 186, **368**.
— Codifications étrangères : **12**, 298.

Destruction (de l'ouvrage) : **224 et s.**
— Légitimité : 191, 220, **224 et s.**, **228**.
— Critiques : **226**, 227.
— Mise en œuvre : **225**, **229**.

Détournement : **176 et s.**
— Définition : **177**, **178**, 180, 187.
— Et dépassement : **176 et s.**, 179, **181**.
— Réforme du droit des obligations : **183**.

Devoir : 91 et s.
— d'information : 54, 55.
— d'initiative : 13, 81, **91 et s.**, **92**, 93.
— de surveillance : 59, **93**, 345, 346.
— de transparence : 21, 58, 287.

Doctrine : 99 et s.
— Exégétique : **114 et s.**, **139 et s.**
— Dogmatique : 99 et s., 113, **123 et s.**, **145 et s.**
— Moderne : **132 et s.**, **149 et s.**

Domat (Jean) : 10, 11, 23, 98, **99 et s.**, 135, 227, 310.

Duranton (Alexandre) : 114, **117 et s.**, 125, 126, 129, 134, **142**, 143, 144, 146, 164, 340, 364.

— E —

Entreprise (contrat d') : 11, 34, 35.
— Histoire : **11**.
— Actes matériels : 1, 13, 16, 27, **34**, 47, 50, 51, 57, 60, 250.
— Actes intellectuels : 1, 13, 16, **35**, 56, 61.

Excès : 3, 4, 5, 170 et s., 187 et s.
— Notion : **4**, **5**.
— Et dépassement : 1, **3**, 14, **170 et s.**, **172**.
— Et abus : **187 et s.**
— Selon Descartes : **5**.

— F —

Forfait (marché à) : 138, 142, 145, **231 et s.**

— G —

Garagiste : 223.
— Missions : 2, 33, **223**.
— Réparations supplémentaires : 16, **223**, 251.

Gratuité : 10, 18, **22**, **23**, **26**, 192, 201.

Gestion d'affaires : 248 et s.
— Notion : **249**.
— Et contrat de mandat : **250**, 252.
— Et contrat d'entreprise : **251**, 253.
— Et critique de l'engagement : **254 et s.**

— H —

Histoire : 10, 11, 315 et s.
— De l'apparence : **315 et s.**
— Du contrat d'entreprise : **11**.
— Du contrat de mandat : **10**.

— I —

Inefficacité (de l'acte à l'origine du dépassement de mission) : 183, **206**, 214, **216**, **242**, 243, 362, 368.

Initiative : V° Devoir

Inopposabilité (de l'acte de dépassement du mandataire) : 133, 165, 183, 191, **203 et s.**, **212 et s.**, 242, 271, 288, 292, 313, 363.

Instructions : 13, 15, 31, 62, **63 et s.**, 80, 82, 94, 116, **162**, **163**, **166 et s.**, **184**, **186**, 255.

Intangibilité (du contrat) : 147, **156 et s.**, 161, 355, 368.

Interpellation interrogatoire : 287, 297 et s., 367.
— Notion : **297**, 298.
— Conditions : **300**.
— Effets : **301**.
— Critiques (article 1158) : **304 et s.**

— L —

Légitimité : 168, 215, 228, 247 et s.
— Du dépassement : **247 et s**.
— De l'inopposabilité du dépassement : **215**, 218.
— De la ratification : 260, 267, 268 et s., 274.
— De l'approbation : **168**.
— De la destruction de l'ouvrage : **228**.

Louage d'ouvrage : V° Entreprise (contrat d'…)

— M —

Mandat (contrat de) : 22 et s., 64 et s.
— Et représentation : 24, 25, **28**.
— Histoire : 10.
— Gratuit : **22**, **23**.
— Onéreux : 193 et s., 197, **198**.
— Général : 31, **64 et s**., **68**, **69**, 74.
— Spécial : **64**, **65**.
— Conçu en termes généraux : 70, **71 et s**., 74, 79.
— Exprès : 31, 67, **75 et s**., 77.

Mandat apparent : **314 et s**.
— Histoire : 316, 317.
— Définition : 318, 319.
— Caractères : 320 et s.
— Et contrat de mandat : 321.
— Et mandat tacite : 322.
— Et ratification : 322.
— Réforme du droit des obligations : 325 et s., 328.
— Et croyance légitime : 327 et s.
— Eléments d'identification : 328.
— Circonstances objectives : 329 et s.
— Bonne foi ignorance objective : 330.
— Bonne foi comportement subjective : 332 et s.
— Effets entre pseudo-mandant et tiers : 336.
— Effets entre mandataire apparent et tiers : 337.
— Effets entre mandataire apparent et pseudo-mandant : 338.

Marché : **235**.
— À forfait : V° Forfait
— Sur devis : 235.
— À maximum : 235.

Mobiles (du dépassement) : **178**, 185.

— N —

Nullité (de l'acte de dépassement) : 208 et s., 310 et s.
— En faveur du tiers-contractant : **310 et s**.
— En faveur du représenté (rejet) : **208 et s**.

— P —

Pothier (Robert-Joseph) : 101 et s., 136 et s.
— Et le dépassement de pouvoir du mandataire : **101 et s**., **110 et s**., 257.
— Et les travaux supplémentaires de l'entrepreneur : **136 et s**., 240.

Pouvoir : 20 et s., **29 et s**., 66, 71 et s., 76, 77, 78, 79.

Prestataire (de service) : 2, 7, 200 et s.
— Notion : 2, 7.
— Avant-projet Capitant : 8, 200, 201, 328.

Promesse de porte-fort : **294 et s**.

Promoteur immobilier : **44 et s**.

— R —

Ratification : 259 et s.
— *A posteriori* : 260 et s.
— Du mandant : 259, 261, 262, **264 et s**.
— Du maître d'ouvrage : 259, 261, 262, **274 et s**.
— Et approbation : 264, 266.
— Effets : **270 et s**.
— Notion : **259**, **263**.
— Rétroactivité : 272 et s.

Réforme (du droit des obligations) : 1, 28, 212, 269 et s., 298 et s., 365.
— Consécration de l'apparence : 325 et s.
— Critiques : 1, 94 et s., 212, 365.
— Interpellation interrogatoire : 298 et s.
— Omissions : 1, 28, 212, 365.
— Ratification : 269 et s.
— Légitimité de l'inopposabilité : 218 et s.

Réforme (du droit des contrats spéciaux) : V° Capitant

Réparations supplémentaires : 2, 16, **223**.

Représentation : 21 et s.
— Parfaite et imparfaite : **27**, 312.
— Notion : **21**.
— Représentation et mandat : **21 et s**.
— Représentation et dépassement : **29 et s**.

Responsabilité : 192 et s., 293 et s.
— Conditions générales : **194**, 195.
— Du mandataire à l'égard du mandant : 182, 191, **192 et s**., 196, 197, **199 et s**.
— Du mandataire à l'égard du tiers-contractant : **293 et s**., 295, 296.
— Du sous-mandataire à l'égard du mandataire initial : 345.
— Du sous-mandataire à l'égard du mandant : 344, 345.
— De l'entrepreneur à l'égard du maître d'ouvrage : **192 et s**.
— Du sous-traitant à l'égard de l'entrepreneur principal : 356.
— Du sous-traitant à l'égard du maître d'ouvrage : 356.

— S —

Sous-traitance : **348 et s**.
— Et article 1793 : 350 et s.
— Loi du 31 décembre 1975 : 348.
— Travaux supplémentaires à l'initiative du sous-traitant : 349 et s.
— Travaux supplémentaires acceptés par le maître : 353 et s.
— Travaux supplémentaires commandés par l'entrepreneur : 357 et s.
— Travaux supplémentaires demandés par le maître : 354.
Substitution : 108, 111, 158, **342 et s**.
Suites (contractuelles) : 83 et s.
— Notion : 84.
— Et bonne foi : 84.
— Et dépassement de mission : 62, 83, 85, 90, 227.

— T —

Théorie de l'apparence : V° Mandat apparent
Théorie du bouleversement de l'économie du contrat : 277 et s.
— Notion : 277 et s.
— Condition : 280, 281.
— Effets : 282, 283.
Travaux (supplémentaires) : 231 et s., 347 et s.
— Notion : **231**.
— Nécessaires : 136, 137, 231, **239**, 240, 243.
— Non nécessaires : 23, 144, 238, 239, **240 et s.**, 243, 278.
— De l'entrepreneur : 136, **231 et s**.
— Du sous-traitant : **347 et s.**
Troplong : 127 et s., 144 et s.
— Et le dépassement de pouvoir du mandataire : **127 et s**.
— Et les travaux supplémentaires de l'entrepreneur : **144 et s**., 164, 245.
— Et la connaissance du dépassement par le tiers-contractant : 289.

BIBLIOGRAPHIE

I.
TRAITES, MANUELS, OUVRAGES GENERAUX

A. DOCTRINE ANTERIEURE A 1950

AUBRY (C.) et RAU (C.),

— *Cours de droit civil français par C.-S. Zachariae*, revu et augmenté avec l'agrément de l'auteur, t. 2, 2e éd., Hauman, Bruxelles, 1842.

— *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 4, 4e éd., Cosse, Paris, 1871.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et WAHL (A.),

— *Traité théorique et pratique de droit civil, des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, Larose, Paris, 1899.

— *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 21, 2e éd., Larose, Paris, 1900.

— *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 24, 3e éd., Sirey, Paris, 1907.

— *Du contrat de louage*, t. 2, 2e partie, 3e éd., Sirey, Paris, 1907.

BEUDANT (C. et R.) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *Cours de droit civil français*, t. 12, 2e éd., par R. Rodière et A. Percerou, Paris, 1947.

BOILEUX (J.-M.), *Commentaire sur le Code civil contenant l'explication de chaque article séparément*, t. 3, 3e éd., Joubert, Paris, 1837.

BONPAIX (A.), *Code théorique et pratique des architectes*, préface de Achille Hermant, Rousseau, Paris, 1888.

BREARD-NEUVILLE (P.-A.-S.), *Pandectes de Justinien, mise dans un nouvel ordre, avec les lois du code et les nouvelles qui confirment, expliquent ou abrogent le droit des Pandectes*, par R.-J. Pothier, t. 1, Dondey-Dupré, Paris, 1818.

BUGNET (J.-J.),

— *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle, Traité du contrat de vente*, t. 3, Videcocq, Paris, 1847.

— *Œuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. 5, Videcocq, Cosse et Delanotte, Paris, 1847.

— *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. 4, 2e éd., Henri Plon, Paris, 1861.

CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit civil*, 5e éd., Pédone, Paris, 1929.

DELAMARRE (E.), LE POITVIN (J.), *Traité du contrat de commission*, vol. 1, Delamotte, Paris, 1840.

DELSOL (J.-J.), *Explication élémentaire du Code civil mise en rapport avec la doctrine et la jurisprudence*, t. 3, 3e éd., Cotillon, Paris, 1878.

DELVINCOURT (C.-E.), *Cours de Code Napoléon*, t. 2, Gueffier, Paris, 1813.

DEMANGEAT (C.), *Cours élémentaire de droit romain*, t. 2, Librairie éditeur Marecq Ainé, Paris, 1866.

DEMANTE (A.-M.), *Programme du cours de droit civil français fait à l'école de Paris*, Société typographique Belge, Bruxelles, 1838.

DEMOGUE (R.),

— *Traité des obligations en général*, t. 1, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1923.

— *Traité des obligations en général*, t. 3, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1923.

— *Traité des obligations en général, t.* 6, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1931.

DEMOLOMBE (C.),

— *Cours de droit civil : édition augmentée de la législation*, J. Strienon, Bruxelles, 1847.
— *Cours du Code Napoléon*, t. 26, Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général, Imprimerie générale, Paris, 1882.

DOMAT (J.),
— *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, Delalain, Paris, 1767.
— *Les loix civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et legum delectus*. Nouvelle édition, t. 1, Veuve Savoye, Paris, 1767.
— *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Nouvelle édition, t. 1, Veuve Savoye, Paris, 1769.

DOMENGET (M.), *Du mandat, de la commission et de la gestion d'affaires : commentaire du titre XIII du livre III du Code Napoléon*, t. 1, Cotillon, Paris, 1862.

DURANTON (A.),
— *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 17, Alex-Gobelet, Paris, 1833.
— *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 18, Alex-Gobelet, Paris, 1834.
— *Cours de droit français suivant l'ordre du Code civil*, t. 17, 4e éd., Thorel, Paris, 1844.

DUVERGIER (J.-B.), *Le droit civil français*, t. 4, Renouard, Paris, 1837.

FENET (P.-A.),
— *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 4, Videcocq, Paris, 1836.
— *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14, Videcocq, Paris, 1836.

FERRIERE (C.-J.), *Nouvelle traduction des Institutes de l'empereur Justinien*, t. 5, Warin, Paris, 1719.

GIRARD (P.-F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, 8e éd., Rousseau, Paris, 1929.

GUILLOUARD (L.),
— *Traité du contrat de louage*, t. 2, 2e éd., Durand et Pédonne, Paris, 1887.
— *Traité des contrats aléatoires et du mandat, livre III, titres XII et XIII du Code civil*, 2e éd., Durand et Pédone-Lauriel, Paris, 1894.

HAURIOU (M.), Précis de droit administratif et de droit public, 5e éd., Larose, Paris, 1903.

HUC (T.),
— *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 10, Pichon, Paris, 1897.
— *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 12, Pichon, Paris, 1899.

LAHAYES (J.-M.), WALDECK-ROUSSEAU (R.), GIRAUDIAS (Ch.-Aug.), DE MAURINEAU (Ph.-Aug.) et FAYE (L.), *Le code civil annoté*, 2e éd., Alphonse Delhomme, Paris, 1843.

LAROMBIERE (L.), *Théorie et pratique des obligations*, nouvelle édition, t. 2, Pédone-Lauriel, Paris, 1885.

LAURENT (F.),
— *Principes de droit civil français*, t. 26, Durand et Pédone, Paris, 1877.
— *Principes de droit civil français*, t. 27 et 28, Durand et Pédone, Paris, 1877.
— *Cours élémentaire de droit civil*, vol. 4, Marescq, Paris, 1878.

LOCRÉ (J.-G.), *Esprit du Code Napoléon, tiré de la discussion*, t. 1, Imprimerie impériale, Paris, 1805.

MAILHER DE CHASSAT (A.), *Commentaire approfondi du Code civil*, t. 1, Nève et Videcoq, Paris, 1832.

MALEVILLE (J.), *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, t. 1, Lenormant, Paris, 1805.

MARCADÉ (V.-N.),
— *Eléments (sic) du Droit Civil Français, ou explication méthodique et raisonnée du Code civil*, Librairie de jurisprudence de Cotillon, Paris, 1842.

— *Explication théorique et pratique du code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, t. 6, 7e éd., Delamotte et fils, Paris, 1875.

MONIER (R.), *Manuel élémentaire de droit romain*. II, Les obligations, 3e éd., Domat-Montchrestien, Paris, 1944.

MORIDE (P.), *Les Codes français vulgarisés, classés dans un ordre nouveau s'appliquant à chacune des situations de la vie*, direction des Codes français vulgarisés, Paris, 1901.

PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 6e éd., LGDJ, Paris, 1912.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité élémentaire de droit civil*, 11e éd., LGDJ, Paris, 1939.

PONT (P.), *Explication théorique et pratique du Code napoléon, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence.* Commentaire-Traité des petits contrats et de la contrainte par corps, t. 1, Cotillon, Paris, 1863.

POTHIER (R.-J.),

— *Traité sur les différentes matières de droit civil appliquées à l'usage du barreau et de la jurisprudence française*, t. 2. Traité du mandat, Debure, Rouzeau-Montant, Paris, Orléans, 1773.

— *Œuvres*, t. 5, Traité du contrat de mandat, Videcoq, Paris, 1847.

— *Traité du contrat de mandat, Œuvres*, t. 6, Bugnet, Paris, 1861.

PROUDHON (J.-B.-V.), *Cours de droit français*, Première partie, t. 2, , Bernard Defay, Dijon, 1809.

RÉMY (J.),

— *Œuvres complètes de Jean Domat*, nouvelle édition, t. 1, Firmin Didot, Paris, 1828.

— *Œuvres complètes de Jean Domat*, t. 4, Alex Gobelet, Paris, 1835.

ROGRON (J.-A.), *Codes français expliqués par leurs motifs, par des exemples, par de la jurisprudence*, Videcocq, Alex-Gobelet, Paris, 1836.

SAVATIER (R.), *Cours de droit civil*, t. 2, 2e éd., LGDJ, Paris, 1947.

TOULLIER (C.-B.-M.),

— *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code napoléon*, t. 2, Vatar, Paris, 1811.

— *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 10, Continuation Code civil (art. 1582 à la fin) par M. Duvergier, Adolphe Wahlen, Bruxelles, 1838.

TROPLONG (R.-T.),

— *Droit civil expliqué, De l'échange et du louage*, t. 3, Ch. Hingray, Paris, 1840.

— *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De l'échange et du louage*, Meline, Bruxelles, 1841.

— *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le Titre de la vente. Du mandat. Commentaire du Titre XIII du Livre III du Code civil*, t. 16, Charles Hingray, Paris, 1846.

VIOLLET (P.), *Histoire du droit civil français accompagnée de notions de droit canonique et d'indications bibliographiques*, 2e éd., Larose et Forcel, Paris, 1893.

ZACHARIAE (C.-S.), *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand sur la cinquième édition et relu et augmenté avec l'agrément de l'auteur par Aubry et Rau*, t. 1, 2e éd., Société belge de librairie, Bruxelles, 1842.

B. DOCTRINE POSTERIEURE A 1950

ANCEL (P.), *Droit des obligations en 12 thèmes, avec exemples détaillés*, 1er éd., Séquences, Dalloz, 2018.

ANCEL (F.), FAUVARQUE-COSSON (J.), *Le nouveau droit des contrats*, Guide bilingue à l'usage des praticiens, LGDJ, Hors-collection, 2019.

ANCEL (F.), FAUVARQUE-COSSON (B.), GEST (J.), *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Essai, Dalloz, 2017.

AUBERT (J.-L.), COLLART DUTILLEUL (F.), *Le contrat. Droit des obligations*, 5e éd., Connaissance du droit, Dalloz, 2017.

AUBRY (C.) et RAU (C.), *Droit civil français*, t. 6, 7e éd., par A. PONSARD et N. DEJEAN de la BÂTIE, Litec, 1975.

AUBY (J.-M.), DRAGO (M.), *Traité de contentieux administratif*, t. 2, 3e éd., LGDJ, 1984.

ATIAS (C.),

— *Précis élémentaire du contentieux contractuel*, 3e éd., PUAM, 2006.

— *Epistémologie juridique*, Précis Dalloz, 2002.

AVRIL (Y.), *Responsabilité des avocats*, 3e éd., Dalloz référence, 2014.

BART (J.), *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, 2e éd., Montchrestien Lextenso, 2009.

BÉNABENT (A.),

— *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 13e éd., LGDJ, 2019.

— *Droit des obligations*, 18e éd., LGDJ, 2019.

BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, 5e éd., Méthodes du droit, Dalloz, 2012.

BERTHIAU (D.), *Histoire du droit et des Institutions*, 2e éd., Les fondamentaux, Hachette, 2004.

BEUDANT (C. et R.) et LEREBOURG-PIGEONNIERE (P.), *Cours de droit civil français*, t. 9, 2e éd., par G. Lagarde et R. Perrot, Paris, Rousseau, 1953.

BRÉGI (J.-F.), *Droit romain : les obligations*, Ellipses, 2006.

BRUN (Ph.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5e éd., LexisNexis, 2018.

CANIN (P.), *Droit civil : les obligations*, Hachette supérieur, Les fondamentaux, 2017.

CARBONNIER (J.), *Droit civil (les obligations)*, t. 4, 12e éd., PUF, 1985.

CASTALDO (A.), LEVY (J.-P.), *Histoire du droit civil*, 2e éd., précis Dalloz, 2010.

CASTON (A.), AJACCIO (F.-X.), TENDEIRO (M.), PORTE (R.), *Traité de la responsabilité des constructeurs*, Le moniteur, 8e éd., 2018.

CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016.

CHÉNEDÉ (F.),

— *Le nouveau droit des contrats et des obligations, Modifications et interprétations de l'ordonnance du 10 février 2016*, 2e éd., Dalloz, 2018.

— *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidations, innovations, perspectives*, Dalloz référence, 2e éd., 2019-2020.

COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, Dalloz, t. 2, 10e éd., 1953.

COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, 11e éd., Dalloz, 2019.

DEROUSSIN (D.),

— *Histoire du droit privé (XVIe-XXIe siècle)*, Ellipses, 2010.

— *Histoire du droit des obligations*, 2e éd., Economica, 2012.

DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.* Commentaire article par article, LexisNexis, 2016.

DISSAUX (N.), JAMIN (C.), *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.

DOUVILLE (T.), *La réforme du droit des contrats*. Commentaire article par article, Gualino, 2016.

EISENMANN (C.),

— *Cours de droit administratif*, t. 1, LGDJ, 1982.

— *Cours de droit administratif*, t. 2, LGDJ, 1983.

ENGEL (P.), CHAPPUIS (C.), MARCHAND (S.), MORIN (A.), *L'évolution récente du droit des obligations*, édité par Mathieu Blanc, CEDIDAC, 2005.

FABRE-MAGNAN (M.),

— *Droit des obligations. 1 Contrat et engagement unilatéral*, 4e éd., Thémis, PUF, 2016.

— *Droit des obligations. 2 Responsabilité civile et quasi-contrats*, 4e éd., Thémis, PUF, 2019.

FAGES (B.), *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, 2018.

FARIBAULT (L.), *Traité de droit civil du Québec*, t. 7 bis, Montréal, Wilson et Lafleur, 1957.

FAURE-ABBAD (M.), *Droit de la construction*, 3e éd., Gualino, 2016.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (É.),

— *Les obligations*, vol. *1, L'acte juridique*, 16e éd., Sirey, 2014.

— *Les obligations, vol. 2, Le fait juridique*, 14e éd., A. Colin, 2011.

— *Les obligations, vol. 3, Le rapport d'obligation*, 9e éd., Sirey, 2015.

FROMONT (M.), KNETCH (J.), *Droit privé allemand*, 2e éd., LGDJ, coll. Précis Domat droit privé, 2017.

GAUDEMET (J.), CHEVREAU (E.), *Droit privé romain*, 3e éd., LGDJ, coll. Précis Domat droit privé, 2009.

GAVALDA (Ch.) STOUFFLET (J.), *Droit bancaire*, 9e éd., LexisNexis, 2015.

GAZZANIGA (J.-L.), *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, 1992.

GHESTIN (J.), BILLIAU (M.) et LOISEAU (G.), *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005.

GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *Traité de droit civil (les effets du contrat)*, 3e éd., LGDJ, 2001.

GRELIER WYCKOFF (P.), *Pratique du droit de la construction. Marchés publics Marchés privés*, 8e éd., Eyrolles, 2017.

GRIMALDI (C.), *Leçons pratiques de droit des contrats*, 1er éd., LGDJ Lextenso éditions, coll. Les intégrales, 2019.

HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, préface d'Olivier Beaud, Dalloz, 2010.

HOUTCIEFF (D.), *Droit des contrats*, 2e éd. Larcier, 2017.

HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, sous la direction de J. Ghestin, 3e éd., LGDJ, 2012.

JESTAZ (Ph.), JAMIN (C.), *La doctrine*, Méthodes du droit, Dalloz, 2004.

JULIENNE (M.), *Régime général des obligations*, 2e éd., Hors collection, LGDJ, 2018.

KARILA (L.), CHARBONNEAU (C.), *Droit de la construction : responsabilités et assurances*, 3e éd., LexisNexis, 2017.

KOHL (B.), *Droit de la construction*, Commission Université-Palais, Larcier, 2016.

LABARTHE (F.) NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008.

LASBORDES-DE-VIRVILLE (V.), *Droit des contrats spéciaux*, Paradigme, Bruylant, 2019.

LACHIEZE (Ch.), *Droit des contrats*, 3e éd., Ellipses, 2012.

LARDEUX (G.), LEGEAIS (R.), PÉDAMON (M.), WITZ (C.), *Code civil allemand*, Traduction en français du texte en vigueur au 31 octobre 2009, coll. La lettre des lois, Juriscope, Dalloz, 2010.

LARROUMET (C.), *Droit civil, tome 1, introduction à l'étude du droit privé*, 5e éd., Economica, coll. Droit civil, 2006.

LARROUMET (C.), BROS (S.), *Traité de droit civil*, t. *3 Les obligations*. Le contrat, 9e éd., Economica, coll. Droit civil, 2018.

LECLERC (F.), *Droit des contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2012.

LE TOURNEAU (Ph.), (dir.) *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, 11e éd., Dalloz action, 2018/2019.

MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, 11e éd., Dalloz, 2018.

MAINGUY (D.), RESPAUD (J.-L.), *Droit des obligations*, Ellipses, 2008.

MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, 10e éd., LGDJ, 2018.

MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit des obligations*, 10e éd., LGDJ Lextenso, 2018.

MALINVAUD (Ph.), (dir.) *Droit de la construction*, 7e éd., Dalloz action, 2018/2019.

MALINVAUD (Ph.), FENOUILLET (D.), MEKKI (M.), *Droit des obligations*, 14e éd., LexisNexis, 2017.

MALINVAUD (Ph.), JESTAZ (Ph.), JOURDAIN (P.) et TOURNAFOND (O.), *Droit de la promotion immobilière*, 9e éd., Précis Dalloz, 2014.

MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Introduction générale à l'étude du droit*, t. 2, vol. 1, 2e éd., Sirey, 1988.

MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.), MAZEAUD (J.), DE JUGLART (M.), *Leçons de droit civil*, t. 3, 2e vol., 5e éd., Montchrestien, 1980.

MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.), TUNC (A.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6e éd., Montchrestien, 1965.

MERCADAL (B.), *Réforme du droit des contrats : Ordonnance du 10 février 2016*, Dossier pratique, Editions Francis Lefebvre, Levallois, 2016.

MONTANIER (J.-C.), *Le contrat*, PUF, 2000.

PÉDAMON (M.), *Le contrat en droit allemand*, 2e éd., LGDJ, 2004.

PEISER (G.), *Contentieux administratif*, 16e éd., Mémento Dalloz, 2014.

PÉTEL (Ph.), *Le contrat de mandat*, coll. Connaissance du droit, Dalloz, 1994.

PICHONNAZ (P.), *Les fondements romains du droit privé*, Zürich, Schulthess, 2008.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.),

— *Traité pratique de droit civil français, Contrats civils*, t. 11, 2e partie, 2e éd., par A. Rouast, J. Lepargneur, R. Savatier, A. Besson, M. Planiol, G. Ripert, LGDJ, Paris, 1954.

— *Traité pratique de droit civil français, Contrats civils*, t. 10, 1er partie, 2e éd., par J. Hamel, F. Givord, A. Tunc, M. Planiol, G. Ripert, LGDJ, Paris, 1956.

PONSARD (A.), DEJEAN DE LA BATI (N.), *Droit civil français par Aubry et Rau, t. 6, Contrats civils divers, quasi-contrats, responsabilité civile*, 7e éd., Librairies techniques, 1975.

PORCHY-SIMON (S.), *Les obligations 2020, Droit civil, 2e partie*, 12e éd., HyperCours, cours et travaux dirigés, Dalloz, 2019.

PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, 8e éd., Dalloz, 2019.

RABU (G.), *Droit des obligations*, Ellipses, 2017.

RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Droit des contrats spéciaux*, 9e éd., LexisNexis, 2017.

RAYNAUD (P.), *Droit civil, les obligations, t. 2, vol. 1, Les sources*, 2e éd., Sirey, 1988.

REVET (T.), ZENATI-CASTAING (F.),

— *Cours de droit civil, Obligations, régime*, Collection Droit fondamental, PUF, 2013.

— *Cours de droit civil, Contrats*, Collection Droit fondamental, PUF, 2014.

RIPERT (G.), BOULANGER (J.), *Traité élémentaire de droit civil*, d'après le Traité de Planiol, t. 2, LGDJ, 1943.

ROBAYE (R.), *Le droit romain*, 5e éd., L'Harmattan, Louvain, 2016.

SAVATIER (R.),

— *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, t. 1, Les sources de la responsabilité civile, 2e éd., LGDJ, 1951.

— *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, t. 2, Conséquences et aspects divers de la responsabilité, 2e éd., LGDJ, 1951.

SÉRIAUX (A.), *Manuel de droit des obligations*, 3e éd., PUF, 2018.

SEUBE (J.-B.), DUMONT-LEFRAND (M.-P.), GOUT (O.), LANDEL (J.), *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, Editions législatives, 2018.

SIMLER (Ph.), *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, à jour de la loi de ratification du 20 avril 2018, 2e éd., Actualité, LexisNexis, 2016.

STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Obligations*, t. 2 Contrat, 5e éd., Litec, 1995.

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *Droit civil, Les obligations*, 12e éd., Dalloz, 2018.

VASSART (P.), *Manuel de droit romain*, Bruylant, 2015.

VINEY (G.), JOURDAIN (P.), *Les conditions de la responsabilité*, Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, 3e éd., LGDJ, 2006.

VOGEL (G.), *Les pandectes. Le droit de la construction*, 2e éd., Larcier, 2018.

WÉRY (P.), *Droit des obligations Volume 1, Théorie générale du contrat*, 2e éd., Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Larcier, Bruxelles, 2010.

II.
MONOGRAPHIES, THESES ET OUVRAGES SPECIAUX

ALBARIAN (A.), *De la perte de confiance légitime en droit contractuel*, préface de Jacques Mestre, Bibliothèque de droit privé et sciences criminelles, Mare & Martin, 2012.

ALBIGES (Ch.), *De l'équité en droit privé*, préface de Rémy Cabrillac, Bibliothèque de droit privé, t. 329, LGDJ, 2000.

ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, préface de Laurent Aynès, Economica, 2002.

ARRIGHI (J.-P.), *Apparences et réalité en droit privé. Contribution à la protection des tiers contre les situations apparentes*, thèse, Nice, 1974.

AUBERT (J.-L.), *La responsabilité civile des notaires*, 5e éd., Defrénois Lextenso, 2008.

AUSSEL (J.-M.), *Essai sur la notion de tiers en droit civil*, préface de Emile Becqué, thèse, Montpellier, 1951.

BAHUET (A.), *Le détournement de pouvoirs*, thèse, Paris, Pédone, 1912.

BAKOUCHE (D.), *L'excès en droit civil*, préface de Michel Gobert, Bibliothèque de droit privé, t. 432, LGDJ, 2004.

BARTHELEMY (L.-E.), *Du mandat en droit romain et en droit civil français*, thèse, Toulouse, 1886.

BASTIAN (D.), *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Sirey, Paris, 1929.

BATTEUR (A.), *Le mandat apparent en droit privé*, thèse, Caen, 1989.

BECQUART (J.), *Les mots à sens multiples en droit civil français : contribution au perfectionnement du vocabulaire juridique*, PUF, 1928.

BEIGNIER (B.), BLANCHARD (B.), VILLACEQUE (J.), *Droit et déontologie de la profession d'avocat*, Collection droit fondamental, PUF, 2002.

BENARD (A.), *Du contrat de marché, ou Entreprise de travaux tant publics que privés*, thèse, Paris, Larose, 1897.

BIGUENET-MAUREL (C.), *Le devoir de conseil des notaires*, thèse, Nice, 2006.

BONNECASE (J.), *L'école de l'exégèse en droit civil : les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, 2e éd., E. de Boccard, 1924.

BOUBLI (B.), *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, Editions du J.N.A., 1991.

BOUCARD (H.), *Responsabilité contractuelle, droit civil*, DallozCorpus, Dalloz, 2019.

BOULAIRE (J.), *Bona fides, contribution à l'étude du principe de bonne foi en droit français des contrats*, thèse, Lille II, 2006.

BOULANGER (J.), *La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui*, Dalloz, 1933.

BOUQUIER (M.), *Étude générale de la représentation dans les actes juridiques*, thèse, Montpellier, 1899.

BOUT (R.), *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, préface de Pierre Kayser, Bibliothèque de droit privé, t. 124, LGDJ, 1972.

BRUNET-DEBAINES (C.), *Manuel de droit et de jurisprudence, spécial pour les architectes, entrepreneurs, ouvriers et propriétaires*, Paris, Charpentier, 1841.

CAGNINACCI (F.), *Le mandat dans la doctrine française de l'ancien régime : XIII^e^-XVIII^e^ siècles*, thèse, Nancy, 1962.

CALAIS-AULOY (V.-J.), *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, préface de Michel Cabrillac, Bibliothèque de droit privé, t. 17, LGDJ, 1959.

CALVET-MASNOU (G.), *La persévérance en droit des contrats*, thèse, Perpignan, 2007.

CARREZ (L.), *La gestion d'affaires en droit civil français*, thèse, Lille, 1911.

CHABAS (C.), *L'inexécution licite du contrat*, préface de Jacques Ghestin, Bibliothèque de droit privé, t. 380, LGDJ, 2002.

CHEN (C.-W.), *Apparence et représentation en droit positif français*, préface de Jacques Ghestin, Bibliothèque de droit privé, t. 340, LGDJ, 2000.

CHOUBANI (S.), *La promesse de porte-fort – étude comparative*, thèse, Nantes, 1998.

CLARISE (V.), *De la représentation : son rôle dans la création des obligations*, thèse, Lille, 1949.

CORBESCO (D.), *De la représentation dans les actes juridiques et principalement dans les contrats*, thèse, Paris, 1912.

CORDIER-DUMONNET (N.), *Le détournement d'institution*, thèse, Université de Bourgogne, 2010.

CORNU (G.),

— *Regards sur le Titre III du Livre III du code civil*, Les cours du droit, 1977.

— *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2^e^ éd., 2000.

COSTES (M.), *Essai sur la nature juridique du contrat d'entreprise*, thèse, Toulouse, 1913.

COULON (C.), *L'obligation de surveillance*, préface de Christophe Jamin, Economica, 2003.

COURDIER-CUISINIER (A.-S.), *Le solidarisme contractuel*, préface d'Eric Loquin, LexisNexis, Litec, 2006.

COUVRAT (P.), *Les agences de voyages en droit français*, préface de Gérard Cornu, Bibliothèque de droit privé, t. 74, LGDJ, 1967.

COZIAN (M.), *L'action directe*, préface de André Ponsard, Bibliothèque de droit privé, t. 92, LGDJ, 1969.

DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Dalloz, Philosophie du droit, 1952.

DANIS-FATÔME (A.), *Apparence et contrat*, préface de Geneviève Viney, Bibliothèque de droit privé, t. 414, LGDJ, 2004.

DAVERAT (G.), *La responsabilité civile et pénale du garagiste dans l'exercice de ses activités de vendeur et de prestataire de services*, thèse, Paris I, 1981.

DAVID (R.), *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, thèse, Paris, Sirey, 1929.

DIGNAC (C.), *Du mandat en droit romain et en droit français*, thèse, Bordeaux, Lanefranque, 1875.

DE QUENAUDON (R.), *Recherches sur la représentation volontaire dans ses dimensions interne et internationale*, thèse, Strasbourg, 1979.

DELEBECQUE (P.), *Le contrat d'entreprise*, Dalloz, 1993.

DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.), *Le tiers à l'acte juridique*, préface de Jean Hauser, Bibliothèque de droit privé, t. 333, LGDJ, 2000.

DELOBEL (C.), *L'unilatéralisme en droit des contrats, Essai de rationalisation*, thèse, Nice, 2011.

DESGORGES (R.), *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, thèse, Paris II, 1992.

DIDIER (P.), *De la représentation en droit privé*, préface de Yves Lequette, Bibliothèque de droit privé, t. 339, LGDJ, 2000.

DIESSE (F.), *Le devoir de coopération dans le contrat*, thèse, Lille II, 1998.

DIGNAC (C.), *Du mandat en droit romain et en droit français*, thèse, Bordeaux, 1875.

DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, préface de Christophe Jamin, Bibliothèque de droit privé, t. 485, LGDJ, 2007.

DO (V. D.), *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, préface de Jacques Mestre, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

DUCLOS (J.), *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, préface de Didier Martin, Bibliothèque de droit privé, t. 179, LGDJ, 1984.

DUPRES DE BOULOIS (X.), *Le pouvoir de décision unilatérale, Étude de droit comparé interne*, Bibliothèque de droit public, t. 248, LGDJ, 2006.

DURAND-PASQUIER (G.), *Le maître d'ouvrage, Contribution à l'harmonisation du régime du contrat d'entreprise*, thèse Paris I, 2005.

EBERHARD (S.), *Les sanctions de l'inexécution du contrat et principes UNIDROIT*, CEDIDAC, n° 63, 2005.

EBREN (H.), *Théorie du détournement de pouvoir*, A. Ducros, 1901.

ELIAS (R.), *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, thèse, Paris, 1909.

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préface d'Antoine Lyon-Caen, Bibliothèque de droit privé, t. 254, LGDJ, 1996.

FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, préface de Jacques Ghestin, Bibliothèque de droit privé, t. 221, LGDJ, 1992.

FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, préface de Jacques Mestre, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997.

FALQUE-PIERROTIN (C.), *Les éléments constitutifs du contrat de mandat. Recherche d'une définition, ses conséquences quant au régime de certains contrats de prestations de services*, thèse, Caen, Dalloz, 1933.

FAURE-ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle. Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, préface de Phillipe Rémy, LGDJ, 2003.

FEROLLES (Y.), *Le dépassement du devis de l'architecte : analyse de droit suisse de la responsabilité contractuelle*, Collection neuchâteloise, Université de Neuchâtel, 2016.

FLATTET (G.), *Les contrats pour le compte d'autrui, Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en Droit français*, thèse, Paris, 1950.

FLIPO-BOUCHAARA (O.), *Le lien contractuel*, thèse, Orléans, 2001.

GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, préface de Gérard Cornu, Economica, 1985.

GANTSCHNIG (D.), *La qualification générique du contrat d'entremise*, préface de Matthieu Poumarède, Bibliothèque de droit privé, t. 582, LGDJ, 2018.

GENDRE-DEVOIVRE (M.), *Collaboration et assistance entre parties au contrat*, thèse, Clermont I, 1981.

GENICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, préface de Laurent Leveneur, Bibliothèque de droit privé, t. 484, LGDJ, 2007.

GILSON (A.), *Mandat et responsabilité civile*, préface de Cécile Pérès, Bibliothèque de droit privé, t. 566, LGDJ, 2016.

GIVERDON (C.), *L'évolution du contrat de mandat*, thèse dactylographiée, Paris, 1947.

GORPHE (F.), *Le principe de la bonne foi*, thèse, Paris, 1928.

GOUTAL (J.-L.), *Essai sur le principe de l'effet relatif des contrats*, préface de Henri Batiffol, Bibliothèque de droit privé, t. 171, LGDJ, 1981.

GRELON (B.), *Les entreprises de services*, préface de Christian Gavalda, Economica, Recherches Panthéon-Sorbonne, Université de Paris I, 1978.

GRENIER DE CARDENAL (J.), *Du louage d'ouvrage et d'industrie en droit romain et en droit français*, thèse, Toulouse, 1874.

GUERMANOFF (D.), *L'excès de pouvoirs de l'arbitre*, Jouve, 1929.

HAGE-CHABINE (N.), *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, préface d'Yves Lequette, Editions Panthéon-Assas, 2017.

HALLOUIN (J.-C.), *L'anticipation, Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, thèse, Poitiers, 1979.

HUET (J.), *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse, Paris II, 1978.

JACQUES (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, préface de François Chabas, Nouvelle bibliothèque de thèses, t. 46, Dalloz, 2005.

JAOUEN (M.), *La sanction prononcée par les parties au contrat. Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, préface de Denis Mazeaud, Economica, Recherches juridiques, 2013.

JONESCO (B.), *Les effets juridiques de l'apparence en droit privé*, thèse, Strasbourg, 1927.

JONNESCO (C.), *Essai sur le mandat en droit romain et en droit français*, Typographie N. Blanpain, Paris, 1878.

JOSSERAND (L.), *De l'Esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, Paris, 1927.

JUREDIEU (F.), *Ratification et acte juridique*, préface de Claude Ophèle, avant-propos de Geneviève Pignarre, Institut Universitaire Varenne, 2013.

KORNPROBST (B.), *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, thèse, Aix-Marseilles, 1959.

LABARTHETTE (D.), *Contrat et prévision : contribution à l'étude des fonctions du contrat*, thèse, Pau, 2004.

LACHIEZE (Ch.), *Les agents de voyage*, Litec, 2007.

LAGELEE-HEYMANN (M.), *Le contrat à forfait*, préface de Laurent Aynès, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, t. 76, IRJS éditions, 2016.

LAITHIER (Y.-M.), *Etudes comparatives des sanctions de l'inexécution du contrat*, préface de Horatia Muir Watt, bibliothèque de droit privé, t. 419, LGDJ, 2004.

LÊ-COMBY (V.), *L'unilatéralisme et le droit des contrats*, thèse, Paris-sud, 2009.

LE PAGE-JASIM (M.-A.), *Le mandat et ses formes modernes*, thèse, Rennes I, 1992.

LE TOURNEAU (Ph.), *La responsabilité civile professionnelle*, collection Droit-poche, Economica, 1995.

LECA (M.), *De l'excès de pouvoir en matière judiciaire*, thèse, Bordeaux, impr. de Y. Cadoret, 1902.

LEDUC (F.), *L'acte d'administration en droit privé : nature et fonctions*, ESTER, Études scientifiques et techniques pour l'enseignement et la recherche, 1992.

LEMAY (P.), *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, préface de Sandrine Chassagnard-Pinet, Mare & Martin, 2014.

LEROUX (L.), *La responsabilité en matière sportive*, thèse, Rennes, Imprimerie commerciale de Bretagne, 1935.

LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préface de Antoine Lyon-Caen, Bibliothèque de droit privé, t. 408, LGDJ, 2004.

MADRAY (G.), *Essai d'une théorie générale de la représentation en droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1931.

MAGNIN (E.), *De la représentation à Rome dans les actes extrajudiciaires spécialement dans les actes créateurs et extinctifs d'obligations*, thèse, Paris, Pédone, 1899.

MALLET-BRICOUT (B.), *La substitution du mandataire*, thèse, Paris II, 1998.

MARTIN (R.), *La faute professionnelle spécialement dans les professions libérales*, thèse, Lyon, 1934.

MARTIN (R.), *Déontologie de l'avocat*, 11e éd. mise à jour par Jean-Christophe Caron et Marc Diemunsch, Lexisnexis, 2013.

MARUITTE (M.), *La notion juridique de gestion d'affaires*, thèse, Caen, 1930.

MICHON (L.), *Droit romain : Du Louage d'ouvrage ; "locatio conductio operis faciendi". Droit français : Des Enquêtes parlementaires, étude de législation comparée*, thèse, Paris, Rousseau, 1890.

MOREIL (S.), *Les obligations nées du contrat d'entreprise*, thèse, Paris II, 2009.

MOULY-GUILLEMAUD (C.), *Retour sur l'article 1135 du Code civil, une nouvelle source du contenu contractuel*, préface de Didier Ferrier, avant-propos de Christian Atias et Rémy Cabrillac, Bibliothèque de droit privé, t. 460, LGDJ, 2006.

NEMOURS-AUGUSTE (L.), *De la distinction du mandat salarié et du louage de services*, thèse, Paris, Sirey, 1914.

NERET (J.), *Le sous-contrat*, préface de Pierre Catala, Bibliothèque de droit privé, t. 163, LGDJ, 1979.

NEUBURGER (A.), *Le détournement de pouvoir dans les sociétés anonymes*, Sirey, Paris, 1937.

OUEDRAOGO (F.), *La responsabilité civile du mandataire*, thèse, Nancy II, 1991.

OVERSTAKE (J.-F.), *Essai de classification des contrats spéciaux*, préface de Brethe de la Gressaye, Bibliothèque de droit privé, t. 91, LGDJ, 1969.

PARAISO (F.), *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, préface de Christian Atias, Presses Universitaire d'Aix-Marseille, 2011.

PARENTEAU-DUBEUGNON (E.), *Du mandat en droit romain et en droit français*, thèse, Poitiers, Dupré, 1863.

PENIN (O.), *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, préface de Yves Lequette, Bibliothèque de droit privé, t. 535, LGDJ, 2012.

PERRIN (L.), *Eloge de Jean Domat*, Lyon, Imprimerie de Louis Perrin, 1846.

PÉTEL (Ph.), *Les obligations du mandataire*, préface de Michel Cabrillac, Bibliothèque de droit de l'entreprise, t. 20, Litec, 1988.

PETIT (F.), *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, préface de Pierre Rodière, Bibliothèque de droit privé, t. 291, LGDJ, 2000.

PHILIPPE (G.), *Droit romain : De la représentation dans les obligations. Droit français : Du contrat de commission*, thèse, Douai, Bradier, 1882.

PICOT (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préface de Gérard Couturier, Bibliothèque de droit privé, t. 208, LGDJ, 1989.

PILON (E.), *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, thèse, Caen, imprimerie Ch. Valin, 1897.

PILLET (G.), *La substitution du contractant à la formation du contrat en droit privé*, préface de Pierre Jourdain, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, LGDJ, 2004.

PIMONT (S.), *L'économie du contrat*, préface de Jean Beauchard, Institut de Droit des Affaires, PUAM, 2004.

POPESCO—RAMNICEANO (R.), *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé*, thèse, Paris, L. Chauny et L. Quinsac, 1927.

PUIG (P.), *La qualification du contrat d'entreprise*, préface de Bernard Teyssié, Editions Panthéon-Assas, Paris II, 2002.

RABAGNY (A.), *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, Presses universitaires du septentrion, Thèse à la carte, 2004.

RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA (H.), *Le raisonnable en droit des contrats*, Faculté de droit de Poitiers, LGDJ, 2009.

RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 3e éd., LGDJ, 1935.

ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, Thémis, PUF, 2015.

RODIÈRE (A.), *Les grands jurisconsultes*, Toulouse, Edouard Privat, 1874.

ROUVIERE (F.), *Le contenu du contrat, essai sur la notion d'inexécution*, préface de Christian Atias, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005.

SÉNÉCHAL (J.), *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux. Recherche sur un double enjeu du mouvement de recodification du droit des contrats*, préface de Michel Défossez, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Institut de droit des affaires, 2008.

SIMLER (Ph.), *La nullité partielle des actes juridiques*, préface de Alex Weill, Bibliothèque de droit privé, t. 101, LGDJ, 1969.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, préface de Roger Bout, Bibliothèque de droit privé, t. 337, LGDJ, 2000.

STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, préface de Danièle Huet-Weiller, Bibliothèque de droit privé, t. 172, LGDJ, 1982.

TALARICO (L.), *La personne du majeur protégé*, thèse, Lyon, 2008.

TELEMAN (V.), *De la Représentation en matière réelle et personnelle en droit romain*, Giard et Brière, Paris, 1900.

TERRÉ (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préface de Robert Le Balle, Bibliothèque de droit privé, t. 2, LGDJ, 1957.

TEYSSIE (B.), *Les groupes de contrats*, préface de Jean-Marc Mousseron, Bibliothèque de droit privé, t. 139, LGDJ, 1975.

THIBIERGE (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, préface de Laurent Aynès, Economica, Recherches juridiques, 2011.

TILLEMAN (B.), *Le mandat*, Kluwer Editions Juridiques, Bruxelles, 1999.

VALERY (J.), *Des caractères distinctifs du contrat de mandat dans le Code civil*, thèse, Aix-Marseille, 1898.

VILLERS (R.), *Rome et le droit privé*, Albin Michel, 1977.

VON JHERING (R.), *Culpa* in *contrahendo*, Gehlen, 1969.

VOUIN (R.), *La bonne foi : notion et rôle actuels en droit privé français*, préface de Julien bonnecase, LGDJ, 1939.

WALINE (M.), *La notion judiciaire de l'excès de pouvoirs : l'excès de pouvoirs du juge*, Jouve, 1926.

WEILL (A.), *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, préface de Marcel-Henri Nast, Dalloz, 1938.

WÉRY (P.), *Le mandat*, 2e éd., Larcier, Répertoire notarial, 2019.

WINTGEN (R.), *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, préface de Jacques Ghestin, Bibliothèque de droit privé, t. 426, LGDJ, 2004.

III.
ENCYCLOPEDIES, REVUES, COMMUNICATIONS ET MELANGES

A. ENCYCLOPEDIES

1. REPERTOIRES DALLOZ

ABBATUCCI (S.), *Rép. civ.*, V° Sous-traitance, 2018.

ALBIGES (Ch.), *Rép. civ.*, V° Equité, 2017.

AUBERT DE VINCELLES (C.), *Rép. civ.*, V° Porte-fort, 2017.

BARRE-PEPIN (M.), *Rép. civ.*, V° Contrat de construction d'une maison individuelle, 2019.

BOUBLI (B.),

— *Rép. civ.*, V° Architecte, 2017.
— *Rép. civ.*, V° Contrat d'entreprise, 2019.

BOUCARD (H.), *Rép. civ.*, V° Responsabilité contractuelle, 2019.

BOUDOT (M.), *Rép. civ.*, V° Apparence, 2018.

CADIET (L.), LE TOURNEAU (Ph.), *Rép. civ.*, V° Abus de droit, 2017.

CHANTEPIE (G.), *Rép. civ.*, V° Contrat : effets, 2019.

CRUVELIER (E.), *Rép. com.*, V° Agent immobilier, 2019.

DAGORNE-LABBÉ (Y.), *Rép. com.*, V° Agence de voyages, 2017.

DEMEESTER (M.-L.), *Rép. civ.*, V° Avocat : responsabilité, 2019.

DESHAYES (O.), *Rép. civ.*, V° Exception d'inexécution, 2018.

GRÉAU (F.), *Rép. civ.*, V° Action oblique, 2016.

LATINA (M.), *Rép. civ.*, V° Contrat (généralités), 2019.

LE TOURNEAU (Ph.),
— *Rép. civ.,* V° Gestion d'affaires, 2018.
— *Rép. civ.,* V° Mandat, 2018.

LE TOURNEAU (Ph.), POUMARÈDE (M.), *Rép. civ.*, V° Bonne foi, 2019.

MATHEY (N.), *Rép. civ.*, V° Représentation, 2018.

PÉRINET-MARQUET (H.), FAURE-ABBAD (M.), *Rép. imm.*, V° Promotion immobilière, 2014.

PICOD (Y.), *Rép. civ.*, V° Nullité, 2019.

VOINOT (D.), *Rép. civ.*, V° Automobile-Service automobile, 2004.

2. REPERTOIRES JURISCLASSEUR

BÉNABENT (A.), *JCL. Contrats-Distribution*, V° Fasc. 425 : Contrat d'entreprise, 2016.

BOUT (R.),
— *JCL. Civil Code,* V° Art. 1372 à 1375. Fasc. 10 : Quasi-contrats. Gestion d'affaires. Conditions d'existence, 2017.
— *JCL. Civil Code,* V° Art. 1372 à 1375. Fasc. 20 : Quasi-contrats. Gestion d'affaires. Effets, 2018.

BRÉNA (S.), *JCL. Contrats-Distribution*, V° Fasc. 3400 : Agent immobilier, 2019.

DELEBECQUE (F.), *JCL. Responsabilité civile*, V° Fasc. 210 : Régime de la réparation, modalités de la réparation, règles particulières à la responsabilité contractuelle, 2012.

DE QUENAUDON (R.), *JCL. Responsabilité*, V° Fasc. 40 : Mandat, 1999.

FAURE-ABBAD (M.), *JCL. Construction-Urbanisme*, V° Fasc. 900 : Clauses abusives dans les contrats de construction, 2014.

FERRIER (D.), *JCL. Contrats-Distribution*, V° Fasc. 3390 : Agents d'affaires, 2018.

KARILA (J.-P.), KARILA (L.), *JCL. Construction-Urbanisme*, V° Fasc. 207 : Sous-traitance, paiement du sous-traitant, 2015.

LIET-VEAUX (G.), *JCL. Construction-Urbanisme*, V° Fasc. 201 : Marché d'entreprise immobilière, 2011.

MEKKI (M.),
— *JCL. Civil Code,* V° Art. 1991 à 2002, Fasc. 10 : Mandat. Obligations du mandataire à l'égard du mandant et des tiers, 2012.
— *JCL. Civil Code,* V° Art. 1991 à 2002, Fasc. 20 : Mandat. Obligations du mandant. Effets entre les parties. Effets à l'égard des tiers, 2012.

— *JCL. Civil Code*, V° Art. 1984 à 1990, Fasc. 30 : Preuve de l'existence et de l'étendue du mandat, 2009.

SIMLER (Ph.), *JCL. Com.*, V° Fasc. 27 : Actualité, Réforme du droit des obligations, 2016.

STORCK (M.), *JCL. Civil Code*, V° Fasc. Unique, Contrats et obligations. Représentation dans les actes juridiques, 2018.

THIOYE (M.),

— *JCL. Construction-Urbanisme,* V° Fasc. 248-10 : Entremise et gestion immobilière. Réglementation des activités, 2014.

— *JCL. Civil Code,* V° Art. 1788 à 1794, Fasc. 20 : Louage d'ouvrage et d'industrie. Contrat d'entreprise. Marché à forfait, 2013.

B. REVUES, COMMUNICATIONS

ABBATUCCI (S.), « La responsabilité du maître de l'ouvrage à l'égard des sous-traitants », *RDI*, 2002, p. 488.

AMAR-LAYANI (B.), « La nature de la convention liant un agent immobilier à son client », *D.*, 1997, p. 223.

ANCEL (P.),

— « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 771.

— « La force obligatoire, jusqu'où la défendre ? » *in La nouvelle crise du contrat*, sous la direction de Christophe Jamin et Denis Mazeaud, Dalloz, 2001, p. 165.

— « La responsabilité contractuelle », *in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européens des contrats*, sous la direction de Pauline Rémy-Corlay et Dominique Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 243.

— « L'accroissement de la place de l'unilatéralité dans le contrat ? » *in La contractualisation de la production normative*, sous la direction de Sandrine Chassagnard-Pinet et David Hiez, Dalloz, 2008, p. 309.

ATIAS (C.), « L'influence des doctrines dans l'élaboration du Code civil » *in Les penseurs du Code civil*, La documentation Française, 2009, p. 114.

AUBERT (J.-L.), « À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ.*, 1993, p. 263.

AVRIL (Y.), « Le fondement de la responsabilité civile de l'avocat », *D.*, 2009, p. 995.

AYNÈS (L.),

— « À propos de la force obligatoire du contrat », *RDC*, 2003, n° 1, p. 323.

— « Les *nullités* absolues : quel avenir ? – Introduction », *RDC*, 2019, n° 3, p. 128.

BACOT (G.), « Jean-Jacques Rousseau et la procédure législative » *in Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2002/1 (n° 15), p. 30.

BARBIER (H.), « La sanction du porte-fort inexécuté : des dommages-intérêts mais pas de résolution… une solution contestable », *RTD civ.*, 2018, p. 396.

BATTEUR (A.), « De la responsabilité des agences de voyages organisés. Vers un cas autonome de responsabilité contractuelle du fait d'autrui ? », *JCP E.*, 1992, 131.

BÉNABENT (A.),

— « Le paiement direct ne peut être réclamé par le sous-traitant qu'au maître de l'ouvrage », *D.*, 1992, p. 116.

— « L'entrepreneur principal ne peut être tenu de payer des travaux supplémentaires non contractuels », *D.*, 1994, p. 150.

— « Rapport français, La bonne foi dans les relations entre particuliers dans l'exécution du contrat », *in La bonne foi* (*Journées louisianaises)*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIII, Litec, 1994, p. 291.

— « La responsabilité des professionnels du droit en France », *in Les professions juridiques (Journées Cambodge-Vietnam)*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. LXI, LB2V et Bruylant, 2012, p. 761.

— « Le nouveaux mécanismes », *RDC*, 2016, Hors-série, p. 17.

— « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant – Présentation », *RDC*, 2018, n° 3, p. 503.

— « Les nullités absolues : quel avenir ? – Observations conclusives », *RDC*, 2019, n° 3, p. 150.

BÉNABENT (A.), AYNÈS (L.), « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », *D.*, 2016, p. 434.

BORRICAND (J.), « Observations sur le marché à forfait », *D.*, 1965, chron. 167.

BOUBLI (B.),

— « Les travaux supplémentaires dans le marché à forfait », *RDI,* 1986, p. 416.

— « Rapports français, I La responsabilité civile des constructeurs devant le juge judiciaire » *in La responsabilité des constructeurs (Journées égyptiennes)*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLII, Litec, 1993, p. 87.

— « Les modifications apportées au marché par le maître d'ouvrage », *RDI,* 2000, p. 482.

BOUCARD (H.), « Les effets de l'inexécution contractuelle envers les tiers », *in L'effet relatif du contrat*, sous la direction de Michel Boudot, Marianne Faure-Abbad et Didier Veillon, LGDJ, Presses universitaires juridiques, Université de Poitiers, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales, 2015, p. 57.

BOURRIER (Ch.), « Les conditions du droit à rémunération de l'agent immobilier mandaté », *AJDI*, 2003, p. 574.

BREDIN (J.-D.), « Remarques sur la transparence », *Rev. jurisp. comm*., 1993, p. 175 et s.

BROS (S.), « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? », *RDC*, 2012/4, p. 1452.

BRUNSWICK (Ph.), « Rôle de la jurisprudence dans l'émergence du devoir de loyauté en tant que norme générale de comportement », Cahiers de droit de l'entreprise, *LexisNexis*, n° 1, janvier-février 2016.

CARBONNIER (J.),

— « Salaire des mandataires chargés de vendre », *RTD civ*., Sirey, 1952, p. 521.

— « Du forfait atténué par des clauses envisageant la possibilité de travaux supplémentaires ou de révisions de prix. », *RTD civ*., Sirey, 1960, p. 683.

CARO (J.-E.), « Du bon usage de la loi du 31 décembre 1975 », *Gaz. Pal.*, n° 261, 2010, p. 31.

CASTON (A.), « Le marché à forfait », *AJPI*, 1971, p. 1059.

CEDRAS (J.), « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Rapport annuel de la Cour de cassation*, La documentation Française, 2004, p. 215.

CHAMPALAUNE (C.), « Les grands traits de la réforme » *in Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, sous la direction de Philippe Stoffel-Munck, Dalloz, 2015, p. 10.

CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », *in La nouvelle crise du contrat*, sous la direction de Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 110.

CHEVREAU (E.), « Aux origines romaines de la gérance », *RDC*, 2012, p. 11.

CLAMOUR (G.), MARCOU (P.), « Quand la Cour de cassation refuse toute correction du lien contractuel », *AJDA*, 2019, p. 2071.

CRÉMIEU (L.), « De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent », *RTD civ*., 1919, p. 44.

CROZE (H.), « Une vision procédurale de la réforme des obligations », *Procédures*, 2016, p. 8.

DE BANDT (J.), « Préface » *in Les services dans les sociétés industrielles*, ouvrage collectif sous la direction de J. De Bandt, Economica, 1985, p. 24.

DE FONTMICHEL (M.), « Les nouvelles actions interrogatoires », *D.*, 2017, p. 1665.

DE JUGLART (M.), « L'obligation de renseignement dans les contrats », *RTD civ.*, 1945, p. 1.

DANIS-FATÔME (A.), « Proposition de modification de l'article 1156 du Code civil : le défaut de pouvoir du représentant », *RDC*, 2017, p. 177.

DELIYANNIS (J.), « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil grec » *in L'abus de pouvoirs ou de fonctions (Journées grecques)*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XXVIII, Economica, 1980, p. 98.

DIDIER (Ph.),

— « L'effet relatif », *in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européens des contrats*, sous la direction de Pauline Rémy-Corlay et Dominique Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 187.

— « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *JCP G.*, 2016, p. 580.

— « La représentation dans le nouveau droit des obligations » *in Libres propos sur la réforme du droit des contrats. Analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016*, LexisNexis, 2016, p. 52.

DISSAUX (N.),

— « La nature juridique du mandat d'entremise », *D.*, 2009, p. 2724.

— « Avant-propos » *in Le mandat, un contrat en crise ?*, sous la direction de Nicolas Dissaux, Études juridiques, Economica, 2011, IX.

— « Mandat et contrat de travail » *in Le mandat, un contrat en crise ?*, sous la direction de Nicolas Dissaux, Études juridiques, Economica, 2011, p. 49.

— « Articles 1152 et suivants : la représentation », *RDC*, 2015, p. 749.

— « Mandat et réforme du droit des contrats » *in Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations* sous la direction de Lionel Andreu et Marc Mignot, vol. 34, Institut universitaire Varenne, 2017, p. 343.

DONDERO (B.), « Mandat apparent et cohérence », *Gaz. Pal.*, 20 juin 2017, n° 23, p. 66.

DOUVILLE (T.), « Droit de la représentation : les sanctions du détournement et du dépassement de pouvoir », *LEFP*, juillet 2016, n° 7, p. 5.

DROSS (W.), « L'exception d'inexécution : essai de généralisation », *RTD civ.*, 2014, p. 1.

DURANT-PACQUIER (G.), « Le contrat de promotion immobilière sous le prisme de la réforme » *in Les contrats de construction au prisme de la réforme du droit des contrats*, Actes du colloque du 16 mars 2017 organisé par le CERETE et l'ERDP sous la direction de Marianne Faure-Abbad, Université de Poitiers, Presses universitaire juridiques, 2018, p. 61.

FABIEN (C.), « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil canadien » *in L'abus de pouvoirs ou de fonctions (Journées grecques)*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XXVIII, Economica, 1980, p. 41.

FAURE-ABBAD (M.),

— « La responsabilité des mandataires du secteur de l'immobilier » *in Le mandat en question* sous la direction de Rémy Benjamin, Bruylant, 2013, p. 175.

— « Article 1222 : la faculté de remplacement », *RDC*, 2015, n° 3, p. 784.

— « Les incidences de la réforme sur les effets des contrats de construction : questions choisies », *in Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations* sous la direction de Lionel Andreu et Marc Mignot, vol. 34, Institut universitaire Varenne, 2017, p. 181.

— « L'impact de la réforme des contrats spéciaux sur le contrat d'entreprise », *RDI*, 2017, p. 570.

— « Propos introductifs » *in Les contrats de construction au prisme de la réforme du droit des contrat*s, Actes du colloque du 16 mars 2017 organisé par le CERETE et l'ERDP sous la direction de Marianne Faure-Abbad, Université de Poitiers, Presses universitaire juridiques, 2018, p. 5.

— « Violation de la réglementation parasismique : la démolition-reconstruction ne s'impose pas », *RDI*, 2019, p. 219.

— « Implantation non conforme au permis de construire : une condamnation définitive à démolition caractérise l'impropriété à destination », *RDI*, 2019, p. 166.

FAUVARQUE-COSSON (B.), GEST (J.), ANCEL (F.), « Le processus d'élaboration de la réforme du droit des contrats » *in La réécriture du Code civil.* Le droit français des contrats après la réforme de 2016 sous la direction de John Cartwright, Bénédicte Fauvarque-Cosson et Simon Whittaker, vol. 29, Société de législation comparée, 2018, p. 29.

FERRIER (D.), « Le mandat des agents immobiliers », *JCP*, 1976, I, 2795, p. 279.

FEUNTEUN (M.), « La théorie des nullités des Principes du droit européen du contrat de la commission d'Ole Landö » *in La théorie des nullités*, Études réunies par Michel Boudot et Paolo Maria Vecchi, Université de Poitiers, Université degli studi Roma Tre, collection de la Faculté de droit et des sciences sociales, LGDJ, 2008, p. 225.

FOUR (J.), « Plus-values et fruits de bien indivis », *JCP*, 1943, I, 336, n° 29.

FRANCOIS (J.), « L'acte accompli par le mandataire en dehors de ses pouvoirs et le mécanisme du contrat de mandat », *D.*, 2018, p. 1215.

GAUTIER (P.-Y.),

— « L'avocat, le professeur de droit et le client : formation et effets du contrat de consultation », *RTD civ.*, 2006, p. 576.

— « Nature et régime juridique du mandat : jeux croisés. » *in Le mandat, un contrat en crise ?,* sous la direction de Nicolas Dissaux, Études juridiques, Economica, 2011, p. 89.

— « Du taux horaire des collaborateurs d'avocats et de ses rapports avec l'éthique et la bonne foi », *RTD civ.*, 2013, p. 395.

— « Le syndic non remboursé de ses avances (suite) : la leçon de Pothier et Troplong sur la gestion d'affaires », *RTD civ.*, 2014, p. 139.

GAZZANIGA (J.-L.), « Mandat et représentation dans l'ancien droit », *in La représentation*, Droits, Revue française de théorie juridique, n° 6, 1987, p. 21 et s.

GENICON (T.), « Mandat et représentation » *in Le mandat en question*, sous la direction de Benjamin Rémy, Bruylant, 2013, p. 33.

GHESTIN (J.), « L'abus dans les contrats », *Gaz. Pal.*, 1981, 2, doct., p. 379.

GHESTIN (J.), LABARTHE (F.), « Observations générales », *LPA*, 4 septembre 2015, n° 177, p. 17.

GIVERDON (C.), « Le contrat de promotion immobilière », *Gaz. Pal.*, 1972-1, doct., p. 213.

GORÉ (F.), « Le fondement de la gestion d'affaires source autonome et générale d'obligations », *D.*, 1953, chron. VII, p. 39.

GRIMALDI (C.), « Mandat et courtage » *in Le mandat, un contrat en crise ?*, sous la direction de Nicolas Dissaux, Études juridiques, Economica, 2011, p. 79.

GRISOLI (A.), DELL'AQUILA (E.), « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil italien » *in L'abus de pouvoirs ou de fonctions (Journées grecques)*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XXVIII, Economica, 1980, p. 117.

GROS (M.), « Fonctions manifestes et latentes du détournement de pouvoir », *in Revue du droit public et de la science politique*, 1997, p. 1237.

GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), « De l'élargissement de la notion de partie au contrat… à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD civ.*, 1994, p. 275.

GUERIN (S.), GENTY (N.), « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », *AJ Contrat*, 2017, p. 17.

HAUSER (J.), « L'ordre public et les bonnes mœurs » *in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européens des contrats*, sous la direction de Pauline Rémy-Corlay et Dominique Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 105.

HONORAT (J.), « Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel », *RTD civ.*, 1969, n° 653.

IMBACH (R.), « Le dépassement de soi dans la pensée philosophique », *Actes du colloque des 19 et 20 octobre 1990 pour les soixante-dix ans de Fernand Brunner*, Neuchâtel, À la Baconnière, 1994, p. 108.

IZORCHE (M.-L.), « A propos du « mandat sans représentation » », *D.*, 1999, p. 369.

JEANDIDIER (W.), « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD civ.*, 1976, p. 723.

JESTAZ (Ph.), « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *R. D. McGill*, 1987, p. 834.

JEULAND (E.), « Les action interrogatoires en question » *in Libres propos sur la réforme du droit des contrats.* Analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016, LexisNexis, 2016, p. 37.

JOSSERAND (L.), « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.*, 1937, p. 7.

KALINOWSKI (G.), « De la spécificité de la logique juridique » *in La logique du droit*, Archives de philosophie du droit, n° 11, 1966, p. 12.

KARILA DE VAN (J.), « Le droit de nuire », *RTD civ.*, 1995, p. 533.

KHAIRALLAH (G.), « Le « raisonnable » en droit privé français », *RTD civ.*, 1984, p. 439.

KLEIN (J.), « La loyauté en droit des contrats », *in La loyauté, Justice & Cassation*, Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Dalloz, 2014, p. 80.

LABARTHE (F.),

— « La distinction du mandat et du contrat d'entreprise » *in Le mandat, un contrat en crise ?,* sous la direction de Nicolas Dissaux, Études juridiques, Economica, 2011, p. 39.

— « La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service. Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du code civil », *JCP,* 2016, p. 642.

LAGARDE (X.), « Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires », *D.*, 2017, p. 715.

LAITHIER (Y.-M.), « Dispositions relatives à la validité du contrat » *in La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Journée nationale, Tome XX, Nancy, Association Henri Capitant, Dalloz, 2016, p. 27.

LARDEUX (G.), « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil », *D.*, 2016, p. 1659.

LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Les résultats : une nouvelle conception du contrats » *in Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, sous la direction de Virginie Larribau-Terneyre et Sébastien Pellé, Actes du colloque du 20 mai 2016, Centre de recherche d'analyse juridique, PUPPA, 2016, p. 36.

LAZERGUES (Ch.), « Les mandats tacites », *RTD civ.*, 1975, p. 222.

LEAUTÉ (J.), « Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence », *RTD civ.*, t. 45, 1947, Librairie Edouard Duchemin, p. 288.

LEBORGNE (K.), « La notion d'inexécution contractuelle » *in La recodification du droit des obligations en France et en Espagne*, sous la direction de Javier Lete, Éric Savaux, Rose-Noëlle Schütz et Hélène Boucard, Presses universitaire juridiques, Université de Poitiers, Collection Actes et colloques de la Faculté de droit et des sciences sociales, LGDJ, 2016, p. 430.

LE TOURNEAU (Ph.),

— « Les professionnels ont-ils du cœur ? », *D.*, 1990, p. 21.

— « De l'évolution du mandat », *D.*, 1992, p. 157.

LEVENEUR (L.), « Le solidarisme contractuel : un mythe », *in Le solidarisme contractuel*, sous la direction de Luc Grynbaum et Marc Nicod, Études juridiques, Economica, 2004, p. 173.

LIBCHABER (R.), « Le malheur des quasi-contrats », *Dr. et patr.*, n° 258, mai 2016, p. 73.

LOISEAU (G.), « Contrats de confiance et contrats conclus intuitu personae », *in La confiance en droit privé des contrats*, sous la direction de Valérie-Laure Bénabou et Muriel Chagny, Dalloz, 2008, p. 100.

LOMBOIS (C.), « Agents immobiliers », *RDI*, 1981, p. 400.

LUCAS de LEYSSAC (C.), « L'obligation de renseignement dans les contrats », *in L'information en droit privé*, Travaux de la conférence d'agrégation sous la direction de Yvon Loussouarn et Paul Lagarde, LGDJ, 1978, p. 306.

MALINVAUD (Ph.), BOUBLI (B.), « Marché à forfait et définition des travaux supplémentaires », *RDI*, 1998, p. 371.

MARGANNE (H.),

— « Le marché à forfait dans les contrats de droit privé », *JCP*, n° 26, 1988, p. 3344.

— « Les principes essentiels du marché à forfait », *JCP,* 2007. I. p. 178.

MAYER (L.), « Défense des « actions interrogatoires » introduites par la réforme du droit des contrats », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 42, p. 47.

MAZEAUD (D.),

— « Constats dans le contrat », *Rapport de synthèse du 94e Congré des notaires de France*, Les petites affiches, 1998, n° 54.

— « La commission Lando : le point de vue d'un juriste français » *in l'harmonisation du droit des contrats en Europe*, sous la direction de Christophe Jamin et Denis Mazeaud, Études juridiques, Economica, 2001, p. 141.

— « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », *in Le solidarisme contractuel*, sous la direction de Luc Grynbaum et Marc Nicod, Études juridiques, Economica, 2004, p. 57.

— « Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen des contrats » *in Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, Colloque du 22 juin 2007, sous la direction de Rémy Cabrillac, Denis Mazeaud et André Prüm, coll. Droit privé comparé et européen, Société de législation comparée, 2008, p. 97.

— « Rapport de synthèse », *in Le mandat, un contrat en crise ?*, sous la direction de Nicolas Dissaux, Études juridiques, Economica, 2011, p. 153.

— « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 2477.

— « Le contractant apparent », *D.* 2016, p. 1120.

— « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *D.* 2018, p. 912.

MEKKI (M.),

— « La distinction entre acte juridique et acte matériel à l'aune du contrat de mandat » *in Le mandat en question*, sous la direction de Benjamin Rémy, Bruylant, 2013, p. 13.

— « Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *D.*, 2016, p. 494, n° 17.

— « Réforme du droit des obligations : la représentation (C. civ., art. 1153 et s. nouv.) », *JCP N.*, n° 47, 2016, p. 1255.

MESTRE (J.),

— « L'évolution du contrat en droit privé français », *in L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées Savatier, 1985, p. 56.

— « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ.*, 1986, p. 100.

— « Du contrat conclu apparemment pour autrui mais effectivement pour personne », *RTD civ.,* 1990, p. 270.

— « Une bonne foi décidément très exigeante », *RTD civ.*, 1990, p. 760.

— « De quelques apparences ou illusions contractuelles », *RTD civ.*, 1992 p. 557.

— « Nouvelles prises en considération de l'apparence », *RTD civ.*, 1995 p. 102.
— « L'apparence a sans doute encore de beaux jours devant elle », *RTD civ.*, 1998, p. 668.
— « Rapport de synthèse », *in L'efficacité dans le contrat*, sous la direction de Gwendoline Lardeux, Dalloz, 2011, p. 89.

MICHEL (J.-Y.), « Gaius et le mandat *mea, tua* ou *aliena gratia* », *in Revue internationale des droits de l'Antiquité*, 3e série, t. 44, 1997, p. 293.

MIGNOT (M.), « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (III) », *LPA*, 2016, p. 7.

MOLIÈRE (A.), « Les sanctions en matière de représentation : point trop n'en faut ! », *D.*, 2017, p. 1547.

MORET-BAILLY (J.), « L'obligation d'information de l'avocat à l'épreuve de sa déontologie ? », *D.*, 2005, p. 2857.

MOUSSERON (J.-M.), « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.*, 1988, p. 481.

NICOLAS-VULLIERME (L.), « Le « délai raisonnable » ou la mesure du temps », *PA*, n° 3, 3 janvier 2005, p. 3.

PARDESSUS (Ch.), « La réforme du droit des obligations : le point de vue du courtier d'assurances », *RGDA*, décembre 2017, n° 11, p. 659.

PATARIN (J.), « Rapport de synthèse », *in L'abus de pouvoirs ou de fonctions (Journées grecques)*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XXVIII, Economica, 1980, p. 529.

PELLET (S.), « Gratuité ou onérosité du mandat : un critère pertinent ? » *in Le mandat en question,* sous la direction de Rémy Benjamin, Bruylant, 2013, p. 69.

PELLIER (J.-D.), « L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations enfin ratifiée ! », *Dalloz actualité*, 30 avril 2018.

PERELMAN (Ch.), « Le raisonnable en droit », *Archives phil. dr.*, t. 23, Sirey, 1978, p. 35.

PÉRINET-MARQUET (H.),
— « Chronique de droit de la construction », *Defrénois*, 2004, n° 6, p. 447.
— « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction », *RDI*, 2015, p. 251.

PERROT (R.), « Procédure de l'instance ; jugements et voies de recours. Voies d'exécution et mesures conservatoires », *RTD civ.*, 1981, p. 446.

PFISTER (L.), « Un contrat en quête d'identité. Jalons pour une histoire de la qualification du mandat » *in Le mandat, un contrat en crise ?*, sous la direction de Nicolas Dissaux, Études juridiques, Economica, 2011, p. 1.

PICOT (Y.), « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP éd. G.* 1988, II, 3318.

PIGNARRE (G.),
— « À la découverte de l'obligation de praestare. Pour une relecture de quelques articles du Code civil », *RTD civ.*, 2001, Dalloz, p. 41.
— « La responsabilité : débat autour d'une polysémie », *in La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle : Bilan prospectif*, RCA, juin 2001, hors-série, p. 10.
— « Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? Presque rien ou presque tout ? », *RDC*, 2005, p. 1290.

PLANOL (M.), « La transformation du mandat depuis le droit romain », *in Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1893, t. XXII, p. 197.

POLLAUD-DULIAN (F.), « Abus de droit et droit moral », *D.*, 1993, p. 97.

POUMARÈDE (M.), « Le marché privé de travaux immobilier au prisme de la réforme du droit des contrats » *in Les contrats de construction au prisme de la réforme du droit des contrats*, Actes du colloque du 16 mars 2017 organisé par le CERETE et l'ERDP sous la direction de Marianne Faure-Abbad, Université de Poitiers, Presses universitaire juridiques, 2018, p. 9.

PUIG (P.),

— « Le contrat d'entreprise » *in Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations* sous la direction de Lionel Andreu et Marc Mignot, vol. 34, Institut universitaire Varenne, 2017, p. 115.

— « Le prix dans les contrats de prestations de service » *in Le droit spécial des contrats à l'épreuve du nouveau droit commun*, Actes du colloque du 16 décembre 2016 à Aix-Marseille Université, sous la direction de Gwendoline Lardeux, Alain Sériaux et Vincent Egéa, Centre Pierre Kayser, droit privé, PUAM, 2017, p. 57.

RÉMY (B.),

— « Le mandat « façon puzzle » Réflexion sur l'origine des difficultés liées à l'opération de qualification en matière contractuelle » *in Le mandat en question* sous la direction de Benjamin Rémy, Bruylant, 2013, p. 95.

— « Préface » *in Le mandat en question* sous la direction de Benjamin Rémy, Bruylant, 2013, p. 1.

RÉMY (Ph.),

— « Éloge de l'exégèse », *Droits*, 1985, n° 1, p. 115.

— « Ouverture » *in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européens des contrats*, sous la direction de Pauline Rémy-Corlay et Dominique Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 3.

— « La genèse du solidarisme », *in Le solidarisme contractuel*, sous la direction de Luc Grynbaum et Marc Nicod, Études juridiques, Economica, 2004, p. 3.

— « Plans d'exposition et catégorie du droit des obligations. Comparaison du projet Catala et des projets européens », *in Pour une réforme du droit des contrats*, sous la direction de François Terré, Dalloz, 2009, p. 83.

— « Des autres sources d'obligations » *in Pour une réforme du régime général des obligations*, sous la direction de François Terré, Dalloz, 2013, p. 31.

RIOU (M.), « L'acte de dévouement », *RTD civ.*, 1957, p. 223.

ROCHE-DAHAN (J.), « L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique », *D.* 1994, p. 255.

RODIÈRE (R.), « La responsabilité des agences de voyages », *D.*, 1958, chron. XXXIV, p. 241 et s.

ROTONDI (M.), « Technique du droit, dogmatisme et droit comparé », *in Revue internationale de droit comparé*, vol. 20, n° 1, 1968, p. 5.

ROUGE-VIANCE (L.), « Ratification d'un acte accompli en l'absence de délégation de pouvoir », *Gaz. Pal.*, 26 juin 2018, n° 23, p. 74.

ROUHETTE (G.),

— « Contrat » *in Encyclopedia Universalis*, Paris, 2002, p. 386.

— « La contribution française au projet de cadre commun de référence », *RDC*, 2009, p. 739.

SABARD (O.),

— « Les sanctions de l'inexécution du contrat : exception d'inexécution/exécution forcée », *LEDC*, 2016, n° 3, p. 7.

— « Conséquences juridiques d'un mandat irrégulier sur l'acte conclu par le mandataire », *LEDC*, 2019, n° 9, p. 1.

SAMSON (M.),

— « La remise en cause du prix par les sujétions imprévues : oui mais… », *Constr.-Urb.*, 2003, n° 45538.

— « Pour un rétablissement de l'équilibre contractuel dans le marché à forfait », *Const. Urb.*, 2003, chro. 1, p. 6.

SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), « Art. 1178 à 1187 : l'absence de l'inopposabilité aux côtés de la nullité et de la caducité », *RDC*, 2015, p. 767.

SAVAUX (É.),

— « Solidarisme contractuel et formation du contrat », *in Le solidarisme contractuel*, sous la direction de Luc Grynbaum et Marc Nicod, Études juridiques, Economica, 2004, p. 43.

— « La dilution des catégories » *in Force subversives et forces créatrices en droit des obligations. Rétrospectives et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, sous la direction de Geneviève Pignarre, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2005, p. 33.

SAVATIER (R.),

— « Les ventes de services », *D.* 1971, chron. p. 223.

— « Les contrats de conseil professionnel en droit privé », *D.*, 1972, 1, chron. p. 137.

— « Propriété immobilière et contraintes d'urbanisme : la condamnation à démolir », *D.*, 1974, p. 59.

SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), « La période précontractuelle en droit français », *in Revue internationale de droit comparé*, 2/1990, p. 547.

SCHULZ (R.), « Interrogations interpellatives », *RGDA*, novembre 2017, n° 11, p. 601.

SCHÜTZ (R.-N.), « La représentation des personnes protégées en droit français » *in La représentation en droit privé*, 6e Journées franco-allemandes sous la direction de Guillaume Wicker, Reiner Schulze et Denis Mazeaud, 1er éd., vol. 26, Société de législation comparée, 2017, p. 75.

SEBAG (L.), « La détermination des honoraires de l'avocat », *D.*, 1970, chron. 38, p. 177.

SERINET (Y.-M.), « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », *LPA*, 2015, n° 177, n° spécial.

SIFFREIN-BLANC (C.), « Le contrat d'agent immobilier : mandat ou contrat spécial d'intermédiaire ? », *Defrénois*, n° 19, p. 1344.

SOURIOUX (J.-L.), « La croyance légitime », *JCP G.*, 1982, I, 3058, n° 5.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Le nouveau droit de la représentation et le contrat de mandat » *in Le droit spécial des contrats à l'épreuve du nouveau droit commun*, Actes du colloque du 16 décembre 2016 à Aix-Marseille Université, sous la direction de Gwendoline Lardeux, Alain Sériaux et Vincent Egéa, Centre Pierre Kayser, droit privé, PUAM, 2017, p. 79.

TALLON (D.), « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.*, 1994. p. 223.

TERRÉ (F.), « Sur la sociologie juridique du contrat », *in Arch. Phil. dr.*, Sur les notions du contrat, t. 13, Sirey, p. 86.

TERRIER (E.), « Les quasi-contrats dans la réforme du droit des contrats : l'avenir d'une illusion », *in La réforme du droit des contrats : actes de colloque*, 1ère Journée Cambacérès, 3 juillet 2015, Montpellier, Université de Montpellier, 2015, p. 139.

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997, p. 357.

TOURNAUX (S.), « Réforme du droit des contrats et des obligations : les interactions entre droit commun de la représentation et représentations conventionnelles spéciales », *Lexbase édition privée*, n° 646 du 10 mars 2016.

TRISSON-COLLARD (V.-P.), « Tentative de distinction des contrats d'entreprise et de mandat fondée sur l'objet du contrat », *LPA*, 7 février 2001, n° 10.

VEAUX (D.), « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français » *in L'abus de pouvoirs ou de fonctions (Journées grecques)*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XXVIII, Economica, 1980, p. 77.

VERDOT (R.), « De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes d'administration et des actes de disposition », *RTD civ.*, 1968, p. 449.

VIATTE (J.), « Le mandat ad litem », *Gaz. Pal.*, 1976. 1. doct., p. 392.

VIDAL (R.), « L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative », *Revue du droit public et de la science politique*, avril-juin 1997, p. 292.

VILLEY (M.), « Esquisse historique sur le mot responsable », *Archives Phil. dr.*, t. 22, La responsabilité, Sirey, 1977, p. 45.

VON JHERING (R.), « De la culpa in contrahendo ou des dommages et intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites », *in Œuvres choisies*, t. 2, traduction Meulenaere, 1893, p. 23.

WAGNER (H.), « Die « Lex Rhodia de iactu », *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, 3e série, t. 44, 1997, p. 357.

WICKER (G.),

— « Force obligatoire et contenu du contrat », *in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européens des contrats*, sous la direction de Pauline Rémy-Corlay et Dominique Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 151.

— « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », *D.*, 2016, p. 1942.

— « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », *in La représentation en droit privé, 6e Journées franco-allemandes* sous la direction de Guillaume Wicker, Reiner Schulze et Denis Mazeaud, 1er éd., vol. 26, Société de législation comparée, 2017, p. 47.

C. MELANGES

BÉNABENT (A.), « L'hybridation dans le contrats » *in Prospectives du droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 28.

BILLIAU (M.), « Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXIe siècle », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 129.

BONNECASE (J.), *«* La notion juridique de bonnes mœurs. Sa portée en droit civil français », *in Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 91.

BORÉ (J.), « Les limites du devoir de conseil du rédacteur d'actes », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 139.

BOSGIRAUD STEPHENSON (C.), « La doctrine face au temps » *in Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès. Liberté, justesse, autorité*, LGDJ, 2019, p. 27.

BOUBLI (B.), « Le bouleversement de l'économie du contrat dans les marchés publics et les marchés privés », *in Confluences, Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller*, Paris, LGDJ, Montchrestien, 2007, p. 201.

BOUT (V.), « La convention dite d'assistance », *in Études offertes à Pierre Kayser*, t. 1, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1971, p. 157.

CABRILLAC (R.), « La théorie générale de la représentation dans le projet de réforme du droit des contrats français » *in Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 111.

CANTIN CUMYN (M.), « La qualification du pouvoir ou le pouvoir de la qualification » *in Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 82.

CHÉNEDÉ (F.), « Contrat » *in Hommage à Georges Rouhette*, sous l'égide de l'Association Henri Capitant, Dalloz, 2013, p. 25.

DANEMANS (F.), « Libre propos sur le maître d'ouvrage » *in Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, LexisNexis, Litec, 2007, p. 157.

DANIS-FATÔME (A.), « Le contrat de mandat à l'épreuve de la réforme du droit des obligations du 10 février 2016 » *in Études en l'honneur du Professeur Jérôme Huet*, LGDJ, 2017, p. 77.

DECORPS (J.-P.), « De l'influence de la responsabilité du notaire sur la rédaction des actes qu'il reçoit » *in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 85.

DUBOIS (Ph.), « Les contrats emportant obligation de construire » *in Droit civil, procédure, linguistique juridique, Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 135.

ESMEIN (P.), « L'obligation et la responsabilité contractuelle », *in Le droit privé français au milieu du XIXe siècle. Études offertes à Georges Ripert*, t. 2, LGDJ, 1950, p. 102.

FAURE-ABBAD (M.), « Le marché à forfait : une histoire des interprétations doctrinales de l'article 1794 du Code civil » *in Obligations, procès et droit savant, Mélanges en hommage à Jean Beauchard*, LGDJ, Presse universitaire juridique, Université de Poitiers, 2013, p. 553.

FLÉCHEUX (V.-G.), « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats » *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 341.

GANDOLFI (G.), « Les contrats de services dans le "Code européen des contrats" en partant du mandat » *in Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinozi*, Dalloz, 2013, p. 395.

GOUBEAUX (G.), « La carence du débiteur, condition de l'action oblique : questions de fond et questions de preuve », *in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 147.

GRÉAU (F.), « Retour sur la représentation comme fondement de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés » *in Leçons de droit civil, Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Études coordonnées par Nicole Guimezanes, Bruylant, 2011, p. 355.

GRIMALDI (M.), « Le contrat et le tiers » *in Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 167.

GROSSER (P.), « Bref retour sur les effets de la responsabilité contractuelle », *in Leçons de droit civil, Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Études coordonnées par Nicole Guimezanes, Bruylant, 2011, p. 369.

HONTEBEYRIE (A.), « Le régime général des obligations » *in Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès. Liberté, justesse, autorité*, LGDJ, 2019, p. 297.

JAMIN (C.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *in Mélanges en l'honneur de Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441.

JOBIN (P.-G.), « L'équité en droit des contrats » *in Mélanges Claude Masse, En quête de justice et d'équité*, sous la direction de Pierre-Claude Lafond, Editions Yvon Blais, 2003, p. 476.

LABARTHE (F.),

— « Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion », *in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 489.

— « Le juge et le prix dans le contrat d'entreprise » *in Études offertes à Jacques Normand, Justice et droits fondamentaux*, Litec, LexisNexis, 2003, p. 275.

— « Les conflits de qualification. Eléments de réflexion à partir de la distinction entre le contrat d'entreprise et d'autres contrats » *in Les droits et le droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 540.

LABBÉE (X.), « Le juriste, le droit et la règle morale à l'aube du troisième millénaire » *in Mélanges offerts à Emmanuel Langavant*, L'Harmattan, 1999, p. 233.

LARROUMET (Ch.), « Pour la responsabilité contractuelle » *in Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 543.

LE FICHANT (F.), « La démolition de ce qui trouble anormalement le voisinage », *in Études offertes au Professeur René Hostiou*, LexisNexis, Litec, 2008, p. 287.

LE TOURNEAU (Ph.), « Quelques aspects de l'évolution des contrats », *in Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Sirey, 1985, p. 349.

LECUYER (H.), « Le contrat, acte de prévision » *in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, 1999, p. 643.

LEDUC (F.), « Deux contrats en quête d'identité. Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et d'entreprise », *Études offertes à Geneviève Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 595.

LEQUETTE (Y.), « La pensée humaniste de Gérard Cornu en droit des contrats » *in Hommage à Gérard Cornu, Droit et sagesse*, Association Henri Capitant, Dalloz, 2009, p. 38.

LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les effets du contrat », *in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211.

LICHÈRE (F.), « La transparence, un concept émergent », *in Le droit entre autonomie et ouverture, Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p. 333.

MAZEAUD (D.),

— « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *in Mélanges en hommage à François TERRÉ L'avenir du droit*, PUF, Dalloz, éd. Juris-Classeur, 1999, p. 603.

— « La politique contractuelle de la Cour de cassation » *in Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 382.

— « La réforme du droit des contrats en question … », *in Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron, Liber amicorum*, LGDJ, Lextenso, 2008, p. 346.

— « Le contrat et les tiers : nouvelle leçon de nouvelle présentation », *in Leçons de droit civil, Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Études coordonnées par Nicole Guimezanes, Bruylant, 2011, p. 605.

MERCHIERS (Y.), « Les contrats de prestations de services, flou artistique, réalité économique et catégorie juridique » *in Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, LexisNexis, 2007, p. 431.

SÉRIAUX (A.), « L'œuvre prétorienne in vivo : l'exemple de la convention d'assistance », *in Mélanges Cabrillac*, 1999, Litec, p. 299.

SOURIOUX (J.-L.), « Genèse de l'équité en droit français » *in Par le droit, au-delà du droit*, LexisNexis, 2011, p. 279.

TALLON (D.), « Pourquoi parler de faute contractuelle *?* » *in Droit civil, procédure, linguistique juridique, Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 429.

TENDLER (R.), « Le rôle de la volonté dans l'exécution des contrats » *in Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000, p. 802.

TERRÉ (F.), « L'inutile et l'injuste » *in Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 866.

THIBIERGE (L.), « Le juste prix » *in Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès. Liberté, justesse, autorité*, LGDJ, 2019, p. 483.

TOURNAFOND (O.), « » Les deux métamorphoses du droit français » observations hétérodoxes d'un civiliste sur la double mutation du droit des obligations et des sources du droit » *in Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, LexisNexis, Litec, 2007, p. 623.

IV.
CHRONIQUES, NOTES, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS

ARRIGHI (P.), note sous Com., 27 mai 1974, *D.*, 1977, p. 421.

ATIAS (C.), note sous Civ. 3e, 20 janvier 1999, *Defrénois*, 1999, p. 800.

AUBERT (J.-L.),

— obs. sous Civ. 3e, 15 avril 1980, *Defrénois*, 1981, art. 32682, n° 52, p. 853.

— obs. sous Civ. 1er, 11 mars 1986, *Defrénois*, 1987, art. 33913, p. 404.

— obs. sous Ass. plén., 12 juillet 1991, *D.*, 1991, p. 321.

— obs. sous Com., 27 novembre 1991, *Defrénois*, 1992, p. 747.

AYNÈS (L.), obs. sous Civ. 1er, 31 mars 2010, *Dr. et patr.*, 2010, n° 194, p. 102.

BARBIER (H.),

— obs. sous Civ. 1er, 7 mars 2018, *RTD civ.*, 2018, p. 396.

— obs. sous Civ. 1er, 3 mai 2018, *RTD civ.*, 2018, p. 902.

BÉNABENT (A.),

— note sous Ch. mixte, 13 mars 1981, *D.*, 1981, p. 309.
— note sous Ass. plén., 7 février 1986, *D.* 1986, p. 293.
— note sous Civ. 3e, 24 janvier 1990, *D.*, 1990, p. 257.
— obs. sous CA Paris, 23e ch. B, 19 avril 1991, *D.*, 1992, somm. p. 116.
— note sous Ass. plén., 12 juillet 1991, *D.*, 1992, p. 119.
— note sous Civ. 3e, 28 octobre 2003, *RDC*, 2004/2, p. 231.

BÉNABENT (A.), DUBARRY (J.-C.), obs. sous Civ. 1er, 9 mars 1982, *RTD com.*, 1982, p. 540.

BERTIN (Ph.), note sous Civ. 1er, 9 octobre 1985, *Gaz. Pal.*, 1986, 1, p. 150.

BOUBLI (B.),

— note sous Ass. plén., 12 juillet 1991, *RDI*, 1992, p. 27.
— obs. sous Civ. 3e, 6 mai 1998, *RDI*, 1998, p. 371.
— obs. sous Civ. 3e, 3 juin 1998, *RDI*, 1998, p. 372.
— obs. sous Civ. 3e, 17 novembre 1999, *RDI*, 2000, p. 52.
— obs. sous Com. 3 avril 2002, *RDI*, 2002, p. 212.
— obs. sous Civ. 3e, 20 juin 2002, *RDI*, 2002, p. 213.
— note sous Civ. 3e, 2 juillet 2002, *RDI*, 2002, p. 392.
— obs. sous Civ. 3e, 20 novembre 2002, *RDI*, 2003, p. 60.
— obs. sous Civ. 3e, 15 janvier 2003, *RDI*, 2003, p. 259.
— obs. sous Civ. 3e, 29 octobre 2003, *RDI*, 2004, p. 97.
— obs. sous Civ. 3e, 8 juin 2005, *RDI*, 2005, p. 440.
— obs. sous Civ. 3e, 21 juin 2005, *RDI*, 2005, p. 441.
— obs. sous Civ. 3e, 13 février 2007, *RDI,* 2007, p. 275.
— obs. sous Civ. 3e, 12 mai 2010, *RDI*, 2010, p. 379.

BLOUD-REY (C.), note sous Com., 4 février 2004, *D.*, 2004, p. 2330.

BOULOC (B.),

— obs. sous Com., 6 juin 1989, *RTD com.*, 1990, p. 248.
— obs. sous Com., 5 décembre 1989, *RTD com.*, 1990, p. 461.
— obs. sous Civ. 3e, 17 juillet 1991, *RTD com.*, 1992, p. 447.
— obs. sous Civ. 1er, 6 janvier 1994, *RTD com.*, 1994, p. 548.
— obs. sous Civ. 1er, 16 mars 1994, *RTD com.*, 1994, p. 778.
— obs. sous Civ. 1er, 6 février 1996, *RTD com.*, 1996, p. 516.
— obs. sous Civ. 1er, 3 juin 1998, *RTD com.*, 1999, p. 490.
— obs. sous Civ. 1er, 26 janvier 1999, *RTD com.*, 1999, p. 742.
— obs. sous Civ. 1er, 14 décembre 1999, *RTD com.* 2000, p. 428.
— obs. sous Civ. 1er, 6 juillet 2000, *RTD com.*, 2001, p. 210.
— obs. sous Civ. 1er, 2 novembre 2005, *RTD com.*, 2006, p. 656.
— obs. sous Civ. 1er, 13 juin 2006, *RTD. com.* 2007, p. 223.
— obs. sous Civ. 1er, 12 juillet 2006, *RTD com.*, 2007, p. 440.
— obs. sous Com. 1er, 26 mars 2008, *RTD com.*, 2008, p. 842.
— obs. sous Civ. 1er, 5 novembre 2009, *RTD com.*, 2010, p. 183.
— obs. sous Civ. 3e, 12 mai 2010, *RTD com.*, 2011, p. 167.

CABANNES (J.), concl. sous Ass. plén., 28 mai 1982, *D.*, 1983, p. 117.
CABRILLAC (M.), obs. sous Com. 27 février 1996, *RTD com.*, 1996, p. 307.
CABRILLAC (M.) et TEYSSIE (B.), obs. sous Com. 11 janvier 1983, *RTD com.*, 1983, p. 592.
CALAIS-AULOY (J.), note sous Ass. plén., 13 décembre 1962, *D.*, 1963, p. 277.
CAPOULADE (P.), obs. sous Civ. 3e, 20 janvier 1999, *D.*, 2000, somm. p. 139.
CARBONNIER (J.),
— obs. sous Civ. 1er, 9 février 1959, *RTD civ.* 1959, p. 342.
— obs. sous Civ. 1er, 10 mai 1960, *RTD civ.*, 1960, p. 683.
CARVAL (S.), note sous Com. 26 mars 2008, *RDC*, 2008, p. 1177.
CASSON (P.), note sous Civ. 1er, 12 janvier 2012, *JCP*, 2012, n° 362.
CHABAS (F.), obs. sous Civ. 3e, 15 avril 1980, *RTD civ.*, p. 155.
CHAMPENOIS (G.), obs. sous Civ. 1er, 14 décembre 1976, *Defrénois*, 1977, p. 928.
CHARTIER (Y.), note sous Civ. 1er, 12 mai 1993, *D.*, 1993, p. 411.
CORNILLE (P.), obs. sous Civ. 3e, 20 novembre 2002, *Constr.-Urb.*, 2003, p. 32.
CORNU (G.),
— obs. sous Ass. plén., 13 décembre 1962, *RTD civ.*, 1963, p. 572.
— obs. sous Civ. 1er, 27 octobre 1970, *RTD civ.*, 1971, p. 392.
— obs. sous Civ. 3e, 2 octobre 1974, *RTD civ.*, 1977, p. 151.
— obs. sous Civ. 1er, 14 décembre 1976, *RTD civ.*, 1977, p. 570.
— obs. sous Civ. 1er, 4 janvier 1980, *RTD civ.*, 1981, p. 407.
— obs. sous Com., 6 juin 1989, *RTD civ.*, 1981, p. 409.
COUVRAT (P.),
— note sous Civ. 1er, 27 octobre 1970, *D.*, 1971, p. 449.
— note sous Civ. 1er, 10 novembre 1971, *D.*, 1972, p. 593.
— note sous Civ. 1er, 23 février 1983, *D.*, 1983, p. 481.
DAGORNE-LABBÉ (Y.),
— obs. sous Civ. 1er, 26 janvier 1988, *JCP,* 1989. II. 21217.
— note sous Civ. 1er 28 mars 1995, *D.*, 1995, p. 434.
— obs. sous Civ. 1er, 12 novembre 2015, *AJCA*, 2016, p. 42.
DELEBECQUE (Ph.),
— obs. sous Civ. 1er, 6 janvier 1994, *D.*, 1994, p. 208.
— obs. sous Com., 25 janvier 1994, *D.*, 1994, somm. p. 211.
— obs. sous Civ. 1er, 11 avril 1995, *D.*, 1995, somm. p. 231.
— note sous Civ. 1er, 16 avril 1996, *Defrénois*, 1996, art. 36381, n° 101.
DELPECH (X.), obs. sous Com., 26 mars 2008, *D.*, 2008, p. 1058.
DESHAYES (O.), obs. sous Com., 30 juin 2009, *RLDC*, 2009, n° 9, p. 4.
DISSAUX (N.),
— note sous Civ. 1er, 5 novembre 2009, *D.*, 2010, p. 938.
— note sous Civ. 3e, 12 avril 2012, *JCP E.*, 2012, p. 1420.
DOUCET (F.-P.), note sous Civ. 1er, 19 février 1968, *Gaz. Pal.*, 1968, 2, p. 144.
EL BADAWI (L.), note sous Com., 26 mars 2008, *LPA*, 29 avril 2009, n° 85, p. 13.
ESMEIN (P.), note sous Ass. plén., 13 décembre 1962, *JCP N.*, 1963, II, 13105.
ESPAGNO (P.), note sous CA Limoges, 24 mai 1955, *JCP N.*, 1955, II, 8915.

FAGES (B.),
— obs. sous Civ. 1er, 12 janvier 2012, *RTD civ.*, 2012, p. 115.
— obs. sous Civ. 1er, 31 octobre 2012, *RTD civ.*, 2013, p. 109.
FERRIER (D.), obs. sous Soc., 23 juin 2010, *D.*, 2011, p. 540.
FLÉCHEUX (V.-G.), note sous Ch. mixte, 13 mars 1981, *JCP*, 1981, II, 19568.
FOULON-PIGANIOL (C.-I.), note sous Civ. 1er, 31 mai 1978, *D.*, 1979, p. 48.
GAILLARD (E.), note sous Ass. plén., 28 mai 1982, *D.*, 1983, p. 349.
GARRON (F.), note sous Civ. 1er, 2 novembre 2005, *D.* 2006, p. 841.
GAUTIER (P.-Y.),
— obs. sous Civ. 3e, 3 juillet 1991, *RTD civ.*, 1992, p. 410.
— obs. sous Com. 15 décembre 1992, *RTD civ.*, 1993, p. 604.
— obs. sous Com. 27 avril 1993, *RTD civ.*, 1993, p. 128.
— obs. sous Civ. 3e, 5 juin 1996, *RTD. civ.*, 1997, p. 446.
— obs. sous Civ. 3e, 29 mai 2002, *RTD civ.*, 2003, p. 109.
— obs. sous Com. 4 février 2004, *RTD civ.*, 2004, p. 310.
— obs. sous Civ. 1er, 2 novembre 2005, *RTD civ.*, 2006, p. 138.
— obs. sous TGI Versailles, 28 mars 2006, *RTD civ.*, 2006, p. 576.
— obs. sous Ass. plén., 9 octobre 2006, *RTD civ.*, 2007, p. 145.
— obs. sous Com. 26 mars 2008, *RTD civ.*, 2008, p. 689.
— note sous Civ. 1er, 28 juin 2012, *RTD civ.*, 2012, p. 743.
GHESTIN (J.),
— obs. sous Civ. 3e, 15 avril 1980, *D.*, 1981, p. 314.
— note sous Ass. plén., 12 juillet 1991, *D.*, 1991, p. 549.
GOLDIE-GENICON (C.),
— obs. sous Civ. 1er, 14 décembre 1976, *RDC*, 2010/3, p. 952.
— note sous Civ. 1er, 31 mars 2010, *RDC*, 2010/3, p. 952.
GOUEZEL (A.), note sous Civ. 1er, 12 janvier 2012, *D.*, 2012, p. 1592.
GROSLIERE (J.-C.), obs. sous Civ. 1er, 6 juillet 2000, *RDI*, 2000, p. 580.
GROSLIERE (J.-C.), JESTAZ (Ph.), obs. sous Civ. 3e, 5 décembre 1979, *RDI*, 1980, p. 310.
GROSS (B.), obs. sous CA Rouen, 18 mai 1973, *JCP* 1974, II, n° 17867.
GROUTEL (H.), obs. sous Civ. 3e, 12 mai 2010, *D.*, 2011, p. 1926.
GULPHE (P.),
— concl. sous Ass. plén., 10 juin 1977, *JCP*, 1977, II. 18730.
— note sous Civ. 1er, 23 février 1983, *JCP*, 1983. II. 19967.
HAUSER (J.), obs. sous Civ. 1er, 12 janvier 2012, *RTD civ.*, 2012, p. 513.
HOCQUET-BERG (S.), obs. sous Civ. 1er, 6 janvier 2004, *RCA* 2004, chron. 10.
HOUTCIEFF (D.), note sous Ass. plén., 9 octobre 2006, *D.*, 2006, p. 2933.
JAMIN (C.), chron. sous Ass. plén., 12 juillet 1991, *D.*, 1991, p. 257.
JESTAZ (Ph.),
— obs. sous Civ. 3e, 17 janvier 1984, *Gaz. Pal.*, 1984. 1. Pan. 133.
— obs. sous Civ. 1er, 1er février 1984, *Gaz. Pal.*, 1984, p. 133.
JOURDAIN (P.),
— note sous Ass. plén., 12 juillet 1991, *D.*, 1992, p. 149.

— note sous Ass. plén., 12 juillet 1991, *RTD civ.*, 1991, p. 750.
— obs. sous Civ. 1er, 11 avril 1995, *RTD civ.*, 1995, p. 897.
— obs. sous Civ. 1er, 7 octobre 1998, *RTD civ.*, 1999, p. 111.
— obs. sous Civ. 1er, 18 mai 2004, *RTD com.*, 2004, p. 516.

KNETSCH (J.), obs. sous Civ. 1er, 3 mai 2018, *RDC*, 2018/3, p. 345.

LACHASSAGNE (B.), note sous Civ. 1er, 16 février 1999, *JCP*, 2000. II. 10323.

LACOUR (L.), note sous Civ. 10 décembre 1912, DP. 1914, 1, 97.

LARROUMET (Ch.), note sous Ass. plén., 12 juillet 1991, *JCP*, 1991, I, 3531.

LEGEAIS (D.), obs. sous Ass. plén., 9 octobre 2006, *RTD com.*, 2007, p. 207.

LE RUDULIER (N.), obs. sous Civ. 3e, 12 mai 2010, *AJDI*, 2016, p. 46.

LEVENEUR (L.),
— obs. sous Ass. plén., 12 juillet 1991, *CCC*, 1991, Comm. n° 200.
— obs. sous Civ. 1er, 6 janvier 1994, *CCC*, 1994, n° 49.
— note sous Civ. 1er, 6 mars 1996, *JCP N.*, 1996, p. 1665.
— obs. sous Civ. 1er, 25 mars 1997, *CCC*. 1997, n° 95, p. 10.
— note sous Civ. 3e, 8 avril 1998, *CCC*, 1998, p. 95.
— obs. sous Civ. 1er, 22 octobre 2002, *CCC*, 2003, p. 35.
— note sous Civ. 1er, 6 janvier 2004, *CCC*, 2004, Comm. 35.
— note sous Civ. 1er, 24 mai 2005, *CCC,* 2005, n° 164.
— obs. sous Com. 23 janvier 2007, *CCC*, 2007, Comm. 115.
— note sous Civ. 1er, 9 juillet 2009, *CCC*, 2009. Comm. 260.
— obs. sous Civ. 1er, 2 juillet 2014, *CCC*, 2014, Comm. 128.

MALINVAUD (Ph.), obs. sous Civ. 3e, 11 mai 2005, *RDI*, 2005, p. 299.

MALINVAUD (Ph.), BOUBLI (B.),
— obs. sous Civ. 3e, 21 janvier 1981, *RDI*, 1981, p. 511.
— obs. sous Civ. 3e, 26 février 1986, *RDI*, 1986, p. 362.
— obs. sous Civ. 3e, 24 janvier 1990, *RDI*, 1990, p. 370.
— obs. sous Ass. plén., 12 juillet 1991, *RDI*, 1992, p. 71.
— obs. sous Civ. 3e, 13 mai 1992, *RDI*, 1992, p. 517.
— obs. sous Civ. 3e, 31 mars 1993, *RDI*, 1993, p. 378.
— obs. sous Civ. 3e, 23 novembre 1994, *RDI*, 1995, p. 104.
— obs. sous Civ. 3e, 8 mars 1995, *RDI*, 1995, p. 749.
— obs. sous Civ. 3e, 5 juin 1996, *RDI*, 1996, p. 574.
— obs. sous Civ. 1er, 10 décembre 1996, *RDI*, 1997, p. 233.
— obs. sous Civ. 3e, 7 mai 1997, *RDI,* 1997, p. 444.

MARTIN (P.), note sous Civ. 1er, 26 janvier 1988, *D.*, 1989, p. 405.

MARTIN (R.), note sous Civ. 1er, 6 janvier 2004, *PA* n° 51 du 14 mars 2005, p. 13.

MASSIP (J.), note sous Civ. 1er, 25 mai 1992, *D.*, 1993, p. 153.

MAZEAUD (D.),
— obs. sous Civ. 1er, 7 octobre 1998, *D.*, 1999, p. 259.
— obs. sous Civ. 1er, 18 mai 2004, *D.*, 2005, p. 187.

MAZEAUD (J.),
— note sous Civ. 1er, 3 mai 1966, *D.* 1966, p. 649.

— note sous Civ. 3e, 25 octobre 1972, *D.*, 1973, p. 495.
MERCADAL (B.), note sous CA, Paris, 5e ch. B., 5 juin 1993, *D.*, 1994, p. 255.
MESTRE (J.),
— obs. sous Civ. 1er, 26 janvier 1988, *RTD civ.*, 1988, p. 539.
— obs. sous CA Paris, 2e ch. A, 6 mars 1989, *RTD civ.*, 1989, p. 540.
— note sous Ass. plén., 12 juillet 1991, *RTD civ.*, 1992, p. 90.
— obs. sous Civ. 1er, 16 avril 1996, *RTD. civ.* 1996, p. 892.
— obs. Civ. 1er, 7 octobre 1998, *RTD civ.*, 1999, p. 83.
MESTRE (J.), FAGES (B.),
— obs. sous Com. 4 février 2004, *RTD civ.*, 2004, p. 502.
— obs. sous Civ. 3e, 11 mai 2005, *RTD civ.*, 2005, p. 596.
— obs. sous Civ. 1er, 24 mai 2005, *RTD civ.*, 2005, p. 588.
— obs. sous Ass. plén., 9 octobre 2006, *RTD civ.*, 2007, p. 115.
MINVIELLE (G.), note sous Civ. 3 novembre 1926, *D.*, 1927, p. 77.
MONEGER (J.), note sous Civ. 1er, 14 décembre 1976, *JCP*, 1978 II. 18864.
MORET-BAILLY (J.), note sous Civ. 1er, 23 novembre 2004, *D.*, 2005, p. 2857.
MOURY (J.), note sous Com., 4 février 2004, *RDS*, 2005, p. 863.
NOBLOT (C.), obs. sous Civ. 3e, 11 janvier 2011, *RDI*, 2011, p. 222.
NOGUELLOU (R.), obs. sous CE, 29 septembre 2010, n° 319481, *RDI*, 2010, p. 554.
PAISANT (G.), note sous Civ. 1er, 17 mai 1993, *D.*, 1994, p. 25.
PANSIER (F.-J.), note sous TI Nîmes, 29 juin 1982, *D.*, 1983, p. 13.
PEISSE (M.), note sous Civ. 3e, 5 juin 1996, *Gaz. Pal.*, 1998, somm. p. 523.
PENNEAU (J.), note sous Civ. 1er, 9 octobre 1985, *D.*, 1986, p. 417.
PÉRINET-MARQUET (H.),
— obs. sous Civ. 3e, 11 octobre 2000, *RDI*, 2001, p. 54.
— obs. sous Civ. 3e, 6 décembre 2000, *Defrénois*, 2001, art. 37384.
— note sous Civ. 3e, 20 juin 2001, *Defrénois*, 2002, p. 55.
— obs. sous Civ. 3e, 20 novembre 2002, *Defrénois*, 2003, p. 318.
— obs. sous Com. 5 novembre 2013, *RDI*, 2014, p. 38.
PERROT (R.), obs. sous Civ. 1er, 9 mars 1982, *RTD civ.*, 1983, p. 193.
PORCHY (S.), obs. sous Civ. 1er, 7 octobre 1998, *D.*, 1999, p. 145.
PREVAULT (J.), note sous Civ. 1er, 9 juillet 1985, *D.*, 1986, p. 118.
RÉMY (Ph.),
— obs. sous Ch. mixte, 13 mars 1981, *RTD civ.*, 1981, p. 862.
— obs. sous Civ. 3e, 7 janvier 1982, *RTD civ.*, 1982, p. 147.
— obs. sous Civ. 3e, 6 novembre 1985, *RTD civ.*, 1986, p. 373.
RODIÈRE (P.), note sous Civ. 1er, 15 février 1977, *JCP*, 1977. II. 18757.
RODIÈRE (R.),
— note sous Civ. 1er, 13 novembre 1956, *JCP*, 1957. II. 9799.
— note sous Civ. 1er, 27 octobre 1970, *JCP*, 1971. II. 16624.
ROUGE-VIANCE (L.), obs. sous Com. 17 janvier 2018, *Gaz. Pal.*, 2018, p. 74.
ROUQUET (Y.), obs. sous Civ. 3e, 16 octobre 2013, *D.*, 2013, p. 2465.
SAINT-ALARY-HOUIN (C.), obs. sous Civ. 3e, 7 janvier 1982, *RDI*, 1982, p. 265.

SARGOS (P.), note sous Civ. 1er, 7 octobre 1998, *JCP*, 1998. II. 10179.
STEINMETZ (F.), note sous Civ. 3e, 5 décembre 1979, *JCP*, 1981, II, 19605.
THUILLIER (H.), note sous Civ. 3e, 2 octobre 1974, *JCP*, 1976. II. 18247.
TOMASIN (D.),
— obs. sous Civ. 1er, 7 juillet 1992, *RDI*, 1993, p. 95.
— obs. sous Civ. 1er, 6 janvier 1994, *RDI*, 1994, p. 266.
— obs. sous Civ. 1er, 10 mai 1995, *RDI*, 1995, p. 769.
TOURNAFOND (O.), obs. sous Civ. 3e, 11 mai 2005, *RDI*, 2006, p. 307.
VAREILLE (B.), obs. sous Civ. 1er, 17 mai 1993, *RTD civ.*, 1994, p. 927.
VINEY (G.), note sous Ass. plén., 12 juillet 1991, *JCP*, 1991, II. 21743.
ZENATI (F.), note sous Ass. plén., 12 juillet 1991, *RTD civ.*, 1992, p. 593.

V.
RECUEILS D'ARRETS

CAPITANT (H.) TERRÉ (F.) LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Obligations, Contrats spéciaux, sûretés, 13e éd., Dalloz, 2015.

Recueil général des lois et des arrêts avec notes et commentaires, présentant sur chaque question le résumé de la jurisprudence et la doctrine des auteurs ; revu et complété par L.-M. DEVILLENEUVE et A.-A. CARETTE, Paris, Bureau de l'administration, 1er Série 1791-1830, 1er volume 1791-AN XII.

Recueil général des lois et des arrêts avec notes et commentaires ; revu et complété par L.-M. DEVILLENEUVE et A.-A. CARETTE, Paris, Bureau de l'administration, 1er Série 1791-1830, 4e volume 1812-1814.

Recueil général des lois et des arrêts avec notes et commentaires ; revu et complété par L.-M. DEVILLENEUVE et A.-A. CARETTE, Paris, Bureau de l'administration, 1er Série 1791-1830, 6e volume 1819-1821.

Recueil général des lois et des arrêts avec notes et commentaires ; revu et complété par L.-M. DEVILLENEUVE et A.-A. CARETTE, Paris, Bureau de l'administration, 2e Série AN 1843.

Recueil général des lois et des arrêts avec notes et commentaires ; revu et complété par L.-M. DEVILLENEUVE et A.-A. CARETTE, Paris, Bureau de l'administration, 2e Série AN 1844.

Recueil général des lois et des arrêts avec notes et commentaires ; revu et complété par L.-M. DEVILLENEUVE et A.-A. CARETTE, Paris, Bureau de l'administration, 2e Série AN 1852.

Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, administrative et de droit public, fondé par J.-B. Sirey, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal de Paris, 1900.

VI.
DICTIONNAIRES JURIDIQUES

Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de Denis Allans et Stephanne Rials, Quadrige, PUF, 2003.

Dictionnaire du vocabulaire juridique 2018, 9e éd., sous la direction de Rémy Cabrillac, LexisNexis, 2019.

Dictionnaire élémentaire du droit, sous la direction de Dominique Chagnollaud de Sabouret, Dalloz, 2016.

Dictionnaire pratique du droit, Le particulier, t. 1, 1984.

Lexique des termes juridiques, 2019-2020, 27e éd., sous la direction de Serges Guinchard et Thierry Debard, Dalloz, 2019.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 13e éd., Quadrige, PUF, 2020.

HILAIRE (J.), *Adages et maximes du droit français*, 2e éd., Dalloz, 2015.

NIZOU-LESAFFRE (A.), *Dictionnaire des termes juridiques*, De Vecchi, 2001.
SCARANO (J.-P.), *Dictionnaire de droit des obligations*, Ellipses, 1999.

VII.
OUVRAGES NON JURIDIQUES

A. DICTIONNAIRES

Dictionnaire de L'Académie française, 4e éd., t. 1, chez la veuve de Bernard Brunet, Imprimeur de l'Académie française, Paris, 1762.

Dictionnaire de L'Académie française, revu, corrigé et augmenté par l'Académie elle-même, 5e éd., J.-J. Smits et cie, Paris, 1798.

Dictionnaire de L'Académie française, 6e éd., t. 1, Institut de France, Imprimerie et Librairie de Firmin Didot, Paris, 1835.

BOIST (P.-C.-V.), *Dictionnaire universel de la langue française avec le latin et les étymologies*, Manuel encyclopédique, 6e éd., vol. 3, Verdière, Paris, 1823.

CARRE (I.), *Le vocabulaire français, mots dérivés du latin et du grec*, Armand Colin, Paris, 1900.

FERRAUD (J.-F.), *Dictionnaire critique de la langue française*, A-Z, volume 1, éd. Mossy, Marseille, 1787.

GAFFIOT (F.), *Dictionnaire illustré latin-français*, Hachette, Paris, 1934.

GODEFROY (F.), *Dictionnaire de l'ancienne langue française et de tous ses dialectes du IXe au XVe siècle*, t. 1, Paris, Vieweg, 1881.

LITTRÉ (P.-E.), *Dictionnaire de la langue française*, t. 2, édition nouvelle, Encyclopaedia Britannica, 1978.

NOËL (F.), *Dictionnaire Français-Latin*, refait sur un plan entièrement neuf, nouvelle édition, Librairie Le Normant, Paris, 1855.

SUCKAU (E. de), *Nouveau dictionnaire latin-français*, *contenant tous les termes employés par les auteurs classiques, l'explication d'un certain nombre de mots appartenant à la langue du droit*, Garnier frères, Paris, 1865.

THEIL (N.), *Grand dictionnaire de la langue latine*, t. 2, Librairie de Firmin-Didot, Université du Michigan, Paris, 1929.

B. LITTERATURE

ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Librairie générale française, 1992.

AURELE (M.), *Pensées pour moi-même*, Traduction, préface et notes par Mario Meunier, Garnier-Flammarion, Paris, 1992.

BOURGEOIS (L.), *Solidarité*, Armand Colin, 1896.

CHALARD-FILLAUDEAU (A.), *Rembrandt Ou Le Génie Du Dépassement Essai sur l'artiste hollandais dans l'histoire de l'art allemande*, éditions universitaires européennes, 2010.

DE GIRARDIN (E.), *Pensées et maximes*, par Albert Hetrel auteur du code orthographique, Michel Lévy frères, Paris, 1867.

DESCARTES (R.),

— *Les passions de l'âme*, Gallimard, Paris, 1953.

— *Discours de la méthode*, Garnier Flammarion, Paris, 1966.

— *Règles pour la direction de l'esprit. Traduction et notes par Jacques Brunschwig*, préface, dossier et glossaire par Kim Sang-Ong-Van-Cung, Paris, Librairie générale française, 2002.

FONTANIER (P.), *Les figures du discours*, introduction par Gérard Genette, 2e éd., Flammarion, Paris, 1977.

GARNIER (A.), *Œuvres philosophiques de Descartes, publiées d'après les textes originaux, avec notices, sommaires et éclaircissements*, t. 2, Librairie classique et élémentaire de L. Hachette, Paris, 1834.

LUN YU, *Entretiens de Confucius et de ses disciples*, traduit par Séraphin Couvreur, Club des Libraires de France, Les belles lettres, Paris, 1956.

MONTAIGNE (M.), *Essais*, texte original de 1580, publié par R. Dezeimeris et H. Barckhausen, t. 2, Féret et fils, Bordeaux, 1873.

PERON (G.), *Schopenhauer : la philosophie de la volonté*, l'Harmattan, Ouverture philosophique, Paris, Montréal, 2000.

PLATON, *Gorgias ou de la rhétorique*, traduction de Grou, revue et corrigée avec des notes et des remarques, Delagrave et cie, Paris, 1865.

RAGAGE (X.), *L'éthique d'Aristote appliquée aux entrepreneurs*, Questions contemporaines, L'harmattant, 2018.

VOLTAIRE, *Traité sur la tolérance*, Présentation par René Pomeau, Garnier-Flammarion, Paris, 1989.

TABLE DES MATIERES

Sommaire 10
Abréviations, sigles et acronymes 11
INTRODUCTION GENERALE 17
PARTIE I. CARACTERISATION DU DEPASSEMENT DE MISSION 45
TITRE I. LA DELIMITATION DE LA MISSION DU PRESTATAIRE 49
Chapitre I. Nature de la mission 53
Section I. Une différence de nature : fondement de la qualification des contrats 54
I. Pouvoir de représentation : caractéristique de la mission du mandataire 56
A. Le lien unissant le contrat de mandat au mécanisme de la représentation 57
B. Le lien entre le pouvoir de représentation et le risque de dépassement du mandataire 66
II. Absence de représentation inhérente à la mission de l'entrepreneur 70
A. L'obligation de l'entrepreneur d'accomplir un travail materiel ou intellectuel 70
B. Les effets de l'absence de représentation au regard du dépassement 73
Section II. Les difficultés de qualification en présence de missions complexes 77
I. Choix législatif du mandat 77
A. Le contrat de promotion immobilière 78
B. Le contrat d'agent immobilier 83
II. Coexistence du mandat et de l'entreprise 87
A. Une qualification exclusive : l'agence de voyage 87
B. Une qualification mixte : le contrat liant l'avocat à son client 91
C. Des qualifications accessoires de mandat 94
Conclusion du Chapitre I 99
Chapitre II. Étendue de la mission 101
Section I. L'incidence des caractères du mandat sur le risque de dépassement 102
I. Mandat général et mandat spécial 102
II. Mandat conçu en terme généraux et mandat exprès 106
A. La nature des actes pouvant être accomplis dans le mandat conçu en termes généraux 107
B. La nature des actes pouvant être accomplis sur le fondement d'un mandat exprès 111
Section II. L'influence des suites de la mission du prestataire sur le risque de dépassement 119
I. Le devoir de poursuivre l'exécution de la mission jusqu'à son terme 122
II. La distinction du devoir d'initiative et du dépassement de mission 126
A. Le devoir d'initiative du prestataire 127
B. Les « actes accessoires » à la mission du prestataire 130
Conclusion du Chapitre II 133
Conclusion du Titre I 135
TITRE II. L'ACTION DU PRESTATAIRE HORS DES LIMITES DE LA MISSION 137
Chapitre I. Lente consécration doctrinale de la notion de dépassement 141

Section I. Le dépassement de mission du mandataire 142
I. Regard doctrinal antérieur à la Codification 142
A. L'analyse fondatrice de Domat 143
B. L'analyse approfondie de Pothier 145
1. Agissement du mandataire dans les bornes du mandat 146
2. Agissement du mandataire en dehors des bornes du mandat 147
3. Pothier et la notion de « dépassement de pouvoir » 149
II. Regard doctrinal postérieur à la Codification 151
A. Les premières années de l'Exégèse 152
1. Pensée de Delvincourt 152
2. Apport déterminant de Duranton 154
a. Un changement notable de dialectique 154
b. Le contenu de la réflexion de Duranton 156
B. Le renouveau doctrinal par le dogmatisme 157
C. Le développement de la notion de « dépassement » par la doctrine ultérieure 159
1. Remarquable réflexion de Troplong 160
2. Utilisation doctrinale irrégulière jusqu'à la fin du XIXe siècle 161
3. Le « dépassement » dans la doctrine du XXe et du XXIe siècle 165
Section II. Le dépassement de mission de l'entrepreneur 169
I. Traitement des travaux supplémentaires dans l'œuvre de Pothier 170
II. Doctrine relative à l'article 1793 du Code civil 172
A. Les conceptions de la doctrine classique du XIXe siècle 173
1. Appréciation d'une grande sévérité du dépassement 173
2. Appréciation plus souple du dépassement 176
B. L'apport de la doctrine moderne du XXe et XXIe siècle 179
Conclusion du Chapitre I 182
Chapitre II. Éléments caractéristiques du dépassement de mission en droit positif 185
Section I. Une inexécution des obligations du prestataire 186
I. Une inexécution résultant de l'atteinte à l'intangibilité du contrat 187
II. Absence d'inexécution en cas d'approbation a priori de l'acte 196
A. Approbation du maître d'ouvrage 196
B. Approbation du mandant 200
Section II. La singularité au sein de l'inexécution 202
I. Inexécution par excès 202
A. Une prestation au-delà des limites de la mission 202
B. Le dépassement distinct de la simple carence 207
II. Inexécution distincte du détournement de pouvoir 210
A. L'intention du mandataire, critère du détournement 212
B. La comparaison du pouvoir et de l'acte conclu, critère du dépassement 219
Conclusion du Chapitre II Une proposition de définition de la notion de dépassement de mission 225
Conclusion du Titre II 227
Conclusion de la Partie I 229

PARTIE II. EFFETS DU DEPASSEMENT DE MISSION PAR LE PRESTATAIRE 231
TITRE I. LES EFFETS ENTRE LES PARTIES AU CONTRAT 235
Chapitre I. Sanction de principe du dépassement de mission du prestataire 239
Section I. La sanction commune au mandat et à l'entreprise : la responsabilité contractuelle 240
I. Responsabilité de l'entrepreneur et du mandataire salarié 241
II. Responsabilité du mandataire non salarié 248
Section II. Les sanctions spécifiques à chaque contrat 252
I. Inopposabilité de l'acte conclu par le mandataire en dépassement de sa mission 252
A. La protection originelle du mandant 253
B. Le choix entre la nullité et l'inopposabilité de l'acte 256
1. Admission traditionnelle de la nullité 256
2. Consécration législative de l'inopposabilité 259
II. Sanctions du dépassement de mission par l'entrepreneur 267
A. L'application des sanctions de droit commun 268
1. Le refus de paiement du prix par le maître de l'ouvrage 268
2. La suppression des travaux constitutifs d'un dépassement de mission 273
B. Le renforcement de la sanction du non-paiement du prix dans le marché à forfait de construction d'un bâtiment 280
1. Domaine de l'article 1793 du Code civil 282
a. Un marché à forfait 282
b. La construction d'un bâtiment sur un fonds appartenant au maître de l'ouvrage 289
c. L'extension conventionnelle de l'article 1793 en dehors de son domaine 292
2. Mise en œuvre de la sanction du non-paiement des travaux supplémentaires 293
Conclusion du Chapitre I 307
Chapitre II. Tolérance exceptionnelle du dépassement de mission du prestataire 309
Section I. Du fait de la volonté des parties 310
I Gestion d'affaires utile du prestataire 310
A. L'engagement en qualité de maître de l'affaire du bénéficiaire de la prestation 311
B. Les critiques de l'engagement du mandant découlant de la gestion d'affaires 319
II. Ratification de l'acte de dépassement par le co-contractant du prestataire 325
A. Le principe : l'acceptation a posteriori du co-contractant 326
B. La mise en œuvre de la ratification par le mandant 329
1. Conditions nécessaires à la ratification 329
2. Effets de la ratification 336
C. La mise en œuvre de la ratification par le maître d'ouvrage 340
Section II. En raison du bouleversement de l'economie du contrat d'entreprise 345
Conclusion du Chapitre II 355
Conclusion du Titre I 357
TITRE II. LES EFFETS A L'EGARD DES TIERS QUALIFIES 359
Chapitre I. En présence d'un contrat de mandat 363
Section I. Effets à l'egard du tiers-contractant 363

I. Le tiers informé du dépassement de pouvoir 364
A. Information donnée par le mandataire 365
1. Une information simple 365
2. Une information accompagnée d'une promesse de porte-fort 369
B. Information donnée par le mandant : le recours à l'interpellation interrogatoire 373
1. Le rôle du tiers-contractant dans la prévention du dépassement du mandataire 374
2. Les insuffisances du nouveau dispositif 378
II. Le tiers ignorant le dépassement de pouvoir 384
A. Moyens relatifs à l'acte conclu en depassement de pouvoir 384
1. Nullité du contrat conclu 384
2. Mandat apparent 388
a. Une application de la théorie de l'apparence 389
α. La théorie générale de l'apparence 389
β. Les particularités du mandat apparent 392
1. Identification et illustrations jurisprudentielles du mandat apparent 392
2. Consécration législative du mandat apparent par la réforme du droit des obligations 396
b. La croyance légitime du tiers-contractant 397
α. Le principe : une croyance légitime raisonnable 398
β. Les limites traditionnelles 406
c. Les effets de l'admission d'un mandat apparent 408
B. La « garantie » du mandataire prévue par l'article 1997 du Code civil 410
Section II. Effets à l'égard du mandataire substitué 412
Conclusion du Chapitre I 419
Chapitre II. En présence d'un contrat d'entreprise 421
Section I. Travaux supplémentaires à l'initiative du sous-traitant 424
I. En présence d'une autorisation de l'entrepreneur principal 424
II. En présence d'une autorisation du maître d'ouvrage 428
III. En l'absence d'autorisation du maître d'ouvrage et de l'entrepreneur principal 431
Section II. Travaux supplémentaires à l'initiative de l'entrepreneur principal 432
Conclusion du Chapitre II 437
Conclusion du Titre II 439
Conclusion de la Partie II 441
CONCLUSION GENERALE 443
INDEX ALPHABETIQUE 453
BIBLIOGRAPHIE 457
I. Traités, manuels, ouvrages généraux 459
A. Doctrine antèrieure à 1950 459
B. Doctrine postèrieure à 1950 461
II. Monographies, thèses et ouvrages spéciaux 465
III. Encyclopédies, revues, communications et mélanges 470
A. Encyclopédies 470
1. Répertoires Dalloz 470

2. Répertoires JurisClasseur 471
B. Revues, communications 472
C. Mélanges 481
IV. Chroniques, notes, observations et conclusions 483
V. Recueils d'arrêts 489
VI. Dictionnaires juridiques 489
VII. Ouvrages non juridiques 490
A. Dictionnaires 490
B. Littérature 490
TABLE DES MATIERES 493