

LES HORIZONS DU DROIT

Bulletin n°1, Novembre 2018

A partir de ce mois de novembre 2018, l'Association Française des Docteurs en Droit a le plaisir de lancer sur son site informatique un *Bulletin mensuel* dont l'objet est non seulement d'établir un lien de réflexion régulier entre ses membres mais aussi d'ouvrir largement ses colonnes électroniques à celles et ceux qui sont intéressés par son action et ses diverses manifestations.

Afin d'intéresser le public juridique mais aussi non juridique le plus large, l'AFDD a choisi d'intituler ce Bulletin « *Les Horizons du Droit* » pour signifier que son souhait est d'y accueillir des contributions mettant précisément le Droit en relation avec des horizons auxquels, au moins pour certains d'entre eux, on ne l'associe pas spontanément et qui, pourtant, l'interpellent de plus en plus. Des horizons très divers auxquels il se doit donc d'être particulièrement attentif : ainsi, les sciences, l'espace, la santé, l'art, la psychologie, l'histoire, l'économie, la littérature, la gestion, la géographie, l'environnement et bien d'autres encore ! Alors, à vos claviers !!!

Et pour inaugurer cette nouvelle formule de bulletin, qui succède, dans un genre différent, au *Bulletin mensuel de Liaison* qu'ont rédigé, pendant de longues années et avec un exceptionnel dévouement et une particulière compétence, Karine Vuillemin et Aïda Vallat, le président de l'AFDD se devait, si j'ose dire, de montrer l'exemple ! D'où ce premier numéro reproduisant une intervention que j'ai récemment présentée à un colloque qui s'est déroulé dans une petite ville de province, Castres (grande cependant par son équipe de rugby, championne de France 2018 !).

Jacques Mestre

DROIT DES CONTRATS ET ARITHMETIQUE

FONT-ILS BON MENAGE ?

Jacques Mestre

**(Rapport présenté lors d'un colloque
Castres, septembre 2018)**

Chers Amis,

Droit et Mathématiques... Une fois encore, le thème de notre rencontre annuelle a été bien choisi puisqu'il nous conduit à jeter un regard sur un croisement original mais aussi d'une particulière actualité ! La réflexion se tourne aujourd'hui, en effet, de plus en plus vers la place des algorithmes dans notre droit, vers le possible rôle des logiciels de prédiction juridique, ou encore vers la manière optimale de concilier, pour nous juristes, le fantastique développement de la numérisation avec la nécessaire protection des données personnelles.

Or que pouvait-on rêver de mieux pour tenir ce colloque que cette ville de Castres où, pendant une vingtaine d'années, vécut et travailla celui qui est sans doute le plus grand des mathématiciens-juristes, c'est-à-dire Pierre de Fermat ? Car si l'on connaît naturellement Fermat par ses gloses mathématiques, portées en marge des ouvrages qu'il lisait, et évidemment aussi par son fameux théorème dont le mystère ne fut que très récemment percé, on sait beaucoup moins qu'il fut également un juriste de talent, qui joua un rôle important dans l'apaisement des conflits opposant alors catholiques et protestants. En 1596, avait en effet été créée à Castres par le roi Henri IV une juridiction particulière, confirmée deux ans plus tard par l'Edit de Nantes (d'où le nom qui lui est généralement donné de *Chambre de l'Edit*), dont la compétence spéciale était de juger en dernier ressort les procès dans lesquels les plaideurs étaient de religion différente. Les magistrats qui la composaient étaient eux-mêmes en nombre égal de chaque religion mais si les conseillers réformés étaient titulaires d'un office de la juridiction, les catholiques étaient pour leur part des commissaires choisis parmi les conseillers du Parlement de Toulouse, détachés dans le Tarn. Et c'est ainsi que Pierre de Fermat, qui siégeait au Parlement de Toulouse, se trouva détaché à Castres, qu'il y rendit la justice de longues années, et qu'il y mourut le 12 janvier 1665, trois jours après avoir été frappé, en pleine audience, du mal qui devait l'emporter. Et qu'il fut ensuite enterré sous la place Nationale, devenue depuis la place d'un autre grand illustre de Castres, Jean Jaurès !

Fermat donc, pleinement juriste et pleinement mathématicien... L'association peut évidemment surprendre, et pourtant, en ce dix-septième siècle où l'on était avant tout savant, pétri des humanités et ouvert tant vers les arts que vers les sciences, vers la philosophie que la poésie, elle semblait bien naturelle, et s'est en tout cas révélée très féconde, ainsi que l'observe un magistrat, Roger Albernhe, qui prononça un très bel éloge de Pierre de Fermat lors du discours de rentrée de la Cour d'appel d'Agen, en septembre 1969. Roger Albernhe présenta notamment à cette occasion des observations qui doivent nous inciter à réfléchir sur nos cloisonnements contemporains : *« Certains des biographes de Fermat, considérant les exigences de ses fonctions officielles et le volume considérable de ses travaux en mathématiques, se sont demandés comment il avait trouvé le temps nécessaire pour tout cela. Nous pensons qu'il y a là, en réalité, un faux problème, et que ses fonctions de conseiller au Parlement ont été un adjuvant plutôt qu'un frein pour sa recherche arithmétique. En effet, si son activité judiciaire ne lui a pas apporté la gloire, c'est l'élément où il a vécu toute sa vie. Il y a trouvé tout d'abord, avec une profession honorable, des moyens d'existence qui lui ont épargné tout souci matériel. Mais surtout, l'étude des affaires, l'habitude de poser exactement en termes juridiques un problème de fait, la recherche de la solution, l'obligation de la rédaction des rapports dont l'enchaînement de propositions logiques implique une méthode de raisonnement rigoureuse très voisine de la méthode mathématique, pour en arriver à une conclusion ramassée en termes concis, toute cette activité très dense d'un magistrat très occupé, exerçait son esprit dans le même sens que celui de la recherche arithmétique ».*

Alors, suivons à la lettre ces pertinentes observations, et réfléchissons ensemble, pour commencer cette journée de colloque, sur les relations qu'entretiennent droit des contrats et arithmétique. Formulé autrement, arithmétique et droit des contrats font-ils bon ménage ?

La première réponse qui vient – et sans doute décevrait-elle Pierre de Fermat ! - est la négative. Ou, plus exactement, est-on de prime abord renvoyé à une image d'indifférence. En France, l'arithmétique et le droit qui gouverne les contrats, tant dans la vie quotidienne que dans celle des affaires, ne semblent pas avoir de vocation particulière à s'entendre. Autrement dit, dans le droit de la vente, du bail ou encore de la franchise, si deux plus deux peuvent parfaitement faire quatre, ils peuvent tout aussi bien faire dix, et vingt ou trente peuvent de leur côté très bien contrebalancer cent !

S'il en est ainsi, c'est que notre droit des contrats est traversé par une règle fondamentale, déjà présente en 1804, dans la version initiale du Code civil, et sur laquelle la récente réforme de notre droit n'est pas revenue puisqu'elle est désormais présente dans le nouvel article 1168 du Code. Cette règle, **c'est l'indifférence juridique de la lésion**, c'est-à-dire que la validité d'un contrat n'est nullement subordonnée à l'équivalence des prestations qui y sont stipulées lors de sa formation.

Ainsi, très concrètement, une vente où le prix exigé de l'acquéreur est très inférieur à la valeur de la chose vendue est parfaitement valable, de même qu'un bail l'est alors même que le locataire se serait engagé à verser un loyer très supérieur ou, inversement, très inférieur à la valeur locative du bien.

Cette règle peut naturellement surprendre, voire choquer au regard d'un idéal de justice souvent évoqué en Droit mais, d'un autre côté, on devine sans peine combien, dans le cas contraire, les tribunaux seraient submergés d'actions en nullité, un contractant éprouvant bien souvent, quelque temps après la formation du contrat, le sentiment d'avoir été lésé...

Et que ces actions seraient, au demeurant, parfois difficiles à juger car derrière, par l'exemple l'acquisition d'un bien, il peut aussi y avoir des motifs très personnels, d'ordre affectif, qui ont leur propre valeur. Ou bien encore, dans la vie des affaires, des motifs d'ordre concurrentiel extérieurs au prix lui-même : ainsi, il peut être de bonne stratégie de racheter au prix fort une entreprise simplement pour éviter que celle-ci ne tombe entre les mains d'un concurrent.

Au surplus, on peut ici créditer le droit d'un pragmatisme de bon aloi au plan économique : le profit reste un moteur essentiel de l'économie, et il est donc bon que la règle de droit n'empêche pas par principe les individus ou les sociétés de faire de bonnes affaires.

En liaison directe avec cette indifférence de la lésion, s'ajoute une deuxième règle qui est **l'indifférence juridique de l'erreur sur la valeur**. Si un contractant peut demander la nullité d'un contrat pour une erreur qu'il aurait commise sur un élément essentiel, il ne le peut pas lorsque cet élément est la valeur de la chose. Ainsi, dans une vente, peu importe qu'une erreur sur cette valeur ait été commise, et cela qu'elle l'ait été par l'acquéreur –ce qui est le plus souvent le cas- ou par le vendeur, ignorant de la véritable valeur de la chose qu'il vendait.

La règle est aujourd'hui formulée par l'article 1136 du Code civil : « *L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité* ».

Ainsi, la cession de parts ou actions de société ne saurait être remise en cause au motif que le cessionnaire se serait trompé sur la rentabilité des titres sociaux et sur leur aptitude à procurer des dividendes réguliers.

Autre exemple, très intéressant, tiré de l'emblématique affaire *Baldus* (Civ.1^{ère}, 3 mai 2000, *RTDciv.*2000, p.566, obs.J.Mestre). La propriétaire de photographies de Baldus vend aux enchères publiques cinquante d'entre elles au prix unitaire de mille francs. Trois ans plus tard, elle souhaite en vendre quatre-vingt cinq de plus et se rapprochant de son acquéreur, les lui vend à ce même prix unitaire qu'elle avait alors elle-même fixé. Or elle apprend ultérieurement que Baldus était un photographe d'une bien plus grande notoriété qu'elle ne le pensait, et qu'entre les deux ventes, son acquéreur avait revendu les premières photos cinquante fois plus cher ! Ce dernier aurait-il dû l'en informer lors de la seconde vente ? Oui, considère la cour d'appel de Paris, au nom d'une certaine loyauté ou transparence contractuelle. Non, répond la Cour de cassation en observant simplement qu'aucune obligation d'information ne pèse sur l'acheteur.

L'erreur sur la valeur n'est donc pas une cause de nullité, et ce principe justifie, corrélativement, ainsi que le met d'ailleurs en exergue cet arrêt, qu'une partie ne saurait se voir reprocher, dans le cadre cette fois-ci d'un dol, de n'avoir pas révélé à son cocontractant la valeur réelle de la chose.

A vrai dire, ce point était cependant incertain au lendemain de l'ordonnance du 10 février 2016 réformant notre droit des contrats, mais il est à nouveau très clair avec la loi de ratification n°2018-287 du 20 avril 2018 qui a ajouté à l'article 1137 un alinéa 3 ainsi rédigé : « *Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation* ».

Et on ajoutera encore dans le même sens :

- que demeure également indifférente l'erreur sur les motifs, à moins toutefois que ceux-ci n'aient été expressément intégrés dans le champ contractuel : voir par ex. Civ.3^{ème}, 14 décembre 2017, n°16-24.096 et n°16-24.108. En l'occurrence, des époux

s'étaient adressés à un conseil en gestion de patrimoine qui leur avait suggéré d'investir, pour défiscaliser, dans une acquisition immobilière, que la société qui la commercialisait présentait comme « *un produit d'investissement idéal amplifié par son éligibilité aux régimes Besson-de Robien* ». Or par la suite, les calculs s'avérèrent inexacts, et la cour d'appel de Besançon accepta d'annuler la vente en précisant que si le comportement, tant du conseil que de la société, « *ne peut être qualifié de manœuvres dolosives, en l'absence d'intentionnalité démontrée, il a cependant laissé croire aux époux que l'appartement qu'ils se proposaient d'acquérir disposait d'un potentiel locatif réellement suffisant pour leur permettre de réussir leur opération de défiscalisation* », en sorte qu'ils ont « *contribué à la commission par les acheteurs d'une erreur sur une qualité de la chose* ». Mais la Cour de cassation a censuré cet arrêt en rappelant que l'erreur sur un motif du contrat extérieur à l'objet n'est pas une cause de nullité de la convention, quand bien même il aurait été déterminant, sauf stipulation expresse le faisant entrer dans le champ contractuel et l'érigeant en condition du contrat (solution désormais expressément donnée par le Code civil, dans son nouvel article 1135) ;

- et par ailleurs que certains contrats qui avaient pu être animés, autrefois, d'un véritable souci de nature arithmétique sont récemment rentrés dans le rang. Ainsi en est-il du contrat de transaction pour lesquels les rédacteurs du Code civil avaient prévu en 1804, de manière originale mais finalement très compréhensible au regard de l'objet de ce contrat qui est de clore un différend, un article particulier, un article 2058, précisant que « *l'erreur de calcul dans une transaction doit être réparée* ». Un texte que la jurisprudence avait ensuite interprété strictement en considérant que les seules erreurs de calcul pouvant ici donner lieu à rectification étaient celles commises dans les opérations arithmétiques faites soit par les parties en commun, soit par le tiers qu'elles avaient chargé de préparer la transaction ou de traduire en chiffres les bases de la transaction arrêtée entre elles (Req., 18 juin 1875, *D.P.*1877.I.71 ; Com., 27 octobre 1958, *D.*1958, p.727 ; Civ.3^{ème}, 15 mai 1961, *Bull.civ.*III, n°145). Et un texte qui a aujourd'hui purement et simplement disparu du Code avec la loi n°2016-1457 du 18 novembre 2016 sur la justice du XXIème siècle qui a choisi de soumettre la formation du contrat de transaction aux règles de droit commun.

Cela étant, conclure de tout ce que nous venons de voir que droit des contrats et arithmétique n'ont pas vocation à agir de concert serait excessif car, à côté des principes précédemment évoqués, il est quand même quelques exceptions notables...

Et même, pourrait-on dire, des exceptions qui ne cessent aujourd'hui de se renforcer puisqu'on peut en évoquer au moins cinq (tout en laissant de côté celles propres à la protection du consommateur qu'évoquera tout à l'heure mon ami Jérôme Julien : par ex. l'importance de la mention dans une opération de crédit du taux effectif global à laquelle l'emprunteur-consommateur doit pouvoir faire confiance, à moins à une décimale près !)...

1°) D'abord, l'article 1168 précité réserve lui-même la voie des exceptions en indiquant que « dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ». Autrement dit, la lésion peut parfois vicier le contrat et justifier son annulation.

Le cas le plus remarquable reste ici la vente d'immeuble, lorsque la lésion excède les sept douzièmes et atteint le vendeur (et lui seul : art.1764 C.civ.). Faisons donc un peu d'arithmétique, comme nous y incite le Code : l'immeuble vaut, au regard du marché, 240.000 euros ; la lésion sera prise en compte si elle excède $\frac{7}{12}$ de cette valeur, soit 140.000 euros. Si donc le vendeur a obtenu un prix inférieur à 100.000 euros, il pourra demander la nullité, dans les deux années de la vente (délai préfix), et ce même si dans le contrat il avait renoncé à l'action en indiquant faire donation de la plus-value (cela pour éviter qu'une telle clause ne devienne de style). Et il obtiendra donc la nullité... à moins, cependant, que l'acquéreur ne bloque alors cette action en versant le complément du prix (on dit généralement en ce cas qu'il « rachète la lésion »). Avec une difficulté, l'article 1681 du Code civil précisant qu'il doit alors payer « *le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total* ». La formule a soulevé beaucoup de problèmes en jurisprudence. La Cour de cassation a d'abord précisé que le complément du juste prix devait être calculé en fractions, et non en chiffres, parce qu'il était égal à la quotité impayée de l'immeuble. Exemple : l'immeuble précédent valait lors de la vente 240.000 euros, et l'acquéreur a payé simplement 80.000. Donc, le vendeur a subi une lésion des $\frac{2}{3}$, et c'est cette fraction qu'il faut retenir. Supposons que l'immeuble vaille aujourd'hui 300.000 euros. Le complément impayé est donc des $\frac{2}{3}$ de 300.000 euros, soit 200.000 euros. La Cour de cassation considère ensuite qu'il faut prendre en compte le montant du « prix total », c'est-à-dire le prix convenu, plus la quotité impayée. Dans l'exemple précédent, le prix total dû est de : les 80.000 payés + 200.000, soit 280.000 euros. Le dixième est donc de 28.000, ce qui fait qu'au final, l'acquéreur, pour garder l'immeuble, devra verser : 200.000 – 28.000, soit 172.000 euros (en laissant de côté la délicate question du calcul des intérêts dus par

l'acquéreur, sachant que l'article 1682 indique que l'acheteur doit l'intérêt du supplément du prix « du jour de la demande en rescision » : sur ce point, voir Malaurie, Aynès et Gautier, *Droit des obligations*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2016, n°233).

(Lésion également prise en compte pour les incapables, avec l'étonnante question posée sous l'Ancien Régime du mineur docteur en droit (!) et la décision du Parlement de Toulouse du 24 novembre 1671 considérant que l'invocation de la lésion doit lui rester ouverte « *parce que la faiblesse de l'âge ne peut être suppléé par la science du droit* » ; pour le partage, qui constitua longtemps un autre domaine privilégié de la réception de la lésion, notons que depuis la réforme des successions de 2006, la lésion n'est plus une cause de rescision, et qu'elle se trouve désormais uniquement sanctionnée par une action en complément de part, prévue à l'article 889 du Code civil : le partage n'est donc pas remis en cause, le copartageant lésé de plus d'un quart ayant simplement vocation à obtenir un complément de part qui sera, à son choix, soit en numéraire, soit en nature).

2°) Ensuite, l'article 1169 du Code civil ajoute qu' « un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ».

Autrement dit, zéro égalera toujours zéro ! Ainsi, par exemple, seront nuls le contrat de présentation à un successeur d'une clientèle inexistante (Civ.1^{ère}, 25 avril 1990, n°88-12157 et n°88-12296), le contrat de franchise par lequel le franchiseur ne transfère aucun savoir-faire substantiel et original (Com., 10 mai 1994, n°92-15834), ou encore la convention qui permet à un tiers de facturer à une société de prestations faisant double emploi avec l'exercice, par le dirigeant de cette dernière, de ses fonctions sociales (Com., 14 sept.2010, n°09-16.084 ; 23 oct.2012, n°11-23.376).

Cela étant, là où les choses se compliquent, c'est qu'à côté de ces contreparties illusoires (jusque là, on parlait généralement en jurisprudence d'un défaut de cause), sont également visées les contreparties dérisoires. C'est dire que 0,5 ou 0,8 sera aussi égal à 0.

Ce qui ne veut pas dire pour autant que soient nulles des cessions d'entreprises à l'euro symbolique dès lors que le cessionnaire rachète une entreprise en grande difficulté et prend en charge toute une série de dettes sociétaires qui, normalement, ne lui incombaient pas (voir par ex. Com., 15 janvier 2013, n°11-12495 ; CA Paris, 19 mars 2013, *RJDA* 2013, n°635). Mais au-delà de cette hypothèse, il est des cas qui peuvent faire difficulté, le juge

devant, comme il le faisait jusqu'à la réforme en des termes différents, apprécier si le prix convenu est vil (désormais, dérisoire) ou, en revanche, convenable pour une qualification de vente.

3°) Par ailleurs, si le nouvel article 1171 du Code civil dit aujourd'hui très nettement en son alinéa 2, en liaison directe avec le principe de l'indifférence de la lésion que nous évoquions tout à l'heure, qu'une clause contractuelle ne saurait être qualifiée d'abusives (et donc réputée non écrite) du seul fait qu'existerait un déséquilibre significatif entre le prix stipulé et la prestation convenue (solution déjà donnée, pour la relation entre un professionnel et un consommateur, par l'article L.132-1 du Code de la consommation), la Cour de cassation a cependant récemment montré que cette solution de principe pouvait être remise en cause dans le monde des affaires par ce texte spécial concurrent qu'est l'article L.442-6, I du Code de commerce (Com., 25 janvier 2017, n°15-23.547). Texte qui prévoit des cas de responsabilité civile entre entreprises, dont plusieurs sont incontestablement animés d'un souci d'équilibre puisqu'aux termes de ce texte, est fautif et donc générateur de responsabilité civile le fait :

1° d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu ;

2° de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;

3° d'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit :

4° d'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente.

Dans l'affaire parvenue à la Cour de cassation début 2017, le Ministre chargé de l'économie reprochait à la société Galec (Groupement d'achats des centres Leclerc) d'avoir soumis des fournisseurs à des obligations créant un déséquilibre significatif à raison de certaines clauses du contrat-cadre ayant régi leurs relations en 2009 et 2010, relatives au versement

d'une ristourne de fin d'année au bénéfice du distributeur. Et il avait donc assigné le Galec en annulation de ces clauses, répétition de l'indu et paiement d'une amende civile sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° et III du code de commerce. Or il a obtenu gain de cause, la Cour de cassation rejetant le pourvoi formé par le Galec en ces termes : « *attendu, en premier lieu, que, dans les rapports noués entre un fournisseur et un distributeur, le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties s'apprécie au regard de la convention écrite prévue par l'article L. 441-7 du code de commerce, laquelle précise les obligations auxquelles se sont engagées les parties et fixe, notamment, les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services, comprenant les réductions de prix, telles qu'elles résultent de la négociation commerciale qui s'opère dans le respect de l'article L. 441-6 de ce code ; qu'ayant constaté que l'annexe 2 des contrats-cadres stipulait que la ristourne litigieuse était prévue au titre des conditions de l'opération de vente, la cour d'appel en a justement déduit que les clauses litigieuses relevaient de l'article L. 442-6, I, 2° du même code ; et attendu, en deuxième lieu, que la similitude des notions de déséquilibre significatif prévues aux articles L. 132-1, devenu L. 212-1, du code de la consommation et L. 442-6, I, 2° du code de commerce, relevée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, n'exclut pas qu'il puisse exister entre elles des différences de régime tenant aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines, en particulier quant à la catégorie des personnes qu'il a entendu protéger et à la nature des contrats concernés ; qu'ainsi, l'article L. 442-6, I, 2° précité, qui figure dans le Livre quatrième du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, et au Chapitre II du Titre IV, dédié aux pratiques restrictives de concurrence, n'exclut pas, contrairement à l'article L. 212-1 du code de la consommation, que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu ; qu'en outre, la cour d'appel a exactement retenu que la loi du 4 août 2008, en exigeant une convention écrite qui indique le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, a entendu permettre une comparaison entre le prix arrêté par les parties et le tarif initialement proposé par le fournisseur ; qu'il suit de là que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».*

4°) Autre exception : si l'erreur sur la valeur est indifférente, il en va autrement lorsqu'elle n'est que la conséquence d'une autre erreur que le contractant aurait commise, et qui, elle, serait recevable : par exemple, l'erreur sur la constructibilité d'un terrain (Civ.3^{ème}, 13 juillet 1999, n°97-16.362), sur le défaut d'aptitude des parts sociales

acquises à permettre la poursuite de l'objet social (voir par ex. Com., 7 février 1995, n°93-14.257 ; 21 octobre 1997, n°95-10.267), sur la rentabilité effective d'une franchise (Com., 4 octobre 2011, n°16-20.956 ; 12 juin 2012, n°11-19047, *D.2012*, p.2079, note N.Dissaux) ou encore sur l'authenticité d'une œuvre art, avec ici une très abondante jurisprudence, dont la célèbre affaire *Poussin* constitue sans doute l'illustration la plus remarquable puisqu'en l'espèce l'erreur finalement admise par la Cour de cassation fut celle, commise par les vendeurs, d'avoir vendu en étant persuadés que l'œuvre n'était pas un Poussin alors qu'elle en était peut-être un (autrement dit, de n'avoir pas douté là où la « vérité » aurait voulu qu'ils le fassent : cf.Civ.1^{ère}, 13 décembre 1983, *Bull.civ.I*, n°293).

(rapp., de cette erreur sur les qualités substantielles, **l'erreur dite parfois obstacle**, avec par ex. l'erreur sur la monnaie qui serait le fruit d'une confusion entre anciens francs et nouveaux francs, ou entre francs et euros, ou encore une erreur sur l'étiquetage du prix. Une telle erreur conduit généralement à l'annulation du contrat : voir ainsi Civ.1^{ère}, 28 novembre 1973, *D.1975*, 21, note R.Rodière ; Paris, 15 septembre 1995, *RTDciv.1996*, p.148, obs.J.Mestre ; Orléans, 13 mai 2005, *RTDciv.2005*, p.589, obs.J.Mestre et B.Fages ; voir cependant Civ.3^{ème}, 4 juillet 2007, *Bull.civ.III*, n°123, *D.2007*, p.2847, note N.Rias).

On peut également rattacher à cette idée d'une erreur sur la valeur simplement indirecte et, à ce titre, invocable, le traitement que la loi n°96-1107 du 18 décembre 1996 a réservé à l'erreur sur la superficie dans le cadre de la vente d'un lot en copropriété. La loi du 10 juillet 1965 sur la copropriété des immeubles bâtis renferme en effet un article 46 introduit à cette occasion et rédigé de la manière suivante :

« Toute promesse unilatérale de vente ou d'achat, tout contrat réalisant ou constatant la vente d'un lot où d'une fraction de lot mentionne la superficie de la partie privative de ce lot ou de cette fraction de lot. La nullité de l'acte peut être invoquée sur le fondement de l'absence de toute mention de superficie.

Si la superficie est supérieure à celle exprimée dans l'acte, l'excédent de mesure ne donne lieu à aucun supplément de prix.

Si la superficie est inférieure de plus d'un vingtième à celle exprimée dans l'acte, le vendeur, à la demande de l'acquéreur, supporte une diminution du prix proportionnelle à la moindre mesure.

L'action en diminution du prix doit être intentée par l'acquéreur dans un délai d'un an à compter de l'acte authentique constatant la réalisation de la vente, à peine de déchéance ».

Ce dispositif, prévu au seul bénéfice de l'acquéreur, a donné lieu à une jurisprudence abondante, en particulier parce que le calcul de la superficie, sur la base des précisions données par un décret, n'est pas toujours aisé en pratique, et qu'il peut donc donner lieu à des erreurs, y compris de la part des techniciens sollicités. De façon générale, la Cour de cassation veille au strict respect du texte : voir par ex., pour une erreur d'un quart sur la surface indiquée dans une vente consentie par une association, Civ.3^{ème}, 26 octobre 2017, n°16-23.446. Le vendeur a-t-il ensuite un recours contre le technicien qui aurait mal mesuré ? Ce recours a été écarté par Civ.3^{ème}, 25 octobre 2006, n°05-17.427 ; 8 juin 2011, n°10-12.004, refusant de voir dans la restitution partielle du prix un préjudice indemnisable, par un raisonnement assez mécanique. Mais cette solution était critiquable, car dans la séduction que peut susciter un immeuble auprès d'un acquéreur, la superficie n'est pas tout. Il est aussi des envies subjectives d'acheter, des emballements, des circonstances particulières, des concurrences parallèles, et il est dès lors légitime que le vendeur, qui serait tenu, par l'effet d'un re-mesurage, de restituer une partie du prix, soit ensuite au pouvoir de dire qu'il a finalement perdu une chance d'obtenir, de manière parfaitement régulière, le prix que l'acquéreur avait accepté d'y mettre. Ce raisonnement a été admis par Civ.3^{ème}, 28 janvier 2015, n°13-27.397, rejetant un pourvoi contre un arrêt d'appel ayant permis au vendeur de se retourner en partie contre le technicien qui avait mal calculé la superficie : *« attendu qu'ayant retenu, à bon droit, que, si la restitution, à laquelle le vendeur est tenu en vertu de la loi à la suite de la diminution du prix résultant d'une moindre mesure par rapport à la superficie convenue, ne constitue pas, par elle-même, un préjudice indemnisable permettant une action en garantie, le vendeur peut se prévaloir à l'encontre du mesureur ayant réalisé un mesurage erroné, d'une perte de chance de vendre son bien au même prix pour une surface moindre, la cour d'appel a souverainement apprécié l'étendue du préjudice subi par Mme X. ».*

5°) Enfin, l'équilibre qui n'est pas exigé en principe par le Code dans la formation même du contrat l'est, en revanche, de plus en plus souvent dans son exécution !

C'est là un point important, qui est sans doute lié à une approche particulière du contrat et de la situation qu'y prennent les parties, que notre droit perçoit davantage comme des partenaires que comme des personnes aux intérêts antagonistes. On peut aujourd'hui

donner plusieurs illustrations de cette évolution. J'en prendrai les trois qui me paraissent les plus remarquables :

- d'abord, celle relative aux contrats-cadre (concession, franchise...), dans lesquels le prix des futurs contrats d'application n'est pas encore déterminé. Depuis 1995, la Cour de cassation admet que le prix puisse être fixé en cours d'exécution par l'une des parties, mais impose alors à celle-ci de ne pas abuser de son pouvoir, et cette solution est désormais consacrée à l'article 1164 du Code civil : « *Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat* » (rapp., pour les contrats d'entreprise, l'article 1165 : « *Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord entre les 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* » ;
- ensuite, celle relative aux clauses limitatives de responsabilité qui, dans le sillage de l'arrêt *Chronopost* (Com., 22 octobre 1996, Bull.civ.IV, n°261), ne sauraient, à travers le plafond très bas qu'elles prévoiraient, supprimer toute idée de responsabilité effective : cf. le nouvel article 1170 du Code civil : « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». Certes, on sait, depuis le second arrêt *Faurecia* (Com., 29 juin 2010, n°09-11841), qu'une clause peut très bien limiter sensiblement l'éventuelle responsabilité qu'un professionnel encourait du fait de son exécution défectueuse du contrat, mais encore faut-il que le plafond alors prévu trouve sa justification dans une sorte d'équilibre général du contrat ;
- enfin, celle du nouvel article 1195 du Code civil prévoyant que « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant* » (al.1^{er}) et ajoutant qu'« *en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande*

d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe » (al.2). Un texte qui, soucieux du maintien d'un certain équilibre contractuel, met fin à la célèbre jurisprudence *Canal de Craponne* (Civ., 6 mars 1876, *D.P.*1876.I.193), dans laquelle on *pouvait* discerner un certain mépris du Droit pour l'arithmétique puisque la redevance de trois sols par carteirade (c'est-à-dire 190 ares) convenue au XVII^{ème} siècle pour entretenir ledit canal était toujours en vigueur deux siècles plus tard ! Les juges aixois avaient accepté de la multiplier par dix, mais leur opération avait été sèchement condamnée par la Cour de cassation, pour laquelle « *dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* ».

Alors, finalement, quand on fait le bilan de toutes ces exceptions, on voit que droit des contrats et arithmétique ne font plus aujourd'hui si mauvais ménage que cela !

Sans pour autant composer un couple parfait, à moins qu'on y voit une sorte de couple... libéré, où la liberté règnerait en maître et où dès lors, si les parties au contrat souhaitaient s'évader de la rigueur mathématique, elles seraient en droit de le faire en usant pleinement de la liberté contractuelle !

Prenons-en ainsi deux exemples pour nous en convaincre en terminant.

Le premier, ce sont les contrats aléatoires, dans lesquels les parties conviennent de contractualiser un aléa et, ce faisant, acceptent par avance les éventuels déséquilibres mathématiques qui pourraient en résulter. Certes, leur liberté n'est pas absolue car la validité même du contrat suppose précisément qu'existe bien cet aléa, de sorte, par exemple, qu'encourraient la nullité le contrat d'assurance portant sur un risque que l'assuré savait déjà réalisé, ou encore la vente avec rente viagère lorsque le débirentier était au courant que le décès du crédentier était imminent (avec, en outre, l'éventuel jeu de l'article 1975 du Code civil prévoyant expressément la nullité de la vente lorsque la personne était déjà, lors de la vente, atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat). Mais sous cette réserve, au demeurant très logique, l'aléa va pouvoir jouer pleinement, et conduire à des prestations au final très déséquilibrées.

Dans ce même sens d'ailleurs, on pourrait également citer le jeu des clauses de variation de taux d'intérêt qui peuvent aboutir, selon les cas, à des intérêts très faibles (quand ce n'est pas négatifs...) ou à des intérêts très élevés, dont la jurisprudence admet très généralement l'application concrète : cf., très révélateur, Com., 28 mars 2018, n°16-26.610. En l'occurrence, une commune, pour financer la réalisation ou la rénovation d'équipements communaux, avait eu notamment recours à deux prêts consentis par la société Dexia crédit local, et ces prêts prévoyaient que si pendant une première phase de près de quatre ans pour le premier prêt et de deux ans pour le second, les intérêts seraient calculés par application d'un taux fixe, ensuite, dans l'hypothèse où, pendant une deuxième phase de seize ans pour le premier prêt et de vingt ans pour le second, le cours de l'euro en franc suisse serait inférieur au cours pivot de 1,45 franc suisse pour 1 euro, les intérêts seraient calculés par application d'un taux variable composé de la somme d'un taux fixe et de 50 % du taux de variation du cours de change de l'euro en franc suisse. Or cette stipulation s'est en pratique révélée particulièrement fâcheuse pour la commune, qui l'a contestée devant les tribunaux mais sans succès : *« attendu, en premier lieu, qu'ayant relevé que, si le taux d'intérêt de la deuxième phase de remboursement des prêts n'était pas fixé au moment de la signature des contrats, le mode de calcul de ce taux variable était précisément défini, l'arrêt retient que les engagements des parties ont ainsi été définitivement fixés lors de la conclusion des contrats litigieux, sans qu'une nouvelle manifestation de volonté de leur part ne soit requise ; que c'est donc à bon droit que la cour d'appel en a déduit que ces contrats n'incorporaient pas des contrats d'option ; et attendu, en second lieu, qu'après avoir relevé que les contrats de prêts litigieux comportent un aléa, consistant en l'application, pour la deuxième phase de remboursement, d'un taux variable calculé en fonction du taux de variation du cours du change de l'euro en franc suisse, l'arrêt retient qu'ils ne constituent pas, pour autant, des contrats spéculatifs puisque, en les souscrivant, la commune n'a pas cherché à s'enrichir mais seulement à refinancer des investissements réalisés dans l'intérêt général à des conditions de taux d'intérêt les plus avantageuses possibles ; qu'en cet état, et dès lors que le caractère spéculatif d'une opération ne peut résulter de la seule exposition de la collectivité territoriale à des risques illimités, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche invoquée par la première branche et n'avait pas à effectuer celle, inopérante, invoquée par la troisième, a légalement justifié sa décision ».*

(rapp., pour ce jeu naturel et par hypothèse incertain de la variabilité contractuelle, Civ.3^{ème}, 14 janvier 2016, n°14-24681, D.2016, p.199, Gaz.Pal.1^{er} mars 2016, p.66, note J.-D.Barbier, condamnant la clause d'indexation qui, renfermée dans un bail commercial, excluait par avance toute baisse du loyer).

Le second exemple, c'est le contrat de société. Un contrat où, de prime abord, l'arithmétique compte pleinement, pour déterminer le poids de chaque associé, pour calculer les majorités, simples ou qualifiées, pour fixer les seuils à partir desquels des droits s'exercent ou, à l'inverse, des obligations apparaissent (cf., de manière très évocatrice, l'art.L.233-7 C.com.).

Et pourtant dans ces sociétés, et souvent précisément à raison de leur dimension contractuelle, il est des montages qui permettent de prendre le contrôle d'une société avec un investissement des plus réduits... Ou encore des droits de veto, explicites (liés par ex. à la stipulation d'une action de préférence) ou implicites (découlant alors d'une exigence d'unanimité : on pense notamment à l'hypothèse de l'augmentation des engagements d'un associé) qui, en pratique, feront qu'un seul associé va pouvoir bloquer l'adoption d'une délibération souhaitée par tous les autres ! Les lois de l'arithmétique sont alors manifestement bafouées, et le droit, pourtant, n'en prend pas véritablement ombrage...

Ce qui, face à l'interrogation que nous nous posions en début d'exposé, nous conduit finalement aux deux observations suivantes :

- le droit des contrats se rapproche de l'arithmétique, et aujourd'hui plus souvent qu'autrefois, pour éviter des déséquilibres par trop choquants qui heurteraient son idéal de justice contractuelle ;
- mais, d'un autre côté, il entend conserver son autonomie parce que, d'abord, il lui appartient de prendre en compte aussi des paramètres d'ordre très personnel (intérêt particulier pour l'acquisition de tel bien, goût pour la prise de risque...), et qu'ensuite, le contrat peut être la base de stratégies dans lesquelles un plus un peuvent espérer faire beaucoup mieux que deux !