

## Le choix des contractants

En dépit de sa nature profondément économique, le contrat est également une affaire de personnes ; l'idée traverse la matière, et, à ce stade de la formation du contrat, on peut déjà vérifier en étudiant le **droit de choisir son cocontractant** (1) et **les règles relatives à la capacité de contracter** (2).

### 1- Le droit de choisir son cocontractant :

**Le principe** : composante essentielle de **la liberté contractuelle** ; la liberté contractuelle implique pour chacun le droit de choisir librement la personne avec laquelle il entend contracter ; et ceci est vrai dans toute espèce de contrats, ainsi, a moins d'avoir fait une **offre publique** pouvant être acceptée par le premier venu (cass ; 3<sup>ème</sup> civ le 1<sup>er</sup> juill ; 1998 N°96-20605, bull civ n° 153)

**Cass** : une abréviation du terme cassation الطعن بالنقض

**3<sup>ème</sup> civ** : الغرفة المدنية الثالثة

**Bull civ** : bulletin civil \_ revue juridique .

Celui qui n'a qu'une chose à vendre peut librement choisir son acheteur ; peut important que le contrat de vente, qui ne suppose qu'un accord sur la chose et le prix (art 1583 C ; civ), ne soit pas spécifiquement conclu en considération de la personne.

Art : article

C.civ : code civil

**L'intuitu personae**<sup>1</sup> ; si le droit de choisir son partenaire contractuel existe de façon générale, rien ne l'illustre mieux, cependant, que la possibilité qu'il y a de conclure un contrat intuitu personae, c'est-à-dire en considération de la personne même du contractant, de son identité et de ses qualités personnelles. En pratique, l'intuitu personae peut résulter de la nature du contrat conclu par les parties (ex : **donation**, **contrat d'édition**, **société de personnes**, etc.) ; mais aussi de **l'insertion d'une clause** indiquant expressément que les parties ont fait de telle ou telle personne un élément déterminant de leur consentement.

D'importantes conséquences juridiques s'attachent à cette qualification:

**l'erreur** sur la personne est admise ; **l'exécution du contrat** ne peut être confiée à un tiers contre le gré du créancier (art 1237C.civ) (pour une illustration de la nécessité d'une exécution personnelle voir cass<sup>2</sup> 1<sup>ère</sup> civ du 17déc 2002 n°99-20762, bull civ n°306, RTDciv<sup>3</sup> 2003.291).

Et en cas de décès d'une des parties, le contrat prend fin (V ; Infra<sup>4</sup> relative à la dissolution des contrats)

V : voir ( الاحالة ) ارجع

<sup>1</sup> Intuitu personae est une locution latine signifiant « en fonction de la personne » elle est notamment utilisée en droit pour qualifier une relation existante entre deux personnes qui ne peut pas être transposée à d'autres personnes, c'est le cas par exemple d'un contrat de travail qui est nominatif

<sup>2</sup> Cassation

<sup>3</sup> Revue trimestrielle de droit civil

<sup>4</sup> Infra adverbe sert à renvoyer à un passage qui se trouve plus loin dans un texte synonyme de voir ci-dessous

**L'agrément** : en pratique, il est fréquent que **des clauses d'agrément** soient stipulées afin de donner à une partie au contrat (ou à un organe de la société) **le droit d'agrée** ou de ne pas agréer la personne qui a été présentée pour conclure une **opération contractuelle**.

Dans les statuts d'une société, par exemple, une clause peut soumettre à une **procédure préalable d'agrément** ; **les cessions de parts sociales** à un **ascendant**, un **descendant** ou un **conjoint** ; ou encore **les cessions d'actions entre actionnaires** ou à **des tiers à la société** ; toute cession intervenue en violation d'une telle clause étant déclarée nulle par le législateur.

Dans un **contrat de concession**<sup>5</sup>, **le concédant**<sup>6</sup> peut se réserver la faculté d'agrée le candidat présenté par **le concessionnaire** en vue de la reprise de la concession.

On assiste alors, dans tous ces cas, à un **renforcement conventionnel de la liberté de choix** qui découle du **principe de la liberté contractuelle**.

**Titre : l'agrément comme outil de renforcement du principe de liberté contractuelle**

**L'idée générale :**

**Les clauses d'agrément peuvent être stipulées pour donner à un contractant le droit d'agrée une personne présentée pour conclure ; l'exemple courant c'est le contrat de concession ; on assiste alors à un renforcement du principe de liberté contractuelle par l'agrément.**

**La traduction des termes :**

**Les limites :**

**Lutte contre les discriminations illicites** : **le droit de choisir** son cocontractant ne doit pas dégénérer en une **discrimination intolérable au regard des valeurs universelles d'égalité** et de **respect**. C'est la raison pour laquelle le **droit contemporain**, souvent à l'initiative du **législateur communautaire**<sup>7</sup>, s'efforce de lutter contre certaines formes de discrimination qu'il déclare illicites.

<sup>5</sup> Un contrat de concession عقد الامتياز est un contrat administratif qui permet à une personne publique de confier à une autre personne publique ou privée la gestion de travaux ou d'un service pour une durée limitée

<sup>6</sup> Le contrat de concession conclu entre un concédant et un concessionnaire ( عقد الامتياز المبرم بين السلطة المانحة للتفويض و الوكيل المستفيد من التفويض )

Concédant (ante) celui qui accorde une concession (l'autorité administrative

Concession acte juridique bilatéral ou unilatéral en vertu duquel une personne le concédant accorde à une autre le concessionnaire, la jouissance d'un droit ou d'un avantage particulier

<sup>7</sup> V ;dir 2000 /43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans discrimination de race ou d'origine ethnique ; dir 2004/113/CE du 13 déc 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès des biens et des services et la fourniture de biens et de services

**Directive**

**Un des textes les plus important** est sans aucun doute l'article 225-1 du code pénal qui, après plusieurs retouches successives et notamment une loi de lutte contre les discriminations du 16 novembre 2001 dispose que constitue une discrimination pénalement sanctionnée « toute distinction opérée entre les personnes physiques a raison de leur origine, de leurs sexe, de leurs situation de famille, de leur grossesse, de leurs apparence physique, **de leur patronyme**<sup>8</sup>, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leur mœurs, de leur orientation..., de leur âge, de leurs opinions politiques, de leur **activités syndicales**, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, a une ethnies, une nation, une race ou une religion déterminée » ainsi que toute distinction opérée entre les personnes morales a raison de ces mêmes motifs appliqués aux membres ou certains membres de ces personnes morales.

- **Les formes des discriminations qui limitent le principe de libre choix du contractant (le code pénal dans l'article 225-1 a démembré 14 formes de discriminations)**
- **La classification des formes des discriminations pénalement sanctionnées**

**Ainsi définie**, la discrimination commise a l'égard d'une personne physique ou morale est punie de trois ans **d'emprisonnement** et de 45000 euros **d'amende**, notamment lorsqu'elle consiste à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service (art 225-2 ; C pén) **Ou a subordonner** la fourniture d'un bien ou d'un service a une condition fondée sur l'un des éléments visés a l'article 225-1, dans la mesure ou elle constitue une **infraction pénale**, **la jurisprudence** admet que la discrimination puisse être établie au **moyen de procédés probatoires**<sup>9</sup> qui, vus du droit civil, pourraient apparaitre déloyaux.

- Sanction des discriminations selon le code pénal
- Amende : des sanctions pénales // astreintes : un outil d'exécution forcé de l'obligation

D'autres textes relayent ce texte en droit du travail (art L1132-2 C trav) ou en **droit des baux**<sup>10</sup> **d'habitation** du 6 juillet 1989

---

<sup>8</sup> Le mot patronyme d'origine grecque signifiant étymologiquement « nom du père » a été introduit dans la langue française au sens large de nom commun a tous les descendants d'une famille

<sup>9</sup> L'adjectif probatoire est du latin probatorius, dérivé adjectival du verbe probare signifiant prouver est qualifié de probatoire ce qui tend a prouver, ce qui vise a démontrer, a établir, ce qui a pour objet de faire accepter quelque chose comme bon

<sup>10</sup> Contrat par lequel une personne (bailleur) laisse a une autre (locataire) le droit de se servir d'une chose pendant un certain temps moyennant un certain prix (loyer)

Bail nom masculin au singulier baux au pluriel

## **Prohibition (interdiction légale) du refus de vente ou de prestation de service a un consommateur :**

L'article L-122-1 du **code consommation** interdit sous peine d'amende de « refuser a un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf **motif légitime** », au titre des motifs légitimes pouvant justifier le refus on peut songer a l'indisponibilité du produit, **a l'insolvabilité<sup>11</sup> du consommateur**, ou a son comportement grave. En revanche, les convictions personnelles ou religieuses de l'auteur du refus ne constituent pas une excuse valable (cass crim 21 oct 1998 refus par un pharmacien de délivrer des médicaments contraceptifs).

Entre professionnels, le refus de vente ou de prestation de service n'est plus prohibé en lui-même depuis une loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996, il peut néanmoins être sanctionné sur le fondement du droit commun de la responsabilité.

- **Le refus de vente ou de prestation constitue une forme de discrimination selon le code de consommation**

**Autres limites :** la liberté de choisir son cocontractant peut être restreinte par d'autres sortes de dispositions, ainsi le **droit de préemption<sup>12</sup>** que la loi accorde a certaines personnes peut venir contrarier le choix initialement fait par une partie de contracter avec tel ou tel.

- **La deuxième forme qui limite le principe de libre choix du contractant c'est le droit de préemption**

**Résumer :**

**La capacité d'exercice pour les personnes physique et régie par l'article 1123 C.civ français (l'article 40 du code civil Algérien)**

**Cependant, pour les personnes morales, à partir de leurs acquisitions de la personnalité juridique (pour les sociétés à partir de leurs immatriculations au registre du commerce et des sociétés pour les associations à partir de leurs déclarations à la préfecture et après l'insertion au journal officiel.**

**Les régimes d'incapacité tournent autour de deux cas d'incapacités :**

- 1er. Les incapacités d'exercice :**

---

<sup>11</sup> Insolvabilité état d'une personne qui est insolvable qui ne peut pas payer ses dettes

<sup>12</sup> Le droit de préemption est l'avantage qui est donné a quelqu'un par la loi soit par une disposition contractuelle, de pouvoir se substituer a l'acquéreur d'un droit ou d'un bien pour en faire l'acquisition a sa place et dans les mêmes conditions que ce dernier , ainsi la loi fait une obligation au bailleur d'un local a usage d'habitation qui a signifié un congé a son locataire motivé par son intention de vendre le logement que ce dernier occupe, de l'informer des modalités de la vente qu'il projette de réaliser , a compter de la réception du préavis de congé, le locataire dispose d'un délai pour préempter , le locataire qui fait connaitre en temps voulu son intention de se porter acquéreur, est alors substitué au tiers dans les effets et dans les obligations du contrat.

- Les mineurs dépourvus de discernement (moins de 13 ans révolu)
- Les personnes atteintes de faiblesse d'esprit
- Les personnes atteintes de démence

#### 2e. Les incapacités de jouissance :

- Les personnes pourvues de discernement non majeur
- Les prodiges
- Les imbéciles
- Les personnes sous curatelle (psychologiquement instable) .

### La capacité de contracter

**La capacité est la règle ; l'incapacité l'exception** : l'article 1123 du code civil pose pour règle que « toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ».

**Article 40 code civil algérien « toute personne majeure jouissant de ses facultés mentales et n'ayant pas été interdite, est pleinement capable pour l'exercice de ses droits civils.**

**La majorité est fixée à dix-neuf ans révolus. »**

La capacité est donc le principe ; et cela vaut aussi bien pour les personnes physiques que pour les personnes morales ; lesquelles peuvent passer des contrats dès qu'elles acquièrent la personnalité juridique.

Ce qui se produit pour les sociétés par **l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés** ; (art.1842 C.civ ; art L.210-6 C.com), ou pour les associations par **déclaration** à la préfecture suivie d'une **insertion au journal officiel** (art.5L. 1<sup>er</sup> juill.1901).

Ce n'est qu'à titre d'exception qu'une personne peut être déclarée incapable :

S'agissant des personnes physiques, l'article 1124 du code civil renvoie ainsi aux principaux régimes d'incapacité que connaît le droit des personnes et dans le détail desquels il n'y a pas lieu de rentrer ici.

Ces régimes édictent des incapacités d'exercice qui tendent seulement à restreindre la faculté de certaines personnes à exercer seules, **ou sans autorisation**, les droits dont elles jouissent. Ils protègent classiquement :

- **Les mineurs non émancipés**<sup>13</sup> (art 388 C.civ), ceux-ci ne peuvent en principe contracter que par l'intermédiaire de leur représentant (**administrateur légal**<sup>14</sup> ou **tuteur**). Néanmoins, l'usage veut qu'ils puissent accomplir seuls certains actes de vie courante (art 389-5 et art 408 C.civ)
- **Les majeurs incapables** (art 425 C.civ ) leur incapacité est à la mesure de la gravité de leur état :

<sup>13</sup> Émancipé, ée : adj. Ou subst ; celui qui a bénéficié d'une émancipation

Émancipation : lat ; emancipatio ; acte par lequel le mineur est affranchi de l'autorité parentale et devient capable, comme un majeur des actes de la vie civile, mais continue par exception à avoir besoin des autorisations nécessaires au mineurs non émancipé pour se marier ou se donner en adoption et ne peut être commerçant.

<sup>14</sup> L'administration légale est la situation juridique pendant laquelle les biens du mineur sont gérés par les détenteurs de l'autorité parentale notamment les parents

les majeurs sous sauvegarde de justice conservent l'exercice de leurs droits ; tandis que les majeurs sous curatelle<sup>15</sup> ou sous tutelle sont frappés d'une véritable incapacité d'exercice, spéciale dans le cas de la curatelle (elle ne concerne que les actes pour lesquels la loi requiert l'assistance du curateur), générale dans le cas de la tutelle (tous les actes nécessitent la représentation du tuteur sauf ceux que le juge a habilité le majeur à accomplir seul ou avec l'assistance du tuteur).

- Les contrats passés en violation de ces régimes d'incapacité sont frappés de nullité relative.
- A ces incapacités d'exercice (les **dépourvue de discernement** à cause de leurs âge ou par suite **de la faiblesse d'esprit** ou de la **démence**), il faut ajouter les **incapacités de jouissance** (ceux qui atteint **l'âge de discernement** sans être majeur ou ceux atteint à la majorité **de prodigue** ou frappé **d'imbécillité**) qui privent certaines personnes du droit même de conclure certains contrats ; nécessairement spéciales, sans quoi les intéressés se verraient privés de tous leurs droits et donc finalement de leur personnalité juridique, ces incapacités poursuivent des objectifs variés.

Elles peuvent chercher à protéger :

- Soit l'incapacité par exemple un mineur non émancipé ne peut faire aucune donation, ni par lui-même ni par l'intermédiaire de son représentant (art 903 C.civ) ;
- Soit le cocontractant de l'incapable, par exemple, le médecin traitant d'un mourant ne peut recevoir aucune **libéralité**<sup>16</sup> de celui-ci (art.909 C.civ) ; de même, quiconque exerce une fonction ou occupe un emploi dans un établissement hébergeant des personnes âgées ou dispensant des soins psychiatriques ne peut se rendre acquéreur d'un bien ou **cessionnaire**<sup>17</sup> d'un droit appartenant à une personne admise dans l'établissement, ni prendre à bail le logement occupé par cette personne avant son admission dans l'établissement ( art 1125 C.civ).
- De toute évidence, la loi se méfie ici **de l'ascendant** que les personnes qu'elle frappe d'incapacité (le médecin, le personnel de l'établissement, etc.) pourraient exercer sur l'autre partie.

### **Le trouble mental de l'incapable non protégé :**

Lorsqu'un individu qui n'a pas été placé sous un régime légal de protection souffre néanmoins « d'un trouble mental au moment de l'acte », celui-ci pourra être annulé ; la solution est consacrée depuis une loi du 3 janvier 1968 par l'article 414-1 du code civil (ancien art 489 C.civ) qui énonce par ailleurs que « pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit » en dépit de sa localisation dans la partie que le code civil consacre aux incapacités, ou il joue le rôle d'un filet de sécurité, cet article de portée générale édicte une cause de nullité pour défaut de consentement.

---

<sup>15</sup> Lat jur du moyen âge curatela ; régime intermédiaire de protection (réduit à l'assistance d'un curateur) sous lequel peut être placé un majeur lorsque sans être hors d'état d'agir lui-même, il a besoin d'être conseiller et contrôlé dans les actes les plus graves de la vie civile soit en raison d'une altération de ses facultés personnelles comme le cas de prodigalité **الاسراف** ou oisiveté **الكسل** l'intempérance **عدم الاعتدال** l'addiction

<sup>16</sup> Libéralité nom féminin littéraire : disposition à donner généreusement synonymes ; générosité, largesse, don généreux

<sup>17</sup> Personne à qui une cession a été faite ; cession action de céder un droit ou un bien

Si le trouble mental (on parlait autrefois **d'insanité d'esprit**) constitue une cause de nullité, encore faut-il en établir l'existence et le moment ; l'existence du trouble relève de **l'appréciation souveraine des juges du fond** (cass ; 1<sup>re</sup> civ, 2 déc 1992 n°91-11428, bull civ 1 , n° 299) qui peuvent retenir diverses causes **d'altération**<sup>18</sup> durable ou temporaire des facultés mentales ( handicap, maladies, âge, accident, **addiction**, etc.) mais font preuve en général d'une certaine prudence dans l'admission de cette cause de nullité.

Le moment du trouble doit normalement coïncider avec la date exacte de la conclusion du contrat car ce qui est altéré, ici, c'est le consentement même de **l'auteur** ; mais devant la difficulté d'une telle preuve on admet que le **demandeur** puisse se contenter de démontrer que le trouble existait « à l'époque » ou l'acte a été formé, libre ensuite au **défendeur** d'établir qu'au contraire l'acte l'a été dans un « intervalle lucide » (cass.1<sup>re</sup> civ 11 juin 1980 n°78-15129, bull civ n°184 à propos d'un testament).

Le régime de l'annulation varie selon que l'auteur de l'acte est vivant ou mort, du vivant de l'auteur, **l'action en nullité** ne peut être exercée que par lui, ou par son tuteur ou curateur s'il a été ultérieurement placé sous un régime de protection ; elle se prescrit dans le délai de cinq ans de l'article 1304 du code civil.

Tout indique donc qu'il s'agit d'une **nullité relative** ; après la mort de l'auteur, l'action en nullité engagée par ses **héritiers** se heurte à des conditions très restrictives concernant les actes à titre onéreux ; actes que le législateur ne veut pas voir remis en cause trop facilement par les héritiers au prétexte d'un trouble mental du **défunt** ; aussi a moins de démontrer que l'auteur, avant son décès, était placé sous sauvegarde de justice ou était en cours de placement sous tutelle ou curatelle, les héritiers ne pourront obtenir l'annulation qu'en établissant que « l'acte porte en lui-même la preuve d'un trouble mental » (art 414-2 Cciv).

C'est **le système dit de l'élément intrinsèque**<sup>19</sup> qui suppose que le trouble mental soit établi au vu des incohérences contenues dans l'acte lui-même, et non plus par tous moyens, il ne peut être contourné en recourant à d'autres fondements juridique (cass 3<sup>ème</sup> civ 20 oct 2004 n°03-10989, bull civ n°177 ; RTD civ 2005).mais il ne joue pas pour les actes à titre gratuit.

---

<sup>18</sup> Changement en mal par rapport à l'état normal

<sup>19</sup> Qui est inhérent à quelqu'un a quelque chose qui lui appartient en propre, synonymes intérieure interne ; antonyme : extrinsèque la cause étrangère extérieur externe