



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

FASC. 200 : CONTRAT « INTUITU PERSONÆ »

DIDIER KRAJESKI; PHILIPPE LE TOURNEAU

REFERENCE DE PUBLICATION : JURISCLASSEUR CONTRATS - DISTRIBUTION
FASC. 200 : CONTRAT « INTUITU PERSONÆ »

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Points-clés

1. Le sentiment ou le risque contractuel sont les motifs de la prise en considération de la personne dans une convention (V. n° 4).
2. L'intuitu personæ est un concept polymorphe, connaissant plusieurs variantes (V. n° 12 à 31).
3. La considération des personnes existe aussi à l'égard des personnes morales, notamment des sociétés (l'intuitu societatis), et parfois des associés (l'intuitu socii) (V. n° 26 à 29).
4. L'intuitu personæ, dans ses diverses formes, est une notion toute relative, ayant une intensité variable (V. n° 32 à 45).
5. Il est impossible de donner un catalogue des contrats conclus intuitu personæ (mais V. n° 46 à 61 , les principaux contrats conclus intuitu personæ).
6. La qualification d'intuitu personæ donnée à un contrat retentit d'abord quant à sa formation, tant à propos de l'offre que de l'erreur sur la personne (V. n° 63 à 66).
7. Elle est aussi capitale quant à son exécution (V. n° 67 à 78), car celle-ci doit être, d'une part personnelle, du moins lorsque l'exécution personnelle du débiteur est entrée dans le champ contractuel ; d'autre part volontaire, pour les contrats intuitu personæ mettant en jeu le corps ou l'esprit du débiteur (l'exécution forcée n'est alors pas possible).
8. La cession d'un contrat conclu intuitu personæ dépend de sa nature (V. n° 82 et 83) ; mais de toute façon les parties peuvent convenir de l'organiser à l'avance, notamment par une clause d'agrément (V. n° 81 à 83).
9. L'extinction d'un contrat est largement affectée par le fait que la personne physique ou morale du cocontractant a été prise en considération (V. n° 84 à 97).

Introduction

- 1. De la méconnaissance dans la célébrité** – L'intuitu personæ : voici une expression classique, connue de tous les juristes, employée quotidiennement et dont, pourtant, les contours demeurent assez flous (nous avons déjà rencontré un semblable paradoxe en étudiant, il y a près de 40 ans, la règle *nemo auditur* : comme si la formulation en latin, du reste relativement tardive, créait une sorte de crainte révérencielle, empêchant d'en scruter les mystères. – V. aussi n° 61 à propos de l'*affectio societatis*). Il est vrai qu'elle est ignorée du Code civil, comme elle l'était de Pothier : le concept qu'elle exprime n'affleure que dans quelques articles du Code civil, l'article 1134 à propos de l'erreur sur la personne, l'article 1342-1 quant à l'extinction de l'obligation de faire, et l'article 1879 quant au décès de l'emprunteur. Certes, elle a donné lieu à plusieurs études importantes et de qualité (d'abord, F. Vallée, *L'intuitu personæ dans les contrats* : Thèse Paris, 1938. – M. Contamine-Raynaud, *L'intuitu personæ dans les contrats* : Thèse Paris II, 1974. – Puis, ensuite, G. Kostic, *L'intuitu personæ dans les contrats de droit privé* : Thèse Paris V, 1997. – D. Krajewski, *L'intuitu personæ dans les contrats* : Thèse Toulouse, 1998). Néanmoins, ni les manuels, ni les traités, encyclopédies ou répertoires, portant sur le droit des obligations, ne traitent spécifiquement de cette notion, se contentant d'envisager quelques-uns de ses effets (surtout la question de l'erreur sur la personne dans les contrats conclus *intuitu personæ*) ; il en est de même des manuels, dont l'index ne comporte généralement pas la formule (pour un historique de la notion et ses différentes conceptions, D. Arteil, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, préf. Rose-Noëlle Schütz : LGDJ, 2006, n° 48 s.).
- 2. Définition** – L'expression d'*intuitu personæ* est employée pour caractériser les opérations « dans lesquelles la personnalité de l'une des parties est tenue pour essentielle [...], en raison de ses aptitudes particulières, de la nature du service attendu d'elle, etc. » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V° *Intuitu personæ* : PUF, 2016). Au fond, aux grandes classifications doctrinales des contrats, complétant celles du Code civil même après la réforme de 2016, il conviendrait d'ajouter l'opposition entre les contrats « personnels » et les contrats « impersonnels » (la proposition existe aussi en droit des biens : F. Julienne, *La dualité des droits de jouissance des biens* : *Dr. & patr.* 2017, n° 273). Dans les premiers, la considération de la personne du partenaire a été déterminante (a été regardée attentivement, selon l'étymologie du mot *intuitu*, qui vient d'*intueor*), alors qu'elle est indifférente dans les seconds. Un régime spécifique est lié à la qualification de contrat *intuitu personæ* (V. n° 62 à 97). Dans cette catégorie, l'intention de s'engager (l'*animus negotii contrahendi*) est insuffisante : le *delectus personarum* (selon l'expression utilisée par les juristes américains) y est déterminant, c'est-à-dire la volonté de

traiter avec telle personne physique ou morale (comp. G. Kostic, thèse préc., n° 6). Un auteur a présenté l'intuitu personæ comme traduisant les conséquences juridiques (contractuelles) du regard d'un contractant sur l'autre, qu'il soit complaisant ou exigeant (D. Krajeski, thèse préc., n° 4). Dans notre monde dominé par les valeurs économiques, où l'argent est roi, l'anonymat dans les échanges semble devoir prédominer, d'autant que les contrats tendent à devenir « de masse ». Pourtant, la considération de la personne n'a pas disparu, loin s'en faut, et a même connu un développement dans certains domaines (V. n° 10). Au demeurant, contrairement à ce que pensent certains esprits éloignés de la réalité, l'amitié n'est pas inconnue du monde des affaires ; mieux, il est des contrées dans lesquelles les pourparlers relatifs à la conclusion de grands contrats n'aboutiront que si les négociateurs ont su créer, précisément, un climat de confiance et d'affinités frôlant la véritable amitié. En dehors des sentiments, le développement des contrats de prestation de services contribue à la persistance de l'intuitu personæ, par le fait que la qualité de l'exécution dépend des qualités du cocontractant. Cela rend pertinente la question du choix du cocontractant.

3. **Preuve** – La règle à poser est, qu'en principe, la personne du cocontractant n'est pas prise en considération dans le contrat (C. civ., art. 1342-1). Dès lors, il incombe à celui qui invoque l'existence de cette particularité d'en apporter la preuve (CA Paris, 16 oct. 2008). Néanmoins, les contrats à titre gratuit, comme ceux qui comportent une prestation personnelle d'ordre intellectuel et mettent en œuvre un savoir-faire propre, sont présumés avoir été conclus intuitu personæ sauf preuve contraire. Cette qualification relève de l'appréciation souveraine des juges du fond (Cass. com., 10 juill. 1989 : Dr. informatique et télécoms 1993, n° 1, p. 26, obs. J. H.).
4. **Application de la liberté contractuelle, proposition doctrinale** – En réalité, la prise en compte de la personne du créancier ou du débiteur, dans tel ou tel contrat, n'est qu'une application de la liberté contractuelle qui permet aux parties de modeler le contrat à leur guise, étant sauves les prescriptions d'ordre public. La liberté contractuelle est avant tout une liberté de choix, d'élection, s'insérant dans le cercle des rapports d'affinités entre les êtres, au cœur de la vie sociale (comp., G. Moser, Les relations interpersonnelles : PUF, 1994, mais qui limite son analyse aux relations amicales et amoureuses). L'intuitu personæ peut être un élément parmi d'autres dans l'ensemble que constitue un contrat, dont les diverses clauses s'équilibrent. Louis XIV recommandait à son petit-fils, partant pour l'Espagne afin d'y devenir le roi Philippe V, « n'ayez d'attachement à personne ». Ce précepte, propice peut-être aux héros (dépassant l'humaine condition) et aux sages (détachés des choses terrestres), ne saurait guider le commun des mortels. La vie quotidienne de chacun est tissée, peu ou prou, par le sentiment ou l'intérêt

(en termes plus concrets, le cœur et le portefeuille) : ce sont deux des principaux mobiles de l'action qui justifient, à bon escient, la prise en considération de la personne de son cocontractant. Cette opposition n'est pas purement descriptive et ne se limite pas aux mobiles de l'action : elle est opératoire et retentit sur le régime juridique de l'intuitu personæ, qui est lui-même marqué par la dualité. Il est possible d'opposer le sentiment au risque. L'intuitu personæ dans les contrats à titre gratuit est la justification de l'acte. Il exprime un sentiment et peut être qualifié de subjectif. En revanche, l'intensité et l'existence de l'intuitu personæ sont déterminées, dans les contrats à titre onéreux, par la présence de risques contractuels liés aux circonstances ou à la nature de la prestation à accomplir. Les qualités du cocontractant sont précisément destinées à les conjurer (D. Krajewski, *L'intuitu personæ dans les contrats* : thèse préc., n° 208) ; dès lors, l'intuitu personæ est objectif. Parfaite illustration de la liberté contractuelle, l'intuitu personæ peut n'être fondé sur aucun de ces deux motifs, et résulter de la seule volonté d'attacher le contrat à la personne du cocontractant afin d'éviter la sous-traitance (V. n° 69 à 73) ou la cession du contrat (V. n° 79 à 83). Dans ces hypothèses, le contrat comportera bien souvent une clause stipulant l'existence de la considération de la personne et les conséquences précises de celle-ci (par ex., CA Paris, 18 mars 2009, n° 08/24400 : JurisData n° 2009-023237).

- 5. Limites à cette liberté. Exemple : règles régissant la concurrence** – Comme toujours, la liberté ne saurait être totale ; c'est même un lieu commun d'affirmer qu'elle est en régression constante depuis la première guerre mondiale. Dans ce domaine, comme dans bien d'autres, la liberté contractuelle n'est plus entière. Un exemple très significatif se trouve dans les règles régissant la concurrence qui viennent notamment prohiber un certain nombre de comportements (C. com., art. L. 420-1 et s. ainsi que L. 442-1 et s. – Pour une application : CA Paris, 28 nov. 2018, n° 16/15057 : JurisData n° 2018-021383, où la rupture fondée sur l'intuitu personæ n'est justement pas considérée comme brutale en raison du comportement du cocontractant. – Sur la question : A.-A. Hyde, *Clauses relatives à l'intuitu personæ*, in E. Vergès [dir.], *Contrats sur la recherche et l'innovation* : Dalloz, 2018, n° 171 s. et 213). Ces interdictions sont renforcées par des mesures visant à assurer la transparence du marché. En réfléchissant aux motifs de l'interdiction des pratiques restrictives de la concurrence entre concurrents et à l'obligation de transparence, il apparaît que c'est l'égalité des concurrents qui est recherchée. En droit, dans les affaires, il est possible, et même conseillé, d'être vertueux (Ph. le Tourneau, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle* : Dalloz-Dunod, 2000), mais le favoritisme, la particulière dilection, l'intime inclination, ne sont pas toujours de mise ; ces sentiments sont même parfois illicites s'ils s'extériorisent concrètement dans une des pratiques condamnées par le Code de commerce, qui vient donc paralyser le jeu de l'intuitu personæ (Ph. le Tourneau,

Liberté, égalité et fraternité dans le droit de la concurrence : Gaz. Pal. Rec. 1991, 2, doct., p. 348). Cependant, une conception objective de l'intuitu personæ conduit à une autre perspective sur ce point : l'intuitu personæ objectif s'adapte aux prescriptions précitées du Code de commerce, dans la mesure où les exceptions recourent l'intérêt de contracter intuitu personæ : la mauvaise foi, l'insolvabilité, la volonté de créer un réseau de distribution (V. en ce sens, D. Krajewski, L'intuitu personæ dans les contrats, thèse, préc., n° 113).

6. **Autres exemples : difficultés des entreprises** – Une autre atteinte, plus remarquée, découle des règles applicables aux entreprises en difficulté. La loi permet, lors d'une procédure collective, tant la continuation des contrats en cours que leur cession (V. n° 90). D'autres textes pourraient être cités qui, directement ou indirectement, restreignent l'intuitu personæ, comme bien des articles du Code de la consommation ou la réglementation des baux d'habitation ; en effet, en instituant des régimes d'ordre public, la personnalisation des contrats dans ces domaines est plus difficile à mettre en œuvre. Mais ces remarques perdent leur pertinence dans une conception objective de l'intuitu personæ (V. n° 33).
7. **Autres exemples : respect de la personne** – Au titre des limites à l'intuitu personæ, il faut aussi songer à des textes ne visant pas le comportement des cocontractants mais restreignant le regard qu'ils peuvent porter les uns sur les autres. Certaines qualités de la personne ne peuvent pas être prises en considération pour motiver un engagement ou son contenu. L'article 225-1 du Code pénal interdit de façon générale les distinctions fondées sur les origines, le sexe, la situation de famille, la grossesse, l'apparence physique, l'état de santé, le handicap, les caractéristiques génétiques, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'âge, les opinions politiques, l'activité syndicale, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Cet interdit s'étend au choix des personnes morales. Il s'applique à la plupart des relations contractuelles par le biais de l'article 225-2 du même code ; et il est relayé, ici ou là, par des dispositions spéciales. En particulier, les articles L. 1132-1 et suivants du Code du travail prohibent les discriminations dans la relation de travail, du recrutement au licenciement, en passant par la gestion de la carrière. Au fond, l'idée exprimée dans ces différents textes est que les personnes ne peuvent faire des contrats un lieu d'expression des idées politiques ou religieuses. Un des éléments cités ne peut dès lors être pris en considération s'il n'a pas de lien avec le contrat. Cette première restriction déjà importante n'est pas la seule. Si certaines qualités ne peuvent, la plupart du temps, être prises en considération, certains moyens de connaître les qualités sont interdits. Ce sont ceux qui porteraient atteinte au respect de la vie privée ou à la dignité de la personne humaine (comme la filature, V. Cass.

Ire civ., 31 oct. 2012, n° 11-17.476 : JurisData n° 2012-024373 ; Bull. civ. I, n° 224 ; Comm. com. électr. 2012, comm. 137, obs. A Lepage).

- 8. Particularité du droit de la consommation au regard de l'« intuitu personæ »** – Le droit de la consommation, qui a pris une ampleur considérable, présente une particularité quant à l'intuitu personæ. Certes, comme tout droit impératif, il restreint la liberté contractuelle. Mais, en outre, il est lui-même enveloppé d'intuitu personæ, puisqu'il prend en compte la qualité des personnes, consommateurs et professionnels, pour protéger les premiers et étendre les obligations des seconds. Toutefois, cet intuitu personæ, catégoriel et prédéterminé, résulte de la loi, alors que l'intuitu personæ que nous allons étudier est contractuel. Et, dans le droit de la consommation, la personne visée par le législateur n'étant pas un être précis, de chair et de sang, mais de vagues et vastes catégories (le consommateur, le professionnel), sa détermination est assez délicate, alors qu'en général le cocontractant choisi pour son identité ou ses qualités est bel et bien connu, à toute aventure (V. pour une analyse globale de l'intuitu personæ d'origine légale, D. Krajewski, thèse préc., n° 230).
- 9. Diminution de l'« intuitu personæ » par la pratique** – D'un autre côté, la pratique a aussi entraîné une diminution du rôle de l'intuitu personæ, notamment par la multiplication des contrats de masse (dans la grande distribution), parfaitement anonymes, et dans la mesure où certains contrats, considérés par le Code civil comme des contrats à titre gratuit, sont devenus en fait des contrats à titre onéreux, exercés par des professionnels, comme le mandat ou le dépôt (Ph. le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation : Dalloz Action, 11e éd., 2019, n° 3321.07 et 3391.15). Mais rien n'interdit de choisir un mandataire ou un dépositaire en fonction de ses qualités personnelles.
- 10. Permanence et évolution de l'« intuitu personæ »** – Ainsi, l'intuitu personæ a abandonné du terrain dans certains domaines, comme nous venons d'en donner quelques illustrations (il y en aurait d'autres, M. Azoulay, L'élimination de l'intuitu personæ dans le contrat, in P. Durand et alii, La tendance à la stabilité du rapport contractuel : LGDJ, 1960, p. 1, un peu excessif, fondé surtout sur une étude du droit des sociétés). Mais, d'un autre côté, il a conquis des terrains nouveaux, notamment dans bien des contrats commerciaux récents, par exemple le franchisage, la maintenance (V. n° 26), l'assistance technique, l'ingénierie, la publicité, les grands contrats internationaux, l'ouverture de crédit, dans les sociétés de capitaux (V. n° 59 à 61) et, d'une façon générale, dans les groupes (V. n° 25 à 29 , l'intuitu firmæ). Autrement dit, l'intuitu personæ est une notion bien vivante, mais point statique : elle continue d'évoluer et, chassée d'un côté, de

rejaillir d'un autre (comp., M.-E. André, L'intuitu personæ dans les contrats entre professionnels, Mél. M. Cabrillac : Dalloz Litec, 1991, p. 23).

11. **Plan** – Puisque l'intuitu personæ est une notion toujours utilisée, il convient de l'étudier en elle-même (I), en proposant des distinctions (A), ce qui sera une façon de la définir de façon plus précise, en montrant sa relativité (B) et son domaine (C). Puis, nous nous attacherons à l'étude de son régime juridique (II).

I. - Notion d'« intuitu personæ »

A. - Distinctions et déclinaisons

12. **Panorama** – Toute une série de distinctions viennent à l'esprit, permettant de cerner au plus près la notion d'intuitu personæ : intuitu personæ et intuitu bonorum ; intuitu personæ, intuitu familiæ et intuitu firmæ ou societatis ; intuitu personæ, intuitu rei et intuitu operis.

1° « Intuitu personæ » et « intuitu bonorum »

a) « Intuitu personæ »

13. **« Intuitu personæ stricto sensu » : l'identité. Deux facettes de l'identité** – Le premier et le plus classique intuitu personæ est celui qui, selon les termes de l'expression, s'attache à la personne elle-même du cocontractant. Et, en visant la personne, c'est son identité qui est en jeu. Celle-ci a été peu étudiée (V. cependant, A. Supiot, L'identité professionnelle, Mél. J. Savatier : PUF, 1992, p. 409. – J.-F. Renucci, L'identité du cocontractant : RTD com. 1993, p. 441. – V. Sagné, L'identité de la personne humaine, Thèse Toulouse, 2003. – Et, par des non-juristes, C. Lévi-Strauss (dir.), L'identité : PUF, 2e éd., 1987). Au vrai, elle est ambiguë. Si elle évoque d'abord les éléments qui individualisent officiellement une personne (nom, prénom, âge,

domicile, etc.), seul sens reconnu par le dictionnaire Robert, une seconde acception mérite droit de cité : l'identité est aussi l'ensemble des traits physiques et moraux qui caractérisent un être précis, et font qu'il est une personne unique, la totalité des aspects qui signent une personnalité (comp., G. Cornu, Vocabulaire juridique, V° Identité : PUF, 2016). La première est l'identité officielle, à la surface des choses ; la seconde, l'identité morale, en profondeur.

- 14. Identité au sens officiel** – Il est bien clair que l'identité, dans le premier sens, du donataire ou de l'emprunteur, est souvent déterminante (mais pas toujours : je puis donner à une œuvre se chargeant, par exemple, de secourir les orphelins ou les victimes de tel cataclysme) : c'est l'intuitu personæ d'affection. De même, dans un contrat à titre onéreux, il est important de connaître l'identité du partenaire, afin de savoir s'il est capable, ou à quel titre il agit (indivisaire, associé de fait, locataire-gérant, etc.). Son âge n'est pas toujours indifférent : il suffit de songer au contrat de rente viagère.
- 15. Identité au sens moral (qualités de la personne)** – Cependant, au-delà de la stricte identité officielle, c'est le plus souvent l'identité que nous avons qualifiée de morale, c'est-à-dire essentiellement les qualités de la personne (*electa industria personæ*) qui ont été prises en considération, sa compétence, son imagination, son savoir-faire, son habileté (par exemple dans le contrat de jeu), sa réputation (découlant de sa compétence ou, au moins, laissant supposer celle-ci, ce qui est une forme de l'apparence), son appartenance à une profession (architecte : CA Toulouse, 10 août 2015 : JurisData n° 2015-020408) voire sa moralité (comp. CA Paris, 3 nov. 1994 : RJDA 1995, n° 406 ; D. 1996, somm. p. 115, obs. D. Mazeaud, relevant, à propos d'un contrat entre l'organisateur d'un salon et un exposant, que « s'agissant de relations publiques, la réputation, la renommée, l'expérience et le dynamisme du prestataire de service sont déterminants », d'où l'impossibilité d'une cession du contrat). Autrement dit, l'attention se porte sur la personnalité plus que sur la personne. C'est le cas du malade qui s'adresse à un spécialiste réputé, du plaideur à un avocat célèbre, de l'entreprise désirant un système informatique spécifique à une SSII ayant fait ses preuves, de la personne confiant la gestion de son portefeuille à un spécialiste (Cass. com., 9 avr. 1996 : D. affaires 1996, p. 671). Mais aussi du négociant qui s'adresse à un commissionnaire connu sur la place, du commerçant qui souhaite devenir franchisé d'un produit ou d'un service, de la notoriété du franchiseur (en même temps qu'il examine la fiabilité du système franchisé), etc. Il est possible de classer ces différentes qualités en deux grandes catégories. La personne est prise en considération par elle-même ou par rapport à la situation dans laquelle elle se trouve (V. sur cette distinction, D. Krajewski, thèse préc., n° 408). Prise en considération par elle-même, elle peut intéresser par ses particularités

physiques (sous réserve de ne pas réaliser une discrimination, V. n° 7), psychiques (même remarques concernant les choix philosophiques) ou sociales (capacités professionnelles d'un côté, qualités relationnelles de l'autre). La situation dans laquelle elle se trouve peut intéresser d'un point de vue matériel (moyens techniques), financier (solvabilité), ou simplement familial. Une extériorisation de la prise en compte de la personnalité est la pratique des tests, avant l'embauche d'un salarié, mais aussi, parfois, avant la signature d'un contrat d'affaire, comme pour devenir franchisé ou concessionnaire. Dans le droit de la distribution, l'intuitu personæ se manifeste souvent, aux yeux des tiers, par l'appartenance à un réseau, identifié lui-même par divers signes de ralliement de la clientèle (quel que soit le type de réseau : de distributeurs agréés ou sélectionnés, de concessionnaires, ou de franchisés. – V. not. Ph. le Tourneau, Les contrats de concession : Litec Professionnels, 2e éd., 2010 ; Les contrats de franchisage : Litec Professionnels, 2e éd., 2007. – M. Behar-Touchais et G. Virassamy, Les contrats de la distribution : LGDJ, 1999. – Adde, V. JCl. Contrats-Distribution, fasc. 1000, 1010, 1020, 1025, 1030, 1035, 1043, 1045 et 1050). Lorsque le maître du réseau n'est pas satisfait du comportement du distributeur, dont les prestations ne répondent plus aux critères de qualité du réseau, il lui retire son agrément, en rompant le contrat.

- 16. « Intuitu personæ » et confiance** – Il est une autre façon de considérer cet intuitu personæ de base : c'est de considérer qu'il marque une confiance particulière entre les cocontractants ; particulière, car tout contrat comporte une part de confiance réciproque, dès lors que l'exécution n'est pas instantanée (A. Chirez, La confiance en droit contractuel : Thèse Nice, 1977. – O. Moréteau, L'estoppel et la protection de la confiance légitime : Thèse Lyon, 1990. – V. pour une analyse détaillée de ses conséquences, Ph. le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation, préc., n° 3124.74). Ce terme de confiance cache deux états. La confiance exprime ce qu'une personne ressent mais aussi ce qu'elle cherche à ressentir. On contracte en considération d'une personne donnée parce que le temps ou les épreuves ont donné naissance et consolidé un sentiment de confiance en elle (pouvant être nommé confiance avérée). Mais on choisit aussi son cocontractant en considération de qualités susceptibles de faire naître la confiance (espoir de confiance). Elle dépend de nombreux éléments, dont certains peuvent être mesurés techniquement (ainsi l'aléa dans le contrat d'assurance). Le devoir de loyauté, qui a été bien mis en valeur ces dernières années (surtout depuis Y. Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, préf. G. Couturier : LGDJ, 1989), n'est sans doute qu'une facette de cette confiance. Encore une fois, il est des contrats dans lesquels une personne « fait » confiance à son cocontractant d'une façon spéciale, de sorte que la considération de la personne est un élément essentiel du contrat. Cela ne revient pas à affirmer que la considération de la

personne bascule dans la subjectivité par le biais de la confiance. Le besoin de confiance naît des risques générés par le contrat. Même un élément apparemment subjectif renvoie encore à l'analyse objective du lien contractuel (V. pour un exemple, F. Pollaud-Dulian, Les contrats entre peintres et marchands ou galeries d'art : Dr. & patr. janv. 2004, p. 24). Pour autant, cela ne signifie pas que cette confiance ne puisse pas se reporter sur autrui, d'une façon ou d'une autre (V. 73 à 75). Au reste, ce qui est faussement dénommé la cession de clientèle est en réalité un contrat de présentation, totale ou partielle, à une clientèle déterminée (Cass. 1re civ., 7 oct. 1997, n° 95-16.948 : JurisData n° 1997-003852 ; D. 1998, jurispr. p. 78, note B. Beignier. – Cass. 1re civ., 7 nov. 2000, n° 98-17.731 : Bull. civ. I, n° 283 ; RTD civ. 2001, p. 167, obs. T. Revet. – V. l'analyse fouillée d'Y. Auguet, Concurrence et clientèle – Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle, préf. Y. Serra : LGDJ, 2000. – V. cependant sur la distinction présentation/cession : G. Chabot et P. Nabet, Clientèles civiles. Cession du fonds libéral : JCl. Notarial Formulaire, V° Clientèles civiles, fasc. 250, n° 23 s.) ; il consiste à présenter le successeur à celle-ci (et à ne pas le concurrencer) : or quel est son objet, sinon un report de la confiance ?

b) « Intuitu bonorum »

17. Précision liminaire de vocabulaire – Parfois, ce n'est pas tant la personne du cocontractant, son identité ou ses qualités humaines, que son patrimoine qui est visé (comme naguère il arrivait que la dot comptât plus, dans les mariages bourgeois, que la jeune fille !). Cette forme de l'intuitu personæ a été qualifiée d'intuitu pecuniæ. Cette expression, du latin classique, nous paraît trop restrictive, car elle ne peut s'utiliser que pour de l'argent, des espèces (sonnantes et trébuchantes). Nous proposons donc l'expression d'intuitu bonorum, qui est beaucoup plus large : elle englobe tout le patrimoine, la fortune de l'intéressé (Cicéron parle des bona paterna, au génitif des bonorum paternorum, pour désigner les biens patrimoniaux ; il serait aussi possible d'employer d'autres expressions, qui nous sont venues à l'esprit, intuitu copiarum ou intuitu fortunarum).

18. Solvabilité du partenaire – Lorsque le contrat comporte une certaine importance, à raison de sa durée, des sommes en jeu, du crédit consenti, du caractère impératif des délais d'exécution, etc., il est fréquent que la considération de la consistance du patrimoine du cocontractant ait été déterminante, qu'il soit une personne physique ou une personne morale, que le contrat soit civil ou commercial. Considération du patrimoine, c'est-à-dire en simplifiant, de la « surface

financière » de l'intéressé, soit en un mot, de sa solvabilité surtout, mais non exclusivement, lorsque l'obligation est pécuniaire (V. dans le même sens, G. Kostic, L'intuitu personæ dans les contrats de droit privé : thèse, préc., n° 378. – D. Krajieski, L'intuitu personæ dans les contrats : thèse, préc., n° 410). Ainsi, un contrat pourra être annulé pour erreur sur la solvabilité (ex. : Cass. civ., 20 mars 1963 : D. 1963, jurispr. p. 403), par exemple d'un emprunteur ou d'une personne cautionnée (Cass. 1re civ., 19 mars 1985, n° 84-10.533 : Bull. civ. I, n° 98. – Cass. com., 6 juin 1985, n° 83-15.356 : JurisData n° 1985-001652 ; Bull. civ. IV, n° 153). La jurisprudence exige classiquement que la caution démontre qu'elle avait fait de la solvabilité du débiteur principal la condition de son engagement. Elle admet cependant que cette condition soit tacite (Cass. com., 1er oct. 2002, n° 00-13.189 : JurisData n° 2002-015708 ; JCP G 2003, I, 124, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque. – Cass. com., 28 juin 2011, n° 10-15.412). Après tout, les exigences relatives au vice du consentement sont suffisantes pour éviter une fragilisation des cautionnements (V. n° 65). La solvabilité peut être intégrée dans l'intuitu personæ, sans forcer les choses, dans la mesure où, en droit français, sous l'influence d'Aubry et Rau (R. Sève, Détermination philosophique d'une théorie juridique : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau : Arch. phil. dr. 1979, p. 247), la personne et son patrimoine se confondent : le patrimoine est une émanation de la personnalité et toute personne a un patrimoine (constitué par l'ensemble de ses droits, patrimoniaux ou non, V. la démonstration de B. Beignier, Le droit de la personnalité : PUF, 1992, p. 68. – V. la classification n° 15).

19. Conséquence : recherches pré-contractuelles sur la solvabilité – Dès lors, il est compréhensible que, souvent, une entreprise, avant de consentir un crédit, voire de contracter avec un partenaire ou de lui livrer des fournitures, se renseigne notamment sur la solvabilité et la réputation de la personne physique ou morale en question, soit auprès de son banquier, soit auprès d'une agence. Celle-ci peut être une agence privée de recherche (détective) ou, et c'est l'hypothèse la plus fréquente, une officine spécialisée dans les renseignements commerciaux. Aujourd'hui, les renseignements s'obtiennent facilement par l'internet, sur certains sites se trouvant sur la toile (V. sur le contrat de renseignement, Ph. le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation, préc., n° 3313.30 s., et les ouvrages cités. – J.-F. Renucci, préc., n° 34).

20. Distinction de l'introduction auprès d'un tiers – Les renseignements commerciaux se distinguent de la simple introduction auprès d'un tiers. L'usage connaît en effet la lettre, improprement appelée de recommandation (en fait : simplement d'introduction), par laquelle une société engage une autre à recevoir un de ses clients et à lui fournir les renseignements qu'il

pourrait être amené à demander (CA Paris, 30 avr. 1985 : D. 1986, IR p. 330, obs. M. Vasseur). « L'introducteur » n'avance aucune indication sur la solvabilité de son client et ne saurait être poursuivi par celui qui, après avoir ouvert ses portes au vu de cette lettre (ou d'un appel téléphonique), aurait contracté avec l'« introduit », qui s'est mal conduit ou s'est révélé insolvable (même arrêt). La situation est très différente de celle qui découle d'une lettre d'intention (V. n° 58).

- 21. Complément** – À vrai dire, la demande de renseignements économiques, comme préalable à la conclusion d'un contrat conclu intuitu bonorum, est sans doute insuffisante. Des renseignements psychologiques seraient sans doute tout aussi précieux. En effet, pour la bonne exécution d'un contrat, la volonté de payer est souvent plus décisive que la capacité de paiement. Mais il est impossible de mesurer cette volonté. Il est difficile d'imaginer des tests de fidélité contractuelle ! En revanche, le faible nombre (ou, a fortiori, l'absence) de litiges dans lesquels le cocontractant (s'il est un professionnel) a été antérieurement partie, est un indice (un simple indice) de sa loyauté et de sa fiabilité contractuelles.

2° « Intuitu personæ », « intuitu familiæ » et « intuitu firmæ » ou « societatis »

a) « *Intuitu personæ* »

- 22. Débiteur ou créancier** – Pour cerner complètement la personne dans l'expression intuitu personæ, il est encore nécessaire de s'intéresser à la place qu'elle occupe dans le rapport d'obligation. Souvent, c'est la personne du débiteur qui fait l'objet de l'intuitu personæ : il a été choisi, en raison de sa personnalité, pour exécuter telle obligation et le créancier a un intérêt légitime à ce qu'elle soit exécutée par lui-même (C. civ., art. 1342-1). Mais il arrive que ce soit la personne du créancier qui est déterminante : c'est surtout le cas des contrats à titre gratuit (je donne ou prête à X, mais pas à Y), mais aussi dans les divers baux. La personne du créancier est déterminante à un degré spécial, dans le bail à nourriture et dans le contrat de vente en viager : cela est évident dans le premier, où le débiteur va loger, nourrir et soigner le bénéficiaire (avec le risque considérable de mésentente, autorisant il est vrai le juge à substituer à l'engagement initial une rente viagère, Cass. 1re civ., 21 avr. 1976 : Bull. civ. I, n° 131. – Cass. 1re civ., 8 janv. 1980, n° 78-15.602 : Bull. civ. I, n° 15 ; RTD civ. 1980, p. 781, obs. G. Cornu. –

F. Millet, Le bail à nourriture ou la vie privée dans le commerce : JCP G 2004, I, 116) ; dans le second, puisque le service de la rente durera jusqu'à la mort du créancier.

- 23. Ou tiers** – Envisageons maintenant un contrat dans lequel la personne qui a été prise en considération, dont l'engagement a été déterminant, est un tiers. L'hypothèse est singulière ; pourtant, elle existe : c'est celle de la caution. Le créancier n'accepte de traiter avec le débiteur qu'en fonction de la personne (ou, plus exactement, du patrimoine) de celui qui s'en est porté caution (V. sur cette question, F. Garron, L'erreur sur la personne d'un tiers au contrat : Rev. Lamy dr. civ. 2004, n° 6, p. 74. – D. Houtcieff, Contribution à l'étude de l'intuitu personæ : RTD civ. 2003, p. 3).

b) « Intuitu familiæ »

- 24. Baux, notamment bail rural** – Voici apparaître une variante de l'intuitu personæ qui, d'une personne, passe à un groupe. Le premier stade en est la famille. Ainsi, lorsqu'un bail est consenti à des époux, sans doute y a-t-il intuitu familiæ (C. civ., art. 1751). Plus significatif est le bail rural dans lequel il apparaît nettement que l'intuitu est familial. En effet, alors que la doctrine mettait l'accent sur le caractère personnel du bail (trait commun à tous les baux), il a été montré que cette vue était excessive pour deux raisons : les cessions et transmissions aux membres de la famille sont licites sous certaines conditions et le preneur a le droit de résilier le bail lorsqu'un membre de sa famille ne peut plus travailler (C. rur., art. L. 411-33 et L. 411-35. – C. Dupeyron, J.-P. Théron et J.-J. Barbiéri, Droit agraire, 1er vol., Droit de l'exploitation, par C. Dupeyron : Economica, 2e éd., 1994, n° 217. – D. Krajewski, Droit rural : Defrénois, 2e éd., 2016, n° 168, 191, 195).

- 25. Pactes de famille en droit des sociétés** – Autre exemple : les pactes de famille, par définition, sont affectés d'un intuitu familiæ. Ils sont notamment conclus afin de conserver le contrôle d'une ou de plusieurs sociétés (par un syndicat de blocage, des conventions de vote ou la constitution d'une holding. – Comp., à propos des PME et PMI A. Gaultier, Les holdings familiales, pérennité et succession : éd. d'organisation, 1987). Cet aspect est exacerbé lorsqu'existe un noyau stable (« dur ») de membres d'une même famille dans les conseils d'administration de plusieurs sociétés, constituant ainsi un groupe familial. Dans les groupes familiaux, quelle qu'en soit la forme juridique, une clause de préemption a pour fonction de les pérenniser, chaque

actionnaire de la famille promettant, dans un pacte de famille, de vendre en priorité ses actions à l'un des cocontractants, membre de la famille.

c) « Intuitu firmæ » et « societatis »

26. Identité, réputation et solvabilité d'une entreprise – Le second degré de la considération, non plus d'une personne mais d'un groupe, est celui de l'entreprise. C'est ce qui a été baptisé l'intuitu firmæ (sans doute pour la première fois par G. Camerlynck, L'intuitu personæ dans les sociétés anonymes : Thèse Paris, 1929) ; il comporte lui-même quatre aspects, qui ont en commun que la personne du débiteur s'efface au profit de l'entreprise, car au fond il existe, sinon une véritable personnalité économique, du moins une physionomie spéciale, dont témoigne la fameuse « image de marque » (et cette physionomie est protégée par le jeu de la théorie du parasitisme). Dans le premier, ce qui a été pris en compte, c'est l'identité, la réputation et la solvabilité d'une entreprise, généralement (mais non exclusivement) une société, c'est-à-dire une personne morale. Bien des contrats sont aujourd'hui conclus en raison de cet intuitu firmæ, les contrats bancaires (ouvertures de crédit et prêts), de franchisage, de maintenance (V. Cass. com., 10 juill. 1989 : Dr. informatique et télécoms 1993, n° 11, p. 26, obs. J. H. – Cass. com., 7 janv. 1992, n° 90-14.831 : JurisData n° 1992-000782 ; JCP G 1992, I, 3591, n° 17, obs. C. Jamin ; Bull. civ. IV, n° 3 ; D. 1992, somm. p. 278, obs. L. Aynès), d'ingénierie, de création d'un grand ensemble industriel, de recherche et d'innovation (A.-A. Hyde, Clauses relatives à l'intuitu personæ, préc., n° 213.43) et, d'une façon plus large, tous les contrats de services (hors ceux qui sont rudimentaires), effectués par une entreprise, y compris pour ceux d'un avocat exerçant en groupe (CA Limoges, 7 mai 1992 : Gaz. Pal. Rec. 1993, 2, som., p. 494, « le fait pour un avocat d'exercer en groupe, au vu et au su du client, exposait celui-ci à ce que l'affaire soit traitée par un avocat différent de celui qui l'avait reçu, mais appartenant au même groupe »). La compétence (ou l'apparence de compétence, attestée par la réputation et, dans les affaires, par les « références ») et la fiabilité d'une société, ont été déterminantes du choix qui a été effectué par le cocontractant. Lorsque l'entreprise revêt la forme d'une société, ce qui est le cas le plus fréquent aujourd'hui, il est sans doute préférable de remplacer l'expression d'intuitu firmæ par celle d'intuitu societatis, parce qu'elle est plus précise, même si ce changement n'emporte guère de conséquences (V. sur cet intuitu societatis, C. Prieto, La société contractante : PUAM, 1994, n° 1248. – G. Kostic, L'intuitu personæ dans les contrats de droit privé : thèse, préc., n° 241. – D. Krajewski, thèse préc., n° 360). Toutefois, il est possible que la personne des associés, ou de

certaines d'entre eux, ait été déterminante de la conclusion d'un contrat avec la personne morale (c'est l'intuitu socii, C. Prieto, préc., n° 1272 ; Événements affectant la personne de la société contractante, in La cessation des relations contractuelles d'affaires : PUAM, 1997, p. 81. – Comp., CA Paris, 23 sept. 1997 : RJDA 1999, n° 298, où une clause d'un contrat de prêt à une société prévoyait l'exigibilité anticipée du remboursement en cas de changement de gérant. – Cass. 1re civ., 22 oct. 2008, n° 07-18.744 : Bull. Joly Sociétés 2009, p. 360, où le dirigeant se voit opposer les clauses du RI. – Et, d'une façon plus générale, I. Pascual, La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés : RTD com. 1998, p. 273. – A. Morin, Intuitu personæ et sociétés cotées : RTD com. 2000, p. 299. – S. Schiller, L'influence de la nouvelle économie sur le droit des sociétés : Rev. sociétés 2001, p. 47). Ce peut être le cas de la personne d'un salarié de la société, et dans ce cas, les parties auront tout intérêt à le préciser (A.-A. Hyde, Clauses relatives à l'intuitu personæ, préc., n° 213.43).

27. **Pactes de contrôle de sociétés** – D'un autre côté, l'intuitu societatis est déterminant dans tous les pactes destinés à assurer le contrôle d'une société ou la constitution de groupes, par des participations croisées, la constitution de filiales communes, etc.
28. **Lettres d'intention** – En troisième lieu, l'intuitu firmæ ou societatis imprime sa marque sur les lettres d'intention, par lesquelles une société mère accorde, en quelque sorte, sa protection à une société filiale (d'une force variable, V. n° 57).
29. **Perpétuation des contrats en cours lors d'une cession de l'entreprise** – Enfin, le dernier aspect de l'intuitu firmæ ou societatis est celui-ci : dans de nombreuses situations, lorsqu'un client a contracté avec une entreprise ou une société, ce qui lui importe, c'est l'exécution de la prestation convenue, normalement possible par l'unité économique constituée par l'entreprise ou la société ; en revanche, la personne ou les personnes qui œuvreront lui sont indifférentes, de même que, généralement, l'identité des propriétaires de l'entreprise. Aussi, qu'une prise de contrôle intervienne ou que le personnel change, cela ne l'affecte en rien dans la mesure du moins où la vie de l'entreprise n'en subit pas une perturbation et où le nouveau personnel est compétent (V. not., D. Mainguy, Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée : Rev. sociétés 1996, p. 17). Dès lors, les contrats conclus par une entreprise seront transmis avec celle-ci, sans disposition légale particulière, bien que la loi l'ait précisé par le fameux article L. 122-12 du Code du travail pour le contrat de travail. L'intuitu firmæ ou societatis justifie la perpétuation de tous les contrats en cours lors des cessions d'entreprise, sauf disposition légale contraire ou clause spéciale écartant cette transmission (Cass. com., 29 janv. 2013, n° 11-23.676 : JurisData n° 2013-001149 ; Bull. civ. IV, n° 19 ; Contrats, conc. consom. 2013, comm.

75, note N. Mathey ; JCP E 2013, 1225, note F. Buy ; Rev. sociétés 2013, p. 552, note M. Caffin-Moi ; JCP E 2013, 1702, obs. F. Deboissy et G. Wicker ; Bull. Joly Sociétés 2013, § 129, p. 246, note P. Mousseron). Les personnes s'effacent devant l'entreprise, qui aspire à la continuité. Cependant, par exception il peut exister un *intuitu socii* (V. n° 26).

3° « *Intuitu personæ* », « *intuitu rei* » et « *intuitu operis* »

a) « *Intuitu rei* »

30. Rapport entre créance et bien – Les dernières distinctions portent sur des aspects qui s'éloignent de l'*intuitu personæ*, mais qu'il importe d'envisager brièvement pour les écarter. On parle d'*intuitu rei* pour exprimer le rapport étroit existant entre une créance et un bien, de sorte que la créance suit le bien, comme l'action en garantie contre les vices cachés ou en non-conformité de la chose livrée (Cass. ass. plén., 7 févr. 1986, n° 83-14.631 : JurisData n° 1986-700259 ; JCP G 1986, II, 20616, note Ph. Malinvaud ; D. 1986, jurispr. p. 293, note A. Bénabent ; RTD civ. 1986, p. 605, obs. Ph. Rémy. – Cass. 3e civ., 28 mars 2001, n° 99-14.721 : JurisData n° 2001-008986 ; Contrats, conc. consom. 2001, comm. 118, obs. L. Leveneur. – Cass. 1re civ., 27 mars 2007, n° 06-12.920 : Bull. civ. I, n° 129 ; D. 2007, p. 247, note S. Bollée. – Cass. com., 17 nov. 2010, n° 09-12.442 : JurisData n° 2010-032032 ; Bull. civ. IV, n° 240 ; JCP G 2010, 1307, concl. P. Chevalier ; D. 2010, p. 2829, note X. Delpéch). Dès lors, l'acheteur peut agir contractuellement, non seulement contre son vendeur, mais encore, à l'autre bout de la chaîne, contre le fabricant, premier vendeur, et contre tout vendeur intermédiaire (Cass. 1re civ., 9 oct. 1979 : Bull. civ. I, n° 241 ; RTD civ. 1980, p. 354, obs. G. Durry. – Cass. 2e civ., 30 nov. 1988, n° 86-14.325 : Bull. civ. II, n° 240 ; RTD civ. 1989, p. 323, obs. P. Jourdain. – Cass. 1re civ., 20 juin 1995, n° 92-13.287 : JurisData n° 1995-001603 ; Bull. civ. I, n° 275 ; D. 1995, IR p. 188. – Cass. 1re civ., 8 juin 1999 : RJDA 1999, n° 909 ; D. 1999, IR p. 206. – Cass. 1re civ., 21 janv. 2003, n° 00-15.781 : JurisData n° 2003-017434 ; D. 2003, p. 2993, note D. Bazin-Beust. – Ph. le Tourneau, Responsabilité des vendeurs et fabricants : Dalloz Référence, 5e éd., 2016, n° 52.262 s. – C. Lisanti-Kalcynski, L'action directe dans les chaînes de contrats, dix ans après l'arrêt Besse : JCP G 2003, I, 102), ou l'action en responsabilité contre un architecte ou entrepreneur (C. civ., art. 1792). L'action est cependant de nature délictuelle lorsqu'elle a pour origine le contrat conclu entre un sous-traitant et son

fournisseur (Cass. 3e civ., 28 nov. 2001, n° 00-13.559 et 00-14.450, Hairoville : JurisData n° 2001-011888 ; JCP E 2002, II, 10037, note D. Mainguy ; Bull. civ. III, n° 137. – C. Laronde-Clarac, La nature toujours controversée de la responsabilité dans les chaînes contractuelles : Contrats, conc. consom. 2003, chron. 6. – Ph. le Tourneau et alii, Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation, préc., n° 3116.36 et s.). C'est la conciliation entre les solutions rendues pour les chaînes de contrats et celles qui sont rendues pour les groupes.

b) « Intuitu operis »

31. Action contractuelle dans un groupe de contrats – L'expression d'intuitu operis a été forgée assez récemment par un auteur (A. Sériaux, Droit des obligations : PUF, 3e éd., 2018, n° 54), pour dépeindre le critère, admis un moment par la Cour de cassation, afin d'autoriser l'action contractuelle en réparation de toute victime, dans un groupe de contrats, dont le dommage a « un lien avec le contrat initial » (Cass. 1re civ., 21 juin 1988, n° 85-12.609 : JurisData n° 1988-703474 ; Bull. civ. I, n° 202 ; JCP G 1988, II, 21125, note P. Jourdain ; RTD civ. 1989, p. 74, obs. J. Mestre et p. 107, obs. Ph. Rémy. – V. notamment sur cette question, G. Viney, L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats, Mél. D. Holleaux : Litec, 1990, p. 339. – I. Najjar, La notion d'ensemble contractuel, Mél. A. Decocq : Litec, 2004, p. 510. – Ph. le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation, préc., n° 3116.32 et les réf.). La notion traditionnelle de partie au contrat était considérablement élargie à tout participant à un groupe de contrats, « unifié par une finalité commune : l'œuvre à produire, le service à rendre » (A. Sériaux, Droit des obligations, préc.). Mais l'assemblée plénière a mis un terme à cette tentative de bouleversement de l'effet relatif des contrats (Cass. ass. plén., 12 juill. 1991, n° 90-13.602, Besse : JurisData n° 1991-001658 ; Bull. ass. plén., n° 5 ; D. 1991, jurispr. p. 549, note J. Ghestin ; GAD imm. 2002, n° 38, p. 257, obs. L. Tranchant). La notion d'intuitu operis pourrait aussi caractériser les membres d'une équipe professionnelle ; mais pour l'heure, malgré les souhaits de certains (I. Pascual, Les équipes professionnelles et la responsabilité civile : Thèse Bordeaux, 1996), les coéquipiers sont soumis au droit commun (sauf l'existence de règles spécifiques dans le droit de la construction), notamment quant à leur responsabilité délictuelle entre eux et envers les tiers, ou quant à leur défaillance contractuelle à l'égard de leur client.

B. - Relativité

- 32. Intensité et « géométrie » variables** – La notion d'intuitu personæ est polymorphe, comme nous venons de le voir, de la considération des personnes physiques à celle des entreprises (intuitu firmæ) ou des sociétés (intuitu societatis) et, pour les unes comme pour les autres, en s'attachant à leur identité, leurs qualités, leur notoriété ou leur solvabilité. Ce n'est pas tout, loin s'en faut. Il est possible d'affirmer que la notion d'intuitu personæ, dans ses diverses formes, est à intensité et à « géométrie » variables. Plusieurs manifestations vont en être présentées.
- 33. Subjectif ou objectif** – L'intuitu personæ est subjectif lorsqu'un sentiment l'inspire (dans les contrats à titre gratuit), tandis qu'il est objectif (dans les contrats à titre onéreux) lorsqu'il tend à détourner les risques contractuels (V. n° 4). La différence entre les deux fondements est que, selon le cas, l'intuitu personæ sera un élément essentiel du contrat ou simplement une garantie d'exécution (V. n° 36). Même objectif, l'intuitu personæ peut encore comporter une part de subjectivité. Si les risques contractuels sont toujours objectifs, les qualités prises en considération pour les pallier peuvent être subjectives (des qualités humaines de sérieux, de talent) ou objectives (capacité financière, compétence). Dans les deux cas, une personne autre que celle qui considère peut estimer le rôle exact de l'intuitu personæ ; en revanche, ce tiers ne pourra pas forcément vérifier l'existence des qualités attendues lorsqu'elles sont subjectives. L'intuitu personæ peut donc être plus ou moins contrôlé, selon le cas. Par ailleurs, les cocontractants sont plus ou moins interchangeables (V. n° 79 à 83). Cette distinction fondamentale, va croiser ou expliquer d'autres distinctions.
- 34. De l'essence ou non du contrat** – L'intuitu personæ est de l'essence ou de la nature de certains contrats (donation, prêt, contrats portant sur la personne même du partenaire. – V. n° 38 et 39) et il faudra soit une clause spéciale, soit une circonstance particulière (don à une fondation, don de sang ou de sperme : dans ce cas, le sentiment pour une personne s'efface devant un sentiment embrassant l'humanité ou une partie d'entre elle) pour qu'il en aille différemment. Il a pu être avancé que, lorsque l'intuitu personæ est essentiel, son absence cause la nullité de la convention, tandis que s'il est naturel les parties peuvent le supprimer (G. Kostic, L'intuitu personæ dans les contrats de droit privé : thèse, préc., n° 29). Mais, à l'inverse, la considération de la personne résulte dans d'autres cas de la seule volonté des parties, qui impriment artificiellement ce caractère, expressément ou tacitement, à leur contrat, à n'importe quel contrat, même à une vente (par exemple, d'un objet auquel on est attaché et que, forcé de s'en défaire, on ne veut pas voir « tomber » en n'importe quelles mains). Cette idée de contrats

dans lesquels l'intuitu personae procéderait de l'essence de la convention justifie que la jurisprudence considère d'un œil sévère les stipulations limitant la considération de la personne dans un contrat la comportant normalement soit en en réduisant la portée (clause indiquant les éléments pris en considération par le franchisé, Cass. com., 24 nov. 2009, n° 08-16.428 : Comm. com. électr. 2010, comm. 42, note M. Malaurie-Vignal ; D. 2009, p. 2932 ; Bull. Joly Sociétés 2010, p. 243, obs. X. Vamparys), soit en surveillant l'application faite par le bénéficiaire de la stipulation (exclusion de la considération de la personne du franchiseur par le franchisé, CA Dijon, 8 avr. 2010 : JCP E 2010, 1412, note N. Dissaux. – CA Paris, 2 avr. 2008, n° 06/02243 : JurisData n° 2008-364977).

35. Élément essentiel ou garantie du contrat – Dans certains contrats, l'obligation porte sur la personne même des contractants : contrat médical ou chirurgical, contrat portant sur une création littéraire ou artistique, ou sur un travail intellectuel (comme celui d'un avocat), contrat ayant pour objet d'exploiter la voix ou l'image d'une personne, bail à nourriture, etc. Dans d'autres, avant la réforme des obligations la supprimant, elle était considérée comme leur cause, comme dans les contrats à titre gratuit (animus donandi, la plupart du temps fondés sur un sentiment). Dans les deux cas, si cet élément vient à disparaître, le contrat doit aussi disparaître : c'est ce qui explique qu'il soit en principe incessible. L'exigence pourrait désormais se donner pour fondement l'article 1186 du Code civil consacrant la caducité du contrat. Enfin, dans une troisième catégorie, la personne, bien que prise en considération, n'affecte pas la force obligatoire du contrat ; elle est seulement une façon de renforcer la réalité (voire la qualité) de l'exécution d'un contrat, un peu comme une sûreté : le cocontractant a été choisi à raison de sa compétence, de sa notoriété, de sa solvabilité, mais il pourrait être remplacé, le cas échéant (V. n° 79 à 83), par quelqu'un possédant la même compétence, la même notoriété, la même solvabilité. C'est normalement le cas, par exemple, des contrats de vente, de fourniture, de concession, de franchisage, de maintenance, de gardiennage, de mandat, d'assurance, etc., lorsqu'ils ont été conclus intuitu personæ.

36. Bilatéral ou unilatéral – Lorsque l'obligation porte sur la personne même du cocontractant, l'intuitu personæ est bilatéral, non pas parce que, ab initio, chacun n'aurait contracté qu'en considération de l'autre (au fond, bien souvent, le donataire, quelque peu ingrat, se préoccupe plus de la donation que de la personne du donateur !), mais parce que l'intuitu personæ intéresse la structure même de l'obligation (du moins dans un contrat synallagmatique). Dès lors, l'intuitu personæ, dans ces circonstances, affecte autant la qualité du créancier que celle du débiteur. Mais si l'intuitu personæ (ou firmæ comme societatis) n'a été appliqué au contrat qu'en tant que

garantie d'exécution au petit pied (V. n° 36), c'est l'existence de risques pour l'un des cocontractants, ou pour les deux, qui déterminera s'il est unilatéral ou bilatéral (V. pour un exemple, C. Vilmart, Conséquences de la cession d'un franchiseur sur les contrats des parfumeurs franchisés : JCP E 2004, 1191. – Comp. pour le franchisage : CA Douai, 30 août 2018, n° 16/07690 : JurisData n° 2018-017917. – CA Paris, 7 mars 2018 : JurisData n° 2018-003320).

- 37. Simple ou multiple** – Nous appelons simple l'intuitu personæ ordinaire, bilatéral ou unilatéral, et multiple l'intuitu personæ à double ou triple détente : une obligation intuitu personæ se greffant sur une autre obligation intuitu personæ, qu'elle vient par exemple garantir. Ainsi, de la caution, sûreté personnelle intrinsèquement marquée d'intuitu personæ, garantissant un contrat lui-même conclu intuitu personæ. Cela ne préjuge pas le point de savoir à quoi peut être tenue la caution, exécuter elle-même ou verser des dommages et intérêts (V. n° 75).
- 38. Isolé ou groupé** – La figure classique du contrat est celle d'un pacte conclu entre deux personnes. Elle est souvent remplacée aujourd'hui par des groupes de contrats (selon le titre de l'ouvrage célèbre de B. Teyssié, préf. J.-M. Mousseron, Les groupes de contrats : LGDJ, 1975). Dans les divers réseaux de distribution, un groupe de contrats intuitu personæ est créé par addition, chaque distributeur étant intégré au réseau à raison de ses qualités. De même, dans la construction d'un grand ensemble, le maître d'œuvre, choisi par le maître de l'ouvrage en fonction de sa compétence et de sa réputation, peut sous-traiter les diverses parties de l'œuvre à accomplir, en demandant l'agrément du client. Une chaîne de sous-contrats intuitu personæ va ainsi être créée, l'agrément ayant pour effet de préserver l'aspect personnel du rapport juridique (V. n° 27 , sur les groupes de sociétés).
- 39. D'inclusion ou d'exclusion** – Par l'intuitu personæ d'inclusion nous entendons la stipulation destinée à faire exécuter l'obligation par une personne, physique ou morale, dont les qualités laissent entendre que le créancier sera satisfait. Par l'intuitu personæ d'exclusion, il s'agit moins d'obtenir l'engagement de quelqu'un qu'il exécutera lui-même que de l'empêcher de sous-traiter sans demander l'agrément du créancier (V. n° 69). À vrai dire, en pratique, ces deux aspects paraissent bien liés de façon indissociable.
- 40. Positif ou négatif** – Selon un auteur (M. Contamine-Raynaud, L'intuitu personæ dans les contrats : thèse, préc., n° 180), l'intuitu personæ est positif lorsque le pollicitant veut rencontrer chez son éventuel cocontractant telle qualité qui lui paraît indispensable. Cet intuitu personæ serait discrétionnaire. Dans l'intuitu personæ négatif, le pollicitant ne vise qu'à écarter des

personnes présentant certains défauts (par exemple par une clause d'agrément), sans rechercher une personne ou une qualité en particulier : alors son refus pourrait être contrôlé par le juge, notamment afin de vérifier qu'il n'est pas dicté par des considérations raciale, politique, religieuse ou sociale. Toutefois, il semble difficile de différencier l'un de l'autre : l'absence d'une qualité qui est recherchée est-elle distincte de la présence d'un défaut que l'on veut éviter ? Exemple : quelle différence existe-t-il entre la précision que X ne contractera pas avec quelqu'un n'ayant pas tel diplôme (intuitu personæ négatif) et l'affirmation qu'il ne s'engagera qu'avec quelqu'un titulaire de ce diplôme (intuitu personæ positif) ? N'est-ce pas simplement l'avers et l'envers ?

41. Ostensible ou occulte – À la prise en considération de la personne faite ostensiblement, en pleine lumière, s'oppose celle qui intervient dans l'ombre, par la simulation. La simulation implique un intuitu personæ quant au véritable cocontractant, du moins lorsqu'elle prend la forme de l'interposition de personnes, par le recours à un prête-nom, appelé encore, de façon imagée, un homme de paille (Ph. le Tourneau : Rép. civ. Dalloz, V° Mandat, n° 82). La pratique en est assez fréquente, surtout en matière de donation et en droit des sociétés (notamment pour la création de sociétés fictives ou de façade, Cass. com., 2 juin 1987, n° 85-18.865 : JurisData n° 1987-001260 ; Bull. civ. IV, n° 132), mais aussi dans d'autres domaines (V. Cass. com., 27 juin 1989, n° 87-17.654 : JurisData n° 1989-002124 ; Bull. civ. IV, n° 209 ; D. 1990, jurispr. p. 314, note J. Bonnard, interposition de personnes pour échapper à une obligation contractuelle d'agrément. – Cass. 3e civ., 8 juill. 1992 : JCP G 1993, II, 21982, note G. Wiederkehr). La simulation n'est une cause de nullité de la combinaison que si elle est frauduleuse. Les tiers qui y ont intérêt peuvent invoquer l'existence de la contre-lettre et ainsi faire apparaître le véritable intéressé par une déclaration de simulation (ex., Cass. 3e civ., 4 juin 2003, n° 02-12.275 : JurisData n° 2003-019276 ; Bull. civ. III, n° 123. – CA Paris, 11 juill. 1990 : D. 1991, jurispr. p. 33, note C. Larroumet). Dans l'élection d'ami ou « déclaration de command », le commandé révèle le véritable acheteur dont l'identité, jusqu'à ce moment, était restée secrète (Ph. le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation, préc., n° 3321.61 s., juridiquement, c'est un mandat conditionnel ou optionnel).

42. Statique ou dynamique – L'intuitu personæ est statique lorsque de par sa nature, ou par une clause ad hoc, il est fixé ne varietur : le changement de personne vaudrait extinction du contrat. Il est possible d'y joindre les clauses qui, dans les sociétés de capitaux, visent à préserver l'équilibre dans le capital entre les associés ou les divers groupes d'associés. Il est dynamique lorsqu'il peut évoluer, c'est-à-dire que le contrat a prévu les modalités de la substitution de

personne dans le rapport contractuel par une clause d'agrément (V. n° 81). Mieux, en l'absence même de toute clause, il a été décidé que « le fait qu'un contrat ait été conclu en considération de la personne du cocontractant ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligations de ce dernier soient transférés à un tiers dès lors que l'autre partie y a consenti » (Cass. com., 7 janv. 1992, n° 90-14.831, préc. – V. n° 79 à 83). Lorsque l'intuitu personæ n'est pas de l'essence du contrat, mais seulement une façon d'en renforcer l'exécution (V. n° 35) et d'en prévenir les risques, les parties peuvent défaire ce qu'elles avaient fait : ce n'est que l'application de la liberté contractuelle.

- 43. Momentané ou permanent** – Statique ou dynamique, soit ; mais l'intuitu personæ est-il obligatoirement stable ou peut-il n'être qu'éphémère ? Il serait possible d'imaginer que la considération de la personne devrait exister lors de la conclusion du contrat, puis perdrait de sa force, voire s'évanouirait au fur et à mesure de l'écoulement du temps, qui transforme toute chose et apaise toute crainte. Il n'en est rien : l'intuitu personæ, s'il est de l'essence du contrat ou s'il y a été incorporé par artifice, doit subsister durant toute la vie contractuelle (intuitu personæ perseverans). Aussi, si quelque élément constitutif des affinités électives entre les parties vient à disparaître, le contrat pourra être résilié incontinent (V. n° 85 à 92) : à la vérité, son équilibre initial a été bouleversé et il n'a plus de raison d'être. Telle est l'épée de Damoclès toujours suspendue sur les contrats intuitu personæ, paradoxalement débilisés quant à leur exécution, par l'ajout de cette exigence supplémentaire dans leur formation.
- 44. Léger ou puissant** – L'intuitu personæ vise tantôt la réalité de l'exécution elle-même, tantôt la qualité de l'exécution. Et, au sein de celle-ci, fort divers sont les aspects de la personnalité qui ont pu être déterminants (sérieux, moralité, talent, originalité, ponctualité, solvabilité, etc.). Prenons maintenant les sociétés de personnes, la société en nom collectif et la société en commandite simple : l'intuitu personæ y est plus fort dans la première que dans la seconde. L'intensité de l'intuitu personæ est donc très variable d'un contrat à l'autre : entre celui qui est essentiel (naturel ?) et celui qui n'est que secondaire (artificiel ?), il y a place pour toute une palette nuancée ; ce qui explique que les conséquences de l'attachement à la personne du cocontractant ne se retrouvent pas systématiquement et intégralement dans tous les pactes marqués du sceau de la personne.
- 45. Durant le contrat ou après le contrat** – Vérifié au cours des pourparlers, éventuellement précisé dans un avant-contrat, comme un pacte de préférence, l'intuitu personæ va dominer l'exécution du contrat qui a été conclu en considération de la personne. Mais, par définition même, il cessera, en toute logique, avec le contrat qui le comportait. Cependant, il peut subsister,

soit après le décès du mandant (mandat post mortem, V. n° 97), soit, en dehors de cette hypothèse marginale, après expiration, par le jeu d'une clause de non-concurrence. Du fait des qualités de la personne, par exemple d'un concessionnaire, la clientèle s'est attachée à lui et peut-être lui serait-elle plus fidèle, après le contrat, qu'à la marque du concédant : la clause vise à empêcher cela. Au fond, elle est une sorte de prise en considération de la personne à rebours, se traduisant par une obligation de ne pas faire (J.-Y. Mazan et R. Samson, *Contrat de collaborateur libéral et clause de non-concurrence : la nécessaire recherche d'une harmonie* : JCP E 2009, 1332).

C. - Domaine

46. Éliminations – Les contrats de droit public peuvent être conclus intuitu personæ (comme les concessions de service public) ou intuitu pecuniæ (le moins offrant d'une adjudication). Nous n'en traiterons pas (V. sur les concessions de service public, D. Krajewski, thèse, préc., n° 256). L'intuitu personæ est souvent assez vif dans le contrat de travail (ex., CA Bruxelles, 28 oct. 1997 : D. 1998, jurispr. p. 598, note B. Edelman, qualifiant expressément de relation intuitu personæ les liens unissant des journalistes salariés à une entreprise de presse. – J. Candat et Y. Pagnerre, *L'intuitu personæ dans le reclassement des salariés* : JCP S 2010, 1212). Nous écartons cependant d'emblée le contrat de travail du champ de cette étude, parce qu'il donne lieu à une discipline particulière et qu'il connaît des règles spéciales destinées à protéger le salarié contre une prise en compte trop poussée de certains aspects de sa personnalité (V. surtout M.-A. Peano, *L'intuitu personæ dans le contrat de travail* : Dr. soc. 1995, p. 129. – G. Kostic, *L'intuitu personæ dans les contrats de droit privé* : thèse, préc., n° 144. – D. Krajewski, thèse préc., n° 262. – Adde, M. Despax, *La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail* : JCP G 1963, I, 1776. – J.-E. Ray, *Fidélité et exécution du contrat de travail* : Dr. soc. 1991, p. 376). Cependant l'intuitu personæ peut avoir un rôle essentiel en la matière : sa présence permettra parfois de requalifier un contrat pour lui appliquer ce corps de règles (personne du gérant stipulée essentielle dans une société, application de l'article L. 7321-1 du Code du travail : Cass. soc., 1er févr. 2011, n° 08-45.223, 08-45.295 et 09-65.999 : JurisData n° 2011-000968. – Cass. soc., 26 nov. 2008, n° 06-45.104 : JurisData n° 2008-046100 ; Bull. civ. V, n° 235 ; D. 2009, p. 1251. – CA Versailles, 18 janv. 2011, n° 09/01072 : JurisData n° 2011-000544).

- 47. Impossibilité de donner une liste des contrats conclus « intuitu personæ »** – La première observation, capitale, à présenter est qu'il est impossible et illusoire de tenter de dresser un catalogue a priori des contrats intuitu personæ. Pourquoi ? D'une part, à raison de l'extrême diversité des contrats ; surtout, parce que l'intuitu personæ est un élément parmi d'autres d'un ensemble que forme le contrat : il peut n'être point prévu spécialement, mais résulter implicitement de telle ou telle clause (comme la stipulation de l'agrément. – V. n° 61). En outre, autant les parties peuvent adjoindre ce trait à un contrat qui, par essence, ne serait pas intuitu personæ, autant elles peuvent l'enlever dans un contrat le comportant automatiquement, sauf exception (par exemple, le contrat de prêt, sans cet élément, risque d'être disqualifié en dehors du prêt d'argent ; néanmoins, je puis prêter un objet non pas à une personne déterminée, mais à un groupe de personnes, une famille, une classe d'école, une équipe sportive, etc. – V. n° 24 et 25 , l'intuitu familiæ). Tout au plus peut-on nommer des contrats qui, souvent, sont conclus en considération de la personne. Certains ont déjà été rencontrés plus haut (le bail d'habitation, le pacte de préférence, etc.). Nous allons en recenser quelques autres (V. n° 49. – V. aussi la liste dressée par G. Kostic, L'intuitu personæ dans les contrats de droit privé : thèse, préc., n° 25), sans tenter d'être exhaustif.
- 48. Qualification par le juge** – Aussi, la qualification appartient souverainement aux juges du fond (Cass. com., 10 juill. 1989 : Dr. informatique et télécoms 1993, n° 1, p. 26, obs. J. H.) : en cas de litige, il leur revient de rechercher la présence de l'intuitu personæ dans un contrat, en analysant ses clauses, son économie générale, la profession des parties, les usages, les circonstances de sa conclusion... Autrement dit, l'appréciation a lieu de façon concrète, même si elle s'appuie sur des éléments subjectifs et objectifs. Le juge peut déterminer assez facilement l'existence de l'intuitu personæ objectif en recensant les risques liés au contrat en cause (V. en ce sens, D. Krajewski, thèse, préc., n° 284).
- 49. Contrats d'affection ou d'amitié** – La première catégorie de contrats conclus habituellement intuitu personæ est celle des contrats de bienfaisance, dictés par le sentiment (l'affection ou l'amitié) : surtout la donation et le prêt. Toutefois, la donation peut avoir lieu en faveur d'un organisme ("banque" du sang ou de sperme, fondation, etc.), c'est-à-dire sans considération d'une personne précise, mais d'une catégorie de personnes (les handicapés, les femmes voulant procéder à une conception assistée avec tiers donneur, etc.). Le Code civil regardait aussi le mandat et le dépôt comme des contrats d'amitié et donc à titre gratuit. Aujourd'hui, ces contrats sont le plus souvent professionnels et à titre onéreux (Ph. le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation, préc., n° 3321.07 et 3391.15). Néanmoins, l'intuitu

personæ reste important et quasi automatique dans le mandat, du fait de la confiance toute particulière que le mandant accorde au mandataire à qui il confie une partie de ses affaires.

50. Certains contrats de services – Le caractère intuitu personæ peut être présumé lorsqu'un contrat de services porte sur la personne même du cocontractant (contrat médical ou chirurgical, acteur, sportif professionnel, etc.), ou lorsque l'activité est principalement ou totalement intellectuelle (les exemples traditionnels portent sur les professions libérales : l'avocat, le médecin, l'architecte ; mais c'est aussi le cas de l'ingénieur dans le contrat d'ingénierie, du concepteur d'une campagne publicitaire, de l'assistant technique, du consultant, ou de l'incubateur). Cela ne signifie pas que la considération de la personne y est restée inchangée, le cocontractant ne s'attachant qu'à une personne en particulier. L'idée a fait son chemin que, pour certains de ces contrats en tout cas, ils puissent être conclus avec des personnes morales (V. n° 24 à 29) ou que plusieurs personnes soient susceptibles de rendre le service attendu (V. n° 79 à 83). Mais, contrairement à ce qu'avaient prévu les auteurs du Code civil, le contrat d'entreprise, en tant que tel, n'est plus un véritable contrat intuitu personæ (ou s'il l'est resté cet élément est devenu fort ténu), notamment lorsque l'exécution est purement ou essentiellement matérielle (par exemple le transport ou la maintenance), sauf dans ses applications relatives aux services qui viennent d'être précisées ou clause particulière (V. sur le rôle de l'intuitu personæ dans le louage d'ouvrage, les importants développements de J. Huet, *Les principaux contrats spéciaux* : LGDJ, 2e éd., 2001, n° 32117).

51. Contrats organisant la distribution – Les contrats par lesquels la distribution est organisée, grâce à des intermédiaires, sont presque toujours animés d'un intuitu personæ : celui-ci est de leur nature (et parfois bilatéral, surtout dans le franchisage). Le fabricant, importateur exclusif, sélectionneur, ou auteur d'un système franchisé, en bref le titulaire d'un réseau de distribution, entend exercer un choix des distributeurs de ses produits ou des prestataires de ses services, commissionnaires, agents commerciaux, distributeurs agréés ou sélectionnés (distribution sélective), concessionnaires, franchisés. Cette désignation est fondée sur divers paramètres, variables d'un réseau à l'autre : compétence des candidats (ou leur aptitude à acquérir celle-ci après une formation), parfois leur expérience, leurs capitaux, le fait qu'ils disposent d'un emplacement (en tant que propriétaire ou locataire), etc. L'intensité de la considération de la personne est variable selon de type de contrat : elle est la plus vive dans le franchisage en raison de la communication d'un savoir-faire confidentiel (comp. les motifs de CA Paris, 7 nov. 1996 : JCP G 1997, II, 22857, note P. Mousseron. – CA Dijon, 8 mars 2011 : JurisData n° 2011-007159) et la moins forte dans la distribution sélective dans la mesure où les critères de sélection

ne doivent pas être arbitraires mais objectifs (Cass. com., 4 mai 1999 : non publié au bulletin ; RJDA 1999, n° 777, nie catégoriquement l'existence de « relations » intuitu personæ dans un réseau de distribution sélective, ce qui nous paraît excessif) ; en revanche, le fait qu'une clause d'exclusivité ait été ou non stipulée ne paraît pas déterminant à cet égard (en ce sens, M. Malaurie-Vignal, *Intuitu personæ et liberté de la concurrence dans les contrats commerciaux* : JCP E 1998, I, p. 260. – Contra, J. Huet, *Les principaux contrats spéciaux*, préc., n° 11614). L'intuitu personæ se traduit, durant la vie contractuelle, par toutes sortes de contraintes et contrôles (Ph. le Tourneau, *Les contrats de concession* : Litec Professionnels, 2e éd., 2010. – *Les contrats de franchise* : Litec Professionnels, 2e éd., 2007. – M. Behar-Touchais et G. Virassamy, *Les contrats de la distribution*, préc.).

52. Contrats de propriété intellectuelle – Les contrats de propriété intellectuelle, régis par le code de ce nom, à savoir les contrats d'édition, les contrats de licence de brevet, de marque ou de logiciel, sont dominés par l'intuitu personæ bilatéral, c'est-à-dire tant du côté du créancier que de celui du débiteur. Dans son important traité, notre maître Henri Desbois consacrait de vastes développements à cet intuitu personæ (H. Desbois, *Le droit d'auteur en France* : Dalloz, 2e éd., 1966, n° 589. – Adde notamment, C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins* : LexisNexis, 5e éd., 2017, n° 438. – P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique* : PUF, 11e éd., 2019, n° 665 s.). Le domaine de la création est sans doute, avec ou après celui des contrats de bienfaisance, celui où la considération de la personne paraît le plus couler de source. C'est que l'œuvre, quelle qu'elle soit, est une émanation de la personnalité qui, plus que tout autre acte de la vie humaine, dévoile au grand jour une parcelle de l'intériorité de l'être : aussi, en général, un créateur n'en confie pas sa destinée à l'aveuglette, au premier venu, mais bien à une personne physique ou morale choisie avec soin pour sa compétence à faire connaître les œuvres en les respectant, ou, à l'inverse, les exploiter dans la plus grande discrétion (CA Aix-en-Provence, 21 janv. 2010, n° 2010-21). Dans le domaine de la création, l'innovation et les moyens contractuels pour la faire naître sont un terrain de prédilection pour l'intuitu personæ (A.-A. Hyde, *Clauses relatives à l'intuitu personæ*, préc., n° 213.00 s.). Aux marges de la propriété intellectuelle, trois contrats sont aussi frappés d'un intuitu personæ bilatéral : d'abord, celui de communication de savoir-faire (V. sur cette qualification, Ph. le Tourneau, *Le parasitisme* : Litec, 1998, n° 207) ; ensuite, le contrat de transfert de renommée (qu'il serait plus exact d'appeler de partage de renommée, V. Ph. le Tourneau, *Notion de parasitisme* : JCl. Concurrence-Consommation, fasc. 570, n° 75) ; enfin, celui dit (un peu abusivement) de mécénat, par lequel un marchand de tableaux achète par avance la production d'un artiste pour une période déterminée (P. Kayser, *Un conflit de la liberté*

des conventions et de la liberté d'auteur – le contrat dit de mécénat, Mél. A. Audinet : PUF, 1968, p. 129).

53. Mandat d'intérêt commun – Certains contrats ont été qualifiés d'intérêt commun. À vrai dire, dans tous les contrats synallagmatiques, sauf les contrats aléatoires et léonins, les deux parties doivent y trouver leur intérêt. Mais l'utilisation de cette expression née à propos du mandat, légalisée pour l'agent commercial (C. com., art. L. 134-4, al. 1er), a pour objectif de préciser qu'elles ont un même intérêt à la perpétuation du contrat, si bien que le mandat devient irrévocable (sauf mutus dissensus ou motif légitime) : la qualification d'intérêt commun paralyse la faculté discrétionnaire de rompre un mandat à durée indéterminée (Ph. le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation, préc., n° 3321.492). Il semblerait logique d'en déduire que la considération de la personne du mandataire, généralement déterminante, se double de la considération de la personne du mandant : l'intuitu personæ serait bilatéral. Cependant, la réification des rapports contractuels, découlant de l'irrévocabilité, peut conduire à prétendre, qu'au contraire, les personnes s'effacent en partie devant le but contractuel, conduisant à une disparition de l'intuitu personæ. Un arrêt singulier de la Cour de cassation a tiré une conséquence inédite et excessive de l'existence d'un mandat d'intérêt commun : il a reconnu aux juges du fond le pouvoir de mettre à la charge de l'ancien mandataire (agent commercial) une obligation de non-concurrence (Cass. com., 25 juin 1991, n° 89-20.506 : JurisData n° 1991-001769 ; JCP E 1992, II, 303, note G. Virassamy ; Bull. civ. IV, n° 236 ; D. 1992, jurispr. p. 249, note A. Batteur). Ainsi, de façon surprenante, une obligation de non-concurrence normalement créée par la loi ou le contrat pourrait résulter d'une décision judiciaire.

54. Autres contrats d'intérêt commun – L'article L. 330-3 du Code de commerce instituant une obligation précontractuelle d'information dans certains contrats de la grande distribution, a aussi qualifié ces contrats d'intérêt commun, et il est possible d'en déduire qu'ils sont généralement bilatéralement conclus intuitu personæ. Au surplus, cette expression fut utilisée, non pas à titre opératoire, mais de façon descriptive, pour dépeindre ce qu'est (ou doit être) le contrat de concession : il suppose assurément une communauté de vue et d'intérêt, ainsi qu'une collaboration plus grande que dans le tout-venant des contrats. La loi n'a nullement eu pour objet de définir le régime de ces contrats. De sorte que les concédants, au sens large, aujourd'hui comme hier, ont le droit discrétionnaire (c'est-à-dire sans avoir à motiver leur décision) de refuser de renouveler un contrat à durée déterminée ou de résilier un contrat à durée indéterminée (Ph. le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes

d'indemnisation, préc., n° 5608), sauf à répondre de la brusquerie de la rupture ou de son caractère abusif (C. com., art. L. 442-1, II. – Ph. le Tourneau, préc., n° 3352.101 s.).

- 55. Contrats bancaires** – La plupart des contrats bancaires sont imprégnés d'intuitu personæ. Au premier chef, le contrat-cadre d'ouverture d'un compte (d'où le banquier n'engage pas sa responsabilité, sauf abus de droit, en refusant d'ouvrir un compte) et l'octroi d'un crédit (Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-11.650 :JurisData n° 2011-003915). Peut-être faut-il réserver le contrat de mise à disposition et de garde d'un coffre, cette obligation paraissant dénuée de toute espèce de considération personnelle.
- 56. Sûretés personnelles. Caution** – Par leur appellation même, les sûretés personnelles, au premier rang desquelles figure la caution, apparaissent comme accordées intuitu personæ, la personne en cause étant le débiteur principal. Mais la personne considérée peut aussi être la caution et même le créancier (C. Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, préf. M. Cabrillac : Litec, 1979, n° 299). À l'origine exclusivement service d'amis ou de proches parents, à titre gratuit, la caution est aujourd'hui souvent le fait d'un organisme financier et à titre onéreux (en ce sens, Ph. Malaurie, L. Aynès et P. Crocq, Les sûretés, la publicité foncière : Defrénois, 12e éd., 2018, n° 106. – Ph. Pétel, M. Cabrillac, C. Mouly et S. Cabrillac, Droit des sûretés : Litec, 10e éd., 2015, n° 49 s.), ce qui n'exclut pas, a priori, la prise en considération de la personne du débiteur principal (cautionné).
- 57. Lettre d'intention** – La pratique a créé des substituts au cautionnement (J.-J. Daigre, Les substituts du cautionnement : CDE 1992, n° 6, p. 4. – Ph. Simler, Les solutions de substitution au cautionnement : JCP G 1990, I, 3427). Le plus simple est la lettre d'intention, qui semble toujours intuitu personæ, firmæ ou societatis (de la part au moins de son souscripteur), mais dont l'intensité est inversement proportionnelle à la force de l'engagement qu'elle comporte. Le Code civil définit désormais ce mécanisme dans son article 2322 (créé Ord. n° 2006-346, 23 mars 2006, art. 7. La lettre est mentionnée à l'article 2287-1 parmi les sûretés personnelles) : “la lettre d'intention est l'engagement de faire ou ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier”. Cette définition préserve la richesse de la lettre d'intention, en en restreignant malgré tout les possibilités.
- 58. Garantie autonome ou indépendante** – Le second substitut au cautionnement est la garantie autonome ou indépendante, dite aussi, de façon équivoque, à première demande, qui donne au créancier une garantie plus grande que le cautionnement. Elle a aussi été intégrée dans le Code civil, dans la catégorie des sûretés personnelles (C. civ., art. 2321, créé Ord. n° 2006-346,

23 mars 2006, art. 6 : “l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues”). L'engagement ainsi assumé par une banque est le sien propre ; elle doit donc l'exécuter à première demande (ou, selon une clause du contrat, à première demande documentaire), sans pouvoir opposer les exceptions tirées du rapport de base entre fournisseur et acheteur (V. Cass. com., 1er févr. 1994 : RJDA 1994, n° 617. – Elle peut cependant opposer les termes de l'engagement, Cass. com., 12 juill. 2005, n° 03-20.365 : JurisData n° 2005-029488 ; JCP G 2005, I, 185, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque ; Bull. civ. IV, n° 161) : en ce sens, elle est automatique (V. not. sur cette garantie, Ph. Malaurie, L. Aynès et P. Crocq, Les sûretés, la publicité foncière, préc., n° 330. – C. Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, préf. M. Cabrillac, préc., n° 395. – A. Prüm, Les garanties à première demande, préf. B. Teyssié : Litec, 1994). Cet automatisme n'exclut pas, a priori, l'intuitu personæ, ni du chef du garant, ni de celui du garanti ou du bénéficiaire de la garantie. Néanmoins, en pratique, devenue une garantie courante, moyennant rémunération, la considération des personnes y tient sans doute une moindre place que celle qu'elle occupait naguère dans le cautionnement.

59. Droit des sociétés – L'intuitu personæ existe dans les sociétés de personnes (pour une SCEA, V. Cass. com., 12 févr. 2008, n° 06-20.966 : JurisData n° 2008-042784 ; Dr. sociétés 2008, comm. 74, R. Mortier). Il est particulièrement fort dans les sociétés civiles et dans le type même de la société de personnes qu'est la société en nom collectif. Puissant encore quant aux commanditaires dans la société en commandite simple, il disparaît pratiquement dans la commandite par actions (Ph. Merle, Sociétés commerciales : Dalloz, 22e éd., 2018/2019, n° 673). C'est que traditionnellement l'intuitu personæ n'existait pas dans les sociétés par action. Les choses ont changé (M. Cachia, Le déclin de l'anonymat dans les sociétés par action, t. 1, Mél. P. Kayser : PUAM, 1979, p. 213. – S. Helot, La place de l'intuitu personæ dans la société de capitaux : D. 1991, chron. p. 143. – I. Pascual, La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés, préc., n° 26. – C. Prieto, La société contractante, préc., n° 26). Nous avons déjà fait état de l'importance des rapports personnels dans les groupes de sociétés et les moyens de les contrôler par des pactes de famille (V. n° 24) ; les mêmes observations peuvent être transposées à propos du contrôle des sociétés en dehors de tout lien familial (P.-Y. Bérard, Les fusions à l'épreuve de l'intuitu personæ : RTD com. 2007, p. 279, n° 8 s. – D. Mainguy, Cession de contrôle et sort des contrats de la société, préc., n° 29. – G. Parléani, Les pactes d'actionnaires : Rev. sociétés 1991, p. 1. – Cass. com., 7 mars 1989, n° 87-17.212 : JurisData n° 1989-000694 ; JCP E 1989, II, 15617, concl. M. Jéol, note Y. Reinhard, pacte de préférence).

60. Droit des sociétés : suite – Plus généralement, une certaine coloration personnelle s'observe dans les sociétés de capitaux ; soit par des conventions extrastatutaires, comme les pactes d'actionnaires précités (Cass. com., 7 mars 1989, n° 87-17.212, préc.), singulièrement ceux qui aménagent « le processus décisionnel de la société » (J.-P. Ferret, Les pactes aménageant le processus décisionnel de la société : CDE 1992, n° 1, p. 32). Mais des clauses statutaires peuvent avoir la même finalité, surtout dans les sociétés anonymes, telles une clause d'agrément (C. com., art. L. 228-23), ou une clause de préemption. Cette dernière donne aux actionnaires (ou à certains d'entre eux), voire à la société, la possibilité ou l'obligation d'acquérir en priorité les actions dont un associé voudrait se défaire, cela généralement afin d'empêcher l'intrusion de tiers jugés indésirables ; ce qui revient à introduire une certaine considération des personnes, en contradiction avec la nature abstraite des actions et leur libre cessibilité (d'où, lorsqu'existe une clause d'agrément et que le cessionnaire proposé n'a pas été agréé, l'obligation faite à la société d'acquérir ou de faire acquérir les actions en cause, C. com., art. L. 228-24, al. 2. – V. not. sur la question, B. Dalbiès, L'agrément dans les cessions de titres sociaux : RRJ 1994, p. 865. – J.-P. Désideri, La préférence dans les relations contractuelles, préf. J. Mestre : PUAM, 1997, n° 131. – I. Pascual, La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés, préc., n° 42. – P. Blanchard, Les clauses de changement de contrôle instruments de stabilisation et de sauvegarde : RD aff. int. 2006, p. 159. – P. Le Cannu, La transformation et les tiers : Bull. Joly Sociétés 2010, p. 415). Les statuts peuvent paraître donner plus de force à cet intuitu personae, il faut cependant noter que le recours au contrat sera parfois une des seules possibilités pour les actionnaires de se contrôler mutuellement (A. Morin, Intuitu personae et sociétés cotées, préc., n° 19). Ce mouvement a été renforcé. D'abord par l'apparition de la société par actions simplifiée, dont le caractère intuitu personae est certain, se manifestant notamment par la possibilité d'insérer dans les statuts, de par la loi, quatre clauses relatives à la cession des actions (d'inaliénabilité temporaire ; d'agrément général ; de notification de la modification du contrôle de l'un des associés ; de cession forcée des actions. – J.-J. Daigre, Les clauses relatives au fonctionnement de la société : CDE 1994, n° 2, p. 11. – M. Delebecque, Société par actions simplifiée et pactes d'actionnaires, in dir. A. Couret et P. Le Cannu, Société par actions simplifiée : Bull. Joly Sociétés 1994, p. 61. – B. Le Bars, L'utilisation de la SAS dans les groupes de sociétés : Bull. Joly Sociétés 2008, p. 254). Ensuite, il est possible d'intégrer de l'intuitu personae dans la société en accordant des titres différents selon les actionnaires (S. Schiller, préc., n° 38). Enfin, il n'est pas étonnant de constater que l'intuitu personae joue un rôle non négligeable dans la société à responsabilité limitée, puisque celle-ci est de nature hybride, ni une société de personnes, ni une pure société de capitaux (Ph. Merle, Sociétés

commerciales, préc., n° 209). Une remarque similaire peut être faite à propos du GIE (Cass. com., 29 janv. 2008, n° 07-10.797).

61. Comparaison avec l'« affectio societatis » – Il est traditionnellement admis, bien que l'article 1832 du Code civil n'en souffle mot, que toute société suppose l'affectio societatis, l'intention de s'associer. Comme l'intuitu personæ, c'est une notion assez imprécise et multiforme. Dans les sociétés de personnes, il semble qu'elle coïncide largement avec l'intuitu personæ : les associés doivent avoir l'intention de poursuivre ensemble une œuvre commune, sur un pied d'égalité, de se traiter comme des frères dit-on même parfois (jus fraternitatis), ce qui suppose qu'ils se soient choisis en fonction de leurs personnes. L'absence de cet affectio societatis est une cause de nullité. Et la mésentente entre les associés (et non un simple désaccord) justifie la dissolution, lorsqu'elle paralyse le fonctionnement de la société (C. civ., art. 1844-7, 5°. – H. Matsopoulou, La dissolution pour mésentente des associés : Rev. sociétés 1998, p. 21. – I. Pascual, préc., n° 26. – Cass. 1re civ., 18 mai 1994 : Bull. Joly Sociétés 1994, p. 841, note C. Prieto. – Cass. ch. mixte, 16 déc. 2005, n° 04-10.986 : JurisData n° 2005-031451 ; Bull. civ. ch. mixte, n° 9 ; Defrénois 2006, art. 38364, note D. Gibirila, cassation de l'arrêt ayant prononcé la dissolution pour mésentente par des motifs impropres à caractériser la paralysie du fonctionnement de la société). Cette disposition ne saurait être écartée de quelque façon que ce soit, car elle est d'ordre public (Cass. 1re civ., 18 juill. 1995, Seassal : D. affaires 1995, p. 72). Mais elle ne peut pas être invoquée par celui qui est à l'origine du trouble social (Cass. com., 16 juin 1992 : Bull. Joly Sociétés 1992, p. 944, obs. P. Le Cannu). Le juge ne peut obliger l'associé demandeur à céder ses parts à la société ou aux autres associés qui offrent de les acheter (Cass. com., 12 mars 1996 : RJ com. 1997, p. 163, obs. B. Fages). Dans les sociétés de capitaux, l'affectio societatis s'éloigne considérablement de l'intuitu personæ : les actionnaires, d'une façon habituelle, se moquent de la personne des autres actionnaires ; l'affectio societatis se réduit alors à « la simple conscience d'une union d'intérêts » (G. Cornu, Vocabulaire juridique, V° Affectio societatis : PUF, 2007. – N. Reboul, Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis : Rev. sociétés 2000, p. 425. – V. Simon, L'affectio societatis. Étude historique sur l'élément intentionnel du contrat de société : RDC 2016, p. 343 s. – S. Lacroix-De-Soussa, Le rayonnement de l'affectio societatis : Rev. sociétés 2016, p. 499 s. ; montre que l'affectio societatis existe dans d'autres contrats étroitement liés au contrat de société, notamment la promesse de société et la cession de droit sociaux. – P. Serlooten, L'affectio societatis, une notion à revisiter, dans Mél. Y. Guyon : Dalloz, 2003, p. 1007 s. – J.-F. Barbiéri, Retour sur l'affectio societatis, une intention mal aimée, dans Mél. P. Serlooten : Dalloz, 2015, p. 285 s. – G. Naffah, L'affectio societatis, un critère qui n'en est pas un, dans

Mél. J.-J. Daigre : éd. Joly, 2017, p. 233 s). Si cette exigence minimum n'existe pas, il n'y a pas société (V. Cass. com., 12 oct. 1993 : Rev. sociétés 1994, p. 283, note F. Benac-Schmidt, requalification de l'apport en prêt). Elle correspond alors à cette espèce d'affectio contractus qui doit exister dans tout contrat, le souci partagé d'une bonne exécution du contrat qui, en droit commun, se concrétise par une exigence plus rigoureuse : le devoir de loyauté (V. n° 15).

II. - Régime juridique de l'« intuitu personæ »

62. Énumération – La qualification d'intuitu personæ donnée à un contrat retentit tant quant à sa formation (A) , à propos de l'offre et de l'erreur sur la personne), que quant à sa transmission ou à son extinction (C) , en passant par son exécution (B) , qui doit être personnelle et volontaire.

A. - Considération de la personne et formation du contrat

1° Offre

63. Offre à personne déterminée – L'offre peut d'abord s'adresser à une personne déterminée ou à un groupe de personnes déterminées. L'offre est complète : le contrat se formera normalement par l'acceptation du ou des destinataires. Par définition même, une telle offre est liée aux êtres choisis, cette circonstance modifie quelque peu son régime habituel. Pas au point cependant de réserver au pollicitant une possibilité de ne pas agréer le destinataire qui accepterait l'offre. Faite à des personnes déterminées, l'intuitu personae s'y est déjà exprimé par cette seule circonstance. En revanche, si une erreur infectait l'offre, celle-ci pourrait être retirée sans engager la responsabilité de l'offrant. De plus, lorsque la personne intègre le contenu du contrat (portant sur le corps humain ou une création), l'offrant bénéficie d'une faculté discrétionnaire de retrait de son offre ; mais, si celle-ci a déjà été acceptée, il s'agit en réalité d'un droit de résiliation unilatérale, reconnu aux parties dans tout contrat conclu intuitu personæ lorsque la considération de la personne est intense (V. n° 85).

64. Offre à personne indéterminée – Une offre au public (à personne indéterminée) peut être assortie de réserves absolues, opposables à tous, ou de réserves relatives (selon la terminologie

proposée par J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, préf. J. Flour : LGDJ, 1970, n° 41), opposables à certains, telle celle par laquelle le pollicitant se réserve la faculté d'agréer, et donc de refuser, son cocontractant. La réserve d'agrément est implicite dans tout contrat conclu en considération de la personne (M. Contamine-Raynaud, *L'intuitu personæ dans les contrats : thèse, préc.*, n° 61). À parler juste, il n'y a pas, dans ces hypothèses, une offre véritable, mais simplement une invitation à entrer en pourparlers (F. Valleur, *L'intuitu personæ dans les contrats : thèse, préc.*, n° 85). Tel est le sens des « appels de candidature au franchisage », des « offres d'emploi », des « offres de crédit » (Cass. com., 31 janv. 1966 : Bull. civ. III, n° 64 ; D. 1966, jurispr. p. 537, note M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange), ou des « offres de locations » (CA Aix-en-Provence, 29 juin 2017 : JurisData n° 2017-014261) inexactement qualifiées (V. not., B. Fages, *Droit des obligations : LGDJ, 9e éd.*, 2019, n° 88. – M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations : 2019, 5e éd.*, n° 407. – Ph. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations : LexisNexis, 15e éd.*, 2019, n° 132. – B. Fages). S'il paraît évident que l'intuitu personæ justifie l'existence de réserves, une hésitation peut exister sur leur portée. On peut d'abord considérer que le refus d'agrément ne peut être contrôlé par le juge, puisqu'il est essentiellement subjectif. La procédure de « l'appel d'offres » (assorti généralement d'un cahier des charges), pratiquée non seulement dans les contrats de droit public, mais aussi dans les contrats de droit privé, notamment dans le domaine de l'ingénierie et de la réalisation de grands ensembles, est de la même façon un appel à entrer en pourparlers et une proposition de contracter. « L'offrant » propose seulement de conclure un contrat déterminé, dont il laisse le soin aux destinataires de préciser les modalités ; le véritable offrant est donc la société soumissionnaire qui, répondant à l'appel, propose un contrat précis à des conditions déterminées (Ph. le Tourneau, *L'Ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle : LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 2e éd.*, 2016, n° 138). Il est aussi possible de considérer que les réserves ne portent que sur des qualités de la personne en lien avec des risques contractuels précis (V. n° 35). Toute personne présentant les qualités requises est susceptible d'engager le pollicitant par sa seule acceptation. Cette conception permettrait de redonner plus de fermeté à l'offre, tout en laissant la possibilité au pollicitant de n'en donner aucune en la rédigeant soigneusement. Elle permettrait aussi d'éviter que le pollicitant ne fasse son choix en considération de qualités sans lien avec la finalité du contrat à conclure. Pourrait-on exiger, au nom de la bonne foi, au moins une motivation de celui qui refuse une proposition de contracter en réponse ?

2° Vices du consentement

65. Erreur sur la personne – Est-il besoin de rappeler que, selon l'article 1134 du Code civil, l'erreur sur les qualités essentielles de la personne n'est point une cause de nullité "que dans les contrats conclus en considération de la personne" ? Rare disposition réservée à l'intuitu personae, un article lui est désormais consacré dont la formulation a été modifiée. La rédaction du texte souligne le caractère exceptionnel de l'erreur. Il suppose, a priori, une triple démonstration : ce contrat comporte l'intuitu personae, telle qualité y est essentielle, telle erreur a été commise. On connaît les exigences en la matière : l'erreur doit être déterminante du consentement et excusable. Le caractère objectif de l'intuitu personae peut simplifier les opérations. La recherche des risques contractuels (V. n° 35) permet de démontrer en même temps l'existence de l'intuitu personae et les qualités prises en considération, et par conséquent leur caractère déterminant (V. pour un ex., CA Paris, 12 janv. 1996 : Rev. arb. 1996, p. 436, 2e esp., obs. Ph. Fouchard). Il ne restera plus qu'à démontrer en quoi l'erreur a consisté. L'erreur sur la personne portera rarement sur son identité physique (V. cependant, CA Saint-Denis de la Réunion, 6 oct. 1989 : JCP E 1990, II, 15835, note E. Putman), mais plutôt sur ses qualités, qui ont été déterminantes du consentement, appréciées in concreto (par ex. l'impartialité, Cass. 2e civ., 20 févr. 1974 : D. 1974, IR p. 109. – L'expérience, CA Saint-Denis de la Réunion, 6 oct. 1989, préc. – V. pour une liste des qualités, n° 15). Parmi les qualités convenues, il est possible d'inclure la solvabilité, lorsque l'insolvabilité était déjà avérée lors de la conclusion du contrat (Cass. civ., 20 mars 1963 : D. 1963, jurispr. p. 403. – Comp., Cass. 1re civ., 19 mars 1985, n° 84-10.533 : Bull. civ. I, n° 98. – V. not. quant à l'erreur sur la personne, M.-E. André, L'intuitu personae dans les contrats entre professionnels, préc., n° 17. – J. Ghestin, Le contrat : formation : LGDJ, 4e éd., 2013, n° 1189 s.). L'erreur pourra porter sur la personne d'un tiers au contrat (F. Garron, L'erreur sur la personne d'un tiers au contrat : Rev. Lamy dr. civ. 2004, n° 6, p. 74). Il a déjà été indiqué la façon dont la jurisprudence l'admet en matière de cautionnement (V. n° 19). Elle autorise par ailleurs la caution à se prévaloir d'autres erreurs, notamment celles qui portent sur l'aptitude du débiteur à honorer ses engagements (Cass. com., 19 nov. 2003, n° 01-01.859 : JurisData n° 2003-021072 ; D. 2004, p. 60, note V. Avena-Robardet), à condition qu'elle n'ait pas eu les moyens d'éviter son erreur en utilisant ses propres qualités (Cass. com., 12 juill. 2001 : Rev. proc. coll. 2002, p. 196). La remarque vaut pour toutes les qualités invoquées au soutien d'une demande en nullité, mais il est évident que le défaut doit être présent lors de la conclusion du contrat et ne pas être l'effet d'une lente, ou rapide, déchéance des

qualités du cocontractant (CA Dijon, 8 avr. 2010 : JurisData n° 2010-006435, perte de notoriété et d'importance du réseau).

- 66. Dol** – La victime du vice du consentement pourra solliciter les sanctions du dol, en démontrant l'existence de ces agissements, de nature à la tromper et dans ce dessein. On peut mentir sur ses qualités essentielles et, à la différence du mariage, dans la plupart des contrats ce comportement n'est pas toléré. Toutefois, il ne saurait y avoir de dol si le cocontractant a menti ou a dissimulé une qualité que l'autre ne pouvait de toute façon prendre en considération (tel un handicap, Cass. soc., 6 mai 2003, n° 01-41.370 : JurisData n° 2003-018981 ; JCP G 2004, II, 10063, note Noël). La solution rendue en droit du travail peut aisément être transposée à tous les contrats dans lesquels une partie serait tentée de réaliser une discrimination (par ex. le bail. – V. sur cette question, n° 7). En outre, le dol étant apprécié *in concreto*, les tribunaux peuvent se montrer exigeants sur les capacités d'une personne à éviter de se laisser tromper par une omission, en procédant aux vérifications d'usage (Cass. soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.349 : JurisData n° 1990-003041 ; Bull. civ. V, n° 329 ; D. 1991, jurispr. p. 507, note C. Mouly. – Cass. soc., 21 sept. 2005 : D. 2006, p. 204, note G. Loiseau).

B. - Considération de la personne et exécution du contrat

- 67. Présentation** – Deux articles du Code civil illustrent parfaitement le rôle de l'attache personnelle dans l'exécution du contrat. Le premier est devenu l'article 1342-1, selon lequel "Le paiement peut être fait même par une personne qui n'y est pas tenue, sauf refus légitime du créancier" : il s'en déduit que l'exécution d'une obligation *intuitu personæ* doit être personnelle (1°). Le second est l'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 de bonne foi et son intérêt pour le créancier"), qui ne consacre plus qu'indirectement la maxime traditionnelle *nemo proeise cogi potest ad factum* : bien que son domaine soit plus large que celui des obligations *intuitu personæ*, une seconde règle s'en évince, à savoir que l'exécution d'une telle obligation doit être volontaire (2°).

1° Exécution personnelle

68. Problématique – En principe, dans un contrat conclu intuitu personæ l'exécution doit être personnelle : le débiteur, choisi en fonction de son identité et/ou de ses qualités (personne physique ou morale), doit accomplir lui-même les prestations convenues. Il ne peut ni céder le contrat (V. n° 82 à 86), ni confier la tâche à un autre en la sous-traitant (sur le sous-contrat, V. la thèse classique de J. Néret, préf. P. Catala, *Le sous-contrat* : LGDJ, 1979). C'est bien souvent pour aboutir à cette maîtrise qu'est stipulée une clause d'intuitu personae dans le contrat (A.-A. Hyde, *Clauses relatives à l'intuitu personae*, préc., n° 213.51 et s.). Mais c'est ici que saute aux yeux la relativité de l'intuitu personæ, dont l'intensité est variable (V. n° 32). En effet, si cette impossibilité de sous-contracter est tantôt absolue, elle n'est que relative dans d'autres contrats (a) : en effet, il est parfois admis de recourir à un tiers, moyennant le respect d'une formalité (d'une notification ou d'un agrément). C'est une autre question de savoir si une caution peut exécuter à la place du débiteur défaillant (b) .

a) Éventualité d'un sous-contrat

69. Distinctions – Il est hors de doute que la personne du créancier dans les contrats d'affection (donataire, emprunteur) est inamovible. La question du sous-contrat ne se pose donc que pour les contrats où l'intuitu personæ est le signe d'une confiance spéciale, placée par le créancier dans la personne du débiteur, qui se traduit par une attente, une exigence. Un auteur a montré, de façon convaincante, qu'il y a lieu de distinguer deux situations (F. Vallée, *L'intuitu personæ dans les contrats* : thèse, préc., n° 95). Soit, la finalité de la confiance est la réalité de l'exécution : la personne choisie est celle qui donne le plus de garanties (au sens du vocabulaire courant) quant à cela ; peu importe alors celui qui exécute, dès lors que sa personne garantit un bon et prompt accomplissement : l'exécutant est interchangeable. Soit, maintenant la finalité de la confiance est la qualité de l'exécution : alors la personne est indissolublement liée à celle-ci ; nul autre, aussi doué soit-il, ne pourra jamais fournir la chose ou la prestation promise : l'exécutant est irremplaçable (V. pour un bail à nourriture, Cass. 1re civ., 17 déc. 2002 : RTD civ. 2003, p. 291, obs. J. Mestre et B. Fages). L'exécution personnelle du débiteur est entrée dans le champ contractuel et a été déterminante ; elle seule réalisera « une prestation conforme au strict contenu de l'obligation » (N. Catala, *La nature juridique du paiement*, préf. J. Carbonnier : LGDJ, 1961, n° 24).

70. Application : première situation – Voici la première situation : l'exécutant est interchangeable, car la confiance visait la certitude de l'exécution ; la sous-traitance est admise (sauf, évidemment, clause contraire, toujours possible, dans le contrat). Elle implique une détermination de l'imputabilité des défaillances, qu'il est hors de propos de traiter ici. C'est le cas, d'une façon générale, du contrat d'entreprise, où la sous-traitance est très répandue et indispensable dans le domaine de la construction (dans un chantier de quelque ampleur, le maître d'œuvre se trouve dans l'impossibilité matérielle de tout accomplir par lui-même) ; elle n'est soumise à aucune formalité (si la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 a prévu une procédure d'agrément du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, sous peine de nullité relative, ce n'est pas pour préserver le caractère *intuitu personæ*, mais pour protéger le sous-traitant, en lui permettant d'être payé directement et de disposer d'une action directe à son encontre). De même, pour le cautionnement (sous-cautionnement). La loi prévoit encore que, dans le contrat de bail, le preneur a le droit de sous-louer, sauf clause contraire (C. civ., art. 1717) ; en pratique, le bail comporte souvent une clause d'agrément, qui oblige le locataire à solliciter au préalable l'autorisation du bailleur. La loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 adopte un régime différent : la sous-location n'est possible qu'avec l'accord écrit du bailleur, y compris sur le prix du loyer (L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 8, al. 1er), mais cet accord peut être donné par avance ; il peut lui-même subordonner sa validité à l'agrément du sous-locataire par le bailleur. Et, pour cette variété de location qu'est l'affrètement, la liberté de substitution est totale (L. n° 66-420, 18 juin 1966, art. 12 : "l'affréteur peut sous-fréter le navire [...]"; mais sans doute l'*intuitu personæ* est-il évanescant, si tant est qu'il existe encore, dans les baux qui ne sont pas d'habitation).

71. Première situation, suite : le mandat – Enfin, voici le cas le plus célèbre, celui du mandat : il résulte implicitement de l'article 1994 du Code civil que le mandataire a le droit de se substituer un tiers dans l'accomplissement de son mandat. Ce texte dissocie la substitution autorisée de celle qui ne l'a pas été, du moins quant aux rapports du mandant et du mandataire (Ph. le Tourneau : Rép. civ. Dalloz, V° Mandat, n° 241). La commission, que nous qualifions de mandat incomplet (Ph. le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats ; Régimes d'indemnisation, préc., n° 3323.13), parce que si le commissionnaire représente bien les intérêts du commettant, il ne représente pas sa personne (comme l'a bien montré M.-L. Izorche, À propos du « mandat sans représentation » : D. 1999, chron. p. 369), connaît aussi le sous-contrat, singulièrement dans le contrat de commission de transport : aurait-il été choisi *intuitu personæ*, le commissionnaire peut sous-traiter l'exécution du contrat, et c'est tout l'intérêt de son intervention (Ph. le Tourneau, préc., n° 3323.23). Mais la substitution de mandataire cesse d'être possible lorsque sa personne semble avoir été désignée pour garantir, non seulement la certitude

de l'exécution, mais sa qualité, telle la mission de représentation en justice : un mandataire ad litem ne peut jamais se faire remplacer par un autre. C'est déjà aborder la seconde situation.

72. Application : seconde situation – Dans la seconde situation, l'exécutant est irremplaçable, car la confiance placée dans le débiteur visait la qualité de l'exécution : la sous-traitance n'est pas admise. Il en va particulièrement de la sorte dans certains contrats de services, lorsque la prestation porte sur la personne même du cocontractant (contrat médical ou chirurgical, acteur, chanteur, sportif professionnel, etc.) ou lorsque l'activité est purement intellectuelle (telles celles d'un avocat, d'un architecte pour l'établissement des plans, d'un ingénieur pour la conception d'un appareil ou d'une usine, de l'assistance technique, de la formation et de l'enseignement, etc.). Plus largement encore, la substitution d'un tiers est écartée lorsque l'obligation porte sur une activité à déployer, comme dans les exemples donnés, qui ne pourra être diligentée avec succès que par le signataire du contrat : s'insèrent, le cas échéant, dans cette catégorie (lorsque la marque personnelle aura été donnée à ces contrats), entre autres, la location-gérance, les licences de brevet, de logiciel ou de marque, la maintenance, le franchisage (Ph. le Tourneau, *Le contrat de franchisage* : Litec Professionnels, 2e éd., 2007), etc.

73. Existe-t-il un moyen d'échapper à cette rigueur ? – Est-il possible, d'un consentement mutuel, d'aller contre la rigueur de l'intangibilité de l'obligation stipulée ? Ab initio, assurément, car il est toujours loisible aux parties (en restant dans le domaine de l'intuitu personæ de confiance, à l'exclusion de celui d'affection), d'évacuer en contractant l'attache personnelle, ou de la relativiser en prévoyant une procédure d'agrément. En revanche, après coup, cette possibilité nous semble exclue, à s'en tenir à la conception traditionnelle de l'intuitu personæ. Néanmoins, ce n'est pas dire que la substitution soit définitivement repoussée. Les parties peuvent s'accorder sur ce point mais, à la vérité, leur accord vaudra extinction du contrat primitif et constituera un nouveau contrat, dans lequel la considération de la personne ne portera plus sur la qualité de l'exécution (comp., Cass. com., 7 janv. 1992., n° 90-14.831, préc., rendu à propos de la substitution de personne dans un contrat intuitu personæ, en raisonnant a fortiori, car qui peut le plus peut le moins). Le mutuus dissensus s'est transformé en un nouveau mutuus consensus (V. sur les conditions et les effets du mutuus dissensus, J. Ghestin, *Les effets du contrat* : LGDJ, 3e éd., 2001, n° 660). Toutefois, dans une conception objective de l'intuitu personæ (V. n° 4), le recours à un sous-contractant est plus aisé, car les personnes possédant des qualités identiques sont interchangeables : l'intuitu qualitatis remplace alors l'intuitu personæ (Cass. 1re civ., 7 juin 1995 : D. 1995, jurispr. p. 560, note B. Beignier). La décision dépend des risques contractuels : selon le cas elle appartient au seul débiteur, ou aux deux parties par le biais

de l'agrément (V. en ce sens, G. Kostic, *L'intuitu personæ dans les contrats de droit privé* : thèse, préc., n° 469. – D. Krajeski, thèse préc., n° 432). Pour autant, le débiteur donneur d'ordre (à un sous-contractant) demeure responsable de tous ceux qu'il introduit dans l'exécution du contrat, ses auxiliaires évidemment, mais aussi ceux qu'il se substitue (et, en ce sens, c'est par abus de langage qu'une partie de la doctrine parle de « responsabilité contractuelle du fait d'autrui ». – Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, préc., n° 3121.71) ; il reste tenu des obligations convenues, quand bien même il en aurait confié l'exécution, en tout ou en partie, à un tiers.

b) Éventualité d'une caution

- 74. Débat** – Est-il possible de demander à une caution d'exécuter le contrat à la place du débiteur défaillant ? Le débat est sans doute plus théorique que pratique, car la dette garantie est presque toujours pécuniaire : d'où son règlement par autrui ne soulève aucune difficulté. Mais quid dans les hypothèses d'école où la caution garantit l'exécution d'une prestation intellectuelle ou matérielle ? La réponse, une fois encore, dépend du degré d'intensité de la caution (M. Contamine-Raynaud, *L'intuitu personæ dans les contrats* : thèse, préc., n° 114). Soit, elle garantit la réalité de l'exécution (V. n° 72 et 73) : la caution pourrait exécuter à la place du débiteur. Soit, au contraire, elle garantit la qualité de l'exécution : la caution ne devrait que des dommages et intérêts, sauf si elle avait elle-même été choisie en considération de sa personne (V. 71 à 73), l'intuitu personæ étant alors alternatif.

2° Exécution volontaire

- 75. En cas d'inexécution, réparation par équivalent** – Le second effet du caractère intuitu personæ, quant à son exécution, est qu'un contrat doté de cette qualité doit être exécuté volontairement. Cette exigence se traduit concrètement par une règle fondamentale : il ne saurait y avoir en la matière d'exécution forcée, de sorte que la réparation, en cas d'inexécution, ne pourra pas être en nature mais par équivalent (des dommages et intérêts).
- 76. Code civil, article 1221** – De l'interprétation donnée à l'ancien article 1142, issu d'une règle traditionnelle (*nemo proecise cogi potest ad factum*), destinée à protéger la liberté individuelle, l'exécution forcée est moralement impossible lorsque l'obligation présentait un caractère

personnel tel que seul le débiteur pouvait l'accomplir, parce qu'elle mettait « en jeu des qualités irréductiblement individuelles du débiteur » (J. Carbonnier, *Les obligations* : PUF, 1979, n° 372). L'article 1221 retient de l'interprétation de l'adage l'impossibilité de contraindre le débiteur. Voici quelques exemples : un chanteur de chanter, un acteur de jouer (Cass. civ., 4 juin 1924 : DP 1924, 1, p. 136. – TGI Paris, 8 nov. 1973 : D. 1975, jurispr. p. 401, note M. Puech, pour un contrat de strip-tease, il est vrai immoral), un peintre de peindre, ou même de livrer l'œuvre achevée, parce qu'il jouit d'une faculté discrétionnaire de la divulguer (CPI, art. L. 121-2, al. 1er. – Cass. civ., 14 mars 1900, Whistler : D. 1900, jurispr. p. 497), un médecin de soigner, un professeur d'enseigner et même un associé d'effectuer ses apports dans une société de personnes (V., sur ce dernier point, A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, préf. J. Mestre : PUAM, 1992, n° 802. – Et, sur l'article 1142, A. Lebois, *Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel* : JCP G 2008, I, 210. – W. Jeandidier, *L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire* : RTD civ. 1976, p. 700. – C. Royer d'Elloy, *La réparation en nature en matière de responsabilité civile* : Thèse Grenoble, 1993, n° 58. – D. Mainguy, *La violation du pacte de préférence* : Dr. & patr. janv. 2006, p. 72. – F. Rouvière, *L'envers du paiement* : D. 2006, p. 481). Cela signifie que le recours à des mesures de coercition et à la force publique est interdit ; au demeurant, il serait dérisoire car, même attrait manu militari, le chanteur ne chanterait pas, l'avocat ne plaiderait pas, etc., ou, ce qui serait pire, accomplirait sa tâche de façon déplorable ! Il résulte des explications et exemples donnés que la prohibition de l'exécution forcée ne vaut que pour les contrats intuitu personæ mettant en jeu le corps ou l'esprit du débiteur (V. en ce sens, D. Krajewski, thèse préc., n° 453). Dans le même esprit, le commentaire des Principes relatifs aux contrats du commerce international (Unidroit, Rome, 1994, p. 182 et 183) indique qu'une exécution revêt un caractère « strictement personnel » (paralysant selon l'article 7.2.2 l'exécution en nature) lorsqu'elle « ne peut être déléguée et si elle exige des compétences strictement individuelles de caractère artistique ou scientifique, ou si elle implique une relation confidentielle et personnelle ». Celui des Principes du droit européen du contrat, l'exécution, l'inexécution et ses suites (Doc. fr., 1997, p. 185, VII, à propos de l'article 4. 102) présente une formule comparable.

- 77. Circonstances dans lesquelles l'exécution forcée est possible** – Le tout sera de savoir, in casu, si l'on se trouve ou non dans la situation dépeinte au numéro précédent, où l'exécution forcée est impossible, à raison du caractère personnel de l'obligation convenue. Il a été jugé que l'exécution d'un contrat de fournitures exclusif n'implique en rien l'accomplissement de faits à caractère personnel (CA Colmar, 18 oct. 1972 : D. 1973, jurispr. p. 496, note M. Cabrillac et A. Seube) ; ni l'obligation, pour un commerçant, lié par une clause de non-concurrence, de

cesser d'exploiter son fonds (Cass. soc., 24 janv. 1979 : Bull. civ. V, n° 67 ; D. 1979, jurispr. p. 619, note Y. Serra) ; ni celle, pour un ancien employeur, de verser une somme d'argent en contrepartie d'une obligation de non-concurrence (Cass. com., 3 déc. 1985, n° 83-16.475 : JurisData n° 1985-703430 ; Bull. civ. IV, n° 286 ; RTD civ. 1986, p. 745, obs. J. Mestre) ; ou celle, pour un entrepreneur, d'exécuter correctement le contrat de construction (Cass. 3e civ., 11 mai 2005, n° 03-21.136 : JurisData n° 2005-028336 ; JCP G 2005, II, 10152, note Bernheim-Desvaux ; Bull. civ. III, n° 103) ; enfin, pour un associé, de respecter un pacte d'actionnaire (CA Paris, 21 déc. 2001 : RDC 2003, p. 165, note F.-X. Lucas).

78. Astreinte – En revanche, l'astreinte, qui n'est qu'une contrainte morale (comminatoire), pour tenter de vaincre l'inertie ou la mauvaise volonté du débiteur, reste en principe possible, en tant qu'accessoire d'une décision de condamnation, même pour une obligation teintée d'intuitu personæ (contra, D. Denis, L'astreinte judiciaire : Thèse Paris II, 1973, n° 18). Une seule exception, traditionnelle, à cette règle : elle ne saurait être prononcée à l'encontre d'un créateur. Cette restriction est généralement justifiée, soit en disant que l'inexécution est inévitable, dans un domaine qui suppose le bon vouloir du débiteur, soit en mettant en avant le respect de la liberté de création. Pour notre part, au-delà de ces considérations générales, nous y voyons, techniquement, une manifestation de la prééminence du droit moral du créateur (relevant des droits de la personnalité) : il occulte l'aspect patrimonial et l'emporte sur la créance du partenaire (TA Poitiers, 18 nov. 1992, req. n. 921 330 et 921 331 : JCP G 1993, II, 22018, comm. Ch. Debouy. - Comp., Ph. le Tourneau, Le parasitisme, préc., n° 107).

C. - Considération de la personne et transmission ou extinction du contrat

1° Transmission

79. Cessibilité ou incessibilité de principe ? – Pendant de l'exécution personnelle, la cessibilité du contrat reçoit une réponse un peu différente. La question posée suppose au préalable que cette opération soit admise. Sur ce point, la réforme des obligations a évacué un certain nombre d'incertitudes en consacrant la cession de contrat, cession de la qualité de partie au contrat (C. civ., art. 1216). Elle est conditionnée au consentement du cocontractant cédé (qui peut être anticipé) et à la rédaction d'un écrit qui la constate. Cependant, le législateur n'a pas jugé bon de traiter de la question de l'intuitu personæ. Il est vrai que les solutions jurisprudentielles étaient

déjà bien arrêtées se rapprochant des solutions consacrées (E. Jeuland et N. Balat : Rép. civ., Dalloz, V° Cession de contrat, n° 30 s.). Les rapports entre la cession de contrat et l'intuitu personae ont été étudiés par un auteur (L. Aynès, La cession de contrat, préf. Ph. Malaurie : Economica, 1984, n° 330), distinguant deux situations. Dans la première, la personne est soit l'objet, soit la cause du contrat (V. n° 35, 36 et 42). L'intuitu personae étant intégré à la structure du contrat, la substitution de personne est d'office prohibée car un tel changement ruinerait le contrat (Cass. 3e civ., 10 nov. 1998, n° 97-12.369 : JurisData n° 1998-004259 ; JCP G 1999, II, 10051, note A. Djigo, le mandat d'un syndic de copropriété ne se transmet pas à la société absorbante) ; d'où l'intuitu personae est un frein certain à la reconnaissance d'un caractère patrimonial au contrat. Dans la seconde, la considération de la personne ne sert qu'à assurer la réalité ou la qualité de l'exécution (V. n° 69). L'incessibilité n'est plus de principe : le créancier peut invoquer l'intuitu personae si tel est son intérêt (selon la formule du C. civ., art. 1237), mais cesse de pouvoir le faire lorsque le débiteur lui fournit une garantie de la réalité ou de la qualité de l'exécution, puisqu'en ce cas « l'identité du contrat » est maintenue (contra G. Kostic, L'intuitu personae dans les contrats de droit privé : thèse, préc., n° 422, pour lequel l'accord du « cédé » est toujours nécessaire pour la validité de l'opération). Une fois encore, la conception objective de l'intuitu personae conduit à une position différente, beaucoup plus souple, comme en matière de sous-contrat (V. n° 71) : la substitution de personne est possible, avec ou sans agrément, selon les risques contractuels (V. en ce sens, D. Krajewski, thèse préc., n° 460) ; l'appréciation s'opère alors nécessairement in concreto (V. adoptant ce point de vue pour une situation particulière, A. Viandier, Les contrats conclus intuitu personae face à la fusion des sociétés, t. 2, Mél. C. Mouly : Litec, 1998, p. 193, n° 36). C'est aussi de cette façon qu'il convient de mener l'étude de la cession de contrat, en distinguant différentes hypothèses. La question ne posant de difficultés que lorsque la loi ne dit rien, il faut d'abord évoquer les textes. Ensuite, elle se présente différemment selon que la cession a été prévue à l'avance ou non, ou qu'elle est isolée ou, au contraire, intégrée à une opération globale.

80. Cessibilité et incessibilité légales – Selon les intérêts à protéger, le législateur favorise la cession du contrat ou au contraire l'interdit, au détriment de l'intuitu personae. À moins d'y voir la consécration d'un intuitu personae légal. La loi prévoit parfois de vraies cessions de contrat : il en va ainsi pour le contrat de travail (C. trav., art. L. 1224-1), le contrat d'assurance d'une chose (C. assur., art. L. 121-10), le contrat de voyage comme de séjour organisé par une agence de voyages (C. tourisme, art. L. 211-11), ou le bail immobilier, sur lequel nous nous arrêterons un instant, sans parler du cas des procédures collectives (V. n° 95). Toutefois, comme notre collègue Alain Sériaux l'a démontré (A. Sériaux, Droit des obligations, préc., n° 76), d'une part il

ne s'agit jamais de cessions volontaires : elles sont imposées par la loi ou par le juge au débiteur cédé ; d'autre part, les contrats transmis le sont en tant qu'accessoire d'un bien (intuitu rei) ou d'une « entité » (A. Sériaux, préc.) : les cessions légales de contrat ne sont pas nues, pures et simples (sauf celle qui est prévue par C. tourisme, art. L. 211-11). La cession de bail peut intervenir tant par changement de la qualité du bailleur que par celle du locataire (A. Bénabent, Les contrats spéciaux : Montchrestien, 13e éd., 2019, n° 367 s.). Première hypothèse : lorsque l'immeuble est vendu, l'article 1743 du Code civil dispose que l'acquéreur ne peut pas expulser le locataire, ce qui signifie qu'il y a, de plein droit, transmission du bail (accessoire à la vente de l'immeuble, comme une sorte de charge réelle). Deuxième hypothèse : l'article 1717 du même code autorise le preneur à « céder » son bail (Ph. le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation, préc., n° 3371.24), sauf clause contraire (la solution inverse est donnée par l'article 8 de la loi du 6 juillet 1989). La pratique en est très répandue en matière de baux commerciaux, où les clauses contraires sont même prohibées (C. com., art. L. 145-16). Parfois le Législateur se borne à imposer des égards en interdisant la cession sans l'accord du cocontractant. Il en va ainsi du contrat d'édition en vertu de l'article L. 132-16 du Code de la propriété intellectuelle (Cass. 1re civ., 30 janv. 2007, n° 05-19.352 : JurisData n° 2007-037263 ; D. 2007, p. 586). Le droit rural fournit des exemples des deux tendances pour le seul contrat de bail rural, ce qui est remarquable. L'article L. 411-35 du Code rural interdit par principe la cession du contrat pour empêcher la spéculation sur les baux. Il autorise cependant quelques cessions, soit au profit d'un descendant ou du conjoint (même article), soit au profit d'une société agricole (C. rur., art. L. 411-37 et L. 411-38, deux modalités). Mais, depuis la loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006, les parties ont la possibilité de rendre leur bail cessible au profit de toute personne, le bailleur ne conservant qu'un droit d'opposition (C. rur., art. L. 418-1 à L. 418-5).

81. Cession isolée prévue – Même en s'en tenant à une interdiction de principe de la cession dans certains contrats, celle-ci n'est pas absolue : les parties peuvent convenir de l'organiser. Elle peut d'abord avoir été prévue à l'avance, dans le contrat (F. De LY, Les clauses de cession dans les contrats commerciaux internationaux : RD aff. int. 1996, p. 799. – D. Arteil, L'exécution du contrat par un non-contractant, préf. Rose-Noëlle Schütz, préc., n° 126 s. – A.-A. Hyde, Clauses relatives à l'intuitu personae, préc., n° 213.51 s. – Pour un exemple dans un contrat d'apporteur d'affaires : CA Paris, 17 déc. 2018, n° 17/08628 : JurisData n° 2018-024517). La façon la plus radicale est de stipuler une clause de préemption (V. n° 60). Cependant, le mécanisme principal pour organiser la cession de contrat utilise le biais d'une sorte de lettre de rémission, que ce soit une clause de substitution (Cass. com., 6 mai 1997, n° 95-10.252 : JurisData n° 1997-002065 ;

Bull. civ. IV, n° 118, clause jouant automatiquement, sans que le cédé puisse s'y opposer) ou, plus souvent, une clause d'agrément (V. not., pour une analyse de la clause d'agrément, L. Aynès, préc., n° 381. – Pour son utilisation en droit des sociétés, Ph. Merle, préc., n° 220 et 320. – H. Le Nabasque, Agrément de cessions d'actions et exclusion d'actionnaires : RJDA 1995, p. 200. – Dans les contrats d'exercice de la médecine, J. Penneau, Propos sur la cession d'un contrat d'exercice en établissement de soins privé et sur la redevance versée par l'établissement : D. 2007, p. 2704). L'agrément se présente comme un mécanisme permettant de maintenir l'intuitu personæ, en le transférant sur la personne du cessionnaire. La clause peut être circonstanciée, en ce sens qu'elle précise les conditions objectives de l'agrément (délai, qualités du candidat, etc.) ; elle peut au contraire être pure et simple, discrétionnaire. Toutefois, ce caractère n'empêche pas un certain contrôle judiciaire par la théorie de l'abus de droit. Le refus, sans rime ni raison, devrait engager la responsabilité de son auteur (CA Paris, 25 janv. 1995, n°17113/93, Polyfilla : JurisData n° 1995-020603 ; RJDA 1995, n° 1089, appliquant des critères voisins de ceux qui sont utilisés pour les clauses de non-concurrence, en recherchant si les contraintes imposées par la clause sont « nécessaires et proportionnées » au regard de l'activité à l'occasion de laquelle elle a été convenue. – Mais cet arrêt fut cassé par Cass. com., 14 janv. 1997, n° 95-12.769 : JurisData n° 1997-000234 ; D. affaires 1997, p. 273 ; RTD civ. 1997, p. 427, obs. J. Mestre, l'abus n'ayant pas été caractérisé par les juges du fond. – Comp., CA Paris, 7 avr. 1995 : D. 1995, IR p. 163 ; Rev. sociétés 1995, p. 771, obs. Y. Guyon. – V. sur cet arrêt, J.-Ph. Bon, L'abus de refus d'agrément : Gestion patrimoine 1996, chron. p. 5. – C. Bourgeon, À propos des clauses d'intuitu personæ : RDC 2004, p. 499). Cela ne conduit pas à imposer une motivation du refus si la clause ne la prévoit pas (Cass. com., 2 juill. 2002, n° 01-12.685 : JurisData n° 2002-015113 ; JCP G 2003, II, 10023, note D. Mainguy). Une clause de résiliation, pour certains cas qu'elle précise, peut avoir aussi pour objectif, dans la commune intention des parties, de les « protéger contre les modifications substantielles affectant la personne même de [leur] partenaire » (CA Paris, 14 mai 1999 : RJDA 1999, n° 1198).

- 82. Cession isolée imprévue** – La cession peut aussi toujours être décidée postérieurement à sa conclusion, par un mutuus dissensus et consensus (V. n° 73. – Pour le cas spécifique du cautionnement, O. Salvat, Cession unilatérale de contrat : le cas de la reprise des engagements de caution par un dirigeant de société : LPA 13 déc. 1999, n° 255, p. 10) qui, du reste, vaudra reconnaissance du substitué comme persona grata. La Cour de cassation adopta ce point de vue en 1992, d'une manière catégorique, dans un arrêt très remarqué : « le fait qu'un contrat ait été conclu en considération de la personne du cocontractant ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligations de ce dernier soient transférés à un tiers dès lors que l'autre partie y a consenti »

(Cass. com., 7 janv. 1992, n° 90-14.831, SA Grands garages de l'Hérault c/ SA Northern Télécom :JurisData n° 1992-000782 ; JCP G 1992, I, 3591, n° 17, obs. C. Jamin ; Bull. civ. IV, n° 3 ; D. 1992, somm. p. 278, obs. L. Aynès ; RTD civ. 1992, p. 763, obs. J. Mestre ; Contrats, conc. consom. 1992, comm. 110, obs. L. Leveneur. – Adde, J.-P. Désideri, La préférence dans les relations contractuelles, préf. J. Mestre, préc., n° 508. – D. Arteil, L'exécution du contrat par un non-contractant, préf. Rose-Noëlle Schütz, préc., n° 106 s.). Elle admit même que ce consentement puisse être tacite (comme dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt précité, par la poursuite « sans réserve » du contrat avec la nouvelle entreprise de maintenance, adde, Cass. com., 6 juill. 1999 : RJDA 1999, n° 1197, pour un contrat de concession. – En revanche, dans Cass. com., 10 juill. 1989, préc., n° 3, il n'y avait pas eu d'acceptation tacite). La solution de cet arrêt a été réaffirmée, s'agissant de l'intuitu personæ, par une décision de la première chambre civile du 6 juin 2000, concernant le contrat liant l'avocat à son client (Cass. 1re civ., 6 juin 2000, n° 97-19.347 : JurisData n° 2000-002344 ; Defrénois 2000, p. 1125, obs. Ph. Delebecque ; D. 2001, p. 1345, note D. Krajewski). Il existe une différence entre les contrats en cause dans les deux arrêts, permettant de poser la question du contrôle du refus de consentir à la cession. Dans le contrat de maintenance, l'intuitu personæ se fonde sur des risques dont les qualités attendues sont plutôt objectives. Dans le mandat ad litem, les risques sont objectifs, mais les qualités prises en considération sont plutôt subjectives. Si la jurisprudence admet qu'il existe un contrôle du refus de consentir à la cession, ce contrôle sera moins approfondi dans le second cas que dans le premier, puisque le juge en pourra substituer son appréciation à celle de la personne qui considère les qualités. Ce contrôle peut être le même que celui qui vise l'agrément du cessionnaire (V. n° 83). Un seul point demeure en suspens : le consentement mutuel peut-il toujours suffire à opérer une cession de contrat ? La réponse sera « de normand » : non et oui. Non, parce qu'elle doit demeurer impossible pour les contrats dans lesquels la personne du débiteur est essentielle, bien que la Cour de cassation n'ait pas effectué cette réserve (de bon sens) et aussi, évidemment, pour les contrats comportant une clause expresse d'incessibilité. Oui, parce que, dans ces deux cas, les parties pourront toujours décider d'un commun accord de résilier le contrat primitif, le créancier passant alors un nouveau contrat dans les mêmes termes avec un nouveau débiteur (mais qui n'est pas réellement cessionnaire du contrat). Si l'opération, techniquement, est autre, le résultat est le même.

83. Cession de contrat intégrée dans une opération globale – La question de la cession du contrat intuitu personæ s'est propagée aux opérations qui emportent une transmission de patrimoine en dehors du décès d'une personne physique : les opérations de fusion ou d'apport partiel d'actif (A. Viandier, Les contrats conclus intuitu personæ face à la fusion des sociétés,

t. 2, Mél. C. Mouly : Litec, 1998, p. 193. – N. Perreau et C. Ackermann, La transmission de contrats intuitu personae dans le cadre d'opérations d'apport partiel d'actif et de fusion : LPA 3 juin 2004, n° 111, p. 4. – P.-Y. Bérard, Les fusions à l'épreuve de l'intuitu personae : RTD com. 2007, p. 282). Les arrêts rendus en la matière permettent de retrouver les solutions énoncées jusqu'à présent. Ici comme ailleurs, l'intuitu personae n'empêche pas la cession, mais il impose des égards. Lorsque la transmission des contrats intuitu personae n'est pas prévue à l'avance, elle ne peut avoir lieu qu'avec l'accord du cessionnaire et du cédé (Cass. com., 29 oct. 2002 : Bull. Joly Sociétés 2003, p. 192, note D. Krajewski [mandat]. – Cass. com., 3 juin 2003 : Bull. Joly Sociétés 2003, p. 1034, note D. Krajewski. – Cass. com., 3 Juin 2008, n° 06-13.761 et 06-18.007 : JCP E 2008, 2210, note H. Hovasse ; JCP G 2008, II, 10 154, note C. Maréchal ; Comm. com. électr. 2008, comm. 200, note M. Malaurie-Vignal ; RTD civ. 2008, p. 478, note B. Fages ; RTD com. 2009, p. 385, note P. Le Cannu et B. Dondero [contrat de franchise]. – Cass. com., 24 nov. 2009, n° 08-16.428 : Comm. com. électr. 2010, comm. 42, note M. Malaurie-Vignal ; D. 2009, p. 2932 ; Bull. Joly Sociétés 2010, p. 243, obs. X. Vamparys [contrat de franchise]. – Cass. com., 12 oct. 2010, n° 09-70.116 [contrat de franchise]. – Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-11.650 [convention de compte courant]. – CA Paris, 24 févr. 2016 : JurisData n° 2016-005180 [prestations intellectuelles]). Il n'est pas nécessaire qu'une clause du contrat prévoie la présence de la considération de la personne. Il n'est cependant pas inutile de préciser dans le contrat les opérations concernées par le jeu de l'intuitu personae et les formes du consentement du cocontractant (Cass. com., 13 déc. 2005, n° 03-16.878 : JurisData n° 2005-031321 ; JCP G 2006, II, 10103, note H. Hovasse, où l'on impose un accord préalable et écrit). Les clauses visant à réduire le rôle de l'intuitu personae n'ont cependant pas la faveur de la jurisprudence (V. n° 37). Le cautionnement, confronté à ces turbulences, connaît un sort différent (D. Houtcieff, Contribution à l'étude de l'intuitu personae : RTD civ. 2003, p. 3. – P.-Y. Bérard, préc., n° 56 s.). Depuis quelques années, la jurisprudence est fondée sur une distinction entre l'obligation de règlement et l'obligation de couverture, solution qui satisfait peu la doctrine. La question est de déterminer ce qu'il reste du cautionnement, lorsque la personne du débiteur disparaît lors d'une fusion (N. Morelli, Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion : Bull. Joly Sociétés 2004, p. 933). La jurisprudence décide que seule l'obligation de règlement subsiste pour les dettes nées au jour de la fusion, l'obligation de couverture disparaissant (Cass. com., 21 janv. 2003 : LPA 17 sept. 2004, n° 187, p. 8, note Tafanelli. – Cass. com., 8 nov. 2005, n° 02-18.449 : JurisData n° 2005-030654 ; JCP G 2006, I, 123, n° 17, obs. Barthez ; Bull. civ. IV, n° 219). La solution est la même lorsque c'est la personne du créancier qui change (Cass. com., 16 sept. 2014, n° 13-17.779 : Lexbase, éd. aff., 2014, n° 397,

note G. Piette). Le cas du contrat de bail devant être traité séparément (Cass. com., 8 nov. 2005, n° 01-12.896 : JurisData n° 2005-030656 ; Bull. civ. IV, n° 218. – CA Toulouse, 26 mai 2010, n° 08-02.173). Par principe, dans ce cas-là, le contrat est transmis.

2° Extinction

84. Premier aperçu – L'attache à une personne physique ou morale déterminée va encore retentir sur son extinction (comp., M.-E. André, *L'intuitu personæ dans les contrats entre professionnels*, Mél. M. Cabrillac, préc., n° 38). Celle-ci peut d'abord être de droit, dans deux circonstances. En premier lieu, en présence d'une clause contractuelle licite ayant prévu la rupture anticipée du contrat en cas de changement de l'une des parties (Comp., CA Paris, 23 sept. 1997, préc., à propos d'un changement de gérant d'une société emprunteuse. – CA Paris, 19 nov. 2009 : RTD com. 2010, p. 274, obs. Saintourens, mise en location-gérance de fonds franchisés. – CA Paris, 2 juin 2010 : JurisData n° 2010-014687, résiliation en cas de changement dans la personne du cocontractant sauf volonté de poursuivre. – CA Versailles, 14 avr. 2010 : JurisData n° 2010-006394, location-gérance. – CA Douai, 4 mars 2010, prêt à usage). La clause peut être plus large et viser un événement qui mettrait en péril l'intuitu personae attaché au contrat (pour un cas de résiliation justifiée par la condamnation du consultant : Cass. com., 8 déc. 2015, n° 14-11.394 : AJCA 2016, p. 85, note Y. Dagherne-Labbe ; RJDA 2016, n° 510. – Dans les contrats sur la recherche et l'innovation, voir les hypothèses de clauses : A.-A. Hyde, *Clauses relatives à l'intuitu personae*, préc., n° 213 et 132 et s.). En second lieu, lorsque la substitution de personne n'est pas possible, car celle-ci constitue un élément essentiel du contrat (V. n° 79) ou lorsque, tout en étant possible, aucun accord n'est intervenu sur ce point entre les parties : le changement qui interviendrait à cet égard doit entraîner ipso facto la résiliation du contrat (V. en ce sens, CA Paris, 3 nov. 1994, préc.). En dehors de ces situations, somme toute simples, il reste à envisager l'influence de la considération de la personne sur l'extinction du contrat, que ce soit quant à la facilité de la résiliation (a) , aux effets de l'ouverture d'une procédure collective (b) ou du décès de l'une des parties (c) .

a) Résiliation facilitée

1) Contrat à durée indéterminée

85. Droit commun – Tout contrat à durée indéterminée peut toujours être rompu unilatéralement par chacune des parties, quand bon leur semble, sans avoir à motiver leur décision, du fait de la prohibition des contrats perpétuels et afin de protéger la liberté des contractants (Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, préc., n° 3352.92). La seule condition est de respecter un délai de préavis raisonnable. La règle, bien connue, est rappelée régulièrement par la jurisprudence, notamment en matière de concession commerciale (Ph. le Tourneau, *Les contrats de concession : Litec Professionnels*, 2e éd., 2010, n° 283). Nulle spécificité à cet égard pour les contrats intuitu personæ (V. le rappel, pour un contrat de maintenance qualifié d'intuitu personæ, Cass. com., 10 juill. 1989 : *Dr. informatique et télécoms* 1993, n° 1, p. 26, obs. J. H.). Toutefois, lorsque celui-ci est particulièrement vif et que la confiance vient à cesser entre les parties, il semblerait opportun de décider que la rupture peut intervenir hic et nunc, sans plus attendre, quitte à en répondre en justice. C'est désormais une solution consacrée par le droit commun des contrats (C. civ., art. 1226).

2) Contrat à durée déterminée

86. Particularisme issu de l'idée de confiance – La situation est bien différente pour les contrats à durée déterminée. En droit commun, la rupture unilatérale y est prohibée. Tout au plus, une partie peut-elle utiliser les modes de rupture fondés sur l'inexécution fautive de son partenaire (C. civ., art. 1224). Le particularisme des contrats passés en considération de la personne se manifeste sur ce point. La raison en est simple : s'ils sont fondés sur la confiance, il ne suffit pas que celle-ci existe à l'origine, il est nécessaire qu'elle subsiste durant toute la vie contractuelle (V. n° 43). Vient-elle à disparaître ? Le contrat doit lui-même pouvoir être résolu. Par quel procédé ? Les modes de rupture traditionnels sont ouverts et l'on peut très bien concevoir que le caractère intuitu personae d'un contrat puisse aggraver les conséquences du comportement d'un cocontractant (Cass. com., 8 nov. 2017, n° 16-22.289, « comportement préjudiciable dans le cadre d'un contrat marqué par l'importance de l'intuitu personae »). Pourrait-on admettre une possibilité de rompre unilatéralement ? C'est à propos du mandat que le Code civil pose cette

règle de libre révocabilité, qui semble dépasser ce contrat, et être générale à tous les contrats dans l'intuitu personæ a une grande intensité.

- 87. Révocation « ad nutum »** – Selon l'article 2004 du Code civil, “le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble”, d'un mot, d'un geste, ad nutum. La formule est des plus larges. Il en résulte que le motif de cette décision n'a pas à être précisé (Cass. com., 7 juill. 1992 : Contrats, conc. consom. 1992, comm. 222) : s'il s'agit souvent de la perte de confiance, le mandant pourra tout aussi bien adopter ce parti pour n'importe quelle raison, notamment lorsqu'il y va de son intérêt. Toutefois, comme toujours, la liberté ne doit pas dégénérer en abus : des dommages et intérêts pourront être alloués au mandataire, lorsque la révocation a été abusive, car brutale et intempestive (Cass. com., 7 juill. 1992, préc. – Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2003, n° 00-15.519 : JurisData n° 2003-017444 ; Bull. civ. I, n° 27. – CA Paris, 18 oct. 2001 : RJDA 2002, n° 495). L'abus serait cependant enfermé dans d'étroites limites : le mandataire révoqué n'obtiendrait une indemnité que s'il établissait « l'intention de nuire de son auteur ou sa légèreté blâmable susceptible de se rattacher à des circonstances vexatoires ou intempestives » (Cass. com., 7 juill. 1992, préc.).
- 88. Exceptions à la libre révocabilité** – Dans les mandats d'intérêts communs, la libre révocabilité des contrats de durée déterminée n'est plus entière (V. n° 53) : elle n'est possible qu'en présence d'un motif légitime de rupture, prouvé par le mandant (Cass. com., 2 mars 1993, n° 90-18.403 : JurisData n° 1993-000480 ; Bull. civ. IV, n° 90. – Cass. com., 14 mars 1995, n° 93-13.845 : Bull. civ. IV, n° 83. – Cass. com., 14 janv. 1997 : RJDA 1997, n° 496. – CA Versailles, 19 mars 1998 : DMF 1999, p. 35, obs. Y. Tassel. – Il est des espèces relevant, comme motif légitime, des actes de la part du débiteur qui, tout en n'étant pas fautifs, violent la confiance, CA Rennes, 22 nov. 1971 : RTD com. 1975, p. 101. – CA Paris, 25 mai 1987 : D. 1987, IR p. 153). D'autre part, une clause dite d'irrévocabilité peut avoir été insérée dans le contrat : elle n'est que relative, car le mandant peut néanmoins révoquer le mandat en établissant ici aussi un motif légitime ; toutefois, cette clause n'est valable que si elle est limitée dans le temps (V. sur cette clause, Ph. le Tourneau : Rép. civ. Dalloz, V° Mandant, n° 400). Le mandat irrévocable est parfois un instrument de garantie (J. Stoufflet, Le mandat irrévocable instrument de garantie, Mél. A. Colomer : Litec, 1993, p. 477).
- 89. Règle générale** – En extrapolant, il nous semble possible de poser la règle que la résiliation unilatérale est toujours possible lorsque l'affectio contractus, fondée sur la confiance, déterminante du consentement, vient à cesser, quelle qu'ait été l'origine de cette confiance : compétence, expérience, notoriété, etc., et quelle que soit la cause de la perte de la confiance

(disparition d'une qualité objective [santé, carte professionnelle ou inscription sur une liste professionnelle], ou subjective, par une faute contractuelle blessant la confiance, par une mésentente mettant fin à la bonne intelligence des parties...). C'est que le changement survenu détruit l'équilibre initial du contrat (Comp., Cass. com., 1er févr. 1994, n° 92-10.111 : JurisData n° 1994-000986 ; Contrats, conc. consom. 1994, comm. 93, obs. L. Leveneur, résiliation d'un contrat de franchise aux torts du franchiseur qui, notamment, n'avait pas la notoriété promise. – CA Paris, 7 nov. 1996, préc., n° 51, résiliation unilatérale d'un contrat de concession par un concédant, justifiée par le fait qu'un actionnaire majoritaire du concessionnaire a adhéré à une coopérative soumise à l'influence de son principal concurrent. – Cass. 1re civ., 16 mai 2006, n° 03-16.253 : JurisData n° 2006-033513 ; Gaz. Pal. 2006, 2, somm. p. 4116, note D. Bandon, contrat d'exercice libéral avec une clinique. – CA Aix-en-Provence, 30 oct. 2008, n° 06/15501 : JurisData n° 2008-005932, contrat d'entreprise. – P. Mousseron, La sanction des liens d'alliance du membre d'un groupement : JCP E 2006, 1607. – Le fait que le cocontractant ait été poursuivi pénalement, entachant l'image de son partenaire : CA Paris, 7 mai 2015, n° 14/01588 : JurisData n° 2015-013829. – Plainte pour agression sexuelle, rupture du contrat de l'éducateur sportif : CA Lyon, 9 avr. 2019, n° 17/07866 : JurisData n° 2019-005914. – Apologie du nazisme, rupture du contrat de styliste : CA Paris, 7 mai 2015, n° 14/01588 : JurisData n° 2015-013829). Ainsi, l'attache personnelle dans un contrat le fragiliserait quelque peu, impliquant la persistance, durant toute sa durée, du consentement des parties (comp. M. Contamine-Raynaud, L'intuitu personæ dans les contrats : thèse, préc., n° 1, n° 269. – G. Kostic, L'intuitu personæ dans les contrats de droit privé : thèse, préc., n° 1, n° 590, qualifie cette faculté de résiliation unilatérale de « summum des effets de l'intuitu personæ ») ; elle impliquerait une sorte de perseveratio voluntatis, comme actuellement dans le mariage, toujours menacé par le divorce ; par ricochet, elle freine la tendance contemporaine vers l'entière admission du contrat parmi les biens, les valeurs économiques, occultant de plus en plus son caractère de lien de droit. Cette faculté se rapprocherait de celle qui est désormais consacrée à l'article 1226 sans se confondre avec elle. On imagine mal en effet, dans notre cas, le cocontractant mettre le débiteur défaillant en demeure de s'exécuter. Par ailleurs, l'événement qui le touche et fait disparaître l'intuitu personæ n'est pas nécessairement imputable au débiteur. Peut-être se rapproche-t-on plus, dans ce dernier cas, de la caducité du contrat pour disparition d'un élément essentiel désormais prévue par l'article 1186 du Code civil. Si l'on en reste à l'idée d'un droit de résilier, cette faculté ne saurait être exercée discrétionnairement. Il est possible de demander au cocontractant qui l'invoque de justifier du lien fait entre l'événement en cause et la perte de confiance qu'il invoque. Il y aurait sinon abus du droit de rompre sur ce fondement (CA Bordeaux, 6 oct. 2016,

n° 14/07561 : JurisData n° 2016-025915). Le contrôle sera évidemment plus aisé en l'état d'un *intuitu personae* objectif. D'autres cas de rupture unilatérale pourraient être invoqués mais ils sont surtout rattachés à des circonstances se retrouvant souvent dans les contrats *intuitu personae*, mais avec lesquels il ne faut pas le confondre : l'urgence, le dédit, la protection des droits de la personnalité et des libertés fondamentales, l'intérêt exclusif de l'une des parties dans les contrats de mandat ou d'entreprise (D. Krajewski, thèse préc., n° 485).

90. Règle spéciale pour les contrats de propriété intellectuelle et les contrats portant sur le corps humain – Dans les contrats de propriété intellectuelle, il existe une règle légale voisine, au profit du créateur, qui lui permet, à tout moment, de revenir sur sa décision de divulguer une œuvre (en indemnisant le cessionnaire) : c'est le droit de repentir ou de retrait (CPI, art. L. 121-4. – C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, préc., n° 267 s. – P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, préc., n° 195). C'est une protection juridique spéciale du créateur et de sa personnalité (dans la mesure où toute œuvre est le reflet de celle-ci) qui, insatisfait de son travail, de l'antagonisme persistant qu'il constate entre l'esprit et la matière, entre le rêve et la réalité, préfère le reprendre, soit pour tenter d'atteindre l'idéal que son esprit lui suggère, soit pour le détruire, au risque de se perdre, comme le vieux maître Frenhofer de la célèbre nouvelle de Balzac, *Le chef-d'œuvre inconnu* (Comp. Ph. le Tourneau, *Le parasitisme*, préc., n° 153). La jurisprudence a reconnu, proprio motu, un semblable droit de rétractation dans les contrats portant atteinte à l'intégrité physique (M. Contamine-Raynaud, *L'intuitu personae* dans les contrats : thèse, préc., n° 266). Selon nous, la raison en est la même que dans le cas précédent, c'est-à-dire le respect que notre droit attache à la personne humaine, à l'éminente dignité de l'homme, qui est une des bases de notre civilisation, tant il est vrai que le corps ne peut pas se dissocier de la personne : par lui, nous nous situons dans l'espace ; en lui, réside notre personnalité et son centre, l'affectivité, qui dispose nos relations avec autrui. Nous répugnons donc à suivre un auteur, rattachant l'espèce humaine aux « choses communes » de l'article 714 du Code civil (X. Labbée, *Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine* : D. 1999, chron. p. 437, et alors qu'il qualifie le corps « d'objet mobilier », ce que nous contestons d'autant plus que nous considérons comme une unité le corps et la personne, même si celle-ci comprend aussi l'esprit et l'âme. – Adde sur la personne, Ph. le Tourneau *L'éthique des affaires et du management au XXIe siècle* : Dalloz-Dunod, 2000, épuisé ; consultable gratuitement sur <http://philippe-le-tourneau.pagesperso-orange.fr>). Et quant à employer le mot de chose pour désigner l'être humain, cela n'est possible à nos yeux qu'en l'entendant dans son sens le plus général « ce qui existe, ce qui est réel », ou dans son sens philosophique « réalité considérée

comme existence individuelle et concrète, composée de propriétés stables, indépendante de sa représentation dans l'esprit » (Dict. Académie française, V^o Chose, t. 1 : 9^e éd., 1992).

- 91. Renonciation par le mandataire** – Par parallélisme avec la faculté de révocation donnée au mandant, le Code civil prévoit que le mandataire peut renoncer unilatéralement au contrat (C. civ., art. 2007), sauf à indemniser son cocontractant du préjudice qu'il peut subir de ce fait. Cette faculté est tout aussi dérogatoire au droit commun que celle qui est donnée au mandant ; elle se justifie pour la même raison, à savoir la confiance mutuelle nécessaire dans ce contrat. Si le mandataire n'entend plus poursuivre sa mission, il est impossible de maintenir les liens contractuels contre son gré, car il est à craindre qu'il n'agisse plus avec toute l'acuité nécessaire pour veiller aux intérêts du mandant : c'est dire que la confiance qui a été placée en lui par ce dernier s'évanouit.
- 92. Renonciation dans tout contrat conclu « intuitu personæ »** – Puisque le fondement à la libre renonciation est la perte de confiance, la règle peut être généralisée : dans tout contrat conclu intuitu personæ fondé sur la confiance, le débiteur peut renoncer à l'obligation, en indemnisant le cas échéant son partenaire, à condition toutefois de ne pas utiliser ce droit de façon abusive (renonciation tardive).

b) Ouverture d'une procédure collective

- 93. Recul de l'« intuitu personæ » quant à la continuation des contrats en cours** – Il était jadis admis que les contrats frappés du sceau de la confiance cessaient par l'ouverture d'une procédure collective de l'une ou l'autre partie : celle-ci retentit forcément sur celle-là. Le Code civil formulait cette solution pour le mandat à l'article 2003 (qui ne visait que la déconfiture, mais avait toujours été étendu à la faillite). Toutefois, le principe est aujourd'hui grandement restreint dans sa portée par l'article L. 622-13 du Code de commerce, qui permet à l'administrateur judiciaire de continuer les contrats en cours pendant la période de sauvegarde (C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté : Montchrestien, 10^e éd., 2016, n^o 615. – V. sur la notion de contrat en cours les pertinents développements de C. Maury, Les contrats de concession et de franchisage dans le redressement et la liquidation judiciaires : Thèse Toulouse, 2004, n^o 31). Cette règle, d'ordre public, nonobstant toute disposition légale ou clause contractuelle contraire, a été jugée applicable, malgré son silence sur ce point, aux contrats intuitu personæ (Cass. com., 8 déc. 1987 : JCP G 1988, II, 20297, note M. Jeantin ; D. 1988,

jurispr. p. 52, note F. Derrida, 2e esp. ; RTD civ. 1988, p. 347, obs. J. Mestre ; RTD com. 1989, p. 307, obs. Y. Chaput, à propos d'une convention d'ouverture de crédit. – V. la vive critique de cet arrêt par O. Anselme-Martin, Pour un retour à la clôture du compte courant bancaire en cas de redressement judiciaire du client : RD bancaire et bourse 1997, p. 55. – CA Paris, 21 mars 1997 : D. 1997, IR p. 134, contrat de concession commerciale) ; cela, moins en contemplation de la lettre du texte que de son esprit et de la ratio legis (qui est d'assurer la sauvegarde de l'entreprise). C'est même ici une des manifestations les plus significatives d'un certain recul du rôle de l'intuitu personæ dans les contrats : le débiteur initial est remplacé par l'administrateur judiciaire, de sorte que la personne du premier « s'efface au profit de l'émergence de la notion d'entreprise » (M.-H. Monsérié, Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, préf. C. Saint-Alary-Houin : Litec, 1994, n° 188). Il est possible de voir, ici encore, une manifestation de l'objectivation de l'intuitu personæ. Au-delà de la seule déception diminuant la confiance, l'administrateur doit se demander si le débiteur est encore capable de fournir cette prestation spécifique, qui justifiait l'existence de la considération de la personne. Il ne s'agit pas, de toute façon, de compromettre définitivement les intérêts du cocontractant : le contrat est résilié de plein droit, après mise en demeure adressée à l'administrateur restée plus d'un mois sans réponse.

94. Controverse quant à la cession des contrats – C'est une autre question de savoir si le contrat peut être cédé à un tiers, lorsqu'il est nécessaire au maintien de l'activité, et qu'un plan judiciaire de cession totale ou partielle de l'entreprise est arrêté. Les dispositions de l'article L. 642-7 du Code de commerce, exorbitantes du droit commun, doivent certainement s'interpréter strictement : elles ne s'appliquent qu'aux contrats « de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services nécessaires au maintien de l'activité », selon les termes de la loi (ce n'est pas le cas, par exemple, d'un contrat de franchisage, qui est beaucoup plus complexe, CA Paris, 15 déc. 1992 : RJ com. 1993, p. 151, note A. Martin-Serf ; JCP E 1993, I, 275, n° 6, obs. Ph. Pétel). Mais dans ce domaine, la doctrine majoritaire estime que le caractère intuitu personæ ne bloque pas sa cession (V. not., M.-H. Monsérié, préc., n° 266, et les réf. – S. Neuville, Le plan en droit privé, préf. C. Saint-Alary-Houin : LGDJ, 1998, n° 208. – C. Saint-Alary-Houin, préc., n° 1308), et qu'il n'est point même besoin du consentement du cédé (S. Neuville, préc., n° 312) ; la jurisprudence est divisée. Pour notre part, nous estimons que les règles habituelles de la cession d'un contrat conclu intuitu personæ (V. n° 80) devraient s'appliquer ici. Lorsque la considération de la personne ne sert qu'à assurer la réalité (mais non la qualité) de l'exécution, l'incessibilité n'est pas de principe : le créancier peut invoquer l'intuitu personæ si tel est son intérêt, mais cesse de pouvoir le faire lorsque le débiteur lui fournit une garantie de la réalité ou

de la qualité de l'exécution. Cette vue, toute pragmatique, expliquerait peut-être les divergences de la jurisprudence (V., ayant admis la cession du contrat, CA Versailles, 23 juin 1988 : Gaz. Pal. Rec. 1989, 1, som., p. 112, franchisage. – CA Douai, 8 mars 1990 : D. 1990, IR p. 87, concession. – Ayant rejeté la cession, CA Paris, 15 déc. 1992, préc., franchisage).

c) Décès de l'un des cocontractants

95. Spécificité des contrats conclus « intuitu personæ » – Pour l'ancien article 1122 du Code civil, « on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention » (P. Blondel, La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel, préf. A. Ponsard : LGDJ, 1969. – M. Behar-Touchais, Le décès du contractant, préf. G. Champenois : Economica, 1988). Ce texte prévoyait donc deux exceptions à la continuation du contrat après le décès du contractant : une clause spéciale et la nature de la convention. Celle-ci visait incontestablement les contrats conclus intuitu personæ (rappelé par : CA Paris, 23 juin 2016, n° 12/21944 : JurisData n° 2016-013032), ou certains d'entre eux, les plus personnalisés. L'article 1122 a été supprimé à l'occasion de la réforme des obligations. Les réformateurs ont estimé que le droit des successions suffisait à la fonder. Nul doute que les dérogations demeurent. Le code donne, çà et là, quelques applications de cette dérogation (C. civ., art. 1795, entreprise. – C. civ., art. 2003, mandat, que ce soit du côté du mandant ou de celui du mandataire. – C. civ., art. 1879, al. 2. – CA Paris, 2 déc. 2010, n° 08/18817 : JurisData n° 2010-025322). D'autres textes adoptent la même solution (C. com., art. L. 221-15, le décès de l'un des associés d'une société en nom collectif entraîne la dissolution de la société). Dans la même veine, l'article 1117 consacre, dans son alinéa 2, l'idée qu'une offre devient caduque par le décès du pollicitant, car elle est directement rattachée à la volonté de son auteur (Cass. soc., 14 avr. 1961 : JCP G 1961, II, 12260 ; RTD civ. 1962, p. 349, obs. G. Cornu. – Cass. 3e civ., 10 mai 1989, n° 87.18-130 : JurisData n° 1989-701460 ; Bull. civ. III, n° 109 ; D. 1990, jurispr. p. 365, note G. Virassamy. – A. Laude, La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, préf. J. Mestre, préc., n° 43), alors qu'une promesse de contrat se transmet passivement à cause de mort (Cass. 3e civ., 10 déc. 1997, n° 95-16.461 : JurisData n° 1997-004975 ; Bull. civ. III, n° 223, le décès de l'un des promettants après la levée de l'option par le bénéficiaire ne peut pas rendre l'offre caduque. – Encore : CA Grenoble, 30 avr. 2019, n° 17/03375 : JurisData n° 2019-007032). Le contrat n'étant pas transmis en raison de son caractère intuitu personae, on peut

aussi considérer que ce caractère interdit une action en résolution pour inexécution qui n'aurait pas été intentée par le défunt lui-même (pour le cas d'un bail à nourriture : CA Chambéry, 8 sept. 2015, n° 12/02602 : JurisData n° 2015-019866). La dissolution d'une personne morale peut être assimilée à la mort d'une personne physique si le contrat le prévoit (Comp., Cass. com., 18 févr. 1997 : Rev. sociétés 1998, p. 324, obs. Ph. Fortuit. – Cass. com., 13 déc. 2005, n° 03-16.878 : JurisData n° 2005-031121 ; JCP G 2006, II, 10103, note H. Hovasse. – V. sur cette question, n° 86). La Cour de cassation a d'ailleurs précisé que si le contrat intuitu personæ disparaît par l'effet de la dissolution, les créances et dettes antérieures sont recueillies par celui qui reçoit le patrimoine de la société défunte (Cass. com., 7 juin 2006, n° 05-11.384 : JurisData n° 2006-033900 ; Bull. civ. IV, n° 140 ; D. 2006, p. 1685 ; RTD civ. 2006, p. 764, obs. J. Mestre et B. Fages. – CA Bastia, 8 avr. 2015, n° 13/00979 : JurisData n° 2015-011606. – C. civ., art. 1844-5). Le trépas d'un organe de la personne morale n'est pas une cause de cessation du mandat (Cass. 2e civ., 7 déc. 1994 : JCP G 1995, II, 22517, note E. du Rusquec ; D. 1995, IR p. 33, ici l'administrateur judiciaire). À rebours, il est des contrats pour lesquels un principe inverse est admis par la loi (ex., C. civ., art. 1742, bail. – C. civ., art. 2294 anciennement C. civ., art. 2017, pour la caution. – C. com., art. L. 511-13, al. 3, pour le mandat de recouvrement d'une lettre de change).

96. Cas de la caution – À propos de la caution, la jurisprudence distingue, depuis 1982, entre les dettes antérieures au décès et celles qui sont postérieures : seules les premières sont transmises aux héritiers, conformément à l'article 2294 précité (Cass. com., 29 juin 1982 : JurisData n° 1982-701754 ; JCP G 1984, II, 20148, note Bouteiller ; Bull. civ. IV, n° 258 ; D. 1983, jurispr. p. 360, note C. Mouly ; RTD civ. 1983, p. 354, obs. Ph. Rémy). En outre, toute clause ayant pour objet ou pour effet de maintenir l'obligation de couverture après le décès de la caution est considérée comme un pacte sur succession future prohibé par l'article 722 du Code civil (Cass. com., 13 janv. 1987, n° 84-17.093 : JurisData n° 1987-000214 ; JCP E 1988, II, 15014, note M. Behar-Touchais ; Bull. civ. IV, n° 9 ; D. 1987, somm. p. 453, obs. L. Aynès). Quant à la transmission active de l'obligation de couverture, elle est exclue (le bénéfice de la sûreté ne passe pas aux successeurs universels pour les dettes nées après le décès), parce que le trépas du créancier, créant une situation nouvelle, remet en cause l'économie de l'opération (V. cependant contra, D. Houtcieff, Contribution à l'étude de l'intuitu personæ : RTD civ. 2003, p. 3, spéc. p. 17).

97. Retour au droit commun – Néanmoins, il est en général loisible aux parties de stipuler le contraire (sauf ce que nous avons indiqué n° 99 à propos de la caution) et, par cette exception à

l'exception, de revenir au droit commun de la transmission. Ainsi, la validité du mandat posthume (dit post mortem) n'est pas discutée (ex., CA Paris, 12 nov. 1991 : Gaz. Pal. Rec. 1992, 2, jur., p. 616, note J.-P. Marchi). Pourtant, voici une bien curieuse institution : un mandat comme suspendu entre ciel et terre, entre vie et mort, qui tire de lui-même sa force. D'usage courant dans la pratique bancaire, sa validité cesse lorsqu'il est destiné à frauder la loi (Cass. 1re civ., 28 juin 1988, n° 86-13.639 : JurisData n° 1988-701992 ; JCP E 1990, II, 15715, note D. Martin ; D. 1989, jurispr. p. 181, note I. Najjar. – I. Najjar, Mandat post mortem et libéralités par dons manuels et comptes bancaires, Mél. P. Raynaud : Dalloz, 1985, p. 499. – E. Franck, La survivance du mandat post mortem : Administrer 1991, n° 224, p. 2). Dans d'autres circonstances, la survie du mandat ne résulte pas d'une clause expresse mais des données de l'affaire en cause (V. pour un inventaire, Ph. le Tourneau : Rép. civ. Dalloz, V° Mandat, n° 426). Le mandat posthume a été consacré par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, créant un « mandat à effet posthume » (C. civ., art. 812 à 812-7). Plus remarquables encore sont les dispositions issues de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, insérant dans le Code civil les articles 477 et suivants relatifs au « mandat de protection future ». Il s'agit d'un contrat par lequel une personne choisit un mandataire pour la représenter si, dans l'avenir, une altération de ses facultés mentales l'empêchait de pourvoir seule à ses intérêts. Il est même possible de donner mandat sur sa personne (C. civ., art. 479, al. 1er), ce qui met à mal le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes.

Bibliographie

Ouvrages

D. Arteil

L'exécution du contrat par un non-contractant, préf. R.-N. Schütz : LGDJ, 2006

L. Aynès

La cession de contrat, préf. Ph. Malaurie : Economica, 1984

G. Camerlynck

L'intuitu personæ dans les sociétés anonymes : Thèse Paris, 1929

M. Contamine-Raynaud

L'intuitu personæ dans les contrats : Thèse Paris II, 1974

J.-P. Désideri

La préférence dans les relations contractuelles, préf. J. Mestre : PUAM, 1997

J. Huet

Les principaux contrats spéciaux : LGDJ, 1996

E. Jeuland

Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation, préf. L. Cadet : LGDJ, 1999

G. Kostic

L'intuitu personæ dans les contrats de droit privé : Thèse Paris V, 1997

D. Krajeski

L'intuitu personæ dans les contrats : La Mouette, 2001

J. Néret

Le sous-contrat, préf. P. Catala : LGDJ, 1979

C. Prieto

La société contractante : PUAM, 1994

Ph. le Tourneau

Droit de la responsabilité et des contrats : Dalloz Action, 2011/2012

F. Valleur

L'intuitu personæ dans les contrats : Thèse Paris, 1938

Articles

M.-E. André

L'intuitu personæ dans les contrats entre professionnels, Mél. M. Cabrillac : Dalloz-Litec, 1991, p. 23

M. Azoulay

L'élimination de l'intuitu personæ dans le contrat, in P. Durand et a., La tendance à la stabilité du rapport contractuel : LGDJ, 1960, p. 1

P.-Y. Bérard

Les fusions à l'épreuve de l'intuitu personæ : RTD com. 2007, p. 279

C. Bourgeon

À propos des clauses d'intuitu personæ : RDC 2004, p. 499

F. Garron

L'erreur sur la personne d'un tiers au contrat : Rev. Lamy dr. civ. 2004, n° 6, p. 74

S. Hélot

La place de l'intuitu personæ dans les sociétés de capitaux : D. 1991, chron. p. 143

D. Houtcieff

Contribution à l'étude de l'intuitu personæ : RTD civ. 2003, p. 3

M. Malaurie-Vignal

Intuitu personæ et liberté de la concurrence dans les contrats commerciaux : JCP E 1998, I, p. 260

A. Morin

Intuitu personæ et sociétés cotées : RTD com. 2000, p. 299

G. Paisant

À la recherche du consommateur... : JCP G 2003, I, n° 121

I. Pascual

La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés : RTD com. 1998, p. 273

M.-A. Peano

L'intuitu personæ dans le contrat de travail : Dr. soc. 1995, p. 129

N. Perreau et C. Ackermann

La transmission de contrats intuitu personæ dans le cadre d'opérations d'apport partiel d'actif et de fusion : LPA 3 juin 2004, n° 111, p. 4

F. Pollaud-Dulian

Les contrats entre peintres et marchands ou galeries d'art : Dr. & patr. janv. 2004, p. 24

J.-F. Renucci

L'identité du cocontractant : RTD com. 1993, p. 441

A. Supiot

L'identité professionnelle, Mél. J. Savatier : PUF, 1992, p. 409

Ph. le Tourneau

Rép. civ. Dalloz, V° Mandat

F. Vialla

Les contrats du fonds libéral : Dr. & patr. sept. 2002, p. 32

A. Viandier

Les contrats conclus intuitu personæ face à la fusion des sociétés, t. 2, Mél. C. Mouly : Litec, 1998, p. 193