

**AIX MARSEILLE UNIVERSITÉ
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE
ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES**

LES CIRCONSTANCES DU CONTRAT

Thèse pour le doctorat en droit
Présentée et soutenue publiquement le 29 novembre 2023

Anne-Lise SOUCHAY

Directeur de thèse : Monsieur Nicolas Balat
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Membres du jury : Monsieur Philippe Delebecque
Professeur émérite à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)
Monsieur Olivier Deshayes
Professeur à l'Université Paris-Nanterre
Monsieur Emmanuel Putman
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Madame Sandrine Tisseyre
Professeure à l'Université Toulouse-Capitole

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Au Professeur Nicolas Balat. Pour son aide précieuse et sa grande bienveillance.

Au Professeur Hugo Barbier, qui m'a convaincue de faire une thèse et qui m'a accompagnée pendant plusieurs années.

Au Centre de Droit économique qui m'a soutenue tout au long de ce parcours.

À ma famille et belle-famille, à mes amis qui se reconnaîtront. Pour leur soutien sans faille.

À Jean, pour tout.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>Adde</i>	Ajoutez
<i>AJ contrat</i>	Actualité juridique du contrat
al.	Alinéa
<i>APD</i>	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
<i>Bull. Civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles (I,II,III), commerciale (IV) et sociale (V)
BJS	Bulletin Joly sociétés
Bibl. dr. privé	Bibliothèque de droit privé
C. ass.	Code des assurances
<i>CCC</i>	Contrats concurrence consommation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. cons.	Code de la consommation
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Civ. 1 ^{ère} , 2 ^e , 3 ^e	Première, Deuxième, Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'Homme
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
Chron.	Chronique
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Comp.	Comparez
CMR	Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route
CVIM	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises
Déc.	Décision
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
Dir.	Direction
Doctr.	Doctrine
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine
<i>Dr. soc.</i>	Droit social
éd.	Édition
Fasc.	Fascicule
<i>Gaz. pal.</i>	Gazette du palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , au même endroit
<i>Infra</i>	Ci-dessous

<i>JCP G, E, S</i>	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition Générale, Entreprise, Sociale).
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>Loc. Cit</i>	<i>Loco Citato</i> , à l'endroit précité.
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
M.	Monsieur
<i>Mél.</i>	Mélanges
M ^{me}	Madame
n ^o	Numéro
obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> , dans l'ouvrage cité
p.	Page
préc.	Précité
préf.	Préface
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>Rép. dr. civ.</i>	Répertoire de droit civil Dalloz
<i>Rev.</i>	Revue
<i>RJ Com</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RLDA</i>	Revue Lamy droit des affaires
<i>RRJ</i>	Revue de recherche juridique et de droit prospectif
<i>RTD Civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD Com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	Suivants
somm.	Sommaire
spéc.	Spécialement
<i>Supra</i>	Ci-dessus
t.	Tome
th. dactyl.	Thèse dactylographiée
th. préc.	Thèse précitée
vol.	Volume

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE : L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'APPRECIATION DU CONTRAT

TITRE PREMIER : L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'APPRECIATION DE L'EXISTENCE DU CONTRAT

CHAPITRE PREMIER : L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'APPRECIATION DE L'EXISTENCE DE LA VOLONTE

CHAPITRE SECOND : L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'APPRECIATION DE LA QUALITE DE LA VOLONTE

TITRE SECOND : L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'APPRECIATION DU CONTENU DU CONTRAT

CHAPITRE PREMIER : L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'APPRECIATION DE LA COMMUNE INTENTION DES PARTIES

CHAPITRE SECOND : L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES EN L'ABSENCE DE COMMUNE INTENTION DES PARTIES

SECONDE PARTIE : L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'ADAPTATION DU CONTRAT

TITRE PREMIER : L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'ADAPTATION DU COMPORTEMENT DU CONTRACTANT

CHAPITRE PREMIER : L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR LE CONTROLE DE L'APPLICATION DES PREROGATIVES CONTRACTUELLES

CHAPITRE SECOND : L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'EXECUTION DE LA PRESTATION CONTRACTUELLE

TITRE SECOND : L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'ADAPTATION DU SORT DU CONTRAT

CHAPITRE PREMIER : L'ADAPTATION DU CONTRAT AUX CIRCONSTANCES : FONCTION DE PREVISION

CHAPITRE SECOND : L'ADAPTATION DU CONTRAT AUX CIRCONSTANCES : FONCTION DE PROTECTION

À la mémoire de mon père

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. La circonstance et l'événement. En droit, les circonstances ne font pas l'objet d'une étude particulière. En droit des contrats d'autant moins. Le constat de départ n'étonne guère. Tout ne porte-t-il pas à croire que le droit en général, et le droit des contrats en particulier, est réfractaire aux circonstances ? Les notions n'ont, de prime abord, rien en commun. Pour la première, le contrat : acte juridique par excellence, accord de volontés aux fonctions circonscrites. Pour la seconde, les circonstances, notion vaporeuse, dangereuse, source d'instabilité et d'insécurité. Elles sont « les particularités qui accompagnent et distinguent un fait »¹. La circonstance : le fait qui accompagne un fait... vertigineuse mise en abyme !

Pourtant, dans toute science, l'explication d'un événement s'envisage rarement sans l'appréciation des circonstances qui l'ont entouré². La survenance d'un fait resterait bien souvent inexpiquée sans cette révélation. À l'aide de ces dernières, l'observateur détermine la connaissance et la compréhension de l'objet de l'étude. Les historiens du XX^e siècle ont pu, à rebours de ce qui était jusqu'alors enseigné, proposer une théorie « circonstancielle » de la Révolution française³. Quand l'Homme est au cœur de l'analyse, la sociologie, la psychologie et l'anthropologie principalement montrent à quel point son action est déterminée par des circonstances souvent indépendantes de sa volonté⁴. Cette tension entre la liberté de l'action et les circonstances est illustrée par de grandes œuvres de la Littérature. Le personnage de Raskolnikov en offre une illustration tragique chez Dostoïevski⁵, tandis qu'Edmond Dantès, chez Dumas, en est un vainqueur éclatant⁶. Sous la plume de Balzac, l'inquiétant Vautrin

¹ ACADÉMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'académie française*, 9^e éd., 1935-2023, V^o « Circonstance ». Le *Littre* ajoute comme synonyme la conjoncture tout en le distinguant des circonstances. La circonstance, comme son étymologie latine le retient, est « ce qui est autour » alors que la conjoncture « est ce qui coïncide » : É. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, L. Hachette, 1873-1874, v. 2, V^o « Circonstance ».

² La pensée scientifique se distingue ainsi du mythe, puisque les événements répondent nécessairement de circonstances qui se prêtent à une démonstration, là où le mythe ne peut être discuté : M. MARCUZZI, « Le genre humain », in *Notions de philosophie*, dir. D. Kambouchner, t. 1, Folio, 1995, p. 375 et s. En droit : N. INDJESSILOGLOU, *L'apport de l'analyse systémique dans le domaine juridique*, th. Paris 2, 1980, p. 137 : « une fois que l'on étudie un système non isolé c'est-à-dire lorsque l'on étudie par rapport à un environnement, il y a par définition, action de l'environnement sur le système ».

³ F. FURET, *Penser la Révolution française*, éd. Folio, 1985.

⁴ Les philosophes dits « causalistes » ont souhaité, à l'image de la science, montrer que les croyances et actions étaient, non pas fondées par des raisons, mais causées par des circonstances naturelles (sociales, affectives, biologiques par exemple). Sur une distinction entre les théories causalistes et d'autres théories d'explication des normes et valeurs : R. BOUDON, *Le sens des valeurs*, PUF, 1999, p. 29 et s., spéc. p. 40 et s.

⁵ DOSTOÏEVSKI, *Crime et châtiment*, trad. A. Markowicz, éd. Babel, 2002 : l'auteur est en partie à l'origine de la distinction entre l'Homme ordinaire et extraordinaire théorisée par Nietzsche, l'Homme extraordinaire étant amené, par don ou talent, de dire dans leur milieu une « parole nouvelle » (p. 447). L'Homme extraordinaire est donc capable de s'extraire des circonstances afin de poursuivre une idée, ce qui justifie tous les crimes accomplis pour y parvenir.

⁶ A. DUMAS, *Le Comte de Monte-Cristo*, NRF, éd. Pléiade, 1981.

sermonne le jeune Rastignac en clamant qu'« il n'y a pas de lois, il n'y a que des circonstances »⁷.

Parce qu'il établit des normes de comportement applicables à tous, le droit ne saurait assigner, comme la littérature ou la science, d'explorer toute la complexité factuelle⁸. Il doit s'arrêter à une mesure suffisante ; ni trop simplificatrice au risque de trahir la réalité, ni trop complexe par peur de l'insécurité et de l'inégalité. En revanche, le droit connaît ponctuellement tous ces aspects de la relation entre les circonstances et l'événement. En droit pénal, la notion de circonstances aggravantes ou, jadis, atténuantes, peut autant concerner les circonstances extérieures de l'infraction que les circonstances personnelles de l'auteur et répond à un souci de personnalisation de la peine⁹. Le droit de la responsabilité civile envisage les circonstances de la survenance d'un dommage en choisissant une chaîne causale précise selon la politique juridique envisagée¹⁰. Quant à la notion de circonstances exceptionnelles, le célèbre article 16 de la Constitution prévoit la possibilité pour le Président de la République de recourir à des mesures exceptionnelles « exigées par ces circonstances ».

Dans un réflexe primesautier, on remarque que le contrat s'éloignerait volontairement de la personnalité des contractants et des circonstances du contexte contractuel¹¹. La conclusion d'un

⁷ « (...) : l'homme supérieur épouse les événements et les circonstances pour les conduire ». BALZAC, *Le Père Goriot*, Folio, Coll. Classiques, 1999, p. 158.

⁸ Sur cette remarque : F. TERRÉ, N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 15^e éd., 2023, n° 120 et s.

⁹ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 27^e éd., 2021, n° 149 et s., et n° 744 et s. L'art. 132-1 al. 3 C. pén. précise que la nature, le régime ainsi que les peines prononcées sont déterminés par la juridiction « en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale (...) ». Gény remarquait que la recherche du contexte est apparue en matière pénale : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, t. 2, LGDJ, réed. 2016, p. 195 : « la plupart de ces jugements, ceux surtout qui ont, les premiers, attiré l'attention sur la personnalité du "Bon juge", sont rendus en matière correctionnelle ; et un petit nombre seulement tranche des procès de droit civil ou commercial (...). Néanmoins, la méthode de cette appréciation se rejoint sur sa finalité, peu importe la nature du contentieux : « En droit criminel, comme en droit privé, il s'agit toujours, pour le juge, de découvrir et d'appliquer la règle générale, qui convienne au cas particulier ». Sur l'individualisation de la peine : R. VIENNE, « De l'individualisation de la peine à la personnalisation de la mesure », in *Mél. M. Ancel*, 1975, vol. 2, p. 177 et s.

¹⁰ L. SICHEL, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, th. dactyl., Paris 1, 2021, spéc. n° 155 et n° 473 : l'auteur relève les différentes théories de la causalité en droit de la responsabilité civile mais conclut finalement que « l'importance causale d'un acte sera toujours liée à la conjoncture propre aux circonstances du dommage » (p. 623).

¹¹ Sur cette remarque à l'égard des individus contractants : P. DAUCHY, *Essai d'application de la méthode structurale à l'étude du contrat*, th. dactyl., Paris 2, 1979, p. 206-207 : « On s'aperçoit que les acteurs qui agissent dans la vie sociale et également dans le contrat, n'agissent pas en tant qu'individus, mais en tant que personnage-type : personnage du débiteur, du créancier, personnage de tiers : leur nom et leur infériorité comptent peu, seul le masque importe (...) le droit est ce qui stabilise les relations humaines en faisant des individus des joueurs de rôles : rôle du créancier, du débiteur, du vendeur, de l'acheteur, du plaignant, du citoyen etc. ». Alain Supiot souligne aussi « l'abstraction du lien contractuel » : A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, éd. du Seuil, 2009, p. 159. Même sens : F. SHAUER, S. GOLTZBERG, *Penser en juriste. Nouvelle introduction au raisonnement juridique*, Dalloz, 2018, p. 8-9 : « Les méthodes en droit (...) sont déterminées par la généralité qui est inhérente au droit. Bien que les conflits, qu'ils soient ou non portés devant les tribunaux, opposent des individus particuliers autour de problèmes donnés, le droit a tendance à traiter ces individus comme des membres de catégories plus larges. Plutôt que d'essayer d'offrir pour chaque litige un résultat optimal particulièrement sensible au contexte, le but du droit est souvent de s'assurer du fait que le résultat soit correct pour tous les individus ou du moins la plupart d'entre eux ». Sur le contexte contractuel par exemple : F. GÉNY,

accord se concevrait comme une domination de l'acte juridique sur les circonstances, à l'image d'une « bulle et d'un bloc » réfractaire aux « influences extérieures ou intérieures »¹². Les circonstances représenteraient un danger dont il faudrait à tout prix se garder. Rendue par la chambre civile de la Cour de cassation le 6 mars 1876, la célèbre décision *Canal de Craponne* en témoigne. La question, bien connue, est la suivante : une modification du contrat est-elle possible sans contrarier sa force obligatoire en présence d'une évolution des circonstances défavorable à l'un des contractants¹³ ? De la même manière, l'article 1195 du Code civil, à l'origine du bris de cette jurisprudence en 2016, autorise une adaptation du contrat pour imprévision en présence d'un « changement de circonstances imprévisible ». Les textes légaux, la jurisprudence et la doctrine se concentrent sur l'effet, ou encore sur une qualité spécifique des circonstances, et non sur ce qu'autorise, de manière générale, la notion en elle-même. Les monographies s'intéressent plus particulièrement au fait *imprévisible* ou encore *imprévu*¹⁴. Les circonstances seraient-elles des risques, qui déstabiliseraient le contrat, écorneraient la prévisibilité et la sécurité juridique ? La relation entre les circonstances et le contrat ne se concevrait-elle que sous un rapport de domination ?

2. La circonstance est l'événement. La circonstance est autant l'élément « qui accompagne et distingue un fait » que « ce fait lui-même »¹⁵. Les circonstances comportent nécessairement une part de relativité, puisque leur nature circonstancielle dépend presque exclusivement de l'angle d'appréciation adopté. En grammaire par exemple, les compléments circonstanciels de temps, de lieu, de but, de cause, ou encore de manière, accompagnent nécessairement une action principale. Mais ces syntagmes peuvent bien évidemment devenir des sujets de la phrase pouvant eux aussi être accompagnés de compléments circonstanciels. Un fait peut donc être autant analysé comme une circonstance particulière accompagnant un événement, que comme l'événement lui-même.

Le comportement du contractant révèle toute l'ambivalence de la circonstance en droit des contrats. Il peut d'abord être considéré comme une circonstance particulière quand il est analysé comme un indice de la volonté des parties. Il est, dans cette hypothèse, une circonstance indiquant le sens de la volonté des contractants. Le silence ne vaut pas acceptation, à moins que « les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation » dont le comportement du contractant¹⁶. Au contraire, quand il est apprécié au stade de l'exécution du

Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, t. 3, Paris, Sirey, 1921, n° 188, p. 36 : la cause en droit des contrats « transforme la vie mouvante et multiforme en un mécanisme raide et réduit quelques rouages élémentaires ».

¹² C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.* 1997, p. 357.

¹³ Civ. 6 mars 1876, *De Gallifet c. Commune de Pélissanne*, *D.* 1876, 1, p. 193, note GIBOULOT.

¹⁴ J. HEINICH, *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, préf. J. Mestre, PUAM, 2015 ; L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. Aynès, Economica, 2011.

¹⁵ ACADEMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'académie française*, 9^e éd., 1935-2023, V° « Circonstance ».

¹⁶ Com. 18 janv. 2011, n° 09-69.831, *D.* 2012, p. 459, obs. S. AMRANI-MEKKI, *Rev. soc.* 2011, p. 717, note F. PASQUALINI.

contrat afin, par exemple, de déterminer un potentiel abus, il est l'événement objet de l'observation, et d'autres circonstances admettent ou non sa légitimité.

En somme, il n'existerait pas des circonstances qui seraient, par nature, identifiables, mais seulement des circonstances en raison de l'objet de l'étude. La nature circonstancielle d'un fait ne découle pas de qualités intrinsèques à celui-ci, mais dépend de la relation qu'il entretient avec un autre objet. La circonstance a donc une qualité relationnelle, puisque son appréciation est toujours liée à l'influence qu'elle exerce sur un objet d'étude particulier¹⁷. Encore faut-il se demander si le droit est porté naturellement à l'étude des circonstances lors de l'appréciation d'un événement ou d'un comportement.

3. Les circonstances et l'abstraction. Le droit légiféré s'éloigne volontairement des circonstances dans un souci de généralité et d'abstraction. L'abstraction est identifiée comme une qualité de la règle de droit. Elle est garante de prévisibilité et de sécurité¹⁸. Historiquement, le droit français est appréhendé comme un droit conceptuel¹⁹ volontairement éloigné des circonstances particulières²⁰. Cette évolution a fait naître un droit théorique qui est souvent caractérisé par sa conceptualisation et systématisation²¹. Cette faveur pour le conceptualisme est souvent manifestée par la préférence pour le raisonnement syllogistique, présenté comme le meilleur garant de la sécurité juridique²².

¹⁷ Ce qui la rapproche de la méthode fonctionnelle. Sur cette approche : G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, n° 851. La notion de « circonstances exceptionnelles » serait fonctionnelle : D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, préf. P. Weil, LGDJ, Bib. dr. pub., t. 107, 1972, spéc. p. 138 et s. La méthode « conduit à se libérer des catégories juridiques et à considérer l'objet d'étude sous l'angle des objectifs qu'il sert » : P. LOKIEC, « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007, p. 321, F. TERRÉ, « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, dir. Th. Revet, Dalloz, 1996, p. 3 à 12 : l'ordre public « dépend de la nature des situations considérées, ce qui explique son caractère fonctionnel ». Sur la relativité de la distinction entre notion « fonctionnelle » et « conceptuelle » : G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », *RFDA* 2009, p. 641.

¹⁸ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4^e éd., 2003, spéc. n° 36 : La généralité de la loi est « une source de sécurité et d'égalité pour les citoyens ». Dans le même sens : M. DE BÉCHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, préf. B. Saintourens, PUAM, 1998, p. 245 : « généralité et abstraction constitueraient deux qualités de la légalité particulièrement importantes ». Portalis insistait sur la généralité de la règle de droit comme nécessité : J. E. M. PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », in *Écrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988, p. 26 : « l'office de la loi est de fixer de grandes vues les maximes générales du droit, d'établir les principes féconds en conséquence, non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière ». Même sens : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P. MORVAN, *Introduction au droit*, LGDJ, 9^e éd., 2022, n° 50 : « Un "principe de sécurité juridique" digne de ce nom préserverait l'abstraction, la généralité, la permanence et la prévisibilité de la règle de droit ».

¹⁹ E. PICARD, « L'état du droit comparé en France en 1999 » in *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, RIDC, 1999, p. 164 : il décrit le droit français comme un « droit irrémédiablement pyramidal, vertical, légi-centré, écrit, logico-déductif, dogmatique, entièrement dominé par les figures de la loi, de l'Etat, de sa puissance publique, elle-même fortement théorisée sur la base soit de certains dogmes politiques ou idéologiques, soit de certaines réalités historiques propres à ce continent ».

²⁰ B. DUPRET, « Le général et le particulier. Perspective analytique et praxéologique sur la règle de droit », *Tracés, rev. sc. mor.*, 2018, n° 34, p. 123 et s. Dans le même sens : F. ZENATI-CASTAING, *Le savoir des lois, essai sur le droit romaniste*, Dalloz, Méthodes du droit, 2021, p. 49 et s.

²¹ F. ZENATI-CASTAING, *op. cit.*, p. 9.

²² T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, préf. L. Leveneur, Defrénois, 2009, n° 105 : la généralité « est une des composantes naturelle et traditionnelle de la sécurité juridique envisagée elle-même de manière objective et

Pourtant, on aurait tort de voir dans l'abstraction le rejet catégorique de l'appréciation des circonstances particulières. L'un ne s'envisage pas sans l'autre²³. Si l'abstraction est l'apanage de la règle de droit, l'appréciation de la particularité des circonstances a tendance à refluer vers l'appréciation judiciaire²⁴. La justice ne se réaliserait que par des décisions particulières, car la règle de droit est incapable d'adaptation à l'espèce sans l'intercession du juge²⁵. Plus le degré d'abstraction des règles est reconnu, plus la capacité d'apprécier une diversité de circonstances l'est aussi²⁶. L'abstraction ne peut donc se concevoir comme une volonté de se détacher des circonstances ; elle est, au contraire, un aveu du besoin essentiel du droit d'apprécier leur diversité.

La part prépondérante des notions dites « floues », « cadres » ou standards, particulièrement en droit des contrats, témoigne de cette évolution du système juridique vers une adaptation plus fine de la décision judiciaire aux circonstances²⁷. Cette abstraction nécessaire montre à quel point les contentieux présentent souvent des intérêts contradictoires dont l'articulation à privilégier n'est pas envisageable sans un choix sur les valeurs à privilégier, éclairé par les circonstances²⁸. La philosophie n'est pas exempte de ces considérations. Si le jugement moral

abstraite ». Ainsi, la justice apparaît parfois comme un soutien de la sécurité juridique si « on la cherche seulement dans des solutions généralisables (...) ».

²³ Sur cette idée : C. ATIAS, *Philosophie du droit*, PUF, 2016, n° 48, p. 194 et s., n° 59, p. 253 et spéc. n° 79, p. 376-382 : la recherche des conditions à l'application de la règle de droit dispense le juge d'examiner un pan de la réalité comme « guide dans la recherche délicate de la solution de droit à mettre en œuvre ». Cependant, la volonté « d'en ignorer radicalement certains aspects ne peut être prise ainsi, *a priori* et par voie générale, dans l'ignorance des multiples particularités de chaque espèce ».

²⁴ L. HUSSON, « Les trois dimensions de la motivation judiciaire » in *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 69 et s., spéc. p. 74 : « Le législateur a pour office de poser des règles générales, qui figureront parmi les données des litiges soumis aux juges ; mais il ne peuvent prévoir ni, même s'il les prévoit, prendre en compte toute la diversité des situations et des circonstances susceptibles d'individualiser les affaires qui donneront lieu à ces litiges, et en fonction desquelles il conviendra de moduler leurs solutions ». Dans le même sens : J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préf. Ph. Le Tourneau, PUAM, 2004, p. 119 et s., spéc. n° 398 et s. : l'auteur distingue l'universalité et la singularité en reconnaissant que « chaque cas singulier porte en germe une universalité que ne peut atteindre la généralité de la règle et ses multiples applications possibles (...) ». C. ATIAS, « Savoirs et pouvoirs juridiques : des ombres portées », *RRJ* 2001-1, p. 69 : « la généralité (*de la loi*) qui les caractérise et qui est indispensable à la description du droit est incompatible avec la détermination du droit, qui, toujours, sourd du fait concret ».

²⁵ Sur cette idée : M. HAURIOU, « L'ordre social, la justice et le droit », *RTD Civ.* 1927, p. 820.

²⁶ Hart évoque le concept de « texture ouverte » des textes en théorie du langage : H. L. A. HART, *The Concept of Law*, OUP, 3^e éd., 2012, p. 135 : « *The open texture of law means that there are, indeed, areas of conduct where much must be left to be developed by courts of officials striking a balance, in the light of circumstances, between competing interests which vary in weight from case to case* ».

²⁷ Sur le standard du raisonnable par exemple : Ch. PERELMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *APD* 1978, spéc. p. 42 et s. : « l'idée du déraisonnable, vague mais indispensable, ne peut pas être précisée indépendamment du milieu et de ce que ce dernier considère comme inacceptable » ; S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, préf. W. Posper, LGDJ, 1980. Sur la multiplication de ces standards à l'occasion de la réforme du droit des contrats : N. BLANC, « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016, p. 394 ; L. AYNÈS, « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », *RDC* 2016, hors-série, p. 14.

²⁸ Sur cette idée du rôle prépondérant du juge dans le conflit de valeurs : E. RUBI-CAVAGNA, « Les arguments d'opportunité », in *Le raisonnement juridique, recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, dir. P. Deumier, Dalloz, 2013, p. 232 : « la prise en compte d'enjeux non convergents, voire contradictoires, incombe aux juges dès lors que la loi n'a pas organisé la conciliation d'intérêts ou de règles, ou la prévalence de tel intérêt ou de telle

doit se détacher des « cas particuliers », il doit tout de même, selon Habermas, ne pas « fermer les yeux devant la contingence et la multiplicité des circonstances de vie concrètes dans lesquelles l'orientation en vue de l'action devient à chaque fois problématique »²⁹. En droit, le même constat est formulé : tout un travail est en effet nécessaire pour que la « norme abstraite » s'applique à « la réalité concrète »³⁰. Cette constatation de la nécessité du droit de s'adapter à la particularité des circonstances amène presque irrémédiablement à la notion d'équité.

4. Les circonstances et l'équité. Un rapprochement intuitif peut être fait entre l'équité et les circonstances. La prise en considération d'une espèce particulière est l'élément essentiel de la présence de la notion d'équité qui permet « un équilibre entre intérêts divergents »³¹. Elle est habituellement considérée comme un complément ou correctif de la règle de droit³². Le constat d'un aspect plus « subjectif » de l'équité, qui se révèle dans l'activité judiciaire de manière ponctuelle à l'occasion d'un litige particulier, est régulièrement proposé³³. L'article 700 du

règle. Il leur revient d'arbitrer entre des enjeux non convergents ». En droit des contrats, les auteurs insistent parfois sur la complexité croissante du droit dans le phénomène de relativité de la validité des droits subjectifs : M. MEKKI, « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », *RDC* 2006, p. 679.

²⁹ J. HABERMAS, *De l'éthique dans la discussion*, éd. Flammarion, 2013, p. 30-42 : « la raison pratique » ne doit-elle pas « abdiquer » lors de l'application de normes justifiées à « des cas particuliers » en suivant une « faculté de pure sagacité toujours liée à ses contextes respectifs ». Il remarque que la diversification des intérêts particuliers et des « orientations axiologiques » dans nos sociétés modernes amène à ce que les normes morales soient « générales et abstraites (p. 26). Même sens : M. LEROY, *La loi. Essai sur l'autorité dans la démocratie*, Paris, éd. Giard & Brière, 1908, p. 239 : il est nécessaire de mettre fin à « la disharmonie de la conception rigide du dogme avec les faits » en tâchant de « ramener le dogme à la vie » par son assouplissement, mais « tout en le maintenant comme impératif ».

³⁰ G. DEL-VECCHIO, *Philosophie du droit*, présentation D. Gutman, Dalloz, réed. 2004, p. 281 : « La norme acquise, la solution des cas que la vie peut présenter n'est pas donnée pour autant. Tout un travail est nécessaire, cas par cas, pour obliger la norme abstraite à s'appliquer à la réalité concrète ».

³¹ Ch. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 329, 2000, n° 99, p. 58. Dans le même sens : L. CADIET, « L'équité dans l'office du juge », *Justices*, 1998, p. 87 et s., spéc. p. 97 : l'auteur ne restreint pas l'équité seulement à un rôle de « complément » de la règle de droit mais lui reconnaît la capacité d'offrir au juge un moyen de « tenir compte des circonstances de la cause et à rechercher, à partir de là, la solution la plus équitable ». L'équité est un « étalon de mesure » permettant de comparer entre deux « intérêts individuels le plus souvent, besoins du créancier, ressources du débiteur, leur situation économique respective (...) ». Sur cette idée d'une hiérarchie des intérêts permise par l'équité : P. GUTIERREZ, *Défense juridique et philosophique de l'équité. Essai sur la notion d'Équité pour le progrès du droit international*, th. dactyl., Toulouse, 1972, p. 178 : « quand une simultanéité de circonstances, dans les faits concrets, crée des situations de conflits, il y a lieu de faire appel à une priorité ou à une hiérarchie d'obligations, dans lesquelles il vaudrait mieux donner à un jugement pratique le nom de jugement en équité (...) ». Sur le rapprochement express entre les circonstances et l'équité : Ph. MALINVAUD, N. BALAT, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 23^e éd., 2023, n° 25 : « (...) le juge demeurant libre de doser la peine en fonction des circonstances, donc de l'équité ».

³² P. BELLET, « Le juge et l'équité », in *Mél. R. Rodière*, Dalloz, 1981, p. 9 et s. : l'idée fondamentale qui distingue la loi de l'équité est encore une fois la généralité de la loi alors que l'équité est nécessairement particulière (p. 10). Dans le même sens : J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, PUF, réed. 2017, p. 23 : « L'équité sera d'écarter partiellement la règle de droit, d'en modérer l'application par la considération des circonstances individuelles du cas ». Dans le même sens : A. DESSENS, *Essai sur la notion d'équité*, th. Toulouse, impr. F. Boisseau, 1934, spéc. p. 14 et s. Sur la distinction entre ces deux aspects de l'équité qui parfois n'apparaît pas clairement : F. CHÉNEDÉ, « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité *in concreto* », *D.* 2021, p. 1142.

³³ Sur cette constatation entre ces deux concepts de l'équité : D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. J.-L. Souriaux, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 320, 1999, spéc. n° 590 : « on doit considérer que le juge n'est titulaire d'un pouvoir d'équité que dans le cadre d'une délégation expresse ou implicite de la loi, parce que l'équité a été rangée au rang des principes, par opposition à une règle source immédiate de droit positif

Code de procédure civile recommande au juge de tenir compte « de l'équité ou de la situation économique de la personne condamnée ». La justice que l'équité assure se réaliserait au moment de la prise de décision en « considération des circonstances du cas »³⁴ afin de déterminer la protection d'un intérêt particulier³⁵. Elle offre ainsi une « dispense justifiée par des circonstances concrètes »³⁶. Aristote développait cette conception illustrée par la métaphore de la règle de plomb utilisée par les architectes de Lesbos³⁷. La juste mesure d'une solution ne peut être déterminée, selon cette idée, qu'en se plongeant dans la casuistique³⁸. Ainsi, l'observation des circonstances d'un litige est parfois l'émanation, souvent discrète et maquillée, du concept d'équité³⁹.

L'influence des circonstances n'est que rarement reconnue en droit des contrats comme une trace de la présence du concept d'équité. Cette dernière aurait un intérêt limité dans une matière dominée par la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat. Pire, elle risquerait de les contrarier. En effet, elle agirait le plus souvent contre la volonté des contractants en octroyant un pouvoir prépondérant à la liberté judiciaire dont l'intervention serait dictée par les seules circonstances au mépris du respect de la lettre contractuelle et de la volonté des parties⁴⁰. La décision *Canal de Craponne* est encore pétrie de cette idée : l'équité ne pourrait justifier la modification du contrat quand bien même le temps et les circonstances rendraient son exécution intenable pour l'une des parties. Du reste, la Cour de cassation énonce clairement, à propos de l'interprétation d'un contrat, que l'équité n'est pas une source du droit⁴¹. La formule voulant que « Dieu nous garde de l'Équité des parlements » illustre encore la défiance à son encontre⁴².

(...) il convient cependant de noter que l'équité, de façon originale et indépendante d'une délégation législative, peut s'exprimer dans l'activité judiciaire au moment de l'appréciation des faits par le juge ». Dans le même sens : J. CARBONNIER, *Ibid.*, p. 23 : « l'équité apparaît comme un droit affranchi de règles, rejetant toute aspiration à l'universel, un droit où le juge cherche une solution particulière pour chaque espèce, mieux : une solution individuelle pour chaque être humain ». *Comp.* : Ch. ALBIGES, th. préc., spéc. n° 15 : cette équité « d'espèce » est justifiée « en raison des exigences du cas particulier et de considérations directement liées à ce dernier ».

³⁴ A. DESSENS, *Ibid.*, p. 16.

³⁵ R. A. NEWMAN, « La nature de l'équité en "droit civil", *RIDC* 1964, p. 290 et s. : l'équité permet la conciliation « d'intérêts opposés, selon les circonstances de chaque cas ».

³⁶ S. ZAKI, « Définit l'équité », in *Vocabulaire fondamental du droit*, *APD*, t. 35, 1990, p. 87 et s., spéc. n° 6.

³⁷ *Éthique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, 2002, Liv. 5, chap. 10, n° 4-5 et chapitre XI, n° 6 et n° 7 : « L'équité suppose qu'une personne, généralement le juge, se penche sur un cas particulier et décide d'écarter l'application de la loi, considérée comme impropre dans les circonstances, pour retenir plutôt une solution conforme à la justice ».

³⁸ J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, dir. Ch. Jamin, D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 99 s.

³⁹ En ce sens : Ph. RÉMY, « Droit des contrats : questions positions, propositions », in *Le droit contemporain des contrats*, *Economica*, 1987, p. 271 : « se dessine une nouvelle façon de considérer le contrat (...) sous l'égide d'un juge qui sait être, quand il faut, juge d'équité ». Elle octroie une place prépondérante au rôle du juge, puisque « c'est dans l'ambiance judiciaire que fleurit l'équité » : A. SÉRIAUX, « L'équité », chap. XXI, in *Le droit, une introduction*, Ellipses, 1997, n° 201, p. 197.

⁴⁰ Sur cette affirmation à l'égard de la volonté de l'État : C. MERLIN, *L'équité dans l'ordre juridique international*, th. dactyl., AMU, 2020, p. 20.

⁴¹ Soc. 11 mai 1994, *D.* 1995, p. 626, note C. PUIGELIER. Pour une vue d'ensemble : N. MOLFESSIS, « L'équité n'est pas une source du droit », *RTD Civ.* 1998, p. 221.

⁴² Sur la relativisation d'une telle attaque contre l'équité et l'anachronisme de cette formule : D. BERTHIAU, th. préc., n° 552 et s. Dans le même sens : A. DESSENS, th. préc., p. 7.

Justifiée ou non, cette crainte à l'égard de l'influence de l'équité montre que le contrat n'est pas épargné, comme la loi, par cette tension entre le respect de sa lettre et la prise en compte plus fine des circonstances. Ces circonstances autoriseraient parfois à envisager des exceptions aux règles et principes afin de promouvoir une certaine idée de l'égalité.

5. Les circonstances et l'exception. La volonté de construction de principes résistant à la particularité des faits se constate dans toute construction intellectuelle⁴³. La singularité des circonstances est un problème dans toute science sociale, car elle met en échec les classifications dont la prétention est de prévoir des caractéristiques générales⁴⁴. Le droit en particulier serait confronté en permanence à cette tension entre la généralité et le particulier⁴⁵. Cette singularité amène souvent à prévoir des exceptions aux règles et principes posés. Ces dernières sont parfois nécessaires, soit en raison de l'évolution des « réalités factuelles » dans le temps, soit à cause de la complexité inhérente aux faits⁴⁶.

Ramenée au contrat, cette constatation voudrait que le respect de la volonté des parties ou de la force obligatoire soit parfois adouci par les circonstances particulières. Cette constatation se fait croissante. Le mécanisme d'imprévision présent à l'article 1195 du Code civil est apprécié comme un assouplissement de la force obligatoire du contrat. Le respect de la bonne foi limite dans une certaine mesure la liberté contractuelle. L'exception à ces principes s'envisage souvent en faveur du débiteur d'une obligation malmenée par l'évolution du contexte économique, social ou politique, et subséquemment à l'encontre du créancier du droit.

Toutefois, l'appréciation des circonstances ne se réalise pas qu'en faveur d'une partie au contrat. Contrairement au droit de la consommation ou au droit du travail qui intègrent structurellement la relation inégalitaire entre les contractants en multipliant les règles protectrices en raison de la qualité des parties⁴⁷, l'appréciation des circonstances a l'avantage d'offrir une protection ponctuelle déterminée par la nécessité du seul contexte. Si cette appréciation implique souvent une solution d'exception en faveur du débiteur du droit, elle ne saurait s'envisager exclusivement en ce sens. Le débiteur d'une obligation n'est pas épargné

⁴³ La prise en compte des circonstances dans l'application des principes est patente en politique. Sur cette articulation : S. WEIL, *L'Iliade ou le poème de la force et autres essais sur la guerre*, préf. V. Gérard, éd. Payot et Rivages, 2014, spéc. p. 27 et s. : « une pensée politique est toujours une pensée de la conjoncture et des forces en présence ».

⁴⁴ Sur cette idée en droit : L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent, l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 389, 2004, p. 8 : « Les pensées doivent admettre que toute théorie exprime une réalité partielle du monde qui doit comprendre une part de défiances, d'exceptions, de faits contingents ».

⁴⁵ Sur cette remarque : S. HAYAT, J. LYON-CAEN, F. TARRAGONI, « La singularité », *Tracés*, rev. sc. hum., 2018, n° 34, p. 7 et s. Il est nécessaire d'éviter que « les faits ne nuisent à la force généralisante de la règle » : F. ZENATI-CASTAING, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 200.

⁴⁶ Sur ces caractéristiques principales de l'exception : J.-M. DE MOY, *L'exception en droit privé*, préf. R. Desgorges, PUAM, 2011, n° 665 et s.

⁴⁷ Sur cette constatation : C. NOBLOT *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, préf. F. Labarthe, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 382, 2002.

par la pression d'un contexte particulier qui lui impose parfois d'aller au-delà de la seule lecture statique des droits et obligations que renferme le contrat afin de satisfaire l'intérêt de son créancier. L'influence de l'équité est souvent sous-jacente lorsque le juge se saisit de la particularité des circonstances. Elle ne peut pourtant se réduire à une dimension charitable qui se ferait exclusivement dans un certain sens, et envers des contractants particuliers⁴⁸.

Que cette appréciation des circonstances se fasse envers le débiteur ou le créancier d'un droit, elle met en lumière une nette évolution du droit des contrats vers une relativité de l'accord contractuel en présence d'un contexte particulier. Ce phénomène est flagrant dans les contentieux concernant la légitimité de l'utilisation des prérogatives contractuelles⁴⁹. L'évolution n'épargne pourtant aucun contentieux. L'interprétation de la volonté des parties, ou la théorie des vices du consentement, connaissent aussi une pression des circonstances que les principes contractuels comme l'autonomie de la volonté voudraient renier. La bonne exécution du contrat se vérifierait seulement à la lumière du contenu textuel de l'accord, sans que les circonstances n'aient d'intérêt dans cette appréciation. C'est que le contrat est gage de prévision, il ne saurait être contredit, même si les circonstances le justifiaient. Il renfermerait un équilibre garant d'égalité qui ne saurait être démenti par la pression de circonstances externes.

6. Les circonstances et l'égalité. La généralité de la règle est souvent présentée comme un corollaire, ou une condition, de l'égalité. La « rationalisation du droit »⁵⁰ passe par une abstraction d'ordre « égalitariste »⁵¹. Par exemple, la notion de personnalité juridique se détache nécessairement de la définition de la personne humaine qui reflète une « réalité naturelle »⁵². Les théories philosophiques admettent aussi la nécessité de se détacher des contingences factuelles afin de poursuivre cette œuvre égalitariste. La théorie de la justice de Rawls et l'application d'un « voile d'ignorance » ou encore la « raison pratique » de Kant sont basées sur une recherche d'égalité faisant abstraction de la particularité des individus⁵³. Le principe

⁴⁸ Cet aspect plus particulier de l'équité influencé par le christianisme et que l'on retrouve sous la plume, entre autres, de saint Thomas d'Aquin se serait épanoui à partir du XV^e siècle : D. BERTHIAU, th. préc., n° 516 et s. Dans le même sens : Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, préf. F. Chabas, Dalloz, Nouv. Bibl. Th., vol. 46, 2005, spéc. n° 28-4.

⁴⁹ Com. 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *Bull. Civ. IV*, n° 188, F. TERRÉ, F. LEQUETTE, Y. CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, 13^e éd., 2015. *BJS* 2007, p. 1187, note A. COURET. Même sens : Civ. 3^e, 9 déc. 2009, n° 04-19.923, *LEDC*, p. 4, obs. O. DESHAYES. Même sens : Civ. 3^e, 8 juill. 2021, n° 20-10.803, *LEDC*, p. 4, obs. M. LATINA, *CCC* 2021, comm. 161, obs. M. LATINA.

⁵⁰ M. DE BÉCHILLON, th. préc., p. 244.

⁵¹ N. ANCIAUX, *Essai sur l'être en droit privé*, préf. B. Teyssié, LexisNexis, 2019, p. 19 et s.

⁵² N. ANCIAUX, *Ibid.*, n° 42, p. 36 et p. 39 et s.

⁵³ Le voile d'ignorance dans la théorie rawlsienne implique une situation fictive dans laquelle les individus ne connaissent pas leurs conditions matérielles d'existence. Sur cette précision et les difficultés d'interprétation : P. RICOEUR, *Le juste*, éd. Esprit, 1995, spéc. p. 77 et s. et p. 103 et s.

d'équité, comme entendu dans la théorie de la justice rawlsienne, passe par l'ignorance des « effets de contingence » propres aux situations particulières des personnes⁵⁴.

Le contrat a été un temps la cristallisation de ces préjugés assignés à la recherche d'égalité. En effet, l'accord contractuel reposerait nécessairement sur la volonté des contractants supposés être meilleurs juges de leurs intérêts, puisque les individus sont, sans distinctions et sans considération pour leurs particularités, censés être égaux et libres⁵⁵. Cependant, l'évolution de la société modifie la perception de l'égalité. Les circonstances propres à chaque situation individuelle sont de plus en plus appelées à jouer un rôle primordial dans nos sociétés contemporaines, jusqu'à aboutir à ce que Pierre Rosanvallon nomme une « crise de l'égalité ». La société serait passée d'un individualisme de la « généralité » à celui de la « singularité » qui implique que « chaque individu se manifeste par ce qui lui est propre ». Aujourd'hui plus qu'hier, « le fait de la diversité est dans ce cas l'étalon de l'égalité »⁵⁶. Cette tension entre le général et le particulier contient en réalité la cristallisation prégnante en droit des contrats de deux idéaux contradictoires : celui de la sécurité juridique, qui s'envisage souvent dans l'absence de distinction entre les sujets de droit, et la justice qui impliquerait une appréciation de toutes les circonstances pour parvenir à la meilleure décision⁵⁷. Outre les problèmes philosophiques spécifiques de la connaissance de l'individualité⁵⁸, ce changement de paradigme dans la conception de l'égalité influe nécessairement la conception du droit dans son ensemble et qui n'épargne pas le droit des contrats. Ce dernier particulièrement fait aujourd'hui face à une influence toujours plus exigeante des circonstances dont les causes principales doivent être relevées (I) avant de préciser la méthodologie de l'étude nécessaire dans la constatation du phénomène de circonstanciation du contrat (II).

⁵⁴ RAWLS, *Théorie de la justice*, éd. Points, 2009, §22 et §45 : « il semble donc raisonnable et généralement acceptable que nul ne doive être avantagé ou désavantagé par l'intervention du hasard ou des circonstances sociales dans le choix de ces principes » §46. Rawls nomme le principe de « *stabilité* du contrat » (au sens de contrat social entre les individus et les institutions) le fait que le résultat du processus de la théorie de la Justice soit maintenu en pratique quelles que soient les circonstances réelles. Cette dernière précision fera l'objet d'une modification de l'auteur par la suite, le philosophe s'étant rendu compte de sa difficile application en contexte.

⁵⁵ Sur ce préjugé et ses conséquences pratiques : J.-F. SPITZ, « “Qui dit contractuel dit juste” : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD Civ.* 2007, p. 281 : afin d'assurer la liberté de chaque contractant, il est nécessaire de vérifier « le caractère équitable du contexte avant de pouvoir démontrer le caractère équitable des contrats ». Il réhabilite la maxime de Fouillée en reconnaissant qu'il ne voyait pas dans tout contrat un accord juste, mais qu'au contraire, le contrat mérite cette nature s'il est basé sur la justice et la recherche de l'égalité effective des contractants.

⁵⁶ P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, éd. du Seuil, 2011, p. 359 et s. : cette forme d'égalité n'est pas « l'universalisme abstrait » ni le « communautarisme identitaire » mais se base sur une « construction et une reconnaissance dynamiques des particularités » (p. 360).

⁵⁷ Sur cette idée : F. ROUVIÈRE, « Proportionnalité : Aristote et Thomas d'Aquin à la Cour de cassation », *RTD Civ.* 2021, p. 741. Plus particulièrement sur la tension entre la sécurité juridique et les attentes concrètes des sujets de droit : T. PIAZZON, th. préc., spéc. n° 108 : le droit s'orienterait vers une notion de la sécurité juridique plus « subjective » permettant d'ajuster le droit dans chaque espèce qui doit être encouragée selon l'auteur. En revanche, cette « évolution ne doit pas mener à la ruine de l'ordre et de la cohérence de notre droit objectif, sous prétexte d'affirmer un hypothétique droit à la sécurité juridique ».

⁵⁸ Sur cette difficulté : C. ROSSET, *Loin de moi, étude sur l'identité*, éd. de Minuit, 1999, spéc. p. 79 et s.

I. Les causes de l'influence des circonstances sur le contrat

7. L'évolution de la philosophie juridique favorable à l'influence des circonstances.

Le positivisme et le normativisme ont connu un grand succès grâce à leur prétendue neutralité⁵⁹. Kelsen, qui en est le défenseur le plus connu, a souhaité créer une théorie du droit débarrassée des présupposés subjectifs de son interprète⁶⁰. Selon ces courants philosophiques, le droit est une science et répond à un raisonnement syllogistique, cher à Motulsky, qui ne laisse pas de place aux faits contingents pour influencer le choix de la règle⁶¹. Les circonstances particulières d'un litige seraient l'objet de l'application de la règle de droit adéquate, mais n'auraient aucun enjeu sur le choix de la règle à adopter.

Cette présentation de la fonction judiciaire et du système juridique dans son ensemble est éloignée de la réalité. Dans les prétoires, c'est souvent le chemin inverse qu'emprunte le juge, en étudiant d'abord les circonstances du litige afin d'y appliquer la règle de droit la plus adéquate⁶². Kelsen admettait à la fin de la démonstration de *Théorie pure du droit* que la détermination de la solution à partir de la norme supérieure n'est jamais prévisible à l'avance, puisque l'autorité habilitée à trancher dispose d'un « pouvoir discrétionnaire » dont les décisions « dépendent de circonstances extérieures que l'organe qui a donné l'ordre n'a pas prévues »⁶³. Il finit par admettre ce qu'il souhaitait pourtant combattre, à savoir que l'interprétation est « un acte de volonté » pétrie de « politique juridique » déterminée en grande partie par des considérations tirées de la morale, la justice ou simplement de « jugements de valeur sociaux »⁶⁴. Les circonstances n'ont donc pas simplement un rôle « passif » dans la décision judiciaire, elles participent au contraire à sa construction. Elles contiennent une puissance normative que le positivisme aurait souhaité renier.

Cette évolution est flagrante en droit des contrats. La multiplication des standards dans le Code civil montre combien la solution adéquate à un contentieux contractuel ne peut se déduire d'une application mécanique et désincarnée des normes législatives, mais tire le plus souvent sa légitimité des circonstances de chaque contentieux. Le standard offre l'opportunité au juge d'apprécier les circonstances afin d'offrir une protection particulière à un individu de manière ponctuelle⁶⁵. En outre, l'évolution du système juridique dans son ensemble tempère son

⁵⁹ B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation de la raison juridique*, Bruylant, 3^e éd., 2011, n° 216, p. 463 : « la neutralité axiologique et le scepticisme à l'égard des valeurs caractériseront effectivement (..) la sociologie du droit ». Dans le même sens : C. ATIAS, *Philosophie du droit*, PUF, 4^e éd., 2016, p. 49 et s.

⁶⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ, Bruylant, réed. 1999.

⁶¹ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, réed. 2002.

⁶² Cette démarche est souvent qualifiée de « syllogisme inversé ». Sur cette constatation : F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, préf. J. Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 72 et s.

⁶³ H. KELSEN, *op. cit.*, p. 336.

⁶⁴ H. KELSEN, *op. cit.*, p. 340.

⁶⁵ En ce sens : M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, PUF, 6^e éd., 2021, n° 184, p. 169 : « Les contextualistes montrent comment, surtout lorsqu'il y a un contrat d'adhésion, ces standards permettent au juge d'adopter une solution plus juste, tenant compte des faiblesses de certaines parties ».

« dogmatisme » dans le but de satisfaire un « souci permanent de réalisme »⁶⁶. Le développement de ces standards révélerait la « systémisation de la mise en balance des intérêts » vérifiée à la lumière des circonstances⁶⁷. La solution de ces litiges procéderait davantage « d'une méthode de pondération des intérêts » que de l'application d'un syllogisme⁶⁸. Les arguments dits « conséquentialistes », qui envisagent les incidences d'une solution sur la situation économique et sociale, sont croissants en droit des contrats⁶⁹. La prise en compte de l'articulation des intérêts et l'appréciation des conséquences de ces décisions ne vont pas sans rappeler les méthodes de raisonnement adoptées par les juridictions européennes, et principalement par la CEDH. Cette méthode particulière tend à s'épanouir en droit des contrats.

8. L'influence de la politique jurisprudentielle européenne accentue l'importance des circonstances. La méthode de raisonnement en termes d'articulation des intérêts fait souvent référence à la jurisprudence européenne. La mise en œuvre du contrôle de proportionnalité dit « *in concreto* » implique une « appréciation juridictionnelle circonstanciée, concrète et effective des thèses en présence » afin de faire droit à la prétention emportant le plus fortement la conviction du juge dans la balance des intérêts⁷⁰. Ce contrôle concret de proportionnalité se distingue du contrôle dit de « conventionnalité » ou *in abstracto* des textes légaux⁷¹. Ce raisonnement n'est pas étranger au droit français. GénY, en se référant à la notion de juste, considèrerait que le contenu spécifique du droit implique « la pensée plus profonde d'un équilibre à établir entre des intérêts en conflit »⁷². La notion d'équité est aujourd'hui régulièrement rapprochée du contrôle de proportionnalité en raison de l'importance des circonstances dans le choix de la solution⁷³. Cependant, le choix des intérêts à privilégier est habituellement considéré

⁶⁶ B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, préf. Y. Lequette, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 272, 1996, n° 543, p. 319 : « L'époque n'est plus où chacun défendait ses positions : aux systèmes de *common law* fidèle à la méthode casuistique, la flexibilité, mais aussi l'insécurité ; aux systèmes romano-germaniques, enclins aux raisonnements conceptuels et déductifs, la certitude, mais également la rigidité. Le dogmatisme est désormais tempéré par un souci permanent de réalisme ».

⁶⁷ M. LAGELÉE-HEYMANN, « Le "raisonnable" dans le nouveau droit des contrats », *RDC* 2018, p. 473.

⁶⁸ J. VAN COMPERNOLLE, « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à F. Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 495 et s., spéc. p. 502. Dans le même sens : S. PELLÉ, art. préc., *D.* 2011, p. 1230.

⁶⁹ Sur cette remarque : G. CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE, et M. KLEIN, *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, 2005.

⁷⁰ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'homme, Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, préf. F. Sudre, T. 1, PUAM, 2005, n° 188, p. 150.

⁷¹ Sur la distinction et la possible articulation du contrôle de proportionnalité *in concreto* et *in abstracto* : P. DEUMIER, « L'exclusion du contrôle de conventionnalité *in concreto* : l'esprit et les méthodes », *RTD Civ.* 2022, p. 575.

⁷² GÉNY, *Science et technique (...)*, *op. cit.*, t. 1, Paris, Sirey, 1914 p. 50.

⁷³ Des auteurs intègrent dans la définition de l'équité la recherche de la proportionnalité à la lumière des circonstances. Par ex. : A. DESSENS, th. préc., p. 103 : « l'équité est l'art de la justice sociale qui attribue à chacun, sous la forme d'une égalité proportionnelle, ce que la considération des circonstances propres à son cas, dominée par les principes du droit naturel, montre au bon sens du législateur ou du juge comme étant dû ». D'autres font de la proportionnalité le « trait d'union entre l'équité « substantielle » et « processuelle » : M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 411, 2004, n° 759. Sur le rapprochement entre le contrôle de proportionnalité *in concreto* avec la notion d'équité : F. CHÉNEDÉ, « Deux leçons du droit naturel (...), art. préc.

comme l'objet de la règle de droit et se réalise en amont de tout litige particulier⁷⁴. Il se ferait indépendamment de tout contentieux, et non postérieurement à la lumière des circonstances particulières. Le contrôle de proportionnalité *in concreto*, qui connaît une forte expansion ces dernières années, renverse ce postulat⁷⁵. Ce seraient « désormais les circonstances qui font la différence, les nuances factuelles qui changent tout »⁷⁶, l'équilibre des intérêts ne pouvant être trouvé qu'au cas par cas⁷⁷. Cette évolution des méthodes de raisonnement judiciaire évoque une certaine relativité de la justice comme le remarque M^{me} Deumier en la qualifiant de « nouvelle morale de l'éthique »⁷⁸.

Le droit des contrats, qui semblait éloigné à l'origine de l'influence du contrôle de proportionnalité, en offre des illustrations de plus en plus régulières⁷⁹. Pourtant, le juge n'aurait pas à s'immiscer dans un choix entre l'intérêt d'un contractant au détriment d'un autre, puisqu'il revient normalement et exclusivement aux contractants. L'équilibre entre les droits et obligations est d'abord dévolu aux parties, ce dernier étant réajusté seulement en présence d'une anomalie flagrante, comme un déséquilibre significatif comme le prévoit entre autres l'article 1171 du Code civil. Aucune donnée du contexte, aucune circonstance particulière de la situation personnelle des contractants, ne devrait jouer sur la détermination du contenu du contrat ou sur sa possible correction. Dans l'hypothèse où elle le devrait, les contractants ont toute liberté pour insérer des clauses contractuelles, ou préciser dans un préambule, la manière dont les parties doivent se comporter en présence d'un contexte factuel particulier. La plus ou moins grande porosité du contrat aux circonstances qui l'entourent est une donnée sur laquelle les contractants devraient exercer leur *imperium* de manière totale, libre et indépendante.

L'adoption de la méthode de raisonnement proportionnel renverse ce postulat. Bien que les auteurs reconnaissent qu'elle est « l'une des évolutions juridiques les plus marquantes de cette dernière décennie », très peu d'entre eux ont envisagé ses répercussions sur l'acte juridique qu'est le contrat⁸⁰. Au-delà de la contrariété à l'égard de la norme légale, le contrôle de

⁷⁴ Concernant la protection des contractants, certains auteurs relèvent qu'elle est un choix de société que seul le processus d'adoption de la loi est à même de promouvoir : Ph. JESTAZ, « Les sources du droit, le déplacement d'un pôle à un autre », *RTD Civ.* 1996, p. 299, spéc. p. 311.

⁷⁵ Il n'épargne aucune matière, dont le droit pénal qui semble *a priori* éloigné d'une telle méthode de raisonnement en raison de son attachement au principe de légalité : S. PELLÉ, « Contrôle de proportionnalité (...), art. préc.

⁷⁶ F. ROUVIÈRE, « Les différentes formes de contrôle de proportionnalité », in *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, dir. J.-P. Agresti, PUAM, 2018, p. 75 et s., spéc. p. 79.

⁷⁷ D. GUTMANN, « Les droits de l'Homme sont-ils l'avenir du droit » in *Mél. F. Terré*, PUF, 1999, p. 329 et s.

⁷⁸ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 6^e éd., 2021, n° 41, p. 45 : l'éthique est la recherche de la bonne solution dans une situation donnée : le bien n'est donc pas absolu, il l'est dans « certaines circonstances ».

⁷⁹ Sur les doutes encore récents de l'importance de cette influence sur le droit des contrats : J.-P. MARGUÉNAUD, « L'influence de la convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations » in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, t. 1, Journ. nat. ass. H. Capitant, LGDJ, 1997, p. 58 et s. : l'auteur précisait à l'époque que « tout était possible » à l'égard de l'évolution de l'influence de la CEDH sur le droit des obligations.

⁸⁰ F. CHÉNEDÉ, « Deux leçons (...) », art. préc., G. LARDEUX, « Le contrôle de proportionnalité en droit des contrats », in *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, dir. J.-P. Agresti, PUAM, 2018, p. 93 et s. : l'auteur relativise la portée de ce phénomène en précisant que le juge réfléchit de cette manière dans certains contentieux qui appellent à des notions floues comme la bonne foi ou plus généralement les standards.

proportionnalité *in concreto* modifie profondément la manière d'appréhender le droit des contrats. De plus en plus, les circonstances devront faire l'objet d'une attention particulière de la part des contractants et de leurs conseils pour éviter l'insécurité juridique que charrie nécessairement cette nouvelle manière d'apprécier les problématiques contractuelles. Ce contrôle de proportionnalité serait un retour au jugement en équité de l'Ancien droit qui donnait l'occasion au prêteur de se libérer du joug de la loi écrite et qui manifesterait aujourd'hui la transformation du rôle juridictionnel de la Cour de cassation⁸¹.

Nouvelle méthode de raisonnement ou résurrection d'un lointain passé, le contrôle de proportionnalité n'échappe donc pas au droit des contrats⁸². La dernière tendance jurisprudentielle atteste de la vigueur de ce raisonnement. Une décision de la Cour de cassation du 6 juillet 2023 rendue sur le fondement de l'article 1221 du Code civil prévoyant la sanction pour inexécution forcée montre que l'appréciation d'une disproportion manifeste entre le coût pour le débiteur de bonne foi et l'intérêt du créancier s'acclimate bien à ce contentieux et doit aussi s'appliquer lorsqu'elle prend la forme d'une demande en dommages et intérêts⁸³. Le raisonnement en termes d'articulation des intérêts tend à rendre propice l'influence des circonstances du contrat, ce qui n'est pas exempt de toute critique de la part de certains auteurs⁸⁴.

Il n'épargne aucune problématique contractuelle. L'interprétation du contrat, dont l'enjeu est la recherche de la volonté des parties, doit aussi visiblement s'envisager à la lumière de l'évolution des circonstances. Dans une décision *Pla et Puncernau c/ Andorre*, les juges européens insistent sur la nécessité d'apprécier tous les actes juridiques, dont le « contrat privé », au regard de l'évolution des circonstances de la société quand il est susceptible de porter atteinte à un droit fondamental⁸⁵. L'appréciation de la volonté de la testatrice « à la lumière des circonstances et de la réalité en vigueur lorsqu'elle s'est exprimée »⁸⁶ se révèle insuffisante. La protection de l'intérêt des individus selon les valeurs promues par la CEDH est à ce prix.

⁸¹ F. ZENATI-CASTAING, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 2016, p. 511. Sur la méthode juridictionnelle du droit romain : J. VAN MEERBEEK, « Les principes généraux du droit de l'Union européenne », in *Les sources du droit revisitées*, Anthemis, Bruxelles, 2012, p. 161 et s. : le droit romain s'est fondé sur la résolution de cas que sur des grands principes.

⁸² G. LARDEUX, art. préc. : ce contrôle serait « moins polémique » lorsqu'il serait appliqué au contrat que quand il concernerait la loi qu'il peut évincer. Il prend une forme plus « classique » qui concerne la problématique « de savoir si, au nom de la justice contractuelle, de l'équilibre des droits et obligations des parties ou de la protection de la partie faible, le juge peut remettre en cause le contenu du contrat et ainsi le principe de force obligatoire de celui-ci » (p. 93).

⁸³ Civ. 3^e, 6 juill. 2023, n° 22-10.884, *Defrénois* 2023, n° 30-34, p. 10. La Cour de cassation avait, l'année précédente, alignée sa jurisprudence antérieure au contrôle de proportionnalité : Civ. 3^e, 13 juill. 2022, n° 21-16.407 et n° 21-16.408, *RDC* 2022, p. 10, note F. DOURNAUX, *D.* 2022, p. 1647, comm. T. GENICON, *RDI* 2022, p. 591, obs. J.-L. BERGEL.

⁸⁴ P.-E. MOYSE, « L'abus de droit : l'anténorme », *rev. dr. de McGill*, 2012, vol. 58, n° 1, note 48, spéc. n° 61 : « Cette didactique de l'intérêt envahit désormais la pensée juridique moderne. On ne peut s'empêcher d'y constater les effets des forces libérales puisqu'elles aboutissent à considérer les intérêts comme autant de valeurs négociables ».

⁸⁵ CEDH, 13 juill. 2004, n° 69498/01, *RTD Civ.* 2004, p. 804, obs. P. MARGUÉNAUD, *D.* 2005, p. 2114, obs. V. BRÉMOND, *Ibid.*, p. 1832, com. E. POISSON-DROCOURT.

⁸⁶ *Ibid.*, cons. 17.

L'évolution du contrat vers cette tendance à l'articulation des intérêts était d'ailleurs en germe. Fouillée admettait que l'État devait « assurer l'équité générale de distribution et la justice dans les contrats » en ajustant la « balance égale » entre les différentes libertés⁸⁷. M. Frydman considère que le juge applique dorénavant la balance des intérêts « de manière habituelle et presque banale » et qu'il n'est « en rien le propre d'un système juridique particulier ». L'abus de droit est considéré par l'auteur comme la consécration discrète de cette mise en balance des intérêts⁸⁸. L'articulation des intérêts à la lumière des circonstances donne en parallèle une place prépondérante au rôle du juge⁸⁹. Ce dernier a donc, plus qu'avant, un rôle primordial dans l'organisation de la justice, qui tend à le placer au premier rang de la satisfaction des attentes sociales.

9. L'évolution des attentes sociales renouvelle l'intérêt des circonstances. L'évolution de la société se dirige vers une prise en compte accrue des particularités de l'individu. Certaines tendances sociologiques relèvent la nécessité de le considérer dans sa singularité, et non plus comme faisant partie d'ensembles de groupes, de communautés ou de classes homogènes⁹⁰. La montée de ce que de nombreux auteurs nomment « individualisme » influe nécessairement la réception du droit dans son ensemble⁹¹. La société fait face à de nouvelles attentes démocratiques qui placent le juge au cœur des débats⁹². C'est ce dernier qui serait le mieux indiqué afin d'apprécier la particularité des circonstances pour proposer une solution plus proche de l'intérêt des individus⁹³.

L'évolution de certains droits est emblématique de cette tendance. Le droit des entreprises en difficulté, dont l'influence sur le droit des contrats n'est plus à démontrer, a perdu en grande partie, et au fur et à mesure des réformes législatives, sa dimension vindicative afin de s'orienter

⁸⁷ FOUILLÉE, *La propriété sociale et la démocratie*, Librairie Hachette, 2^e éd., 1895, p. 36-37.

⁸⁸ B. FRYDMAN, *op. cit.*, n° 217, p. 465.

⁸⁹ Rôle du juge primordial à l'égard de tous les standards, comme celui du déséquilibre significatif : C. NOBLOT th. préc., n° 471 : « le traitement d'un tel déséquilibre suppose, en conséquence, un droit moins centré sur la règle abstraite que sur la solution concrète ; or, c'est le juge qui a naturellement vocation à trouver des solutions. La recherche de la solution implique une bonne connaissance des faits, à laquelle seul le juge est à même de parvenir ». L'auteur admet en parallèle que l'équilibre contractuel exige « réalisme et pragmatisme ».

⁹⁰ Sur cette idée : B. LAHIRE, *Dans les plis singuliers du social*, éd. La Découverte, 2019, p. 18 et s. : la recherche basée sur le *comportement singulier* de l'individu ne peut se contenter de l'analyser « à grands traits » mais exige au contraire « d'entrer dans la complexité des déterminations tant dispositionnelles que contextuelles » (souligné par l'auteur).

⁹¹ Sur les conséquences critiques de la montée de l'individualisme sur la société et le droit : A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. 2, éd. Gallimard, Folio, 1961, p. 143 et s. ; L. DUMONT, *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, éd. du Seuil, 1983, p. 95 et s.

⁹² En ce sens : Ph. RAYNAUD, *Le juge et le philosophe. Essai sur le nouvel âge du droit*, éd. Armand Colin, 2020, p. 105 et s., spéc. p. 108 et p. 116 et s.

⁹³ Sur cette remarque : L. CADIET, « L'équité (...), art. préc., p. 99 : la pratique judiciaire devient « prudentielle » et la décision n'est plus seulement le fruit d'un « acte d'autorité imposé par la loi » mais devient le résultat d'un ajustement d'intérêts divergents. Ce phénomène renforce l'adhésion des justiciables au jugement et *in fine* du corps social. Sur la notion d'intérêt : F. OST, *Droit et intérêt. Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, Pub. Fac. Brux., 1990, p. 10 : l'intérêt est « la source, sinon la mesure, des principaux concepts juridiques ».

vers la protection de l'intérêt du débiteur en difficulté pour conserver sa dignité⁹⁴. Le droit des contrats accorde parfois, en présence de circonstances particulières, un délai de paiement au débiteur malheureux qui ne peut honorer sur l'instant ses dettes⁹⁵. La protection de l'intérêt, notion étroitement liée à la réalité qui est « diverse et variable »⁹⁶, ne peut être déterminée qu'en analysant les circonstances factuelles de la situation contractuelle. En outre, la diversité de ces intérêts implique le constat de la relativité des droits subjectifs. La protection du débiteur en difficulté limite le droit du créancier de recouvrer ses créances, l'octroi de délais de paiement suspend momentanément l'exécution du contrat. Il n'existerait alors seulement des « droits conditionnés, mesurés, régulés »⁹⁷ puisque la protection de l'intérêt d'un contractant retentit subséquemment sur l'intérêt de son cocontractant. La formule « d'articulation » des intérêts prend donc ici tout son sens.

Finalement, le juge serait le mieux placé pour satisfaire ces attentes sociales, car il est en contact direct avec les circonstances, ce qui lui donne l'opportunité d'apprécier les « événements sous leur aspect concret et vivant »⁹⁸. Par exemple, le choix d'accorder un délai de paiement ne peut se faire que sur l'instant, dans des circonstances qui se prêtent mal à une détermination stable et prévisible et dont la légitimité sera déterminée par le pouvoir judiciaire. Cette évolution nette à l'échelle de la société se constate à l'égard de la notion de contrat.

10. L'évolution de la notion de contrat propice à l'influence des circonstances. Affirmer que le contrat ne s'explique pas exclusivement par la volonté des parties est aujourd'hui largement reconnu⁹⁹. Il n'est pas question d'assurer l'efficacité du contrat au nom de la sécurité juridique en évacuant l'observation des circonstances de sa formation et de son exécution¹⁰⁰. Le principe d'autonomie de la volonté est, depuis longtemps, remis en cause au profit d'autres

⁹⁴ A. JACQUEMONT, N. BORGA, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficultés*, LexisNexis, 2022, n° 12 et s., spéc. n° 29 ; dans le même sens : K. LAFAURIE, *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, préf. G. Wicker, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 595, 2020, spéc. n° 386.

⁹⁵ Art. 1343-5 al. 1^{er} C. civ. : « Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues ».

⁹⁶ F. OST, *op. cit.*, p. 10.

⁹⁷ F. OST, *Ibid.*, p. 138.

⁹⁸ B. FRYDMAN, *op. cit.*, n° 218, p. 467.

⁹⁹ Sur ce constat notamment : Ch. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil » *D.* 2002, p. 901. Dans le même sens : R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mél. J.-M. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 226, spéc. n° 19.

¹⁰⁰ Sur ce constat : T. PIAZZON, th. préc., n° 37, p. 51 : « La sécurité juridique ne signifie pas qu'il faille assurer coûte que coûte l'efficacité de tout contrat quelles que soient les circonstances ».

notions¹⁰¹. L'attente dite « légitime »¹⁰², « raisonnable »¹⁰³ ou la notion d'« intérêt »¹⁰⁴ sont aujourd'hui des fondements qui lui sont parfois préférés afin d'expliquer la naissance et la force obligatoire du contrat. Ces renouvellements de la définition du fondement du contrat tentent ainsi d'inclure toutes les situations que l'autonomie de la volonté et la force obligatoire peinent à décrire.

Les circonstances indiquent parfois, au-delà du respect aveugle des principes classiques cités, des solutions dictées par la protection de l'intérêt d'un contractant, d'où la nécessité de renouveler les fondements supposés de la force obligatoire du contrat. Ces tentatives charrient avec elles de nouvelles incertitudes. Ces notions souffrent de manière inéluctable de leur approximation, voire des propositions contradictoires qu'elles impliqueraient. L'intérêt, qui s'identifie d'abord comme l'intérêt économique d'un Homme raisonnable maître de sa volonté, peut aussi se concevoir comme l'intérêt de l'individu en tant que personne singulière qui, en raison des circonstances de sa situation personnelle, mérite une protection adaptée¹⁰⁵. Tout

¹⁰¹ E. GOUNOT, *L'autonomie de la volonté en droit privé*, th. Paris, 1912, spéc. p. 29 et p. 42 : la théorie du « milieu social » serait bien plus révélatrice du fondement de la force obligatoire du contrat que la seule théorie de l'autonomie de la volonté. Dans le même sens : V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, préf. J.-P. Lévy, PUF, 1980 : l'évolution du droit français vers un raisonnement a inclus presque par accident la théorie de l'autonomie de la volonté comme base de l'acte juridique. Les art. 1134 et 1135 anciens ont été inspirés de l'œuvre de Domat qui limitait la liberté contractuelle là où elle pouvait blesser « l'équité et les bonnes mœurs » : DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, éd. Michel Brunet, rééd. 1735, liv. prél., I, I, § VII.

¹⁰² Sans reprendre précisément la notion « d'attente légitime » : X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui : essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruylant, 1995, spéc. p. 112 et p. 126 : l'auteur évoque le raisonnable et la normalité afin de dépasser la thèse de l'autonomie de la volonté. Aussi : P. LOKIEC, « le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007, p. 321.

¹⁰³ B. OPPETIT, « L'endettement et le droit » in *Mél. A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 295 et s. : le contrat déplacerait « la valeur de l'engagement de la personne du débiteur – approche classique – vers celle du créancier : l'obligation tirerait alors sa force moins du promettant que de l'attente raisonnable du destinataire de la promesse » (p. 310).

¹⁰⁴ Sans prétendre à l'exhaustivité : G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. dactyl., 2 t., Paris, 1965 : l'articulation des intérêts est préférée à celle d'autonomie de la volonté (n° 172). Il reconnaît que « la seule volonté dont on se préoccupe est celle que l'autre partie a pu restituer sur le fondement de la déclaration, pour chacun, n'a pas le sens qu'entendait lui conférer son auteur, mais celui que le milieu social lui attribuerait, eu égard aux circonstances, et qu'il est donc fondé à lui prêter » (p. 380). Dans le même sens : J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, préf. P. Raynaud, Paris, LGDJ, 1971, spéc. p. 45. Jhering faisait déjà le constat de la pertinence de la notion d'intérêt dans la définition du contrat : *L'évolution du droit*, trad. O. De Meulenaere, éd. Chevalier-Marescq, 3^e éd., 1901, spéc. p. 47 et s. : la rencontre des volontés prouve la concordance des buts poursuivis par les contractants ou de « leurs intérêts ». J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatérale : essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, th., Toulouse, 1949, n° 42 : la manifestation de volonté n'est que la traduction d'un « intérêt ». S. LEQUETTE, « La notion de contrat - Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD Civ.* 2018, p. 541 : l'élément essentiel pour évoquer le contrat « n'est pas tant la volonté des parties que l'intérêt qu'elles poursuivent » ; G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 253, spéc. n° 107. Durkheim définissait le contrat comme un acte de volonté qui, une fois émis, est soumis aux lois du droit des contrats « de telle sorte que, tout en servant pour le mieux les légitimes intérêts individuels des parties, il soit tous au maximum source de bien, au minimum source de mal » : *De la division du travail social*, PUF, 2^e éd., 1991, p. 186 et s.,

¹⁰⁵ Le postulat de l'Homme raisonnable fut inspiré par la philosophie des Lumières dont les auteurs les plus cités sont Rousseau et Kant. Ces derniers ont exercé une grande influence sur la lecture du contrat. Des auteurs soulignent tout de même qu'elle proviendrait d'une lecture trop hâtive de ces auteurs. Par ex. : F. CHÉNEDÉ, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, du mythe à la réalité », *Dr. et philo.*, Inst. M. Villey, 2012, p. 155 et s., spéc. p. 160 : la notion de volonté dans *Critique de la raison pure* serait d'autant plus tournée vers une finalité que sur un constat qui impliquerait qu'elle soit « auto-suffisante ». Frydman évoquait déjà cette

comme la notion de contrat, la définition de la notion d'intérêt contient autant des aspirations individualiste et volontariste que des préoccupations d'ordre solidariste voire, idéaliste¹⁰⁶. En raison de sa polysémie, les glissements entre les différentes conceptions de la notion d'intérêt sont donc courants. L'effort de redéfinition des concepts contractuels à l'aune de l'intérêt des parties est susceptible de faire dévier le fondement du contrat vers la protection de l'intérêt des contractants. Si le contrat n'est pas justifié exclusivement par la volonté, les circonstances sont donc capables d'orienter le juge vers la protection d'un intérêt particulier au détriment d'un autre¹⁰⁷.

Là où la thèse de l'autonomie de la volonté suffisait à justifier l'existence du contrat et son intangibilité, l'évolution du droit des contrats vers un raisonnement en termes de protection, voire d'articulation des intérêts, est propice à l'influence des circonstances particulières qui révélerait la hiérarchie des droits à privilégier, en méconnaissant, si besoin, sa force obligatoire. La réalité de l'activité judiciaire montre régulièrement que la résolution du litige s'envisage comme une pesée du poids respectif des arguments « en vue de découvrir une solution équitable »¹⁰⁸.

Des évolutions notables en droit des contrats prouvent cette réalité. Le rôle que tient aujourd'hui la bonne foi est largement reconnu, à tel point que le législateur l'a placée dans le Code civil dans un chapitre consacré aux dispositions liminaires du contrat¹⁰⁹. Son importance témoigne de l'insuffisance d'une lecture stricte de la volonté des parties et de la nécessité de replacer le contrat, et plus particulièrement le comportement du contractant, dans les circonstances de son action¹¹⁰.

Cette exigence s'envisage autant en faveur du débiteur que du créancier. L'exécution correcte d'une obligation ou d'une prestation implique régulièrement que le débiteur fasse preuve d'une certaine sagacité afin de satisfaire au mieux l'intérêt de son cocontractant, ce qui

ambivalence de la balance des intérêts qui se conçoit, soit comme la recherche d'un équilibre, soit comme la maximisation des profits : B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation de la raison juridique*, Bruylant, 3^e éd., 2011, spéc. n° 214, p. 457 et s. L'utilisation du contrôle de proportionnalité *in concreto* par les juridictions européennes semble plutôt se rapprocher de la recherche d'un équilibre, selon la définition donnée par Frydman, qui a moins pour finalité de « maximiser les richesses que de maintenir ou de rétablir, par le dosage subtil des droits, l'équilibre instable des valeurs et intérêts qui s'affrontent dans l'arène sociale ».

¹⁰⁶ Sur cette remarque : M. MEKKI, « Le discours du contrat : quand dire ce n'est pas toujours faire », *RDC* 2006, p. 297.

¹⁰⁷ Sur cette idée : C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.* 1997, p. 376 : « la recherche et le respect de la volonté n'apparaissent plus comme une priorité absolue dans le régime du contrat, mais comme une quête subordonnée au respect de valeurs objectives supérieures ».

¹⁰⁸ L. HUSSON, art. préc., p. 69-109, spéc. p. 69 et s., spéc. p. 75.

¹⁰⁹ L'art. 1104 al. 1^{er} C. civ. précise aujourd'hui que « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ».

¹¹⁰ La bonne foi est souvent définie comme une norme de comportement, non comme une obligation contractuelle. C'est à la notion de « devoir » de bonne foi à laquelle les auteurs se réfèrent pour insister sur cet aspect. Dans son ensemble : S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'une analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, préf. M. Fabre-Magnan, PUAM, 2012. L'auteure relevant tout de même son rôle croissant à l'égard du contenu du contrat. En ce sens aussi : R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, préf. L. Aynès, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 573, 2016, n° 119 et s.

exige qu'il ne se retranche pas illégitimement derrière une lecture textuelle et statique de l'accord. Cette dernière remarque est souvent délaissée dans l'étude de la bonne foi. Les auteurs alertent souvent sur l'atteinte portée au créancier du droit et sur l'insécurité juridique que ce standard provoquerait.

Paradoxalement, l'étude mettra en évidence que l'influence des circonstances se révèle parfois un soutien à la promotion du respect de l'opération contractuelle quand elles doivent susciter une réponse particulière si le débiteur souhaite exécuter correctement sa prestation. Finalement, le droit se dirige vers une appréciation plus fine des circonstances. L'ère du droit serait à « la revanche (...) des circonstances » qui plierait « le régime de l'acte bien plus qu'auparavant »¹¹¹.

II. Méthodologie de l'étude

11. Intérêt du sujet et problématique. L'évolution du droit dans son ensemble s'oriente vers une prise en compte plus fine des circonstances. Le phénomène n'épargne pas le droit des contrats. Il est notable que l'influence des circonstances particulières des contractants et du contexte soit de plus en plus présente à tous les stades de la vie de l'accord. La théorie des vices du consentement était déjà imprégnée d'une sensibilité aux circonstances de la formation. La protection accordée au contractant en raison du respect dû à sa volonté interne implique de pénétrer les circonstances de sa situation personnelle et de l'environnement contractuel afin de rechercher ce qu'il attendait véritablement de la conclusion du contrat. Sur cette idée, l'article 1130 alinéa 2 du Code civil précise que le caractère déterminant du vice doit s'apprécier « eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné ».

Aujourd'hui, cette porosité du contrat aux circonstances dépasse sa formation bien plus qu'auparavant, et comme jamais elle n'a été constatée jusqu'alors. Les seules études consacrées aux circonstances sous l'angle de l'imprévisibilité sont aujourd'hui insuffisantes pour révéler toutes les subtilités impliquées par leur influence. Cette question occupera nécessairement une place privilégiée dans notre propos. Mais l'influence des circonstances ne peut se réduire, d'une

¹¹¹ H. BARBIER, « Étude des rapports entre droit et libertés (des libertés juridiques à la liberté du juriste) », in *Mél. J. Mestre*, LGDJ, 2019, p. 69 et s., spéc. p. 83-84. Dans le même sens : D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, p. 295 : « Le droit positif contractuel n'est plus un droit désincarné dont les règles se déploient sans considération pour la situation concrète dans laquelle évoluent les personnes dont elles encadrent l'activité. Dorénavant, les qualités spécifiques et les caractéristiques personnelles des contractants, l'état du marché dans lequel s'inscrit le contrat qu'ils concluent, sont pris en compte en vue de la détermination du régime de leurs relations contractuelles ». Aussi : A. BÉNABENT, « Flexible contrat ? », *RDC* 2022, p. 1 : en évoquant notamment la bonne foi, l'imprévision, la caducité le raisonnable ainsi que la proportionnalité, l'auteur admet que « tout concourt à l'impression d'un mouvement de fond orienté vers une nouvelle conception du contrat » qui évoque la présence d'une « équité vaporeuse à la discrétion du juge ». Sur constat de la nécessité de l'adaptation du contrat à son environnement en le comparant avec l'évolution de la loi : G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civile moderne*, LGDJ, 1948, p. 304 : « une vie immuable de l'obligation contractuelle n'est-elle pas contraire au caractère plastique et changeant des choses vivantes. Notre époque considère le changement constant des lois comme nécessaire au progrès de l'humanité. Ne serait-il pas paradoxal que dans une société où l'ordre légal change sans cesse, l'ordre conventionnel demeurât constant ? ».

part, à l'adaptation du contrat, et de l'autre, au caractère imprévisible des circonstances. La multiplication des standards, le contrôle de la disproportion manifeste lors de la demande d'exécution forcée du contrat, le déséquilibre significatif, la force majeure, la limitation des prérogatives contractuelles, l'interprétation « raisonnable » de la volonté des parties, sont autant d'exemples qui attestent d'un mouvement particulier d'influence des circonstances sur le contrat. L'épanouissement progressif du contrôle de proportionnalité *in concreto* trouve un terreau fertile en la matière, phénomène qui accentue d'autant plus le changement de la conception du contrat en une articulation des intérêts rendant propice l'influence des circonstances.

De ce constat découle la nécessité d'envisager les différentes influences qu'elles exerceraient sur l'accord, et les buts que ces influences sont censées atteindre. Aucune étude d'ensemble n'a jamais été entreprise sur l'intérêt des circonstances et les finalités possibles vers lesquelles elles tendent. En outre, notre propos montrera que cette porosité du contrat à son contexte est portée par de nombreux fondements. Les premiers mots de M. Delebecque inscrits dans la préface de l'édition de 2014 du précis de Droit maritime rappellent qu'il est indispensable de « se méfier de tout esprit de système » dans le but de mieux « tenir compte des faits »¹¹². De plus, l'étude n'a pas seulement un aspect théorique, tout de même indéniable en abordant un tel sujet. La révélation de l'importance des circonstances dans la formation et l'exécution du contrat est indispensable afin d'indiquer aux praticiens les limites de la volonté et de la force obligatoire du contrat au regard de son contexte de formation ou d'exécution afin, si besoin, d'en contrecarrer les risques. La circonstancialisation du contrat ne peut être le prétexte, ni à la soumission d'un contractant au profit de son partenaire en position de force, ni au sacrifice de l'autre au bénéfice d'une partie réputée faible.

12. Choix des termes du sujet. Afin de préciser les contours de l'étude, les termes du sujet doivent être précisés.

13. Les circonstances. La notion de circonstances ne s'identifie pas aisément, car elle fait rarement l'objet d'une étude portée sur sa signification propre. Son utilisation en jurisprudence et dans les textes n'est pas différente de son sens courant. Le terme apparaît souvent pour insister sur le pouvoir d'appréciation des magistrats. La précision des circonstances de l'espèce permet aux juges du fond de justifier le sens de la décision judiciaire sur lequel ils ont souvent un pouvoir souverain d'appréciation¹¹³. Elle indique la signification d'un comportement particulier ou l'existence d'un événement¹¹⁴. Lorsqu'elle apparaît dans des dispositifs juridiques, elle est

¹¹² *Droit maritime*, Dalloz, 14^e éd., 2014.

¹¹³ Sur ce point : J.-L. AUBERT, « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi de cassation en matière civile », *D.* 2005, p. 1115 : la cassation pour manque de base légale se rapproche d'une « recherche factuelle » car le juge doit « chercher les circonstances qui, au regard de cette décision, seraient de nature à justifier la solution retenue ».

¹¹⁴ Sur la reconnaissance d'une incrimination pénale par exemple : Crim. 18 mai 2022, n° 21-86.685 : « l'incrimination d'un comportement constitutif d'une infraction pénale peut, dans certaines circonstances,

utilisée comme une technique de renvoi à des éléments factuels justifiant de ne pas fermer la règle de droit dans une liste de situations prédéterminées, laissant au juge une liberté d'appréciation¹¹⁵.

En droit des contrats, des auteurs évoquent l'appréciation « circonscrite » en faisant référence à toutes les circonstances du contrat utiles à son interprétation¹¹⁶. Les traits essentiels des circonstances peuvent se retrouver à l'égard de notions similaires. Josserand par exemple qualifie les mobiles « d'éléments de fait qui sont susceptibles d'exercer un retentissement sur le droit, mais sans présenter en eux-mêmes, et si on les envisage arbitrairement, isolément, une signification juridique quelconque ». Les mobiles sont les raisons de la conclusion du contrat pouvant porter sur des circonstances particulières. L'avantage fiscal par exemple est considéré comme une simple circonstance du contrat, mais peut, par l'effet de la volonté des parties, être considéré comme un élément essentiel de l'accord. La loi reconnaît aujourd'hui la possibilité d'insérer un dispositif « Pinel » afin de lier l'opération contractuelle à la réalisation de l'avantage fiscal.

Ainsi, les circonstances peuvent être définies comme *des éléments de faits qui exercent une influence ponctuelle sur le contrat ou sur le comportement des parties par l'action du pouvoir judiciaire ou par la volonté des contractants dans le but de comprendre un événement contractuel ou de l'adapter*. La particularité des circonstances exclut une approche qui reposerait sur la nature des circonstances. La nécessaire relativité de la définition empêche de déterminer à l'avance la nature circonstancielle d'un fait particulier. Les circonstances seront parfois remplacées par l'utilisation de la notion de « contexte » qui peut être définie comme un ensemble de circonstances¹¹⁷. Le terme circonstances sera parfois préféré pour indiquer les critères propres à la personnalité des contractants, comme les circonstances familiales ou économiques. La notion de contexte sera plus souvent utilisée pour désigner les circonstances externes à la relation contractuelle, comme une conjoncture économique particulière, ou une crise politique ou sanitaire.

constituer une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause ». Des auteurs admettent que la soumission d'un contractant à un autre se vérifie à la lumière des « circonstances dans lesquelles s'établissent les relations » : S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, préf. N. Ferrier, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 609, 2021, spéc. n° 35 et n° 59 : cette soumission qu'elle nomme « dépendance contextuelle » ne provient pas des clauses du contrat qui pourraient tout de même avoir un rôle dans son aggravation mais de « l'inégalité économique ou cognitive de départ et de la structure de ces relations ». Elle en conclut que le contrat n'est pas à l'origine de cette dépendance, mais le « le contexte initial dans lequel ce contrat est susceptible d'être conclu ».

¹¹⁵ Pour des exemples précis : art. 1221 C. civ. qui renvoie aux « circonstances particulières » afin de déterminer si le silence du cocontractant vaut acceptation. Art. 1130 al. 2 C. civ. qui précise que le caractère déterminant de l'erreur s'apprécie « eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné ».

¹¹⁶ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAUX, L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes. Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, LGDJ, 2^e éd., 2018, n° 930, p. 867.

¹¹⁷ Le contexte est défini par le Larousse comme l'ensemble « des circonstances dans lesquelles se produit un événement, se situe une action ».

14. Le contrat. Le phénomène de circonstancialisation concerne tous les contrats. Il est défini par l'article 1101 du Code civil comme un « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Le contrat-échange a une place prépondérante dans l'étude, mais les contrats qualifiés parfois d'intérêt commun, comme le contrat de société ou certains contrats de distribution tels que le contrat de franchise ou de concession exclusive, feront partie intégrante de la démonstration¹¹⁸. Malgré les difficultés de consensus sur la notion, elle n'est pas un obstacle à l'identification d'un phénomène général d'influence des circonstances sur le contrat.

Pour ce faire, l'étude ne peut se cantonner au contrat de droit commun. Certains contrats spéciaux, comme le contrat de travail, le contrat de consommation, le contrat de bail, le contrat d'assurance ou le cautionnement seront nécessairement envisagés. Ces derniers révèlent souvent une attention particulière portée au contexte de formation et d'exécution, souvent dans le but de protéger l'intérêt du contractant réputé « faible ». Néanmoins, il est nécessaire de distinguer la protection accordée par les textes, par exemple en raison de la qualité de consommateur ou de salarié, et les circonstances qui autoriseraient une protection ponctuelle. Le droit de la consommation et le droit de la concurrence ont tendance à « institutionnaliser » ces rapports inégalitaires en les intégrant de manière « structurelle », et non « conjoncturelle » au cœur des dispositions législatives¹¹⁹. La qualité de consommateur ou de salarié n'est pas en elle-même une circonstance particulière, mais elle est capable de retentir de façon ponctuelle sur l'appréciation du contexte contractuel. Cette constatation est flagrante par exemple dans l'appréciation du consensus sur les éléments essentiels d'un contrat de consommation dont les circonstances jouent souvent un rôle qui dépasse la recherche de la volonté contractuelle. En outre, les contrats unilatéraux, dont la donation, offrent des éclairages pertinents pour attester de ce mouvement de circonstancialisation.

En outre, le contrat de droit français est privilégié dans l'étude, mais certains textes de droit international comme la CMR, la CVIM, le règlement Rome I, les principes d'UNIDROIT et les PDEC par exemple montrent combien le contexte et les circonstances interviennent à tous les stades de la vie contractuelle. Néanmoins, le contrat de droit international en lui-même ne fera pas l'objet de cette étude. Bien que certaines problématiques, comme celle de la loi applicable au contrat, impliquent une appréciation des circonstances en raison de l'extranéité de l'accord¹²⁰, elles dilueraient le parti pris adopté dans le cadre de notre étude de démontrer le mouvement du droit français vers une circonstancialisation accrue du contrat.

¹¹⁸ Sur la prépondérance du contrat-échange dans la définition de la notion de contrat : M. LATINA, « Contrat : généralités », in *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2023, n° 159. Dans le même sens : J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.* 1990, p. 147.

¹¹⁹ S. CHAUDOUET, th. préc., spéc. n° 35, p. 41.

¹²⁰ Par exemple, le règlement Rome I prévoit dans un article 3 que le choix de la loi applicable peut être exprès ou doit résulter des dispositions du contrat ou « des circonstances de la cause ». L'article 4 précise la loi applicable à défaut de choix, en laissant toutefois la possibilité d'appliquer la loi d'un autre pays lorsque « l'ensemble des circonstances » du contrat l'indique.

15. Méthodologie et choix du plan. Le choix de la méthode inductive est tout indiqué pour la présente étude. La propension de l'influence des circonstances sur le contrat et les buts de celle-ci passent nécessairement par l'analyse de ces manifestations dont la jurisprudence nous offre les principales illustrations. En parallèle, la compréhension approfondie de certaines dispositions légales ainsi que la technique contractuelle mettront en évidence l'importance croissante du phénomène. Ces différentes manifestations de l'influence des circonstances s'opèrent selon deux orientations principales.

D'abord, les circonstances exercent un rôle prépondérant dans les problématiques touchant à l'interprétation du contrat. Dans cette hypothèse, l'observation des circonstances a pour finalité l'explication de l'événement particulier qu'est le contrat ou la volonté des parties. Les circonstances révéleraient un sens caché, latent. Aucun jugement de valeur ne procéderait de la détermination du sens du contrat¹²¹. Cette fonction assignée à l'interprétation de la volonté est pourtant insuffisante. Cette difficulté se cristallise jusqu'à la définition même de l'interprétation qui comporte plusieurs acceptions. L'interprétation est définie comme « une opération par laquelle une signification est attribuée à quelque chose »¹²². Les divergences entre les différentes conceptions s'envisagent en raison du pouvoir plus ou moins étendu de son interprète. Le droit des contrats voudrait que ce dernier, souvent le juge, détermine le sens de la volonté tel qu'il transparaît de l'acte ou de ses circonstances¹²³. Les circonstances seraient envisagées seulement comme des éléments factuels révélant la commune intention des contractants. La pratique judiciaire est loin de se contenter de cette dimension. L'interprétation est parfois considérée comme une fonction de la volonté lorsque la liberté d'appréciation de l'interprète est révélée. L'admission de cet aspect de l'interprétation est peu faite, car elle est étroitement liée à des considérations politiques¹²⁴. Reconnaître la liberté dans l'interprétation revient à aller au-delà de la seule recherche de la volonté des parties. Les circonstances ne seraient donc pas seulement des indices de la volonté des contractants ; elles justifient parfois la protection d'un intérêt particulier. L'idée d'un jugement d'équité qui privilégie l'articulation des intérêts à la lumière des seules circonstances du contrat est, dans ces hypothèses, prégnante. L'interprétation, dans ces situations, se rapproche d'une appréciation. Elle s'identifie à la construction de la volonté.

Au-delà de la détermination d'un sens particulier, l'influence des circonstances autorise à adapter le contrat à son environnement. L'appréciation de la volonté délaisse sa place au contrôle de la légitimité du contrat ou du comportement du contractant en présence de

¹²¹ En ce sens : L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, préf. L. Aynès, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 619, 2022, n° 383 : l'interprétation de la volonté des contractants n'est pas soumise au contrôle de la bonne foi, puisque l'interprétation n'a pas pour finalité, en théorie, de porter un jugement de valeur.

¹²² S. RIALS, D. ALLAND, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, V° « Interprétation », p. 843.

¹²³ La théorie de la connaissance dite *cognitive* serait valable pour le droit dans son ensemble : R. GUASTINI, « Interprétation et description de normes » in *L'interprétation en droit*, PUF, 1995, p. 89 et s.

¹²⁴ Sur ces différents aspects de l'interprétation : P. AMSELEK, « L'interprétation à tort et à travers » in *L'interprétation en droit*, PUAM, 1995, p. 11 et s., spéc. p. 12.

circonstances particulières. Les enjeux de cette influence se déplacent : là où l'interprétation ne s'éloigne pas, en théorie, de la recherche de la volonté des parties, l'adaptation ne s'en embarrasse plus. Les principales études sur l'influence des circonstances se concentrent d'ailleurs sur cet aspect. C'est cette capacité d'adaptation qui est souvent présentée comme contrariant le principe d'autonomie de la volonté et de force obligatoire.

Le droit se dirige fermement vers des mécanismes d'adaptation du contrat. Des crises sanitaires et politiques, comme celle du Covid19 ou de la guerre en Ukraine, ont cristallisé la nécessité du droit français de se doter d'outils offrant cette capacité d'adaptation du contrat à son environnement souvent instable. Des dispositions classiques du droit civil pourraient encore se révéler pertinentes dans l'appréhension de l'évolution des circonstances¹²⁵. Au-delà du contrat en lui-même, le contexte s'avère souvent indispensable pour les contractants afin de mieux répondre à l'intérêt de leur partenaire. La bonne foi est un relai indispensable entre la compréhension textuelle des droits et obligations définis dans l'accord contractuel et les circonstances qui orienteraient le comportement du contractant vers une adaptation précise et adéquate. L'influence des circonstances sur le comportement du contractant démontre l'insuffisance du respect du contenu textuel du contrat dans la recherche de satisfaction de l'intérêt des parties.

Les circonstances ne sont donc pas seulement des éléments perturbateurs de la logique contractuelle. Paradoxalement, elles renforceraient la sécurité juridique légitimement attendue par les contractants. Le raisonnement circonstanciel serait une réponse adéquate à la multiplication des législations et solutions judiciaires qui ont tendance à ériger certains droits comme intérêts généraux. La protection de l'environnement, de la concurrence ou encore de la vie privée des citoyens doit être incluse sur un même pied d'égalité que le contrat.

Toutes ces raisons amènent naturellement à proposer une lecture complète du contrat à la lumière de ces circonstances.

Première partie : L'influence des circonstances sur l'appréciation du contrat

Seconde partie : L'influence des circonstances sur l'adaptation du contrat

¹²⁵ Certains auteurs remarquent que la législation d'exception a « assez peu concerné le droit des contrats » : J.-S. BORGHETTI, « La crise du Covid, crash-test du droit des contrats ? », *RDC* 2021, p. 1.

PREMIÈRE PARTIE : L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'APPRÉCIATION DU CONTRAT

16. Justification du choix du terme « appréciation ». L'appréciation est définie par le *Littré* comme « l'action de déterminer le prix d'une chose » et il rajoute au verbe « apprécier » un sens qui est l'action de porter un « jugement intellectuel ou moral qui suit un examen critique »¹²⁶. En droit, un auteur retient trois fonctions à l'appréciation : celle de déterminer, de juger et d'augmenter la valeur d'une chose¹²⁷. Pour ces raisons, l'appréciation décrit plus fidèlement l'action du juge que ne le ferait l'interprétation. La recherche de la volonté ne se réduit pas à constater les circonstances permettant de la reconstituer. Souvent, elle implique un jugement de valeur que l'interprétation peine à décrire. Les circonstances servent directement le pouvoir judiciaire à proposer des choix éloignés de la recherche stricte de la volonté. L'appréciation n'a donc pas seulement une fonction de description, elle est encore utile afin de déterminer la décision la plus appropriée aux circonstances du contrat. Le doyen Cornu l'avait pressenti en reconnaissant que l'application d'une notion cadre, comme l'est la volonté contractuelle, « exige toujours une opération intellectuelle de mise en œuvre »¹²⁸, cette application impliquant une « appréciation, non une interprétation »¹²⁹ puisque « l'interprète (juge ou auteur) n'a pas de choix à faire entre des sens préexistants, mais une pesée des données de l'espèce en fonction des critères de la notion »¹³⁰.

17. L'appréciation de la volonté contractuelle serait indifférente aux circonstances particulières. La particularité des situations des contractants n'a, de prime abord, aucun intérêt dans la recherche de la volonté¹³¹, que cette particularité porte sur la personne des contractants ou le contexte dans lequel le contrat est formé et est exécuté. Ces circonstances sont normalement indifférentes à la reconstitution de la volonté contractuelle, seules les circonstances qui révéleraient l'intention de contracter feraient l'objet de l'attention judiciaire. Comme la loi, le contrat devrait ignorer volontairement ce qui fait en chacun des individus « le plus irremplaçable des êtres »¹³². La rencontre des consentements s'extrait des considérations

¹²⁶ LAROUSSE, *Dictionnaire érudit de la langue française*, V° « Appréciation », 2014.

¹²⁷ Ph. JACQUES, th. préc., n° 149, p. 283.

¹²⁸ G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3^e éd., 2005, p. 90.

¹²⁹ G. CORNU, *Ibid.*, p. 91.

¹³⁰ G. CORNU, *Ibid.*, (souligné par l'auteur). Dans le même sens : P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 5^e éd., 2019, n° 97, p. 100 : « contrairement au pouvoir d'interprétation, pour lequel il est recherché l'uniformité, le pouvoir d'appréciation est en principe lié à chaque cas particulier, ce qui explique que “deux affaires identiques puissent être jugées différemment” ».

¹³¹ L'acte contractuel fait « abstraction de la situation sociale, économique et culturelle réelle des parties lors de la formation du contrat » : A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^e éd., 2018, p. 5.

¹³² Formule utilisée par Jean Rivero à l'égard des fonctionnaires : « Apologie pour les faiseurs de systèmes » in *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, p. 3 et s.

de lieu et de temps et aboutit à la naissance du contrat, « mécanisme clos »¹³³ débarrassé des contingences factuelles¹³⁴. La théorie de l'autonomie de la volonté a tendance à évincer l'attention portée aux circonstances du contexte contractuel. La seule constatation de l'existence du contrat et sa justification par la volonté des parties occultent que l'accord est « un marché passé dans des circonstances réelles, avec des enjeux concrets »¹³⁵.

En réalité, la porosité du contrat aux circonstances est inhérente à la notion même de volonté. N'étant pas une notion définie par le législateur, mais « simplement nommée par la loi », elle est dévolue à l'appréciation du juge¹³⁶. Cette problématique, éminemment factuelle, aurait peu d'intérêt pour la construction d'une réelle théorie du contrat. Elle ferait partie de ces contentieux qui, faute de prévisibilité sur les solutions judiciaires, se prêtent mal à une étude en vue de la construction d'un système¹³⁷. Cependant, le constat d'un large pouvoir souverain d'appréciation ne doit pas être un échec à la tentative d'explication de cette période souvent teintée d'obscurité. Elle est au contraire riche d'enseignement, car elle met en lumière l'insuffisance de la justification de l'existence du contrat par la caractérisation de la volonté des contractants. Les circonstances ne peuvent être considérées comme de simples indices de la volonté contractuelle, mais sont encore utiles au magistrat afin d'orienter son choix vers la protection de l'intérêt d'un des contractants.

18. Plan. La théorie générale du contrat, afin d'être cohérente, doit rendre compte de ces circonstances qui dictent l'œuvre jurisprudentielle. Trop éloigné de la contextualité de chaque contrat, son enseignement travestirait la réalité¹³⁸. Cette analyse était déjà en germe, notamment chez Génry, qui dénonçait les excès d'une application stricte de la logique juridique en se demandant si le juriste n'a pas « trop souvent aussi, cédé à la séduction d'une logique décevante,

¹³³ C'est ainsi que le nomme Jean Carbonnier : *Droit civil. Les biens. Les obligations*, t. 2, PUF, 2^e éd., réed. 2017.

¹³⁴ L'anticipation de l'avenir à l'aide du contrat est une idée qui apparaît déjà dans le Léviathan de Hobbes : « le contrat implique la pensée de l'avenir » : Lév., XIV, p. 138, cité par S. GOYARD-FABRE, *L'interminable querelle du contrat social*, éd. Slatkine Reprints, 2012, p. 167. L'appréciation du futur contractuel est une tâche délicate pour les contractants qui doivent appréhender le contexte futur à partir de leurs connaissances restreintes fournies par l'ordre actuel : A. SÉRIAUX, « Le futur contractuel » in *Le droit et le futur*, PUF, 1985, p. 80. M. Libchaber reconnaît cette difficulté comme étant la conséquence d'une incapacité ontologique du contrat à déterminer *ab origine* l'ensemble des obligations : R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mél. J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211-233, spéc. p. 223.

¹³⁵ C. ATIAS, « Restaurer le droit du contrat », *D.* 1998, p. 137.

¹³⁶ En ce sens : G. MARTY, *La distinction du fait et du droit : essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les Juges du fait*, th. Toulouse, Sirey, 1929, n° 11, p. 193.

¹³⁷ Sur l'appréciation du droit comme système : F. TERRÉ, N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 1 et n° 126 et s., spéc. n° 127. Dans le même sens : D. BARANGER, *Penser la loi, essai sur le législateur des temps modernes*, éd. Gallimard, 2018, p. 201-202 : l'évolution du droit force le « législateur à se convertir en homme de science » et de dégager « des lois scientifiques qui sont de simples relations stables entre phénomènes ».

¹³⁸ S. LEQUETTE, « La notion de contrat », *RTD Civ.* 2018, p. 541 : le contrat n'est que le « manteau juridique » d'une opération économique. Il pourrait être considéré comme « simple affaire d'ordre contextuel ». Même sens : G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 253, 1997, spéc. p. 103 : « pour restituer à l'acte juridique sa dimension humaine », il est nécessaire d'apprécier des « éléments subjectifs » et « objectifs », l'élément subjectif étant le but poursuivi par le sujet de droit, les éléments objectifs étant les faits matériels, les usages, ou l'économie du contrat.

pour oublier les réalités de la vie »¹³⁹. Nous montrerons en quoi l'importance des circonstances dans la problématique de la détermination de la volonté entretient des relations étroites avec l'équité, bien que le juge refuse normalement de prêter attention à ce genre d'arguments.

L'appréciation de la volonté contractuelle se fait dans deux orientations. Elle est utile d'abord afin d'observer la période de formation pour vérifier l'existence possible d'un contrat (Titre I) ou encore de déterminer le contenu de ce dernier (Titre II).

¹³⁹ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, t. 1, LGDJ, 2^e éd., réed. 2016, spéc. p. 13. *Comp.* : D. BERTHIAU, th. préc., n° 581, p. 309 : les auteurs du XIX^e siècle, contrairement aux doctrinaires actuels, se sont inspirés d'une « vision emprunte d'un certain réalisme, plutôt que de tenter de réaliser des constructions purement scientifiques et abstraites imposées par la doctrine au juge, un mouvement d'observation concrète des décisions judiciaires s'est progressivement dessiné (...) ».

TITRE I. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'APPRÉCIATION DE L'EXISTENCE DU CONTRAT

19. Plan. L'existence du contrat passe par la constatation d'un accord de volontés. L'article 1101 du Code civil reprend cette formulation : sa formation est constatée par la rencontre d'une « offre et d'une acceptation » qui manifeste l'intention de s'engager. L'offre doit nécessairement formuler les éléments essentiels du contrat selon l'article 1114 du Code civil, et l'acceptation porte sur les éléments essentiels tels que contenus dans l'offre comme le précise l'article 1118 du même code. En raison du principe du consensualisme, la constatation de cette rencontre ne passe en principe par aucun formalisme particulier et peut se déduire des circonstances du contrat. Si ces dernières ont un intérêt lors du processus de formation, elles sont avant tout utiles dans la preuve de la rencontre de l'offre et l'acceptation (Chapitre I). La mission n'est pas des plus aisées, les liens entre la compréhension du contrat et les circonstances qui orientent cette compréhension sont bien souvent ambigus. Le juge doit parfois se contenter de documents et « signes » qui véhiculent imparfaitement l'expression de la pensée des contractants¹⁴⁰. Mais ce procédé se révèle parfois une opportunité. Il offre au juge la possibilité, en étant paré des atours de la volonté contractuelle, d'envisager des circonstances qui entretiendraient parfois un lien excessivement lâche avec l'intention contractuelle afin de privilégier l'intérêt d'un contractant. Que ce phénomène soit volontaire ou accidentel, l'appréciation de la volonté contractuelle serait, dans ces situations, assimilable à une appréciation en équité¹⁴¹. En outre, et dans certaines hypothèses, cette volonté est parfois indécidable. Sa reconstitution est alors permise par des circonstances utiles dans la révélation de ce qu'aurait pu être cette volonté si elle s'était valablement exprimée.

Outre cette étape indispensable à la reconnaissance de l'existence du contrat, les circonstances sont encore utiles afin d'apprécier la qualité du consentement (Chapitre II). Le propos s'éloigne de la problématique *stricto sensu* de la reconnaissance de l'existence pour se concentrer sur celui de la validité. Néanmoins, admettre la validité d'un contrat revient à se prononcer en faveur de son existence et inversement. La notion de qualité amène à étudier la théorie des vices du consentement qui est propice à l'analyse des circonstances. La recherche du consentement éclairé passe en effet par l'étude des circonstances personnelles du contractant et du contexte de formation du contrat. Le juge doit tenter de revêtir les caractéristiques propres

¹⁴⁰ En ce sens : P. AMSELEK, « Le doute sur le droit ou la teneur indécise du droit », in *le doute et le droit*, Institut de formation continue du Barreau de Paris, Dalloz, 1994, p. 57 et s., spéc. p. 61 : l'interprète doit « reconstituer dans son propre esprit – sur son écran intérieur – le contenu de pensée qui lui a été indirectement communiqué au moyen de signes : ainsi que l'exprime parfaitement la langue anglaise, l'interprétation est une opération mentale de *construction* ou *reconstruction* » (souligné par l'auteur). Dans le même sens : R. PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, préf. M. R. Le Balle, Sirey, 1953, p. 4 : la volonté est souvent « infléchi » car elle utilise un élément « abstrait et artificiel » qu'est la « technique d'expression de la volonté ».

¹⁴¹ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P. MORVAN, *Introduction au droit*, *Ibid.*, n° 47 : « le juge a souvent dans une affaire une impression intuitive venant de son sens naturel de l'équité ; sans le dire, après réflexion, il l'habillera de constructions juridiques ».

à ce dernier afin de déterminer si, dans ces circonstances, le contractant avait bien compris ce à quoi il s'engageait et ce qu'il espérait retirer de la conclusion du contrat projeté. Mais cette appréciation des circonstances est loin de se faire uniquement en sa faveur. La protection accordée à l'*errans* n'est pas sans limites et doit nécessairement s'articuler avec la sécurité attendue par le co-contractant. Les circonstances ne sont donc pas seulement des éléments orientant une faveur à la victime potentielle d'un vice. Elles sont encore nécessaires afin de ne pas offrir cette protection de manière illégitime à un contractant qui, en raison de ses circonstances personnelles et du contexte de formation, était suffisamment expérimenté et avisé pour comprendre les enjeux de l'opération contractuelle. La théorie des vices du consentement, consacrée à la protection de la victime d'un vice, n'est pas étrangère à l'idée d'une articulation des intérêts au regard des circonstances du contrat.

CHAPITRE I. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'APPRÉCIATION DE L'EXISTENCE DE LA VOLONTÉ

20. Plan. En dépassant le concept d'autonomie de la volonté comme l'émanation d'une volonté « psychologique » bien souvent insaisissable, les circonstances permettent de recréer cette commune intention indispensable à la naissance du contrat. Les circonstances sont d'abord les indices de la volonté contractuelle (Section I). En analysant certaines dispositions du Code civil et décisions jurisprudentielles, on remarque que ces circonstances peuvent s'éloigner de la révélation de la commune intention des parties, et sont utiles afin d'adopter des solutions d'opportunité. Dans ces hypothèses, elles s'envisagent difficilement comme de simples indices de l'expression de la volonté des parties contractantes (Section II).

SECTION I. LES CIRCONSTANCES : INDICES DE L'EXISTENCE DE LA VOLONTÉ

21. Plan. Le juge analyse l'accord des volontés, non pas comme une rencontre, mais bien plus comme une appréciation contextuelle de l'accord qui implique la recherche de la volonté à la lumière des circonstances du contrat (Paragraphe 1). Ce pouvoir d'appréciation est dévolu aux juges du fond qui sont parfois tentés, sous couvert d'appréciation souveraine, d'apprécier des circonstances afin de protéger l'intérêt d'une partie (Paragraphe 2). Cette protection se fait de manière ponctuelle et singulière, au regard des seules circonstances du litige. La constatation rappelle ici un raisonnement en équité. La production d'une solution juste à la lumière des circonstances est régulièrement proposée comme un trait caractéristique de la notion d'équité, si elle n'est sa mission principale¹⁴². En raison de la prégnance du concept de volonté, la révélation de ces circonstances est très souvent passée sous silence, autant par les juges que par la doctrine. Pourtant, elle éclairerait des solutions bien souvent obscures. En parallèle, la révélation des circonstances limiterait ce phénomène. En étant cachée par la recherche factuelle de la volonté, la protection de l'intérêt du contractant à la lumière des circonstances peut s'épanouir sans reproches. La sincérité dans la démarche judiciaire rendrait prévisible un contentieux souvent obscur.

¹⁴² En ce sens : Ch. ALBIGES, th. préc., p. 2 et 12 : « si le recours à l'équité est source de controverses, il a cependant pour objet de permettre à tout juriste de trouver le raisonnement le plus approprié selon les circonstances liées à l'espèce ». Elle a « elle a essentiellement pour objet d'instituer une solution particulière, variable en fonction des circonstances ».

Paragraphe 1. L'appréciation des circonstances est nécessaire à la reconnaissance de l'existence du contrat

22. Plan. La naissance du contrat est une période de doute. En l'absence d'un formalisme précis à sa reconnaissance, la rencontre des volontés est suffisante à le constater. L'imprécision de cette formule nécessite le recours à l'appréciation des circonstances (A). Le contrat est réputé existant quand les parties s'accordent sur ses éléments essentiels. Les circonstances servent à caractériser la réunion des éléments essentiels de l'accord visé (B).

A. Les circonstances du contrat révèlent l'intention de contracter

a. Les circonstances : indices de la volonté de contracter

23. L'intention contractuelle implique l'appréciation des circonstances. L'intention contractuelle¹⁴³ est une notion apparaissant dans différents mécanismes, tous ayant pour but de s'interroger sur ce qu'ont réellement désiré les parties en contractant. La constatation de l'existence d'un contrat passe par la caractérisation de l'intention contractuelle¹⁴⁴. Cette recherche est dévolue aux juges en cas de contestation par l'une des parties. Certains auteurs cantonnent d'ailleurs la problématique de l'existence du contrat quand ce dernier est constaté par le pouvoir judiciaire à la lumière des circonstances¹⁴⁵. La notion d'intention contractuelle est parfois absorbée par celle de consentement¹⁴⁶. Elle n'a besoin d'aucune forme particulière

¹⁴³ L'importance de l'intention aurait d'abord émergé en droit public avant de pénétrer le droit des contrats : M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1962, p. 271-277, spéc. p. 275. L'intention serait tournée vers autrui, elle est « sue de l'agent » et prend source dans « sa volonté subjective ». Cette action est nécessairement l'accomplissement d'une liberté : HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, PUF, 3^e éd., 2013, p. 271-278.

¹⁴⁴ L'intention permet de distinguer l'acte juridique du fait juridique. La problématique des *Gentlemen's agreements* est une illustration de la vivacité de cette question : J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, p. 89-90, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, op. cit., n° 231, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 12^e éd., 2022, n° 254 : pour distinguer les actes de courtoisie, de complaisance et les « presque-contrats », « tout est une affaire d'intention ». L'intention a aussi un intérêt dans la qualification du contrat. Elle aurait parfois une action sur les éléments concrets de la situation contractuelle permettant de modifier de façon indirecte la qualification du contrat : F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. R. Le Balle, LGDJ, 1957, p. 5.

¹⁴⁵ La différence entre « formation » du contrat et « existence » ne serait pas seulement sémantique. La formation mettrait en lumière la volonté des parties de créer un support contractuel alors que l'existence « résulterait de la seule réalité du fait » : A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence du contrat*, préf. J. Mestre, PUAM, 1992, p. 353.

¹⁴⁶ L'intention et le consentement sont parfois distingués. Le consentement indispensable à la formation du contrat « suppose (...), de la part de celui qui le donne, l'intention de s'obliger », le consentement étant considéré lui-même comme un élément de fait : AUBRY, RAU, *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariae, les obligations*, t. 4, éd. Cosse Marchal, 6^e éd., 1984, p. 422. D'autres auteurs soulignent la différence notionnelle entre consentement et intention. L'intention serait la volition intime du contractant et insisterait sur sa dimension humaine, là où le consentement serait la traduction juridique de la volonté : M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD Civ.* 1995, p. 573. Le consentement ne serait intéressant qu'en raison de sa bilatéralité, c'est-à-dire par rapport à l'échange dont il serait partie intégrante : R. NERSON, « La volonté de contracter », in *Mél. R. Secrétan*, Impr. Corbaz, 1964, p. 209 et s.

pour être efficace, conformément au principe du consensualisme, caractéristique qui donne encore un rôle primordial au juge dans ce contentieux¹⁴⁷. Ce dernier est parfois contraint de s'immiscer dans les faits pour vérifier l'existence d'un accord contractuel. Dans cette perspective, les circonstances seraient parfois indispensables pour révéler l'existence du contrat.

Au-delà de la volonté, les circonstances ont un intérêt dans la qualification du contrat. Certes, la volonté l'oriente nécessairement. Mais bien souvent, les circonstances ont un enjeu dans la qualification et ne sont pas seulement les indices de cette la volonté des contractants. L'exemple de la convention d'occupation précaire est parlant sur ce point. L'article L. 145-5-1 du Code de commerce précise que la qualification de ce contrat, qui permet aux parties d'échapper à la législation impérative du bail, doit se vérifier à l'aune « de circonstances particulières indépendantes de la seule volonté des parties ». Preuve en est que la volonté ne peut pourvoir à tout, et que la vérification de l'extériorité des circonstances permet d'évincer un possible abus¹⁴⁸.

Reste que l'appréciation des circonstances est indispensable afin de caractériser la volonté qui est l'élément nécessaire de l'existence du contrat. Prenons l'exemple du contrat de société. Les éléments essentiels doivent être réunis, dont l'*affectio societatis*, qui est défini par les magistrats comme la « volonté de collaborer, sur un pied d'égalité, à la réalisation d'un projet commun »¹⁴⁹. L'*affectio societatis* est donc assimilé, peu ou prou, au consentement¹⁵⁰. Les auteurs relèvent sur ce point que la difficulté à la démonstration d'une intention incite les juges à relever « divers indices, généralement postérieurs à la conclusion du contrat, même quand les parties en ont consciemment conclu un »¹⁵¹. Le comportement de l'associé, après la supposée formation du contrat de société, est un des éléments récurrents dans la démonstration de l'*affectio societatis*, majoritairement dans les contentieux de la qualification de société créée de fait¹⁵². Le comportement, élément circonstanciel, est donc souvent capable de prouver l'existence de l'intention de contracter, même dans des hypothèses où les parties n'en avaient pas elles-mêmes conscience. Cette appréciation particulière n'est pas spécifique au contrat de société. La Cour de cassation reconnaît qu'il « appartient aux juges du fond de rechercher l'intention des parties contractantes dans les termes employés par elles comme dans tout

¹⁴⁷ Le principe reste le consensualisme, mais l'expression du consentement prend nécessairement forme. Sur cette remarque : P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil. Contrats spéciaux*, LexisNexis, 7^e éd., 2013.

¹⁴⁸ Pour plus de précisions sur ce contrat innomé : F. COLLART DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 11^e éd., 2019, n° 356 et s. Sur la capacité des circonstances à empêcher la commission d'un abus, *infra* n° 440.

¹⁴⁹ Civ. 1^{ère}, 20 janv. 2010, n° 08-13.200, *Bull. civ. I*, n° 11.

¹⁵⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 35^e éd., LexisNexis, 2022, n° 251 et s., spéc. n° 252.

¹⁵¹ P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ, 9^e éd., 2022, n° 101.

¹⁵² P. LE CANNU, B. DONDERO, *Ibid.*, n° 103. Même sens : M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 256 : « Dans le cas de la société créée de fait, c'est l'adoption par les associés d'un comportement correspondant aux éléments constitutifs du pacte qui permettra de retenir l'existence de la société en établissant ce qui n'est en définitive qu'une volonté tacite ».

comportement ultérieur de nature à la manifester »¹⁵³. La reconnaissance de l'importance du comportement, pourtant simple circonstance, est encore accentuée par la possibilité de l'interpréter au-delà de la période de formation du contrat. Cette largesse dans l'appréciation temporelle est en effet une faveur à l'influence des circonstances sur le contrat.

24. L'appréciation des circonstances de la naissance du contrat explore la dimension temporelle de la période de formation. L'importance du temps dans la période de formation du contrat était une idée absente du Code civil de 1804. La réforme du droit des contrats et des obligations corrige en partie cet oubli¹⁵⁴. La doctrine reconnaissait cette coloration particulière de la période précontractuelle, période foncièrement factuelle¹⁵⁵. L'écoulement du temps lors des négociations est un indice potentiel d'une rupture abusive des pourparlers concrétisée par la présence de circonstances révélant sa brutalité. La notion de circonstances n'est pas seulement utile afin de caractériser une faute dans le déroulement des négociations¹⁵⁶, elle met aussi en lumière le caractère dynamique de la formation du contrat là où le Code civil insiste seulement sur le phénomène d'échange des consentements¹⁵⁷. En effet, l'expression passe sous silence la manière des parties d'y parvenir. À tout le moins, il est bien évident que la formation du contrat ne se fait pas *ex nihilo* et provient, pour les contrats les plus complexes, d'une profonde réflexion. La mission du juge sera de rechercher à partir de quel instant un accord contractuel naîtra entre les parties. La plupart des auteurs s'accorde à dire que c'est au moment où les offrants sont parvenus à un accord sur les éléments essentiels du contrat que leur volonté est inscrite dans le marbre¹⁵⁸. L'article 1124 précise qu'une promesse unilatérale de contrat est caractérisée lorsque la proposition inclut les éléments essentiels du contrat projeté. Néanmoins, cette lecture objective du contenu contractuel ne peut satisfaire toutes les situations. Elle peut parfois s'achopper à une lecture d'une volonté singulière qui se fera à l'aune de certaines

¹⁵³ Civ., 3^e, 5 févr. 1971, *D.* 1971. 281, rapport Cornuey ; Sur l'absence de preuve de l'intention libérale de l'époux au regard de son comportement : Civ. 1^{ère}, 9 nov. 1993, n° 91-22.059, *RTD. Civ.* 1994, p. 595, obs. J. MESTRE. Le pourvoi reprochait notamment aux juges du fond d'avoir apprécié des « circonstances postérieures à celle-ci ou encore des circonstances qui résulteraient de son exécution », raisonnement qui n'a pas été suivi par la première chambre civile. M. Mestre, dans les observations qui accompagnent la décision, désigne le comportement comme un « élément de qualification » des relations contractuelles.

¹⁵⁴ L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a inséré une sous-section 1 concernant les négociations précontractuelles dans un chapitre dédié à la formation du contrat : l'art. 1112 C. civ. parle du « déroulement » de celles-ci.

¹⁵⁵ Des auteurs ont pu affirmer à propos de la volonté contractuelle, que « le juge se réfère aux circonstances dans lesquelles le contrat s'est formé » : R. NERSON, art. préc., p. 9 ; J. MESTRE, « La période précontractuelle et la formation du contrat », *LPA* 2000, p. 7 : l'importance du droit dans la période contractuelle s'explique en partie par « l'élément temporel ». D'autres auteurs vont encore plus loin et reconnaissent que le contrat appartiendrait avant tout au monde factuel et sa valeur juridique serait vérifiée seulement lors d'un litige entre les parties contractantes : En ce sens : G. ROUHETTE, th. préc., n° 182.

¹⁵⁶ De manière générale, la notion de faute est tributaire des circonstances. Sur ce point, nos propos *infra* n° 375.

¹⁵⁷ L'art. 1113 C. civ. insiste sur « la rencontre » d'une offre et d'une acceptation utile à la formation du contrat.

¹⁵⁸ En ce sens : C. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 192 et s. *Contra* : D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC, *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 82 : « Il semble que, si les parties sont en désaccord sur l'un des éléments du contrat, serait-il accessoire, les consentements ne puissent se rencontrer ».

circonstances. Par exemple, un élément qui n'est pas analysé comme essentiel de manière objective est parfois considéré comme tel en analysant la volonté particulière des contractants¹⁵⁹.

25. La recherche « subjective » de la volonté autorise l'appréciation des circonstances.

La recherche de l'intention contractuelle est prévue aujourd'hui par l'article 1188 du Code civil reprenant en substance l'ancien article 1156 qui incite le juge à interpréter le contrat « d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes ». Le contrat est parfois insuffisant à déterminer la volonté réelle des parties. L'alinéa 2 poursuit en affirmant qu'en cas d'impossibilité de révéler « la commune intention des parties », le contrat est interprété « selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ». La présence du standard du raisonnable privilégie encore une approche circonstancielle de l'appréciation. Pourtant, l'article 1188 paraît insuffisant quand la problématique concerne l'existence du contrat. En effet, cette disposition permet de rechercher la volonté contractuelle lorsque celle-ci paraît obscure, mais l'existence du contrat ne fait pas de doute. La Cour de cassation a par exemple énoncé dans un arrêt du 30 mars 2022 qu'il revenait au juge d'interpréter la commune intention des parties « lorsque les stipulations d'un contrat sont ambiguës »¹⁶⁰. Cette précision est valable pour toutes les règles d'interprétation prévues dans le Code civil. Les juges du fond disposent d'une liberté très étendue pour reconnaître l'existence du contrat, car celle-ci ne fait pas l'objet de directives législatives particulières. Elle l'est même encore plus que dans l'hypothèse d'une interprétation des clauses contractuelles, même si les directives d'interprétation n'ont pas plus de force coercitive dans ce contentieux. Finalement, cette largesse d'appréciation autorise les magistrats à prendre en compte une diversité de circonstances qui s'envisage difficilement de manière prévisible.

b. Les circonstances : indices de l'intérêt à privilégier

26. L'appréciation des circonstances : preuve possible de la présence de l'équité.

L'appréciation des circonstances aurait donc pour seul objet de reconstruire la volonté subjective des contractants. Par le passé, le droit français était loin de se contenter de cette dimension de l'interprétation. Le droit romain, qui distinguait les contrats de droit strict et les contrats de bonne foi, était habitué à ce que le juge apprécie le contrat selon les suites que commande l'équité¹⁶¹. Aujourd'hui, l'article 1194 du Code civil, qui reprend pour l'essentiel la formule de l'article 1135 ancien, admet le recours à l'équité comme suite naturelle des

¹⁵⁹ Ces éléments essentiels objectifs sont qualifiés ainsi car ils sont « normalement » présents en fonction de l'opération économique projetée. Les parties ont toutefois la possibilité « d'essentialiser » certains éléments. Un auteur en donne une définition succincte. Elle serait l'opération consistant à « rendre essentiel ce qui ne l'est pas normalement » : Ph. JACQUES, th. préc., p. 432.

¹⁶⁰ Com. 30 mars 2022, n° 20-16.168 et n° 20-17.354, D. 2022, p. 1875, E. LAMAZEROLLES, *RTD Com.* 2022, p. 797, obs. J. MOURY : le seul visa de l'article 1103 du Code civil est visé en l'espèce. Même dans le cadre d'une appréciation de la volonté des contractants pour préciser le sens du contenu du contrat, les articles relatifs à l'interprétation ont un intérêt relatif.

¹⁶¹ DOMAT, *Les lois (...), op. cit.*, I, I, III, §1 et §12.

obligations, à côté de celles exprimées par les contractants. Certains auteurs, tout en insistant sur l'importance du respect de la volonté des parties qui compterait parmi « les grands piliers de tout contrat »¹⁶², admettent que « toute interprétation sérieuse des contrats recherche des solutions équitables pour les deux parties en cause »¹⁶³.

Outre la recherche de la volonté, les circonstances seraient alors des éléments qui suggéreraient au juge la protection d'un intérêt particulier. Cette recherche de protection à la lumière des circonstances se rapprocherait de l'équité. Les auteurs consacrant des monographies à la notion la reconnaissent rarement comme une directive d'interprétation de la volonté des parties au moment de sa formation¹⁶⁴. Seuls de très rares ouvrages l'envisagent de cette manière¹⁶⁵. Pufendorf rappelle l'importance de l'intention dans la mesure de ce que l'on peut attendre de son cocontractant¹⁶⁶. Il prescrit ensuite, pour les clauses qui auraient plusieurs sens, de s'en référer à ce qu'il appelle les « *Conjectures* » tout en se conformant à ce qu'il nomme « l'Équité naturelle »¹⁶⁷ en l'appliquant aux testaments et conventions¹⁶⁸. Cette recherche d'équité dans la période de formation se révèle sous d'autres notions. GénY souhaitait que le juge assume ouvertement l'« influence de la bonne foi, inhérente à la formation même du contrat » le justifiant par le besoin d'adoucir « une théorie toute en logique »¹⁶⁹. Un passage du traité de droit civil de Marty et Raynaud évoque explicitement le recours à l'équité comme limite à la liberté des conventions. Si cette dernière « demeure le principe », elle « ne saurait être admise sans limites, car elle n'est pas toujours de nature à assurer l'équité dans les relations contractuelles (...). C'est pourquoi la valeur de la volonté est subordonnée aux exigences de *la justice et de la bonne foi* »¹⁷⁰. M. Aynès reconnaît que l'interprétation « n'est pas exempte de considérations d'équité »¹⁷¹. M^{me} Molina affirme que l'interprétation et la bonne foi peuvent se rapprocher, l'écart étant « plus théorique que pratique »¹⁷². En somme, cette constatation est

¹⁶² F. BOSSHART, *L'interprétation des contrats*, th. Genève, Imprimerie S.A Leeman frères et Cie, 1939, p. 17.

¹⁶³ F. BOSSHART, *Ibid.*, p. 107-108.

¹⁶⁴ A. DESSENS, th. préc., p. 103 ; Une thèse plus récente retient que « l'objet du recours à l'équité est double : garantir une justice individualisée, mais aussi rechercher un équilibre entre les intérêts divergents, en se fondant sur les spécificités directement liées aux personnes concernées » : Ch. ALBIGES, th. préc., p. 13.

¹⁶⁵ P. GUTIERREZ, *Défense juridique et philosophique de l'équité, Essai sur la notion d'Equite pour le progrès du droit international*, th. dactyl. Toulouse, 1972, p. 22 : « par souci d'équité, le labeur du juge se manifeste par l'interprétation : on doit dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ».

¹⁶⁶ PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, chap. XII, trad. J. Barbeyrac, t. 2, Impr. Pierre de coup, 1712, p. 114.

¹⁶⁷ PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, *Ibid.*, p. 117 (souligné par l'auteur).

¹⁶⁸ PUFENDORF, *Ibid.*, p. 136 : « L'usage de l'Équité regarde donc proprement les Loix, entant qu'écrites : mais on peut aussi l'étendre à proportion aux testaments, et aux conventions ».

¹⁶⁹ GÉNY, *Méthode d'interprétation (...)*, op. cit., t. 2, n° 172.

¹⁷⁰ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations. Les sources*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, p. 39 (souligné par les auteurs).

¹⁷¹ L. AYNÈS, « Bonne foi », *RDC* 2007, p. 1107.

¹⁷² L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, préf. L. Aynès, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 619, 2022, n° 361.

rarement faite, car « l'équité, de façon originale et indépendante d'une délégation législative, peut s'exprimer dans l'activité judiciaire au moment de l'appréciation des faits par le juge »¹⁷³.

27. Similitude entre l'appréciation de la volonté et l'équité : l'influence des circonstances. L'interprétation de la volonté, de prime abord, ne partage rien avec le concept d'équité. Promouvoir l'équité serait d'ailleurs aller contre la volonté, que cette volonté soit celle du législateur ou du contractant. Pourtant, l'appréciation des circonstances que les deux concepts impliquent est susceptible de créer des points d'interférences. L'appréciation des circonstances est habituellement accompagnée de l'impossibilité pour ces décisions de s'ériger en règle¹⁷⁴. L'interprétation de l'intention contractuelle est une décision ponctuelle du juge qui se prête mal à une généralisation. Le silence habituel sur les circonstances pertinentes qui ont motivé la décision judiciaire brouille encore la finalité de l'appréciation.

28. Silence du Code civil sur les circonstances permettant de révéler la volonté contractuelle. Le droit positif n'indique nullement les circonstances dans lesquelles cette volonté contractuelle manifesterait efficacement la volonté de se lier contractuellement. L'appréciation de la volonté apporte son lot d'hésitations. Est-ce que cette interprétation est fidèle à la volonté réelle des parties si elle est « recherchée de l'extérieur, à travers de simples attitudes, de comportements qui trahissent pêle-mêle pensées, projets et intentions »¹⁷⁵ ? La nature factuelle de ce contentieux empêche de révéler précisément les circonstances desquelles découlerait nécessairement l'existence d'un contrat. Le Code civil ne les indique nullement.

D'autres textes sont pourtant plus évocateurs. La convention de Vienne relative à la vente internationale de marchandises nous livre des exemples de « circonstances pertinentes » à la révélation de la commune intention des parties. L'article 8 alinéa 3 indique par exemple que ce sont les « négociations qui ont pu avoir lieu entre les parties, des habitudes qui se sont établies entre elles, des usages et de tout comportement ultérieur des parties ». Des efforts particuliers ont été déployés par les juges pour préciser la problématique. La doctrine et la jurisprudence admettent qu'un contrat existe lorsque les parties se sont accordées sur les éléments essentiels normalement présents pour un type de contrat en cause.

¹⁷³ D. BERTHIAU, th. préc., n° 590, p. 314 : ce phénomène ne perturbe pas « le mode d'attribution de l'équité » qui est toujours autorisé par la loi, puisque son utilisation dans l'appréciation des faits est « imperceptible » selon l'auteur.

¹⁷⁴ En ce sens : T. IVAINER, *L'interprétation des faits en droit : essai de mise en perspective cybernétique des "lumières du magistrat"*, préf. J. Carbonnier, LGDJ, Bibl. ph. dr., t. 30, 1988 : l'auteur constate la diversité des contextes factuels souvent « irrépétibles » et donc revêches à « toute norme objective ». Ces situations qui sont traitées au cas par cas « sont de ce fait des champs privilégiés de l'interprétation souveraine du juge et peut-être sa vocation essentielle : celle de dire un droit aussi subjectif que ponctuel » (n° 349, p. 281-282). Cette interprétation des circonstances particulières, propres à chaque espèce, sont les éléments d'appréciation qui confortent le juge dans sa décision, ce choix découlant d'un « système de valeurs » qui aura servi à évaluer les faits (n° 194).

¹⁷⁵ P. GODÉ, *Volonté et manifestations tacites*, préf. J. Patarin, PUF, 1977, p. 18.

B. L'appréciation des circonstances permet de révéler la rencontre des volontés sur les éléments essentiels du contrat

29. Les éléments essentiels sont présents pour un « type » de contrat donné.

L'explication des éléments essentiels sous le prisme de la statistique n'est pas totalement étrangère à la notion. C'est seulement par un phénomène de répétition d'un ensemble de comportements particuliers que la pratique, en faisant naître de nouveaux types contractuels, a dégagé les éléments qui se constataient toujours pour un type de contrat particulier. Les éléments essentiels d'un contrat de vente sont la chose et le prix¹⁷⁶, le contrat de louage immobilier doit faire figurer un local et un prix déterminé ou déterminable¹⁷⁷. Les éléments essentiels découleraient naturellement du type de contrat nommé, sans même que les parties contractantes aient à évoquer leur importance. La même idée est présente chez Pothier dans son traité des obligations. Il distingue trois sortes d'éléments pouvant composer le contrat : les éléments « essentiels » dont l'absence a pour conséquence l'inexistence du contrat ou un changement de qualification¹⁷⁸. Les éléments « naturels » du contrat, qui, sans être essentiels, font tout de même partie du contrat sans que les contractants y aient exprimé une quelconque volonté, car il est de la nature même dudit contrat que ces choses y soient présentes¹⁷⁹. Et enfin, les éléments dits « accidentels », dont l'insertion dans la substance contractuelle dépend de la volonté, car il n'est pas de la nature du contrat de les abriter¹⁸⁰. M. Terré reconnaît implicitement une hiérarchie entre les différents éléments du contrat en constatant notamment à propos de la clause conditionnelle « qu'elle n'est qu'un élément accidentel des actes juridiques »¹⁸¹. L'appréciation des circonstances serait donc utile afin de caractériser le consensus sur ces éléments essentiels.

¹⁷⁶ Affirmation relativisée par les arrêts d'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995 relatifs aux contrats cadres : *Bull. Ass. Plén.*, n° 7-9, p. 290, *D.* 1997, somm. 59, obs. D. FERRIER, *JCP E* 1996, p. 776, obs. L. LEVENEUR, *RTD Civ.* 1996, p. 153, obs. J. MESTRE, *LPA* 1995, p. 11, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS. La solution a été reprise par la réforme du droit des contrats dans un art. 1164 C. civ. Sur les conséquences possibles de l'insertion de cet article : G. HILGER, « La fixation unilatérale du prix dans la réforme du droit des contrats : une évolution en demi-teinte », *LPA* 2018, p. 5 ; S. PELLET, « Fixation unilatérale du prix : une prérogative bien obscure ! », *LEDC* 2016, p. 5.

¹⁷⁷ Civ. 3^e, 27 juin 1973, *Bull. Civ. III*, n° 446 : *RTD Civ.* 1973, p. 748, obs. F. CHABAS : « Attendu qu'en statuant de la sorte, sans rechercher si la promesse de bail acceptée contenait la stipulation d'un prix, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». Cette solution est une jurisprudence constante : Civ. 3^e, 8 oct. 1992, *Bull. civ. III*, n° 152 : les juges admettent la validité d'un bail même en l'absence de réitération par acte authentique puisque la promesse de bail vaut bail « lorsqu'il y a accord des parties sur la chose et le prix ».

¹⁷⁸ Pothier prend l'exemple du contrat de vente qui ne pourrait exister à défaut d'une chose à vendre. Le fait d'user d'une chose contre rémunération en plus du prêt de cet objet change le contrat de prêt en contrat de louage : POTHIER, *Traité des obligations*, Dalloz, rééd. 2011, p. 7.

¹⁷⁹ Les éléments naturels, contrairement aux éléments essentiels, peuvent être écartés de l'objet du contrat par la volonté des parties. Sur ces différentes distinctions, M. Jacques considère que les éléments essentiels d'une convention ne sont certes « pas laissés à la discrétion des contractants » mais sont déterminés indirectement par ces derniers puisque leur adoption est dictée par la réalisation d'une opération économique : th. préc., p. 416-439, spéc. p. 424.

¹⁸⁰ La clause de *fournir et faire valoir* est un élément accidentel puisqu'il n'est pas de la nature du contrat de vente d'une rente que le vendeur soit responsable de la solvabilité des débiteurs : POTHIER, *op. cit.*, p. 9.

¹⁸¹ F. TERRÉ, th. préc., p. 257.

Ces derniers seraient nécessaires¹⁸², mais suffisants, afin de reconnaître l'existence d'un contrat. Le contrat type qui représente une structure permet de valablement déterminer les suites contractuelles comme l'affirme M^{me} Rochfeld¹⁸³. En revanche, des hésitations sur l'existence d'un contrat sont permises lorsque les circonstances de la conclusion du contrat révèlent que les parties ont insisté sur certains éléments qui, par « nature », ne sont pas considérés comme essentiels à l'égard du contrat projeté. L'affirmation n'est pas seulement théorique ou anecdotique. La Cour de cassation refuse parfois de reconnaître l'existence d'un contrat alors que tous les éléments habituellement présents sont caractérisés. Malgré la présence des éléments considérés comme essentiels pour un contrat de société, à savoir la nature et le montant des apports, l'objet et la forme sociale, les juges ont relevé par le passé l'absence d'accord des parties sur certaines « garanties »¹⁸⁴, ce qui empêchait de qualifier à ce stade des négociations l'existence d'une promesse de société.

30. Synthèse sur la recherche des éléments essentiels à l'aune des circonstances. Les circonstances seraient propres à révéler l'existence d'un consensus sur les éléments essentiels du contrat, éléments qui découleraient naturellement du type de contrat en cause que le juge a préalablement qualifié. La majorité du contentieux se cristallise sur la caractérisation d'éléments qui ne sont pas considérés comme essentiels pour un type de contrat donné, mais qui le sont conformément à la volonté des contractants. Cette difficulté est inhérente au contentieux de l'existence du contrat. En privilégiant une lecture « subjective » de la volonté des parties, les juges doivent nécessairement envisager toutes les circonstances permettant de révéler fidèlement ce que les contractants attendaient de la conclusion du contrat. Loin de révéler le consensus sur les éléments essentiels, les circonstances sont encore utiles afin de vérifier si des éléments considérés normalement comme « accessoires » ont été « essentialisés » par la volonté des parties.

31. L'appréciation des circonstances révèle l'essentialisation d'éléments accessoires. Certains éléments, pourtant accessoires, seront déterminés comme essentiels, non plus par rapport à la nature du contrat envisagé, mais par rapport au contexte dans lequel celui-ci est formé¹⁸⁵. Le doyen Savatier prend l'exemple de la vente en affirmant que la chose et le prix

¹⁸² C'est ce qui est retenu le plus souvent par la doctrine qui reconnaît l'existence d'un noyau dur contractuel que les parties ne peuvent méconnaître, ce qui semble être défendu par la célèbre jurisprudence Chronopost qui admet l'existence de l'obligation essentielle. Certains arrêts rappellent qu'un élément essentiel ne peut faire l'objet d'une condition : Civ. 3^e, 22 oct. 2015, *RTD Civ.* 2016, p. 122, obs. H. BARBIER, *D.* 2015, p. 2478, note N. DISSAUX. Dans cet arrêt, la clause a été réputée non-écrite alors que la sanction naturelle serait l'inexistence. En ce sens : Y. BUFFELAN-LANORE, J.-D. PELLIER, « Condition », *in Rép. Dr. civ.*, Dalloz, 2020, n° 32.

¹⁸³ L'auteure distingue les contrats « typiques » des contrats « non-typiques » : J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 311. Même sens : Ph. JACQUES, th. préc., p. 456 : « dès que les parties se mettent d'accord sur un modèle contractuel, ce serait « l'intégralité de sa structure qui est activée » pour que l'accord atteigne sa fin conformément au droit.

¹⁸⁴ Com. 11 juill. 2000, *BJS* 2000, p. 1167, obs. B. SAINTOURENS.

¹⁸⁵ Cette possibilité d'essentialiser certains éléments particuliers se comprend. Chaque partie doit alors déterminer les besoins spécifiques de la conclusion du contrat projeté que « le droit objectif n'explique pas ». C'est dans ces termes que s'exprime Atias à propos du caractère essentiel d'une clause insérée dans un contrat de bail interdisant

posent « une présomption générale » d'existence du contrat. Il affirme par la suite que « les circonstances peuvent montrer que d'autres éléments, et, notamment, la date de livraison, ou la date de paiement, ont un caractère décisif, de sorte que l'interprétation de la volonté des parties conduit alors à ne réputer la vente conclue qu'une fois ce point réglé »¹⁸⁶. Les circonstances devraient alors révéler la volonté mutuelle, claire et sans-équivoque, d'ériger en élément essentiel un élément normalement accessoire¹⁸⁷. Certains dispositifs, dont celui de la loi « Pinel », ont expressément reconnu la possibilité d'insérer une clause dite « dispositif Pinel » permettant d'essentialiser un avantage fiscal dans le cadre d'un investissement locatif prévu par l'article 199 novovicies du Code général des impôts¹⁸⁸. Cette précision légale évite les errements de la recherche de cette volonté à la lumière des circonstances et assure une certaine protection aux acquéreurs. L'avantage fiscal est souvent présenté comme un élément important dans le domaine de l'investissement immobilier, sans que le caractère essentiel ne soit précisé expressément par le contrat. Certains promoteurs immobiliers peu scrupuleux jouent alors sur cet élément sans qu'il soit contractualisé, ce qui empêche les acquéreurs de remettre en cause la validité du contrat si l'opération fiscale ne se réalise pas. En outre, la problématique retrouve un gain d'intérêt depuis l'insertion de la caducité du contrat applicable en cas de disparition d'un élément essentiel comme le précise l'article 1186 du Code civil¹⁸⁹. La caducité est en effet subjectivement conçue puisqu'elle implique que le caractère décisif d'un élément « soit clairement exprimé » pour emporter la reconnaissance d'une caducité¹⁹⁰. Les contractants seront de plus en plus tentés « d'essentialiser des éléments contextuels » pour reconnaître la caducité du contrat¹⁹¹. Pour ce faire, la doctrine insiste sur la nécessité d'informer son co-contractant de l'importance accordée à cet élément « accessoire »¹⁹². En outre, l'appréciation des circonstances est parfois nécessaire, car aucun élément ne peut être considéré comme « normalement » présent pour certains contrats.

pour le locataire la réclamation d'indemnités en cas « d'augmentation, d'amélioration, et modernisation effectuées durant le bail » : obs. sous Civ. 3^e, 15 avr. 1989, *RDI* 1980, p. 462.

¹⁸⁶ R. SAVATIER, *La théorie des obligations*, Dalloz, 4^e éd., 1979, p. 147.

¹⁸⁷ *Supra* n° 31.

¹⁸⁸ Dispositif introduit par l'art. 5 de la loi n° 2014-1654 du 29 décembre 2014 de finances pour 2015, modifié par l'art. 168 de la loi n° 2020-1721 du 29 décembre 2020 de finances pour 2021.

¹⁸⁹ Sur cette problématique de la caducité conçue comme une alternative aux mécanismes de force majeure et d'imprévision en présence d'un changement de circonstances : *infra* n° 475.

¹⁹⁰ En ce sens : Ph. STOFFEL-MUNCK, « La caducité : observations en guise de synthèse », *RDC* 2023, p. 140.

¹⁹¹ D. HOUTCIEFF, « De quoi la caducité est-elle la sanction », *Gaz. Pal.* 2023, p. 4. Pour des exemples : Civ. 1^{ère}, 19 janv. 2022, n° 20-17.190, inédit : la disparition des relations intimes entre emprunteurs a été considérée comme un cas de caducité du contrat, les juges de la Cour de cassation se retranchant derrière l'appréciation souveraine des juges du fond. La persistance des relations intimes a été considérée comme la « cause » du contrat de prêt.

¹⁹² Sur cette idée : A. LAUDE, th. préc., p. 277 et s. : l'essentialisation doit être « incontestable ». Cette « relative exigence » quant à la caractérisation de cette volonté s'expliquerait par la dangerosité de l'appréciation qui pourrait aboutir à l'absence de reconnaissance du contrat. Lorsque l'intention des parties est impénétrable, le juge doit alors rechercher « les éléments que les parties ont intimement tenus pour essentiels » (p. 281). Dans le même sens : J. ROCHFELD, th. préc., spéc. n° 275. Admettre trop facilement que les éléments accessoires accèdent au rang d'éléments essentiels remettraient en cause ce que l'auteure nomme « la normalité représentée par la cause typique du contrat »

32. L'appréciation des circonstances est nécessaire pour les contrats innommés. Pour certains contrats complexes, les éléments essentiels ne sont pas décelables aisément. La seule lecture des échanges entre les parties se révèle insuffisante. Il est nécessaire d'identifier ce qu'elles désiraient en concluant l'accord¹⁹³. Afin de savoir si un élément peut être considéré comme essentiel, la question peut se formuler ainsi : en l'absence d'un tel élément, la finalité poursuivie par les parties en concluant le contrat pourrait-elle être atteinte ? En posant la problématique de cette manière, il s'avère que ce ne sont plus simplement des circonstances qui révèlent la volonté d'essentialiser certains éléments qui sont interprétées, mais des circonstances qui permettent de considérer, suivant la finalité de l'opération contractuelle, ce qui sera érigé comme élément essentiel. La distinction est subtile, mais élargit nécessairement l'appréciation des circonstances. Un auteur donne sur ce point une liste de circonstances particulières : les juges étudieraient alors « la profession respective des parties, la publicité qu'ils peuvent faire, mais aussi leur correspondance et, plus généralement, les échanges précontractuels, voire l'exécution de l'acte lorsqu'elle a commencé »¹⁹⁴. Ces circonstances ont donc deux natures distinctes : certaines sont relatives à la situation particulière des contractants et supposent un choix cohérent de ces derniers. D'autres éléments révèlent plus directement l'expression de la volonté propre des parties : alors que certains éléments, tels que les échanges précontractuels, peuvent éclairer expressément cette volonté, la profession des parties est un élément plus éloigné de la simple révélation de la commune intention. D'autres solutions par analogie peuvent montrer l'éloignement de la simple constatation de la volonté dans l'essentialisation des éléments du contrat.

33. État de la jurisprudence en matière d'essentialisation à la lumière des circonstances. La jurisprudence reconnaît aussi ce poids des circonstances dans l'essentialisation. Il est nécessaire que l'élément subordonné à la perfection d'une vente doive résulter « clairement, soit de l'acte lui-même, soit des circonstances, que telle a été la volonté des parties »¹⁹⁵. Les circonstances sont une alternative à l'acte lui-même dans la recherche de la volonté. Cette possibilité signifierait d'abord que la volonté contractuelle n'est pas obligatoirement contenue dans un écrit, un *instrumentum*, mais qu'elle pourrait éventuellement prendre d'autres formes. L'affirmation n'a au demeurant rien d'étonnant, la conclusion du contrat peut résulter d'un acte écrit ou d'une autre forme de manifestation de volonté qui sera tout autant efficace juridiquement¹⁹⁶. C'est en poursuivant la lecture de la décision que les

¹⁹³ Les juges du fond sont extrêmement pointilleux dans la révélation de l'accord de volontés pour ce genre de contrats. Concernant un contrat d'exclusivité : Com. 20 nov. 2019, n° 17-26.541, inédit : une société de fabrication et de commercialisation d'électroménagers conteste l'existence d'un contrat d'exclusivité qui la lierait avec une société produisant une cellule servant à l'électrolyse d'eau salée intégrable aux lave-linge et lave-vaisselle après la constatation de fuites et de corrosion en raison de l'installation du produit. La Cour d'appel a relevé la durée d'un an des négociations, l'objet de l'accord d'exclusivité, le lieu et la date de signature. En outre, les juges caractérisent un commencement d'exécution du contrat pour refuser son inexistence.

¹⁹⁴ Ph. JACQUES, th. préc., p. 437.

¹⁹⁵ Req. 20 janv. 1941, *D.* 1942, p. 155, obs. L. MAGUET.

¹⁹⁶ Pierre Godé distingue les manifestations tacites directes, indirectes et le silence. Il admet que les manifestations indirectes de volonté comportent une relation moins évidente entre l'action et la volonté de faire. Il énonce ainsi,

magistrats nous offrent l'enseignement des conséquences attachées à la présence de ces circonstances. Ils affirment qu'en l'état des constatations des faits d'espèce, aucun « *élément de fait qui aurait pu, en la cause, être de nature à permettre la recherche de cette volonté* »¹⁹⁷ n'a été constaté. Les circonstances seraient donc les indices qui autorisent à rechercher la teneur d'une volonté d'ériger certains éléments en condition essentielle de leur formation. D'autres arrêts se sont prononcés en des termes quasi identiques, à propos d'une vente d'immeubles entre deux sociétés¹⁹⁸. Finalement, quand la volonté ne se manifeste pas clairement¹⁹⁹, les circonstances sont susceptibles d'indiquer le contenu de cette volonté. Le juge aurait donc la possibilité, conformément aux circonstances présentes, de déterminer ce qui pour lui est ou non une volonté aux effets créateurs de droit. La formulation n'est pas sans rappeler les méthodes d'interprétation d'un contrat dont le sens serait obscur²⁰⁰.

34. Les circonstances sont des faits qui autorisent la recherche de la commune intention des parties de conditionner la formation du contrat à des éléments considérés comme essentiels. En raison de la faveur pour la thèse « subjective » de la volonté, le juge doit parfois s'aider des circonstances afin de concrétiser la teneur de la volonté contractuelle. En réalité, « *tout comportement peut avoir valeur déclarative soit en raison de la conception générale des affaires, soit en raison de circonstances de l'espèce* »²⁰¹. *A contrario*, une déclaration de volonté orale est normalement considérée comme une volonté claire, mais

à propos des manifestations indirectes, que « généralement, elles ont été considérées comme ne posant aucun problème, sous prétexte que, résultant d'actes positifs, elles ne découlaient pas du silence ; le juge, a-t-on dit, dispose dès lors d'un pouvoir souverain d'appréciation pour déterminer, cas par cas, s'il existe une volonté » : P. GODÉ, th. préc., p. 52.

¹⁹⁷ Req. 20 janv. 1941, *op. cit.*

¹⁹⁸ « L'énonciation dans un acte de vente sous seing privé, portant accord du vendeur sur la chose et le prix, qu'un acte notarié sera ultérieurement dressé, n'a pour effet de subordonner la formation et l'efficacité du contrat à l'accomplissement de cette formalité que s'il résulte clairement, soit des termes de la convention, soit des circonstances, que telle a été la volonté des parties » : Req. 4 mai 1936, D.H 1936.313. Dans le même sens : Civ. 3^e, 14 janv. 1987, D. 1988, p. 80, obs. J. SCHMIDT : « A légalement justifié son arrêt, au regard des art. 1134 et 1598 C. civ., la cour d'appel qui, pour déclarer valable un accord, retient souverainement que les parties à l'acte s'étaient entendues sur la chose et sur le prix et que si elles ont prévu l'entérinement de l'acte par un notaire, il ne résulte ni des dispositions de cet acte (promesse de vente de biens immobiliers et mobiliers), ni des circonstances de la cause qu'elles aient voulu faire de cette modalité accessoire un élément constitutif de leur consentement ».

¹⁹⁹ Sur les hésitations du contenu d'une volonté « expresse » ou « tacite » : A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, préf. P. Roger, LGDJ, 1961, p. 40 et s. : toute déclaration exige « un acte et une intention ». Elle sera dite expresse « lorsque l'acte implique directement l'existence de l'intention ; elle sera au contraire dite tacite lorsqu'un certain acte ou comportement implique indirectement l'existence de la volonté » p. 41. Dans le même sens : J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation (...)*, *op. cit.*, p. 638 : « est expresse la manifestation qui résulte d'un acte que son auteur a spécialement accompli en vue de faire connaître sa volonté, dont le sens ne requiert pas à ce sujet une interprétation particulière ». D'autres auteurs semblent considérer que la manifestation expresse de volonté est nécessairement abritée dans un écrit alors que la manifestation tacite est appliquée aux autres modes d'expression telle la parole, le comportement, fondant alors la distinction entre expresse et tacite par un critère formel et non d'intelligibilité : B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, LITEC, 6^e éd., 1998, p. 58-59.

²⁰⁰ Un auteur remarque que l'interprétation se fait de plus en plus de manière contextuelle. Cette évolution doit s'entendre comme « le déplacement de la volonté réelle vers l'approche globale » : C. DESCAUDIN, *Étude comparative du rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, préf. E. Pataut, Defrénois, t. 63, 2019, spéc. p. 178-185.

²⁰¹ A. RIEG, th. préc., p. 39.

certaines circonstances particulières, comme le handicap du destinataire²⁰², pourraient remettre en cause la limpidité de cette déclaration. C'est au juge alors de déterminer si les circonstances particulières inhérentes au contractant peuvent rendre inefficace la déclaration faite par le pollicitant.

35. L'appréciation des circonstances pourrait aller au-delà de la stricte recherche de la volonté des parties. Les circonstances du contrat seraient des éléments de fait propres aux parties ou au contexte formant un cadre de référence indispensable à l'appréciation de la portée d'un comportement ou d'une déclaration²⁰³. Cette appréciation est dévolue aux juges du fond, car elle appartient au domaine du fait. Néanmoins, les juges ne se contentent pas d'apprécier des circonstances qui révèlent strictement la teneur de la volonté. Dans cet esprit, Aubert, à propos des théories de la réception et de l'émission dans les contrats conclus par correspondance, admet qu'elles seraient toutes deux inopérantes pour éclairer fidèlement les solutions jurisprudentielles sur la date de conclusion du contrat. L'auteur évoque l'utilisation de théories de « pseudo-technicité » pour rendre compte de l'attachement des magistrats au phénomène de rencontre des volontés. Pour l'auteur en réalité, « il ne saurait être question de réception ou d'émission, notions théoriques, *mais seulement d'appréciation souveraine des circonstances de fait, pouvant conduire au choix du domicile du contractant le plus faible* »²⁰⁴. L'article 1121 du Code civil privilégie aujourd'hui la théorie de la réception²⁰⁵. Toutefois, ces précisions doctrinales montrent que le juge est sensible à la préservation de l'intérêt de certains contractants au regard de circonstances particulières, même dans les contentieux de formation du contrat qui semblent éloignés de ce genre de considérations. En est-il de même pour la recherche des circonstances dans l'intention d'essentialiser certains éléments pourtant accessoires ? Est-ce que la constatation de ces circonstances se cantonne à la recherche de la volonté intime des contrats ou d'autres considérations plus éloignées dictent la conviction du juge ? Il apparaît qu'à la lumière de certaines jurisprudences, les juges ne se contentent pas de relever les circonstances qui seraient l'émanation de la volonté des parties, mais prennent des

²⁰² F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, de l'utilité du concept de déclaration de volonté*, LGDJ, 2004, p. 118-119 : l'auteur compare l'efficacité de la réception de déclaration entre le droit allemand et le droit français, le droit allemand préférant une conception « abstraite », faisant fi des particularités du destinataire ou de ses difficultés à comprendre la réception de l'offre. L'auteur considère qu'il est inopportun de transposer les solutions de droit allemand qui ne permettraient pas de protéger « les intérêts légitimes des parties en présence ». Il prend l'exemple des personnes handicapées, selon lui, les juges devront alors analyser « toutes les circonstances de l'espèce » afin de déterminer « l'efficacité et le moment de la réception d'une déclaration » (p. 119).

²⁰³ G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. C. Witz, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 412, 1997, p. 81 : « le juge présume l'intentionnalité juridique de la volonté, mais sous réserve de la preuve contraire. Le comportement du sujet n'est que l'indice de sa volonté. Celle-ci n'est intelligible pour autrui qu'en raison des circonstances, car elle n'est pas communiquée au moyen d'un langage établi. La mission du juge est ici de rechercher la réalité de la volonté ».

²⁰⁴ J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, préf. J. Flour, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 109, 1970, p. 390 (nous soulignons) : ces théories permettent de légitimer des solutions dont la justification risquerait parfois « d'être gênante ».

²⁰⁵ « Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue ». La Cour de cassation fait le choix de cette théorie pour les contrats conclus antérieurement à la réforme : Civ. 1^{ère}, 6 janv. 2021, n°19-21.071, *RTD Civ.* 2021, p. 402, obs. H. BARBIER.

éléments qui s'éloignent de la révélation du consentement mutuel afin de protéger l'intérêt particulier d'une partie au contrat.

Paragraphe 2. L'appréciation des circonstances particulières : le souci de protection d'un intérêt particulier

36. Plan. L'analyse factuelle de la relation contractuelle est donc indispensable afin de révéler l'existence du contrat. Les juges exigent que l'essentialisation ressorte clairement de l'acte ou des circonstances. En s'arrêtant à cette formule, on devrait comprendre qu'à côté d'un acte, et donc d'un écrit, le comportement ou la parole d'un contractant peut tout autant être explicite et révéler cette volonté d'essentialisation. Certaines décisions vont pourtant plus loin qu'une simple recherche de la volonté contractuelle. Les circonstances ne sont plus seulement les indices du consentement, mais elles orientent le pouvoir judiciaire dans la protection de certains contractants. Il est nécessaire d'abord d'essayer d'évacuer rapidement certaines décisions qui ne relèvent pas de ce phénomène (A) afin de se concentrer plus particulièrement sur les jurisprudences qui révèlent un souci de protection du contractant à travers l'essentialisation de certains éléments pourtant accessoires (B).

A. L'essentialisation en raison de la nature du contrat

37. L'essentialisation d'éléments provient parfois de la nature du contrat et non des circonstances particulières. Des décisions se sont explicitement écartées de la simple constatation de la volonté des parties pour considérer que certains éléments devenaient essentiels par rapport à la nature du contrat. La Cour de cassation a sanctionné par le passé une décision qui avait admis l'existence d'une vente parfaite entre les parties alors que le contrat devait « nécessairement porter sur les modalités de paiement, aussi essentielles que le prix lui-même et qui font corps avec lui »²⁰⁶. Les modalités de paiement sont donc considérées souvent comme un élément « essentiel par destination »²⁰⁷. La jurisprudence est en réalité fluctuante sur la question et on ne saurait en tirer une constatation générale²⁰⁸. L'exemple a tout de même le mérite de montrer que les magistrats s'éloignent de la preuve de la volonté contractuelle dans

²⁰⁶ Civ. 1^{ère}, 19 fév. 1958, *Bull. civ. I*, n° 108, p. 84, citée par A. LAUDE, th. préc., p. 267.

²⁰⁷ A. LAUDE, th. préc., p. 268.

²⁰⁸ Une orientation nette de ce contentieux est difficilement envisageable. Par ex. : Civ. 3^e, 8 janv. 1992, *D.* 1993, p. 220, obs. F. LUCET : un contrat de vente d'un immeuble ne peut se réaliser faute de consentement de l'autre partie sur le prix alors que le litige portait sur les modalités de versement (sous forme de rente viagère, modalité refusée par l'épouse du vendeur sur un bien commun). Cette solution laisserait croire que les juges font des modalités de paiement un élément indissociable du prix. *Contra* : Civ. 3^e, 7 juin 2018, n° 17-17.779 : les juges constatent l'existence du contrat malgré l'impossibilité pour les parties d'en respecter les modalités de paiement. Même sens : Civ. 3^e, 30 janv. 2020, n° 19-14.360, inédit : une société agent immobilier à l'occasion d'une vente s'est vue refuser le paiement d'une clause pénale par les juges pour ne pas avoir considéré la vente comme parfaite. À côté de la chose et du prix, certaines modalités restaient à définir tel que le contenu de l'obtention d'un prêt, prêt inséré comme condition à l'acte de vente. Les juges du fond ont simplement relevé que certaines modalités étaient soumises à l'accord des vendeurs, sans recourir à la démonstration de « l'essentialisation » de ces dernières.

l'essentialisation. C'est alors *in abstracto*, sans égard aux circonstances particulières du contrat, que certains éléments seraient appréciés comme des éléments essentiels du contrat.

38. Précision temporelle sur les circonstances particulières à prendre en compte.

L'appréciation du consentement sur les éléments essentiels doit se faire à l'aune des circonstances contemporaines à la formation du contrat. L'évolution des circonstances particulières n'est normalement pas prise en considération par les juges pour affirmer qu'un élément est essentiel. La solution est compréhensible. La problématique concerne la formation du contrat. Mais une subtilité est à noter sur ce point. L'hypothèse d'une évolution des circonstances ne se confond pas avec l'analyse de circonstances postérieures à la conclusion du contrat permettant d'éclairer la volonté des parties. La caractérisation de ces circonstances, telles que les échanges ou le comportement ultérieur des contractants, peut révéler le consentement lors de la formation²⁰⁹. Il n'est pas ici question d'un changement de circonstances, ou d'une évolution de ces circonstances, mais seulement d'une projection de certains éléments confirmant ou orientant le sens d'une volonté²¹⁰. Les principes UNIDROIT font aussi référence aux circonstances pertinentes dans un article 4.3 en prenant en compte à côté des « négociations préliminaires » et des « pratiques établies entre les parties », le « comportement des parties postérieur à la conclusion du contrat ».

B. Les circonstances particulières sont utilisées dans le but de favoriser un intérêt particulier sous couvert de l'appréciation de la volonté

39. Plan. Plusieurs contrats nommés sont sensibles à la protection de l'intérêt d'une partie au contrat. Le droit du travail (a) ainsi que le droit de la consommation (b) sont construits dans le souci de protéger salarié et consommateur considérés comme parties « faibles ». La problématique de l'existence du contrat appartient au droit commun des contrats. Le législateur ne fait aucune distinction concernant cette question sur la manière d'apprécier les éléments essentiels dans l'existence de ces contrats particuliers. Pourtant, certaines décisions montrent que le juge est sensible à certaines circonstances particulières qui révèlent et impliquent ponctuellement un besoin de protection du contractant salarié ou consommateur. Ainsi, sans que la présomption d'inégalité ne soit intégrée « structurellement » au sein des dispositifs applicables, le juge, par son pouvoir d'appréciation de la volonté des parties et sous couvert de

²⁰⁹ En matière de régime matrimonial par exemple, la Cour de cassation a pu considérer que les circonstances postérieures au mariage peuvent être révélatrices de « l'intention des époux » : Civ. 1^{ère}, 13 déc. 1994, *Bull. civ. I*, n° 252, p. 166. L'agrément d'un bailleur lors de la cession d'un bail à ferme est susceptible d'être révélé grâce à des circonstances et au comportement du propriétaire, même postérieurs à la cession : Civ. 3^e, 30 oct. 2002, n° 01-12.466, inédit. Cependant, un arrêt Com. 18 sept. 2012, n° 11-19.875, inédit a considéré qu'une Cour d'appel a apprécié le consentement d'une société « au regard de circonstances exclusivement postérieures à la conclusion du contrat ». Prise *a contrario*, la décision affirmerait que la seule révélation d'éléments postérieurs serait insuffisante afin de déterminer la volonté.

²¹⁰ Le législateur n'en ferait pas état alors que la pratique s'en sert largement. Sur cette constatation : B. FAGES, *Le comportement du contractant*, préf. J. Mestre, PUAM, 1997, p. 82-85.

cette dernière, va parfois reconnaître, au soutien des circonstances relatives à la personnalité du contractant ou à son contexte personnel, l'existence ou l'inexistence du contrat conformément à ce que recommande la protection de l'intérêt du contractant. Parfois, ce phénomène se rencontre dans des contrats éloignés de ces droits protecteurs (c). La démarche est originale. Elle agit à contre-courant de la démarche judiciaire normalement admise. Au lieu de vérifier, à la lumière des circonstances, le sens de la volonté, les juges étudient, toujours à l'aide d'un raisonnement circonstanciel, la solution la meilleure afin de ne pas contrarier trop profondément l'intérêt d'une partie.

a. Influence des circonstances sur les éléments essentiels en droit du travail

40. Les circonstances utiles à la qualification des éléments essentiels du contrat de travail. Les exemples les plus topiques s'éloignant de la caractérisation de la volonté de contracter sont certainement ceux en droit du travail²¹¹. La jurisprudence a été balbutiante sur la précision des éléments essentiels. Par le passé, la chambre sociale considérait que « l'emploi proposé » et « la date d'entrée en fonction » valaient éléments essentiels²¹². Plus récemment, les juges ont précisé que la rémunération doit se retrouver au rang de ces derniers²¹³. En dehors de ces précisions, les horaires de travail, le lieu de travail, ou plus largement l'organisation du travail ne sont pas considérés comme des éléments essentiels en ces seules qualités. Néanmoins, des éléments, pourtant accessoires, sont susceptibles d'être essentialisés si les parties s'accordent sur ce caractère indispensable²¹⁴. Tout l'enjeu est de savoir si la mention d'un élément non-essentiel par nature l'est seulement à titre indicatif, ou si les parties en ont fait un élément essentiel de leur accord. Bien souvent, l'acte ne précise pas expressément si, par exemple, la mention du lieu de travail doit être considérée comme élément essentiel. Ce sera au juge de déterminer, à l'aune de la volonté des parties et aux circonstances, si l'élément en question a fait l'objet d'un consensus.

41. L'influence des circonstances relatives à la situation personnelle du salarié. Les magistrats déploient une attention particulière aux circonstances personnelles et familiales du salarié. Ces derniers sont plus enclins à qualifier certains éléments comme essentiels lorsque le salarié a conclu son contrat de travail à l'aune de circonstances particulières de sa situation personnelle. Les horaires de travail d'un chauffeur de taxi ont été érigés comme condition

²¹¹ La formation du contrat ne fait pas l'objet d'un régime particulier dans le contrat de travail. L'art. L. 1221-1 C. trav. dispose que « le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter ».

²¹² Soc. 15 déc. 2010, Bull. civ. V, n° 296.

²¹³ Soc. 21 sept. 2017, n° 16-20.103, n° 16-20.104.

²¹⁴ M. MORAND, *La modification du contrat de travail*, éd. Liaisons, 1992, p. 64-65 : trois catégories sont distinguées par l'auteur. Les éléments essentiels par nature sans lesquels le contrat n'existerait pas, les éléments « accessoires au contrat qui appartiennent à son environnement social et qui peuvent être essentiels en raison de l'ampleur du bouleversement apporté aux conditions initiales du contrat de travail » et des éléments qui deviennent essentiels « par la volonté des parties au contrat, en raison de clauses contractuelles ou conventionnelles expresses ».

essentielle de son contrat, les juges relevant qu'ils avaient été acceptés, car compatibles avec « certaines de ses obligations familiales »²¹⁵. Les juges n'envisagent pas la question de la connaissance et de l'acceptation par l'employeur de l'importance de ces horaires pour le salarié, condition normalement indispensable à la reconnaissance d'un élément essentiel²¹⁶. Quand bien même le droit du travail est considéré comme un droit protecteur, les conditions de formation du contrat de travail restent soumises au droit commun des contrats²¹⁷. De ce fait, les circonstances ne devraient servir qu'à caractériser le consentement mutuel sur les éléments essentiels. La jurisprudence dément pourtant cette affirmation. Cette décision met bien en évidence que l'appréhension des circonstances comme indices du consentement mutuel sur les éléments essentiels est insuffisante à comprendre certaines décisions. Les circonstances retenues par la chambre sociale montrent la nécessité d'ériger les horaires de travail comme élément essentiel afin de protéger la situation privée du salarié. Les circonstances personnelles du contractant retentissent directement sur la contractualisation du contenu du contrat, là où elles ne devraient servir qu'à caractériser le consentement mutuel. L'appréciation des circonstances participe à l'essentialisation des éléments contractuels. On est loin d'une interprétation timorée de la volonté !

42. Les juges s'éloignent volontairement de l'accord de l'employeur sur l'essentialisation des horaires de travail. Dans cette même décision, le moyen unique de l'employeur n'était pas inintéressant afin de faire valoir le caractère accessoire des horaires. Il précisait notamment que, faute pour le salarié de l'avoir informé de ce caractère indispensable, ces éléments restaient seulement des « mobiles personnels qui ont incité » le contractant à conclure et qui de ce fait, n'ont « aucune influence sur l'existence d'une convention »²¹⁸. Dans cette solution, la Cour de cassation ne répond pas clairement à cette question, même si certains des éléments relevés par la Cour d'appel pouvaient suggérer la connaissance de l'importance des horaires de jour par l'employeur. Les juges précisent que, lorsque le service « à plaques jaunes » bousculant les horaires de travail avait été mis en place, le salarié n'avait pas été inclus dans cette nouvelle organisation, ce qui démontrait la connaissance par l'employeur de l'importance de ces horaires. Cependant, la Cour de cassation balaie la caractérisation de cette

²¹⁵ Soc. 22 mai 1975, *Bull. Civ. V*, n° 264, p. 232.

²¹⁶ *Infra* n° 31.

²¹⁷ En témoigne la décision Soc. 21 sept. 2017, *RTD Civ.* 2017, p. 837, obs. H. BARBIER, *D.* 2018, p. 371, obs. M. MEKKI, *D.* 2017, p. 2007, *Cah. Soc.* 2017, p. 527, obs. J. ICARD. Même sens : Soc. 23 sept. 2020, n° 18-22.188, inédit. Il est certain que le contrat de travail possède sa part d'originalité. L'articulation de la notion de contrat avec celle de pouvoir de l'employeur a été construite au fur et à mesure des législations, renversant le postulat du contrat comme commun accord entre les parties : G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, 36^e éd., 2023, n°668-669 : le droit du travail était imprégné au départ de la théorie dite « institutionnelle » qui consacrait le pouvoir de l'employeur en dehors de la sphère du contrat pour en faire le seul capable d'apprécier la défense de l'intérêt de l'entreprise. Par la suite, c'est la théorie contractuelle du pouvoir qui a été privilégiée, ramenant la légitimité de l'action de l'employeur dans la sphère contractuelle. Même sens : P. ADAM, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, préf. C. Marraud, LGDJ, bibl. dr. soc., t. 39, 2005, p. 137 : le contrat est « resté à la base des relations de travail » mais que son régime tente d'établir une égalité « concrète » entre les parties.

²¹⁸ Soc. 22 mai 1975, *op. cit.*

acceptation en affirmant que « l'institution imprévue d'un nouveau service » cinq ans après la conclusion de son contrat de travail, modifiant son horaire de travail, était un « élément essentiel *pour lui* ». Bien que l'élément essentiel revête une importance pratique pour une seule partie, son importance doit être connue et acceptée de l'autre contractant.

Si les juges du fond souhaitaient respecter scrupuleusement le consentement mutuel des contractants, ils n'auraient pas dû qualifier l'élément comme essentiel pour l'une des parties, mais affirmer au contraire que l'horaire de travail était un élément essentiel du contrat. *Cette décision démontre que le juge est parfois tenté de s'éloigner des conditions normalement requises pour parvenir à la reconnaissance de l'essentialisation d'éléments accessoires dans le but d'envisager des circonstances particulières aux contractants afin de promouvoir l'intérêt d'un contractant sous couvert de l'interprétation de la volonté contractuelle.*

43. L'influence courante des circonstances personnelles à la situation du salarié dans la reconnaissance de l'essentialisation d'éléments accessoires. D'autres arrêts se sont prononcés dans le même sens. Une décision de la chambre sociale a admis, au visa de l'ancien article 1134 du Code civil, que les horaires de travail d'une salariée travaillant 45 heures par semaine étaient un élément essentiel du contrat de travail « *pour elle en raison de l'âge de son enfant* »²¹⁹. Il est encore difficile d'expliquer la solution en raison du respect du consentement mutuel des parties. Il est même étrange d'invoquer l'ancien article 1134 du Code civil alors que rien dans le contrat de la salariée ne précisait l'importance de l'organisation de son temps de travail au regard de sa situation familiale. Un auteur propose une justification à cette faveur jurisprudentielle à l'égard du salarié. Il précise que « si la modification d'un élément du contrat a pour effet d'aggraver le cadre de vie et les conditions générales de travail par rapport à celles existantes lors de l'embauche et, dans un contexte similaire, l'élément modifié pourra être tenu comme substantiel »²²⁰. Au soutien de son analyse, l'auteur a recours à l'ancien article 1135 du Code civil sur l'équité, argument qui a le mérite de montrer que l'appréciation de l'essentialisation dépasse la recherche de la volonté²²¹.

44. Enseignement de la jurisprudence de la chambre sociale quant à l'influence des circonstances particulières sur l'essentialisation. L'appréciation de la volonté contractuelle doit normalement se cantonner à la question de savoir si l'élément considéré habituellement comme accessoire a été connu et accepté par les contractants. Des décisions de la chambre sociale ont montré pourtant que l'appréciation de la volonté d'essentialisation est réalisée afin de protéger l'intérêt du salarié. En somme, le juge va parfois apprécier, au regard de certaines circonstances particulières à la relation contractuelle, les conséquences de l'essentialisation sur le contractant. En reprenant l'exemple du droit du travail, l'explication de cette essentialisation

²¹⁹ Soc. 3 juin 1964, *Bull. civ.* IV, n° 476 (nous soulignons) : la salariée qui avait bénéficié d'un contrat de travail aux horaires aménagés en raison de l'âge de son jeune enfant ne peut se rendre coupable d'un refus de modification de ses horaires, ce refus donnant suite à une rupture du contrat est nécessairement imputable à l'employeur.

²²⁰ M. MORAND, th. préc., p. 71.

²²¹ Devenu l'art. 1194 C. civ.

pourrait être offerte en parallèle par les règles gouvernant la modification de la relation contractuelle. En effet, la reconnaissance d'un élément essentiel influence la qualification de la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur. Si l'élément est accessoire, alors le salarié qui n'accepterait pas la modification des conditions de travail proposées par l'employeur se rend coupable d'une inexécution contractuelle²²². Il relève en effet du pouvoir de direction de l'employeur de modifier les conditions de travail de son salarié²²³. *A contrario*, dans l'hypothèse d'une modification d'un élément qualifié d'essentiel, l'employeur ne peut licencier légitimement un salarié qui refuserait d'accepter cette modification. Ce faisant, la reconnaissance d'un élément essentiel du contrat n'est pas seulement dictée par la caractérisation d'un consentement mutuel. Sous couvert de l'interprétation de la volonté, le juge cherche à protéger l'intérêt d'un contractant si les circonstances particulières le justifient.

45. Influence des circonstances particulières et protection du salarié. Ce serait à la lumière d'une protection inavouée, mais dictée par la défense de la partie dite « faible » du contrat que le juge, en considération de circonstances particulières à l'individu-salarié, décide d'essentialiser un élément. Cette protection particulière accordée au contractant au regard de ses circonstances personnelles s'explique en partie par les difficultés de distinguer la dimension personnelle de la dimension professionnelle du contrat de travail. Le droit salarial a tendance à les mêler²²⁴. Subséquemment, les circonstances de la vie personnelle du salarié ont tendance à influencer la formation ainsi que l'exécution du contrat²²⁵. Un auteur remarque que le législateur à partir de 1945 a imposé à l'employeur d'analyser les données personnelles des individus lors, par exemple, de procédures de licenciements²²⁶. Cette influence de l'individu-salarié contraste avec « l'abstraction » contractuelle où ce même individu tend à s'effacer au profit d'une entité homogène qu'est normalement le contractant²²⁷.

46. Limites à l'influence des circonstances particulières sur l'essentialisation. L'influence de circonstances personnelles au contractant pourrait être la source d'une grande insécurité juridique. En effet, en ne reposant pas exclusivement sur l'accord des contractants, les circonstances à l'origine de l'essentialisation deviennent moins prévisibles. Cependant, cette influence n'est pas sans limites. Il est évident d'abord qu'un élément ne peut être considéré comme essentiel lorsque les parties ont, dès la conclusion de leur accord, insisté sur le caractère

²²² A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ, 10^e éd., 2016, p. 486-487.

²²³ J.-E. RAY, « Changements d'horaires, à propos de quelques arrêts récents », *Dr. soc.* 2001, p. 7.

²²⁴ Sur l'idée d'une confusion de la sphère privée et salariale : P. ADAM, th. préc., p. 170 et s. : l'individualisation ne peut qu'être « embryonnaire », la loi ayant vocation à être générale (p. 178). Cette appréciation singulière revient naturellement au pouvoir judiciaire (p. 180).

²²⁵ Sur l'influence croissante des circonstances du salarié sur l'exécution du contrat de travail sur le fondement du respect de la bonne foi par l'employeur : *infra* n° 330

²²⁶ P. ADAM, *Ibid.* p. 182 : il affirme que l'influence des données personnelles « modelait ainsi une certaine image du salarié-individu ».

²²⁷ P. ADAM, *Ibid.* p. 184 : pour l'auteur, la notion de « capacité professionnelle » envisage les données personnelles du salarié, ce que ne permet pas la notion de qualification qui « au sens juridique marque donc l'effacement de l'individu concret – ce qu'il est – derrière le voile contractuel – ce qu'il promet ».

accessoire de ce dernier, soit en l'avouant expressément dans le contrat, soit en insérant des clauses incompatibles avec ce caractère essentiel. La Cour de cassation le rappelle souvent. L'insertion d'une clause de mobilité fait obstacle à cette qualification, le refus de la part du salarié de nouvelles affectations « sans justification légitime » peut être qualifié de faute grave²²⁸, sous réserve du respect des conditions de validité de la clause de mobilité²²⁹. La justification dite « légitime » démontre *a contrario* que ce refus peut être justifié, ici aussi, par des circonstances démontrant les conséquences excessives de la décision sur la situation personnelle du salarié. Ensuite, la simple mention de certains éléments dans le contrat de travail n'emporte pas automatiquement la reconnaissance du caractère « essentiel ». Par exemple, le lieu de travail n'est pas considéré comme un élément essentiel si rien n'est précisé en ce sens. La simple mention du lieu ne peut emporter, normalement, la qualification d'élément essentiel. Cependant, et afin de ne pas s'exposer à l'appréciation judiciaire parfois imprévisible, l'insertion d'une clause de mobilité peut sécuriser les relations de travail²³⁰. C'est parfois la convention collective qui prévoit expressément les directives applicables à un secteur particulier, sans que les circonstances personnelles du salarié ne puissent y changer quelque chose. La Cour de cassation a par exemple reproché aux juges du fond d'avoir considéré le lieu de travail comme un élément essentiel en raison de la proximité du domicile familial, sans avoir vérifié si une convention collective régionale du bâtiment ne prévoyait de possibles mutations²³¹. La Cour de cassation admet que la nature de la fonction occupée par le salarié peut rendre incohérente la prétention du salarié à considérer un élément comme essentiel, même si ce dernier évoque des circonstances particulières à sa situation²³².

b. L'influence des circonstances sur l'appréciation des éléments essentiels d'un contrat de consommation

47. L'influence des circonstances sur la détermination des éléments essentiels d'un contrat de voyage. L'appréciation des circonstances dans la détermination des éléments essentiels d'un contrat de voyage devrait, en principe, avoir un intérêt limité. Le contrat de voyage est un contrat nommé dont les éléments essentiels se retrouvent de la même façon pour ce genre de prestations. Le fait de ramener un client au point de départ de son séjour est considéré

²²⁸ Soc. 12 janv. 2016, n° 14-23.290, Publié au Bulletin, *Cah. Soc.* 2016, p. 80, obs. J. ICARD. La faute grave est ici caractérisée par le refus obstiné et réitéré du salarié. Le seul refus de l'application de la clause de mobilité ne constitue pas une faute grave. Par ex. : Soc. 23 janv. 2008, *Bull. civ. V*, n° 19.

²²⁹ Ici aussi, la protection de l'environnement personnel du salarié peut influencer le contrôle de l'application des clauses de mobilité : c'est en ce sens qu'un arrêt Soc. 14 oct. 2008, n°07-40.523 a reproché aux juges du fond de ne pas avoir vérifié si l'obligation faite à un salarié de résider pour trois mois dans la région parisienne alors qu'il était domicilié à Marseille ne portait pas atteinte au respect de sa « vie personnelle et familiale ». L'appréciation de la légitimité de la mesure se fait de plus en plus par le contrôle de proportionnalité. En effet, l'appréciation du contrôle de proportionnalité *in concreto* par les juridictions européennes impliquent de plus en plus régulièrement l'appréciation des circonstances du contrat : *infra* n° 261 et s.

²³⁰ G. LOISEAU, « Un vent de liberté souffle sur la clause de mobilité », *RDC* 2015, p. 121, note sous Soc. 5 nov. 2014.

²³¹ Soc. 8 oct. 1987, *Bull. civ. V*, n°542, p. 345.

²³² Soc. 8 juill. 1985, inédit, *Rev. lamy dr. soc.* 1991, n° 359, p. 166.

par les juges comme un élément essentiel du contrat²³³, comme la date du voyage à forfait²³⁴. En revanche, rien n'empêche les parties de convenir qu'un élément particulier est essentiel pour les voyageurs toujours selon le même principe de liberté contractuelle. En cas de contestation, le juge pourra alors rechercher le consentement des parties à la lumière du contrat et des circonstances.

L'intérêt de la qualification d'élément essentiel dépasse bien souvent la question de la reconnaissance de l'existence d'un contrat. En effet, l'article L. 211-13 alinéa 5 du Code du tourisme prévoit que la survenance d'un événement extérieur avant le départ du voyageur et rendant impossible le respect d'un élément essentiel du contrat doit faire l'objet d'une information spécifique, le voyageur pouvant faire le choix de résoudre le contrat sans frais, soit d'accepter la modification proposée par le voyageur. Pour des raisons qui dépassent là aussi la stricte appréciation de la volonté, les juges admettent parfois l'importance d'un point particulier alors qu'il n'avait fait l'objet, vraisemblablement, d'aucun consentement mutuel. Un auteur admet sur ce point que la détermination de l'élément essentiel répond de la volonté des parties et doit être défini en la respectant. Il précise néanmoins que les juges érigent des éléments essentiels si « l'acheteur parvient à faire la preuve qu'ils ont été déterminants pour lui », recherche qu'il nomme « appréciation *in concreto* »²³⁵.

48. Illustration de l'influence des circonstances sur la reconnaissance des éléments essentiels d'un contrat de voyage. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 2 octobre 2013 a ainsi reconnu que les visites de sites touristiques particuliers qui pour l'une a été supprimée, pour l'autre modifiée, doivent être analysées comme des éléments essentiels du contrat, suppression ou modification qui autorisaient les voyageurs à le résilier en toute licéité²³⁶. Or, le caractère essentiel d'une visite d'un site touristique peu connu et d'une durée de moins de deux heures n'est pas considéré comme un élément essentiel du contrat de voyage. La société qui fut condamnée soulignait encore que la ville dont la visite était prévue s'était fait raser par la communauté birmane en 1797. Elle représentait de ce fait peu d'intérêt touristique pour la majorité des voyageurs séjournant aux alentours. En revanche, les parties ont tout loisir pour en faire un élément essentiel. C'est là que la décision trouve son originalité : la recherche des circonstances n'a pas été faite dans le but de révéler le consentement mutuel des parties sur ce point litigieux. Les moyens de l'agence de voyage constatent sur ce point que, lors des discussions précédant la formation du contrat, les clients avaient manqué de l'informer « de l'importance prétendument capitale que revêtait pour eux la visite de la ville d'Ayuthalaya, ni moins encore que cette visite aurait été mentionnée comme essentielle dans quelque document contractuel que ce soit ». En revanche, les juges de proximité ont relevé que cette prestation

²³³ Obligeant la société à rembourser les frais de retour à son client victime de la fermeture de l'espace aérien causée par l'éruption du fameux volcan islandais en 2010 : Civ. 1^{ère}, 8 mars 2012, n° 10-25.913, Publié au Bulletin, RDC 2012, p. 808, obs. S. CARVAL.

²³⁴ Civ. 1^{ère}, 20 mars 2014, n° 12-26.518.

²³⁵ C. LACHIEZE, *Droit du tourisme*, LexisNexis, 2014, n° 327.

²³⁶ Civ. 1^{ère}, 2 oct. 2013, n° 12-23.568.

revêtait une importance toute particulière pour les clients en exposant la dimension sentimentale d'une telle excursion, car les époux s'y étaient rencontrés. L'argument est repris par la Cour de cassation, qui exerce un contrôle lourd de la décision des juges du fond, puisque selon elle, ils ont « exactement déduit qu'un des éléments essentiels du contrat était rendu impossible à la suite d'un événement extérieur qui s'imposait au vendeur ». Finalement, le peu d'intérêt du site touristique pour la majorité des voyageurs n'a pas joué en la faveur de la société de voyages. Les juges, sensibles aux circonstances personnelles des voyageurs, ont érigé l'excursion en un élément essentiel du contrat, car cette étape représentait une importance considérable pour ces derniers, quand bien même le co-contractant faisait peu de cas de ce point particulier et peu importe s'il était inscrit expressément comme élément essentiel du contrat.

49. Refus de l'influence des circonstances sur la reconnaissance des éléments essentiels : le cas spécifique du contrat de voyage religieux. La faveur accordée au contractant dans la recherche des éléments essentiels de son contrat de voyage au regard des circonstances particulières de sa situation ne se constate pas dans toutes les hypothèses. Le traitement du contrat de voyage à caractère « religieux » en offre un exemple explicite. Les pèlerinages vers des sites religieux comme La Mecque sont très répandus. Des agences de voyages se sont ainsi spécialisées dans cette activité particulière, sans toutefois offrir des garanties spécifiques en cas de modification de leur prestation²³⁷. D'autres encore proposent des vols à destination de ces lieux particuliers, comme la ville de Djeddah en Arabie-Saoudite qui se trouve à proximité de La Mecque, sans que les voyageurs n'indiquent clairement la dimension religieuse du voyage. Or, le transport aérien vers La Mecque est le monopole de la compagnie aérienne saoudienne « Saudi Arabian Airlines ». Des voyageurs se sont ainsi confrontés à la mauvaise expérience de se voir refuser l'embarquement par la compagnie « Middle East Airlines » à destination de la ville de Djeddah, car le but du voyage était ce pèlerinage à la Mecque. Les voyageurs éconduits ont alors tenté de se retourner contre l'agence de voyages en ligne auprès de laquelle ils avaient acquis les premiers billets afin de se faire rembourser ceux qu'ils avaient acquis par la suite auprès de la compagnie autorisée à transporter les pèlerins. Les juges du fond ont accueilli cette demande en indiquant que l'agence ne pouvait ignorer le but du voyage notamment en raison « de la date et du lieu de destination » et qu'elle aurait dû ainsi transmettre aux contractants les conditions spécifiques relatives à la compagnie aérienne « habilitée pour le pèlerinage prévu ». Au contraire, la Cour de cassation considère que de tels motifs étaient impropres à « établir la connaissance qu'avait ou aurait dû avoir l'agence de ce que la finalité du voyage de ses clients était un pèlerinage à la Mecque »²³⁸. Bien que les juges refusent en l'espèce, sur le fondement de l'obligation d'information, de reconnaître la responsabilité de l'agence de voyages, ils auraient pu attester la connaissance par l'agence du caractère religieux du voyage en présence de circonstances particulières. Cette interprétation est en effet permise par la formulation de la

²³⁷ Plus précisément sur cette question : C. LACHIÈZE, « Le régime juridique des voyages religieux », *Tour. et dr.* 2008, p. 24.

²³⁸ Civ. 1^{ère}, 12 juin 2012, n° 10-26.328, Publié au Bulletin.

décision : la Cour de cassation précise que la connaissance du pèlerinage qu'en avait « ou aurait dû avoir » le contractant. Le verbe « devoir » signifie que la caractérisation de la connaissance est susceptible d'être déterminée au regard des circonstances du contrat. La décision est rendue sur le fondement de l'obligation d'information, mais elle est applicable *mutatis mutandis* à la détermination des éléments essentiels. En effet, l'essentialisation des éléments repose sur l'appréciation de la volonté qui passe par la connaissance de cette importance pouvant être déterminée autant par le contrat que par les circonstances du contrat. Si les pèlerins s'étaient adressés à une agence de voyages et que le pèlerinage serait par exemple devenu impossible avant le départ, en raison par exemple d'une restauration de la grande Mosquée, ou d'une fermeture du site du Mont Golgotha dans l'hypothèse d'un pèlerinage chrétien, la contractualisation de l'importance de cet itinéraire pour les voyageurs n'aurait visiblement pas été admise en l'absence de circonstances révélant l'importance de ce lieu pour les contractants.

50. Constat sur la faculté d'essentialisation au regard des circonstances de la situation des contractants dans le cadre d'un contrat de voyage. Les circonstances amènent parfois à ce que la recherche du consentement mutuel soit écartée afin de privilégier la protection de l'intérêt d'un contractant conformément aux circonstances particulières de sa situation. Ce phénomène est certainement orienté par la présomption d'inégalité de la relation contractuelle, inégalité que l'on évoque couramment dans les contrats liant professionnel et consommateur²³⁹. Néanmoins, cette protection est accordée de manière ponctuelle en raison de circonstances particulières d'un litige et vaut uniquement pour la situation en cause, dans des circonstances données. Preuve en est, les juges refusent parfois d'ériger des éléments, pourtant importants pour les voyageurs, en élément essentiel. Finalement, le juge a tout l'air de procéder parfois à une mise en balance des intérêts conformément aux circonstances du litige, rappelant ainsi des méthodes de raisonnement en équité ou impliquant un contrôle de proportionnalité *in concreto*²⁴⁰. Une auteure évoquait là aussi le rôle de l'équité dans le contentieux de la disparition des éléments essentiels²⁴¹. À côté du contrat de consommation et du contrat de travail, l'idée de l'influence des circonstances sur la détermination des éléments essentiels est encore visible pour certains contrats innomés.

²³⁹ Sur le constat et les enjeux de la reconnaissance d'une protection du contrat en raison de sa qualité : C. NOBLOT, th. préc., spéc. n° 483. Il insiste sur « l'inadaptation » des critères légaux de détermination de la qualité des parties, notamment celle de consommateur, en raison des facteurs d'indétermination qui pèsent sur eux. Fort de ce constat, il propose l'abandon du critère de la qualité des parties en faveur d'une appréciation judiciaire en la rapprochant de la notion d'équité (n° 469 et s., spéc. n° 471 et n° 475).

²⁴⁰ Sur les liens entre l'influence des circonstances sur le contrat, l'équité et la proportionnalité.

²⁴¹ S. CARVAL, obs. sous Civ. 1^{ère}, 8 mars 2012, n° 10-25.913, *RDC* 2012, p. 808.

c. L'influence des circonstances sur la reconnaissance d'éléments essentiels d'un contrat innommé

51. L'influence des circonstances sur la détermination des éléments essentiels d'un contrat de télésurveillance. Les contrats de prestation de services contiennent souvent des obligations dites « de moyens » qui place la légitimité du comportement du débiteur au cœur de l'analyse. L'étude du comportement autorise ici aussi une appréciation circonstancielle. La nature de l'obligation se vérifie d'abord à la mesure de la volonté des parties, et donc à l'aune de l'appréciation littérale des clauses contractuelles. Cependant, les circonstances de l'exécution orientent parfois les juges vers la reconnaissance d'une obligation de résultat ou d'un élément essentiel du contrat. Par exemple, l'obligation d'information stipulée dans un contrat de télésurveillance obligeant la société débitrice à alerter « si possible » les propriétaires des locaux en cas « d'intervention » est une clause « substantielle ». Son non-respect empêche de se prévaloir de la clause limitative de responsabilité²⁴². Bien que le contentieux concerne la validité des clauses limitatives de responsabilité, l'analogie avec la problématique de l'existence du contrat est ici aussi valable. En effet, sous couvert de l'appréciation de la volonté contractuelle, l'obligation d'information, pourtant accessoire, a été essentialisée. La nature de la clause en question semble avoir été modifiée. Elle suggérerait seulement la faculté pour la société de télésurveillance d'informer « si possible » le contractant en cas d'intrusion de son bien. Cette possibilité indique normalement la présence d'une obligation de moyen plutôt qu'une obligation de résultat. Conformément à la nature de cette obligation, les juges auraient donc dû vérifier si la société de télésurveillance avait tout mis en œuvre afin d'informer « si possible » le créancier. Telle n'a pas été le chemin emprunté par les magistrats. L'obligation d'information est en l'espèce un élément essentiel et le bénéfice de la clause limitative de responsabilité doit être refusé. Selon la première chambre civile, le respect de cette clause renforçait l'efficacité de la surveillance en provoquant la venue immédiate des responsables du magasin, mieux placés pour protéger leurs biens le plus rapidement possible. L'obligation augmentait la protection du local des propriétaires. Considérer qu'elle n'était pas un élément essentiel du contrat contrariait les intérêts du créancier de l'opération contractuelle. Finalement, la détermination des éléments essentiels du contrat de télésurveillance s'éloigne encore de l'appréciation de la volonté des parties et se fait en raison des circonstances du contrat qui révèlent un souci de protection du créancier. L'interprétation stricte de la clause suggérerait l'existence d'une simple faculté d'informer les contractants en cas d'intrusion. Peu importe, les juges en ont fait un élément essentiel du contrat qui évince l'application de la clause limitative de responsabilité présente dans le contrat.

52. L'influence des circonstances dans la caractérisation des éléments essentiels empêchant l'application d'une clause limitative ou évasive de responsabilité. La

²⁴² Civ. 1^{ère}, 2 déc. 1997, *Bull. civ. I*, n° 349, *RTD Civ.* 1998, p. 463, obs. J. MESTRE,

reconnaissance des obligations dites « essentielles » faisant défaut à l'application de clauses limitatives ou élusives de responsabilité initiée par la décision *Chronopost*²⁴³ démontre la nécessité de s'éloigner de l'appréciation stricte de la volonté afin de protéger ce que l'on pourrait nommer « le noyau dur contractuel », déterminé en partie à la lumière des circonstances du contrat²⁴⁴. L'article 1170 du Code civil précise aujourd'hui que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». À propos de l'arrêt *Chronopost*, M. Denis Mazeaud précise que l'obligation de ponctualité du transporteur a été essentialisée « par la volonté des parties » car elle était placée, entre autres, au cœur de la « stratégie commerciale et publicitaire du transporteur » et qu'elle était « déterminante du consentement » du créancier. Cette obligation de ponctualité justifiait enfin « l'importance de l'engagement souscrit par l'expéditeur »²⁴⁵. L'importance ne se détermine pas exclusivement au regard de la volonté du transporteur et du client. Elle provient des circonstances du contrat. C'est d'abord la manière qu'a le transporteur de présenter cet élément comme un « argument de vente » qui est envisagée. Cette précision ne va pas sans rappeler les règles gouvernant la théorie des vices du consentement²⁴⁶. En effet, le fait d'insister sur la rapidité de l'expédition pour inciter le client à conclure le contrat ressemble au caractère déterminant du vice, puisque la présentation de cette particularité cherche à emporter le consentement de l'individu²⁴⁷. La célérité est donc au cœur de l'opération contractuelle. Plus qu'une simple modalité du contrat, la rapidité de l'expédition, en raison des circonstances, fait partie des éléments essentiels du contrat. Ce courant jurisprudentiel démontre l'insuffisance d'une théorie contractuelle fondée uniquement sur l'appréciation de la volonté²⁴⁸. La protection de l'intérêt du contractant en raison de circonstances du contrat expliquerait bien mieux ce courant jurisprudentiel. Ce maquillage est en réalité inéluctable, l'explication de la formation du contrat ne se vérifierait, selon le législateur ainsi que le juge, exclusivement à la mesure de la volonté contractuelle. M. Genicon le remarque aussi indirectement. Selon l'auteur, le régime des clauses limitatives ne répond pas aux exigences de clarté que l'on en attendrait, car la notion d'élément essentiel, au fondement de ce régime, est « subjective et finalement difficilement prévisible »²⁴⁹. La qualité d'élément

²⁴³ Com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Chronopost*, Bull. Civ. IV, n° 261, *GAJ Civ.* n° 157 ; D. 1997, p. 121, note A. SÉRIAUX ; *Ibid.*, p. 175, obs. Ph. DELEBECQUE, CCC 1997, n° 24, note L. LEVENEUR, *JCP G* 1997, p. 4002, obs. M. FABRE-MAGNAN, *RTD Civ.* 1997, p. 418, obs. J. MESTRE, *Defrénois* 1997, p. 133, obs. D. MAZEAUD.

²⁴⁴ Sur une présentation de l'évolution jurisprudentielle : D. MAZEAUD, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », *D.* 2008, p. 1776.

²⁴⁵ D. MAZEAUD, « La protection par le droit commun », in *Les clauses abusives entre professionnels*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, LGDJ, 1997.

²⁴⁶ Sur l'influence des circonstances dans la théorie des vices du consentement : *infra* n° 89 et s.

²⁴⁷ Art. 1137 C. civ. précisant que « le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges ».

²⁴⁸ Sur ce constat déjà : GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, LGDJ, 1995, n° 171, p. 155 : la volonté « se révélera, à défaut de formules nettes, dans le but essentiel de l'opération, éclairé lui-même par les circonstances morales, psychologiques, économiques, sociales, enfin qui l'auront accompagnée ». Selon l'auteur, que nous suivons entièrement sur ce point, « seul, l'examen de ces circonstances permettra de discerner, par voie de présomption, l'intention obscure des contractants » (nous soulignons).

²⁴⁹ T. GENICON, « Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives », *RDC* 2008, p. 982.

« essentiel » déterminée au moment de la formation et au regard du seul contenu textuel du contrat a pour conséquence de priver l'observateur d'une « approche vraiment circonstanciée » et fourvoie l'appréciation judiciaire²⁵⁰.

53. Constat. En étant fondée sur le consentement mutuel, la recherche des éléments essentiels se ferait à la lumière de circonstances comprises comme les indices de la volonté. Pourtant, l'explication par la seule volonté est bien en peine d'expliquer l'ensemble des décisions concernant la présence des obligations dites « essentielles » qui empêchent le débiteur d'invoquer d'une clause limitative de responsabilité valablement insérée. En effet, le juge ne se contente pas de la teneur de la lettre contractuelle pour déterminer la volonté des parties, l'appréciation des circonstances particulières est ainsi observée afin d'envisager la finalité concrète du contrat, finalité qui a déterminé le contractant à s'engager. Ce faisant, l'obligation d'informer les créanciers d'un contrat doit être considérée comme une obligation essentielle alors que la seule lecture de la clause en déniait cette importance. La volonté, qui est toujours la justification de « l'essentialisation » des éléments essentiels du contrat, est donc insuffisante et s'accompagne bien souvent d'une analyse des circonstances, circonstances qui ne peuvent être réduites à des indices de la volonté. Cette influence des circonstances n'est que très peu constatée par la doctrine, d'autant moins par le pouvoir judiciaire, alors que cette révélation permettrait d'éclairer des décisions jurisprudentielles souvent obscures.

54. Conclusion de la Section I. L'appréciation des circonstances particulières lors de la formation du contrat est faite dans le but de révéler le consentement mutuel des parties. Les contractants ont la possibilité d'ériger des éléments accessoires en éléments essentiels. La recherche des circonstances autoriserait à caractériser l'intention « d'essentialiser » ces fameux éléments. Pourtant, les juges ne se contentent pas de considérer les circonstances comme de simples indices de la volonté. Ces dernières révèlent la nécessité d'offrir une protection ponctuelle à l'un des contractants. L'appréciation de l'importance de l'élément est parfois vérifiée du seul point de vue d'une partie au contrat, partie pour laquelle la reconnaissance de cet élément revêt une importance particulière. Le juge, qui devrait se contenter d'une appréciation « neutre » du consentement mutuel, se positionne alors en un ministre d'équité. En droit du travail, la reconnaissance d'un élément essentiel permet au salarié de conserver un environnement de travail compatible avec ses circonstances familiales. Le voyageur dont les conditions de voyage sont modifiées peut réclamer la résiliation du contrat en l'absence d'un élément important à ses yeux en raison de circonstances personnelles et affectives. Pour certains contrats innomés, la qualité d'élément essentiel d'une obligation d'information empêche le débiteur d'appliquer une clause limitative de responsabilité qui léserait les intérêts du créancier. Ce phénomène de caractérisation des éléments essentiels à l'aune des circonstances de la situation du contractant est accompagné par le développement de nouvelles méthodes de

²⁵⁰ T. GENICON, *Ibid.*

raisonnement, comme le contrôle de proportionnalité *in concreto*. En effet, l'appréciation des circonstances détermine l'intérêt contractuel devant être privilégié. Le raisonnement en termes d'articulation des intérêts est le trait caractéristique de la présence du contrôle de proportionnalité *in concreto*. Finalement, la volonté est loin d'être le seul référentiel de la reconnaissance de l'existence du contrat et de la détermination des droits et obligations des parties. Cette affirmation est d'autant plus vraie dans des contentieux où le concept de volonté est insuffisant à expliquer l'existence du contrat.

SECTION II. L'APPRÉCIATION DES CIRCONSTANCES : SOURCE DÉTERMINANTE DE L'EXISTENCE DU CONTRAT

55. Plan. Le juge s'éloigne parfois de la seule constatation d'éléments « classiques » du contrat pour se prononcer sur l'existence d'un accord contractuel. Ces circonstances ne se conçoivent plus comme les indices de la volonté contractuelle, mais, au contraire, comme des éléments qui évincent l'appréciation de la volonté. Dès lors, seules des circonstances particulières à la relation peuvent, soit expliquer l'existence du contrat alors que la rencontre des volontés ne peut être caractérisée (Paragraphe 1), soit réfuter l'existence d'un contrat alors que tous ces éléments constitutifs paraissent présents (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les circonstances particulières fondent l'existence du contrat en l'absence de commune intention caractérisée

56. Précisions sur l'absence de commune intention des parties. Il peut paraître osé, sinon téméraire, d'affirmer que certaines relations contractuelles sont parfois tissées alors que la commune intention des parties serait absente. Les exemples qui suivront montreront que c'est l'acceptation, qui aboutit de manière « inévitable »²⁵¹ à la conclusion du contrat, qui est présumée caractérisée en présence de circonstances particulières.

57. L'existence du contrat s'explique par l'observation des circonstances. L'observation des circonstances est nécessaire dans le processus d'appréciation du contrat. Ces dernières seraient « de simples signes – tous extérieurs – de la volonté, signes à l'aide desquels on pourra découvrir la volonté psychologique interne et cachée »²⁵². Dans certaines hypothèses, ces circonstances ne sont plus seulement appréciées comme des signes révélateurs de cette volonté, mais comme des circonstances permettant de se passer de l'expression de cette volonté. Une chose est d'affirmer que les circonstances sont des indices de l'intention contractuelle, est une autre de constater que ces circonstances valent cette volonté. Le législateur a consacré cette

²⁵¹ J.-L. AUBERT, th. préc., p. 253 : « La formation du contrat est la conséquence inévitable de l'acceptation ».

²⁵² D. TERRÉ-FORNACCIARI, « L'autonomie de la volonté », *Rev. Sc. mor. et pol., Le contrat*, 1995, n° 3, p. 260.

possibilité dans un article 1120 du Code civil prévoyant l'existence d'un contrat malgré le silence de l'acceptant en présence, notamment, de « circonstances particulières ».

58. Plan. La jurisprudence a reconnu la possibilité de déterminer l'existence d'un contrat en présence d'un silence qu'elle définit comme circonstancié (A). Elle est révélatrice d'un phénomène d'articulation des intérêts contractuels (B) et de l'insuffisance de construire une théorie du contrat basée exclusivement sur la volonté des parties, même dans des problématiques qui semblent épargnées par cette évolution. Les circonstances, dans ces hypothèses, sont donc des éléments de faits permettant de faire l'économie de la démonstration du consentement mutuel des parties.

A. La portée de l'existence du contrat en présence d'un silence « circonstancié »

59. Précision sur la portée du « silence ». La parole est un attribut essentiel à l'existence de la personne humaine²⁵³. Le silence n'est pas seulement l'absence de bruit, mais « le fait de la personne qui ne prend aucune initiative, qui conserve une attitude passive »²⁵⁴. Son appréciation ne consisterait pas à retracer la commune intention des parties comme il est communément admis, mais de le teinter d'une signification à la lumière d'un contexte précis²⁵⁵. Les circonstances parfois « parlent en quelque sorte d'elles-mêmes »²⁵⁶.

60. Émergence du principe en jurisprudence. Dans une décision du 25 mai 1870²⁵⁷, la Cour de cassation reconnue que « le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières »²⁵⁸. Alors que les précédents arrêts se contentaient de reprendre plus ou moins fidèlement la solution de 1870, le législateur s'est efforcé de préciser les différentes hypothèses jurisprudentielles dans lesquelles ce silence pouvait avoir des conséquences juridiques, sans en limiter l'énumération.

²⁵³ Alain Supiot voit en la parole le « premier attribut divin », attribut partagé par l'unanimité des systèmes de pensée : A. SUPIOT, *op. cit.*, p. 1. Le philosophe John Searle insiste sur le rapport d'obligation créée par la parole, parole analysée en contemplation d'informations « d'arrière-plan » invitant à replacer le discours dans son contexte : *Sens et expression*, trad. J. Proust, éd. de Minuit, 1982. En droit : Y. PACLOT, *Recherche sur l'interprétation juridique*, th. dactyl., Paris 2, 1988, p. 338 : l'auteur reprend la distinction habituelle de la doctrine. Les comportements « actifs » qui se traduisent par des gestes ou par des actes, et les comportements « passifs ou silencieux », qui ne sont dotés d'aucune extériorité.

²⁵⁴ P. GODÉ, th. préc., p. 23.

²⁵⁵ Y. PLACLOT, th. préc., p. 355 : l'auteur parle à ce sujet d'« interprétation constructive ».

²⁵⁶ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 165, p. 189.

²⁵⁷ Civ., 25 mai 1870, *Bull. civ.*, n° 113, H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 13^e éd., 2015 : « Attendu, en droit, que le silence de celui que l'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée ». Même sens : Req. 28 mars 1938, *DP* 1939, p. 5, note R. VOIRIN ; Civ. 1^{ère} 24 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 223, *RTD Civ.*, 2005, p. 588, obs. J. MESTRE, B. FAGES.

²⁵⁸ L'art. 112-2, al. 5 du Code des assurances prévoit l'acceptation par l'assureur d'une modification ou d'une prolongation du contrat s'il ne se manifeste pas dans les dix jours après réception de la proposition de l'assuré ; l'art. 1738 C. civ. concerne la tacite reconduction d'un bail dans le cas où le preneur demeurerait dans le bien loué à l'expiration des baux écrits.

Le silence vaut acceptation lorsque la loi, les usages, les relations d'affaires ou *les circonstances particulières* imposeraient cette solution. La Convention de Vienne ainsi que les principes UNIDROIT connaissent un principe similaire²⁵⁹.

61. L'insuffisance du silence dans la reconnaissance du contrat en l'absence de circonstances particulières. L'arrêt de 1870 précisait que le silence ne peut suffire à faire preuve d'une obligation en l'absence de toute autre circonstance. L'article 1120 du Code civil affirme que le silence ne vaut pas acceptation à moins qu'il n'en résulte autrement de circonstances particulières. Alors que les juges faisaient de la problématique du silence une question probatoire, le législateur a lié le silence avec le consentement du contractant silencieux²⁶⁰. Le silence était appréhendé uniquement comme un indice, une circonstance parmi d'autres, que le juge pouvait retenir en présence d'autres circonstances pertinentes. Conformément à l'article 1120 du Code civil, le silence vaut acceptation en présence de ces fameuses circonstances particulières, contredisant ainsi une partie de la doctrine qui s'évertuait à ranger ces décisions dans les catégories prévues par l'article 1120 du Code civil, à savoir la loi, les usages ou les relations d'affaires²⁶¹.

62. Confusion possible entre silence circonstancié et la manifestation tacite de volonté. La distinction entre le silence circonstancié et la manifestation tacite de volonté ne se fait pas aisément. Quand l'acceptation ne résulte pas d'un écrit, mais d'un comportement, c'est toujours en raison de l'appréciation du contexte que le juge conclura à l'existence du contrat, donc à la lumière de circonstances particulières. Des similitudes existent entre la manifestation tacite et le silence circonstancié. Pourtant, la première a un fondement distinct : la consécration du consensualisme implique qu'aucune formalité n'est requise pour que le contrat existe. L'analyse des circonstances de la formation dans l'hypothèse d'une acceptation tacite est faite dans le but de révéler une volonté, parfois « inconsciente »²⁶² de la conclusion du contrat, mais attachée

²⁵⁹ L'art. 18 al. 3 de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises précise qu'en vertu des habitudes établies entre les parties ou conformément aux usages, « l'acceptation peut résulter d'un acte tel que l'expédition des marchandises ou au paiement du prix » : les principes UNIDROIT dans un art. 2.1.6 al. 3 précise dans des termes similaires à la Convention de Vienne que les usages ou les « pratiques établies entre les parties » peuvent qualifier un comportement d'acceptation du contrat.

²⁶⁰ Ce changement de rédaction avait déjà été initié par la Cour de cassation qui avait jugé dans plusieurs arrêts que le silence à lui seul ne peut valoir acceptation mais qu'« il n'en est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation » : Com. 18 janv. 2011, *Bull. Civ., IV*, n° 3 ; Soc. 16 déc. 2015, n° 14-22.353.

²⁶¹ En ce sens : J. MESTRE et B. FAGES, « La valeur juridique du silence. Entre constance et circonstances », *RTD Civ.* 2005, p. 588 : « la Cour de cassation donne le sentiment que ces circonstances peuvent être très diverses et qu'elles ne se laissent pas nécessairement enfermer dans la liste des trois exceptions classiques que constituent l'existence de relations d'affaires antérieures, les usages de la profession, et l'offre faite dans l'intérêt exclusif du destinataire », Même sens : J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat. Le contrat, le consentement*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 878 : « les cas déclinés (...) ne le sont pas limitativement, ni selon une typologie figée. C'est au contraire de manière ouverte, en débordant ces cas types, que la Cour de cassation invite à prendre en considération les circonstances particulières dans les situations où, en raison du contexte, le silence peut devenir signifiant ».

²⁶² Th. REVET, « Objectivisation ou subjectivisation du contrat. Quelle valeur juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat*, dir. Ch. Jamin, D. Mazeaud, P. Ancel, Dalloz, 2003, p. 86 et s. : « Pour qu'ainsi caractérisée la volonté

tout de même à un agissement du contractant. Dans la problématique du silence valant acceptation, aucune manifestation de volonté ne peut être identifiée sans recourir à certains artifices. Cette distinction n'est pas aisée. On ne peut reprocher trop sévèrement au juge de ne pas distinguer nettement la manifestation tacite du silence²⁶³.

Elles doivent pourtant être distinguées, car nous croyons que la finalité des deux articles est distincte, voire diamétralement opposée. En effet, si on attache à la manifestation la preuve d'une volonté grâce à l'analyse des circonstances particulières, le juge décide de donner une « intentionnalité juridique »²⁶⁴ à un comportement. Cette intentionnalité peut être rattachée à un comportement actif, soutenu par l'analyse des circonstances particulières qui servent d'indices à la preuve de cette volonté, ce qui permet de justifier tant bien que mal le respect strict de la volonté des contractants. Cette possibilité n'est plus valable lorsqu'il existe une impossibilité concrète de donner une consistance juridique à un comportement, car par principe, le silence ne peut rien signifier *per se*²⁶⁵. La confusion entre silence circonstancié et manifestation tacite révèle les nombreuses hésitations dans la compréhension du consentement lorsqu'aucun *instrumentum* permet d'identifier l'existence d'un contrat. Elle manifeste en outre les difficultés du juge de retracer le sens de la volonté, et les tentations d'inclure, dans l'appréciation de l'existence du contrat, des circonstances ne pouvant se concevoir comme de simples indices de l'intention contractuelle.

63. Autonomie du silence circonstancié par rapport aux manifestations tacites de volonté. Par rapport au silence « circonstancié » où la problématique gravite autour de l'existence du consentement, les manifestations tacites interrogent sur la forme que cette volonté

soit créatrice d'acte juridique il faut soit que l'acte juridique ait la même nature que la volonté, soit qu'il existe une instance assurant le passage du vouloir, qui est subjectif, à l'acte, qui est objectif ». *Comp.* J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat (...), op. cit.*, n° 870 : « la manifestation de volonté doit être en revanche considérée comme tacite lorsqu'elle procède d'un comportement dont il peut raisonnablement être induit la volonté de contracter sans pour autant que celui-ci ait été spécialement accompli en vue de faire connaître une telle volonté ». La problématique répond en réalité à de multiples éléments qui ne peuvent se résoudre à la constatation de l'expression de la volonté : Ch. JAMIN, *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008, p. 17 : « Bien des aspects de l'accord demeurent dissimulés, incertains. Les motifs, les objectifs sont à rechercher, à préciser. Les contradictions, les imprécisions, les lacunes et les circonstances particulières imposent au juge notamment de se livrer à une enquête, d'apprécier les indices, d'en établir la hiérarchie. Il est douteux que la réalité de l'accord puisse être retrouvée ».

²⁶³ Par ex. : Civ. 1^{ère}, 16 avr. 2015, *Bull. Civ. I*, n° 97. Une transaction parfaite a été reconnue en l'espèce entre une société civile professionnelle et une ancienne associée souhaitant se retirer de la société. Ayant reçu la contre-valeur de ses parts sociales, cette dernière conteste par la suite l'évaluation du prix. Les magistrats, en répondant au moyen de la demanderesse, confirment que le silence de l'associée valait acceptation, puisqu'elle ne contestait pas avoir reçu cette contre-valeur « y compris par un virement bancaire, et qu'elle ne fait pas état de réserves émises sur cette évaluation ». En réalité, il s'agit ici plutôt de manifestation tacite de volonté que de silence. En effet, l'absence de réaction de la part de la salariée fait plutôt référence à une acceptation tacite, comme dans l'hypothèse où le contractant exécute spontanément le contrat. *Contra* : A. BÉNABENT, « La prolongation du contrat », *RDC* 2004, p. 117 : l'arrêt est « une application particulière de cette exception dans laquelle le silence des parties peut valoir acceptation parce qu'il s'agit d'un silence circonstancié ».

²⁶⁴ G. WICKER, *these préc.*, p. 86.

²⁶⁵ En ce sens : P. RAMISCEANO, « Le silence créateur d'obligations et l'abus de droit », *RTD Civ.* 1930, p. 1001.

doit adopter pour être efficace juridiquement²⁶⁶. La volonté de l'acceptant doit être « extériorisée ». Face à une attitude de la part d'un contractant, le juge accueillera cette expression particulière en recourant au bon sens, à l'expérience, aux habitudes, en somme, à une certaine idée de ce qu'on pourrait prendre raisonnablement pour une acceptation²⁶⁷. Il est pourtant difficile, à la seule lecture de l'article 1120 du Code civil, d'envisager les distinctions existantes entre manifestation tacite et silence. En effet, on pourrait considérer que, tout comme une parole qui peut prêter à confusion, les circonstances particulières peuvent éclairer la signification d'un silence. Le silence serait parfois, par l'analyse des circonstances particulières, une manifestation de volonté comme l'est une déclaration ou un comportement. Pourtant, plusieurs arguments vont à l'encontre de cette analyse.

D'abord, dans l'hypothèse où le silence s'analyserait comme une manifestation de volonté, quel aurait été l'intérêt d'insérer un article spécifique dédié au silence ? À tout le moins, le législateur aurait laissé le soin aux juges de recourir à l'article 1113 alinéa 2 du Code civil²⁶⁸. À sa lecture, nous pressentons bien la difficulté de relier le silence à cette disposition : la manifestation de volonté de s'engager doit relever, soit « d'une déclaration », soit d'un « comportement non équivoque ». Mais si le silence peut, par l'influence des circonstances, être porteur de signification, il faut admettre que ce silence est alors équivoque. Un silence non-équivoque, sans le soutien de l'analyse des circonstances, manifesterait toujours un refus de contracter. Ce serait alors dans le but d'éviter de rattacher trop artificiellement l'hypothèse du silence à des textes existants que le législateur a souhaité prévoir un article consacré au silence comme un cas particulier de manifestation de volonté. Cependant, cette explication se heurte à la rédaction de l'article 1120 du Code civil : le texte ne prévoit pas que le silence est une manifestation de volonté en présence de circonstances particulières, mais que le silence vaut cette acceptation en présence de certaines circonstances. En évinçant l'articulation du silence avec la manifestation de volonté, alors que cette manifestation est normalement la seule façon d'exprimer l'acceptation, le législateur a admis l'existence du contrat sans que la volonté de l'acceptant soit nécessaire lorsque des circonstances particulières donnent à ce silence valeur d'acceptation²⁶⁹.

²⁶⁶ L'explication du silence valant acceptation à travers la manifestation de volonté serait peut-être une des raisons de la confusion entre ces deux concepts. Si le silence est un mode de manifestation de volonté, il est inutile de reprocher aux juges de confondre ces deux concepts. En ce sens : F. LIMBACH, th. préc., spéc. n° 96.

²⁶⁷ Cette appréciation contextuelle est une grille de lecture de la compréhension d'un comportement, appréciation valable aussi lorsqu'on tente de découvrir une acceptation tacite du contrat. La majorité des acceptations tacites, à l'exclusion de l'exécution spontanée du contrat, recourt à une certaine idée de l'expérience dans la compréhension des signes. Godé prend l'exemple d'une actrice de cinéma s'exposant aux regards des photographes, exprimant son consentement pour la reproduction de son image : P. GODÉ, th. préc., p. 30. Pour une définition de l'acceptation tacite : Ph. CHAUVEL, « Consentement », in *Rép. Dr. Civ.* Dalloz, 1995, n° 183 : « l'acceptation est tacite, ou implicite, lorsque, sans avoir fait l'objet d'une déclaration spéciale de volonté, elle résulte de faits qui l'impliquent et dont il est raisonnable d'induire la volonté de contracter ». Il existe des cas légaux de manifestation tacite du contrat : l'art. 1985 al. 2 C. civ. prévoit que l'acceptation tacite peut « résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire ».

²⁶⁸ Qui précise que « cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non-équivoque de son auteur ».

²⁶⁹ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, éd. F. Pichon, 1901, p. 1 : « il ne suffit pas d'une volonté interne, alors même que cette volonté aurait pour but immédiat un résultat juridique à atteindre. Il faut que cette volonté se soit traduite par une manifestation extérieure ».

Cette lecture de la disposition rejoindrait l'avis de la doctrine admettant que le silence contient une impossibilité intrinsèque de manifester quoi que ce soit²⁷⁰. Finalement, le consentement de l'acceptant peut se manifester de diverses façons impliquant parfois l'appréciation des circonstances du contrat. En revanche, l'appréciation des circonstances en présence d'un « silence » de l'acceptant ne répond plus à la même finalité. L'intérêt de cet article se trouve ailleurs. Il pourrait manifester la présence d'un raisonnement privilégiant la mise en balance des intérêts potentiels des contractants déterminée grâce aux circonstances du contrat.

B. Les circonstances donnant au silence valeur d'acceptation manifeste la présence d'une mise en balance des intérêts des contractants

64. Le silence circonstancié ne peut se concevoir comme une hypothèse particulière de manifestation tacite de volonté. Le principe du consensualisme n'indique pas de forme particulière pour que le contrat soit efficace juridiquement. L'appréciation des circonstances est donc faite dans le but de révéler la volonté des parties, d'autant plus lorsque la manifestation de volonté n'est pas « expresse ». La logique de l'appréciation du silence est différente : ce qui guide le juge n'est plus la recherche de l'expression de l'acceptation, mais la seule consistance des circonstances qui indiquerait l'opportunité de reconnaître l'existence d'un contrat. La lecture de l'article 1120 du Code civil autorise cette interprétation : le silence *vaut* acceptation. Autrement dit, il équivaut à l'acceptation, ou encore, il a la même valeur que l'acceptation, mais il n'est pas cette acceptation. Le but de l'appréciation des circonstances change et n'est plus attaché à la recherche de la volonté des parties. Ce faisant, les circonstances prises en compte sont beaucoup plus variées et diverses que celles appréciées pour la recherche de la volonté. Cette précision autorise encore à reconnaître l'autonomie du silence circonstancié par rapport aux hypothèses de manifestation tacite de la volonté.

65. Le silence équivaut à une acceptation à la lumière de circonstances particulières. L'acceptation serait parfois caractérisée exclusivement en raison de circonstances particulières. Ce silence ne serait pas une manifestation de volonté, mais il aurait tout de même une « valeur déclarative »²⁷¹ à la lumière de ces circonstances. Cette appréciation est encore confortée par certaines illustrations jurisprudentielles. La Cour de cassation a en effet admis par le passé que le silence valait acceptation dès lors que l'offre était émise dans « l'intérêt exclusif » du destinataire²⁷². Il est évident qu'il ne s'agit pas d'une manifestation de volonté déterminée en

²⁷⁰ Par ex. : J. CHABAS, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, Sirey, 1931, p. 63 : « Si (...) la déclaration de volonté consiste à une certaine volonté réelle manifestée, il semble qu'en aucune façon le silence, attitude purement abstentive, puisse être considéré comme déclaration de volonté. (...) le silence n'a aucune valeur juridique car il n'est la manifestation d'aucune volonté pas plus positive que négative. Mais alors, si la loi ou la jurisprudence lui accorde parfois une valeur juridique c'est que ce n'est pas dans ce cas la volonté qui est créatrice d'obligation et le contrat doit se trouver formé, semble-t-il, par autre chose que par concours de volonté ».

²⁷¹ A. RIEG, th. préc., p. 44.

²⁷² Pour un exemple d'une acceptation de remise de dette : Req. 29 mars 1938, *op. cit.* Même sens : Soc. 15 déc. 1970, n° 69-11.913, *Bull. V*, n° 722.

raison du contexte de son expression. L'enjeu de la solution est ailleurs. L'hypothèse de la convention dans l'intérêt exclusif du destinataire s'illustre parfois à l'occasion de la reconnaissance d'une convention dit « d'assistance bénévole »²⁷³. Bien que rares, ces illustrations ne sont pas moins des signes révélateurs de l'insuffisance d'envisager l'existence du contrat du seul point de vue de la rencontre des volontés²⁷⁴.

La Cour de cassation l'a admis expressément à l'occasion de l'interprétation d'une convention d'assistance bénévole en affirmant que « la cour d'appel n'avait pas à relever le consentement exprès de l'assisté ; dès lors que, lorsque l'offre est faite dans son intérêt exclusif, son destinataire est présumé l'avoir acceptée »²⁷⁵. Une décision de la Cour d'appel de Paris est encore plus révélatrice. À l'occasion d'un accident de plongée et afin de justifier la réparation des dommages par l'assureur en invoquant la responsabilité contractuelle, les juges parisiens ont affirmé que les plongeurs s'engageaient « implicitement mais nécessairement » à se porter secours, l'obligation en résultant étant un « devoir moral » et doit être acceptée « comme gage réciproque de survie dans l'hypothèse même où les circonstances de l'accident rendraient impossible toute manifestation expresse de la volonté de confirmer cette acceptation »²⁷⁶. Ils évoquent par la suite l'article 1135 ancien du Code civil en évoquant « les suites que l'équité » donne à l'obligation. Par cette décision, les juges révèlent que les circonstances empêchent de caractériser l'acceptation, preuve qu'elles ne peuvent être considérées en l'espèce comme des indices de l'intention contractuelle. Ces circonstances révèlent au contraire un besoin de protection particulier d'un contractant.

66. La reconnaissance du silence valant acceptation révèle la nécessité de privilégier l'intérêt d'un contractant à la lumière des circonstances. Les circonstances orientent l'admission de l'existence du contrat, non pas à l'aune du consentement mutuel, mais exclusivement en raison des circonstances qui révèlent le souci de protection de l'intérêt d'une partie en cause. Cette explication à l'égard du contrat dans « l'intérêt exclusif », qui plus est dans une convention d'assistance bénévole, est un procédé « artificiel »²⁷⁷. Ce phénomène démontre que le contentieux de l'existence du contrat n'est pas épargné par des considérations d'opportunité²⁷⁸. Le contrat est, dans ces hypothèses, utilisé comme un instrument de protection de l'intérêt d'un contractant particulier. La teneur de ces circonstances amène à opérer une

²⁷³ Pour un exemple récent : Civ. 2^e, 12 sept. 2013, n° 12-23.530, *RDC* 2014, p. 16, note T. GENICON.

²⁷⁴ En ce sens : P. DIENER, *Le silence et le droit*, th. dactyl., Bordeaux, 1975, p. 35 : la reconnaissance de l'existence de l'acte juridique en présence d'un silence est faite en suppléant « l'absence de volonté déclarée » (p. 39).

²⁷⁵ Civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1969, *Bull. Civ. I*, n° 375, *D.* 1970, p. 422, note M. PUECH ; *JCP G* 1970, p. 16445, note J.-L. AUBERT.

²⁷⁶ CA Paris, 25 janv. 1995, citée par M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 479.

²⁷⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 255, p. 239 : « le consentement contractuel est artificiel ; la sollicitation du sauveteur et plus encore l'acceptation de l'assisté sont souvent douteuses, particulièrement lorsque ce dernier est inanimé ; la présomption d'acceptation qu'expriment certains arrêts est fictive ».

²⁷⁸ T. GENICON, note sous Civ. 2^e, 12 sept. 2013, *op. cit.* : « Preuve est faite que le droit des contrats, pas plus que le droit dans son ensemble, n'est guère gouverné par le seul esprit de géométrie et qu'il laisse parfois place aux arrangements opportunistes ».

pondération des intérêts en présence, raisonnement bien connu aujourd'hui des juridictions européennes et privilégié par la CEDH²⁷⁹. M. Laithier admet en ce sens que « ce qui importe pour que le silence produise l'effet d'une acceptation, ce n'est pas l'exclusivité de l'intérêt du destinataire, c'est de *mettre en balance l'intérêt du destinataire à l'acceptation et son intérêt à la non-acceptation, c'est-à-dire à faire une pensée des intérêts en présence* »²⁸⁰. Cette illustration particulière de l'existence du contrat en raison des circonstances fait écho, ici aussi, à une sorte de « motif d'équité »²⁸¹. Une décision de la chambre sociale de la Cour de cassation illustre encore ce phénomène²⁸². En l'espèce, la société Rothschild avait adressé un projet de contrat de travail et un projet de contrat ayant pour objet le versement d'une prime exceptionnelle à une salariée. Des années après, la société a licencié la salariée de ses différents postes de dirigeant au sein du groupe. Cette dernière a réclamé le versement de sa prime exceptionnelle. La société ne l'a pas effectué l'acceptation de la salariée, puisqu'elle ne s'était pas manifestée au moment de la conclusion du contrat. Les magistrats ont rejeté les prétentions de son employeur en relevant que le contrat avait été conclu dans l'intérêt de la salariée et qu'elle avait exécuté ses obligations prévues dans son contrat de travail sans contester les modalités de la prime²⁸³. Cet arrêt ici reprend de manière discrète l'hypothèse du silence valant acceptation lorsque le contrat est conclu dans l'intérêt exclusif d'une partie. Les magistrats n'ont pas souhaité vraisemblablement fonder leur décision sur cette unique constatation en relevant que les obligations afférentes au contrat de travail, contrat pourtant distinct du versement de la prime exceptionnelle, s'étaient normalement exécutées. D'autres décisions révèlent de manière plus franche que les circonstances sont déterminantes dans la formation du contrat.

67. Les circonstances peuvent révéler l'urgence à reconnaître l'existence d'un contrat même en l'absence de manifestation de l'acceptation. Le courant jurisprudentiel du silence valant acceptation n'est pas uniquement alimenté par des décisions révélant que l'offre de contrat était faite dans l'intérêt exclusif de l'acceptant. Cette affirmation est déjà douteuse à l'égard de la convention d'assistance bénévole, elle l'est encore à l'occasion d'autres décisions. Un arrêt remarqué de la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que le silence d'un propriétaire à la réception d'un devis de fouilles archéologiques préalable et indispensable à la

²⁷⁹ Sur la constatation d'une évolution du droit des contrats vers une approche « conséquentialiste » prenant en considération des arguments d'opportunité à l'image de ce que réalise la CEDH par l'utilisation du contrôle de proportionnalité *in concreto* : *supra* n° 7, *infra* n° 316.

²⁸⁰ Y.-M. LAITHIER, obs. sous Com. 18 janv. 2011, n° 09-69831, *RDC* 2011, p. 789 (nous soulignons).

²⁸¹ D. HOUTCIEFF, *Ibid.*, n° 168 : l'auteur énonce toutefois que, si l'argument d'équité se comprend, il n'est pas évident car la justification par « l'intérêt de l'acceptant » revient à lui imposer une obligation d'indemnisation dans le cadre d'une reconnaissance d'une convention d'assistance bénévole, qui est difficilement envisageable au regard de l'argument de l'intérêt.

²⁸² Soc. 16 déc. 2005, n° 14-22.35, inédit : « (...) qu'ayant relevé que la proposition d'une prime exceptionnelle avait été faite dans l'intérêt de la salariée qui n'avait émis aucune réserve au moment de sa réception et constaté que l'intéressée avait exécuté les obligations mises à sa charge ».

²⁸³ Sur ce dernier point, la même chambre sociale dans une décision postérieure a considéré que l'acceptation d'un avenant au contrat ne pouvait se faire qu'avec l'acceptation du salarié, même si celui-ci éditait ses propres bulletins de paie et n'avait pas manifesté d'avis contraire : Soc. 21 nov. 2018, n° 16-26.741.

réalisation de travaux valait acceptation²⁸⁴. C'est visiblement cette solution jurisprudentielle qui a remis en cause l'*apriori* d'une majorité de la doctrine admettant que seules les catégories admises par la jurisprudence pouvaient donner au silence valeur d'acceptation²⁸⁵. Les hypothèses « classiques »²⁸⁶ ne peuvent justifier le silence et d'autres circonstances, dont l'urgence de préserver un patrimoine archéologique potentiellement menacé par l'exécution de travaux, articulé avec une sorte de principe de cohérence, pouvait expliquer la solution.

En l'espèce, en acceptant un premier devis de prospection archéologique révélant la nécessité d'entreprendre une fouille préventive à la réalisation de travaux, le contractant ne pouvait raisonnablement contester l'exécution du contrat en prétextant qu'il n'en avait pas accepté le deuxième devis. L'existence du deuxième devis était nécessairement liée à la réalisation du premier qui avait été accepté. Pourtant, cette seule explication ne saurait convaincre. Tout en révélant la nécessité de fouilles et en appréciant raisonnablement que sans elles, le contractant ne pourrait réaliser les travaux projetés, la possibilité de contester par exemple les modalités de ces fouilles, tel que le moment de l'exécution de ces dernières, restait envisageable. Néanmoins, le contractant aurait dû, avant la réalisation de ces fouilles et au regard de l'urgence de la situation, exprimer son refus, chose qu'il n'a pas faite en l'espèce. La particularité des faits montre aussi l'importance de l'objectif de conservation du patrimoine comme le relèvent messieurs Mestre et Fages, objectif poursuivi afin de protéger l'intérêt général²⁸⁷. Cet arrêt illustre parfaitement que les situations dans lesquelles le silence vaut acceptation ne sont pas figées et, qu'au contraire, il s'agit le plus souvent d'un enchevêtrement de plusieurs circonstances particulières, dictant la solution judiciaire, et qui ne peuvent se prêter à une uniformisation.

68. Absence d'unité de principe dans la prise en compte des circonstances particulières. Le législateur a fait le choix de ne pas fermer la liste des hypothèses dans lesquelles le silence vaudrait acceptation. C'est au gré des décisions jurisprudentielles que le juge pourra déterminer au regard des circonstances l'existence du contrat, sans avoir à rattacher de manière artificielle des situations particulières à des hypothèses prédéterminées. Visiblement, l'incertitude entourant la notion d'intérêt exclusif n'a pas permis d'en faire une catégorie à part entière, le législateur préférant ainsi abandonner l'analyse aux circonstances particulières. Ainsi, le contentieux de la convention d'assistance bénévole s'expliquerait par « un contexte d'urgence

²⁸⁴ Com. 24 mai 2005, *Bull. Civ. I*, n° 223, *RTD Civ.* 2005, p. 588, obs. J. MESTRE; *D.* 2006, p. 1025, note A. BENSAMOUN; *JCP G* 2005, p. 194, obs. C. PÉRÈS-DOURDOU.

²⁸⁵ Certains auteurs ont affirmé que la Cour de cassation avait énoncé un nouveau cas de silence valant acceptation : L. LEVENEUR, « Une nouvelle hypothèse de silence circonstancié valant acceptation ? », *CCC* 2005, comm. n° 165.

²⁸⁶ Bien que certains auteurs aient souhaité le rapprocher de la conclusion du contrat dans l'intérêt exclusif : D. MAZEAUD, *RDC* 2005, p. 1007, obs. sous Civ. 1^{ère} 24 mai 2005.

²⁸⁷ J. MESTRE, B. FAGES, *Ibid.* : « Dans cette affaire, ce sont d'autres circonstances qui ont pesé dans la balance : l'intérêt général, les contraintes administratives (...) ». L'utilisation de la métaphore de la balance est là aussi révélatrice de la hiérarchie des intérêts vérifiée implicitement par les juges à l'occasion de ces décisions. Sur l'appréciation des circonstances dans le but de conserver l'intérêt général au détriment de la stabilité du contrat, nos développements : *infra* n° 525.

qui dicte aux personnes des agissements », agissements entrepris en raison des « seules circonstances »²⁸⁸.

69. La recherche d'une « ligne directrice » dans l'appréciation des circonstances du silence. Le constat de l'absence d'unité dans l'influence des circonstances sur le silence serait susceptible d'être nuancé par la révélation d'une finalité précise recherchée par les magistrats. La présence des catégories définies par l'article 1120 du Code civil offrirait des précisions sur l'existence d'un tel phénomène. Toutefois, il n'en est rien : les usages ou les relations d'affaires²⁸⁹ peuvent déterminer par une sorte de présomption²⁹⁰ la signification d'un silence, parfois dues aux habitudes d'un milieu particulier lorsque l'on évoque les usages, ou en raison de comportements répétés et stables des parties concernant les relations d'affaires²⁹¹. Or, les illustrations évoquées répondent d'une autre finalité. Par un besoin ponctuel d'équité ou de protection d'un intérêt particulier révélé par les circonstances du contrat, le juge est susceptible de considérer un silence comme une acceptation. La catégorie des circonstances particulières ne permet pas seulement de découvrir à l'avenir de nouvelles catégories de « silences acceptation ». Les circonstances sont appréciées pour elles-mêmes, sans besoin de les rattacher à une hypothèse particulière de silence.

Cette possibilité est préférable. Elle permet de ne pas forcer les catégories déjà présentes, ce qui, dans le cas contraire, aurait pour effet de les affaiblir en brouillant les critères de rattachement. De plus, multiplier à l'envi des catégories de silence valant acceptation pourrait contrarier le caractère exceptionnel de la disposition. Est-il bien raisonnable d'envisager la stabilité des relations d'affaires comme une hypothèse systématique de silence valant acceptation ? N'est-il pas préférable de considérer qu'une relation d'affaire suivie est une circonstance particulière devant être envisagée en parallèle d'autres circonstances spécifiques pour que ce silence vaille véritablement acceptation ? En effet, la doctrine aurait tort de voir dans

²⁸⁸ Y. GUENZOU, *La notion d'accord en droit privé*, préf. C. Hannoun, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 502, 2009, p. 108 : l'urgence de cette situation empêcherait, selon l'auteur, d'y voir une réelle rencontre des volontés mais seulement un « concours de consentements » dicté par le seul contexte. Dans le même sens : R. LIBCHABER, « Heurs et malheurs d'une catégorie mal conçue : la convention d'assistance bénévole », *RDC* 2023, p. 14 : la nécessité de la réparation qui transparaît de la convention d'assistance bénévole se comprend selon l'auteur, il existe à son soutien un « évident sentiment d'équité, qui naît précisément des circonstances ». L'auteur remarque par la suite que « lorsqu'il arrive que l'équité milite pour la liquidation judiciaire d'un état de fait, la méthode la plus opportune consiste à appliquer, s'il existe, le régime contractuel qui s'en révèle le plus proche ».

²⁸⁹ Pour l'exemple d'un arrêt récent : Com. 15 mars 2011, *RDC* 2011, p. 795, obs. T. GENICON : « qu'en l'état de ces constatations dont il ressort que l'offre était conforme aux relations habituelles des parties et avait donc été acceptée tacitement par la (société cliente), la cour d'appel (...) a pu (...) statuer comme elle a fait ». A noter ce que nous relevons déjà plus haut par rapport à l'assimilation des cas de manifestations tacites à des silences circonstanciés, l'inverse se vérifie aussi. A croire que les juges utilisent indistinctement les notions d'acceptation tacite et de silence circonstancié.

²⁹⁰ M. Genicon évoque, à propos du silence valant acceptation en présence de relations habituelles, que c'est en raison d'une forte probabilité d'acceptation que le contrat est réputé formé : T. GENICON, *Ibid.*

²⁹¹ Sur la place des usages dans l'interprétation de la volonté : P. DEUMIER, *Le droit spontané*, préf. J.-M. Jacquet, Economica, 2002, spéc. n° 238.

l'influence des circonstances une remise en cause généralisée de la liberté contractuelle. Cette influence peut tout à fait rester exceptionnelle.

Les avantages d'une appréciation circonstancielle ne doivent pas évincer les dangers bien réels. Comme le reconnaît M. Houtcief, la reconnaissance d'une acceptation à la lumière de « circonstances particulières » octroie un pouvoir souverain aux juges du fond dans la qualification des circonstances. Or, cette possibilité ne doit pas être étendue à outrance au risque de porter atteinte à la liberté contractuelle lorsque l'appréciation méconnaîtrait la volonté du destinataire²⁹².

La confirmation par le législateur d'une possibilité de voir dans le silence une acceptation à la lumière des seules circonstances indique la volonté de confier aux juges le soin de déterminer les éléments qui emporteraient la reconnaissance d'un contrat, même en l'absence d'une manifestation de volonté d'un des contractants. Gageons que cette marque de confiance du législateur envers le pouvoir souverain des juges du fond ne sera pas contredite. Les juges limitent l'effet de ces circonstances en reconnaissant implicitement qu'elles ne peuvent remplacer une volonté si celle-ci s'est valablement exprimée.

70. Les circonstances particulières ne se substituent pas à la volonté exprimée du contractant. Un arrêt de la chambre commerciale du 18 janvier 2011 publié au Bulletin²⁹³ a souhaité préciser l'effet des circonstances particulières sur l'existence du contrat. Elle exclut la possibilité que l'offre dans l'« intérêt exclusif » suffise à former une relation contractuelle. En l'espèce, la Cour de cassation juge que l'offre d'apport en compte courant réalisée par le président d'un conseil d'administration envers sa clinique, afin qu'elle puisse présenter un plan de continuation valable, avait été acceptée par cette dernière. Bien que la compréhension littérale de l'attendu de principe soit « délicate »²⁹⁴ et que plusieurs interprétations soient envisageables, l'une d'entre-elles retient l'attention. Les juges préciseraient ici que les circonstances particulières ne sont pas capables d'imposer le contrat quand une volonté contraire est exprimée, seul le silence le peut. Cette appréciation n'est en effet pas acceptable, puisqu'elle reviendrait à imposer une relation contractuelle à l'un des contractants, en l'occurrence ici l'acceptant²⁹⁵, même en cas d'expression contraire du destinataire de l'offre, ce qui n'est évidemment pas

²⁹² D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, Bruylant, 7^e éd., 2023, n° 169.

²⁹³ Com. 18 janv. 2011, *Bull. Civ., IV, RDC*. 2011, p. 789, note Y.-M. LAITHIER. La reproduction de l'attendu précis nous paraît opportun afin de comprendre au mieux le sens de la décision : « Attendu, d'autre part, que, contrairement à ce que soutient M. X..., pour retenir son engagement personnel, la cour d'appel n'a pas déclaré que l'offre qu'il avait faite à la clinique correspondait à l'intérêt exclusif de celle-ci qui n'avait donc pas à l'accepter explicitement, mais, relevant que l'engagement de M. X... n'avait pas fait l'objet d'une acceptation expresse de la clinique et que si, en principe, le silence gardé par le destinataire d'une offre n'en valait pas acceptation, elle a indiqué qu'il n'en allait pas de même lorsque les circonstances permettaient de donner à ce silence la signification d'une acceptation tel l'engagement pris par M. X ».

²⁹⁴ Sur ce point : Y.-M. LAITHIER, « Comment est apprécié l'intérêt du destinataire d'une offre sont le silence peut valoir acceptation ? », obs. sous. Com. 18 janv. 2011, *Ibid.*

²⁹⁵ Il peut paraître moins surprenant de reconnaître l'existence d'un contrat même en cas de silence de l'offrant, puisqu'il a souhaité tout de même un temps parvenir à l'accord contractuel, que d'admettre la formation du contrat en cas de silence de l'acceptant.

raisonnable. Toutefois, la portée de l'arrêt reste importante. Si le contractant possède toujours la possibilité de refuser l'offre, le juge considère que, dans certaines configurations, l'absence de protestation a tout l'air de « présumer » l'acceptation du contrat lorsque certaines circonstances particulières, dont le potentiel intérêt « exclusif » de l'offre, sont présentes. La reconnaissance de l'acceptation peut être assimilée, dans ces hypothèses, à une fiction juridique²⁹⁶.

71. Conséquence de la consécration de l'article 1120 du Code civil sur le droit des contrats. Un constat s'impose. La possibilité d'admettre qu'un silence vaut acceptation en raison des seules circonstances est un aveu de l'impossibilité de restreindre l'existence du contrat à la rencontre des volontés. L'existence du contrat est parfois admise lorsque les circonstances font apparaître un besoin de protection particulier du contractant. Ce phénomène démontre l'inadaptation des concepts juridiques à certaines situations dans lesquelles le fait particulier surpasse l'abstraction conceptuelle. Cette possibilité, qui reste une exception et qui fait souvent l'objet d'arrêts d'espèce²⁹⁷, n'en étiole pas moins les fondements du contrat. Une constatation similaire est faite dans des hypothèses où les circonstances particulières évincent la qualification contractuelle à des relations qui semblaient le suggérer.

Paragraphe 2. Les circonstances particulières présument l'absence de relation contractuelle même en présence de commune intention

72. Relation « a-contractuelle » et circonstances. Appréhendée sous l'angle de l'absence de juridicité, l'étude d'une situation qui n'est pas reconnue par l'ordonnement juridique comme une relation contractuelle est moins habituelle²⁹⁸. Or, la délimitation de la nature contractuelle d'une situation s'apprécie autant dans le cadre de relations ayant cette qualité qu'à l'occasion de situations qui en ont été dénuées. Les actes passés dans le cercle familial, les

²⁹⁶ En ce sens : G. WICKER, th. préc., spéc. p. 56 : « tant que la norme ne fait que canaliser, encadrer, la manifestation de volonté, il n'y a pas fiction. En revanche, lorsque l'objectivation est poussée jusqu'à recouvrir d'un sens, d'une valeur juridique un comportement, actif ou passif, dénué de toute intentionnalité juridique, il faut alors parler de fiction juridique. Dans de tels cas ce n'est plus le sujet qui agit pour provoquer l'application de la norme, c'est au contraire l'application de la norme qui « provoque », indépendamment de sa volonté, l'engagement du sujet ». Sur les buts de la présomption : Y. PACLOT, th. préc., p. 1 : la présomption est la « construction d'un sens que l'interprète juge conforme aux besoins et aux intérêts que le Droit a pour fonction de satisfaire ».

²⁹⁷ Contrairement au juriste, « le sociologue est, dans un ordre d'idées comparable, enclin à penser qu'une décision judiciaire isolée et particulière constitue un élément du droit, même si elle ne fait pas jurisprudence, même si elle ne dégage pas la moindre solution originale » F. TERRÉ, « Remarques sur les relations entre la sociologie juridique et la philosophie du droit », *ADP* 1969, t. 14, p. 226. Sur cette tendance de la Cour de cassation à reléguer les arrêts inédits à des solutions de faible portée doctrinale : M. LATINA, « Le mystère de la publication des arrêts de la Cour de cassation » in *Dalloz actu. étu.* 2012.

²⁹⁸ Hauser le reconnaît lorsqu'il affirme que « toutes ces études ne s'intéressent qu'au fait qui a « réussi, à celui qui, par le pouvoir de la volonté ou de la règle de droit, est apparu à la vie juridique et, comme tel, se trouve transformé lui-même en norme juridique ou, au contraire, demeurant fait mais ayant des prétentions juridiques, entre en concurrence avec la situation juridique » : J. HAUSER, th. préc., p. 76.

relations d'amitié, revêtent parfois les conditions d'un contrat²⁹⁹, échappent souvent à cette qualification. Toute relation ne peut être légitimement régie par un contrat. Il est nécessaire afin de conserver une paix sociale de réserver, comme l'expose Jean Carbonnier, une sphère de « non-droit »³⁰⁰. L'exemple topique en la matière et souvent repris par les manuels est l'invitation à dîner³⁰¹. Les auteurs indiquent que la contrainte est seulement morale et non juridique. Pourtant, cette explication n'est plus valable à l'égard des fiançailles qui ont tout l'air de relations contractuelles qui, pourtant, échappent à cette qualification³⁰². La frontière entre les simples devoirs de convenance et les obligations civiles n'est pourtant pas aisée à établir. Une obligation dite « naturelle » peut toujours se « transformer » en une obligation civile lorsque, volontairement, l'individu réalise ou s'engage à réaliser un « devoir de conscience »³⁰³. Ainsi, bien que la situation factuelle puisse donner l'apparence d'une relation contractuelle, l'acte juridique n'est pas réductible à cette situation. Il lui manquerait en réalité un élément supplémentaire pour que celui-ci puisse prétendre à cette juridicité : l'intention de s'engager. Finalement, il suffirait que l'individu évoque son absence de volonté dans la création d'effets de droit pour qu'une situation ne soit pas reconnue comme juridique. La volonté aurait donc toute amplitude pour créer, mais aussi décider de ne pas créer.

73. Plan. Comment prouver que l'individu ne souhaitait pas s'engager juridiquement alors que la situation pourrait s'analyser comme un contrat ? D'autres raisons doivent nécessairement motiver la solution judiciaire qui ne peut se cantonner au flou de la notion de volonté de s'engager ou de ne pas s'engager (A). Les circonstances particulières s'avèrent utiles, voire indispensables, car elles soutiennent et présument cette non-juridicité, toujours sous couvert de l'interprétation de la volonté (B).

A. L'appréciation de la « volonté de ne pas s'engager » au regard des circonstances de la situation

²⁹⁹ Un auteur rejette les arguments admettant l'impossibilité de voir dans les « relations mondaines » des relations contractuelles. Toujours en prenant l'exemple d'une invitation à dîner, l'auteur affirme que « dans l'un et l'autre cas, la partie qui s'oblige aura donné son consentement ; d'autre part, les conditions ordinaires de capacité, d'objet et de cause, étant supposées remplies, on ne voit pas très bien, à défaut de textes spéciaux visant la matière, pour quelle raison le droit commun des contrats ne trouverait pas ici son application » : J. TAFTE, *La responsabilité civile en dehors du contrat et du délit ou du quasi-délit*, Paris, 1921, p. 55.

³⁰⁰ Si les relations familiales et amicales ne peuvent être qualifiées de relation contractuelle entre membres d'une même famille, il existe tout de même des liens de droit : Pour un exposé général de la notion de « lien » : E. JEULAND, « L'énigme du lien de droit », *RTD Civ.*, 2003, p. 455.

³⁰¹ Il s'agirait peut-être plus d'une hypothèse qui relèverait de l'adage *De minimis non curat praetor* : J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 10^e éd., 2014, p. 35. Pour l'auteur, le principe d'autonomie de la volonté est à l'origine de zones de non-droit, car il n'a pas seulement la possibilité « de créer du droit : elle est aussi la liberté, largement ouverte aux hommes de demeurer dans la pure absence qu'est le non-droit ».

³⁰² Des auteurs ont défendu cette qualification : L. JOSSERAND, « Le problème juridique de la rupture des fiançailles », *DH* 1927, p. 21 et s.

³⁰³ L'art. 1100 C. civ. prévoit aujourd'hui que les obligations « peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui ».

74. Flou autour de la notion de volonté de s'engager dans un lien de droit. De prime abord, la distinction entre un engagement dépourvu de juridicité et un contrat ne serait qu'une question d'interprétation de volonté³⁰⁴. Le contrat n'existerait pas lorsque le complaisant exprimerait sa volonté de ne pas être lié juridiquement³⁰⁵. Cette dernière extrairait la relation de complaisance de la sphère contractuelle. Pourtant, cette recherche paraît bien artificielle. Rarement l'expression d'une volonté, d'autant plus une volonté de ne pas être liée, se manifeste clairement³⁰⁶. Le juge devrait se convaincre *in petto*, au regard de la maigre consistance d'une volonté hypothétique, que la relation n'a rien de contractuel. Si le critère de la volonté de ne pas être liée juridiquement n'est que très rarement pertinent³⁰⁷, d'autres éléments doivent bien emporter la conviction judiciaire. C'est nécessairement dans le contexte de la relation et en présence de certaines circonstances que le caractère non-contractuel de la situation doit être recherché. Paradoxalement, les circonstances facilitent la preuve d'une obligation civile, puisqu'une obligation naturelle doit exister préalablement³⁰⁸. Ces cercles privés, intimes, sont des terreaux favorables à la naissance de ces devoirs de conscience. Finalement, tout comme certaines circonstances particulières favorisent la constatation d'une volonté contractuelle même en l'absence d'acceptation³⁰⁹, certaines circonstances particulières présument l'absence de relation contractuelle. Cependant, ces relations ne sont que des indices qui supposent l'absence de caractère contractuel des échanges. *A contrario*, des éléments habituellement présents dans des relations « intéressées » n'excluent pas la qualification de relation de complaisance³¹⁰. D'ailleurs, la jurisprudence reste obscure sur les indices de distinction entre

³⁰⁴ Tout dépendrait de la volonté des parties de placer leur accord sous le domaine du droit, ce qui a pour but, comme l'énonce un auteur, d'imposer l'intentionnalité juridique comme un élément de qualification du contrat, assertion pour lui inconcevable : V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, préf. G. Pignarre, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 480, 2007, p. 466, n° 652.

³⁰⁵ Pothier admettait le critère de l'intention de s'engager juridiquement : « il y a d'autres promesses que nous faisons de bonne foi, et avec la volonté actuelle de les accomplir, mais sans une intention d'accorder à celui à qui nous les faisons le droit d'en exiger l'accomplissement ; ce qui arrive lorsque celui qui promet déclare en même temps qu'il n'entend pas néanmoins s'engager ; ou bien lorsque cela résulte des circonstances, ou des qualités de celui qui promet, et de celui à qui la promesse est faite » : *Traité des obligations*, op. cit., p. 5 (nous soulignons).

³⁰⁶ Même lorsque cette volonté de ne pas être liée est exprimée de manière claire, elle n'est pas un obstacle à ce que le juge ramène l'engagement dans la sphère juridique. Les engagements d'honneur ont une portée qui reste obscure : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit des obligations*, op. cit., n° 254 et s., spéc. n° 257.

³⁰⁷ Un auteur reconnaît que le critère de l'intention de ne pas être liée n'est pas un « véritable élément de qualification ». La doctrine s'efforce de rattacher la problématique des actes de complaisance à la recherche de l'intentionnalité, rejetant les décisions se détachant clairement de cette preuve à des solutions « d'exception ». Ces solutions ne seraient pas des exceptions, mais plutôt des « contre-exemples soit des contre-épreuves du modèle actuel » : B. MORON-PUECH, *L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat*, préf. D. Fenouillet, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 591, 2020, p. 128-140 spéc. n° 167.

³⁰⁸ La preuve d'un devoir de conscience peut être facilitée lorsque la relation se trouve dans une sphère privée, mais elle n'est pas suffisante, ni nécessaire, pour établir l'existence d'une obligation naturelle envers autrui. La jurisprudence le rappelle parfois : Civ. 1^{ère}, 17 oct. 2012, n° 11-20.124, *RDC* 2013, p. 576, obs. M. LATINA.

³⁰⁹ *Supra* n° 39 et s.

³¹⁰ Sur cette idée : A. LAUDE, th. préc., n° 524 : « C'est ainsi que les facilités de caisse, ou les tolérances bancaires peuvent parfois ne pas être constitutives d'une convention d'ouverture de crédit » : L'auteur cite un arrêt de la chambre commerciale du 13 janvier 1982 qui admit l'existence de tolérances bancaires en refusant la qualification contractuelle à la relation lorsque les découverts sont « *ponctuels et occasionnels* » (soulignée par l'auteur). L'art. 1876 C. civ. concernant le prêt à usage prévoit qu'il « est essentiellement gratuit », l'art. 1986 du même code prévoit à propos du mandat qu'il est « gratuit s'il n'y a convention contraire ». Pour une vue d'ensemble : C. ALLEAUME, « Existe-t-il une catégorie de contrats de bienfaisance ? », *LPA* 2012, p. 21.

les relations de complaisance et les relations contractuelles³¹¹. La tolérance, la complaisance, l'entraide, la gratuité, ne sont pas des obstacles dirimants à la reconnaissance d'un contrat. Par exemple, la convention d'assistance bénévole, la donation³¹², le prêt à usage sont des conventions essentiellement gratuites pour reprendre l'expression de l'article 1876 du Code civil.

75. Influence des circonstances sur la juridicité de la relation. L'intention de s'engager dans un lien juridique a très peu de chance d'être éclairante, à tout le moins si cette volonté n'est pas analysée sous le prisme des circonstances particulières³¹³. Un auteur qui, tout en posant comme critère l'*animus contrahendoe obligationis*, admettait l'importance des circonstances capables « d'expliquer si la convention a été formée pour atteindre à la dignité et à la perfection du contrat, ou pour demeurer dans l'état de faiblesse et d'infirmité de la convention simple »³¹⁴. On retrouve cette analyse en filigrane chez M. Viandier. L'auteur précise que la volonté de ne pas s'engager dans un lien juridique n'est jamais aussi nette que les juges voudraient qu'elle soit et procède bien plus de « la nature des choses »³¹⁵. M. Sériaux, en reniant le rôle de la volonté de se placer hors du droit, reconnaît aussi que ce seraient « les circonstances qui dictent la règle de droit la plus adaptée » dans ce genre d'hypothèses³¹⁶. Chabas admet quant à lui que la volonté de se placer en dehors d'un lien de droit puisse provenir du contexte de l'événement. Il affirme ainsi que « c'est l'intention de son auteur qui donne à une manifestation de volonté son caractère juridique » mais qu'il est nécessaire de « de préciser tout de suite, que la recherche de l'intention est une pure question de fait qui peut s'induire de la déclaration elle-même ou des circonstances qui l'ont accompagnée »³¹⁷.

³¹¹ Très peu d'études se sont intéressées aux éléments de distinction alors que la problématique touche à l'essence de la notion de contrat. Une récente thèse sur l'amitié en droit privé n'apporte pas plus d'éléments sur les différents critères de distinction. L'auteure reprend la cause définit par les auteurs classiques de « la volonté de s'engager » en affirmant que cette volonté de « sortie du non-droit » doit être faite par le biais d'une « manifestation explicite de volonté, plaçant alors l'interaction sous l'égide du droit, par exemple sous la forme d'une offre et d'une acceptation » : C. ROCHAT, *L'amitié en droit privé*, PUAM, 2019, p. 155-160, spéc. n° 214.

³¹² Dans les relations d'affaires, ces prêts à usage sont certes gratuits mais ne sont pas purement désintéressés ou philanthropiques. Ils intègrent régulièrement une opération économique plus large qui comprend des contrats à titre onéreux : c'est le cas par exemple lorsqu'un brasseur met à disposition d'un tenant d'un barman du matériel de tirage de bière. Sur ce point : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTHIER, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 12^e éd., 2022, n° 640.

³¹³ Cette « intentionnalité » juridique ne serait pas un critère de qualification du contrat. Pour cette démonstration : B. MORON-PUECH, th. préc., spéc. p. 126-140.

³¹⁴ LAROMBIÈRE, *Théorie et Pratique des obligations*, t. 1, Librairie A. Durand, 1857, p. 3-4, cité par J. TAFPE, th. préc., p. 19. Il cite d'autres auteurs tel que Demolombe qui propose, comme Larombière, d'analyser notamment les « circonstances dans lesquelles elle (la convention) est intervenue », toujours pour démontrer cette fameuse volonté d'être liée dans un rapport d'obligation.

³¹⁵ A. VIANDIER, « La complaisance », *JCP G* 1980, p. 2987.

³¹⁶ A. SÉRIAUX, « Question controversée : la théorie du non droit », *RRJ* 1995-1, p. 13 et s., spéc. p. 18-21 : « En réalité, telle règle de droit achève de régler une relation sociale déterminée tout simplement parce que les circonstances de fait ont suffisamment changé pour justifier la présence d'une autre règle (...). C'est si l'on veut, en termes de conflits de lois ou de droits qu'il faut raisonner. Le conflit se dénoue en donnant comme partout le pas à la règle la meilleure : celle qui est la mieux adaptée aux circonstances ». L'auteur précise en note de bas de page son propos en affirmant qu'il serait plus exact de reconnaître que ce sont les circonstances qui dictent la règle de droit la plus adaptée.

³¹⁷ J. CHABAS, th. préc., p. 28-29.

B. L'éviction de la nature contractuelle d'une relation expressément reconnue à l'aune des circonstances particulières

76. Droit international public : l'influence directe des circonstances sur l'absence de reconnaissance de la qualité contractuelle de la relation. En droit international public, la Cour internationale de justice ne s'embarrasse pas de la démonstration de l'intention de s'engager dans un contrat et préfère expressément « tenir compte avant tout des termes employés et des circonstances dans lesquelles le communiqué a été élaboré »³¹⁸ pour prouver l'existence d'un accord entre les parties d'un traité. En l'espèce était en cause un différend entre la Grèce et la Turquie sur la délimitation du plateau continental de la mer Égée. La Cour internationale de justice devait répondre à la question de savoir si les deux États s'étaient mis d'accord sur la possibilité de soumettre de manière unilatérale leurs différends. La Cour rejette la prétention de la Grèce en affirmant, qu'au regard des termes employés dans leurs communiqués et des circonstances dans lesquelles ils ont été formulés, à savoir différents entretiens entre les représentants des deux pays, la Cour n'y voyait aucune volonté de s'engager de la part de l'État turc.

77. Exemple du droit anglais dans l'appréciation des relations non-contractuelles. Le droit anglais utilise aussi un concept équivalent qu'il nomme « *intention to create legal relations* ». Comme le droit français, le droit anglais recourt au concept d'intention de s'engager dans un lien de droit, ce qui est aujourd'hui décrié par une partie de la doctrine outre-Manche³¹⁹. Tout en exigeant la preuve de l'intention d'être liée juridiquement, la jurisprudence présume l'absence de volonté lorsque des propositions sont faites au sein du cercle familial, ou encore lorsqu'elles sont teintées d'une coloration sociale³²⁰. Cette présomption est justifiée parfois par l'enjeu de peu d'importance attachée aux conséquences de la méconnaissance de ces promesses³²¹. Lord Atkin, dans une célèbre affaire *Balfour v. Balfour*, considère que la promesse faite à un mari de verser une pension à son épouse durant son détachement dans une colonie britannique est une convention « purement sociale » qui n'a pas de valeur juridique³²².

³¹⁸ CIJ, *Plateau continental de la mer Égée*, 19 déc. 1978.

³¹⁹ Pour certains, il serait inutile de recourir à la démonstration de l'intention de s'engager dans un lien de droit : E. MCKENDRICK, *Contrat law*, Oxford University Press, 8^e éd., 2018, p. 288.

³²⁰ C. LE GALLOU, S. WESLEY, *Droit anglais des affaires*, LGDJ, 2018, p. 177-180, spéc. n° 380. Aussi : E. MCKENDRICK, *Contrat law*, *Ibid.*, p. 269 : « *the doctrine of intention to create legal relations plays its most important role in the context of domestic and social agreements. In both context the courts presume that the parties to the agreement did not intend to create legal relations* ».

³²¹ C. LE GALLOU, S. WESLEY, *Droit anglais des affaires*, *Ibid.*, n° 379.

³²² *Balfour v. Balfour*, (1919), 2 KB 571, (section 2). Lord Atkin prenait l'exemple de l'invitation à marcher pour évincer le caractère contractuel de ce genre de promesses entre époux. Il affirme sur ce point : « *Nobody would suggest in ordinary circumstances that those agreements result in what we know as a contract, and one of the most usual forms of agreements which does not constitute a contract appears to me to be the arrangements which are made between husband and wife* ».

78. La présomption d'absence de caractère contractuel peut être renversée par la preuve de circonstances particulières en droit anglais. Les présomptions d'absence de juridicité des relations en droit anglais ne sont pas irréfragables. D'autres circonstances, telles que le contexte professionnel dans lequel la convention est passée, toujours sous couvert de l'analyse de la volonté de s'engager, peuvent faire basculer la relation dans le domaine contractuel. Dans une affaire *Snelling v. John Snelling LTD*³²³, l'existence d'un contrat concernant la gouvernance d'une société créée entre trois frères a été caractérisée. En l'espèce, le contexte professionnel renverse la présomption d'absence d'intention de se lier juridiquement³²⁴. Le droit allemand et le droit suisse connaissent un principe d'interprétation des actes à l'aune des circonstances similaires afin de différencier les promesses « sérieuses » et les relations de complaisance, dont certains auteurs reconnaissent les mérites en affirmant qu'elle « est certainement, entre les mains d'un juge de carrière, la méthode préférable à toute autre pour dominer le problème »³²⁵.

79. La place des circonstances dans l'absence de la nature contractuelle de la relation en droit français. Le droit français ne reconnaît pas, comme le fait le droit anglais, de présomption d'absence de volonté juridique. D'autres éléments sont pris en compte, tel que l'écoulement du temps qui est propice à former un contrat, là où les aides occasionnelles fournies, qui plus est par des proches, constituent *a priori* du bénévolat. Dans une décision de la chambre sociale de la Cour de cassation, les juges rejetèrent la prétention d'un individu souhaitant reconnaître l'existence d'un contrat de travail à l'occasion de l'aide qu'il fournit à un de ses amis fleuristes pendant une semaine dans la gestion de son commerce. La Cour de cassation avait jugé que les éléments rapportés, comme le fait de se présenter à l'égard des clients comme un employé du magasin, étaient insuffisants pour prouver un lien de subordination juridique³²⁶.

80. Synthèse de l'influence des circonstances dans l'absence de reconnaissance d'une relation contractuelle. La notion « d'intention de s'engager dans un lien de droit » est peu pertinente dans la distinction des contrats et des relations qui ne peuvent prétendre à cette qualité. L'analyse des circonstances particulières, telles que familiales, amicales ou sociales, ainsi que le peu d'intérêt que représente le respect de ces promesses, exclut l'existence d'un contrat. L'utilisation de la notion d'« intention de s'engager dans un lien de droit » serait donc un concept inutile. Néanmoins, le recours à la volonté des contractants est considéré comme indispensable, puisque lui seul serait capable d'expliquer la naissance du contrat. Faire

³²³ 1973, 1, QB 87.

³²⁴ E. MCKENDRICK, *op. cit.* p. 276: "In the first place the context in which the agreement was concluded has often been a factor in persuading the court to rebut the presumption".

³²⁵ K. ZWIEGERT, art préc., p. 42. L'auteur évoque l'interprétation dans le but de critiquer le recours à la *consideration*, principe qui ne repose que sur la volonté formulée des contractants souvent insuffisante, au lieu d'interpréter la volonté à la lumière des « des données concrètes » (p. 41).

³²⁶ Soc. 16 fév. 2012, n° 10-20.912.

l'économie du recours de la notion « d'intention de s'engager » reviendrait à reconnaître que l'appréciation des circonstances particulières se ferait occasionnellement, non pas dans le but de reconnaître l'existence de la volonté, mais afin de lui en dénier tout effet juridique³²⁷.

81. Conclusion de la Section II. Là où les circonstances sont parfois indispensables à la révélation de la volonté contractuelle afin de prouver l'existence du contrat, elles dépassent parfois cette finalité dans deux voies qui semblent, de prime abord, contradictoires. Premièrement, l'absence de manifestation de volonté devrait empêcher de reconnaître systématiquement l'existence d'un contrat. Or, dans certaines situations, les circonstances particulières orientent le juge dans la décision de prononcer son existence. L'analyse littérale de l'article 1120 du Code civil met en lumière que la finalité de cette appréciation ne se conçoit pas à l'aune de la recherche de la volonté des parties. Cette analyse permet de distinguer l'hypothèse du silence circonstancié de celle de manifestation tacite. Au-delà de la recherche stricte de la volonté, les circonstances incitent parfois le juge à offrir une protection à l'intérêt particulier du contractant. Dans un esprit similaire, les circonstances sont encore utiles pour dénier la qualification contractuelle à une relation qui, pourtant, en posséderait toutes les qualités requises. Ici aussi, les circonstances du contexte de la relation présument parfois l'absence de relation juridique, sans que le concept de volonté soit suffisant et pertinent pour éclairer le sens des décisions. Finalement, l'étude des circonstances se révèle un complément indispensable à la compréhension de ces contentieux contractuels.

82. Conclusion du Chapitre I. La volonté comme source de création du contrat est soutenue par l'analyse des circonstances particulières. Les juges vérifient l'existence d'un consensus sur les éléments essentiels du contrat. L'appréciation des circonstances est autorisée par le principe du consensualisme. La seule finalité assignée à cette appréciation devrait être la recherche de la volonté contractuelle. Pourtant, cette constatation est insuffisante à double titre.

D'abord, bien que le juge semble apprécier seulement la volonté sur l'accord des éléments essentiels, il s'écarte en réalité de l'interprétation des circonstances comme seuls indices du consentement mutuel. Ces circonstances proviennent parfois d'éléments de la situation personnelle, familiale, affective du contractant qui incitent à l'essentialisation d'éléments pourtant accessoires. Le fait de s'occuper d'un enfant en bas-âge, ou handicapé, implique que la répartition des horaires de travail du salarié soit considérée comme un élément essentiel du contrat, même si cet aménagement n'a pas été expressément considéré comme tel dans le contenu du contrat. Les circonstances affectives et le passé amoureux de voyageurs transforment la visite d'un lieu peu touristique en un élément essentiel du contrat de voyage à

³²⁷ Carbonnier n'affirme pas autre chose quand il insiste sur la nécessité de conserver des bastions de « non-droit », bien que l'auteur ait recours lui aussi à la volonté de l'individu de se placer hors des situations juridiques : *Flexible droit, op. cit.*, p. 34 : « Leur choix est très net, très structuré : ils refusent de s'engager dans la situation de droit, et se placent dans la situation de non-droit correspondante (...) les relations d'amitié ont pour ressort la volonté des amis ; elles sont, dans le non-droit, la transposition de la liberté contractuelle ».

forfait, sans que le contrat le prévoie clairement. Finalement, l'étude des circonstances révèle un besoin ponctuel de protection, qui ressemble à la méthode du contrôle de proportionnalité *in concreto*. Dans ces situations, l'appréciation casuistique est orientée afin de privilégier la défense d'un intérêt contractuel, au détriment de la caractérisation du consentement mutuel. Ce phénomène est peu analysé par la doctrine, du moins lorsqu'il concerne l'existence du contrat, le juge préférant reléguer ces solutions à des arrêts d'espèce.

Dans un second temps, l'existence du contrat est reconnue dans certaines situations alors qu'il ne provient pas de l'émanation de deux manifestations de volonté. Le silence, qui se distingue de l'hypothèse de la manifestation tacite, devrait conduire à dénier l'existence de tout accord contractuel. Toutefois, le législateur et la jurisprudence voient dans certains silences circonstanciés l'équivalence d'une acceptation, toujours dans le but de protéger un intérêt particulier du contrat. Parfois, la situation de laquelle devrait découler un contrat s'en fait dénier cette qualification. La doctrine et les juges recourent au concept de « volonté de s'engager dans un lien de droit » qui explique difficilement les raisons de l'absence de juridicité de la relation. L'étude des circonstances est encore une fois nécessaire. Ces solutions rappellent les limites de la conceptualisation. L'appréciation des circonstances particulières, loin de se réduire à une question casuistique, est donc source de normativité.

CHAPITRE II. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'APPRÉCIATION DE LA QUALITÉ DE LA VOLONTÉ

83. Place des circonstances dans l'appréciation de la qualité de la volonté. La théorie des vices du consentement repose grandement sur une appréciation de la « psychologie et du comportement des contractants »³²⁸. Le lien avec les circonstances est dès lors patent. L'appréciation judiciaire sur l'existence d'un vice qui altère le consentement évoque l'importance des circonstances particulières relatives aux individus contractants et plus largement au contexte du contrat. La théorie des vices du consentement prend largement en considération la faiblesse du contractant dont le consentement a été altéré. Ainsi, le droit des contrats accorderait une protection à des individus en raison de circonstances diverses. Les raisons d'équité expliquent certainement ce dispositif protecteur³²⁹. La notion d'erreur « inexcusable » met bien en évidence que le consentement vicié du contractant n'est pas le seul élément envisagé. Les circonstances doivent encore démontrer que le contractant est légitime à réclamer la nullité de l'accord. L'étude des circonstances est donc indispensable pour trouver un équilibre entre la protection de la victime et la sécurité juridique des transactions.

84. Plan. Les circonstances particulières permettent, soit de vérifier le mérite de la protection accordée au contractant, soit, au contraire, d'identifier une certaine compétence lui interdisant de se plaindre de sa propre incurie. Les circonstances du contexte général dans lequel le contrat est formé ont aussi un rôle à jouer dans l'appréciation de la qualité du consentement. (Section I). Les circonstances sont encore des éléments qui sont extérieurs au contrat du point de vue de la volonté et sont parfois considérées comme des motifs. Ces derniers ne peuvent remettre en cause l'accord contractuel. Ces éléments, qui ont un intérêt pour l'un des contractants dans l'accomplissement du contrat, ne sont pas pour autant des éléments insérés dans le « champ contractuel » (Section II).

SECTION I. LES CIRCONSTANCES PARTICULIÈRES : CONTEXTE DU CONSENTEMENT

85. Plan. Le concept de volonté contractuelle ne saurait être pertinent pour expliquer l'existence de tous les contrats. Il ne faut pas tirer de ce constat l'inutilité du concept de volonté ; il reste, entre autres, le pivot de la théorie des vices du consentement. En admettant la possibilité de l'existence d'un vice, le droit des contrats souhaite protéger le plus fidèlement possible la volonté « psychologique » du contractant. Néanmoins, tout ne peut justifier une remise en cause

³²⁸ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, op. cit., n° 515.

³²⁹ En ce sens : F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^e éd., Dalloz, 2022, n° 272 : ce serait « l'influence de l'idée d'équité » qui expliquerait en partie l'abandon du système formaliste qui ne permettait pas de sanctionner l'erreur.

de l'accord. La théorie des vices du consentement ne se calque pas exactement sur la volonté de la victime du vice, volonté qui ne peut revenir au gré de ses humeurs sur la parole qu'elle a donnée. Ainsi, les circonstances particulières sont appréciées dans ce contentieux comme des éléments qui légitiment la demande de nullité du contrat. Pour ce faire, deux catégories de circonstances sont alors analysées : celles relatives aux contractants (Paragraphe 1) et d'autres concernant le contexte du contrat (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'influence des circonstances particulières aux parties contractantes

86. Plan. Si la théorie des vices du consentement est un mécanisme destiné à protéger les contractants, elle doit trouver un équilibre entre la protection de l'intérêt de la victime du vice et l'intérêt du co-contractant qui est susceptible d'être relié à la conservation de la sécurité des contrats (A). Cet équilibre passe par l'appréciation de circonstances particulières des contractants dont le consentement a été vicié (B).

A. Recherche d'un équilibre entre la protection du contractant et la protection du contrat

87. Plan. Le droit des contrats ne saurait envisager toutes les circonstances relatives à l'individu contractant afin de protéger la sécurité juridique des transactions (a). Néanmoins, la théorie des vices du consentement réinvestit nécessairement les circonstances particulières des contractants afin d'apprécier la légitimité de la remise en cause du contrat (b). L'appréciation des circonstances ne peut donc s'envisager comme une atteinte à la sécurité juridique dans cette hypothèse, elle garantit aussi la protection du contrat lorsque le contexte fait apparaître que le droit ne doit pas accorder sa protection à un individu qui ne la mérite pas.

a. Le droit des contrats n'envisage pas volontairement les circonstances particulières des contractants dans le but de protéger la sécurité juridique

88. L'appréciation *in abstracto* garantirait la sécurité juridique du contrat en évinçant l'analyse des circonstances. Le contractant n'est normalement plus considéré dans son individualité, mais seulement comme débiteur ou créancier d'une obligation lorsqu'il conclut un contrat. En effet, « ces occurrences (le corps, les organes, les produits, la vie privée, une qualité humaine) sont étrangères à la relation interpersonnelle établie par le contrat car cette relation intègre, dans la sphère de l'acte contractuel, la personne juridique considérée ès qualités »³³⁰. Finalement, peu importerait les aptitudes personnelles du contractant, ses particularités, les circonstances qui auraient une importance pour la résolution du problème

³³⁰ Th. REVET, « Objectivisation ou subjectivisation du contrat, Quelle valeur juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat*, dir. Ch. Jamin, D. Mazeaud, P. Ancel, Dalloz, 2003, p. 86 et s., spéc. p. 87.

juridique seraient extérieures à la personne contractante³³¹. Néanmoins, la théorie des vices du consentement, et en particulier l'erreur, ne peut se passer de l'appréciation des circonstances, circonstances qui sont souvent des éléments qui révèlent la psychologie de l'*errans*.

b. La théorie des vices du consentement observe nécessairement les circonstances particulières aux contractants pour assurer une protection mesurée

89. L'appréciation des circonstances dans la théorie des vices du consentement défend la volonté comme fondement du contrat. Bien que le contractant soit considéré comme un individu libre, la théorie des vices du consentement réinvestit nécessairement la dimension particulière qui fait écho à son individualité. Cette démarche est nécessaire afin de défendre la volonté comme fondement du contrat. M. Stoffel-Munck affirme que, si le contrat repose tout entier sur l'aliénation de la volonté comme la doctrine veut bien l'entendre, il faut en parallèle admettre que l'engagement est « limité à ce que le débiteur a pu en comprendre »³³². M. Ghestin adopte un propos similaire concernant l'erreur en invoquant la théorie de l'autonomie de la volonté³³³, et fait référence en parallèle à la finalité de « justice qui constitue le but de toute réglementation juridique » afin d'assurer la conciliation des intérêts en présence³³⁴. Les circonstances individuelles du contractant, loin de s'opposer au contrat, se révèlent les éléments qui garantissent la légitimité de l'argument de la volonté comme fondement de sa force obligatoire³³⁵. Cependant, toutes ces circonstances particulières ne peuvent être prises en compte au nom de la défense de la sécurité juridique³³⁶.

³³¹ Pour une distinction entre les circonstances internes et externes dans l'appréciation de la faute : A. RABUT, *De la notion de faute en droit privé*, LGDJ, 1949, spéc. p. 91 : il n'est pas nécessaire « de tenir compte des particularités du débiteur, de son habileté ou de son honnêteté personnelle (...) il faut préciser au maximum les circonstances externes ».

³³² Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 337, 2000, n° 641.

³³³ J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, préf. J. Boulanger, LGDJ, éd. Anthologie du Droit, rééd. 2014, n° 192, p. 226 : « la théorie de l'autonomie de la volonté conduit ainsi à annuler tout engagement déterminé par une erreur ».

³³⁴ J. GHESTIN, *Ibid.*, n° 192, p. 227 et n° 193, p. 228.

³³⁵ D'autres auteurs font directement référence à l'objectif de justice dans le fondement de la théorie des vices du consentement sans passer par la théorie de l'autonomie de la volonté. Pour un exemple : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 301, p. 288 : la théorie des vices du consentement a un but de justice « car elle se propose de protéger celui des contractants dont le consentement n'a pas été parfaitement libre dans sa volonté ni éclairé dans son intelligence ».

³³⁶ En ce sens : F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, op. cit.*, n° 273 : « En tenant compte de tout ce qui peut altérer un consentement, on aurait introduit l'insécurité dans les rapports contractuels ». Pour la préservation de la protection du créancier, le même genre de développement se retrouve aussi : N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 57, 1965, p. 237 : « (...) vu la complexité des circonstances et le caractère caché ou imprévisible de nombreuses particularités humaines, ne sauraient être infléchies par toutes les données individuelles existant chez ceux qui en bénéficient. Lorsqu'il s'agit de déterminer la diligence due par une personne, les particularités existant chez autrui ne sont ni systématiquement retenues, ni systématiquement méconnues ; elles sont traitées exactement comme toutes les autres circonstances extérieures au sujet de l'obligation ».

90. Appréciation du caractère déterminant du vice au regard des circonstances particulières. L'ordonnance du 10 février 2016 octroie une place importante à l'analyse des circonstances particulières. En effet, l'article 1130 du Code civil alinéa 2 invite à vérifier le caractère déterminant du vice à l'égard des « personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné ». La compréhension des circonstances doit s'apprécier à la lumière de la particularité des individus. L'utilisation du terme « personne », est non de celui de contractant, nourrit l'idée que le législateur souhaite accorder une place prépondérante aux particularités humaines. L'appréciation du caractère déterminant du vice se ferait *in concreto*³³⁷.

En réalité, le choix de se tourner vers cette méthode d'appréciation n'était pas si évident. Concernant par exemple l'appréciation du caractère déterminant du vice de violence, l'article 1112 alinéa 1^{er} ancien du Code civil prévoyait que la violence existait quand elle était « de nature à faire impression sur une personne raisonnable ». L'utilisation du standard ne permet pas de trancher sur la méthode d'appréciation à privilégier. Est-ce la personne raisonnable moyenne, sans égard à ses capacités propres, qui doit être la mesure de l'appréciation, ou le juge doit-il envisager les circonstances particulières de la victime et du contexte contractuel ? L'alinéa 2 du même article éclaircissait en partie la problématique : l'âge, le sexe et la condition des personnes étaient autant d'éléments pertinents pour attester du caractère déterminant de la violence. L'application de ce raisonnement à l'erreur et au dol n'était pas garantie. La violence comporte un aspect psychologique dont les autres vices sont moins mâtinés. La contrainte exercée extorque le consentement de la victime, qui, par crainte d'un mal plus grand, se résigne à aliéner sa volonté. L'appréciation de la crainte se conçoit mal sans une prise en compte de la personnalité de la victime, aspect qui est moins présent à l'égard de l'erreur.

L'appréciation du caractère déterminant du vice est donc concrète, circonstancielle. Les contentieux contractuels, à contrats identiques, pourraient ne pas être appréciés de la même façon suivant la personnalité des victimes du vice. Le contentieux est donc très casuistique et contient de rares arrêts de principe³³⁸. L'appréciation des circonstances particulières au contractant se réaliserait donc au moment de savoir si, en l'absence du vice, celui-ci aurait tout de même choisi de conclure le contrat. Le raisonnement se ferait en deux étapes concernant par exemple l'erreur qui concentre la majorité du contentieux des vices du consentement. D'abord, il est nécessaire de vérifier si, en l'absence de cette qualité, le contractant aurait tout de même conclu le contrat, puis de délimiter le contenu de cette qualité, étapes que la jurisprudence antérieure avait tendance à lier.

³³⁷ Des auteurs soulignent cette dimension factuelle du caractère déterminant : Ph. CHAUVEL, *Le vice du consentement*, th. dactyl. Paris 2, vol. 1, 1981, p. 262 : « Il y a là une donnée de fait manifeste que les juges tranchent d'un trait de plume par une appréciation souveraine ».

³³⁸ Sur cette remarque : B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, 13^e éd., 2023, n° 106, p. 111.

91. L'appréciation des circonstances concernerait seulement l'appréciation du caractère déterminant, non la détermination de la qualité essentielle. L'évolution jurisprudentielle antérieure avait pratiquement « fusionné » la condition du caractère déterminant du vice et l'objet de l'erreur. La présentation de certains ouvrages de droit des obligations est sur ce point explicite³³⁹. Cornu reliait l'appréciation dite « subjective » de l'erreur à l'appréciation du caractère déterminant du vice³⁴⁰. Le législateur a visiblement souhaité mettre fin à cette confusion en distinguant la vérification de l'objet de l'erreur (la qualité essentielle) et l'effet de la commission de l'erreur (qu'elle ait été déterminante du consentement). L'erreur peut alors être déterminante du consentement sans porter sur une qualité essentielle : cette hypothèse s'envisage sans difficulté, l'erreur sur un motif du contrat peut être déterminante, mais elle n'est pas, par nature, une qualité essentielle, sauf stipulation contraire. *A contrario*, mais moins fréquemment, l'erreur peut porter sur une qualité essentielle sans être déterminante du consentement : la constructibilité d'un terrain est généralement appréciée comme une qualité essentielle. Mais, en présence de certaines circonstances particulières, comme le fait que l'acheteur soit un arboriculteur, le juge pourrait se convaincre que l'erreur n'ait pas été déterminante. Ce faisant, la réforme du droit des contrats entérine l'influence des circonstances particulières à l'occasion de l'appréciation du caractère déterminant de l'erreur. En revanche, elle concernerait exclusivement le caractère déterminant du vice. La détermination de la qualité essentielle ne se vérifierait qu'à l'aune de la volonté expresse ou tacite des parties³⁴¹. L'affirmation est un peu hâtive. Les circonstances jouent un rôle déterminant, notamment dans la légitimité de l'admission du vice.

B. La diversité des circonstances individuelles au contractant victime du vice

92. Plan. Par une tradition jurisprudentielle établie, le juge se saisit des circonstances particulières à l'individu sans se préoccuper de la distinction entre substance du contrat et caractère déterminant du vice. Elle le fait dans deux voies : les circonstances particulières peuvent d'abord révéler un état de faiblesse de l'individu qui orientent le juge dans l'admission du vice (a), soit, au contraire, attestent d'une expérience évinçant la protection qui était normalement attendue (b). Les juges le font en particulier à l'occasion de la reconnaissance

³³⁹ Par ex. J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, op. cit., spéc. p. 974 ; Dans le même sens : COLIN, CAPITANT, JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours élémentaire de Droit civil français*, Dalloz, t. 2, 1957, p. 166 : « il y a erreur sur la substance, toutes les fois que l'erreur tombe sur une qualité (physique ou autre) telle, que si l'on avait su que cette qualité n'existait pas, on n'aurait pas contracté, toutes les fois que cette qualité a été la cause principale du contrat ». La distinction est parfois plus nette : G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, LGDJ, t. 2, 1957, n°1 61 : les auteurs évoquent l'« erreur sur le motif déterminant » en précisant qu'elle entraîne la nullité du contrat « toutes les fois que ce motif se rapporte soit à l'objet de l'obligation, soit à la personne du co-contractant ».

³⁴⁰ G. CORNU, *Regards sur le titre III du livre III du Code civil*, in *La rénovation du Code civil*, éd. Panthéon-Assas, réed. 2017, p. 297 : « L'erreur n'est cause de nullité, pour une partie, que si elle porte sur une qualité qui revêtait, pour cette partie, une importance telle que, sans elle, elle n'eût pas contracté, considération déterminante constituant en définitive, pour elle, la cause impulsive de l'opération ».

³⁴¹ Sur la délimitation des motifs et des qualités essentielles : *infra* n° 130 et s.

d'une erreur dite « inexcusable ». L'analyse des circonstances n'est donc pas, traditionnellement, limitée au caractère déterminant.

a. Influence des circonstances particulières orientant l'admission du vice

93. Diversité des circonstances particulières. Afin de révéler « l'état d'esprit » du demandeur, des circonstances particulières sont nécessairement prises en compte. M. Ghestin relève que les tribunaux sont attentifs « à la profession du demandeur, à ses habitudes, ses goûts »³⁴². L'âge, l'inexpérience, la maladie, la profession, l'éducation sont autant d'éléments que les juges peuvent observer³⁴³. L'appréciation des circonstances est encore nécessaire dans la caractérisation de ce que la doctrine nomme erreur « inexcusable ».

1. Vice pour erreur

94. Les circonstances peuvent révéler un manque de compréhension de l'errans. La mauvaise maîtrise de la langue peut conduire à la nullité du contrat pour absence de consentement. Une décision de la chambre sociale de la Cour de cassation du 14 janvier 1997 retient l'incompréhension de la langue française pour apprécier l'absence de consentement à une transaction salariale³⁴⁴. Généralement, les juges sont peu enclins à reconnaître un vice du consentement sur ce critère. Est en cause bien souvent la difficulté de prouver la maîtrise insuffisante de la langue et de démontrer qu'aucun autre moyen ne lui permettait d'apprécier l'ampleur du contrat qu'il concluait³⁴⁵. Malgré ces obstacles, il reste que la compréhension de la langue est, bien évidemment, un élément indispensable au consentement éclairé. Les juges apprécient plus souvent le manque d'expérience dans un domaine particulier comme circonstance débouchant sur une erreur.

95. Les circonstances peuvent évoquer un manque de compétence de l'errans. Une décision de la Cour de cassation du 12 février 2008³⁴⁶ démontre avec acuité la finalité de protection assignée à la théorie des vices du consentement, au mépris parfois de la prohibition de l'erreur sur la valeur inscrite aujourd'hui à l'article 1136 du Code civil. En l'espèce, un individu a cédé à un couple l'intégralité des parts sociales d'une SARL pour le prix unitaire de 19 euros. Regrettant par la suite le prix fixé, il assigne en nullité du contrat de cession les époux sur le fondement de l'erreur. Le respect des textes voudrait que les juges refusent son admission, puisque l'erreur porte sur la valeur des parts, ce que ne manquent pas de relever les défendeurs. Les juges rejetèrent leur pourvoi en reprenant les arguments des juges du fond qui avaient insisté

³⁴² J. GHESTIN, th. préc., n° 37.

³⁴³ En réalité, ces caractéristiques sont surtout analysées dans la démonstration du caractère déterminant du dol : N. DEJEAN DE LA BÂTIE, th. préc., n° 282.

³⁴⁴ Soc. 14 janv. 1997, n°95-40.363, D. 1997, p. 612, note J. DJOUDI.

³⁴⁵ M. BARBA, *La langue en droit international privé*, th. dactyl., Lyon 3, 2019, n° 621 et s.

³⁴⁶ Com. 12 fév. 2008, n° 06-19.204, RDC 2008, p. 730, obs. Y.-M. LAITHIER.

sur l'état « dépressif » et le manque de compétence du cédant, « peu versé dans la vie des affaires », ce dernier était « incapable dans ces conditions de mesurer la portée des actes qu'il signait ». Ils finirent par relever que le prix des parts fixé dans la cession se calquait sur la valeur nominale, dont le montant était « sans commune mesure avec leur valeur objective », le cédant étant évincé d'une société « florissante sans contrepartie réelle ».

Cet arrêt mêle plusieurs arguments. D'abord, les circonstances particulières de la situation du cédant montrent que l'objet de l'erreur se révèle indifférent tant les circonstances impliquent la nécessité de protéger l'intérêt de l'*errans*. Une décision du 5 octobre 2006 est évocatrice de cette tendance particulière. Les juges reconnaissant en l'espèce la présence d'un « vice du consentement » sans autres précisions, car les « circonstances de la signature de la convention permettent d'estimer que le consentement » de l'*errans* « n'a pas été libre ». Cette dernière se trouvait « dans un état de moindre résistance » en raison de son besoin urgent de liquidités du fait de sa situation de surendettement et de son « état de faiblesse psychologique »³⁴⁷. En effet, l'exploitation du manque de compétence et de l'état psychologique du contractant par les cessionnaires confine à un abus. M. Laithier remarque sur ce point que les termes retenus par les magistrats ressemblent sensiblement à la formule de l'ancien article L. 122-8 du code de la consommation consacré à l'abus de faiblesse. Selon ce texte, il se déterminait au regard de « circonstances » démontrant que la victime « n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait (...) »³⁴⁸. En l'espèce, l'erreur sur le contrat de cession de parts sociales ne porte pas sur les qualités essentielles que la jurisprudence reconnaît habituellement dans ce genre de contrat³⁴⁹. Elle ne peut porter d'autant moins sur le prix du contrat qui est indifférent³⁵⁰. Bien que la distinction entre erreur sur les qualités essentielles et la valeur soit parfois délicate, puisqu'une erreur sur la substance induit fréquemment une erreur sur la valeur³⁵¹, celle-ci ne faisait pas de doute en l'espèce.

Il n'est pas certain qu'une même protection ne soit pas accordée pour des faits similaires, non pas sur le fondement de l'erreur, mais directement sur celui de la bonne foi qui, selon l'article 1104 du Code civil, s'applique autant aux négociations, à la formation qu'à l'exécution du contrat. Le principe de bonne foi lors des négociations et l'exécution du contrat sont des

³⁴⁷ Civ. 2^e, 5 oct. 2006, n° 04-11.179, inédit : la victime « du vice du consentement » avait saisi en l'espèce un bâtonnier afin de remettre en cause la convention d'honoraires signée avec un avocat. La Cour de cassation rejeta les prétentions de ce dernier et admit l'ordonnance confirmative attestant de l'existence d'un vice du consentement.

³⁴⁸ Art. L. 121-8 C. com. reprenant aujourd'hui la même formule.

³⁴⁹ La poursuite de l'activité sociale est une qualité habituellement considérée comme essentielle dans une cession de parts sociales : Com. 20 oct. 2003, n° 02-11.592, *BJS* 2004, p. 113, obs. T. MASSART. Dans le même sens : Com. 18 fév. 1997, *Bull. Civ.*, IV, n° 55.

³⁵⁰ D. HOUTCIEFF, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 258, Dans le même sens : B. FAGES, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 115. Sur la justification de l'absence du contrôle par les juges de l'équilibre du contrat : M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 551.

³⁵¹ Ce qui réduit à portion congrue les « véritables » erreurs sur la valeur : G. GOUBEAUX, « A propos de l'erreur sur la valeur », in *Études J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 389 et s., spéc. p. 396.

hypothèses connues³⁵², tandis que la notion de respect de la bonne foi lors de la formation du contrat reste pour le moins obscure. Pourtant, cette décision semble illustrer cette possibilité, même si la bonne foi ne peut, en l'état du droit positif, être le fondement d'une nullité du contrat comme l'est l'erreur. Son lien avec la théorie des vices du consentement reste évocateur. Une décision de la Cour de cassation du 19 janvier 2022 a ainsi précisé que la Cour d'appel avait « exactement retenu que l'obligation de loyauté, de bonne foi et de sincérité s'imposait en matière contractuelle »³⁵³. Ce faisant, engage sa responsabilité sur ce fondement le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente qui n'informe pas le vendeur d'un bien immobilier que le locataire avait donné son accord pour quitter les lieux, ce qui augmentait sensiblement la valeur du bien. En l'occurrence, ce contrôle de la bonne foi devait s'opérer à la date de la conclusion de la promesse de vente, et donc au moment où le contrat fut formé. En outre, l'admission d'un vice du consentement pour état de dépendance pourrait, demain, devenir le fondement d'une nullité du contrat en présence de ce genre de circonstances³⁵⁴. En effet, il serait préférable pour le juge de tenter de trouver des fondements plus adéquats afin d'éviter de rendre approximatifs des dispositifs qui se lisent déjà peu aisément.

96. Les circonstances peuvent révéler un manque d'expérience dans un domaine particulier. La qualité de professionnel est habituellement appréciée avec sévérité dans le caractère excusable de l'erreur. Cependant, les juges indiquent régulièrement, en creux de leurs décisions, que cette qualité n'écarte pas nécessairement le vice pour erreur. Une SCI qui a pour objet social « l'acquisition, la location, l'édification, l'exploitation et la gestion ainsi que la cession éventuelle de tous immeubles, biens et droits immobiliers » n'a pas été reconnue comme ayant la qualité de professionnel de l'immobilier³⁵⁵. En évinçant la qualité de professionnel, les juges de la Cour de cassation font échapper à la SCI l'éventuelle reconnaissance du caractère inexcusable de leur erreur. Les juges auraient eu la volonté de faire peser la démonstration du caractère excusable sur le co-contractant de la SCI. Néanmoins, comme le remarque un auteur, la reconnaissance de cette qualité à l'égard de la SCI n'aurait pas empêché une appréciation circonstanciée du caractère excusable de l'erreur³⁵⁶, ce qu'illustre une décision de la chambre commerciale du 29 avril 2002.

97. Les circonstances peuvent caractériser un état de fragilité psychologique. Un arrêt de la chambre commerciale du 29 avril 2002 fait état de la « dépendance psychologique » d'un frère pour ne pas rendre son erreur inexcusable du fait de sa qualité de professionnelle³⁵⁷.

³⁵² Le respect de la bonne foi dans l'exécution du contrat se fait de plus en plus exigeante. Sur ces propos : *infra* n° 255. Sur ce constat : R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, préf. L. Aynès, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 573, 2016.

³⁵³ Civ. 3^e, 19 janv. 2022, n° 20-13.951, *RTD Civ.* 2022, p. 374, obs. H. BARBIER, *Ibid.*, p. 414, obs. P.-Y. GAUTIER.

³⁵⁴ *Infra* n° 98 et s.

³⁵⁵ Civ. 3^e, 3 mai 2018, n° 17-11.132 et n° 17-14.090, *Gaz. Pal.* 2018, p. 22, obs. D. HOUTCIEFF.

³⁵⁶ D. HOUTCIEFF, *Ibid.*

³⁵⁷ Com. 29 avr. 2002, n° 00-10.708, Publié au Bulletin.

Preuve que la présomption d'erreur inexcusable commise par le professionnel ne se conçoit pas sans l'appréciation des circonstances de la formation du contrat. L'existence d'un état de dépendance appartient d'autant plus au lexique du vice pour violence, et particulièrement de l'abus d'état de dépendance prévu aujourd'hui par l'article 1143 du Code civil³⁵⁸, qu'à celui de l'erreur. La coloration de jugement d'équité de cette solution est difficilement contestable : le juge ici, en appréciant une circonstance particulière à l'individu dont il souhaite protéger l'intérêt, évince la qualification d'erreur inexcusable habituellement admise du fait de la qualité de l'*errans*. La portée de cet arrêt est même considérable : la qualité de professionnelle du contractant, qui conclut dans son domaine d'activité, n'est pas une qualité qui rendrait systématiquement l'erreur inexcusable. Ce faisant, l'appréciation de circonstances, telle que la relation particulière établie entre les parties qui attesterait d'un état de dépendance ou d'une fragilité particulière, rendrait l'erreur excusable. Une décision postérieure concernant le domaine de l'art confirme cette tendance³⁵⁹. La Cour de cassation a ainsi désavoué la décision des juges du fond qui avait écarté l'erreur d'un antiquaire, professionnel au moment de la vente, qui avait refusé de prendre livraison d'une œuvre en cristal en mauvais état. Pour la Cour d'appel de Dijon, sa qualité de professionnelle indiquait qu'elle connaissait « les précautions à prendre avant de se porter acquéreur d'un objet dont la vente est mise aux enchères ». Pour la Cour de cassation, les juges du fond auraient dû vérifier si l'antiquaire, qui s'était fondé sur les indications du catalogue, la photographie de l'objet et les précisions du cédant, ne s'était pas porté adjudicataire « dans la croyance erronée que l'objet était en bon état ». Ici aussi, le comportement diligent du professionnel et la négligence du cédant, qui avait rassuré l'adjudicataire sur l'état de l'objet, ont orienté le sens de la décision de la Cour de cassation.

2. Vice pour état de dépendance

98. Les circonstances peuvent prouver un état de dépendance. Depuis l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1143 du Code civil consacre l'état de dépendance reconnu antérieurement par la Cour de cassation en présence d'une contrainte économique³⁶⁰. Cette violence pour état de dépendance est caractérisée par quand un contractant abuse « de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard » en obtenant un engagement « qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte » en « en tirant un avantage manifestement excessif »³⁶¹. À mi-chemin entre le vice du consentement et le contrôle de l'équilibre du contrat, l'état de dépendance implique d'apprécier les circonstances particulières de l'individu, ainsi que la relation qu'il entretient avec son co-contractant. En effet, le contractant doit se trouver dans un état de dépendance « à son égard », précision qui n'était pas

³⁵⁸ L'art. 1140 C. civ. reprend la violence « physique », l'art. 1143 du même code consacre la violence pour état de dépendance.

³⁵⁹ Civ. 1^{ère}, 8 déc. 2009, n° 08-16.471, publié au Bulletin.

³⁶⁰ Civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15.242 : « la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion » et Civ. 1^{ère}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932.

³⁶¹ Version issue de la loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, n° 2018-287 du 20 avril 2018.

présente dans la première mouture de l'article, restreignant vraisemblablement les circonstances dans lesquelles un vice pourrait être démontré. Il ne faut pas en préjuger une impossibilité de caractériser un état de dépendance « contextuel ». L'arrêt *Bordas* du 3 avril 2002 avait refusé de reconnaître l'état de dépendance lorsqu'il n'était pas prouvé que l'employeur « avait exploité auprès » d'une salariée la menace d'un licenciement pour la convaincre de céder ses droits d'exploitation d'un dictionnaire qu'elle avait en partie réalisé³⁶². Selon les juges, l'existence d'un état de dépendance ne suffisait pas, encore fallait-il que le cocontractant exploite, par des menaces par exemple, cette situation. Néanmoins, la précision de l'état de dépendance à l'égard du partenaire contractuel ne semble pas signifier que la situation doit être forcément exploitée par des actes positifs, comme semblaient l'admettre les juges dans la décision *Bordas*. Cette précision permet, comme le suggère le rapport du Sénat, de ne pas admettre l'état de dépendance quand il provient et est exploité par un tiers. L'état de dépendance « contextuel », à l'aide duquel le cocontractant de la victime du vice retirerait un avantage manifestement excessif, suffirait à qualifier le vice. Un arrêt très remarqué en date du 9 décembre 2021³⁶³ est en ce sens. En effet, les juges se contentent de relever « l'état de dépendance économique dans lequel l'avocat se trouvait » à l'égard d'un client, et « l'avantage manifestement excessif » retiré. La Cour de cassation semble se passer du comportement actif du cocontractant dans l'exploitation de l'état de dépendance. En effet, la Cour d'appel avait relevé le contexte des négociations et la proposition sur le prix des honoraires faite par son client en connaissant les difficultés de l'avocat, circonstances visiblement suffisantes pour caractériser la situation de dépendance à l'égard du cocontractant.

99. Nature de l'état de dépendance. La nature de l'état de dépendance fut l'objet de doutes. Selon le rapport législatif accompagnant le projet de loi de ratification³⁶⁴, la notion d'état de dépendance ne serait pas totalement satisfaisante, puisqu'elle ne s'accompagne d'aucune définition précise. Le rapport indique que, si l'état de dépendance n'est pas seulement économique, le mécanisme augmenterait les contestations d'individus « en situation de faiblesse » tels que les personnes âgées ou malades qui ne bénéficieraient pas d'un régime de protection légale. Sur ces entrefaites, la commission a souhaité restreindre l'application du vice au seul état de dépendance économique. Cette proposition, adoptée par le Sénat en première lecture, n'a pas été retenue devant l'Assemblée nationale³⁶⁵. L'état de dépendance serait donc susceptible de s'appliquer à de multiples situations, non réductibles à la situation économique du contractant, dans le but avoué de protéger les « contractants les plus faibles ». Comme pour les circonstances prouvant le caractère déterminant du vice, la maladie, l'âge, l'inexpérience, un état de détresse psychologique, une situation économique fragile, une emprise sentimentale sont

³⁶² Civ. 1^{ère}, 3 avr. 2002, *D.* 2002, p. 1860, comm. J.-P. CHAZAL ; *RTD Civ.* 2002, p. 1844, obs. J. MESTRE.

³⁶³ Civ. 2^e, 9 déc. 2021, n° 20-10.096, Publié au Bulletin, *RTD Civ.* 2022, p. 121, obs. H. BARBIER ; *D.* 2022, p. 384, note G. CHANTEPIE ; *RDC* 2022, p. 9, obs. M. LATINA.

³⁶⁴ Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

³⁶⁵ Rapport sur le projet de loi modifié par le Sénat en deuxième lecture du 7 février 2018.

autant d'éléments pouvant caractériser un état de dépendance. Cependant, cet état doit exister à l'égard du cocontractant, ce qui restreint l'admission de ces situations. Seule une dépendance existant auprès du cocontractant et exploitée pour en tirer un avantage serait admissible. Néanmoins, en ces temps de grande instabilité économique et sociale, le vice pour état de dépendance a vocation à connaître un grand succès, qui plus est dans l'hypothèse où les juges apprécieraient largement la nature de l'état de dépendance.

100. Appréciation permissive de l'état de dépendance par la jurisprudence. Le législateur a souhaité restreindre l'application du nouveau mécanisme d'état de dépendance en précisant qu'il devrait exister « à l'égard » du cocontractant. Toutefois, la manière d'apprécier ces critères revient en dernier lieu au juge, qui serait tenté d'en élargir l'appréciation. Des exemples jurisprudentiels en attestent. Une décision de la Cour d'appel de Grenoble du 7 janvier 2020³⁶⁶ a jugé que « l'exploitation de la faiblesse d'autrui peut constituer un acte de violence ». En l'espèce, un particulier a conclu un contrat d'évaluation des dommages de ses biens le lendemain d'un incendie brutal qui détruisit presque intégralement son bien immobilier. Il décéda par la suite et ses héritiers contestèrent la convention d'honoraires d'évaluation des dommages. Les juges accueillirent cette demande. Ils ont considéré que le contrat avait été conclu précipitamment le lendemain de l'incendie, à la sortie de l'hôpital du contractant qui avait failli périr. La société avait donc « profité de l'état émotionnel de faiblesse » du propriétaire causé par les circonstances particulièrement éprouvantes de la survenance de l'incendie³⁶⁷. L'idée d'un abus de faiblesse plane aussi dans cette décision³⁶⁸. Ainsi, elle admettrait la possibilité de reconnaître un état de dépendance en présence d'une « fragilité intrinsèque »³⁶⁹ de la victime du vice, contrairement à ce que suggérerait l'article 1143 dans sa version issue de la loi de ratification du 20 avril 2018. Dans ce même esprit, des auteurs s'interrogent sur l'application de l'article 1143 du Code civil en droit des assurances plutôt dans le cadre d'une transaction après sinistre que dans l'hypothèse de la formation du contrat d'assurance³⁷⁰.

³⁶⁶ CA Grenoble, 7 janv. 2020, n° 18/00212.

³⁶⁷ Les faits de l'espèce sont particulièrement dramatiques : le propriétaire « se retrouvait avec sa famille sans hébergement, sans papiers ni effets personnels, après avoir craint pour son fils, celle de son fils et de son amie, puisqu'il avait dû sauter par la fenêtre pour échapper aux flammes ». Il était donc « nécessairement ébranlé par la perte de tous ses biens et les circonstances de cette perte ».

³⁶⁸ Art. L. 223-15-2 C. pén. punit de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende « l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse ». Cet état peut provenir d'une sujétion « psychologique ou physique » provenant de « l'exercice de pressions graves ou répétées ou de techniques propres à altérer son jugement ».

³⁶⁹ Formule utilisée par M. LATINA, « L'état de dépendance visé par l'article 1143 est précisé par la loi du 20 avril 2018 », *LEDC* 2018, p. 7.

³⁷⁰ M. CHAGNY, L. PERDRIX, *Droit des assurances*, LGDJ, 4^e éd., 2018, n° 158, p. 103. Ces auteurs doutent de l'exposition de la période de formation du contrat d'assurance à des contestations fondées sur l'article 1143 du Code civil, notamment en raison de la difficulté de prouver l'état de dépendance économique à l'égard du seul assuré.

Cependant, on ne peut se résoudre à une opposition si tranchée entre, d'un côté, des circonstances qui révèlent l'état de dépendance à l'égard du cocontractant et d'un autre, des circonstances personnelles à l'individu contractant qui favorisent un état de dépendance. Bien souvent, les circonstances personnelles et l'état de dépendance à l'égard d'un individu sont deux éléments étroitement liés³⁷¹. La définition de la notion de « contrainte », notion présente dans l'article 1140 du Code civil, met bien en évidence le lien étroit entre les circonstances de la situation de la victime et la création de l'état de dépendance. La contrainte est en effet définie comme « l'obligation qu'impose la société, le milieu où l'on vit, les circonstances »³⁷². Le traitement jurisprudentiel de l'abus de faiblesse prouve que l'état de dépendance ne peut s'envisager sous l'angle exclusif du comportement de l'auteur de la contrainte. Une décision de la chambre criminelle du 26 octobre 2016 offre une illustration de cette difficulté³⁷³. Les juges reconnaissent l'état « de sujétion psychologique » des victimes en raison de « leur histoire personnelle ». Cette « fragilité psychologique » dont l'auteur de l'abus « avait conscience » lui permettait « d'exercer sur elles une emprise, les rendant totalement dépendantes ». Par analogie, quand les magistrats rechercheront l'existence du vice pour état de dépendance, les circonstances personnelles du contractant révélant un état de faiblesse ne pourront être évincées de l'analyse, mais ne seront pas suffisantes pour caractériser l'état de dépendance. Elles doivent nécessairement profiter au cocontractant qui doit en retirer un avantage manifestement excessif.

3. Influence des circonstances économiques sur l'absence de cause

101. L'appréciation des circonstances économiques dans l'appréciation de la cause.

L'appréciation des circonstances économiques n'est pas un élément que les juges relèvent habituellement dans la théorie des vices du consentement³⁷⁴, alors que leur présence peut influencer indirectement le sens de la décision³⁷⁵. Pourtant, la jurisprudence sur la cause, notion aujourd'hui disparue du Code civil³⁷⁶, offre des parallèles intéressants. Dans ce contentieux, la

³⁷¹ En ce sens : M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 589 : « les juges pourront, en pratique, considérer que si un contractant est en état de dépendance même en raison des circonstances (par exemple une tempête qui va rompre son navire), il le devient par la même à l'égard du cocontractant qui lui proposerait son aide ».

³⁷² *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., v° Contrainte.

³⁷³ Crim. 26 oct. 2016, n° 15-85.956, inédit.

³⁷⁴ Sauf pour le récent vice pour état de dépendance : *supra* n° 99.

³⁷⁵ En ce sens J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, dir. Ch. Jamin, D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 130 et s. : l'auteur reproche aux juges de ne pas indiquer clairement les circonstances particulières qui influencent le sens de la décision, précisément à l'occasion des contentieux sur l'erreur, dénonçant les méfaits « de la généralité et de l'abstraction ». Il indique à propos de l'arrêt *Baldus* : « on ne sait rien sur le vendeur, Mme Boucher est-elle une amatrice d'art qui a collectionné des photographies de Baldus, sans toutefois connaître la très grande notoriété de l'artiste, et qui a souhaité s'en départir ou bien une vieille grand-mère qui a retrouvé au fur et à mesure du rangement de son grenier quelques clichés encombrant ? Quelle était sa situation financière, au jour de la vente ? Quel était son milieu social et culturel ? ».

³⁷⁶ Sur un aperçu des discussions doctrinales autour de l'abandon de la cause du contrat : F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, *Le nouveau droit des contrats, guide bilingue à l'usage des praticiens*, LGDJ, 2019, n° 346 et s. ; E. CHEVREAU, « La cause dans le contrat en droit français : une interprétation erronée des sources du droit romain », *RDC* 2023, p. 11. M. Aynès a qualifié l'utilisation de la cause comme un instrument « de

situation économique ne semble pas indifférente au sens des décisions bien que la doctrine n'ait jamais entrepris d'analyser ce contentieux sous ce prisme particulier. À l'occasion des célèbres arrêts sur l'appréciation de la disparition de la cause lors de la conclusion de contrats de location de cassettes et de DVD, les magistrats semblent se comporter différemment suivant la particularité des circonstances personnelles et économiques des contractants, au-delà de la seule appréciation de la disparition de la cause³⁷⁷. Dans l'arrêt dit « *Club vidéo* » du 3 juillet 1996³⁷⁸, les juges ont reconnu la nullité du contrat faute pour les époux, dont l'exploitation du fonds de commerce représentait leur seule source de revenus, d'avoir la certitude de pouvoir diffuser les cassettes auprès de leur clientèle constituait « seulement » de mille trois cent quatorze potentiels clients. Dans un arrêt du 27 mars 2007³⁷⁹, le contractant qui était commerçant soutenait l'absence de cause d'un contrat de location de ces mêmes cassettes, dénonçant la mauvaise qualité des vidéos loués, mais surtout la présence d'une clientèle de cent quatre-vingts habitants, ce qui ne lui permettait pas de dégager des bénéfices suffisants. Cependant, et contrairement au premier arrêt, le contractant était commerçant et la location de cassettes ne représentait pas l'activité principale de celui-ci. Les juges rejettent le pourvoi en reprochant au commerçant de ne pas avoir rapporté la preuve de l'impossibilité de pouvoir réaliser la location de cassettes vidéos « à l'occasion de l'exercice de ses commerces sur des objectifs qu'il a lui-même fixés dans un contexte que sa situation de commerçant installé lui permettait de définir ». Enfin, dans un arrêt de la chambre commerciale du 9 juin 2009³⁸⁰, une association avait conclu un contrat de location de vidéos pour les louer, mais aussi les prêter à ses trois cents sociétaires. La Cour d'appel reconnut l'absence de cause en mettant en perspective la disproportion entre le budget du groupement associatif et le prix du contrat de location de vidéogrammes qui s'élevait à un montant de 37 200 euros, ce qui représentait le double de l'actif de l'exercice 2001, résultat qui n'allait visiblement pas s'améliorer à l'avenir selon les différents documents comptables. La Cour de cassation cassa l'arrêt d'appel en revenant à la définition « objective » de la cause de l'obligation d'un contrat synallagmatique qui « réside dans l'obligation contractée par l'autre ».

102. Les fluctuations de l'appréciation de l'existence de la cause pourraient s'expliquer en raison des circonstances économiques des contractants. De prime abord, les différences entre les solutions citées sont expliquées par l'absence d'utilité du contrat. Mais la seule appréciation de l'existence de la contrepartie est insuffisante pour déceler une cohérence dans ces solutions. En réalité, une des explications à ces fluctuations jurisprudentielles est donnée par

contrôle de la qualité de la volonté individuelle » : L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. Ph. Malaurie, Economica, 1984, n° 112, p. 87.

³⁷⁷ Sur une vue d'ensemble de la théorie de la cause : X. LAGARDE, « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *D.* 2007, chron. p. 740 ; J. ROCHFELD, « Cause », in *Rép. Dr. Civ.* Dalloz, 2005.

³⁷⁸ Civ. 1^{ère}, 3 juillet 1996, *Bull. Civ. I*, n° 286, *D.* 1997, p. 500, obs. P. REIGNÉ ; *RTD Civ.* 1996, p. 901, obs. J. MESTRE.

³⁷⁹ Com. 27 mars 2007, n° 06-10.452, *D.* 2007, p. 2966, obs. S. ARMANI-MEKKI, B. FAUVARQUE-COSSON, *12 RDC* 2008, p. 231, obs. D. MAZEAUD.

³⁸⁰ Com. 9 juin 2009, n° 08-11.420, *RTD Civ.* 2009, p. 719, obs. B. FAGES.

le contexte de formation des contrats de location, plus précisément en raison des circonstances économiques particulières des contractants.

Dans l'arrêt de 1996, l'exploitation du club vidéo constituait la seule source de revenus des contractants. Dans la décision de 2007, la Cour de cassation refuse d'affirmer l'absence de cause bien que la clientèle était plus réduite. Néanmoins, la location de vidéos représentait une activité annexe du commerçant dans ce dernier arrêt. Sans cette explication, il est difficile de percevoir la divergence de solution entre l'arrêt de 1996 et celui de 2007. Si les circonstances économiques ont vraisemblablement influencé le sens des arrêts, le statut de commerçant a aussi joué en défaveur de la reconnaissance de la nullité du contrat pour absence de cause : le commerçant habitué à la vie des affaires doit être capable de se renseigner sur les caractéristiques de la prestation proposée et sur ses perspectives économiques. C'est donc une sorte de « condition d'excusabilité », normalement applicable à l'action pour erreur, que les juges évoquent subrepticement à l'occasion du contrôle de l'existence de la cause du contrat. Quant à l'arrêt de 2009, les juges, tout en prononçant la cassation de l'arrêt de Cour d'appel qui avait apprécié la disproportion entre le montant du contrat de location et les capacités financières du groupement, reviennent à plus d'orthodoxie en refusant de s'engouffrer dans une appréciation de l'utilité économique du contrat. Cette dernière solution n'est sûrement pas indifférente au statut juridique du contractant. En effet, les conséquences économiques sur l'association sont moins graves que celles de particuliers qui ont confié tous leurs espoirs de réussite dans la rentabilité économique d'un tel projet, comme l'illustre les faits de la décision *Club Vidéo*. Tout compte fait, la seule appréciation, même concrète de la cause, ne peut expliquer à elle seule les solutions de la Cour de cassation. Seule une appréciation du contexte et des circonstances particulières des parties permet de compléter la lecture de la volonté.

103. Synthèse sur l'influence des circonstances orientant la qualification d'un vice du consentement. Les circonstances ont une place prépondérante dans la théorie des vices du consentement. Le dispositif a pour objet la protection des contractants victimes potentiels de vices, protection qui se vérifie à l'égard de leurs circonstances individuelles. L'âge, l'inexpérience, les drames de la vie quotidienne, la faiblesse psychologique, la dépendance économique ou affective sont autant de circonstances qui détermineront la nullité du contrat. Néanmoins, l'intérêt du cocontractant doit aussi être conservé. Les circonstances n'ont donc pas pour seul but la protection de l'*errans*, mais justifient son refus quand la nullité du contrat n'apparaît pas légitime.

b. Influence des circonstances particulières orientant le refus de qualifier le vice

104. Prévalence de la survie du contrat dans certaines circonstances. Le refus de qualifier l'erreur en présence de certaines circonstances révèle la volonté des juges de protéger la sécurité juridique. En effet, si le contrat reposait entièrement sur le consentement, la

reconnaissance d'un vice aurait comme effet, sans considération pour l'autre partie, l'anéantissement du contrat. La vérification du caractère excusable de l'erreur protège l'intérêt du cocontractant, en estimant que la survie du contrat est préférable à la protection de l'intérêt de la victime du vice. Finalement, « l'erreur n'est pas nécessairement opposable par cela seul que le sujet s'est trompé »³⁸¹. Même si toutes les conditions sont réunies pour qualifier la présence d'un vice du consentement, les circonstances individuelles orientent les juges vers son refus. De ce fait, les caractéristiques individuelles du contractant ne sont pas seulement « éminemment protectrice des faibles et des naïfs »³⁸². De manière générale, la constatation de la qualité de professionnel n'emporte pas, par cela seul, le caractère inexcusable de l'erreur. Les juges relèvent des circonstances particulières à l'*errans* qui témoignent de ses capacités et de son expérience.

105. Appréciation des circonstances particulières de la victime du vice dans l'appréciation du caractère excusable. Le caractère excusable de l'erreur n'est pas une condition de nullité du contrat quand on analyse seulement le consentement. Peu importe en effet que la fausse représentation pu être corrigée aisément avec un minimum de diligence. L'erreur déterminante sur une qualité essentielle suffirait à emporter la nullité. Néanmoins, le Code civil précise aujourd'hui dans un article 1132 du Code civil que l'erreur conduit à la nullité du contrat à moins qu'elle ne soit « inexcusable ». Cette condition puise en réalité dans un besoin d'équité³⁸³, ce qui démontre que le contentieux ne s'envisage pas seulement à l'égard du contractant présumée victime. Son appréciation circonstancielle est réalisée afin de ménager un juste équilibre entre les intérêts des contractants, au-delà de la protection de l'intégrité du consentement. L'hypothèse de l'erreur inexcusable se rencontre par exemple à l'occasion de contentieux où des cessionnaires de droits sociaux réclament la nullité du contrat lorsque la société est en mauvaise posture financière, voire tombe peu après l'acquisition en procédure collective³⁸⁴. Or, ce caractère excusable de l'erreur est là aussi très imprégné des circonstances personnelles de l'*errans* et ne peut s'apprécier uniquement par le prisme du contexte extérieur à la relation contractuelle³⁸⁵. Finalement, l'appréciation des circonstances personnelles à l'*errans* se fait autant dans un souci de protection que de refus de cette protection quand ce dernier a les capacités supposées pour apprécier de façon éclairée l'objet du contrat.

³⁸¹ N. DEJEAN DE LA BÂTIE, th. préc., n° 255, p. 206.

³⁸² F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, op. cit.*, n° 306, p. 344.

³⁸³ En ce sens : Ph. CHAUVEL, th. préc., p. 155 et s.

³⁸⁴ CA Nancy, 27 nov. 2019, n°18/01723 : les juges ont rejeté la demande subsidiaire en nullité pour erreur à l'occasion d'une cession de la totalité des parts sociales d'une SAS tombée en liquidation judiciaire. L'erreur en l'espèce n'est pas excusable car les cessionnaires auraient pu avoir connaissance « de la situation de trésorerie tendue de la société », ces derniers n'ayant pas eu recours à « tous les moyens d'investigations dont ils disposaient pour se convaincre de la situation effective de la société ».

³⁸⁵ En ce sens : J. GHESTIN, th. préc., p. 94 : concernant l'erreur sur sa propre prestation, l'auteur reconnaît que ce caractère excusable « dépend, en effet, des circonstances dans lesquelles est née l'erreur alléguée et de la personnalité même du demandeur » (nous soulignons).

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 novembre 2020³⁸⁶ a jugé qu'une société professionnelle d'achat et location de biens immobiliers ne pouvait invoquer une erreur excusable pour remettre en cause la vente d'un bien immobilier par adjudication car celle-ci « était en mesure de constater que le bien (...) n'était pas conforme aux normes d'habitabilité » alors que le procès-verbal de l'huissier de justice décrivait l'appartement comme étant « à usage d'habitation ». Dans un sens contraire, un arrêt de la chambre commerciale du 8 octobre 2016³⁸⁷ a reconnu l'existence d'une réticence dolosive à l'occasion d'une cession de droits sociaux n'ayant pas été accompagnée de documents permettant l'appréciation de la situation financière d'un groupe. La Cour de cassation, pour admettre la nullité pour dol par réticence, a relevé que, de par « ses compétences habituelles d'artisan », cet associé minoritaire n'était pas doté des capacités nécessaires afin d'appréhender « la situation économique réelle de la société » dont la connaissance était d'autant plus ardue qu'elle se déployait dans un montage juridique « extrêmement complexe ». Cependant, cet arrêt est étonnant. Si cette appréciation du caractère excusable se conçoit aisément à l'aune de l'appréciation de l'erreur, il semble que la réforme ait entériné le caractère toujours excusable des erreurs provoquées par dol, que ce dol soit commis par manœuvre ou par réticence³⁸⁸. Cette solution n'est pas isolée. Un arrêt de la chambre commerciale du 20 mai 2003³⁸⁹ avait refusé d'admettre une réticence dolosive lorsque les informations étaient facilement accessibles pour des « commerçants prudents et avisés ». Il faut relever que les arrêts les plus récents sur la question du caractère excusable en présence d'un dol sont plus fermes. Une décision du 16 décembre 2020 a cassé un arrêt d'appel qui avait refusé de qualifier la réticence dolosive lors de la cession d'un fonds de commerce de vente de prêt-à-porter de luxe, faute pour le cessionnaire de ne pas avoir réclamé des précisions sur les conséquences de ventes croisées entre boutiques qui avait pour effet de gonfler le chiffre d'affaires des fonds respectifs. La Cour de cassation énonça à cette occasion que « l'erreur provoquée par la réticence dolosive est toujours excusable »³⁹⁰. Preuve que l'attention est portée sur le comportement de l'auteur du dol, ce qui colore la sanction de ce vice d'un fort aspect vindicatif, et qui évince l'intérêt des circonstances particulières de l'*errans* dans l'appréciation du caractère excusable de l'erreur³⁹¹.

106. L'influence de l'expérience dans un domaine particulier. La qualité de professionnelle ne présume pas le caractère inexcusable de l'erreur commise³⁹². Pourtant, cet élément reste un indice fort. Les juges ont recourt à d'autres circonstances afin d'évincer la

³⁸⁶ CA Paris, 20 nov. 2020, n° 20/002937.

³⁸⁷ Com. 8 oct. 2016, n° 14-29.884, *Gaz. Pal.* 2017, p. 27, note D. HOUTCIEFF.

³⁸⁸ Art. 1139 C. civ. : « l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat.

³⁸⁹ Com. 20 mai 2003, n° 99-17.232, inédit.

³⁹⁰ Com. 16 déc. 2020, n° 18-24.442, inédit. La Cour de cassation avait déjà utilisé la formule : Com. 8 mars 2016, n° 14-23.135, Publié au Bulletin.

³⁹¹ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 329, p. 283 : « Il n'y a donc plus lieu de prendre en compte les intérêts du contractant de la victime et de limiter la prise en compte de l'erreur ».

³⁹² Par ex. : Civ. 2^e, 17 déc. 2009, n° 09-11.612.

présence d'une erreur légitime, comme le comportement de celui qui réclame la reconnaissance du vice. La Cour de cassation le rappelle parfois, en reprochant par exemple à une Cour d'appel de ne pas avoir recherché si un « architecte et promoteur expérimenté » proclamant connaître toutes les caractéristiques d'un terrain et les règles d'urbanisme le concernant, terrain qui s'est révélé par la suite inconstructible, n'avait pas conclu le contrat « à ses risques et périls »³⁹³. Bien que le problème soit plutôt lié à l'acceptation d'un aléa sur la constructibilité du terrain en question, et donc à la qualification de qualité essentielle de cette constructibilité, la référence à ses qualités personnelles et à son comportement présume une connaissance plus fine du bien vendu et influencent le caractère excusable de l'erreur.

107. L'influence des connaissances dans le domaine de l'art. Le contentieux des acquisitions d'objets d'art offre régulièrement des illustrations de la théorie de l'erreur³⁹⁴. L'appréciation de l'erreur excusable se vérifie à l'égard de la qualité de professionnelle de l'acquéreur, et, plus rarement, du cédant³⁹⁵. Mais cette qualité ne suffit pas. Les juges n'hésitent pas à préciser d'autres circonstances afin d'accentuer le caractère inexcusable de l'erreur commise. La Cour de cassation précise ainsi qu'un amateur d'art d'un « milieu social élevé » ne peut réclamer l'erreur à l'occasion de l'acquisition d'un tableau dont le contrat mentionnait qu'il était « attribué à Courbet »³⁹⁶. Un autre arrêt a refusé la nullité d'une vente d'une statuette d'époque Tang dont l'acheteur, galeriste londonien, se plaignait d'ajout de parties du corps postérieur à la confection de l'œuvre. Sa qualité de professionnelle fut reconnue par les juges. Qui plus est, d'autres circonstances « externes » ont été relevées pour écarter l'erreur. La modicité du prix, comparé à ceux pratiqués habituellement pour ce genre d'œuvre, et la présentation du catalogue, sont autant d'éléments prouvant qu'il « avait assumé délibérément un risque qui lui interdisait d'obtenir la nullité de la vente »³⁹⁷.

108. La volonté de ne pas protéger les contractants faisant preuve d'une légèreté blâmable. Il est bien moins certain que la victime du vice puisse invoquer trop légèrement sa faiblesse ou sa couardise pour se dérober d'une relation dans laquelle elle s'est engagée avec

³⁹³ Civ. 3^e, 9 juin 2010, n° 08-13.969, *RDC* 2011, p. 40, obs. E. SAVAUX, *CCC* 2010, n° 10, obs. L. LEVENEUR.

³⁹⁴ S. LEQUETTE DE KERVENOËL, *L'authenticité des œuvres d'art*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 451, 2006, spéc. n° 99 : l'authenticité, qui est appréciée comme la substance de l'objet du contrat, est une réalité « complexe » ; sur les différentes appréciations des qualités essentielles d'un contrat portant sur un objet d'art : F. DURET-ROBERT, *Droit du marché de l'art*, Dalloz, 7^e éd., 2021, n° 311-11 et s.

³⁹⁵ En effet, ces ventes d'objet d'art ou d'antiquité peuvent autant donner lieu à des erreurs sur la prestation fournie que sur la contre-prestation. L'arrêt *Baldus*, qui est plus rarement présenté sous cet aspect car le vendeur n'ignorait pas l'identité de l'auteur des photographies mais sa côte, en donne une illustration (Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, n° 98-11.381, *Bull. Civ. I*, n° 131, *Defrénois* 2000, p. 1110, obs. D. MAZEAUD, *Ibid.*, p. 1114, obs. Ph. DELEBECQUE, *JCP* 2001, p. 10510, note Ch. JAMIN. La doctrine précise qu'il n'existe pas de différences entre l'erreur sur sa propre prestation ou sur la contre-prestation. Sur cette précision : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *Ibid.*, n° 311, p. 294.

³⁹⁶ Civ. 1^{ère}, 16 déc. 1964, *Bull. Civ. I*, n° 575.

³⁹⁷ Civ. 1^{ère}, 31 mars 1987, *Bull. civ. I*, n° 115, p. 86, cité par B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 497.

légèreté³⁹⁸. Certains auteurs souhaiteraient appliquer cette constatation même en présence d'un dol en soulignant qu'il ne devrait pas rendre toujours excusable le comportement le plus léger du contractant trompé³⁹⁹.

109. Synthèse de l'influence des circonstances sur l'éviction du caractère excusable de l'erreur. L'influence des circonstances particulières du contractant victime d'un vice ne se fait pas toujours dans le but de protéger ce dernier. D'autres dispositifs, comme les obligations de mise en garde ou de conseil pesant sur les professionnels pour certaines opérations juridiques, sont pétries du même esprit⁴⁰⁰. Elles ne sont pas dues pour tout type de contractant, mais seulement pour les contractants qualifiés de « non-avertis » ou de « non-professionnel »⁴⁰¹. Or, cette qualité est déterminée suivant un faisceau de circonstances particulières. Par exemple à l'égard de l'emprunteur, sont envisagées sa profession, son expérience dans cette matière et la complexité de l'opération projetée. En somme, en appréciant les circonstances particulières de la victime potentielle d'un vice du consentement, le juge souhaite articuler correctement cet intérêt avec l'intérêt du cocontractant qui souhaite conserver le contrat. Cette interprétation ne tient pas seulement aux caractéristiques particulières de l'individu contractant, mais appartient aussi au contexte de formation du contrat.

Paragraphe 2. L'influence des circonstances particulières au contexte de la relation contractuelle

110. Plan. Tout comme les circonstances relatives à la personnalité des contractants, les circonstances du contexte de la relation permettent d'identifier, comme le veut l'article 1130 du Code civil, le caractère déterminant du vice (A). Ces circonstances contextuelles sont encore utiles afin de caractériser le contenu de la qualité essentielle attendue (B).

³⁹⁸ P. BONASSIES, *Le dol dans la conclusion des contrats*, th. dactyl., Lille, t. 1, 1955, p. 105-106. L'auteur évoque « deux conditions concrètes » qui sont prises en compte : la « personnalité subjective » et la « pratique commerciale » ou autrement qualifiée d'« usages de la pratique » voulant que de simples artifices pour attirer la clientèle ne peuvent constituer des manœuvres frauduleuses.

³⁹⁹ Les auteurs jugent cette particularité parfois sévèrement : C. CARON, O. TOURNAFOND, « La bêtise du contractant ne chasse pas le dol par réticence », *D.* 2002, p. 927 ; G. LARDEUX, « La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres », *D.* 2012, p. 2986. Le fait que le dol excuserait toujours l'erreur pourrait accentuer les comportements opportunistes : D. HOUTCIEFF, « Le dol excuse l'erreur », *Gaz. Pal.* 2016, p. 22. L'auteur reconnaît qu'au niveau probatoire, la victime a plus de succès de voir le contrat annuler sur le terrain du dol que sur celui de l'erreur car, en présence de manœuvres dolosives « il dispense la victime de chercher ailleurs que dans le comportement de l'autre partie la faute civile qui permettra de fonder la demande en réparation du préjudice subi ».

⁴⁰⁰ Obligation qui a d'abord existé pour le banquier prêteur et qui fut consacrée par une série de décisions de la première chambre civile : Civ. 1^{ère}, 12 juill. 2005, *Bull. civ. I*, n° 324, 325 et 327 ; *RTD Com.* 2005, p. 829, obs. D. LEGEAIS ; *D.* 2005, p. 2276, obs. X. DELPECH. Cette obligation de mise en garde se « déclenche » lorsque l'opération présente un risque d'endettement excessif pour l'emprunteur non-averti. Cette obligation a été par la suite étendue au crédit-bail en distinguant le professionnel crédit-preneur du non-averti : Com. 12 déc. 2006, *RTD Com.* 2007, p. 214, obs. D. LEGEAIS ; *JCP E* 2007, p. 1310, comm. D. LEGEAIS.

⁴⁰¹ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 221, 1992, spéc. n° 11 et n° 471. Dans le domaine particulier des crédits qui illustrent la majorité des exemples de l'obligation de conseil et de mise en garde : N. KILGUS, « Le banquier dispensateur de crédit et le devoir d'information et de conseil », *RDBF* 2023, n° 1, dossier 4.

A. L'influence nécessaire des circonstances particulières sur le caractère déterminant du vice

111. Place des circonstances dans l'article 1130 du Code civil. La rédaction du nouvel article 1130 du Code civil offre une place prépondérante aux circonstances particulières des contractants lors de l'appréciation du caractère déterminant. Les circonstances de l'environnement contractuel peuvent légitimer, ou au contraire, désavouer la victime du vice dans sa quête de remise en cause du contrat. Si cette question apparaît avec moins d'acuité pour l'erreur, car, sans les confondre, il est rare qu'une qualité considérée comme essentielle ne soit pas aussi déterminante du consentement, elle est essentielle lorsque le vice concerné est le dol ou la violence. En effet, les juges se concentrent moins sur la délimitation du contenu de l'erreur que sur l'intention de tromperie faite dans le but d'emporter le consentement du contractant. D'ailleurs, la rédaction de l'article est claire sur ce point : c'est le caractère déterminant de chaque vice qui doit être recherché. La démarche est difficile, mais nécessaire. Le juge est placé face à des « circonstances uniques dans l'espace et le temps »⁴⁰² dont il doit extraire une probabilité suffisante : que le contrat n'aurait probablement pas été conclu sans la présence du vice en question. Sur le dol, et contrairement à l'erreur, peu importe que la qualité soit considérée comme essentielle, le fait dolosif doit avoir été déterminant⁴⁰³.

112. Influence des circonstances « extérieures » au contractant dans la qualification du caractère déterminant du vice. La présentation des objets du contrat est une circonstance régulièrement prise en compte dans la reconnaissance du caractère déterminant du vice. Pour les ventes de meubles anciens par exemple, les circonstances peuvent montrer que la qualité d'ancienneté du bien vendu peut être révélée par le « prix élevé de la vente, ou la profession du vendeur qui est par exemple un antiquaire, ou de la mentalité de l'acheteur, lequel était, au su du marchand, un collectionneur de meubles ou de bijoux anciens »⁴⁰⁴. Toujours concernant le prix, un arrêt de la troisième chambre civile du 2 octobre 2013 a donné raison à la société Marionnaud qui s'était installée dans une galerie marchande en croyant être protégée de la concurrence alors que cette situation n'était pas mentionnée expressément. Les juges l'ont

⁴⁰² Ph. CHAUVEL, th. préc., n° 717.

⁴⁰³ Peu importe que le dol soit « principal » ou « incident », distinction qui n'a pas été reprise par le législateur. L'erreur provoquée par un dol peut porter autant sur les qualités essentielles du contrat que sur les motifs ou sur la valeur comme le précise aujourd'hui l'art. 1139 C. civ. Sur des décisions jurisprudentielles ayant abandonné la distinction du dol principal et incident : Civ. 3^e. 22 juin 2005, inédit, n° 04-10.415 : les juges reconnurent la nullité de la vente d'un immeuble en l'absence de communication des règles relatives à la situation des immeubles de grande hauteur et des charges correspondantes, absence qui a empêché le cessionnaire d'apprécier exactement la situation du bien qu'il aurait acquis à un prix inférieur. Dans le même sens concernant la nullité de la vente de l'intégralité des parts sociales d'une société : Com. 30 mars 2016, *Dr. des sociétés*, 2016, comm. 97, note R. MORTIER. Cependant, d'autres auteurs retiennent la légitimité d'une telle distinction en la recentrant sur l'intention ou non de contracter, qui n'aurait pas été provoquée en présence d'un dol incident : D. BAKOUCHE, « La prétendue inconsistance de la distinction du dol principal et du dol incident », *JCP G* 2012, p. 851.

⁴⁰⁴ JOSSERAND, *op. cit.*, n° 65, p. 85.

reconnu comme qualité substantielle du contrat en analysant le prix payé⁴⁰⁵, solution d'autant plus remarquable que la situation de non-concurrence n'est pas considérée comme un élément essentiel du contrat, excepté dans les cas où une obligation de non-concurrence de plein droit est prévue⁴⁰⁶. Plus rarement encore, un arrêt a pu accueillir l'immatriculation d'une société à une date précise, formalité indispensable à la réalisation d'une opération de défiscalisation, comme un élément déterminant du vice, grâce aux circonstances de la formation du contrat dont « la précipitation de la conclusion de la vente et de la création de la société » pour pouvoir profiter de cet effet⁴⁰⁷. Les juges ont donc prononcé la nullité de la vente d'un lot immobilier meublé sur le fondement de l'ancien article 1131 du Code civil. Cependant, cette réflexion est transposable aux vices du consentement : la défiscalisation est appréciée en l'espèce comme le but précis de l'opération. En cela, il fait partie intégrante du champ contractuel. À la lumière de la théorie de l'erreur, les juges pourraient reconnaître implicitement, et par le soutien des circonstances particulières que le but précis des parties, sans avoir été expressément inséré dans le contrat, a pénétré le champ contractuel. L'appréciation des circonstances tenant au contexte de formation se fait plus régulièrement à l'occasion de l'appréciation de la reconnaissance de l'objet de l'erreur.

B. L'influence des circonstances particulières du contexte de la formation sur la reconnaissance de la qualité essentielle

113. Le rejet a priori de l'influence des circonstances particulières quant à la détermination des qualités essentielles. La réforme du droit des obligations du 10 février 2016 a souhaité faire de l'objet de l'erreur une qualité nécessairement déterminée par la volonté des parties. L'article 1133 alinéa 1^{er} précise que ces qualités essentielles sont prévues expressément ou tacitement, l'article 1135 précise que le simple motif doit faire l'objet d'une insertion expresse pour qu'il soit un élément déterminant du consentement. Cette condition d'un accord expresse n'est pas nouvelle. La Cour de cassation a par exemple décidé par le passé qu'une erreur sur l'avantage fiscal d'un bien acquis constituait un motif du contrat extérieur à l'objet, qui ne peut entraîner l'annulation de celui-ci « faute d'une stipulation expresse qui aurait fait entrer ce motif dans le champ contractuel en l'érigant en condition de ce contrat »⁴⁰⁸. La qualité essentielle peut donc être tacitement déterminée au regard des circonstances quand le motif est nécessairement inséré expressément dans le contenu du contrat. La distinction entre qualité essentielle et motif est donc aujourd'hui déterminante, car les circonstances sont susceptibles d'exercer une influence sur la détermination de la qualité essentielle.

⁴⁰⁵ Civ. 3^e, 2 oct. 2013, n° 12-13.302, *D.* 2013, p. 2812, note Y. SERRA ; *AJDI* 2014, p. 519, obs. M.-P. DUMONT-LEFRAND.

⁴⁰⁶ Même si la situation de concurrence fait partie du « contexte environnemental », elle constituerait « un motif non extérieur à l'objet du bail » : M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Ibid.*

⁴⁰⁷ Jugement du Tribunal mixte de Basse-Terre du 17 mars 1993, n° 17-03-1993, *D.* 1993, p. 449, note P. DIENER ; *RTD Civ.* 1993, p. 348, obs. J. MESTRE et P. DIENER.

⁴⁰⁸ Civ. 1^{ère} 13 fév. 2001, *RTD Civ.* 2001, p. 352, obs. J. MESTRE, B. FAGES.

114. Difficulté de distinction entre la qualité essentielle « tacite » et le motif contractuel rendant incertaine l'influence des circonstances. La distinction entre qualité essentielle tacitement convenue et motif contractuel n'est pas si aisée. Elle est pourtant essentielle dans le contentieux de l'erreur. Il existe deux types d'éléments extérieurs au contrat. Les éléments qui peuvent, implicitement et au regard des circonstances, être érigés en qualités essentielles en pénétrant le champ contractuel. D'autres, qualifiés de simples motifs « étrangers à l'objet des obligations nées du contrat »⁴⁰⁹ devant être expressément précisés.

Cependant, cette distinction paraît artificielle et l'explication agit à rebours : si les qualités essentielles sont exclusivement celles qui ont fait l'objet d'un accord des parties comme le précise l'article 1130 du Code civil, tous les éléments « hors » du champ contractuel, sans distinction, devraient être considérés comme des motifs, puisqu'ils deviennent indifférents aux droits et obligations nés entre les parties⁴¹⁰. Ce que le législateur souhaitait évincer pourrait alors réapparaître subrepticement par une analyse extensive de l'appréciation tacite des qualités essentielles. Et pour cause, la jurisprudence s'est longtemps permis d'analyser la détermination de la « substance » du contrat à l'aune des circonstances lorsque le vice pour erreur était réclamé⁴¹¹. Cette dichotomie entre qualités essentielles « implicites » et motifs n'est donc pas très claire, voire contradictoire, car elle amoindrit la lisibilité de la volonté, qui n'est donc pas la seule clef de lecture dans la distinction des différents éléments du contrat. La critique de M. Ghestin à l'encontre de la théorie de la cause telle que proposée par Capitant est éclairante sur ce point. Capitant, en reconnaissant l'existence d'une cause objective valable pour tous les contrats de même nature, admettait par exception l'insertion de motifs, ces derniers étant considérés par l'auteur en dehors du champ contractuel. Avec M. Ghestin, « dès l'instant qu'il est permis aux parties d'intégrer librement dans la cause tel ou tel motif déterminant de l'une d'elles, c'est dans son principe même qu'une définition objective, invariable pour chaque type de contrat doit être écartée (...) »⁴¹². D'autres auteurs, toujours à propos de la cause et des motifs, remarquent que certains systèmes juridiques comme le droit allemand s'abstiennent

⁴⁰⁹ Selon la définition de J. GHESTIN, th. préc., n° 48, p. 93.

⁴¹⁰ J. ROCHFELD, « Les techniques de prise en considération des motifs dans le contrat en droit français », *RDC* 2013, p. 1601 : « dès lors qu'un "motif" entre dans le champ du contrôle, on peut considérer qu'il perd sa qualité ».

⁴¹¹ En ce sens aussi : Ph. CHAUVEL, th. préc., n° 260 : « la frontière qui sépare la valeur de la substance est alors mobile. Elle dépend d'indices objectifs. En l'absence de stipulation particulière, l'accident affectant la valeur deviendra substance dans l'opinion du juge lorsque, non formulé, il apparaîtra comme étant ce pourquoi une volonté quelconque se fût obligée » ; dans le même sens : J. GHESTIN, th. préc., p. 193 et s. : l'auteur évoque l'articulation entre l'appréciation « subjective » et « objective » des qualités substantielles. Il évoque la notion « d'économie » de l'accord des parties, en affirmant que la recherche d'intention se fait tant par l'analyse des circonstances particulières qu'à l'aide de l'opinion générale.

⁴¹² J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat : l'objet, la cause, les nullités*, t. 2, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 594. M. Wicker reprend aussi cette idée : « pour apprécier ces motifs, il n'y a pas à trancher entre une conception objective ou une conception subjective, puisque par nature les motifs sont subjectifs. La vraie question est celle de leur objectivation afin d'identifier à quelles conditions les motifs peuvent pénétrer le champ contractuel de sorte que leur existence détermine l'existence de l'engagement contractuel » : G. WICKER, « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », *D.* 2020, p. 1906.

d'adopter une telle distinction : « le juge devra alors en tenir compte (*des motifs*) s'il ressort des circonstances que les parties ont voulu qu'il en fût ainsi et quand bien même elles n'en auraient pas fait expressément une condition de leur contrat. C'est là une conséquence du principe de déclaration de volonté »⁴¹³. Tout en se rapprochant du droit allemand, le Code civil français ne va pas au bout de toutes les conséquences d'une appréciation subjective des qualités essentielles du contrat. Les motifs demeurent alors, dans l'esprit du législateur, des « circonstances étrangères à l'objet matériel du contrat », car ils ne sont pas par habitude considérés comme des « qualités de la chose qui fait l'objet du contrat »⁴¹⁴.

En outre, la distinction entre qualité et motif serait susceptible de favoriser la partie en position « de force » qui pourrait, en toute impunité, faire croire à son cocontractant sans l'insérer « expressément dans le contrat », qu'un élément apprécié habituellement par les juges comme un motif contractuel, comme c'est le cas de l'opération de défiscalisation, sera bien atteint en concluant l'accord⁴¹⁵.

Un arrêt portant sur l'opération de défiscalisation à l'occasion de l'acquisition de quirats témoigne de l'inconfort possible d'une distinction entre les éléments essentiels implicitement convenus et les motifs. L'opération de défiscalisation, qui est considérée habituellement par les magistrats comme un motif contractuel⁴¹⁶, a été érigée en qualité essentielle implicitement convenue entre les parties dans une décision de la chambre commerciale du 22 juin 2022⁴¹⁷. Cette décision illustre bien la difficulté d'articuler l'appréciation « subjective » des qualités essentielles et la distinction entre qualités et motifs qui ne se fonde pas entièrement sur la volonté des parties en cause. Les circonstances sont telles qu'elles orientent parfois naturellement le juge vers la reconnaissance du caractère essentiel d'un motif, même en l'absence de volonté « expresse ». Le juge pourra être tenté de qualifier d'essentiels des éléments qui ne répondent pas habituellement à cette notion.

Les effets de cette distinction ne sont pas seulement théoriques et peuvent mener à une grande insécurité juridique. En effet, les praticiens pourront douter de la qualité « essentielle » d'un élément, et subséquemment, du formalisme à adopter pour garantir son exécution. Afin de s'en prémunir, le contractant qui souhaite garantir la réalisation d'un élément particulier a donc tout intérêt à le reconnaître expressément comme tel dans le contrat. Néanmoins, le pouvoir de négociation de tous les contractants est une vue éloignée de la pratique contractuelle⁴¹⁸. Il est

⁴¹³ E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, réed. 2004, p. 138.

⁴¹⁴ N. DEJEAN DE LA BÂTIE, th. préc., n° 260, p. 211.

⁴¹⁵ Sur cet argument : G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, op. cit., n° 317.

⁴¹⁶ Par ex. : Civ. 3^e, 24 avr. 2003, n° 01-17.458, *D.* 2004, p. 450, note S. CHASSAGNARD ; *RTD Civ.* 2003, p. 699, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Ibid.*, p. 723, obs. P.-Y. GAUTIER.

⁴¹⁷ Com. 22 juin 2022, n° 20-11.846, *RTD Civ.* 2022, p. 610, obs. H. BARBIER : Les juges admettent que les parties « peuvent convenir, expressément ou tacitement, que le fait que le bien, objet d'une vente, remplisse les conditions d'éligibilité à un dispositif de défiscalisation constitue une qualité substantielle de ce bien ».

⁴¹⁸ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, op. cit., n° 1165.

fort douteux qu'un contractant puisse exiger expressément de son partenaire qu'il inscrive clairement que l'opération de défiscalisation est un but du contrat. Les juges, sûrement conscients de cette réalité, indiquent parfois à la lumière des circonstances que la défiscalisation est une qualité essentielle afin d'assurer la protection de l'intérêt de l'*errans*. Un arrêt de la troisième chambre civile du 24 avril 2003 illustre les dangers de la distinction entre éléments implicitement essentiels et motifs⁴¹⁹. Les faits sont classiques. Des contractants ont acquis des places de parking auprès de deux sociétés dans l'espoir de réaliser des avantages fiscaux. Cette opération fiscale est prouvée par différentes circonstances : un rapport d'expertise judiciaire prouvait que les avantages fiscaux étaient une finalité de l'opération, les documents publicitaires présentaient l'acquisition des biens comme l'opportunité de réaliser ces avantages. Après divers désordres tenant à la liquidation judiciaire de plusieurs partenaires, le projet n'a pu se réaliser. La Cour de cassation refusa pourtant la nullité de la vente, le but particulier des parties n'ayant pas été inséré contractuellement. Comme le remarque très justement Pierre-Yves Gautier, le vendeur n'avait pas simplement connaissance du but particulier que l'acheteur attaché à cette acquisition, mais il était à l'origine de cette croyance erronée dans la réalisation des avantages fiscaux. Comment alors soutenir, par excès de formalisme, qu'un vendeur doit expressément accepter « ce qu'il a fait miroiter ? »⁴²⁰. L'intégration de la finalité fiscale de la conclusion du contrat comme but du contrat serait donc un moyen de sanctionner le contractant qui a créé une croyance légitime dans l'esprit de son co-contractant, croyance qui se détermine en raison des circonstances particulières du litige⁴²¹. Pourtant, d'autres arrêts plus anciens admirent l'appréciation tacite des motifs contractuels en reconnaissant d'après « l'économie voulue par les parties » l'insertion d'une cause atypique⁴²².

115. Raisons de l'admission de l'influence des circonstances sur la détermination implicite des qualités essentielles. La possibilité d'une détermination implicite de la qualité essentielle s'explique pour différentes raisons. D'abord, le législateur accorderait une possibilité pour le juge de découvrir des qualités essentielles s'imposant d'elles-mêmes, mais que les parties auraient négligé d'affirmer expressément. Cet argument peut parfois s'illustrer en jurisprudence. Par exemple, on peut croire légitimement qu'une SCI spécialisée dans la location et la gestion de biens immeubles et qui acquière un appartement de 13m², appartement présenté

⁴¹⁹ Civ. 3^e, 24 avr. 2003, *Bull. Civ.* III, n° 82, *RTD Civ.* 2003, p. 723, obs. P.-Y. GAUTIER, *RTD Civ.* 2003, p. 699, obs. J. MESTRE, B. FAGES, *D.* 2004, p. 450, obs. S. CHASSAGNARD, *RDC* 2003, p. 42, obs. D. MAZEAUD.

⁴²⁰ P.-Y. GAUTIER, « Le contenu subjectif ou objectif du contrat : l'exemple de la transaction », *RDC* 2005, p. 1261. Même sens : J. ROCHFELD, « Les techniques de prise en considération des motifs dans le contrat en droit français, art. préc., : « Le professionnel ou la partie en position de proposition du contrat avait fait valoir, dans ses publicités ou lors des pourparlers précontractuels, la satisfaction du but subjectif, notamment la rentabilité ou l'utilité de la contrepartie attendue du contrat. Il n'apparaît ainsi pas complètement inique de tirer les conséquences de ce type de promesses ».

⁴²¹ Ce qui ne va pas sans rappeler le régime de la rupture des négociations précontractuelles, dont la croyance légitime de la future conclusion du contrat est un indice de brutalité de la rupture. Cette idée est parfois évoquée expressément par les juridictions : CA Riom, 10 juin 1992, *RTD Civ.* 1993, p. 343, obs. J. MESTRE.

⁴²² Civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996, *RTD Civ.* 1996, p. 901, obs. J. MESTRE,

comme loué, tienne pour qualité essentielle la possibilité de location du bien, sans que les parties l'aient reconnue expressément comme qualité essentielle de la vente projetée⁴²³. Le juge pourrait donc intégrer des éléments dans le champ contractuel lorsqu'un faisceau de circonstances le laisserait penser sans ambiguïté.

Néanmoins, cette affirmation n'explique pas en quoi l'appréciation circonstancielle est ouverte pour certaines qualités et serait refusée pour d'autres éléments que l'on qualifierait de motifs. D'autres critères sont nécessairement pris en considération. Le consensualisme serait l'un d'entre eux. En effet, si l'existence d'un contrat peut être révélée de façon implicite, *a fortiori* son contenu aussi, puisqu'il s'agit d'une question d'interprétation de volonté. Rappelons que la commune intention des parties n'est pas seulement décelable à travers l'*instrumentum*. Quand le contenu du contrat est obscur ou incomplet, le juge a toute amplitude pour l'apprécier. C'est en réalité l'argument qui justifie le mieux la mention d'une analyse implicite des qualités essentielles. Ce qui est regrettable est la distinction artificielle entre les éléments tacitement considérés comme essentiels et les motifs du contrat. Outre de poser la question de la pertinence de ces deux catégories d'éléments, cette dernière sème le doute sur les critères à prendre en considération à côté de la volonté pour différencier le motif purement extérieur et l'élément qui pourrait potentiellement, si les circonstances l'indiquent, être considéré comme essentiel.

116. L'appréciation « abstraite » des qualités essentielles d'un contrat. Les juges, en amont de la détermination des qualités essentielles conformément à la volonté des parties, ont déjà un *a priori* sur les éléments d'un contrat. Ils se réfèrent, souvent implicitement, aux éléments habituellement présents pour un type de contrat donné. L'idée de la distinction de Pothier entre éléments essentiels, accessoires et accidentels se retrouve encore ici⁴²⁴ : les motifs du contrat ne sont pas exclusivement définis par rapport à la volonté des parties, mais sont liés, même après la réforme du droit des contrats, à la nature du contrat conclu, ou en tout cas, à une certaine idée des éléments présents pour des contrats de même nature. Cette idée se retrouve dans le droit spécial de la vente à l'égard de l'obligation de conformité et de la garantie des vices cachés. La première permet de remettre en cause le contrat lorsque la volonté contractuelle n'a pas été respectée, tandis que la seconde l'autorise en dehors de toute appréciation des stipulations particulières du contrat⁴²⁵. De plus, si la différence entre qualités et motifs se conçoit raisonnablement pour les contrats dont la définition et le régime sont connus, elle se complique

⁴²³ Civ. 3^e, 3 mai 2018, n° 17-111.32 et n° 17-14.090, *LEDC* 2018, p. 4, obs. S. PELLET. La possibilité locative d'un bien immobilier aurait pu très bien être considéré en l'espèce comme un motif contractuel, c'est dire l'imprécision de la qualification d'élément essentiel du contrat dont la présence est soumise bien souvent à des choix d'opportunité.

⁴²⁴ D'ailleurs, certains auteurs reprennent le vocable utilisé par Pothier : Ph. CHAUVEL, th. préc., n° 285 : « Tout au contraire, l'erreur sur le motif qui s'attache à un accident de la chose suppose de la part du juge un examen approfondi de la volonté des parties (...) ».

⁴²⁵ Sur cette distinction : W. DROSS, « La déception contractuelle », *RTD Civ.* 2018, p. 787.

à l'aune de contrats que M^{me} Rochfeld qualifie d'« atypiques »⁴²⁶. Il est ainsi difficile de délimiter ce qui relèverait des éléments essentiels d'un côté et des motifs de l'autre dans les contrats innomés, puisque les contractants ont toute amplitude pour façonner l'objet contractuel à leur guise.

117. Synthèse sur l'influence des circonstances dans l'appréciation des qualités essentielles. Les circonstances ont toujours un rôle à jouer dans l'appréciation des qualités essentielles du contrat, mais leur rôle est restreint, visiblement, aux qualités pouvant être déterminées « implicitement ». Cette appréciation ne tient plus pour les éléments qualifiés de motifs contractuels. Ce que souhaitait éviter le législateur en insérant cette distinction se comprend : en admettant que tout élément puisse être érigé en qualité essentielle sans égard à la particularité de celui-ci, la stabilité du contrat n'en ressortirait pas indemne. Cette distinction a pour but de préserver la prévisibilité du contrat ainsi que la sécurité juridique. Pourtant, elle pourrait engendrer l'effet inverse. Un motif contractuel dont les circonstances démontrent qu'il a été envisagé par les parties dès la formation du contrat, mais qui n'a pas fait l'objet d'une insertion expresse, soit que les parties l'ont négligé, soit que l'*instrumentum* est absent, ne peut être considéré comme un élément essentiel. Dans cette hypothèse, la sécurité n'en est pas plus épargnée. Refuser d'annuler un contrat alors que les circonstances font ressortir que l'élément a fait l'objet d'un consensus va à l'encontre de l'attente légitime des contractants. Que le contrat ne soit pas malmené à la moindre évocation d'une circonstance particulière est une chose, que cette influence soit refusée alors que le contexte dicte le contraire en est une autre. Cette distinction pourrait paradoxalement être source de danger pour les contractants, car elle est pensée contre l'esprit d'un pragmatisme rudimentaire : un contractant en position de faiblesse⁴²⁷, qui croirait en la sincérité de son cocontractant, car toutes les circonstances de la situation lui laissent croire légitimement que le but qu'il vise en concluant le contrat est promis par ce dernier, se verrait exciper l'absence de mention expresse sans possibilité de reconnaître, même de façon implicite, que l'élément évoqué faisait bien partie du champ contractuel. En ne faisant pas de la volonté contractuelle le pivot de la distinction entre élément contractuel et motif, le vice pour erreur perd de sa cohérence et de sa force. Toutefois, le juge pourrait éventuellement, au nom du respect d'une certaine équité en analysant les circonstances de la formation du contrat, considérer qu'un élément qui est considéré habituellement comme un motif est en réalité un élément essentiel défini de manière implicite. Il n'y a en réalité aucun obstacle à l'admettre.

⁴²⁶ J. ROCHFELD, th. préc., spéc. n° 55 et s. : les contractants peuvent se conformer à un « modèle contractuel préexistant » (spéc. n° 55) dont les éléments découleraient d'eux-mêmes et dont les parties se contenteraient. A côté de ces modèles, il existerait des contrats que l'auteur qualifie de « maîtrisés » (n° 56) dont la structure contractuelle est déterminée librement par les parties au contrat, soit que toutes les clauses seraient prévues et définies (notion de contrat « lourd », n° 59), soit qu'un but particulier ait été inséré (cause atypique). Pour ces derniers, la caractérisation d'éléments essentiels est, par définition, impossible. En reprenant les propos de l'auteur, refuser d'apprécier implicitement un but particulier du contrat, c'est refuser d'admettre « l'atypicité » de ce dernier.

⁴²⁷ Dans le même sens : G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, op. cit., n° 317.

118. La tendance jurisprudentielle à l'analyse des circonstances particulières sur les qualités essentielles au mépris de l'exactitude contractuelle dans le cas précis du catalogue d'art. Un arrêt remarqué de la première chambre civile du 21 octobre 2020⁴²⁸ revient sur la problématique de la portée des catalogues d'art sur l'admission de l'erreur. Sa portée contredit dans une certaine mesure l'évolution législative. En effet, il relativise grandement l'importance des mentions inscrites dans le catalogue d'art, contrairement à la jurisprudence antérieure qui avait tendance à reconnaître objectivement les qualités substantielles de l'objet de la vente au regard de la description du catalogue⁴²⁹. Selon les termes de la Cour de cassation, les mentions inscrites dans le catalogue ne sont plus automatiquement considérées comme des qualités substantielles. Ces dernières sont certes des éléments qui « revêtent une importance particulière », mais « leur caractère déterminant s'apprécie au regard des qualités substantielles de la chose attendues par l'acquéreur ». La solution, en dissociant qualités substantielles et catalogue d'art, admet vraisemblablement que les mentions du catalogue sont des informations pertinentes, mais qu'elles ne peuvent être considérées comme des qualités essentielles de manière systématique.

119. Appréciation du contentieux des acquisitions d'objet d'art à la lumière de la réforme. Le législateur souhaite revenir à une définition conventionnelle des qualités essentielles, ce qui ne semble pas en accord avec la décision du 21 octobre 2020 qui relativise grandement les éléments décrits par le catalogue d'art. En effet, le catalogue est « sans doute » un document contractuel⁴³⁰. Au regard de l'article 1133 du Code civil, les qualités expressément

⁴²⁸ Civ. 1^{ère}, 21 oct. 2020, n° 19-15.415, *D.* 2021, p. 325, comm. F. LABARTHE; *RTD Civ.* 2021, p. 121, obs. H. BARBIER; *RDC* 2021, p. 12, note F. DOURNAUX; *LEDC* 2020, p. 4, obs. M. LATINA; *RLDC* 2021, n° 191, obs. J. MESTRE.

⁴²⁹ Voir : Civ. 1^{ère} 27 fév. 2007, n° 02-13.420, *Bull. Civ. I*, n° 90 ; *RTD Com.* 2007, p. 587, obs. B. BOULOC ; *CCC* 2007, comm. 146, obs. L. LEVENEUR : les juges ont reconnu à l'égard de la preuve de l'erreur sur la substance que « la référence à la période historique portée, sans réserve expresse, au catalogue, n'était pas exacte, ce qui suffisait à provoquer l'erreur invoquée ». Dans le même sens encore : F. POLLAUD-DULIAN, note sous Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, *RTD Com.* 2009, p. 143 : le requérant ne pouvait se défaire de sa responsabilité en prétextant qu'une Holding acquéreuse d'une œuvre prétendue de Dali intitulée « œil fleuri » avait tout loisir de consulter les certificats d'authenticité pour avoir des précisions exactes sur l'œuvre, l'importance de cette consultation ne figurant même pas dans le catalogue d'art.

⁴³⁰ P.-Y. GAUTIER, « Le mystère de Sésostri III : erreur substantielle sur la datation d'une œuvre d'art anonyme », *D.* 2007, p. 1632 : le catalogue d'art qui détermine le consentement de l'acheteur doit être reconnu comme contractuel. Il est « techniquement précontractuel » mais dans « sa fonction d'obligation » et parce qu'il entraîne normalement l'acceptation de l'acquéreur, il peut être considéré comme un document contractuel. Sur la reconnaissance de la nature contractuelle du catalogue d'art : F. LABARTHE, « La valeur contractuelle du catalogue dans les ventes volontaires de meubles aux enchères publiques », *D.* 2011, p. 1179. L'auteur reconnaît que, contrairement aux documents publicitaires, la valeur contractuelle des catalogues d'art n'est pas l'objet de discussions. En effet, il détermine l'objet du contrat mais aussi ses qualités essentielles. Malgré la nature précontractuelle de ce dernier, « il ressort que le caractère contractuel du catalogue de vente aux enchères s'impose naturellement » car « il est le reflet de la volonté des parties, celle du vendeur qui décrit son objet avec ses qualités, et celle de l'acquéreur qui va légitimement se fier à ces données ». En somme « le catalogue est le vecteur des qualités annoncées de l'objet, qui vont, de ce fait, entrer dans le champ contractuel ». *Comp.* : H. BARBIER, « Quand la conception subjective de l'erreur sur la substance immunise le contrat contre l'inexactitude », *RTD Civ.* 2021, p. 121 : l'auteur le considère dès le commencement de son développement comme un réel contrat : « Le contrat peut-il se contenter de l'à peu près ? ».

ou tacitement convenues peuvent se retrouver dans les mentions présentes dans le catalogue d'art. Mais contrairement à ce que recommanderait le nouvel article 1133 du Code civil s'il était applicable à l'espèce⁴³¹, c'est par une appréciation des circonstances de la formation du contrat que la Cour de cassation refuse la nullité malgré l'inexactitude des documents. Malgré l'erreur dans la présentation du catalogue sur les qualités de la table compas signé par le célèbre architecte et designer Jean Prouvé, à savoir un plateau en chêne, alors qu'il n'était qu'en bois plaqué chêne, la reconstitution de la volonté de l'acheteur, en considération des circonstances contemporaines à la formation du contrat, a montré que la matière du plateau n'était pas déterminante du consentement. L'*errans* n'a pas montré en quoi les diverses restaurations auraient altéré « la substance de l'objet ». Par un effort dans la contextualisation de la création des objets d'art, et par la compréhension de la particularité de l'œuvre artistique, la Cour, au mépris des stipulations conventionnelles⁴³², a considéré que « l'intérêt » de cette table se trouvait, non pas dans la matière du plateau qui répondait à une « destination purement utilitaire » et de ce fait « contingent et dissociable », mais dans le piétement d'une telle œuvre, à savoir la forme de compas si distinctif de l'œuvre de Jean Prouvé. Cette attirance des acquéreurs pour l'originalité incarnée par ce trait caractéristique de l'œuvre de l'artiste est vérifiée par le prix déboursé, qui n'avoisine pas moins du double de l'estimation figurant sur le catalogue de vente, dernier élément montrant que les autres caractéristiques avaient une moindre importance à leurs yeux. Cette évolution jurisprudentielle ne peut que laisser circonspect : alors que la jurisprudence a construit, antérieurement à la réforme, une théorie de l'erreur fondée sur la volonté des parties à travers la notion de « substance », l'appréciation objective des qualités essentielles au regard de la teneur des catalogues d'art fut un temps appréciée comme un des seuls bastions épargnés par l'appréciation souveraine des juges. Voilà que les magistrats de la Cour, au mépris de l'évolution législative, même si le contrat fut conclu avant la réforme du droit des obligations, renversent le principe et subjectivent l'analyse de l'erreur, en ne reposant plus exclusivement et de manière littérale leurs appréciations sur les mentions inscrites dans le catalogue.

120. Synthèse de l'influence des circonstances dans le cas particulier du marché d'art.

Finalement, même à la lumière de la réforme du droit des contrats, les magistrats ne sont pas réticents à l'idée de conserver une marge de manœuvre dans l'appréciation des qualités

⁴³¹ Malgré le respect de l'application dans le temps de la réforme du 10 février 2016, les différentes chambres de la Cour de cassation n'hésitent pas à apprécier des litiges concernant des contrats conclus antérieurement à la date d'application de la réforme à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil. Elle le fait par exemple dans le contentieux de la rétractation des promesses unilatérales de vente : Civ. 3^e, 23 juin 2021, n° 20-17.554, *D.* 2021, p. 1574, note L. MOLINA ; *D.* 2022, p. 310, obs. R. BOFFA et M. MEKKI ; *RTD Civ.* 2021, p. 630, obs. H. BARBIER. Alignement de la décision du revirement par la chambre commerciale : Com. 15 mars 2023, n° 21-20.399, *D.* 2023, p. 985, obs. S. TISSEYRE.

⁴³² Et même potentiellement au mépris du respect de la volonté des parties, car le juge présume, en analysant en réalité ce que désirerait un connaisseur d'art, que les parties ont souhaité acquérir l'objet car la paternité en revenait à Jean Prouvé, en rejetant que d'autres qualités, à savoir le plateau en chêne, soit considéré comme essentielle aux yeux des acquéreurs. Sur cette remarque : F. DOURNAUX, « Une erreur de compas dans la balance des juges », obs. sous Civ. 1^{ère}, 21 oct. 2020, *op. cit.*

essentielles en appréciant les circonstances particulières de la formation du contrat, au détriment des mentions inscrites dans un document contractuel. Il sera intéressant par la suite de voir de quelle façon la jurisprudence articulera cette nouvelle appréciation du catalogue d'art aux nouvelles dispositions sur l'erreur qui paraissent consacrer une définition conventionnelle des qualités essentielles.

121. Conclusion de la Section I. Les circonstances ont une place prépondérante dans la théorie des vices du consentement. Le dispositif a pour objet la protection des contractants victimes potentielles de vices, protection qui se vérifie à l'égard de leurs circonstances individuelles. L'âge, l'inexpérience, les drames de la vie quotidienne, la faiblesse psychologique, la dépendance économique ou affective, sont autant de circonstances dont le juge se révèle particulièrement sensible. Toutefois, les circonstances ne sont pas exclusivement envisagées pour protéger le contractant. Elles sont utiles aussi afin de refuser l'admission de la nullité du contrat quand elles révèlent une absence de légitimité de la protection. Plus particulièrement dans la détermination de la qualité essentielle, la volonté telle qu'exprimée dans le contrat serait le seul critère à suivre. Pourtant, la détermination des qualités essentielles de manière implicite implique nécessairement l'analyse des circonstances. Cette possibilité tend à relativiser en pratique la distinction entre éléments essentiels et motifs du contrat. En outre, certains contentieux, qui étaient épargnés par l'appréciation « subjective » sont analysés aujourd'hui à l'aune du contexte de la formation du contrat comme pour le marché de l'art, et ce, au mépris de l'évolution à la lumière de la réforme du droit des obligations du 10 février 2016. La modification du Code civil pourrait, paradoxalement, raviver l'intérêt des circonstances : il n'est pas rare que les contractants ne fassent pas apparaître clairement l'importance des qualités lors de la conclusion d'un contrat. Le recours à l'analyse implicite de l'accord, par l'intercession de la commune intention des parties, invitera nécessairement à analyser les circonstances afin de déterminer clairement la volonté des contractants. À côté des circonstances particulières qui permettent d'apprécier la qualité du consentement, les circonstances, par définition extérieures à la volonté des parties, sont normalement des éléments exclus du champ contractuel.

SECTION II. LES CIRCONSTANCES PARTICULIÈRES, OBJET DE VOLONTÉ

122. La diversité des circonstances particulières de la formation du contrat. Les contractants ne raisonnent pas en termes d'éléments essentiels ou non-essentiels. Pour eux, c'est l'ensemble des éléments envisagés qui revêtent une importance singulière. En ce sens, les circonstances, si elles ont un intérêt dans la prise de décision de conclure le contrat, ne permettent pas toutes de le remettre en cause. Si les circonstances à l'origine de la conclusion sont nécessairement des circonstances pertinentes, celles pouvant aboutir à la remise en cause de l'accord sont des circonstances indispensables. Sans la présence de ces dernières, le contractant aurait eu une réaction précise : il n'aurait pas conclu le contrat, ou l'aurait conclu à d'autres conditions. Si ces circonstances sont seulement pertinentes sans être indispensables, le cocontractant peut à tout le moins engager sa responsabilité délictuelle au titre de l'article 1112-1 du Code civil prévoyant le régime général de l'obligation d'information. Pour chaque hypothèse de vice du consentement, l'étendue des circonstances pouvant fonder une nullité du contrat paraît plus ou moins étendue.

123. Plan. Dans un premier temps, il est intéressant de montrer en quoi la délimitation entre le champ contractuel et les circonstances extérieures à ce dernier fait l'objet d'une évolution constante grâce aux enseignements de la jurisprudence et des modifications législatives concernant la théorie des vices du consentement (A). Ces précisions sont pour autant inefficaces à fonder une notion uniforme de circonstances par nature étrangères au champ contractuel (B) débouchant sur un échec de délimitation de ces dernières (C).

A. Influence de l'évolution du droit des contrats sur la prise en compte des circonstances

124. Plan. La délimitation de ce qui fait l'objet de l'accord des parties a connu une évolution par la transformation de la notion de substance qui était avant la réforme la clef de compréhension de l'application de l'erreur, déplaçant au fur et à mesure les frontières du champ contractuel (a). La suppression de cause par la réforme du droit des contrats pourrait paradoxalement revigorer le vice pour erreur dans la satisfaction des contractants conformément à leurs attentes particulières (b).

a. La place accordée aux circonstances au regard de l'évolution de l'objet de l'erreur

125. L'évolution de la notion de substance a impliqué une appréciation des circonstances. Bien que la doctrine ait adopté au fil de la construction de la théorie de l'erreur différentes appellations pour qualifier les erreurs susceptibles d'entraîner la nullité de l'accord, l'esprit demeure le même : l'erreur doit porter sur la substance du contrat. Dans une définition

stricte, voire restrictive de l'erreur, la substance est la matière de la chose objet du contrat⁴³³. Cette conception provient le droit romain qui admettait l'erreur *in substantia*⁴³⁴. Elle se serait par la suite enrichie des « propriétés dont la réunion détermine la nature spécifique et la distingue, d'après les notions communes, des choses de toute autre espèce »⁴³⁵. Cet ajout ultérieur étend le domaine de la substance, mais elle est analysée à l'aune d'un contractant abstrait, et non pas en considération des intentions particulières de l'*errans*⁴³⁶. Si l'un des contractants souhaitait que l'exécution du contrat soit liée à une circonstance particulière, cette volonté devait être connue et acceptée du co-contractant⁴³⁷. Cependant, l'évolution jurisprudentielle et la critique de certains auteurs à l'égard de cette définition abstraite de la substance ont fait évoluer cette conception⁴³⁸. L'appréciation d'une qualité substantielle est devenue subjective, elle n'était plus seulement un « élément intrinsèque de la chose, mais extrinsèque : c'est la représentation que l'*errans* se fait de la chose, autant dire un état d'âme »⁴³⁹. Cette évolution a impliqué que le juge se penche sur les circonstances de la formation du contrat pour savoir si l'objet de l'erreur avait bien déterminé la volonté de l'*errans* à conclure le contrat, peu importe la nature de l'élément en cause. La refonte des textes concernant les vices du consentement est revenue à plus de prévisibilité. L'article 1133 du Code civil pose en effet une définition de la qualité essentielle : c'est celle en considération de laquelle les parties ont fait expressément ou tacitement référence⁴⁴⁰. L'objet de cette erreur doit être prévu expressément dans le contrat ou être rentré dans le champ contractuel de manière tacite⁴⁴¹.

⁴³³ G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. 2, vol. 1, Sirey, 2^e éd., 1989, n° 123 : « Ainsi on dira que la substance c'est la nature du bois ou du métal dont est faite la chose objet du contrat ».

⁴³⁴ Elle consiste dans « l'erreur sur la matière dont est formée la chose, objet du contrat » : L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 1998, 9^e éd., n° 163.

⁴³⁵ AUBRY, RAU, *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariæ*, par Bartin, t. 4, éd. Techniques S.A., 6^e éd., 1984 n° 114.

⁴³⁶ En ce sens : L. et J. MAZEAUD, CHABAS, *op. cit.*, n° 166, p. 165.

⁴³⁷ Au demeurant, la problématique de l'existence du contrat répondait aux mêmes enjeux : les éléments essentiels qui ne seraient pas « normalement » attendus doivent faire l'objet d'une connaissance commune, les circonstances particulières permettant en principe de rechercher cette volonté partagée.

⁴³⁸ C. BUFNOIR, *Propriété et contrat, Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, LNDJ, Paris, 1900, spéc. p. 597-598 : l'auteur réfute l'option d'Aubry et Rau sur la détermination des qualités substantielles suivant la commune opinion. Pour Bufnoir, il est nécessaire de se placer non pas d'un point de vue « absolu, mais au point de vue relatif sous lequel les parties se sont placées en contractant ».

⁴³⁹ Ph. MALINVAUD, « De l'erreur sur la substance », *D.* 1972, chron. 215, p. 43.

⁴⁴⁰ Cette évolution était encouragée par certains auteurs : Josserand admettait que seule « l'erreur portant sur ce facteur commun » était « susceptible d'entraîner la nullité du contrat, et à supposer qu'elle ait été déterminante » ce qui pour l'auteur « évite l'arbitraire, les surprises » : JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, éd. CNRS, 1984, n° 65, p. 84. Dans le même sens : M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français. Les obligations*, t. 6, LGDJ, 1952, n° 176, spéc. p. 210 : « Pour que la connaissance du point déterminant justifie l'annulation au cas d'erreur sur celui-ci, il faut que ce point – existence ou absence d'un fait, suivant les cas – puisse être considéré comme inclus dans l'accord, en vertu de la loi ou de la volonté des parties, qu'il ait été introduit dans le *champ contractuel*, formule que nous emprunt à H. Capitant ». *Comp.* : J. MAURY, « L'erreur sur la substance dans les contrats à titre onéreux », in *Études Capitant*, Dalloz, 1977, p. 491 et s. : l'auteur considère que la connaissance du cocontractant sur la qualité ou l'élément « prévu » sert à protéger ce dernier et par la même « introduit la notion de confiance légitime comme base accessoire possible de l'obligation » (p. 515).

⁴⁴¹ La Cour de cassation évoque dans un arrêt récent la notion de « qualité substantielle entrant dans le champ contractuel » : Civ. 1^{ère}, 6 janv. 2021, inédit, n° 19-14.205.

Cette condition de l'insertion expresse d'une qualité permet de préserver la sécurité juridique⁴⁴². La protection du contractant serait alors permise par la seule recherche du caractère déterminant de l'erreur, tandis que la protection du créancier serait assurée par la notion de qualité essentielle⁴⁴³. Deux catégories d'éléments existeraient à l'aune de la conception de l'erreur : les qualités essentielles expresses ou tacites, et les motifs du contrat. Ces derniers sont des éléments qui portent sur des circonstances puisqu'ils sont considérés comme les raisons de conclusion du contrat portant sur des éléments factuels et extérieurs à l'accord.

126. Appréciation tacite de la commune intention de faire pénétrer une circonstance extérieure au contrat au sein du champ contractuel. Là où le législateur refuse de fonder la nullité du contrat lorsque la qualité visée n'est pas considérée comme essentielle, la recherche de la volonté tacite peut élargir de façon indirecte le champ contractuel⁴⁴⁴. Ce que le législateur a tenté d'enrayer peut donc, par une appréciation judiciaire permissive, réapparaître de manière inavouée. Cette extension du contrat se comprend pour les qualités qui seraient objectivement essentielles pour tout contrat de même nature : il est bien évident qu'il n'est pas nécessaire de préciser qu'un bail doit porter sur un bien décent⁴⁴⁵. Cependant, la détermination de ce qu'est une qualité essentielle n'apparaît pas toujours de manière franche : la rentabilité économique, qui semble de prime abord une information portant sur la valeur de la prestation et qui est *de facto* exclue, apparaît quelquefois comme une qualité essentielle du contrat de franchise. Le contentieux sur la question permet d'illustrer cette difficulté.

Un arrêt de la Cour de cassation du 21 octobre 2020 a refusé d'admettre la nullité d'un contrat de consommation portant sur la vente de matériel photovoltaïque au visa de l'article L. 111-1 du Code de la consommation, excluant que la rentabilité économique soit considérée comme une qualité essentielle présente par nature dans le champ contractuel⁴⁴⁶. Pourtant, cette décision est loin d'être constante, et les juges reconnaissent parfois le caractère essentiel de la rentabilité dans ce genre de contrats, car elle serait conçue comme la finalité de l'opération contractuelle⁴⁴⁷. C'est donc toujours cette distinction entre, d'un côté, des éléments

⁴⁴² Certains auteurs voient en cette évolution la disparition du vice pour erreur. Voir déjà les propos de H. GÉRARD, *Du dol, de ses effets dans la formation des contrats en droit romain et en droit français*, éd. L. Larose et Forel, 1883, p. 214-216 : constater une erreur lors de la violation d'une qualité promise serait confondre le vice du consentement et l'inexécution du contrat. *Comp.* : W. DROSS, « La déception... », art. préc. : l'auteur affirmant que « l'erreur, comme vice du consentement, n'existe plus » (souligné par l'auteur), la réforme du droit des contrats appréciant l'erreur exclusivement comme un problème de conformité.

⁴⁴³ G. VIVIEN, « De l'erreur déterminante et substantielle », *RTD Civ.* 1992, p. 305 : la confusion régnante au sein de l'erreur était due à la protection par une même notion de deux « exigences contradictoires » (p. 307).

⁴⁴⁴ Sur l'influence des circonstances sur l'essentialisation : *supra* n° 31 et s.

⁴⁴⁵ L'art. 1719 al. 1^{er} C. civ. prévoit que cette obligation n'a pas besoin de faire l'objet d'une stipulation particulière et qu'elle s'impose par « la nature du contrat ».

⁴⁴⁶ Civ. 1^{ère}, 21 oct. 2020, *RTD Civ.* 2020, p. 869, obs. H. BARBIER. Dans le même sens : Civ. 3^e, 31 mars 2005, n° 03-20.096, *JCP G* 2005, p. 194 obs. Y.-M. SERINET.

⁴⁴⁷ Com. 12 juin 2012, n° 11-19.047, *D.* 2012, p. 2079, note N. DISSAUX ; *Ibid.*, p. 732, obs. D. FERRIER, *RTD Civ.* 2012, p. 724, obs. B. FAGES. Sur la possibilité de qualifier la rentabilité d'erreur « sur la substance » : Com. 4 oct. 2011, n° 10-20.956, *RDC* 2012, p. 64, obs. T. GENICON.

« naturellement » présents dans le champ contractuel et les autres qui permettraient de les considérer comme des circonstances qui se conçoivent en dehors du champ contractuel. Les éléments qui ne permettraient pas directement de servir la finalité du contrat seraient considérés comme des circonstances. La formule n'est pas sans rappeler la notion de cause aujourd'hui disparue du Code civil, qui a permis un temps d'apprécier le contrat en considération des circonstances particulières de la situation contractuelle.

b. Influence de la disparition de la notion de cause sur l'influence des circonstances

127. La disparition de la cause et sa possible absorption par la notion de qualités essentielles. La suppression de la notion de cause n'a pas fait disparaître ses potentielles applications fonctionnelles⁴⁴⁸. Cet abandon, au-delà des querelles de politique juridique sur les effets souhaités d'une telle disparition⁴⁴⁹, a été perçu comme la privation « d'un instrument de rééquilibrage du contrat et de protection des contractants faibles »⁴⁵⁰. Le « but » et la « contrepartie » du contrat sont considérés comme des substituts, mais d'autres dispositifs pourraient ramener dans leur giron des actions judiciaires qui auraient été entreprises sur le fondement de l'ancien article 1131 du Code civil. M. Denis Mazeaud relativise la suppression d'une notion qui, en réalité, continuera de conserver son esprit dans la pratique judiciaire⁴⁵¹. La notion d'intérêt par exemple montre que l'esprit de la cause n'a pas disparu⁴⁵². La doctrine rapproche souvent la cause de l'erreur alors que les praticiens hésitent régulièrement entre ces deux fondements⁴⁵³. M. Ghestin affirmait que « l'absence de cause peut être normalement

⁴⁴⁸ Sur une vue d'ensemble des raisons et conséquences de la disparition de la cause : M. LATINA, « L'essentiel de la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016, p. 1 ; F. ROUVIÈRE, « De la cause vers les motifs : d'autres mots pour les mêmes concepts ? », *RTD Civ.* 2021, p. 247, D. HOUTCIEFF, « La cause et le déséquilibre », *Gaz. Pal.* 2019, p. 27, L. AYNÈS, « Prestation, objet, but, mais plus de cause ? », in *La réécriture du Code civil, le droit français des contrats après la réforme de 2016*, dir. B. Fauvarque-Cosson, éd. Société de législation comparée, 2018, p. 143.

⁴⁴⁹ Pour une critique accueillant favorablement la suppression de la cause : M. FABRE-MAGNAN, « Entretien », *JCP G* 2008, p. 199. *Contra* : R. CABRILLAC, « Le projet de réforme du droit des contrats, Premières impressions », *JCP G* 2008, p. 190 : l'auteur illustre la suppression de la cause et son remplacement par la notion d'intérêt comme « un inutile et irresponsable gadget » ; O. TOURNAFOND, « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit français », *D.* 2008, p. 2607. Pour une réponse plus nuancée : D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », *D.* 2008, p. 2675.

⁴⁵⁰ P. ANCEL, « Évolution, pas révolution », in *Le droit des obligations d'un siècle à l'autre*, dir. G. Pignarre, éd. Institut Universitaire Varenne, 2016, p. 151.

⁴⁵¹ Civ. 1^{ère}, 27 janv. 2021, n° 19-24.592, inédit : la Cour rejette le pourvoi d'un curateur souhaitant voir annuler un contrat de bail conclu entre le bailleur protégé et une société preneuse dont le montant du « pas-de-porte » n'était visiblement pas suffisant pour compenser la valeur locative du bien loué qui s'élevait à plus de dix fois le montant du loyer annuel prévu. La Cour de cassation précise que la Cour d'appel a bien vérifié les contreparties « au jour de la formation du contrat » et que l'engagement du preneur n'étant pas « dérisoire », le contrat n'était pas nul pour « absence de cause ». La Cour de cassation mêle les termes anciens et nouveaux du Code civil alors que la conclusion du bail en l'espèce est antérieure à la réforme.

⁴⁵² D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats (...), art. préc., du même auteur : « Pour que vive la cause, en dépit de la réforme ! », *Dr. et patr.* 2014, p. 38. Sur le constat de la concrétisation de la notion d'intérêt pas le concept de cause et le regret de sa disparition : S. LEQUETTE, « La notion de contrat, Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD Civ.* 2018, p. 541, spéc. n° 12.

⁴⁵³ M^{me} Rochfeld le fait dans un article : J. ROCHFELD, « Disparition de la cause : table rase et nouveaux fondements à l'intervention du juge (adhésion, dépendance, erreur) ? », in *La réforme du droit français des contrats*, dir. B. Fauvarque-Cosson, G. Wicker, éd. Société de législation comparée, 2019, p. 87. Dans ce sens

définie comme une erreur sur l'existence de la cause »⁴⁵⁴. En consacrant la notion de qualités essentielles, le dispositif de l'erreur s'oriente vers un contrôle du contenu du champ contractuel déterminé conformément à la volonté des parties. En effet, l'impossibilité d'atteindre le but du contrat, qualité essentielle déterminée conventionnellement, justifie sa nullité. Ce faisant, l'appréciation de la finalité du contrat permise sur le fondement de la cause peut refluer vers la théorie des vices du consentement, et en particulier vers le vice pour erreur.

128. L'utilité de la notion de « contrepartie » dans la prise en compte des circonstances particulières. Au-delà de l'erreur, c'est bien la notion de contrepartie présente à l'article 1169 du Code civil qui pourrait se substituer à l'analyse concrète et subjective de la cause conformément aux circonstances dans lesquelles le contrat est conclu. Les juges le conçoivent parfois de cette manière. Dans une décision du 21 janvier 2020⁴⁵⁵, la Cour de cassation a rejeté la demande en résiliation d'un contractant sur le fondement de la cause à l'occasion de la conclusion d'une convention lui accordant des droits d'accès à un club de golf très sélectif moyennant une contrepartie de 40 000 euros en sus de cotisations annuelles. Le club décida, cinq années après, de diminuer ce montant à 15 000 euros. Un adhérent s'en plaignit, en déplorant l'accès facilité au club qui ne représentait plus à ses yeux l'élitisme que la somme d'adhésion permettait d'assurer et de conserver. La Cour de cassation, tout en refusant d'accueillir sa demande, a reconnu sur le fondement de l'interprétation de la volonté des parties que « la société s'engageait à assurer à ses membres la jouissance des infrastructures de golf dans un cadre d'exception et dans des conditions élitistes basées sur un agrément des candidats et un nombre limité de joueurs, et que ces éléments, qui constituaient la cause du contrat n'avaient pas été modifiés ». Les juges, finalement, ne ferment pas la voie à une appréciation circonstanciée de la contrepartie par le truchement de l'analyse de la volonté des contractants. Il est donc souvent difficile de préciser à l'avance ce qui serait, par nature et pour tous les contrats, en évacuant l'analyse des circonstances de la formation et de l'exécution du contrat, ce que serait la finalité précise du contrat en cause.

B. Les circonstances particulières étrangères au contrat n'ont pas d'influence sur sa validité

129. Plan. Les motifs du contrat, raisons de la conclusion de l'accord portant sur des circonstances, n'ont pas d'influence sur la validité de l'accord (a). Il est donc indispensable de préciser la limite entre le champ contractuel et les motifs que certaines théories doctrinales ont tenté de préciser par la recherche de notions précises (b).

aussi : G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.* 2015, p. 1557.

⁴⁵⁴ J. GHESTIN, th. préc., n° 230, p. 274.

⁴⁵⁵ Civ. 1^{ère}, 22 janv. 2020, n° 18-14.035, inédit.

a. Difficultés de délimitation du contenu du contrat et des circonstances extérieures à celui-ci

130. Les raisons des difficultés de la distinction entre objet contractuel et circonstances extérieures. Il n'existe pas de catégorie homogène de circonstances qui seraient par nature extérieures à chaque contrat. Cette notion est nécessairement relative. Les éléments parfois qualifiés de circonstances se définissent en réalité de manière résiduelle⁴⁵⁶ : sont qualifiés de circonstances des éléments qui ne peuvent être considérés comme faisant partie de l'objet du contrat particulier en question. Plus précisément, la circonstance porte sur un élément factuel dont l'absence ou la survenance ne peut, normalement, remettre en cause la validité de l'accord contractuel. Ces circonstances sont de plusieurs natures. Elles seraient parfois les « raisons d'être d'un contrat, ce qu'on peut appeler son "contexte" »⁴⁵⁷. Ces motifs « sont extérieurs à l'acte » et « susceptibles pour un type de contrat déterminé, de varier presque à l'infini »⁴⁵⁸ car ils touchent à « la finalité de leurs actes et à leur détermination »⁴⁵⁹. Éléments purement « adventices », le contrat serait « complet (...) encore que nous soyons dans l'ignorance des circonstances »⁴⁶⁰. En effet, cette « circonstance psychologique extérieure aux éléments constitutifs du contrat ignorée du cocontractant » ne « peut donc entraîner la nullité »⁴⁶¹. Ces différentes propositions ne résolvent en rien la délimitation délicate du contrat et des circonstances. Sa simplicité ne parvient pas à cacher ses faiblesses techniques⁴⁶². L'objet ou le

⁴⁵⁶ Sur la définition résiduelle : J. WROBLEWSKI, « Le non-dit dans le droit : présuppositions et conventions implicites » in *Controverses autour de l'ontologie du droit*, dir. P. Amselek, C. Grzegorzczuk, PUF, 1989, p. 137 et s. Afin de déterminer ce qu'est le non-dit, il est nécessaire de déterminer ce qu'est le « dit » dans le droit. Sur ce point l'auteur précise que « le non-dit est ce qui reste du droit après avoir conceptuellement éliminé le dit ».

⁴⁵⁷ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, 20^e éd., 2023, n° 98 : il distingue deux types de circonstances. Celles extérieures au contrat « qui pousse une partie à conclure » et les circonstances qui constituent des motifs déterminants qui constituent « la base même du contrat ».

⁴⁵⁸ JOSSERAND, th. préc., n° 9, p. 12.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, n° 14, p. 18.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, n° 15, p. 19.

⁴⁶¹ L. MAUGER-VIELPEAU, « Commentaire de l'article 1135 du Code civil », in *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, dir. T. Douville, Lextenso, 2^e éd., 2018, p. 91.

⁴⁶² Expression empruntée à T. GENICON, « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », in *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josseland*, éd. Mare&Martin, 2014, p. 215. Dans le même sens : J. GHESTIN, « Le renouveau doctrinal actuel de l'absence de cause », *JCP G* 2006, p. 194 : l'auteur évoque la distinction entre les causes abstraites et les causes subjectives en les qualifiant respectivement de « principe » et « d'exception ». Cette distinction pour lui serait envisageable « si le mode d'intégration dans le champ contractuel était suffisamment évident, c'est-à-dire formel, pour que toute confusion soit exclue ». Cette distinction revient aux parties mais le juge « par interprétation de leurs volontés » a le pouvoir de choisir « les moyens techniques d'une telle intégration et leurs conditions d'efficacité ».

contenu du contrat ne sont pas plus précis⁴⁶³. Les dispositions du Code civil ne se révèlent pas d'un grand secours⁴⁶⁴. La délimitation du champ contractuel resterait un mystère⁴⁶⁵.

A l'aune de l'erreur, les auteurs définissent les circonstances comme des éléments « étrangers aux qualités essentielles de la prestation ou du cocontractant »⁴⁶⁶. Ils précisent que « le motif n'est pas une erreur sur les qualités essentielles » et qu'elle est de ce fait « inopérante »⁴⁶⁷ ou encore que les erreurs indifférentes ont porté sur des éléments extérieurs à l'objet du contrat⁴⁶⁸. Autrement dit, les circonstances seraient des éléments factuels différents pour chaque contexte, mais qui ne peut remettre en cause la validité de l'accord. Les qualités essentielles ou intrinsèques de l'accord sont des qualités présentes et ce, peu importe le contexte et les circonstances qui ont accompagné la formation et l'exécution du contrat.

131. Absence de recherche d'une notion propre des circonstances extérieures au contrat. Deux réactions sont en réalité possibles face à cette délimitation. La première qui est la plus courante est l'indifférence. Les auteurs relèvent le plus souvent les constatations attachées à une telle qualification : « plus l'élément sur lequel porte l'erreur est extérieur au contrat, plus cet élément se subjectivise et plus il sera difficile de le faire entrer dans le champ contractuel »⁴⁶⁹. Aucune définition arrêtée n'existe sur ce qui, par essence, fait partie de la nature d'un contrat. On ne saurait être trop sévère sur cette carence, car la question de l'objet du contrat est étroitement liée à la notion de contrat elle-même qui n'est pas matière à consensus malgré la tentative d'y remédier⁴⁷⁰. Le fait d'insister aujourd'hui sur sa dimension économique montre que le prisme de la volonté des parties est insuffisant à déterminer ce qui devrait être considéré comme un élément contractuel⁴⁷¹. La deuxième réaction est de tenter tant bien que mal de définir

⁴⁶³ La notion d'objet du contrat se concentre sur la prestation caractéristique mais occulte d'autres aspects, telle que l'économie particulière de la convention. En ce sens : D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, Bruylant, 7^e éd., 2023, n° 370. Cependant, comme nous le précisons, les différentes notions tentant de délimiter l'étendue contractuelle reflète « l'infinie variabilité du contenu des conventions, tranchant ce faisant avec le droit romain qui n'admettait qu'un nombre limité d'opérations contractuelles ».

⁴⁶⁴ La sous-section 3 du Code civil consacré au contenu du contrat débute par un art. 1163 précisant que « l'obligation a pour objet une prestation présente ou future ».

⁴⁶⁵ T. GENICON, « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », in *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, dir. W. Dross et T. Favario, éd. Mare&Martin, 2014, p. 181 et s., spéc. p. 203. A propos de la « subjectivisation » de la cause, l'auteur considère que la problématique se résume ainsi : « dans quelle mesure l'intérêt original et tout personnel de l'un des contractants peut conditionner l'efficacité du contrat et interférer dans sa destinée ».

⁴⁶⁶ B. FAGES, *Droit des obligations*, op. cit., n° 114.

⁴⁶⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op. cit., n° 312.

⁴⁶⁸ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, op. cit., n° 548.

⁴⁶⁹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil*, op. cit., n° 287.

⁴⁷⁰ Mais qui n'est pas un mal en soi pour d'autres. M. Pimont au contraire y voit la conséquence du choix d'une définition du contrat centrée plutôt sur la délimitation de chacune de ses obligations que sur la recherche de son « unité organique » qui serait inutile : S. PIMONT, *L'économie du contrat*, préf. J. Beauchard, PUAM, 2004, spéc. n° 4, p. 16.

⁴⁷¹ Bufnoir relevait déjà que la volonté « est faite d'éléments multiples qui s'enchainent les uns aux autres, et se servent de cause mutuellement ; il fallait donc établir une ligne de démarcation parmi les éléments constitutifs de l'intention pour chacune des parties contractantes, sinon le but le plus lointain, pourvu qu'il dépendit du contrat, aurait pu, comme le plus immédiat, entrer en compte pour la valeur de la convention » : C. BUFNOIR, op. cit., p. 529. Un autre auteur voyait déjà dans l'élément économique « le soubassement de la cause » : P. LOUIS-LUCAS,

ce qui ne ferait pas, par nature, partie de l'accord contractuel. Ici aussi, seul le recours à des notions fonctionnelles peut éventuellement offrir des éclairages momentanés. Capitant remarquait par exemple que la notion de motif, bien qu'elle « exerce une influence décisive sur la volonté du contractant » et qu'elle entretient de ce fait une relation de cause à effet avec l'engagement n'est pas prise en compte par le droit⁴⁷². Pour l'auteur, « le champ contractuel » est constitué seulement par des points connus et voulus par les parties. Les éléments extérieurs au contrat seraient alors seulement des éléments volontairement laissés à l'extérieur de celui-ci, ou en tout cas, dont la volonté contractuelle n'a pas choisi de les intégrer à l'accord. Pourtant, ces éléments « externes » ont de plus en plus d'intérêt à l'aune de la problématique du consentement, plus précisément depuis que l'obligation d'information a été consacrée à l'occasion de la réforme du droit des obligations du 10 février 2016.

132. Les circonstances du contrat permettent d'engager la responsabilité du contractant qui n'aurait pas respecté son obligation d'information. L'obligation d'information envisage les circonstances particulières devant faire l'objet d'une information lorsqu'elles revêtent une importance qui est « déterminante pour le consentement de l'auteur » comme le précise l'article 1112-1 du Code civil. Ces informations déterminantes ont « un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties ». Comme le précise M^{me} Fabre-Magnan, les informations pouvant faire l'objet d'une obligation d'information ne se réduisent pas aux informations « intrinsèques à l'objet du contrat »⁴⁷³. Les informations « extrinsèques » sont aussi concernées sur ce fondement⁴⁷⁴. Ces informations portent alors sur des circonstances qui s'envisagent comme les raisons personnelles à la conclusion du contrat, qui sont souvent désignées par la notion de mobiles, ou des informations portant sur des éléments du contexte de conclusion du contrat et qui exercent une influence sur sa valeur, comme l'absence d'une clientèle suffisante à l'exploitation d'un fonds de commerce particulier illustré par l'arrêt *Club-Vidéo*⁴⁷⁵.

En matière de responsabilité du rédacteur d'actes par exemple, la Cour de cassation précise que la responsabilité d'un notaire ne peut être engagée du moment où il n'a pas à « envisager les conséquences de circonstances de fait personnelles à ses clients, relatives au financement de

Volonté et cause, étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé, th. Dijon, Sirey, 1918, p. 122.

⁴⁷² CAPITANT, *De la cause des obligations*, éd. La Mémoire du droit, rééd. 2012, n° 4, p. 22.

⁴⁷³ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 221, 1992, n° 157 et s., spéc. n° 163.

⁴⁷⁴ M. FABRE-MAGNAN, *Ibid.*, n° 170 et s. : l'obligation d'information doit porter sur des « faits pertinents » qu'elle définit comme un fait qui a un lien avec l'objet des obligations nées du contrat, utile pour le contractant et qui n'est pas illicite.

⁴⁷⁵ Civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996, *op. cit.*

leur acquisition, étrangères à la validité de l'acte, et dont ceux-ci ne l'avaient pas informé »⁴⁷⁶. *A contrario*, cette décision implique que le détenteur d'une information spécifique doit la transmettre à son partenaire lorsque ce dernier a évoqué une situation personnelle particulière. L'information porte sur une circonstance qui exerce une influence sur la situation des contractants. Sans prétendre à l'exhaustivité, l'objet de l'obligation d'information a donc un contenu très large, qui dépasse nécessairement les qualités essentielles du contrat ou plus généralement le champ contractuel. Au-delà de ces circonstances qui sont potentiellement source de responsabilité, la théorie des vices du consentement élargit la nullité du contrat lorsque l'objet de l'erreur est une circonstance normalement indifférente aux qualités dites « essentielles » quand le co-contractant de l'*errans* est l'auteur d'un dol.

133. L'extension de la nullité du contrat en raison des circonstances en présence d'un dol ou d'une réticence dolosive. La sanction du dol rend toute erreur excusable, que celle-ci porte sur « la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat » nous précise l'article 1139 du Code civil. Le législateur ne fait pas de distinction entre le dol et l'hypothèse de la réticence dolosive de l'article 1137 alinéa 2 du même code, sauf pour le cas de l'erreur sur la valeur qui ne peut aboutir à une nullité du contrat sur ce fondement. Contrairement à l'erreur, la nullité du contrat peut être réclamée lorsque la victime du dol s'est trompée sur la réalité d'un élément qui ne fait pas partie des qualités essentielles. Autrement dit, le dol justifie la nullité du contrat au regard d'une circonstance, dont l'absence ou la survenance ne répond pas à la finalité particulière qu'il souhaitait atteindre.

Finalement, la qualification de l'intention dolosive amène à étendre indirectement le champ contractuel. Les informations déterminantes peuvent donc être très variées comme en témoigne la formule du « lien direct et nécessaire » qu'elle doit entretenir avec le contrat. En outre, si le juge décide que les informations protégées sur le fondement de l'article 1112-1 du Code civil sont les mêmes que celles pouvant aboutir à une nullité du contrat sur le fondement de la réticence dolosive⁴⁷⁷, le contractant aura donc la possibilité de remettre en cause le contrat du moment où il n'est pas en adéquation avec les circonstances particulières de sa réalisation. Cette possibilité de faire des circonstances la source de la nullité de l'accord est encore plus étendue si l'article 1137 alinéa 2 du Code civil n'est pas subordonné à la démonstration de l'existence d'une obligation d'information sur le fondement de l'article 1112-1 du même code comme le suggère le rapport remis au président de la République⁴⁷⁸. Ce seraient potentiellement toutes les

⁴⁷⁶ Civ. 1^{ère}, 16 déc. 2003, n° 00-17.960 : arrêt qui justifiait l'absence d'information sur l'insertion d'une condition suspensive de l'obtention d'un prêt pour le financement de l'acquisition d'une société par les « compétences personnelles des clients ».

⁴⁷⁷ Sur la volonté d'articuler ces articles : C. GRIMALDI, « Proposition de modification de l'article 1137, alinéa 2, du Code civil relatif à la réticence dolosive », *RDC* 2017, p. 175.

⁴⁷⁸ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : « A l'inverse, le texte fait le choix de ne pas subordonner la réticence dolosive à l'existence d'un devoir d'information, conformément à une conception plus solidaire du contrat qui met l'accent sur la sanction de l'intention de tromper (l'erreur provoquée étant toujours

circonstances, autant liées au contexte du contrat qu'à l'intention des parties, qui seraient susceptibles d'aboutir à une remise en cause de l'accord. Des risques particuliers, comme ceux liés à l'environnement, à la technologie ou aux risques sanitaires, seraient susceptibles d'aboutir à la nullité pour réticence dolosive, bien que ces circonstances ne soient pas des qualités essentielles du contrat⁴⁷⁹.

Une décision de la Cour de cassation du 25 mai 2011 concernant des nuisances olfactives en donne une illustration patente. Le contrat de vente d'immeuble fut en l'espèce annulé pour dol en raison de l'absence d'information sur la proximité d'une usine à l'origine de nuisances sonores et olfactives⁴⁸⁰. Cette extension des cas de nullité à des circonstances du contrat existe à l'égard du dol car elle s'explique en grande partie par la volonté de sanctionner l'intention dolosive. Cette affirmation montre encore une fois que la validité du contrat ne repose pas entièrement sur le respect de la volonté des parties telle qu'exprimée dans le contrat, mais encore sur la protection de l'intérêt du contractant victime d'un vice pour dol. Finalement, la validité d'un contrat ne peut se concevoir exclusivement à l'égard des qualités essentielles, qu'elles soient habituellement admises comme telles ou que l'appréciation de la volonté des parties les ont érigées ainsi. *La validité du contrat est remise en cause lorsque les circonstances du contexte contractuel, ou des circonstances personnelles aux individus contractants influent le consentement du contractant victime du vice. Ce phénomène permet de protéger, au-delà de l'intérêt patrimonial ou économique représenté par le contrat, d'autres intérêts plus personnels à l'individu-contractant, comme son intérêt à un environnement sain.* La source potentielle de la nullité du contrat se conçoit alors différemment selon le dispositif choisi par le contractant dont le consentement a été altéré, ce qui rend encore plus difficile la délimitation entre le champ contractuel et les circonstances du contrat.

b. La tentative de délimitation du champ contractuel par la recherche de notions conceptuelles

134. L'insuffisance de l'appréciation de la volonté des parties dans la délimitation du contrat et des circonstances. Les recherches sur la délimitation du contenu, de l'économie du contrat ou encore du champ contractuel n'ont de sens que lorsqu'un point particulier n'a pas fait l'objet d'un consensus contractuel érigeant expressément un élément « extrinsèque » en

excusable) ». L'ordonnance de ratification du 20 avril 2018 précise tout de même dans un alinéa 3 que le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant l'estimation de la valeur de la prestation ne peut constituer un dol, consacrant ainsi la jurisprudence *Baldus*. En revanche, les juges pourront toujours sanctionner l'absence d'information sur une circonstance qui exerce une influence sur la valeur de l'objet du contrat. Pour plus de précisions : G. CATTALANO-CLOAREC, « La validité du contrat », *AJ contrat* 2018, p. 2571 : « le droit préfère donner raison au “négligent” plutôt qu’au “méchant”, ce qui, finalement, semble un équilibre assez juste ».

⁴⁷⁹ Sur cette problématique de plus en plus prégnante : M. BOUTONNET, « De l'obligation d'information “sur l'environnement” à l'obligation d'information “pour l'environnement”, entre intérêt des parties et intérêt général », *RDC* 2012, p. 908. Sur l'obligation d'information spéciale de risques de pollution à l'occasion de l'acquisition de biens immobiliers, nos développements : *infra* n° 475.

⁴⁸⁰ Civ. 3^e, 25 mai 2011, n° 09-16.677, inédit, *CCC* 2011, p. 184, note L. LEVENEUR.

condition de l'accord des parties⁴⁸¹. Deux choix sont alors envisageables pour délimiter des éléments contractuels. Le premier implique que la recherche de la volonté des parties est seule capable d'élire au rang contractuel des circonstances externes comme l'envisage aujourd'hui le vice pour erreur⁴⁸². Le second suppose l'existence de concepts détachés de la seule appréciation de la volonté commune des parties capables de circonscrire les éléments contractuels⁴⁸³. L'évolution du droit des contrats sur ce point montre que le législateur a souhaité, du moins à l'égard du vice pour erreur, que l'élément sur lequel le contractant s'est mépris doive avoir été inséré dans le contrat par consentement. Une autre difficulté provient du fait que les auteurs s'évertuent à déterminer le contenu du contrat en passant par la démonstration des éléments essentiels.

135. L'insuffisance d'une approche ayant pour objet l'appréciation des seuls éléments essentiels du contrat. Les efforts dans la précision du contenu du contrat se concentrent sur la détermination des seuls éléments essentiels, ce qui ne permet pas d'avoir une vision complète du contrat, qui n'est pas seulement constitué de ces seuls éléments. Un auteur, après avoir dénoncé le manque de pertinence de classifications des contrats spéciaux, retient par exemple une distinction gravitant autour de l'objet du contrat et de la cause pour qualifier les différentes catégories contractuelles⁴⁸⁴. Pour l'auteur, l'objet du contrat est défini par la prestation principale caractérisée. Cette définition de l'objet n'est pas faite dans la perspective de délimiter aux frontières l'étendue du contrat. Elle saisit au contraire un élément spécifique de l'accord, la prestation caractéristique, afin d'exposer ce qui fait l'essence d'un contrat particulier par rapport à un autre contrat. La démarche n'est donc pas transposable à notre propos, puisque la recherche d'un point particulier n'est pas « globalisante »⁴⁸⁵. Ces remarques sont valables *a fortiori* à l'endroit de la notion « d'obligation fondamentale » apparue à l'occasion de problématiques concernant le contenu minimal du contrat, contenu qui ne pourrait être contrarié par l'insertion de clauses d'irresponsabilité⁴⁸⁶. La démarche est même aux antipodes. On cherche par ce

⁴⁸¹ En ce sens : S. LEQUETTE, « Le champ contractuel – Réflexions à partir de la rentabilité économique », *RDC* 2016, p. 135.

⁴⁸² Et de rechercher éventuellement dans la volonté implicite à l'aide des circonstances des éléments qui n'ont pas été précisés expressément mais qui peuvent être déterminés tacitement. Certains auteurs sont contre cette appréciation qui mêlerait l'objectif et le subjectif : R. MARTY, *De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son rôle dans les contrats à titre onéreux*, th. dactyl., Paris 2, 1995, spéc. p. 39-40. L'appréciation implicite de la volonté des parties « revient à nier ce caractère invariable de la cause dans chaque catégorie de contrat qui constituait la pierre angulaire de la théorie de cet auteur » (p. 39).

⁴⁸³ En ce sens : J. ROCHFELD, th. préc., n° 277, p. 251. Dans le même sens : S. LEQUETTE, « Le champ contractuel (...), art. préc.

⁴⁸⁴ J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. Brethe de la Gressaye, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 91, 1969, p. 18.

⁴⁸⁵ C'est d'ailleurs par le même procédé que Mme Lequette rejette l'utilité de la prestation essentielle quand elle recherche l'économie du « contrat-permutation ». Pour l'auteur, il ne « faut pas procéder à une sélection parmi les prestations essentielles mais plutôt les agencer de manière à reconstituer la logique d'ensemble de l'opération économique » : S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, Economica, 2012 n° 54, p. 48.

⁴⁸⁶ Ph. JESTAZ, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mél. P. Raynaud*, Sirey, 1985, p. 273 : l'auteur évoque « la nature des choses » pour chercher l'obligation fondamentale. Sur cette

procédé à dépouiller le contrat de tous ses éléments pour en dégager l'essence que les contractants se doivent de respecter sans pouvoir y déroger par un quelconque moyen. Ces démarches conceptuelles ne permettent donc pas de délimiter les éléments contractuels des circonstances externes. D'autres notions, comme le champ contractuel, se rapprochent au contraire de la nécessité d'étendre l'observation à des éléments faisant partie de l'opération contractuelle, mais qui ne se réduit pas aux éléments considérés comme « essentiels ».

136. Tentative de recherche de notions fonctionnelles dépassant le seul « noyau » contractuel. D'autres notions ont l'avantage de présenter une lecture éventuelle de la volonté contractuelle et d'une délimitation objective du contrat. Par exemple, l'intérêt de la notion de champ contractuel serait de « matérialiser au-delà de ce qui a été expressément convenu – soit le noyau qui représente le contrat – les éléments non exprimés sur lesquels le contrat continue de rayonner »⁴⁸⁷. La notion de champ contractuel serait « *fonctionnelle* » et aurait pour objet les « *contours de l'opération contractuelle* »⁴⁸⁸. M^{me} Rochfeld qualifie la formule de « frontière qui distingue les mobiles de la cause »⁴⁸⁹. Les juges de la Cour de cassation l'ont parfois utilisée. Un arrêt de la troisième chambre civile a ainsi jugé que les pratiques attachées à une religion n'entraient pas, sauf stipulation contraire, « dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique »⁴⁹⁰. La notion de champ contractuel permet de se faire une idée plus précise des circonstances externes au contrat. Souvent, la question de la délimitation du champ contractuel se pose lorsque la présence ou l'absence d'un élément particulier vient remettre en cause l'utilité du contrat en cause pour l'un des contractants, qui s'envisage souvent comme l'utilité économique.

137. La notion de champ contractuel permet d'envisager les circonstances qui exercent une influence sur l'utilité économique. Si la question de l'intérêt de reconnaître une circonstance comme objet du contrat est posée, c'est que cette dernière prend place dans l'accomplissement d'une opération plus vaste, dont le contrat en question n'est qu'un élément particulier, opération qui fait appel à des notions telle que « l'intérêt » ou encore à celle d'économie du contrat⁴⁹¹. C'est à l'occasion de la réalisation de contrat complexe que la Cour de cassation a par exemple reconnu la validité du contrat de cession d'entreprise pour une valeur symbolique d'un euro permettant au cessionnaire d'échapper à ses difficultés financières, le

problématique de manière générale : Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, th. dactyl. Aix-en-Provence, 1981.

⁴⁸⁷ S. LEQUETTE, « Le champ contractuel (...) », *op. cit.*

⁴⁸⁸ S. LEQUETTE, *Ibid.*

⁴⁸⁹ J. ROCHFELD, th. préc., n° 267 et n° 268.

⁴⁹⁰ Civ. 3^e, 18 déc. 2002, n° 01-00519, *RTD Civ.* 2003, p. 575, note R. LIBCHABER.

⁴⁹¹ Que M. Pimont définit comme « l'opération globale et concrète que veulent réaliser les parties (...) apte à réaliser une fonction économique précise ». C'est une « entité objective, globale et cohérente » qui se distingue de ce fait de la cause et de l'objet du contrat qui sont seulement des éléments particuliers : S. PIMONT, th. préc., spéc. n° 274 et n° 275.

cédant reprenant autant les actifs que les dettes de la société cédée⁴⁹². Néanmoins, l'appréciation de l'économie du contrat dans cette décision se conçoit encore à travers le contrôle du contenu du contrat tel que défini par les parties en cause. C'est en envisageant la qualité de l'équilibre contractuel entre les différentes obligations que le contrat est réputé valable, hypothèse bien différente de l'influence des circonstances qui remettrait en cause l'utilité de l'accord passé. Habituellement, les circonstances qui déstabilisent l'économie contractuelle n'aboutissent pas à la nullité du contrat sur le fondement de l'erreur ou sur celui de l'absence de contrepartie. La jurisprudence l'illustre fréquemment. Une société médicale ne peut réclamer la nullité d'un contrat de vente de produits chirurgicaux sur le fondement de l'erreur lorsqu'elle constate que la Sécurité sociale décide de ne plus prendre en charge le remboursement de ces produits⁴⁹³. Il est moins question ici d'une circonstance particulière contemporaine à la formation du contrat que d'un changement de circonstance. Pourtant, il ne fait pas de doute que le remboursement par la Sécurité sociale des produits achetés était un élément influençant la rentabilité économique du contrat, considérée en l'espèce comme en dehors du champ contractuel faute de précision sur ce point.

Dans un autre registre, l'inutilité constatée postérieurement à la conclusion d'un contrat du fait de la méconnaissance de contrats similaires déjà conclus ne peut normalement influencer la validité de ces derniers. Le juge ne prend pas en compte ce qui est parfois nommé les « contreparties multiples » définies comme le « cumul ou la surabondance lorsque la contrepartie fournie par le cocontractant apparaît, eu égard à des circonstances extérieures au contrat, inutile ou peu utile à celui qui s'oblige à lui accorder un avantage normalement corrélatif »⁴⁹⁴. L'achat d'un billet de spectacle en ignorant le fait que ce dernier avait été acheté par un proche doit-il remettre en cause le contrat ?⁴⁹⁵ La réponse est négative. M. Ghestin à propos de cet arrêt considère que l'absence de cause doit résulter « de l'économie même de la convention indépendamment de circonstances propres à l'une ou l'autre des parties. En d'autres termes, il suffit, pour que l'obligation de l'une des parties soit causée, que l'obligation de l'autre partie ait un objet réel, même si, par suite de circonstances particulières à l'un des contractants, cet objet peut sembler n'avoir pour ce dernier aucun intérêt »⁴⁹⁶. Si la distinction entre

⁴⁹² Civ. 3^e, 3 mars 1993, *Bull. Civ. III*, n° 28 ; *JCP G* 1994, p. 3744, note M. FABRE-MAGNAN ; *RTD Civ.* 1994, p. 124, obs. P.-Y GAUTIER. Dans le même sens mais en annulant la vente en l'absence de contrepartie suffisante : Civ. 3^e, 23 mai 2007, *RDI* 2008, p. 87, obs. F.-G. TREBULLE.

⁴⁹³ Civ. 1^{ère}, 8 fév. 2000, n° 97-14.473, inédit.

⁴⁹⁴ Notion et définition donnée par P.-Y. GAUTIER, « Contre Bentham : l'inutile et le droit », *RTD civ.* 1995, p. 797.

⁴⁹⁵ Tribunal de commerce de la Seine, 2 avr. 1943, *Gaz. Pal.* 1943, p. 8.

⁴⁹⁶ J. GHESTIN, th. préc., p. 272, note 54. Et il conclut en affirmant que la valeur et l'intérêt « ne doivent pas être considérés en fonction de la situation personnelle du demandeur en annulation. Il importe peu que la contreprestation, par suite de circonstances qui sont personnelles à l'obligé, ne présente pour celui-ci aucune utilité, dès l'instant que, dans l'économie du contrat, la contrepartie possède une valeur réelle. La réalité de la contrepartie fait l'objet d'une appréciation objective et se déduit de la simple analyse de l'économie de la convention » (n° 229). *Contra.* : Civ. 1^{ère}, 29 juin 1959, *Bull. civ. I*, n° 320. Le Conseil d'Etat a lui aussi reconnu la nullité d'un contrat de prestation de service consistant à l'exécution de travaux de voirie déjà compris dans la conclusion d'un

l'économie du contrat d'un côté et les circonstances propres aux parties de l'autre est *a priori* aisée à envisager, la pratique jurisprudentielle étend parfois ces cas de nullités en présence de circonstances similaires⁴⁹⁷, ce qui ne permet pas d'avoir une vue précise de ce qui peut être considéré comme un élément faisant partie du champ contractuel et de l'économie du contrat, de ce qui est apprécié comme une circonstance externe à celui-ci. Le contentieux sur la rentabilité du contrat de franchise témoigne encore de cette difficulté⁴⁹⁸. D'autres auteurs ont tenté de rechercher une consistance propre aux circonstances à travers la création de théories.

138. Théorie de la « Prévision » de Windscheid. Certains auteurs tels que Saleilles se sont intéressés à l'influence de circonstances sur le contrat. Il s'appuie sur la théorie de la « Prévision » de Windscheid qui est une analyse à mi-chemin entre la condition ou, plus largement, les éléments du contenu du contrat et les éléments laissés en dehors de ce dernier, qualifiés de motifs⁴⁹⁹. Selon Windscheid, sans que ces circonstances soient prises en compte par le contrat, la connaissance de ces circonstances par le cocontractant serait susceptible d'avoir des effets en cas de non-survenance de ces dernières. En effet, elles partageraient avec les éléments pris en compte pour conditionner le contrat une sorte d'« état de fait »⁵⁰⁰ qui n'a pas été formalisée dans l'accord contractuel. Il y aurait, en l'absence de réalisation de circonstances, une « absence de cause, parce que le but individuel sous lequel elle avait entendu conclure le marché n'a pas été réalisé »⁵⁰¹. Le contractant pourrait réclamer unilatéralement la nullité du contrat s'il prouve que son maintien constituerait un enrichissement sans cause pour son cocontractant. Pour Saleilles, cette théorie est source d'une grande insécurité juridique, car elle abandonne le consentement mutuel dans l'appréciation des éléments capables de remettre en cause le contrat. Toutefois, celle-ci a le mérite de montrer qu'il existe des circonstances qui sont imprégnées d'un intérêt particulier pour l'une ou l'autre des parties et dont les juges, à travers une analyse du consentement mutuel, tentent de leur reconnaître une certaine consistance juridique⁵⁰².

contrat de vente de terrain à bâtir avec la même société : 26 sept. 2007, req. n° 259809-263586, AJDA 2007, p. 1851.

⁴⁹⁷ Soc. 8 avr. 1993, n° 91-14.181, *Bull. civ. V*, n° 118 : cassation sur le double fondement de l'erreur et de l'absence de cause d'un contrat d'adhésion par une société d'analyses médicales à une caisse de retraite complémentaire pour en faire bénéficier les salariés de la société. La Cour d'appel n'avait pas vérifié si les deux adhésions à la même caisse envers la même catégorie de personnel étaient équivalentes ou si elles pouvaient se distinguer « par la nature et l'importance des avantages qu'elles comportaient respectivement ».

⁴⁹⁸ Com. 12 juin 2012, n° 11-19.047, *D.* 2012, p. 2079, obs. N. DISSAUX ; *RTD Civ.* 2012, p. 724, obs. B. FAGES. La rentabilité portait sur « la substance même de ce contrat, pour lequel l'espérance de gain est déterminante ».

⁴⁹⁹ SALEILLES, *La théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, LGDJ, éd. La mémoire du Droit, réed. 2001, 3^e éd., p. 461-466, spéc. p. 462.

⁵⁰⁰ Sur ce rapprochement : A. FAVRE, *Essai sur la cause des obligations en droit suisse*, thèse Fribourg, Broché, 1927, p. 60. L'auteur rejette l'influence d'une telle théorie qui de ses mots introduirait « dans les relations juridiques, un subjectivisme incompatible avec la sécurité nécessaire des transactions ».

⁵⁰¹ A. FAVRE, *Ibid.*, p. 462.

⁵⁰² Sur cette constatation à l'égard du contentieux de l'essentialisation dans la reconnaissance de l'existence du contrat : *supra* n° 32 et s.

139. Théorie de « la base contractuelle » d'Oertmann. Une autre théorie du nom de « base du contrat »⁵⁰³ proposée par Oertmann se rapproche de la recherche des éléments du contrat selon sa finalité. Pour l'auteur, il s'agit de « *la représentation commune aux deux parties de la présence ou de l'intervention de certains faits qui servent de fondement à la volonté contractuelle* »⁵⁰⁴. Contrairement à la théorie de la prévision, la représentation des éléments à la base du contrat est commune sans appartenir « au processus volontaire des parties ni à leurs déclarations »⁵⁰⁵. Cependant « il doit ressortir des circonstances que les deux parties ont voulu rattacher le contrat à l'état de fait extérieur »⁵⁰⁶. Cette base du contrat comprend « tout ce qui est conforme au cours habituel des événements et à la nature de ces éléments »⁵⁰⁷. En reprenant le vice pour erreur par exemple, ce n'est plus seulement la représentation erronée des éléments essentiels qui peut asseoir la remise en cause du contrat, mais encore une représentation biaisée de certaines circonstances altérant l'intérêt du maintien du contrat qui ne remplirait plus son utilité. Un contrat de crédit-bail de matériel médical qui n'était pas utile pour une infirmière exerçant en milieu rural pourrait être annulé sur le fondement de cette théorie si le crédit bailleur connaissait cette circonstance particulière⁵⁰⁸.

140. Distinction des éléments de l'opération contractuelle. Finalement, il existerait en réalité trois types d'éléments contractuels. Ceux appartenant au champ contractuel, ceux qui seraient utiles à la réalisation du contrat tout en restant en dehors du contrat et qui pourraient être déterminés tacitement⁵⁰⁹, et ce tout à fait étranger à la réalisation du but contractuel, habituellement considérés comme des motifs⁵¹⁰. Cependant, le droit positif ni le juge, ne distinguent entre les deux dernières catégories, la seule question pouvant l'intéresser est de savoir si l'élément pris en compte est rentré dans le champ contractuel. La seule « tension »

⁵⁰³ Sur cette notion : M. REGENER, « Les techniques de prise en compte des motifs dans le contrat », *RDC* 2013, p. 1583.

⁵⁰⁴ OERTMANN, *Geschäftsgrundlage*, p. 37, cité par A. FAVRE, th. préc.

⁵⁰⁵ A. FAVRE, *Ibid.*, p. 66.

⁵⁰⁶ A. FAVRE, *loc. cit.*

⁵⁰⁷ A. FAVRE, *Ibid.*, p. 69.

⁵⁰⁸ Nullité refusée dans l'arrêt Com. 11 avr. 2012, n° 11-15.429, *RTD Com.* 2012, p. 381, obs. D. LEGEAIS ; *Ibid.*, p. 608, obs. B. BOULOC ; *D.* 2013, p. 391, obs. S. AMRANI-MEKKI, M. MEKKI : les auteurs dans cet arrêt d'espèce ont manifesté leur incompréhension à l'égard de la décision de traiter l'inutilité du matériel comme un motif extérieur à l'objet du contrat. Pour ces derniers, la preuve de l'entrée dans le champ contractuel aurait dû pouvoir être rapporté par tous moyens : *RDC* 2012, p. 1175, obs. Y.-M. LAITHIER.

⁵⁰⁹ Ces éléments peuvent être appréhendés par d'autres notions développées récemment par la doctrine, telles que l'économie du contrat ou encore l'efficacité qui déborde la réalisation des effets juridiques du contrat : « l'efficacité du contrat recèle une extension considérable du champ contractuel dont la limite ultime pourrait résider dans la disparition de tout risque lors de l'opération contractuelle » : G. CHANTEPIE, « L'efficacité attendue du contrat », *RDC* 2010, p. 347. L'attente ou l'anticipation légitime élargissent aussi le champ contractuel : M. Dieux retient par exemple que cette anticipation est « le fait que toute personne raisonnable en aurait eu conscience, en raison de l'objet du contrat, de sa nature intrinsèque ou de tout autre élément extrinsèque qui n'aurait pas échappé à une partie contractante normalement attentive » : X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, th. Bruxelles, Bruylant, 1995.

⁵¹⁰ Sur les circonstances totalement étrangères, M. Genicon affirme que « tout le monde semble d'accord sur le fait que l'intérêt tout particulier et très original qu'un contractant poursuit en entrant dans un contrat ne doit pas jouer un rôle s'il est demeuré secret et qu'il est inattendu pour son vis-à-vis – la sécurité des transactions est à ce prix : T. GENICON, « Les mobiles ... », art. préc., p. 209.

existante se trouve à mi-chemin des deux premières catégories : est-ce qu'une circonstance utile pour un contractant peut percer le voile du champ contractuel lorsque les parties ne se sont pas exprimées sur son influence ? Une réponse univoque ne peut être donnée, rien ne permet en effet de distinguer précisément le champ contractuel des circonstances extérieures.

C. Constat de l'échec d'une délimitation du contrat et des circonstances extérieures

141. Échec d'une recherche unitaire de la délimitation du champ contractuel. Chaque proposition évoquée échoue à offrir une vue unitaire et constante de la distinction entre le contenu du contrat et les circonstances extérieures. Cet échec provient d'une impossibilité de fonder une définition conceptuelle en raison de la concurrence de deux méthodes de raisonnement distinctes. Dans des dispositifs comme l'erreur ou la cause, le législateur a fait de la volonté contractuelle la mesure de la détermination des éléments du contrat. Au contraire, l'ampleur des circonstances sur des fondements comme le dol ou l'obligation d'information est bien plus étendue. Ces derniers ne sont plus reliés au respect du consentement mutuel des parties sur les éléments essentiels du contrat, mais ont pour finalité la protection de l'intérêt du contractant victime des pratiques de son partenaire. Pourtant, l'articulation de cet équilibre ménagée par les textes n'est pas si étanche. Les juges, qui devraient se contenter de vérifier les qualités essentielles par la lecture de la volonté dans le vice pour erreur, étendent l'appréciation à des circonstances particulières, toujours dans le but de protéger l'intérêt d'un contractant. *Dès lors, même dans l'hypothèse où la problématique est analysée sous le prisme de la volonté contractuelle, l'appréciation implicite de cette dernière est largement tributaire des circonstances qui orientent parfois vers des solutions d'opportunité.* Malgré les tentatives de substitution de la volonté par des notions plus précises comme celle d'intérêt⁵¹¹, le déplacement du phénomène ne résout en rien les difficultés⁵¹². La recherche de l'intérêt⁵¹³ dissimule bien souvent la recherche d'intérêts divergents⁵¹⁴ que le juge a le devoir d'arbitrer⁵¹⁵. La recherche

⁵¹¹ Notion d'intérêt qui est prolifique puisqu'elle a une assise doctrinale et historique puissante : Jhering ainsi que Bentham ont permis de « penser davantage le droit en termes d'intérêts » J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, rééd. 2016, 3^e éd., p. 85-92, spéc. p. 87. M. Rouhette fait de la notion d'intérêt la digne remplaçante de celle de cause, qu'il considère comme une notion « moins confuse » : « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *RDC* 2007, p. 1371.

⁵¹² G. CHÉNEDÉ, « L'utilité de la cause de l'obligation en droit contemporain des contrats : l'apport du droit administratif », *CCC* 2008, p. 11 : la notion d'intérêt n'est plus claire que celle de cause. La grande variété de définitions que sous-tend la notion en témoigne. En outre, elle impliquerait les mêmes questions que la cause : « L'intérêt s'entend-il de l'intérêt immédiat du contractant (cause objective) ou intègre les intérêts plus lointains, c'est-à-dire les motifs des parties (cause subjective) ? ». Sur l'ambivalence de la notion d'intérêt : *supra* n° 10, *infra* n° 485.

⁵¹³ Pour une critique de la recherche de l'intérêt qui serait dévolu à l'avocat et non au juge : M. VILLEY, « Contre l'humanisme juridique », in *Sur les notions de contrat*, *APD*, t. 13, Sirey, 1968, p. 199 et s., spéc. p. 205.

⁵¹⁴ M. VILLEY, *Ibid* : « Le contrat n'est pas un acte de création *ex nihilo* s'opérant dans le vide, mais un simple instrument en vue de la satisfaction d'intérêts humains socialement tenus pour importants et légitimes, et toujours destinés à se concilier, au sein de la vie sociale, avec d'autres intérêts, particuliers ou généraux, en conflit ».

⁵¹⁵ Batiffol reconnaît que l'interprétation de la volonté des parties est un « leurre », puisque le choix est au moins au nombre de deux, un défendu par chaque contractant, et « nul ne peut dire (...) lequel des deux l'aurait emporté si l'opposition de leurs intérêts leur était apparue » : H. BATIFFOL, « La crise du contrat et sa portée », in *Sur les notions de contrat*, *op. cit.*, p. 13 et s., spéc. p. 17. L'auteur en déduit une transformation du concept du contrat car

de l'intérêt au contrat passe ici aussi par l'interprétation de la volonté grâce aux circonstances qui forment le contexte de formation⁵¹⁶.

142. L'influence des circonstances permise par l'interprétation de la volonté et l'équité.

L'appréciation de la volonté des parties se révèle un procédé confortable dans l'appréciation des circonstances du contrat. Cette interprétation présente l'avantage, comme l'énonce M. Troper, que le juge ne soit jamais lié par ses propres qualifications, puisqu'elle « ne vaut en principe que pour le cas concret, si bien que, comme la définition qu'il a fallu employer est restée implicite, le juge ne peut être lié par ses propres formulations »⁵¹⁷. Ce faisant, peu importe en réalité la méthode utilisée, car le juge, par sa fonction, est habilité à interpréter le contrat⁵¹⁸. Le principe d'une décision ponctuellement valable au regard des circonstances particulières d'un litige rappelle la notion d'équité. Dans une thèse consacrée à l'étude des nullités contractuelles, une auteure considère que « la justice contractuelle regroupe les principes permettant de juger du caractère équitable d'un contrat pour les parties contractantes : la bonne foi, le besoin de protection d'une partie vulnérable, la confiance légitime, l'inégalité des parties, l'inégalité des prestations et la déception par le contrat des attentes ou des besoins d'une partie »⁵¹⁹. Sans enfermer son choix dans un concept particulier, l'explication mêle au contraire différents principes. La nullité relative qui en découle intervient « quand les circonstances le justifient, pour faire exception au caractère obligatoire du contrat reconnu comme valide par le droit strict, le contrat rencontrant les conditions d'existence et de légalité qu'il énonce »⁵²⁰. L'auteur précise que la notion d'équité est toujours d'actualité, bien qu'elle ne soit plus visible, car les juges

la volonté doit composer avec ce que l'autorité ajoute comme « *suites qu'elle estime juste ou utiles* » (p. 20). Il existerait donc « *des raisons d'équité, de logique, d'utilité générale, qui conduisent à appliquer aux conséquences de la situation ainsi créée des solutions que les parties n'avaient pas prévues ou même n'auraient pas voulues si elles y avaient pensé* » (p. 26, nous soulignons).

⁵¹⁶ Certains auteurs l'énoncent : « S'il faut partir de la finalité du contrat pour déterminer si un mobile s'inscrit ou non dans sa logique, cette finalité devient le référentiel à l'aune duquel on décidera de l'influence de l'intérêt particulier que poursuit un contractant. Mais qui définit la finalité du contrat ? On pense évidemment, et en tout premier lieu, aux parties elles-mêmes ! » : T. GENICON, « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », art. préc. *Comp.* : Th. REVET, « Le contrat Janus ou la dualisation de la théorie du contrat » in *Mél. L. Aynès*, LGDJ, Lextenso, 2019, p. 421 et s., spéc. p. 429 : « l'appréciation de l'intérêt du contractant partiellement impotent ne relève-t-elle plus de sa volonté mais de l'appréciation d'un tiers. Cet intérêt est désubjectivisé, pour être objectivisé » (p. 430) ; des auteurs qui y ont consacré des monographies assimilent l'intérêt du contrat au motif, en ne la distinguant pas plus de l'avantage ou encore de l'utilité attendue : V.-D. DO, *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, PUAM, 2004, spéc. p. 152.

⁵¹⁷ M. TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation » in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, 2001, p. 79.

⁵¹⁸ M. TROPER, *Ibid.*, p. 80. Dans le même sens : J. WROBLEWSKI, « Le non-dit dans le droit... », art. préc., p. 148 : « la détermination du sens par l'interprétation dépend du choix des directives et des valeurs, et ces choix (...) sont divers. Les conséquences interprétatives dépendent donc des choix entre les valeurs, ces dernières étant soit statiques (la certitude, la sécurité juridique), soit dynamiques (l'adéquation du droit aux besoins de la vie) ».

⁵¹⁹ M. CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 376, 2002, n° 264 (soulignée par l'auteur).

⁵²⁰ M. CUMYN, *Ibid.*, n° 120. A propos de l'équité, l'auteur affirme que « les notions qui fondent la décision d'équité dans le domaine contractuel, telles que la mauvaise foi, la confiance légitime et l'inégalité des parties ou des prestations sont des notions qui nécessitent une appréciation des circonstances de l'espèce et du mérite respectif des parties » (nous soulignons).

présentent leurs solutions comme des décisions appliquant fidèlement la loi aux faits⁵²¹. Finalement, l'influence des circonstances particulières à un litige contractuel concret, influence normalement appréciée afin de vérifier la qualité de la volonté contractuelle, cristalliserait à certaines occasions la présence du concept d'équité.

143. L'influence de l'équité sur la notion de substance dans la théorie de l'erreur.

D'autres auteurs font ce rapprochement avec le concept d'équité. M. Malinvaud, à l'occasion d'une célèbre étude sur la notion d'erreur sur la substance et en citant une décision⁵²² faisant directement référence au concept d'équité, énonce que cette formule « exprime tout haut ce que chacun pense tout bas »⁵²³. L'équité serait l'inspiratrice de nombre de décisions, sans que les juges n'aient à le révéler sous peine de voir leurs solutions remises en cause. L'arrêt cité par M. Malinvaud dans son étude fut cassé par la Cour de cassation pour cette raison⁵²⁴. Le silence sur l'influence de l'équité exprime le malaise des juristes à se contenter de cette source. Pourtant, les auteurs ont moins de scrupules à apprécier les relations entre la loi et l'équité que les relations entre le contrat et l'équité, bien que la difficulté se pose, *mutatis mutandis*, identiquement. Si la volonté du législateur, comme la volonté des contractants, est la seule boussole à la recherche de solutions juridiques convenables, en quoi l'équité pourrait-elle s'imposer comme une source du droit ?⁵²⁵ Pourtant, M. Gautier admet que le juge s'est toujours inspiré des « particularités de l'espèce, y compris ses aspects non strictement juridiques »⁵²⁶. Pourtant, il ne dénie pas les vertus du raisonnement syllogistique, qu'il préfère aux errements de l'appréciation purement factuelle des intérêts en présence. Ces particularités « économiques, sociologiques, humains » se combinent selon l'auteur au raisonnement syllogistique. L'interprétation de la volonté contractuelle offre une illustration de cette dernière remarque. Les circonstances contingentes seraient la preuve de l'existence du consensus contractuel. Pourtant, l'influence de certaines circonstances particulières ne se réduit pas à la recherche de cette volonté. Sans s'y référer expressément, l'attraction de certaines circonstances impliquant une protection particulière d'un contractant prouverait l'existence de l'équité.

⁵²¹ M. CUMYN, *Ibid.*, p. 86, n° 119.

⁵²² CA Montpellier, 2 janv. 1963, *Gaz. Pal.*, 1963, p. 193, citée par Ph. MALINVAUD, « De l'erreur sur la substance », art. préc., n° 7 : « le problème de savoir si une qualité est substantielle se résout en une question de fait, dont la solution sera bien souvent commandée par des considérations d'équité ». Les faits concernés la vente de fresques peintes sur les murs d'une ancienne chapelle désaffectée et transformée en grange. Les juges ont reconnu, afin d'admettre la nullité du contrat pour erreur sur la substance, la « valeur exceptionnelle des fresques, datant du XI^e siècle, œuvre de primitifs catalans, à leur origine authentique et à leur style » dont le vendeur méconnaissait l'importance.

⁵²³ Ph. MALINVAUD, « De l'erreur sur la substance », art. préc., spéc. n° 7.

⁵²⁴ Civ. 1^{ère}, 25 janv. 1965, *D.* 1965, p. 217 : selon les juges, l'authenticité de la chose résultait « des termes mêmes du contrat » qui ne mentionnait pas l'importance de ces fresques. La décision de la Cour d'appel fut annulée pour dénaturation des termes clairs et précis de la convention.

⁵²⁵ Thèse volontariste qui est remise en cause depuis les années 70 : R. LIBCHABER, « Les transformations dans les sources du droit », *RD d'Assas* 2015, n° 10, p. 17 et s., spéc. p. 22.

⁵²⁶ P.-Y. GAUTIER, « Éloge du syllogisme », *JCP G* 2015, p. 902.

144. Synthèse sur l'influence des circonstances dans la recherche de délimitation du contenu du contrat. Quand bien même l'influence de l'équité se conçoit pour d'autres contentieux judiciaires⁵²⁷, le droit des contrats semble épargné par ces différentes problématiques⁵²⁸, le seul argument technique valable serait celui du respect de la volonté contractuelle, cet argument agissant par « décontextualisation »⁵²⁹. Là où il y aurait influence des circonstances, la volonté contractuelle aurait exercé son empire ou elle serait la preuve de l'existence de la volonté contractuelle elle-même. Toutefois, l'étude des circonstances a montré que leur intérêt ne se réduisait pas à la recherche de l'existence de la volonté ou du contenu de la volonté dans la formation du contrat⁵³⁰. En effet, quand le respect strict de la volonté ou des dispositifs aboutirait à des décisions iniques, le juge s'écarte de ceux-ci, soit que le contentieux en question leur laisse ce pouvoir discrétionnaire, soit que le recours à l'interprétation de la volonté leur donne cette occasion. L'équité s'insinuerait dans des décisions de manière implicite à l'occasion du maniement d'autres principes⁵³¹. Ce phénomène peu constaté quand il concerne l'étude de l'existence et de la validité du contrat se révèle une clef de lecture pertinente de décisions que les concepts peinent à expliquer.

⁵²⁷ La doctrine et la jurisprudence auraient moins de scrupules à s'y référer en droit public. Par exemple : J.-P. GILLI, « La responsabilité d'équité de la puissance publique », *D.* 1971, p. 125 : l'auteur voit dans le développement de la responsabilité sans faute le signe d'un raisonnement en équité. Selon l'auteur, l'équité peut définir deux choses : soit la décision qui adapte « à chaque cas concret une solution sur mesures » qu'il nomme « équité individuelle » ou « équité cérébrine », soit une « norme de justice » provenant du « droit naturel ». Lui aussi admet que « le juge statue souvent en équité sans le dire » (p. 128). L'équité individuelle, contrairement à la « norme d'équité », est un « phénomène sous-jacent aux solutions qu'elle inspire ». Dans le même sens : Y. GAUDEMET, Intervention devant le Sénat sur « L'office du juge », Coll. Palais du Luxembourg, 29 et 30 sept. 2006 : le CE n'hésite pas à moduler l'effet rétroactif des nullités contentieuses lorsqu'elles emporteraient des « conséquences manifestement excessives ».

⁵²⁸ En ce sens : F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, op. cit.*, n° 601 : « Dans la conception traditionnelle, la référence à l'équité n'a guère de portée, celle-ci étant comprise comme un simple rappel de l'exigence de bonne foi. Mais une telle lecture est certainement trop réductrice ». Ils étudient l'équité exclusivement par l'existence de concept de lésion et de révision du contrat pour imprévision. Pour nuancer leurs propos, ils affirment que l'équité « joue un rôle croissant dans le droit français des contrats » en se référant à la possibilité d'adjonction d'un contenu offerte par l'art. 1135 ancien C. civ. D'autres auteurs reconnaissent explicitement cette influence : pour certains, juger en « équité » c'est appliquer une réflexion « qui se veut adéquate à la situation conflictuelle, prise dans un ensemble d'éléments forts divers où entrent souvent en jeu des considérations n'ayant « rien à voir », avec le débat juridique : S. MARTZLOFF, « L'équité devant le juge civil français » in *Justice, médiation et équité*, éd. Droit et Démocratie, 1992, p. 57 et s., spéc. p. 58. Cette appréciation de l'équité correspondrait à l'équité « subjective » vérifiée à l'occasion du jugement de cas d'espèce et de la prise en compte de des circonstances particulières. Le recours aux circonstances se justifierait lorsque des « considérations humaines » sont en jeu. En ce sens : Ch. ALBIGES, th. préc., spéc. n° 2 et n° 183.

⁵²⁹ F. COLONNA D'ISTRIA, « Qu'est-ce qu'un argument technique en droit ? Étude aristotélicienne », in *Penser la technique juridique*, dir. A. Desrameaux, F. Colonna d'Istria, LGDJ, 2018, p. 169 et s., spéc. p. 177.

⁵³⁰ Cette importance de la justice et de l'équité est défendue par Perelman qui énonce par exemple que « la règle de justice, exigeant l'uniformité, conduit à la prévisibilité et à la sécurité. Elle permet le fonctionnement cohérent et stable d'un ordre juridique. Mais cela ne suffit pas pour satisfaire notre besoin de justice. Il faut que l'ordre réalisé soit lui-même juste » : Ch. PERELMAN, *Droit, morale et philosophie*, LGDJ, 2^e éd., 1976, p. 30.

⁵³¹ Sur ce point, l'analyse de M. Albiges : « Alors que le législateur fait parfois expressément référence à l'équité, ces hypothèses d'introductions judiciaires de la notion ne visent qu'exceptionnellement le terme « équité » au sein de la solution de droit. Il s'agit ainsi d'une présence implicite, au même titre que d'autres concepts qui ont tous la vocation de conférer une réelle souplesse à l'analyse du juge » : th. préc., p. 118-119, spéc. n° 194 (nous soulignons).

145. Conclusion de la Section II. La délimitation du champ contractuel dans la problématique de l'existence du contrat est nécessaire afin d'apprécier ce sur quoi les contractants se sont précisément entendus. Cette frontière permet de faire le départ entre, d'un côté, le contenu du contrat et de l'autre, les circonstances seulement contingentes et relatives à la situation des parties ou au contexte contractuel qui ne peuvent fonder une remise en cause de l'accord passé. Le Code civil restreint cette nullité concernant l'erreur aux qualités dites « essentielles » déterminées expressément ou tacitement par les parties. Toutefois, le contenu du contrat ne peut se réduire à ces éléments essentiels. La cause donnait une lecture différente de l'opération contractuelle comparée à la notion de qualités essentielles. D'autres dispositifs, comme le dol ou l'obligation d'information, étendent la nullité du contrat sur le fondement de circonstances particulières. Du reste, cette recherche gravite toujours autour de la même question : la détermination du contenu du contrat doit-elle s'apprécier à l'aune de la volonté, ou d'autres concepts peuvent compléter la recherche de celle-ci ? Finalement, les efforts déployés dans la création de ces critères témoignent de l'insatisfaction de se contenter de l'interprétation de la volonté. Face à l'absence de consensus sur le contenu du contrat, il faut en tirer l'impossibilité manifeste d'asseoir une notion conceptuelle univoque. Les circonstances ne révèlent pas seulement l'existence d'un consentement mutuel sur les éléments essentiels. Les notions « d'économie du contrat », de « champ contractuel » ou encore « d'intérêt » témoignent de la nécessité de dépasser la volonté stricte des parties face à certaines circonstances particulières.

146. Conclusion du Chapitre II. La théorie des vices du consentement est pétrie de l'influence des circonstances. Bien que le législateur souhaite, dans la théorie de l'erreur, restreindre cette influence en faisant de la qualité essentielle une qualité expressément désignée par les parties, la tradition jurisprudentielle montre qu'elle ne se contente pas de la lecture stricte de la volonté. Les circonstances ont d'abord un rôle à jouer dans l'appréciation du caractère déterminant du vice, orientation confirmée par l'article 1130 du Code civil. Les circonstances particulières de la victime du vice et les circonstances « contextuelles » seront autant d'éléments envisagés pour apprécier cette condition. En ce qui concerne l'objet de l'erreur, le souhait du législateur est d'en faire une qualité expressément désignée comme telle par les parties, en restreignant de ce fait l'appréciation judiciaire que le juge s'autorisait à travers la fameuse notion de substance. En revanche, l'appréciation implicite des qualités essentielles autoriserait toujours l'appréciation des circonstances lorsque la volonté n'a pas été exprimée de façon expresse.

Les circonstances sont généralement évoquées pour faire le départ entre le contenu du contrat et les éléments particuliers aux parties contractantes ou au contexte contractuel qui ne participent pas de la définition du contenu du contrat. La jurisprudence ainsi que la doctrine se sont efforcées de trouver des notions facilitant cette délimitation. Or, aucune ne se révèle satisfaisante pour circonscrire efficacement les éléments participant à l'opération contractuelle. Finalement, pour chaque contentieux contractuel particulier, l'appréciation de la volonté des parties, ou la recherche d'éléments plus « objectifs », sont toujours liées aux circonstances concrètes d'une situation contractuelle unique. Ce constat démontre que l'équité n'est jamais loin. Les fluctuations dans ces contentieux s'expliqueraient d'autant plus par des différences dans les circonstances particulières de chaque litige que dans des divergences dues au contenu du contrat envisagé. En conséquence, l'existence d'un raisonnement prônant l'articulation des intérêts au regard des circonstances particulières du contrat se constate à l'occasion de problématiques qui en seraient pourtant étrangères.

147. Conclusion du Titre I. L'étude de l'influence des circonstances démontre que le juge ne se contente pas de constater le consentement mutuel des contractants dans les contentieux touchant à l'existence et à la validité du contrat. Le postulat de départ, voulant que l'analyse des circonstances particulières ait pour seule finalité la constatation de la volonté contractuelle, s'essouffle rapidement. L'analyse de la jurisprudence le démontre. La finalité de cette influence s'incarne dans la protection de l'intérêt d'un contractant quand les circonstances particulières justifient implicitement ce choix. Le silence valant acceptation s'explique par la seule présence de circonstances légitimant l'existence du contrat. Inversement, des situations se font refuser la nature contractuelle à la lumière du contexte particulier dans laquelle elles s'épanouissent. Par le truchement de l'analyse des circonstances particulières, le juge énoncerait des jugements dictés par un besoin ponctuel de protection de l'intérêt d'un contractant, tantôt en reconnaissant l'existence ou la validité de ce dernier, tantôt, au contraire, en ne l'admettant pas. L'appréciation de ces circonstances de la formation du contrat offre la possibilité d'asseoir des solutions adaptées à la particularité de certains contentieux, à l'aide de l'interprétation de la volonté contractuelle, ou en se passant de son recours. La théorie des vices du consentement cristallise aussi l'importance des circonstances particulières dans le souci de protéger l'intérêt d'un contractant, ce qui n'est pas sans rappeler le concept d'équité. Le législateur prévoit que cette dernière peut compléter le contenu du contrat selon l'article 1194 du Code civil. Ainsi, ce qui est admis sans difficulté concernant le contenu du contrat est difficilement reconnu pour les problématiques d'existence et de validité de l'accord contractuel, alors que l'influence de l'équité éclaircirait le sens de certaines solutions judiciaires⁵³². Ce manque de parallélisme se justifierait alors par la prégnance du concept de volonté, perçue encore aujourd'hui comme la panacée de toutes les décisions concernant de manière générale la formation du contrat. Ici, l'équité semble « se cacher derrière l'espèce »⁵³³, se parant des atours de la volonté contractuelle.

⁵³² Bien que la Cour de cassation rappelle que l'équité n'est pas une source du droit : Civ. 2^e. 10 juill. 2014, n° 13-19.498, inédit. Même sens : Soc., 4 déc. 1996, n° 94-40.693 et n° 94-40.701, *JCP G* 1997, p. 4064, obs. L. CADIET ; *RTD Civ.* 1998, p. 121, obs. N. MOLFESSIS. Soc. 21 fév. 1980, Bull. civ. 1981, n° 170, p. 128.

⁵³³ N. MOLFESSIS, « L'équité n'est pas une source du droit », art. préc.

TITRE II. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'APPRÉCIATION DU CONTENU DU CONTRAT

148. Plan. L'appréciation de la formation du contrat fut l'occasion d'analyser la manière dont le juge apprécie les circonstances particulières. Le but de cette appréciation serait la recherche de la volonté contractuelle. Pour certains contentieux, cette appréciation se réduit mal à cette seule finalité. Concernant le sens de la volonté des parties dans la détermination du contenu du contrat, les mêmes observations seront formulées : le juge ne doit pas se satisfaire du seul contenu textuel. Conformément au respect de la volonté des parties, la lettre du contrat n'est que le vecteur de l'expression de la pensée des contractants. Le contrat n'est que « l'instrument »⁵³⁴ de la volonté des parties. Les circonstances participent ici encore à rechercher le sens de cette volonté (Chapitre I). En revanche, cette dernière se révèle parfois introuvable, voire insuffisante, à déterminer l'ensemble du contenu de l'accord. Le but de l'appréciation des circonstances particulières se modifie, laissant l'occasion au juge de décider du sens du contenu du contrat, en se détachant de l'intention des parties, toujours à la lumière de circonstances particulières (Chapitre II). L'étude du contentieux sur l'interprétation est souvent délaissée. Ce constat s'explique en grande partie par le peu d'intérêt que représenteraient ces décisions pour l'édiction d'un système stable et cohérent. La dimension circonstancielle de la problématique empêche l'observateur d'avoir une vue précise et prévisible de l'interprétation du contrat. Cette dernière appelle, certes à des développements théoriques, mais contient un aspect pratique considérable. Avec une auteure, l'interprétation des contrats représente « le quotidien du juge »⁵³⁵. Les nouvelles directives d'interprétation, comme le raisonnable qui fait son entrée à l'égard de cette question, pourraient impliquer la nécessité de révéler les circonstances à l'origine de la détermination du sens du contrat. Cette voie serait bénéfique pour la prévisibilité juridique et la confiance du justiciable dans le pouvoir judiciaire.

⁵³⁴ Formule utilisée par M. LIBCHABER : « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mél. J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, pp. 211-233, spéc. p. 219. L'auteur critique « le substrat métaphysique » du contrat que la tradition a souhaité ériger pour n'en faire qu'un produit de synthèse, une « conception instrumentaire » (p. 220).

⁵³⁵ A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC* 2016, p. 384.

CHAPITRE I. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'APPRÉCIATION DE LA COMMUNE INTENTION DES PARTIES

149. Plan. L'influence des circonstances se conçoit aisément à l'aune de l'interprétation du contenu du contrat. Le juge doit, au-delà de la lettre nous indique le Code civil⁵³⁶, rechercher la commune intention qui sous-tend l'accord. Cependant, lorsque la lettre du contrat est réputée claire et précise, la Cour de cassation sanctionne les juridictions du fond d'avoir pris en considération des éléments extérieurs à l'*instrumentum*. Toutefois, lorsque la lettre est insuffisante et que la commune intention doit être recherchée, l'influence des circonstances est possible, mais se conçoit comme l'appréciation de purs éléments factuels attestant de l'existence de cette volonté (Section I). Pourtant, l'interprétation du contrat ne peut être restreinte à la découverte du sens de la volonté. En reprenant une formule de M. Malaurie, l'interprétation est à l'image de la pensée humaine et implique « à la fois recherche de la vérité et construction de la vérité »⁵³⁷. L'influence des circonstances laisse la possibilité là encore de privilégier l'intérêt d'une partie au contrat au détriment d'une autre en fonction de circonstances particulières, dépassant là aussi la recherche du consentement mutuel⁵³⁸ (Section II).

SECTION I. L'appréciation des circonstances particulières : éléments révélateurs du sens de la commune intention des parties

150. Plan. La jurisprudence ainsi que la doctrine refusent l'influence des circonstances lorsqu'elle serait utilisée dans le but de corriger le contrat sous couvert de l'interprétation de la volonté des parties (Paragraphe 1). Lorsque le texte contractuel est clair, le contexte contractuel ne peut influencer la solution du juge dans son interprétation. Néanmoins, le contenu textuel peut s'achopper à la réalité de la situation contractuelle, situation qui incitera le juge à rechercher le sens du contrat au-delà de la contrainte de la lettre (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les circonstances ne peuvent être utilisées dans le but de corriger le contrat

151. Plan. Le juge du fond détient un pouvoir souverain dans l'appréciation du fait dans le contentieux de l'interprétation du contenu du contrat. Toutefois, la Cour de cassation contrôle

⁵³⁶ Art. 1188 C. civ. : « le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes ».

⁵³⁷ Ph. MALAURIE, « L'interprétation des contrats : hier et aujourd'hui », *JCP G* 2011, p. 1402.

⁵³⁸ Dans ce sens : G. MARTY, th. préc., n° 158, p. 336 : « Mais – et ici la théorie nouvelle s'écarte complètement des idées classiques – il ne faut pas respecter la volonté que si elle existe et peut être connue. Dans les cas où les parties n'ont rien prévu ou n'ont pas attribué à la convention le même sens, il serait vain de rechercher une commune intention inexistante. Le juge ne peut trouver la solution que dans la loi et les usages, ou à défaut en s'inspirant de l'équité et de l'intérêt social ».

une possible dénaturation comme le prévoit aujourd'hui l'article 1192 du Code civil (A). Il ne faut pas en préjuger une absence totale d'appréciation des circonstances. Le juge justifie parfois le sens d'une clause par le soutien de certaines circonstances particulières au litige, sans passer par la constatation de son inintelligibilité (B).

A. L'influence des circonstances ne peut dénaturer le contrat sous couvert de l'interprétation de la volonté des parties

152. Plan. En raison du concept de volonté, le législateur recommande au juge de rechercher la commune intention des parties au-delà de la seule lettre contractuelle (a). Toutefois, cette recherche n'est pas discrétionnaire et s'achoppe parfois à la qualification par la Cour de cassation de la clarté et précision d'une clause particulière, clause qui renfermerait fidèlement la volonté des parties en cause (b).

*a. **La recherche de la commune intention des parties autorise l'appréciation des circonstances***

153. Recherche de la commune intention des parties. L'interprétation du contenu du contrat est exercée sous les auspices de la commune intention des parties. Habituellement, cette interprétation implique deux volets. Le premier interdit au juge de dénaturer un contrat clair et précis⁵³⁹ tandis que le second, plus rare, mais réaffirmé récemment, l'oblige à interpréter le contrat sans pouvoir s'en soustraire en prétextant son intelligibilité⁵⁴⁰. Cette recherche est dévolue aux juges du fond comme l'a consacrée la décision Lubert⁵⁴¹. L'article 1188 du Code civil précise aujourd'hui que le contrat doit s'interpréter « selon la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes ». L'alinéa suivant prévoit que lorsque l'intention ne peut être décelée, le contrat doit s'interpréter « selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ». La recherche de la commune intention est donc une question de fait, qui doit être recherchée dans « les circonstances de temps et de lieu » et en tenant compte du comportement des contractants, mais aussi de leurs pratiques contractuelles⁵⁴². L'évocation des circonstances se comprend ici : le juge doit trouver, au-delà de la lettre du contrat, c'est-à-dire son *instrumentum*, ce que les

⁵³⁹ Arrêt de principe sur la cassation pour dénaturation : Civ. 15 avr. 1872, H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *GAJC*, t. 2, Dalloz, 13^e éd., 2015, n° 161.

⁵⁴⁰ Sur le rappel par la Cour de cassation de l'obligation d'interpréter un contrat dont le sens fait l'objet d'un doute : Civ. 1^{ère}, 30 janv. 2019, n° 18-10.796 et Com. 28 nov. 2018, n° 15-17.578, *RDC* 2019, p. 14, obs. Y.-M. LAITHIER.

⁵⁴¹ Ch. Réunies, 2 fév. 1808, H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *GAJC*, *op. cit.*, n° 160.

⁵⁴² En ce sens : M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 787. L'auteur relève tout de même qu'« un premier sens de l'interprétation du contrat par les juges renvoie à l'interprétation constructive dont ils font preuve lorsque, par un forçage du contrat, ils y introduisent des obligations que les parties n'avaient pas expressément convenues ». Dans le même sens : A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 291 : le contentieux de l'interprétation est « essentiellement *casuistique* ». En réalité, « tout dépend des circonstances », circonstances qui pourront s'incarner en des « **éléments extérieurs** au contrat lui-même » (souligné par l'auteur).

contractants entendaient prévoir par leur accord contractuel, à savoir le contenu précis du *negotium*. La précision du « raisonnable » est une invitation à apprécier les circonstances particulières du litige lorsque la commune intention ne serait pas décelable⁵⁴³. Si le juge ne doit pas s'arrêter au sens littéral du contrat, mais plutôt en rechercher l'esprit, le recours au contexte du contrat permet de percevoir cette compréhension. Néanmoins, le juge recourt d'abord à la compréhension textuelle du contrat, alors que la distinction entre un texte clair et ambigu ne se vérifie que très rarement à l'aune de la seule rédaction d'un texte. Le juge, en admettant la clarté de la lettre du contrat, l'a nécessairement confrontée avec le reste de l'accord et ses circonstances pour juger de la cohérence de l'opération entière⁵⁴⁴.

154. Portée de l'influence des circonstances dans la recherche de la commune intention des parties. Comment distinguer les circonstances pertinentes qui seraient efficaces afin de révéler fidèlement le sens de la commune intention ? Le juge est-il toujours dans la « reconstruction » de la commune intention des parties quand celui-ci interprète le contexte contractuel ? Ne se trouve-t-il pas plutôt dans la recherche d'une appréciation équitable des circonstances ? À tout le moins, la volonté se révèle parfois bien insuffisante pour que le contrat puisse produire ses effets juridiques⁵⁴⁵. La reconnaissance de l'influence des circonstances dans le contentieux de l'interprétation du contenu du contrat est bien plus franche que dans le contentieux de l'existence et de sa validité. Certains auteurs vont jusqu'à affirmer que l'interprétation de la commune intention des parties bien souvent « n'existe pas ». Une « interprétation qui combine la quête de la volonté (...) avec des éléments objectifs tirés d'impératifs supérieurs d'égalité, d'équilibre ou d'efficacité »⁵⁴⁶ est plus révélatrice de la réalité du contentieux.

⁵⁴³ Plus précisément sur la notion de standard : *infra* n° 239 et s.

⁵⁴⁴ La réforme du droit des obligations du 10 février 2016 s'est orientée vraisemblablement vers l'édiction de directives d'interprétation tournées vers la recherche de la cohérence et de l'utilité de l'acte. En ce sens : H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts (...), op. cit.*, n° 609, spéc. p. 689. Ou encore : F. GORPHE, *Les décisions de justice, étude psychologique et judiciaire*, PUF, 1951, p. 86 : « Ainsi, une interprétation de convention ou de déclaration de volonté peut se faire de plusieurs manières combinées, dites subjectives et objectives. Rechercher l'intention des parties ou du déclarant est une question de fait concrète. Rechercher le sens d'une stipulation d'après la conception des affaires de la matière devient une question de fait générale. Si viennent en considération des circonstances ou des éléments extrinsèques, il peut se poser une question de droit concrète ».

⁵⁴⁵ H. CAPITANT, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Ibid.*, p. 685 : l'interprétation « objective » du contrat est considérée par la doctrine moderne comme se désolidarisant de la thèse volontariste bien que la doctrine « classique » y voie toujours la marque de la volonté tacite.

⁵⁴⁶ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », art. préc. Dans le même sens : G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil, op. cit.*, n° 242, p. 252 : « En présence d'une formule douteuse, il est vraisemblable que chacune des parties lui ait donné le sens qui lui est le plus favorable, chacun pensant faire la bonne affaire : il n'y a pas d'intention commune ». Ces auteurs proposant aussi de recourir « aux usages et à l'équité ». Dans le même sens : B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, op. cit.*, n° 192, p. 68 : les juges n'avouent jamais ouvertement l'impossibilité de découverte de l'intention. Il peut être tenté « de faire prévaloir une solution "objectivement" souhaitable tout en faisant apparaître « dans les motifs de sa décision, que telle était la volonté réelle des parties, compte tenu de son interprétation ».

M. Simler reconnaît que l'utilisation du terme « interprétation » ne dévoile que partiellement la réelle pratique judiciaire⁵⁴⁷. Pour René David, la scientificité du droit serait en déclin au profit du retour à sa finalité qu'est la justice⁵⁴⁸. L'équité serait, sur ce point, le lien indispensable entre le respect des règles juridiques et la part de promotion de cette recherche constante de son œuvre de justice. En droit des contrats, il est admis de longue date pour l'auteur que l'équité « est un facteur permettant de préciser ce que les parties ont voulu ou ce qu'une personne raisonnable déduirait normalement de la conduite observée et des termes employés par les contractants ». Il poursuit en affirmant que l'équité ne serait plus « limitée à l'interprétation des contrats »⁵⁴⁹. Hébraud retenait des propos similaires sur la promotion du concept d'équité dans l'interprétation du contrat, en énonçant que le juge ne peut s'abandonner « à une application mécanique », car les « contestations judiciaires reposent généralement sur l'affrontement de thèses également plausibles, entre lesquelles le juge devra exercer une option, choisissant celle qui lui paraît préférable ou meilleure »⁵⁵⁰. Toujours selon l'auteur, « la conclusion se dégage de la pesée de leur valeur respective »⁵⁵¹. Il finit par reconnaître que « le jugement de droit glisse parfois vers la sentence d'équité ». Quand cette dernière est « plus nettement individualisée, ses attaches avec le droit conduisent à l'intégrer parmi les directives inspiratrices de l'interprétation des contrats »⁵⁵². M. Bénabent formule une même remarque. L'interprétation de la volonté des parties « fournit en fait au juge un moyen très efficace pour intervenir dans le contrat en donnant « l'interprétation » qui lui paraît la plus conforme à l'équité »⁵⁵³. L'équité permettrait donc de régler l'articulation des intérêts en présence, ou, plus précisément, le conflit d'intérêts à résoudre, à la lumière des circonstances particulières du litige⁵⁵⁴. Cette finalité tend aujourd'hui à la rapprocher du contrôle de proportionnalité *in concreto*, contrôle privilégié dans les

⁵⁴⁷ Ph. SIMLER, « Propos introductifs – À la recherche des frontières de l'interprétation », *RDC* 2015, p. 146 : « Nul n'ignore pourtant, que, sous couvert d'interprétation, la mission du juge va bien au-delà de la recherche de la "commune volonté" des parties. Cette volonté, il la modifie ; il la complète il la réinvente même, parfois » et plus loin : « on n'ira pas jusqu'à dire que, sous cette réserve, le juge fait ce qu'il veut, mais, en son âme et conscience, avec le souci de ce qui est juste et équitable, on n'en est pas très loin ». Pour cela, il prendra en considération « un ensemble de considérations auxquelles ne sont pas étrangers l'économie, le contexte social, pour ne pas dire l'air du temps. Le tout sous couvert d'interprétation » (nous soulignons).

⁵⁴⁸ R. DAVID, « La doctrine, la raison, l'équité », *RRJ* 1986-1, p. 109 et s., spéc. p. 139.

⁵⁴⁹ R. DAVID, *Ibid.*, p. 140.

⁵⁵⁰ P. HÉBRAUD, « Rapport introductif », in *La logique judiciaire*, 5^e Coll. Des Instituts d'Études Judiciaires, PUF, 1967, p. 23 et s., spéc. p. 33.

⁵⁵¹ P. HÉBRAUD, *Ibid.*, il poursuit plus loin en rapprochant diverses méthodes d'analyses scientifiques telle que la cybernétique que « l'accomplissement de la mission judiciaire, dans l'ensemble de son vaste domaine et dans ce qu'elle a de plus essentiel, ne saurait être ramené à un calcul automatisé » (p. 39).

⁵⁵² P. HÉBRAUD, *Ibid.*, p. 43.

⁵⁵³ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, op. cit., n° 291, spéc. p. 247. Dans le même sens : C. MARRAUD, *La notion de dénaturation en droit privé français*, préf. P. Lagarde, PUG, 1974, p. 329 et s., spéc. p. 344-345 : « Lorsque les hauts magistrats invoquent à l'appui d'un rejet un motif tiré d'une recherche d'intention, il est toujours extrêmement difficile de déceler si celle-ci est réelle ou si elle ne constitue pas le paravent destiné à masquer un mobile d'équité ».

⁵⁵⁴ En ce sens : L. CADIET, « L'équité dans l'office du juge », in *Justices* 1998, n° 9, p. 87 et s., spéc. p. 95 et s. : l'équité est un instrument de mesure, car son but est de comparer entre « deux intérêts, intérêts individuels le plus souvent, besoins du créancier, ressources du débiteur, leur situation économique respective, intérêts catégoriels parfois ».

décisions de la CEDH et qui est de plus en plus mobilisé dans le contentieux contractuel⁵⁵⁵. Aujourd'hui, les auteurs sont loin de reconnaître l'influence des circonstances particulières par la promotion de l'équité dans le contentieux de l'interprétation⁵⁵⁶.

155. Absence de reconnaissance de l'influence de l'équité dans l'interprétation de la volonté. Le rôle de l'équité serait réduit à ce que les auteurs nomment parfois « l'interprétation créatrice » ou encore « complétive » du contrat, dont on la détache aujourd'hui volontiers d'une quelconque influence de la volonté des parties⁵⁵⁷. Les circonstances seraient habituellement appréciées comme des ersatz de la volonté contractuelle qui a été imparfaitement exprimée dans la lettre du contrat. Cette appréciation cache le réel intérêt de l'influence des circonstances particulières. L'auteur d'une thèse sur le sujet insiste sur l'importance du milieu social qui s'exprime « dans les usages, la bonne foi et l'équité »⁵⁵⁸. Cette impossibilité de retrouver la commune intention des parties amènerait le juge à supposer une volonté « normale », voire une volonté « morale et conforme aux attentes du corps social » justifiée par l'analyse des circonstances particulières⁵⁵⁹. En pratique, cette analyse des circonstances particulières est peu aisée, puisque le juge se retranche derrière la recherche de la commune intention des parties. Néanmoins, les décisions judiciaires ne peuvent se justifier uniquement par la constatation du consentement mutuel.

156. L'appréciation ponctuelle de la volonté du testateur à la lumière des circonstances. Le raisonnement du doyen Rieg est révélateur de la fidélité à l'idée que la volonté contractuelle expliquerait tout l'acte juridique. En constatant d'abord que les auteurs français du début du siècle ont mis en avant les notions de « bonne foi, d'équité, d'usages dans l'interprétation des

⁵⁵⁵ L'équité est parfois rapprochée de la « balance » qui est aujourd'hui une métaphore constamment présente dans la description du contrôle de proportionnalité. Par ex. : L. CADIET, *Ibid.*, p. 97 et p. 99 : « Concilier, composer, l'équité est toujours une œuvre de pesée. La balance est son symbole, la proportionnalité son critère ». Sur le constat du développement du contrôle de proportionnalité en droit des contrats, nos développements *infra* n° 265.

⁵⁵⁶ Pour des exemples supplémentaires : J. CARBONNIER, *Droit civil : introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, t. 1, PUF, rééd. 2017, n° 9, p. 24 : « il ne faut pas croire que cette manière de juger soit étrangère aux juges professionnels. Seulement, ils savent la revêtir d'une forme juridique : entre deux interprétations de la loi, entre deux théories construites pour compléter la loi, ils inclineront bien souvent à choisir non pas celle qui est, *en général*, la plus exacte, mais celle qui est, *dans le cas particulier*, la plus équitable » (souligné par l'auteur). Dans le même sens : C. MARRAUD, th. préc., p. 329 : « Si les juges du fond et *a fortiori* la Cour suprême prennent garde à ne pas inclure la notion d'équité dans leurs motivations respectives, il serait trop hâtif d'en déduire que celle-ci n'exerce aucune influence sur leur jurisprudence. Bien au contraire, la Cour de cassation s'est laissée séduire à plusieurs reprises par des mobiles de pure équité, admettant ainsi de ne pas censurer la violation pourtant manifeste d'une clause claire ».

⁵⁵⁷ Un auteur affirme que « la bonne foi se rattache à des comportements et donc à des éléments internes au contrat et relatifs aux parties, l'équité fonde des obligations qui, apparemment, n'ont pas été voulues et ne se rattachent pas aux parties, ce qui *a priori* ne relève pas du rapport d'obligations. Extérieure au contrat, l'équité est empruntée par le juge pour rééquilibrer celui-ci, eu égard à la justice » : C. DESCAUDIN, th. préc., n° 339, p. 254. Dans ces cas particuliers de création d'un contenu original, comme l'obligation de sécurité dans les contrats de transport, de vente ou encore de jeux forains, il n'y aurait pas interprétation de la volonté des parties mais « consécration d'une règle objective relative aux effets de certaines catégories de contrats » : G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil, op. cit.*, n° 240, p. 250. Dans le même sens : Ph. JACQUES, th. préc., n° 36, p. 88.

⁵⁵⁸ J. LOPEZ SANTA MARIA, *Les systèmes d'interprétation des contrats*, préf. J. Flour, th. Paris, 1968, p. 116.

⁵⁵⁹ En ce sens : J. DUPICHOT, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du “petit guide-âne” des articles 1156 à 1164 du Code civil », in *Études J. Flour*, 2013, p. 179 et s., spéc. p. 186.

actes juridiques »⁵⁶⁰, il énonce que les juges n'ont pas retenu ces critères pour former leurs décisions. L'interprétation ferait seulement appel à « l'intention des parties, à l'usage, à des analogies de textes »⁵⁶¹. Il nuance par la suite cette affirmation, en indiquant que « certaines décisions sont explicables par cette notion (*d'équité*), mais les tribunaux ne l'indiquent pas expressément »⁵⁶². Sous couvert d'interprétation de la volonté, le juge rectifierait tantôt un contrat défectueux, tantôt y ajouterait de nouvelles obligations. Il prend l'exemple d'un courant jurisprudentiel donnant plein effet aux actes unilatéraux que sont les legs réalisés à destination d'institutions de bienfaisance alors que ces derniers devraient être considérés comme nuls⁵⁶³. Par exemple, un legs attribué aux mutilés et orphelins de guerre a été réalisé, après interprétation judiciaire, à l'Office des victimes de la guerre. Une décision a reconnu que « la désignation nette et précise du légataire est l'une des conditions essentielles de la validité d'un legs, mais il est possible, même à l'aide des circonstances qui ont entouré la confection du testament, de suppléer une désignation inexacte, insuffisante ou incomplète du légataire »⁵⁶⁴. L'auteur interprète cette jurisprudence en s'appuyant notamment sur l'ancien article 1157 du Code civil, aujourd'hui article 1191, préférant choisir le sens d'une clause susceptible d'avoir un effet lorsque plusieurs sens sont possibles. Cependant, l'explication n'est pas satisfaisante. Il ne s'agit pas d'une simple interprétation d'une clause dont le sens serait obscur, mais d'un sauvetage de l'acte juridique, alors que celui-ci doit normalement, sans avoir égard aux circonstances, encourir la nullité. Il raisonne de la même manière à l'égard de la substitution par le juge d'un indice contractuel rendu obsolète après la seconde guerre mondiale qui s'expliquerait, car le contrat « n'aurait plus pu fonctionner, ses modalités d'application ne pouvant pas jouer », que cette correction est donc faite par « voie d'interprétation ». Pourtant, il admet que « malgré leur constante référence à la volonté des parties, les magistrats recherchent avant tout une solution juste »⁵⁶⁵. Les juges pourraient se contenter de constater l'invalidité de l'acte ; or « au lieu de cette solution de facilité, ils en recherchent une autre, conforme à l'utilité et à l'équité »⁵⁶⁶. L'auteur a moins de réticences à reconnaître que le droit allemand recherche la bonne foi qui serait une « notion d'éthique sociale transformée en concept juridique »⁵⁶⁷. Pour ce faire, les tribunaux allemands sont attentifs entre autres aux « intérêts en présence ». Il évoque une jurisprudence qui n'aurait pas pris en compte tous les intérêts en présence pour apprécier dans quelle mesure une antenne aérienne d'ondes radiophoniques, installation non prévue par un bail d'habitation, était

⁵⁶⁰ A. RIEG, th. préc., n° 400, p. 396-397.

⁵⁶¹ A. RIEG, *Ibid.*, n° 400, p. 397.

⁵⁶² A. RIEG, *loc. cit.*

⁵⁶³ En raison du but étranger de ces institutions ou de l'absence de capacité juridique de ces dernières.

⁵⁶⁴ TC Montauban du 7 juillet 1948, D. 48-563, cité par A. RIEG, *Ibid.*

⁵⁶⁵ A. RIEG, *Ibid.*, n° 405, p. 402. Un raisonnement similaire est proposé par l'auteur en présence d'un changement de circonstances qui modifierait la volonté du testateur décédé qui altérerait l'esprit de la donation. La modification du testament à la suite de ce changement de circonstances est faite, selon lui, pour respecter la volonté du testateur. Ici aussi, l'analyse de la modification de l'acte juridique ne peut se réduire à l'explication simpliste et erronée de la volonté du *de cujus* : si le juge a modifié l'acte, c'est en raison du changement de circonstances qui l'a rendu difficilement applicable, peu importe la volonté initiale du testateur.

⁵⁶⁶ A. RIEG, *Ibid.*, p. 403.

⁵⁶⁷ A. RIEG, *Ibid.*, n° 409, p. 408.

envisageable⁵⁶⁸. Pour l'auteur, « tous les intérêts et toutes les circonstances » doivent être pris en considération, ce que n'avait pas fait la Cour d'appel lorsqu'elle négligea d'apprécier les dommages potentiels causés au toit et le risque de foudre dû à l'installation. En réalité, ces intérêts ont bien été pris en compte. En revanche, il est plus juste d'affirmer que ce sont plus précisément certaines circonstances pertinentes qui ont été évincées de l'appréciation, ce qui n'a pas permis d'avoir une vue précise des intérêts en présence. En effet, l'intérêt est une notion abstraite. Sa satisfaction revient toujours à la même action : que le juge accueille favorablement les prétentions du justiciable. En revanche, ce qui permet au juge de trancher entre différents intérêts se conçoit de plus en plus à travers la perception fidèle des circonstances particulières de chaque situation. Le raisonnement circonstanciel, afin d'être exercé correctement, doit envisager toutes les circonstances afin d'articuler correctement les intérêts en présence⁵⁶⁹.

157. L'appréciation du sens du contenu du contrat révélerait parfois une articulation des intérêts dictée par les circonstances particulières. Ce qui est déterminant pour la résolution d'un litige n'est donc pas l'appréciation des intérêts en présence, mais l'appréciation des circonstances particulières pertinentes qui permettront de privilégier un intérêt au détriment d'un autre. Cette importance des circonstances est malheureusement passée sous silence. L'appréciation factuelle est inhérente à la démarche judiciaire de résolution d'un litige. En revanche, ce seul but assigné à l'appréciation des circonstances serait la recherche de la commune intention des parties. En réalité, l'appréciation des circonstances ne se réduit pas à la recherche du consentement mutuel. Ce raisonnement s'inscrit dans une démarche permettant d'articuler les intérêts des parties au contrat⁵⁷⁰. Pourtant, la reconnaissance du phénomène d'articulation des intérêts par le prisme de la commune intention est délicate. Le juge français refuse, sous peine de dénaturation, de donner un quelconque effet à une appréciation qui s'éloignerait d'un texte clair censé décrire fidèlement la volonté des parties.

b. La dénaturation : limite à l'interprétation du contrat au regard des circonstances

158. Principe : rejet de l'appréciation des circonstances en présence d'une clause claire et précise. Lorsque les parties se sont exprimées correctement sur un point, le juge ne peut s'immiscer dans le contrat sous peine de cassation pour dénaturation⁵⁷¹, cassation protégeant la

⁵⁶⁸ Arrêt du Reichsgericht du 8 février 1927, RGZ 116-93, cité par A. RIEG, *Ibid.*, n° 410, p. 408.

⁵⁶⁹ Sur les bienfaits du raisonnement circonstanciel et la manière de l'exercer : *infra* n° 533.

⁵⁷⁰ Dans le même sens concernant toujours le testament, mais le propos peut être encore une fois applicable au contrat : C. MARRAUD, th. préc., p. 358 : « Il est très difficile – sinon illusoire – de déceler en quoi dans une espèce et non dans une telle autre la volonté interne a été jugée suffisamment rapportée. Cette fois encore, la frontière qui sépare la cassation du rejet se déforme sous la pression de l'équité ou plus simplement d'une certaine politique jurisprudentielle ».

⁵⁷¹ Dans de rares cas, les auteurs distinguent la cassation pour non-application d'une clause claire et le cas de dénaturation : C. TALAMON, *Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur l'interprétation et l'application des contrats*, éd. Masson et Cie, 1926, spéc. p. 40-51.

volonté des parties ainsi que la force obligatoire⁵⁷². L'article 1192 du Code civil précise que le juge « ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation ». Il ne peut par exemple évincer l'application d'une clause de non-responsabilité du bailleur pour certains événements décrits dans le contrat de bail en prétextant qu'elle est incompatible avec une clause protégeant la survenue de certains dommages⁵⁷³. C'est encore pour méconnaissance d'un contrat clair et précis que la Cour de cassation casse la décision d'une cour d'appel souhaitant appeler en garantie une caution alors que la durée de cautionnement était dépassée⁵⁷⁴. La clause claire et précise n'évince pas l'appréciation, mais elle écarte normalement l'influence des circonstances extérieures au contrat lorsqu'elles seraient en contradiction avec des stipulations claires et un contenu cohérent. Le juge ne se contente pas d'apprécier la lettre du contrat de façon intrinsèque : la clarté ou l'obscurité d'un acte est parfois confrontée aux circonstances du contrat. Une auteure en donne de nombreux exemples. Elle relève notamment un arrêt de la première chambre civile relevant « l'ambiguïté de la clause (...) *en présence des circonstances* » de l'exécution de l'acte⁵⁷⁵. Cette attitude est compréhensible : le texte contractuel n'est qu'un élément probant parmi d'autres pour révéler l'intention des parties contractantes. Face à un contexte particulier qui perturbe la compréhension du contrat, contexte résultant de l'exécution de l'acte, le juge est en droit d'y être attentif afin d'apprécier la portée de l'écrit. En outre, la notion de clarté ne fait pas l'objet d'un consensus. Au contraire, sa souplesse donne aux juges du fond l'occasion de la confronter à chaque cas particulier.

159. Influence des circonstances permise par la notion de « clarté ». La notion de clarté contient une malléabilité adéquate à la diversité des circonstances. Les auteurs reconnaissent que l'ambiguïté peut résulter « de la confrontation de l'acte, dont les termes sont pourtant clairs, avec un contexte extérieur dans lequel les parties sont placées volontairement ou non lors de l'exécution de leurs obligations »⁵⁷⁶. Jacques Flour a rappelé que le juge du fond a la possibilité de s'écarter du sens apparemment clair d'une clause si sa décision « est expliquée par les circonstances de la cause. Ainsi, la clarté et la précision ne sont pas des notions objectives »⁵⁷⁷.

⁵⁷² *Veuve Foucauld* du 15 avril 1872 : H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, GAJC, *op. cit.*, n° 160. Un auteur précise que « l'autonomie des parties et le respect de leur volonté étant ainsi les grands piliers de tout contrat, on peut dire que le contrat repose tout entier sur la volonté. L'interprétation des contrats ne saurait négliger ce fait » : F. BOSSHART, *L'interprétation des contrats*, th. Genève, impr. S.A Leeman frère & Cie, 1939, p. 17.

⁵⁷³ CA Montpellier, 9 mai 2017, 15/00461 : La Cour n'a pas reconnu d'incompatibilité entre une clause obligeant le bailleur à maintenir le bien clos et couvert pouvant inclure une protection contre les dégâts des eaux et une clause spéciale de transfert de la responsabilité en cas de dégâts causés par certains événements décrits. Les juges du fond ne peuvent valablement retenir que la clause exonératoire avait un caractère général contradictoire avec la première clause, alors que, conformément à la « commune intention des parties », cette « clause générale est affectée d'une restriction sans ambiguïté » permettant de répondre à « l'exigence de conférer à une clause claire et précise un effet utile qui respecte la cohérence de l'acte entier ».

⁵⁷⁴ Civ. 1^{ère} 18 mars 1997, *RDI* 1997, p. 456, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

⁵⁷⁵ Civ. 1^{ère} 28 octobre 1970, cité par C. MARRAUD, th. préc., p. 191.

⁵⁷⁶ J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, 3^e éd., 2001, n° 27, p. 38.

⁵⁷⁷ J. FLOUR, obs. sous Soc. 11 juin 1942, *DC* 1943, p. 130.

160. Exemple du refus de l'influence des circonstances particulières en présence d'une clause claire et précise. La Cour de cassation n'hésite pas à prononcer la cassation pour dénaturation lorsque le contrat litigieux est sans équivoque, ce qui empêche les juges du fond de se saisir de circonstances particulières au contexte contractuel qui contredisent la portée de la lettre. Ces derniers ne peuvent par exemple prendre en compte des déclarations médiatiques publiques et vagues d'un photographe en faisant découler une acceptation de l'exploitation non commerciale de son œuvre, contrairement à ce que prévoyait le contrat de cession de droits d'auteur, quand bien même l'article L. 122-7-1 du Code de la propriété intellectuelle pose expressément cette possibilité⁵⁷⁸. Le choix de se défaire de la seule appréciation textuelle est une décision relevant du pouvoir souverain des juges du fond. En revanche, la Cour de cassation contrôle tout de même la volonté du juge de s'écarter de l'*instrumentum* en vérifiant que la décision a bien été motivée par les juges du fond⁵⁷⁹. À en croire certains auteurs, « maints arrêts s'affranchissent de la contrainte de la lettre en qualifiant d'ambigus des termes contractuels clairs »⁵⁸⁰, soumettant la distinction à une « politique juridique générale » sous l'autorité de la Cour de cassation qui déplacera le point d'équilibre entre « le sentiment du juge et le sentiment du droit », autrement dit entre « l'opportunité et la rigueur »⁵⁸¹. Cette instrumentalisation de la distinction dissimule les décisions qui seraient motivées par des circonstances particulières du contrat et qui pourraient rappeler la notion d'équité.

161. Tentative de réduction des solutions inspirées par l'influence des circonstances particulières. Les juges ont été un temps tentés d'appréhender les circonstances particulières au contexte contractuel pour remettre en cause le contenu du contrat pourtant clair et précis. Le doyen Marty, en remarquant qu'à partir de 1880 le principe de dénaturation était totalement acquis, remarque que les juges du fond, même postérieurement à cette date, ont souvent apprécié l'accord à la lumière de circonstances particulières du contexte contractuel⁵⁸². Pour l'auteur, la raison tenait au développement des contrats d'adhésion et des « bouleversements imprévus des situations contractuelles » qui ont orienté les juges du fond vers la tentation de « faire fléchir le contrat pour des raisons d'équité »⁵⁸³. Ces décisions ont débouché sur une série jurisprudentielle, dont un arrêt du 15 novembre 1933 à l'occasion duquel la Cour de cassation précisa que la modification d'un engagement clair et précis ne pouvait intervenir au nom de l'équité⁵⁸⁴. Le

⁵⁷⁸ Com. 12 juill. 2011, n° 08-20033, inédit, *RTD Com.* 2012, p. 116, obs. F. POLLAUD-DULLIAN; *LEPI* 2011, p. 2, obs. A. LEBOIS.

⁵⁷⁹ Le choix de qualifier une clause de claire ou d'obscur est une opération de « qualification » que la Cour de cassation contrôle. Dans ce sens : C. GRIMALDI, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », *RDC* 2008, p. 207.

⁵⁸⁰ T. IVAINER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », *JCP* 1981, p. 3023, n°15 ; dans le même sens : C. MARRAUD, th. préc., p. 329 : l'auteur estime que même si les juridictions prennent garde à ne pas faire apparaître le recours à l'équité, la Cour de cassation se laisse parfois séduire par « les mobiles de pure équité, admettant ainsi de ne pas censurer la violation pourtant manifeste d'une clause claire ».

⁵⁸¹ T. IVAINER, *Ibid.*, n° 18.

⁵⁸² G. MARTY, th. préc., p. 305.

⁵⁸³ G. MARTY, *Ibid.*, p. 313.

⁵⁸⁴ Pour un exemple parmi d'autres : Civ. 16 janv. 1961, *Bull. civ.* I, n° 34, p. 27.

même constat est fait à propos du contentieux assurantiel dont la relation est très imprégnée par l'inégalité des parties. Une auteure qualifie ce phénomène de « dénaturation en équité » qui se traduit, selon les circonstances, soit par une exclusion de garantie, soit par une extension des conditions de la garantie⁵⁸⁵.

162. Censure de la Cour de cassation de solutions se référant « expressément » à l'équité. La Cour de cassation refuse de consacrer des solutions se référant explicitement à l'équité. Malgré cette censure, il existerait des décisions judiciaires qui, tout en n'évoquant pas le concept d'équité, sont innervées par son esprit. En se saisissant de circonstances particulières de la situation, les juges décident, en s'affranchissant de la compréhension littérale du contrat, de donner un sens précis à un élément contractuel, favorisant ainsi l'intérêt d'une partie au détriment d'un autre. Pourtant, ce phénomène pourrait s'articuler avec la proscription de la dénaturation. Les juges ont pu, par le passé, admettre que « seule l'interprétation d'un écrit peut faire l'objet d'un pourvoi fondé sur un grief de dénaturation, mais non *l'interprétation d'un fait* »⁵⁸⁶. Les juges précisent que l'équité ne peut avoir pour finalité de dénaturer le contrat. En appréciant *a contrario* cette solution, il pourrait être admis que son influence soit permise lorsque le contenu du contrat est obscur. L'interprétation d'un élément factuel pourrait donc répondre à d'autres buts, sous couvert de la seule révélation de la volonté des parties.

B. Les circonstances peuvent être observées afin de soutenir le choix du sens d'une clause

163. Obligation de motivation du choix du sens d'une clause à l'aide des circonstances. Même en présence d'une clause claire et précise, le juge a tout de même fait le choix d'abonder dans un sens qu'il considérerait comme clair, ce choix devant être motivé par des éléments probants. En l'absence de ces éléments, la Cour de cassation pourrait reprocher une absence de motivation ou une dénaturation du contrat. En revanche, les auteurs rappellent que la Cour de cassation n'a pas de pouvoir de contrôle de l'interprétation d'un contrat, car il est « une norme individuelle »⁵⁸⁷. L'interprétation du contrat n'est pas un choix qui s'impose à l'avance au juge et dont il devrait relever seulement l'existence pour que le contrat puisse produire ses effets. Le choix du sens du contenu du contrat est toujours une décision, un arbitrage entre au moins deux sens proposés par les parties contractantes⁵⁸⁸. La mission du juge revient à consacrer le choix

⁵⁸⁵ M.-H. MALEVILLE, *L'interprétation des contrats d'assurance terrestre*, LGDJ, 1996, p. 114-116.

⁵⁸⁶ Civ. 1^{ère}, 3 février 1981, n° 79-16.501, *Bull. Civ. I*, n° 38, p. 31. L'interprétation du fait est dévolue au pouvoir souverain du juge qui ne peut rien se faire reprocher sur ce point, notamment quand il précise que l'interprétation permet de reconstituer l'intention des parties. En ce sens : B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques. Aspects théoriques et pratiques*, préf. Y. Flour, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 403, 2003, n° 342, spéc. p. 193-194.

⁵⁸⁷ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, J. BUK LAMENT, *La technique de cassation*, Dalloz, 9^e éd., 2018, p. 114-115 : « Tout contrôle de l'interprétation, c'est-à-dire du sens que les parties ont voulu donner aux termes employés dans le contrat, est donc exclu ».

⁵⁸⁸ En ce sens : G. CHANTEPIE, « L'exigence de clarté dans la rédaction du contrat », *RDC* 2012, p. 989 : « Mais si les références communes à l'auteur et au lecteur, le choix des termes employés et l'environnement contextuel,

qui se dégage au regard du contenu du contrat, mais aussi compte tenu des circonstances particulières à la situation post-contractuelle, sans que l'analyse du premier soit exclusive de l'analyse du contexte⁵⁸⁹. Finalement, considérer qu'une clause contractuelle est claire, c'est reconnaître la préférence du sens tel qu'il se dégage de l'interprétation littérale du contrat.

Cependant, l'interprétation littérale d'une clause n'est pas épargnée par l'influence des circonstances particulières de la situation contractuelle, et plus particulièrement lorsqu'elles révéleraient la faiblesse d'une partie au contrat. M. Stoffel-Munck reconnaît aussi la « relativité de la lettre contractuelle »⁵⁹⁰. Pour l'auteur, cette distance adoptée avec la compréhension littérale du contenu du contrat ne heurte ni le principe de force obligatoire ni celui de l'interprétation⁵⁹¹. Au contraire, cette distance est recommandée afin d'adopter une « lecture réaliste du contenu du contrat » parfois nécessaire afin d'envisager « les éléments concrets qu'ont eu en vue les parties »⁵⁹². La clarté ne serait donc pas envisagée sans les circonstances de l'accord, puisqu'elle est nécessairement une notion relative. Ce qui est clair pour un contractant particulier ne l'est pas forcément pour un autre suivant les qualités de l'individu concerné ou sa situation personnelle. Comme pour l'erreur qui entretient des liens étroits avec cette question, la clarté doit être nécessairement envisagée par rapport du destinataire du message⁵⁹³. À cet égard, « la situation de faiblesse » d'un contractant, d'un consommateur par exemple, joue nécessairement sur les exigences de clarté du texte⁵⁹⁴. Loin de s'envisager comme un exercice permettant de constater la commune intention défaite de toutes contingences particulières, l'exigence de clarté mêle au contraire la protection mesurée de l'intérêt du contractant destinataire avec l'intérêt du contractant dont l'intérêt est l'application du contrat dans sa compréhension stricte et littérale. La règle d'interprétation de l'article 1190 du Code civil rejoint cette idée. Elle précise que le contrat de gré à gré peut s'interpréter « contre le créancier et en faveur du débiteur » et que le contrat d'adhésion s'apprécie « contre celui qui l'a proposé », preuve étant que l'interprétation du contrat n'est pas épargnée par l'inégalité factuelle des parties.

164. Influence des circonstances sur le choix du sens d'une clause. La recherche de l'intention des parties dans la lettre du contrat n'est donc qu'une possibilité parmi d'autres offerte au juge. De prime abord, l'influence des circonstances est éloignée de l'interprétation littérale d'un texte, puisque l'on comprend qu'il renferme la volonté des contractants sans avoir

ne laissent parfois envisager qu'une seule signification à l'énoncé, c'est bien au terme d'un premier travail d'interprétation ». L'exigence de clarté est difficile à saisir et ne pourrait être qu'un « vague idéal ».

⁵⁸⁹ En ce sens : T. IVAINER, art. préc., n° 21 : le choix de l'application de la lettre ne peut se départir d'une analyse du fond. La teneur de l'*instrumentum* se vérifie à l'aune des « contingences postscontractuelles » et le choix entre le clair et l'ambigu ne « repose jamais exclusivement sur des considérations logico-linguistiques ».

⁵⁹⁰ Ph. STOFFEL-MUNCK, th. préc., n° 638.

⁵⁹¹ Ph. STOFFEL-MUNCK, *Ibid.*, n° 638.

⁵⁹² Ph. STOFFEL-MUNCK, *Ibid.*

⁵⁹³ *Supra* n° 94 et s.

⁵⁹⁴ En ce sens : G. CHANTEPIE, « L'exigence de clarté dans la rédaction du contrat », art. préc.

besoin d'éléments factuels extérieurs au contrat pour le déterminer. La lettre du contrat ici se suffirait à elle-même. Même si cette méthode d'interprétation a l'air rétive à l'influence des circonstances, il apparaît parfois que le juge se saisit de la faiblesse d'un contractant afin de choisir la méthode de signification adéquate pour atteindre un but qu'il envisage au préalable. La clarté doit se concevoir à l'aune du destinataire contractant, sa compréhension revêt une part irréductible de subjectivité⁵⁹⁵.

165. Influence de la « faiblesse » du contractant sur le choix du sens de l'écrit contractuel. La faiblesse du contractant exerce une influence sur l'appréciation du sens du contrat. Concernant par exemple le droit des assurances, fortement marqué au demeurant par l'ambiguïté des termes des contrats⁵⁹⁶, le choix de la signification étymologique ou courante du texte serait souvent dicté par des considérations opportunistes, le juge souhaitant octroyer, à l'aune des circonstances du contrat, sa protection à l'assuré⁵⁹⁷. Plus particulièrement, le choix de la signification courante d'une stipulation contractuelle serait « de l'aveu même des magistrats » utilisée dans le but de protéger « le cocontractant le plus faible, en l'occurrence l'assuré (...) »⁵⁹⁸. M. Houtcieff fait aussi cette constatation : au mépris du principe selon lequel les conditions particulières l'emportent sur les conditions générales, une décision de la Cour de cassation a reconnu que l'obligation de l'assureur devait se déterminer selon l'intention commune des parties, intention qui ne peut être enfermée dans une directive particulière⁵⁹⁹. L'auteur affirme que la recherche de l'intention contractuelle est « douteuse » et que « les circonstances permettraient une fois encore à la Cour de cassation de s'abriter derrière une volonté commune pour rendre sa cohérence au contrat »⁶⁰⁰. Nous pensons que le choix du sens d'une clause s'expliquerait en l'espèce moins par la cohérence contractuelle que par la prise en compte de la prétendue faiblesse de l'assuré. L'auteur le reconnaît implicitement en justifiant

⁵⁹⁵ En ce sens : C. GRIMALDI, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats » (...), art. préc.

⁵⁹⁶ M. CHAGNY, L. PERDRIX, *Droit des assurances*, *Ibid.*, n° 161, p. 105.

⁵⁹⁷ M.-H. MALEVILLE, th. préc., p. 136-141, spéc. n° 122-124. Aujourd'hui, il est admis que la souscription d'un contrat d'assurance par un consommateur doit s'interpréter dans le sens le plus favorable à ce dernier, règle édictée par l'art. L. 211-1 C. com. Pour un exemple de cette application : Civ. 2^e, 1^{er} juin 2011, n° 09-72.552, inédit : La Cour de cassation reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir retenu l'interprétation des premiers juges d'une clause ambiguë alors qu'elle était « plus favorable à l'assurée ». Dans le même sens : Civ. 2^e, 8 mars 2018, *RDBF* 2018, comm. 68, obs. N. LEBLOND, *RGDA* 2018, p. 242, note M. ASSELAIN : l'arrêt sur ce point est intéressant, car au-delà de la confirmation de la règle d'interprétation *in favorem*, il entérine la décision des juges du fond reconnaissant l'ambiguïté d'une clause au regard du contexte contractuel. Un auteur affirme que « pareille solution aboutit cependant à autoriser le juge à "interpréter" une clause objectivement univoque qui n'a un autre sens possible que dans l'esprit de l'une des parties en raison du contexte dans lequel elle l'a acceptée ». M.-H. MALEVILLE-COSTEDOAT, « Un bilan décennal de l'interprétation et de la rédaction des contrats d'assurance » in *Mél. J. Bigot*, LGDJ, 2010, p. 263 et s., spéc. p. 273 : l'auteur rappelle la consécration de l'interprétation contre le rédacteur de la police, en précisant toutefois que les médiateurs ont très souvent recours à cette directive d'interprétation « en cas de contradiction des clauses dont l'assureur est le rédacteur ». Pour l'auteur, cette méthode est qualifiée « d'interprétation équitable » (nous soulignons). Plus généralement sur la protection de la volonté en droit des assurances : M. CHAGNY, L. PERDRIX, *Droit des assurances*, *Ibid.*, n° 140 et s., spéc. n° 153 et s.

⁵⁹⁸ M.-H. MALEVILLE, *Ibid.*, n° 124, p. 137.

⁵⁹⁹ Cass. 2 janv. 1957, *Gaz. Pal.* 1957, I. 227.

⁶⁰⁰ D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt, PUAM, 2001, t. 1, n° 126, p. 127.

par la suite ce qu'il appelle la « subjectivité » d'une telle solution⁶⁰¹. L'appréciation des circonstances permet à tout le moins de ne pas considérer systématiquement que la partie dite « faible » a besoin d'une protection particulière.

166. Vertus de l'appréciation circonstancielle du contrat. En dépit des apparences, l'assuré possède parfois les armes nécessaires afin de comprendre le contrat qui le lie avec son assureur. Pour le dire autrement, l'influence des circonstances particulières est ici bienvenue et permet de ne pas tomber dans une « systématisation » des solutions qui pourrait mettre à mal ce que le juge souhaitait de prime abord promouvoir, à savoir une certaine idée du juste dont la promotion est mesurée à l'égard du contexte particulier du contrat. L'assuré, suivant son état d'esprit et ses compétences, ne pourrait plus s'abriter derrière sa prétendue position inégalitaire si les circonstances révèlent qu'il était en mesure d'apprécier la portée de son engagement. L'influence des circonstances ne doit pas toujours pencher vers la valorisation de la partie dite « faible », car elle trahirait ce pour quoi elle est intéressante, à savoir l'affinement de la compréhension du contexte contractuel et ses conséquences sur l'interprétation de la volonté des parties. De plus, le juge a la possibilité de se détacher de la lettre du contrat lorsqu'il estime qu'elle ne reflète pas fidèlement la volonté des parties.

Paragraphe 2. Les circonstances permettent de rechercher la commune intention des parties au-delà de la lettre du contrat

167. Plan. La recherche de la commune intention des parties se confond parfois avec une appréciation en équité dictée par la seule présence des circonstances particulières au litige (A), ce phénomène est accentué par l'absence de précisions sur les circonstances particulières pertinentes afin de révéler la commune intention des parties (B).

A. Le choix du sens du contrat cache parfois une analyse en équité justifiée par la seule appréciation des circonstances particulières

168. Hiatus entre la recherche de la commune intention des parties et la dénaturation. La dénaturation du contrat est donc une limite au pouvoir d'interprétation judiciaire. Néanmoins, le juge doit s'efforcer, selon l'article 1188 du Code civil, de rechercher la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au « sens littéral de ses termes ». On ne peut que relever la part irréductible de contradiction que recèle le rapprochement de ces deux dispositions. À la lecture de l'article 1188, il semblerait que l'appréciation de la commune intention des parties serait préférée à la méthode d'analyse littérale du contrat, quand bien même l'écrit serait clair ou précis. Le juge pourrait, lorsque les circonstances du contrat l'inciteraient, recourir à l'appréciation de la commune intention des parties dans le cas où le seul contenu

⁶⁰¹ D. HOUTCIEFF, *Ibid.*, p. 128.

« textuel » du contrat paraîtrait offrir une solution inadéquate au regard du litige en cause, et sans risquer de tomber sous le joug d'une cassation pour dénaturation. Pourtant, l'article 1192 du même code limite l'interprétation qui s'éloignerait de l'écrit contractuel. Elle ne serait possible que lorsque les clauses du contrat seraient équivoques. Pourtant, le juge, sans passer par la constatation de l'obscurité d'une clause, recourt parfois à une appréciation de la commune intention des parties quand les circonstances le dictent. Il le fait notamment lorsque les circonstances suggèrent une appréciation moins sévère de la commune intention des parties que l'indiquerait la lettre contractuelle.

169. Les circonstances particulières motivent une appréciation moins sévère que ce qu'indiquerait l'application stricte de la lettre du contrat. Aux termes de l'article 1192 du Code civil, le juge ne serait pas autorisé à s'éloigner du sens tel qu'il transparaît de la lettre dans l'hypothèse où elle serait claire et précise. Toutefois, les juges du fond ne s'embarrassent pas de la démonstration du manque de clarté d'une clause contractuelle pour adopter une appréciation téléologique de la commune intention des parties. Sans constater cet éloignement pris avec la lecture littérale des termes, les juges postulent le choix du sens d'une clause contractuelle en se comportant comme si elle émanerait de la lettre du contrat. Cette méthode d'appréciation a l'avantage de donner l'impression que la seule compréhension textuelle a été envisagée. Implicitement, elle offre la possibilité de trancher le litige contractuel en s'imprégnant des circonstances particulières, tout en évitant une cassation pour dénaturation.

170. Influence des circonstances d'un contrat sur l'interprétation « intelligente » d'une clause pénale. Le contexte particulier de certains contrats infléchit l'orientation de l'interprétation afin d'éviter une application trop rigoureuse de la lettre contractuelle. Une décision de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 16 mai 2013⁶⁰² a ainsi interprété une clause pénale au regard de son contexte. Les juges ont en effet interprété de manière circonstancielle la réclamation de l'application de cette clause pénale en affirmant, au visa de l'ancien article 1156 du Code civil, qu'il était « évident que cette clause vise à condamner une partie pour sa faute consistant au refus de signer l'acte et non pas à pénaliser un léger retard, en l'occurrence sans conséquences, quant à la date de signature ». Les juges du fond précisent néanmoins que l'interprétation de cette clause pénale est faite de manière « intelligente » afin de respecter « le sens de la convention » et non pas à rechercher une « exécution obtuse », dont le résultat serait injuste pour l'une des parties. Cette interprétation de la commune intention n'était pourtant pas évidente. En s'en tenant à l'appréciation stricte et littérale du contrat, la clause pénale était applicable dès l'instant où les parties ne se présentaient pas lors de la signature d'un acte dans un délai précisément stipulé. À suivre la rédaction de la clause, le seul retard dans la signature de l'acte authentique suffisait à réclamer son application. Finalement, la seule lecture de la clause est ici inopérante pour comprendre la solution de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence.

⁶⁰² CA Aix-en-Provence, 16 mai 2013, n° 12/15252.

C'est en relevant les circonstances particulières du contrat que le contractant défaillant échappe à la sanction contractuelle. *A contrario*, si le respect du délai était justifié encore une fois par les circonstances du contexte, comme l'urgence, ou le fait qu'un des contractants se déplaçait depuis l'étranger, la solution aurait sûrement été différente. Sans que la clause n'ouvre cette possibilité d'appréciation à l'égard des circonstances du contrat, le juge ne se prive pas de le faire afin d'aménager l'intérêt des contractants. L'interprétation faite en l'espèce permet de ne pas rendre inique l'application du contrat.

171. Décision justifiée en partie par la pratique notariale. Les juges du fond prennent le soin de préciser qu'il n'est pas inhabituel que les notaires rencontrent des difficultés pour réunir tous les documents nécessaires à la conclusion d'actes, ce qui était le cas en l'espèce pour la cession du fonds de commerce. La clause pénale n'est donc pas prévue, selon les juges, pour sanctionner « une situation comme celle-là, en l'absence de faute de la part des époux » dont l'intention n'était pas de se dérober à la signature de l'acte authentique, puisque les juges nous informent qu'elle a bien eu lieu un mois après la date prévue contractuellement. La solution, tout en s'écartant du sens littéral strict du contrat, est donc bienheureuse. Nous pensons qu'ici aussi, l'influence de l'équité, tout en étant subreptice, est tout de même patente : la particularité des circonstances conseille au juge de choisir une solution s'écartant d'une lecture bien trop sévère des clauses du contrat mais conforme aux circonstances, solution qu'il justifie par la suite en recourant au concept de commune intention des parties.

172. Solution justifiée par les circonstances particulières sous couvert de la commune intention des parties. Cette décision est donc justifiée, par l'intercession de la commune intention, exclusivement par les circonstances factuelles du contrat. Pour s'en convaincre, il est possible d'imaginer d'autres situations. En présence d'autres circonstances particulières, la décision aurait pu être différente : dans l'hypothèse où la conclusion de l'acte dans un délai précis aurait été nécessaire, car la cession du fonds de commerce répondait, par exemple, à un impératif urgent mis en lumière par le contexte, les juges auraient pu s'en tenir à la lecture stricte de la clause contractuelle. Ces divergences de solutions, motivées par la présence de circonstances, bien que toujours justifiées par le recours à la commune intention des parties, démontrent une nouvelle fois l'empreinte d'équité dans l'interprétation du contenu du contrat qui se manifeste par l'articulation des intérêts des contractants à la lumière des circonstances particulières. Le juge a en effet souhaité éviter les conséquences excessives de l'interprétation du contrat en évitant l'application de la clause pénale.

173. Influence des circonstances sur l'aptitude de compréhension des termes du contrat. Une décision du 23 avril 2018⁶⁰³ illustre l'influence de la personnalité du contractant dans la compréhension des conditions de remboursement d'un prêt octroyé. En l'espèce, un

⁶⁰³ CA Bordeaux, 23 avr. 2018, n°17/00157.

prêteur propriétaire d'un domaine viticole, domaine composé de chambres et d'un spa mis à la location, prête une somme d'argent à son voisin artiste pour lui permettre de produire un album musical. Le tribunal reconnaît que le remboursement du prêt est affecté d'une condition tenant à la conclusion d'un « contrat de licence » par l'artiste. Ce dernier, afin d'échapper habilement au remboursement de son prêt, réclame l'interprétation littérale et stricte de la qualification de contrat de licence. La Cour d'appel, toujours en invoquant l'ancien article 1156 du Code civil sur la commune intention des parties, considère qu'il n'était pas démontré que le prêteur, au regard de sa profession, ait pu saisir la portée de la distinction entre un contrat de licence et un contrat de distribution. De ce fait, la commune intention des parties doit se comprendre ici comme la volonté de rembourser le prêt lorsque l'album de l'artiste serait « produit, commercialisé et diffusé en lui assurant des rentrées financières ».

174. Influence de la bonne foi dans l'appréciation de la commune intention des parties.

Toujours concernant la décision du 23 avril 2018, les juges viennent implicitement reprocher à l'artiste de ne pas avoir entrepris de démarches afin de conclure un contrat de licence, comportement confinant à la déloyauté. Ces circonstances permettent de s'éloigner du sens littéral des termes pour considérer que la condition était déjà remplie, l'emprunteur ayant de ce fait l'obligation de restituer les deniers prêtés. Ici aussi, conformément au nouvel article 1188 du Code civil, la compréhension stricte, voire restrictive des clauses, est écartée lorsque les circonstances le justifient. Là aussi, il est difficile de ne pas songer au principe de bonne foi qui permet entre autres de ne pas laisser cours à la déloyauté d'une partie souhaitant se dérober de ses obligations en excipant du sens strict d'une clause rédigée⁶⁰⁴. En cela, les circonstances individuelles du contractant ne sont pas seulement utilisées par le prisme du standard du raisonnable lorsque la volonté des parties est indécidable, ce qui tend à rendre d'autant plus difficile la seule explication de la recherche de la commune intention dans la détermination du sens du contenu du contrat.

175. La difficulté de l'appréciation de la commune intention des parties. Depuis la réforme du droit des contrats du 10 février 2016, l'article 1188 du Code civil apparaissant en tête d'un chapitre III consacré à l'interprétation du contrat, réaffirme la primauté de la recherche de la commune intention au-delà du sens littéral du texte, interprétation qualifiée souvent de « subjective »⁶⁰⁵. L'obscurité de la lettre du contrat ouvre la recherche de la commune intention des parties à la lumière de l'esprit de la convention. Cependant, l'ambiguïté des termes cache le plus souvent une anomalie dans l'intention exprimée. Le juge, en ces occasions, décidera de

⁶⁰⁴ Sur la constatation de l'influence la bonne foi dans l'interprétation de la volonté des parties : S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'une analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, préf. M. Fabre-Magnan, PUAM, 2012, n° 369 et s.

⁶⁰⁵ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, op. cit., n° 501.

privilégier certaines valeurs⁶⁰⁶, au mépris de la recherche d'une commune intention fictive⁶⁰⁷. Gounot sur ce point reconnaît que « lorsque la volonté n'a pas été exprimée sur un point, ce n'est plus simplement une interprétation de la commune volonté des parties, car ce serait reconnaître une trop grande fiction juridique, mais de considérer l'intention comme un *fait* et non plus comme la source de la solution, et d'articuler ce *fait* avec d'autres considérations en se servant de l'*équité* »⁶⁰⁸. En cela, l'ambiguïté de la lettre du contrat autorise le pouvoir judiciaire, toujours de manière implicite, à privilégier la singularité des circonstances, au mépris parfois de l'interprétation stricte de la lettre du contrat⁶⁰⁹. Ces circonstances particulières seront d'autant plus prises en compte par le juge que la solution n'aura pas vocation à devenir une décision de principe, ce qui est le cas de la majorité des litiges concernant l'interprétation de la volonté contractuelle⁶¹⁰. Un auteur énonce en effet que « dans la plupart des litiges, l'enjeu porte sur la décision de ne pas s'arrêter à une lecture à la lettre d'un acte, fût-il clair, mais de prendre une décision dictée par les circonstances particulières de la cause qui viennent s'inscrire dans telle ou telle échelle de valeurs que le juge entend sauvegarder »⁶¹¹.

B. Absence de précision des circonstances utiles à la découverte de la commune intention des parties

176. L'absence de précisions des circonstances à envisager dans l'appréciation de la commune intention des parties. Le Code civil ne précise pas les éléments factuels que le juge doit prendre en considération afin d'apprécier la commune intention des parties. Aucune directive n'est donnée par la Code civil dans cette recherche, contrairement à ce que prévoient d'autres textes. Les principes européens de droit des contrats préconisant notamment la recherche des « circonstances pertinentes », au rang desquelles se trouvent les circonstances de la conclusion du contrat, le comportement des parties contemporain ou postérieur à la conclusion, les usages, mais aussi la bonne foi. La référence à la bonne foi montre que

⁶⁰⁶ La recherche des valeurs serait indissociable de l'interprétation. Un auteur relève que l'art du juge est placé « entre le *donné* et un système de valeurs » : T. IVAINER, *L'interprétation des faits en droit : essai de mise en perspective cybernétique des "lumières du magistrat"*, préf. J. Carbonnier, LGDJ, 1988, n° 11, p. 13. C'est une sélection des faits pertinents puis un jugement de valeur qui, selon l'auteur, permet de révéler le fait inconnu (p. 24, n° 25). Ces faits pertinents qui sont observés « de l'extérieur » le sont au moyen « de signes qu'on ne comprend qu'en les interprétant » (n° 88, p. 81). Le juge utilise la méthode herméneutique qui « se manifeste bien moins comme la saisine d'un sens constitué d'avance que par la production de sens demeurés jusque-là *simples projets en instance* » n° 91, p. 84 (souligné par l'auteur).

⁶⁰⁷ En ce sens : G. MARTY, th. préc., n° 159, spéc. p. 334-335 : « Il suffit en effet d'examiner quelques exemples fournis par la pratique, pour apercevoir que dans bien des cas les parties n'ont eu aucune intention précise relativement au point litigieux ». Le juge ne peut trouver la solution que « dans la loi et les usages, ou à défaut en s'inspirant de l'équité et de l'intérêt social ».

⁶⁰⁸ E. GOUNOT, th. préc., p. 212 (souligné par l'auteur).

⁶⁰⁹ T. IVAINER, th. préc., n° 349, p. 281-282 : Le juge assume le rôle d'arbitrer des conflits d'intérêts « à partir de contextes factuels d'une extrême variété, le plus souvent irrépétibles et comme tels, rebelles à toute norme objective ». Cette pratique judiciaire est pour l'auteur la mission essentielle du juge : « celle de dire un droit aussi subjectif que ponctuel ».

⁶¹⁰ En ce sens : T. IVAINER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », art. préc., n° 28.

⁶¹¹ T. IVAINER, th. préc., n° 61.

l'interprétation de la commune intention des parties ne se réduit pas à révéler une volonté latente que le juge serait susceptible de chercher en dehors de la lettre du contrat et qui se révélerait à lui, mais d'apprécier toutes les circonstances sous un certain prisme que le juge aura toute liberté de choisir. Les principes UNIDROIT évoquent sensiblement les mêmes critères pour rechercher cette volonté et recommandent à l'interprète de prendre en compte toutes les « circonstances pertinentes » nécessaires.

177. Influence de l'équité. Les PECL privilégient la bonne foi contractuelle qui est souvent rapprochée de la notion d'équité. La nuance se trouve dans l'esprit de ces notions : alors que la bonne foi est un devoir que l'on qualifie souvent « d'interne » à la relation contractuelle et qui a plus attrait à un principe comportemental⁶¹², l'équité est un concept que l'on qualifie plus volontiers de judiciaire et qui ne se restreint pas seulement au droit des contrats. Lorsque le juge interprète la volonté des contractants, il s'interroge sur ce que les parties ont souhaité prévoir au sein de leur accord, il ne sonde pas la manière dont elles se sont comportées en se prévalant d'une prérogative contractuelle⁶¹³. Néanmoins, la distinction faite entre l'équité et la bonne foi doit être relativisée, car elle est nécessairement liée à la définition préalable que l'on retient de ces notions. De plus, l'article 1104 du Code civil précise aujourd'hui que la bonne foi s'applique autant à la négociation, à l'exécution ainsi qu'à la formation. La précision de l'application de la bonne foi lors de la formation du contrat pourrait éventuellement s'envisager lors de la recherche de la commune intention des parties. Finalement, si les deux notions se rapprochent sur l'effet que leur évocation implique, à savoir la considération des circonstances particulières d'un contrat donné, le rôle de la bonne foi serait plus restreint que celui de l'équité⁶¹⁴. À tout le moins, la recherche de ces circonstances est loin de se réduire à la recherche de l'intention « subjective » des parties, mais se rapproche plus d'une recherche d'une solution équilibrée aux intérêts des contractants au regard de la situation dans son ensemble⁶¹⁵.

⁶¹² Un auteur affirme sur ce point que l'équité étant « extérieure à l'acte, elle ne peut être rattachée aux volontés des parties et donc ne peut constituer une règle d'interprétation » : C. DESCAUDIN, th. préc., n° 339. Dans le même sens : R. JABBOUR, th. préc., p. 318, n° 401 : « Évincée du domaine de la substance des droits et obligations, la bonne foi ne se rapporte qu'au seul contrôle du comportement » qui se cantonne à la sanction de l'utilisation déloyale d'une prérogative contractuelle puisque, toujours selon l'auteur, « la prérogative se pense sur le mode comportemental » (n° 427). Sur le contrôle des prérogatives contractuelles sur le fondement de la bonne foi en raison de circonstances particulières : *infra* n° 255 et s.

⁶¹³ En ce sens : R. DESGORGES, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, th. Paris II, 1992, spéc p. 31.

⁶¹⁴ Certains auteurs font de la bonne foi une notion qui découle du concept d'équité : B. GELOT, th. préc., n° 17 : il érige le concept d'équité en dénominateur commun de l'influence de la bonne foi à côté de la protection de l'une des parties et du rééquilibrage des droits et obligations respectifs.

⁶¹⁵ En ce sens : R. CABRILLAC « Interprétation », in *Dictionnaire du contrat, op. cit.*, p. 688 : la commune intention des parties est déterminée par « un faisceau de critères » au rang desquels « les circonstances de la conclusion du contrat, le comportement des parties lors de la conclusion de l'acte ou même ultérieurement (...) ». Il précise par la suite que l'influence de ces circonstances afin de réduire l'arbitraire est faite sous l'empire d'un standard particulier : l'équité, la bonne foi ou encore le raisonnable.

178. Conclusion de la Section I. Le contrat, comme tout écrit, est le vecteur souvent imparfait de la volonté des parties. Instrument d'une opération complexe, le juge doit s'efforcer d'en retrouver l'essence, quitte à s'éloigner de ce que la lettre contractuelle semble indiquer. Ce faisant, le travail d'interprétation judiciaire est tourné vers la recherche de la commune intention des parties, qui ne se réduit pas seulement à la lettre du contrat. Aussi l'appréciation de la commune intention des parties est une entreprise délicate. C'est pourquoi le juge doit veiller à faire respecter la commune intention telle qu'elle se dégage de la lettre contractuelle quand celle-ci est suffisamment claire sous peine de dénaturation. Sur ce constat, les circonstances du litige ne représenteraient qu'un intérêt très limité, la lettre du contrat se suffisant à elle-même.

Pourtant, certains contentieux montrent que le choix du sens tel qu'il se dégage de la seule lecture du contrat est infléchi par l'appréciation des circonstances. En effet, le juge ne se contente pas de constater l'existence d'un contenu contractuel formel, mais émet un choix motivé par la présence de circonstances particulières au litige. Sans que la lettre du contrat soit considérée comme obscure, le juge décide de s'éloigner du sens tel qu'il se dégage de l'appréciation stricte du contrat. Ce phénomène est à tout le moins autorisé par l'article 1188 du Code civil, voulant que le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. Cette recherche, comme nous l'avons déjà constaté pour l'existence et la validité du contrat, est donc largement tributaire des circonstances contingentes à chaque litige. Toutefois, cette porosité au contexte est normalement limitée par le seul but assigné à cette appréciation qui serait la découverte de la commune intention des parties. Cette constatation est trop réductrice. Le choix de s'éloigner de la lettre du contrat est parfois motivé par la protection de l'intérêt d'un contractant afin d'échapper, par exemple, à une application bien trop sévère d'une clause particulière qui lui serait défavorable. Ce phénomène se rattache encore à la recherche de la commune intention des parties. Mais dans d'autres contentieux particuliers, les décisions échouent à s'arrimer raisonnablement au concept de volonté. Cette appréciation circonstanciée de la solution adéquate au contentieux contractuel est là aussi une preuve de l'influence d'un jugement d'équité, bien qu'elle soit présentée majoritairement comme une notion autorisant à compléter ce que l'on désigne par « suites contractuelles », possibilité prévue aujourd'hui par l'article 1194 du Code civil. Cette équité se cristallise par la mise en balance des intérêts des contractants à la lumière des seules circonstances du litige. Cette originalité n'est pas sans rappeler une méthode de raisonnement particulière, souvent retenue par la CEDH qu'est le fameux contrôle de proportionnalité *in concreto*. En revanche, contrairement à l'application du contrôle de proportionnalité, la vérification de l'équilibre des intérêts en présence dans le contentieux de l'interprétation du contrat n'est pas reconnue. En effet, la seule recherche de l'intention des parties est normalement à l'œuvre dans ces contentieux. Ce n'est que par un élargissement permis par la méthode de raisonnement qu'implique la recherche de la commune intention que ces circonstances particulières exerceraient une influence sur la solution à retenir.

SECTION II. LA RECHERCHE DE LA COMMUNE INTENTION DES PARTIES DISSIMULE PARFOIS UN CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES

179. Plan. Des décisions plus rares démontrent que l'appréciation de la commune intention des parties dissimule un changement de circonstances affectant l'équilibre du contrat. Ici, le concept de volonté est davantage instrumentalisé pour prendre acte de ce changement dans le but d'adapter le contrat. Or, le but téléologique de l'appréciation du contrat est tourné vers la recherche de la commune intention des parties, contrairement aux mécanismes contractuels justifiés par l'adaptation. Ce travestissement de la réalité démontre néanmoins le besoin de malléabilité du contrat quand les parties n'ont rien prévu. Cet argument de nécessité pourrait justifier l'impérativité du nouvel article 1195 du Code civil⁶¹⁶. Les juges sous couvert de la commune intention des parties, ont pressenti ce besoin de modification de la teneur du contrat qui n'est pas loi d'airain lorsque les circonstances viennent à bouleverser l'accord. Cette réfaction du contrat fut faite en présence de deux conséquences constatées à la suite d'un changement de circonstances : faute de modification, le contrat aurait été inutile (Paragraphe 1) ou difficilement applicable (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'interprétation de la volonté des parties permet de ne pas annihiler le contrat ou une clause contractuelle du fait d'un changement de circonstances

180. « L'actualisation » d'actes longs au changement de circonstances sous couvert de l'interprétation de la volonté des parties. Des décisions montrent que les juges n'hésitent pas, toujours sous prétexte de chercher la volonté des parties contractantes, de procéder à une adaptation du contrat du fait de nouvelles circonstances qui l'ont rendu inefficace. Un auteur remarquait que cette pratique était justifiée par l'évolution des « progrès techniques, des modifications économiques, ou plus généralement un événement quelconque qui vient influencer sur son appréciation »⁶¹⁷ puisque « valoriser une disposition, c'est non seulement lui donner effet, mais encore lui conférer un *effet actuel*... même au mépris des principes gouvernant la mise en œuvre de la dénaturation »⁶¹⁸.

181. L'interprétation de la volonté dans la substitution des clauses d'indexation. L'exemple le plus topique en la matière fut certainement la modification des clauses d'indexation insérées par les parties et qui ont, du fait d'un changement de circonstances, disparu ou perdu tout intérêt pour le contrat en cours. Aujourd'hui, l'article 1167 du Code civil prévoit qu'en cas de disparition de l'indice, c'est le plus proche qui devrait lui être substitué. Même si

⁶¹⁶ Sur cette problématique : *infra* n° 460.

⁶¹⁷ C. MARRAUD, th. préc., p. 362 (souligné par l'auteur).

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 373.

la solution est aujourd'hui réglée par le législateur, ce courant jurisprudentiel démontre que les tribunaux s'abritent derrière la recherche de la commune intention des parties afin de rendre toute son efficacité au contrat. Ces décisions démontrent le besoin d'adaptation du contenu du contrat, ne pouvant, comme l'énonce M. Libchaber, rester enserré dans les circonstances sclérosantes « de sa naissance »⁶¹⁹.

182. Exemples jurisprudentiels de la modification des clauses d'indexation caduques en cas de changement de circonstances. La Cour de cassation a autorisé par le passé la substitution d'un nouvel indice à un indice devenu nul ou caduc⁶²⁰. Plus tard⁶²¹, elle justifiait habilement la substitution de l'indice en exposant que les parties, en s'étant mises d'accord sur l'insertion d'une clause d'indexation, ne pouvaient contester le choix de l'indice qui en constituait seulement une application. Dans l'ensemble des décisions citées, l'instrumentalisation de la volonté des parties par les juges était compréhensible. Afin d'éviter la nullité de l'indexation valable pendant de longues périodes, ce qui aurait privé un contractant d'un pécule financier⁶²², le juge considérait que les parties avaient implicitement prévu la substitution par un nouvel indice très proche de l'ancien. En effet, même si la sanction n'est visiblement pas la nullité du contrat dans son ensemble⁶²³, la nullité de la clause aurait pu annihiler le principe même de l'indexation et, ainsi, modifier l'équilibre du contrat, dont l'indice d'indexation est souvent considéré comme un élément déterminant. La justification de la décision de la Cour de cassation citée plus haut prenait alors tout son sens. L'indexation, afin de préserver l'équilibre voulu entre les parties et d'éviter de pénaliser économiquement l'une d'entre elles, devait être retenue. Le choix dans l'indice quant à lui aurait dû être laissé à la discrétion des contractants⁶²⁴. Cependant, lorsqu'une des parties, certainement par

⁶¹⁹ R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mél. J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211 ets., spéc. p. 226.

⁶²⁰ Par exemple : Com. 25 fév. 1963, *JCP* 1963, p. 13231, note B. BOCCARA ; Civ 1^{ère}, 18 mai 1976, n° 75-12.650, Publié au Bulletin ; Civ. 3^e, 29 juin 1977, n° 76-10.408, publié au Bulletin : substitution d'un indice par un autre présent dans le contrat et que la Cour de cassation a qualifié d'indice « de substitution conforme à l'esprit des parties lors de la conclusion du bail » ; Civ. 1^{ère}, 9 nov. 1981, n° 80-11.060, publié au Bulletin : afin d'éviter la nullité d'une clause d'indexation inscrite dans un contrat d'assurance et réévaluant un capital décès, les juges ont reconnu la substitution de la clause par un indice se référant à l'évolution du salaire de base de la sécurité sociale. La Cour de cassation, se saisissant d'un document postérieur à la conclusion du contrat apparemment « extérieur et étranger à l'une des parties », a reconnu, toujours sous le prétexte de « la recherche souveraine de l'intention des contractants et par une interprétation nécessaire », la validité de cette substitution.

⁶²¹ Civ. 3^e, Civ. 22 juill. 1987, n° 84-10548.

⁶²² La nullité d'une clause d'indexation dans un bail commercial a pour effet de ramener le prix du loyer tel qu'il a été déterminé à la formation du contrat, ce qui oblige le bailleur à rembourser au preneur l'intégralité du montant d'indexation appliquée depuis la conclusion du bail. Si les parties ne se mettent pas d'accord sur un nouvel indice, le prix du loyer pour la durée restante à courir ne subira plus de variation de prix, ce qui est catastrophique pour l'équilibre du contrat tel que prévu par les parties, et surtout pour le bailleur.

⁶²³ Sauf lorsque les parties ont choisi d'ériger la clause d'indexation en un élément essentiel du contrat : Com. 27 mars 1990, n° 88-15092 ; Civ 3^e, 5 fév. 1971, n° 69-12.53. Dans des circonstances particulières, la Cour de cassation se range derrière l'appréciation souveraine des juges du fond afin d'éviter la nullité : elle l'a fait par exemple pour un contrat de bail dont les modalités d'exécution, tel que l'importance du prix du loyer, ont été édictées en raison d'un abandon de procédure.

⁶²⁴ Sur une vue d'ensemble sur les sanctions applicables à l'irrégularité ou disparition d'une clause d'indexation : S. MAULARD, « À propos de l'invalidation des clauses d'indexation : haro sur l'effet papillon », *Gaz. Pal.* 2018, p. 48.

opportunisme, refusait le choix d'un nouvel indice, les juges préféraient reconnaître, afin de conserver cet équilibre, que l'efficacité de la substitution de l'indice se vérifiait à l'aune du contexte d'application du contrat. Encore une fois, au-delà de la lettre contractuelle, les circonstances particulières de l'exécution orientent le juge dans sa décision. Pourtant, si les parties se sont entendues sur le choix d'un indice lors de la conclusion du contrat, la nullité ou la caducité de ce dernier auraient dû les inciter, sans passer par l'interprétation judiciaire, à se rapprocher pour élire un nouvel indice. D'ailleurs, des décisions postérieures ont eu tendance à revenir à plus de sévérité dans l'appréciation de la commune intention des parties. La Cour de cassation avait cassé une décision des juges du fond qui accueillirent favorablement la substitution unilatérale d'un taux de change entreprise par une partie après l'arrêt de publication du taux choisi lors de la formation du contrat⁶²⁵. Dans le même sens, la Cour de cassation, sur le fondement de l'ancien article 1134 du Code civil, interdisait aux juges du fond de se « substituer aux parties pour leur imposer l'application d'un taux de change de référence non prévu par les contrats et qui n'avait pas fait l'objet d'un accord entre elles ». Le dernier arrêt sur cette problématique avant l'insertion de l'article 1167 du Code civil validait la substitution judiciaire d'un indice en revenant à l'interprétation souveraine de la commune intention des parties, admettant que la redevance prévue dans un contrat d'exploitation d'une carrière qui prévoyait une indexation devenue caduque devait se voir appliquer l'indice « le plus significatif (...) utilisé dans la grande majorité des contrats de foretage »⁶²⁶.

183. Constat de l'insuffisance de l'interprétation de la commune intention en présence d'un changement de circonstances. En matière de clause d'indexation, la jurisprudence a stigmatisé l'insuffisance du recours au concept de commune intention des parties comme mesure de l'ensemble du contenu du contrat. Cette commune intention devient en effet insuffisante lorsque l'évolution des circonstances rend inapplicable un indice choisi lors de la formation du contrat. C'est bien l'analyse des circonstances particulières extérieures au contrat qui justifiait en réalité la solution, qui, dans le cas contraire, aurait porté une atteinte trop importante à l'équilibre tel que déterminé par les contractants lors de la conclusion du contrat.

Paragraphe 2. L'interprétation de la volonté des parties permet de ne pas rendre le contrat difficilement applicable du fait d'un changement de circonstances

184. Refus exprimé par la Cour de cassation. La décision est ancienne : la Cour de cassation, dans un arrêt du 15 novembre 1933, a refusé que le juge « sous prétexte d'une interprétation que le contrat ne rend pas nécessaire introduire dans l'exercice du droit constitué par les contractants, des conditions nouvelles quand bien même le régime institué apparaîtrait

⁶²⁵ Com. 16 nov. 2004, n° 02-15.202, inédit.

⁶²⁶ Civ. 3^e, 12 janv. 2005, n° 03-17260, *RDC* 2005, p. 1018, obs. D. MAZEAUD, *RTD Civ.* 2006, p. 117, obs. J. MESTRE, B. FAGES.

plus équitable à raison des circonstances économiques »⁶²⁷. Néanmoins, certaines décisions montrent qu'une adaptation du contrat, toujours sous couvert d'interprétation de la volonté, est parfois possible dans des cas où son application devient très difficile en raison de l'évolution du contexte qui ne se réduit pas au contexte économique. Marty et Raynaud reconnaissent aussi l'existence de ce phénomène. Les auteurs remarquent que l'interprétation de la commune intention permettrait d'adapter le contrat à une situation nouvelle⁶²⁸. Par exemple, elle donnait l'occasion à la Cour de cassation d'interpréter un acte constitutif d'une servitude d'une façon assez souple « pour permettre à celle-ci de s'exercer dans des conditions techniques nouvelles résultant de la substitution de la traction mécanique à la traction animale »⁶²⁹.

185. L'appréciation du changement de circonstances du bail à nourriture. Le phénomène d'interprétation de la volonté en raison de l'influence des circonstances est décelable à l'égard de contrats de prestations en nature dont l'objet est de subvenir aux besoins d'une des parties, tel que le bail à nourriture⁶³⁰ très courant par le passé⁶³¹. Le doyen Marty avait relevé qu'« il arrive très souvent que les dissentiments s'élèvent entre les parties qui rendent la vie commune impossible ». Le juge, afin de ne pas paralyser les relations entre les contractants, s'est parfois octroyé le droit de remplacer le mode d'exécution en nature en un autre mode conforme à l'évolution du contexte contractuel⁶³². À côté de la mésentente, d'autres circonstances pourraient éventuellement perturber l'exécution de ces contrats particuliers. On envisage sans mal une dégradation de la santé du créancier de l'obligation en nature qui demanderait des soins que ne pourraient plus assumer le débiteur de l'obligation, ou, dans des cas plus rares, une amélioration de son état rendant inutile l'exécution de l'obligation en nature. Pourtant, ces circonstances devraient être envisagées dès l'origine de la formation de ce contrat particulier, puisque la doctrine lui reconnaît un caractère aléatoire⁶³³. D'ailleurs, la Cour de cassation a tendance à reconnaître la présence d'une modification du contrat plutôt que l'effet de la commune intention des parties. Les tribunaux ont admis la conversion du bail à nourriture en une rente viagère « lorsque les circonstances d'ordre matériel, moral ou psychologique

⁶²⁷ *Gaz. Pal.* 1934, p. 68, cité par G. MARTY, « Rôle du juge dans l'interprétation des contrats », *Trav. Ass. H. Capitant*, 1949, t. 5, *Dalloz*, 1950, p. 87.

⁶²⁸ G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil, op. cit.*, n° 243, p. 254.

⁶²⁹ *Civ. 1^{ère}*, 17 nov. 1953, *JCP* 1954, p. 7952, obs. J. BECQUÉ

⁶³⁰ La Cour de cassation dans un arrêt récent a défini ce contrat comme « l'obligation contractée par l'acquéreur de subvenir à la vie et aux besoins de l'auteur de l'aliénation, spécialement, en lui assurant la fourniture et la prise en charge de ses aliments » : *Civ. 3^e*, 20 fév. 2008, n° 06-19.977, *CCC* 2008, comm. 150, obs. L. LEVENEUR. Le loyer est un élément de qualification du bail, mais les auteurs s'accordent pour admettre que la contrepartie peut être autre que financière : J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, LexisNexis, 10^e éd., 2019, n° 287.

⁶³¹ Pourtant, le vieillissement de la population conjugué à la solitude des personnages âgées et au manque de personnel dans ce secteur pourraient remettre au goût du jour une telle figure contractuelle. Sur cette idée : A.-L. FABAS-SERLOOTEN, « Le bail à nourriture, figure libre de soutien aux personnages âgées », *LPA* 2020, p. 14.

⁶³² Par ex. : *Req.* 20 oct. 1945, *D.H.* 1936, p. 555, cité par G. MARTY, « Rôle du juge dans l'interprétation des contrats », *th. préc.*

⁶³³ A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 14^e éd., 2021, spéc. n° 988. L'aléa tient autant de la durée des soins à effectuer mais aussi au montant incertain.

rendent impossible l'exécution en nature des prestations prévues au contrat »⁶³⁴, conversion qui n'entraîne pas une novation⁶³⁵.

186. Influence de circonstances exceptionnelles rendant le contrat difficilement applicable. Une décision de la chambre sociale du 11 juin 1942 a paralysé l'application d'une clause attributive de compétence du fait de la création d'une ligne de démarcation fixée par l'armistice du 22 juin 1940⁶³⁶. Les juges de la Cour de cassation, à l'aune de l'interprétation du contrat et sur le fondement de l'ancien article 1156 du Code civil, ont approuvé l'appréciation des juges du fond qui ont reconnu d'après « l'esprit des contractants » que cette clause n'était applicable que dans des circonstances « normales », normalité qui ne tenait plus, bien entendu, en présence d'une situation de guerre. En réalité, le litige porte moins sur l'intelligibilité de la clause, qui n'est d'ailleurs pas mise en doute par le demandeur, que sur le changement de circonstances qui rendait très difficile l'exécution du contrat en l'état⁶³⁷. Le résumé de la décision du recueil Dalloz abonde en ce sens. Il précise que la clause « bien que formulée en termes clairs et précis » a été envisagée dans l'esprit des parties comme s'appliquant dans le cas d'une « situation normale »⁶³⁸. Pour l'auteur commentant cette décision, ce changement de circonstances n'a pas été envisagé par les parties. Les juges font ici application de la théorie de l'imprévision par le prisme de l'interprétation du contrat. Elle n'est pas justifiée dans ces arrêts par la difficulté de saisir le sens d'une clause, mais par les circonstances exceptionnelles de l'exécution du contrat. La clause attributive de compétence territoriale du contrat objet du litige dans la décision de la chambre sociale est claire, mais le changement des circonstances de son exécution la vide de son intérêt. Dans cet arrêt, les juges, sous prétexte d'analyse de la volonté des parties, se sont adonnés implicitement à une correction du contrat en raison d'un changement de circonstances, en l'occurrence ici imprévisible, qui a rendu l'exécution d'une clause contractuelle très difficile. En outre, ce changement de circonstances est pris en compte, car il aboutit à des conséquences injustes à l'encontre de l'un des contractants. L'existence de ces solutions montre que l'interprétation du contrat n'est pas exclusivement tournée vers le respect de la volonté contractuelle. Les juges du fond s'arrogent le droit, lorsque les circonstances du contrat le justifient, d'adopter des solutions qui respectent une certaine idée de l'équité, sans

⁶³⁴ Civ. 1^{ère}, 6 avr. 1960, *D.* 1960, p. 629 ; Civ. 1^{ère}, 18 juill. 1984, *Bull. Civ.* I, n° 237.

⁶³⁵ Com. 6 mars 1990, *Bull. Civ.* IV, n° 69 : « la conversion en une rente viagère de l'obligation principale de faire, qui découle du bail à nourriture, n'entraîne pas novation par changement d'objet de la convention ; qu'elle ne fait substituer au mode d'exécution prévu au contrat un autre mode d'exécution mieux adapté aux circonstances ».

⁶³⁶ Soc. 11 juin 1942, *DC* 1943, p. 135, note J. FLOUR.

⁶³⁷ L'arrêt précise bien que « le pourvoi reproche au jugement d'avoir rejeté cette exception, nonobstant les termes clairs et précis de la stipulation litigieuse ».

⁶³⁸ Note J. FLOUR sous Soc. 11 juin 1942, *Ibid.*, p. 135 : « la clause d'un contrat de travail attribuant compétence, pour les litiges éventuels, au conseil de prud'hommes ou au tribunal de commerce de la Seine, peut être interprétée en ce sens que, dans l'esprit des contractants, elle n'a été stipulée qu'en vue de son application en temps normal, et non pour le cas où l'existence d'une ligne de démarcation, séparant le territoire de la France en deux zones, ne permettrait pas à l'employé, habitant à Lyon, de soumettre sa demande à un tribunal siégeant à Paris ».

pour autant le reconnaître afin d'éviter la cassation. M. Flour qualifie expressément le raisonnement de la Cour de cassation en l'espèce comme une « argumentation d'équité »⁶³⁹.

187. Une imprévision qui ne dit pas son nom. Sur l'explication donnée à cette interprétation « post-contractuelle », la théorie de l'imprévision se conçoit aisément en l'espèce. Il est difficile d'envisager comment les parties auraient pu anticiper la survenance de la Seconde guerre mondiale et les conséquences impliquées. Cependant, il n'est pas certain que la solution aurait été différente dans l'hypothèse où les contractants auraient pu l'envisager. En effet, l'interprétation de la volonté des parties économise le juge de la démonstration du fait « imprévisible » comme l'entend majoritairement les auteurs et la jurisprudence, à savoir, un fait qui n'était pas envisagé ou envisageable dès la conclusion du contrat⁶⁴⁰. Si l'esprit d'une telle théorie se retrouve dans la décision de la chambre sociale, l'interprétation influencée par le changement de contexte ne s'arrête pas à cette seule hypothèse, bien que, *a fortiori*, elle se conçoit évidemment dans cette situation particulière. La correction du contrat a de quoi être déstabilisante. En effet, le juge y recourt tout en la maquillant d'une prétendue interprétation de la commune intention des parties. Cependant, cette pratique, qui trahit l'idée que l'on se fait de l'interprétation de l'acte juridique, est riche d'enseignement. Elle démontre le besoin d'adaptation et de souplesse du contrat, même dans des hypothèses où l'évolution des circonstances ne remplit pas la condition d'imprévisibilité et ne bouleverse pas l'économie du contrat comme le prévoit aujourd'hui l'article 1195 du Code civil⁶⁴¹.

188. Conclusion de la Section II. La pratique judiciaire démontre que l'appréciation de la commune intention des parties autorise parfois d'adapter le contrat aux circonstances sans que les juges du fond ne voient leurs décisions contestées. Ces dernières sont souvent reléguées à des arrêts d'espèce, car elles jurent avec le respect de la volonté des contractants. Elles montrent en réalité que les problématiques qui auraient seulement pour finalité de révéler la volonté des contractants ne peuvent faire abstraction des circonstances de la formation et de l'exécution du contrat.

⁶³⁹ J. FLOUR, *op. cit.*, p. 136.

⁶⁴⁰ Notion qui ne réduit pas pour autant la part irréductible d'incertitude provenant de l'appréciation de l'imprévisibilité et des circonstances prises en considération pour la caractériser. Sur ce problème : J. HEINICH, th. préc., spéc. n° 10-2. Sur le besoin de se détacher des conditions de l'imprévision face à des circonstances exceptionnelles : *infra* n° 516 et s.

⁶⁴¹ Sur ce constat plus précisément : *infra* n° 517 et s.

189. Conclusion du Chapitre I. Expression de deux volontés, le contrat et le droit en général font régulièrement l'objet d'une interprétation de la part des tribunaux. Cette dernière est guidée par la découverte de la commune intention des parties, et aurait uniquement ce seul but assigné. Ce constat est insuffisant. La recherche de la commune intention, qui doit être préférée à la lettre contractuelle, est nécessairement faite à la lumière des circonstances. Lorsque le juge apprécie le contenu du contrat, le choix du sens tel qu'il en émanerait est parfois motivé par la particularité du contexte. À travers l'interprétation de la volonté, le juge recherche à la lumière des circonstances l'articulation des intérêts à privilégier. Parfois, ces circonstances amènent le juge à préférer un sens capable d'offrir une protection particulière à un contractant. Une lecture moins stricte de l'accord est privilégiée en raison des circonstances afin de ne pas pénaliser injustement une partie qu'une lecture obtuse du contrat engendrerait. Toutefois, afin d'éviter une cassation pour dénaturation, les magistrats donnent l'apparence de se conformer au sens enserré dans le texte contractuel. L'appréciation fait donc toujours l'objet d'un choix, ce choix étant réputé retranscrire le plus fidèlement possible la commune intention des parties. En effet, la compréhension d'un écrit est rarement précise, ce qui offre l'occasion au juge de s'imprégner de circonstances particulières, orientant sa décision dans le sens qu'il préférerait. En outre, l'analyse du contexte dans lequel le contrat est exécuté justifie parfois des décisions qui modifient en réalité le contenu du contrat, toujours sous couvert de l'interprétation de l'intention des parties. Alors que le changement de circonstances est normalement absorbé par la théorie de l'imprévision, certaines décisions tentent de modifier le contrat afin de pallier les difficultés d'application apparues à la suite de ce changement. Ces solutions mettent en lumière le besoin de souplesse du contrat lorsque les circonstances le dicteraient, qu'une appréciation stricte de la volonté et de la force obligatoire peine à offrir. Cette souplesse est souvent nécessaire afin de redonner au contrat toute son utilité. L'influence des circonstances n'est donc pas toujours faite contre le contrat, loin de là. Si cette influence amène à une réfection du contenu de l'accord, le lien contractuel en sort ragaillardit. De tels scrupules quant au respect de la volonté des parties n'ont plus lieu d'être quand celle-ci est inexistante. Là où l'intervention du juge ne se conçoit que pour faire respecter la volonté des parties, elle acquiert toute légitimité quand aucune volonté claire n'est décelable.

CHAPITRE II. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES EN L'ABSENCE DE COMMUNE INTENTION DES PARTIES

190. Plan. La constatation de l'absence de commune intention sur un point particulier du contrat faisant l'objet d'un litige évince les carcans parfois étreints qu'impose l'appréciation de la commune intention des parties. L'influence des circonstances particulières ne répond plus de cette finalité, et le juge n'a plus à se dissimuler derrière la prétendue volonté des contractants pour asseoir ces décisions. L'appréciation des circonstances est alors utile pour déterminer ce que les contractants auraient raisonnablement décidé s'ils s'étaient exprimés sur le point litigieux (Section I). Dans d'autres situations, la volonté des parties se révèle, non pas absente, mais insuffisante afin de déterminer l'ensemble des droits et obligations que doit observer les contractants. L'influence des circonstances particulières est donc parfois indispensable dans cette mission. Ce phénomène de « complétion » du contrat est l'une des rares situations où l'influence de l'équité est expressément reconnue, aujourd'hui par l'article 1194 du Code civil, hier déjà par l'ancien article 1135 du même code (Section II).

SECTION I. L'ANALYSE DES CIRCONSTANCES PARTICULIÈRES EN L'ABSENCE DE COMMUNE INTENTION DES PARTIES

191. Plan. La réforme du droit des obligations du 10 février 2016 a consacré dans un article 1188 alinéa 2 la possibilité de recourir à l'analyse raisonnable de la situation lorsque l'intention des parties ne peut être décelée. En dépit des apparences, cette nouveauté constitue, du moins sur le plan théorique, un changement de philosophie. Au-delà de la détermination des suites du contrat que le législateur reconnaissait déjà par le prisme de l'ancien article 1135 du Code civil, ce dernier fournit la possibilité au juge de se substituer aux contractants afin de rechercher ce que serait leur volonté commune s'ils s'étaient correctement exprimés. Ce nouveau texte octroie donc une place indispensable à l'analyse des circonstances, puisque l'appréciation raisonnable de ce qu'auraient voulu les contractants ne peut s'envisager sans égards à la matière du contrat et au contexte de formation. La solution n'est pas nouvelle, notamment en droit international. Le règlement Rome I du 17 juin 2008⁶⁴² précise dans plusieurs articles qu'à défaut de choix des parties, les circonstances peuvent faire apparaître que le choix de la loi applicable au contrat peut déroger à celle normalement prévue. Le choix, par exemple, d'élire la Convention de Vienne de 1980 dont relèvent certains contrats de vente internationale de marchandises peut ressortir des circonstances de la conclusion du contrat lorsque les parties sont restées silencieuses. Un auteur ajoute sur ce dernier point que « le silence dans ces affaires est appréhendé par rapport aux circonstances et les arrêts ne semblent pas offrir la possibilité d'en tirer des leçons plus générales »⁶⁴³. Il est indispensable de relever la manière dont cette appréciation raisonnable peut être réalisée (Paragraphe 1) ainsi que de rapporter l'existence d'une méthode d'analyse dégagée par la CEDH qui modifierait grandement les habitudes judiciaires en la matière (Paragraphe 2). En effet, l'interprétation ne serait plus seulement recherchée lors de la formation du contrat, mais pourrait encore se réaliser tout au long de l'exécution de ce dernier lorsque l'évolution des circonstances le justifierait.

Paragraphe 1. L'appréciation raisonnable de la situation en l'absence de commune intention

192. Plan. L'appréciation raisonnable est adoptée à défaut d'expression de volonté. En l'absence de volonté claire, le juge peut la rechercher dans les circonstances entourant le contrat⁶⁴⁴. Un auteur énonce à ce propos que, lorsque la commune intention des parties est

⁶⁴² Règlement CE n° 593/2008 du parlement européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

⁶⁴³ G. CERQUEIRA, N. NORD, « Retour sur le silence des parties à propos de l'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises », *AJ Contrat* 2020, p. 517.

⁶⁴⁴ En reprenant exactement l'expression : « A. ETIENNEY-DE SAINTE-MARIE, « L'“interprétation créatrice” : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », *RDC* 2015, p. 166 : « Les méthodes d'interprétation fixent dès lors un mode de révélation du sens de la convention, qu'il appartient à l'interprète de mettre en œuvre en fonction des circonstances particulières de la convention et dont le résultat est par conséquent éminemment variable ».

insondable, le juge n'a d'autre choix que d'essayer de la reconstruire en contemplation notamment de « la matière du contrat », mais aussi « du contexte »⁶⁴⁵. Ces éléments objectifs font en sorte de « privilégier l'efficacité, l'opportunité, l'utilité sociale et économique du contrat ». Le recours au raisonnable, en étant un standard, incite à l'appréciation des circonstances particulières (A). Toutefois, l'absence de précision sur les circonstances pertinentes participe à la présence d'une ligne directrice dans la recherche d'une solution adéquate (B).

A. Le recours au standard est par essence une méthode d'analyse des circonstances

193. Le standard du raisonnable implique l'appréciation des circonstances du contrat. D'inspiration anglo-saxonne⁶⁴⁶, le raisonnable n'était pas une notion que le droit français avait coutume d'utiliser, préférant le recours à la volonté des parties. Cependant, le droit dans son ensemble, a toujours été doté de notions que l'on qualifie « d'indéterminées » de « floues » ou encore « à contenu variable »⁶⁴⁷. Les auteurs distinguent parfois la notion de standard d'autres notions indéterminées qui seraient « davantage des normes d'appréciation de conduite sociale correcte dans une situation, à un moment et en un lieu donné que des notions proprement dites »⁶⁴⁸. Cette technique permet de « contextualiser » l'appréciation en analysant un comportement ou une intention par rapport à des faits concrets qui l'accompagnent⁶⁴⁹. Elle est considérée dans sa fonction comme laissant une certaine latitude au juge dans son appréciation souveraine, lui permettant « d'adapter » son analyse « à chaque espèce particulière »⁶⁵⁰. Sa souplesse est parfois décriée par la doctrine comme étant source d'insécurité juridique⁶⁵¹. Pourtant, il paraît paradoxal de critiquer une technique dont l'existence est justement justifiée

⁶⁴⁵ Ph. SIMLER, « Interprétation des contrats », *J.-Cl. Civ.*, art. 1188 à 1192, fasc. 10, 2017.

⁶⁴⁶ R. CABRILLAC, « L'interprétation du contrat : le nouveau droit français à la lumière du droit comparé », in *Études J. Huet*, LGDJ, 2017, p. 45 et s., spéc. n° 6.

⁶⁴⁷ Sur ce point : N. BALAT, « Observations sur la bonne foi en droit des contrats à la veille de la réforme », *Rev. Dr. d'Assas* 2016, n° 12, p. 59 et s.

⁶⁴⁸ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 3^e éd., 2018, n° 66, p. 121.

⁶⁴⁹ M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 411, 2004, n° 317, p. 200 : « Le juge, par l'intermédiaire du standard, va apprécier un certain nombre d'actes ou de faits juridiques de façon concrète ». L'ordre public est pour l'auteur un standard juridique « par nature », car sa fonction serait de hiérarchiser des intérêts privés. Il doit être « évolutif et s'adapter aux circonstances » (n° 318). Dans le même sens : M. LAGELÉE-HEYMANN, art. préc., l'auteur évoque une « systématisation de la mise en balance des intérêts » qui modifie le droit des obligations en un droit « fortement empreint d'empirisme, et d'utilitarisme ».

⁶⁵⁰ A. A. AL-SANHOURY, *Les restrictions individuelles à la liberté de travail*, éd. Marcel Giard, 1925, p. 23 : l'auteur oppose la règle de droit et le standard. Contrairement à la règle, le standard ne vise pas « des faits déterminés et précis » et se borne à mesurer « la conduite moyenne d'une personne normale dans des circonstances déterminées, laissant au juge le soin d'adapter cette mesure à chaque espèce particulière » (p. 40).

⁶⁵¹ Par exemple : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P. MORVAN, *Introduction au droit*, op. cit., n° 237 : Le standard aurait comme inconvénient d'offrir « au juge un pouvoir discrétionnaire qui rend la règle imprévisible », qualifiant ce procédé comme une « abdication *intra legem* » faite par le législateur. Sur l'explication de ces critiques, notamment au regard de l'existence d'intérêts divergents que le droit n'aurait pas d'autre choix que de concilier : M.-L. MATHIEU, *Logique et raisonnement juridique*, PUF, 2^e éd., 2015, p. 60 : C'est qu'en réalité, le droit poursuit deux objectifs inconciliables : ceux de souplesse et de sécurité, promus dans un but commun qui est la recherche de la justice.

par la complexité des circonstances. En réalité, les contours de ces notions sont « délibérément incertains »⁶⁵² puisque la détermination du sens est dépendante du contexte. Le sens de la norme serait donc « extra-juridique »⁶⁵³. Finalement, la technique du standard est propice à l'influence des circonstances particulières qui entourent un fait, tel que le comportement⁶⁵⁴ ; c'est même ici sa fonction principale⁶⁵⁵. Si jusqu'à présent, nous avons constaté que le concept de volonté contractuelle autorisait l'influence des circonstances particulières pour différentes raisons, le standard juridique affiche cet objectif de manière avouée. Le standard est donc un des vecteurs de l'appréciation des circonstances, appréciation dont la nécessité est justifiée par l'impossibilité de déterminer en amont le sens que doit revêtir une décision. Un comportement n'est fautif qu'au regard d'un contexte particulier⁶⁵⁶. Il est encore pour certains auteurs un outil d'adaptation « aux valeurs du milieu » dont la promotion est décidée « dans chaque cas d'espèce »⁶⁵⁷. Le standard est donc perçu généralement comme un outil autorisant l'appréciation de la légitimité d'une conduite dans des circonstances particulières.

L'utilisation du raisonnable comme instrument de révélation de la volonté contractuelle est moins commune. Cette particularité du standard comme norme du comportement paraît éloignée

⁶⁵² M.-L. MATHIEU, *Ibid.*, p. 59 : « Il en est, comme l'ordre public et les bonnes mœurs, qui jouent le rôle d'éléments correcteurs et de facteurs d'adaptabilité de la règle de droit aux faits et dont les contours sont délibérément incertains ».

⁶⁵³ Sur cette idée : M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, éd. du Seuil, 1994, spéc. p. 121 et 122. L'auteur énonce l'utilité indispensable des « règles aux notions indéterminées » par « la complexité des situations que le droit est supposé résoudre ». Cette ouverture au contexte évite « la clôture des systèmes de droit », le droit intégrant « d'autres normes sociales » qui sont « multiples, hétérogènes, insaisissables ».

⁶⁵⁴ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, n° 66 ; dans le même sens : S. NERON, « Le standard, un instrument juridique complexe », *JCP G* 2011, p. 1003 : « La conduite moyenne que tout homme adopte est intrinsèquement individuelle, même si plusieurs facteurs extrinsèques – juridiques, sociologiques, économiques – encadrent la subjectivité inhérente à toute activité humaine. Ainsi le jugement dépend des circonstances particulières et de la sensibilité du juge ».

⁶⁵⁵ Précisons ici que le standard s'adapte doublement aux circonstances : d'abord, la compréhension des notions ne sont pas figées dans le temps et l'espace. La flexibilité du standard est propice à la prise en compte de l'évolution de la société dans son ensemble, que l'on pourrait qualifier d'évolution « structurelle ». Les bonnes mœurs, souvent présentées comme un standard, n'ont pas la même signification aujourd'hui qu'au début du XIX^e siècle. Au-delà de l'évolution de la société, le standard s'adapte aux circonstances particulières à chaque litige. En cela, « l'appréciation du juge est nécessairement fluctuante, puisque leurs critères d'application ne peuvent pas être dissociés du contexte social et d'une perception subjective des faits » : J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, *Ibid.*, n° 68, p. 125. C'est ce deuxième aspect du standard intéresse notre étude. Dans le même sens : M. O. STATI, *Le standard juridique*, th. Paris, 1927, p. 43 : « Ils (*les standards*) ne sont pas formulés d'une manière absolue et n'ont pas un contenu déterminé par la loi ou par les décisions judiciaires, mais sont tous relatifs à l'époque, aux lieux et aux circonstances et doivent être appliqués en considération des faits, des cas concrets. Pour ainsi dire, ils reconnaissent que, dans les limites déterminées, chaque espèce est en quelque sorte, unique dans son genre ». Pour distinguer ces deux phénomènes, un auteur utilise la notion de « mobilité synchrone » quand le standard a pour but d'« individualiser » le droit, et de « mobilité diachrone » pour décrire les capacités d'adaptation du standard à l'évolution de la société de manière générale : S. RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, préf. W. Prosper, LGDJ, 1980, p. 51.

⁶⁵⁶ Sur l'appréciation des circonstances sur la caractérisation de la faute dans le comportement : *infra* n° 377.

⁶⁵⁷ Ch. PERELMAN, « La loi et le droit », in *Le raisonnable et le déraisonnable en droit : au-delà du positivisme juridique*, préf. M. Villey, LGDJ, 1984, p. 30. Ces notions à contenu variable se définissent par rapport « à des valeurs, des aspirations, des usages et croyances qui dominent dans un milieu donné ». Dans le même sens : M. MEKKI, th. préc., n° 317, p. 200 : l'ordre public « est une technique qui facilite la mise en œuvre de règles, de principes et de valeurs. Le juge, par l'intermédiaire du standard, va apprécier un certain nombre d'actes ou de faits juridiques de façon concrète ».

des préoccupations du juge lorsque ce dernier doit combler l'absence de volonté sur un élément du contrat particulier.

194. Recherche contextuelle de la volonté quant à la qualité de la prestation. La recherche contextuelle du contenu du contrat ne se résume pas à l'article 1188 du Code civil. En effet, l'article 1166 du même code envisage les circonstances prises en compte en cas d'absence de précision sur la qualité de la prestation. Cette prestation doit être conforme « aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie ». Cette attente légitime ressemble dans l'esprit à l'appréciation « raisonnable »⁶⁵⁸ et pose d'ailleurs les mêmes problématiques concernant les circonstances à prendre en compte pour apprécier la légitimité de l'attente.

L'enjeu à l'égard de la volonté n'est pas de rechercher si la conduite du contractant est raisonnable par rapport à une conduite moyenne⁶⁵⁹, mais de combler une lacune en cherchant une solution raisonnable conformément aux circonstances de la situation donnée. Autrement dit, le juge n'analyse pas si le comportement du contractant est raisonnable, mais c'est lui-même qui s'efforcera d'apporter une solution raisonnable à la lumière des circonstances pertinentes de la situation juridique. Un auteur reconnaît que le standard est parfois un outil « plus complexe au service du juge, à l'aide duquel celui-ci, dans une saisie d'ensemble des situations juridiques, essaye d'apporter des solutions raisonnables aux litiges à lui soumis »⁶⁶⁰.

195. Le lien entre le standard et l'équité : l'appréciation des circonstances. Les auteurs soulignent les similitudes entre la promotion de l'équité et le recours à la technique du standard. D'abord, le développement de la technique du standard se serait fait grâce au renouvellement de thèmes tel que « l'éthique » décrit comme la « justice du cas concret »⁶⁶¹. Le projet Catala dans un article 1139 proposait précisément à l'égard du contentieux de l'interprétation de recourir à la « raison » et à « l'équité » quand la volonté des parties était indécidable. Hébraud, dans une critique de l'informatisation du traitement des données juridiques, reconnaissait que les notions juridiques telles que la faute « sont malléables et cette plasticité, (...), permet à la fois les retouches particulières inspirées par l'équité, l'adaptation à des circonstances matérielles inattendues, et l'évolution vers des expressions nouvelles du sentiment de la justice »⁶⁶². Le doyen Batiffol admet lui aussi qu'en cas d'impossibilité de trouver la volonté commune des

⁶⁵⁸ L'attente légitime est une notion d'inspiration nord-américaine et européenne. Pour une vue d'ensemble : H. AUBRY, « Article 1166 : la qualité de la prestation », *RDC* 2015, p. 755.

⁶⁵⁹ C'est la fonction du raisonnable retenu par Perelman qui le décrit comme la mesure d'un pouvoir quelconque accordé à un individu ou à une autorité qui risquerait la censure s'il s'exercerait d'une façon « déraisonnable ». Cette sanction revêtirait techniquement les traits de l'abus de droit, de la mauvaise foi. Il serait de manière générale « contraire aux principes généraux du droit communs à tous les peuples civilisés » : Ch. PERELMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit » *op. cit.*, p. 12.

⁶⁶⁰ S. RIALS, *th. préc.*, p. 47.

⁶⁶¹ S. BLOUD-REY, « Standard », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland, S. Rials, PUF, 2003, p. 1439.

⁶⁶² P. HÉBRAUD, « Rapport introductif », *art. préc.*, p. 41.

parties, les juges ne recherchent plus « une volonté inexistante », mais promeuvent « le juste et le raisonnable étant donné la situation créée »⁶⁶³. Malaurie reconnaissait que l'interprétation raisonnable était proche de « l'interprétation équitable »⁶⁶⁴. D'autres soulignent leurs différences, le standard rechercherait une normalisation ou une standardisation des relations, quand l'équité permettrait d'appréhender les circonstances particulières d'un événement⁶⁶⁵. Pourtant, les standards admettraient, quand le besoin s'en ressentirait, d'apprécier spécifiquement le comportement d'un individu dans des circonstances concrètes⁶⁶⁶. Concernant plus particulièrement le standard du raisonnable, il comporterait à la fois « un souci d'équité » et l'analyse du comportement mesuré à l'aune du « bon père de famille »⁶⁶⁷. D'ailleurs, sa prolifération en droit des obligations fait craindre certains auteurs à un glissement vers une analyse en équité⁶⁶⁸. De manière générale, l'utilisation du raisonnable fait redouter une immixtion trop importante du juge dans les relations contractuelles. Finalement, l'appréciation raisonnable est inenvisageable sans l'appréciation des circonstances particulières d'un litige qui colorent un comportement particulier⁶⁶⁹. Cette analyse des circonstances est l'unique choix se présentant au juge afin de compléter le contrat comme l'auraient vraisemblablement souhaité les parties. Si la technique du standard emprunte effectivement à l'équité l'analyse des circonstances concrètes du litige, l'utilisation du standard permet la mesure du comportement en termes de normalité⁶⁷⁰. Cette spécificité du standard inciterait le juge à rechercher, compte tenu des circonstances particulières, ce que le contractant devrait normalement attendre de l'exécution du contrat. Cependant, la normalité est une notion ambiguë. Elle recouvrirait en réalité deux fonctions : ce qui est normal est d'abord ce qui est admis habituellement, mais c'est également ce qui est souhaitable conformément à un étalon de mesure prédéterminé⁶⁷¹. La première fonction se borne à la description, tandis que la seconde émet un jugement sur la réalité⁶⁷².

196. L'absence de volonté et le jugement d'équité à l'aune des circonstances. Le standard et le jugement d'équité partagent l'analyse nécessaire des circonstances particulières.

⁶⁶³ H. BATIFFOL, « La "crise du contrat" et sa portée », art. préc., p. 17.

⁶⁶⁴ Ph. MALAURIE, « L'interprétation des contrats : hier et aujourd'hui », art. préc.

⁶⁶⁵ S. ZAKI, « Définir l'équité », art. préc., spéc. p. 89 : « l'équité est une œuvre d'individualisation ». Même sens : S. RIALS, th. préc., spéc. p. 72 : la présence d'un standard est le signe de l'appréciation d'un événement ou d'une situation en termes de normalité.

⁶⁶⁶ S. ZAKI, *Ibid.*, p. 89.

⁶⁶⁷ G. KHAIRALLAH, « Le "raisonnable" en droit privé français, *RTD Civ.* 1984, p. 439, spéc. p. 467.

⁶⁶⁸ M. LAGELÉE-HEYMANN, « Le "raisonnable" dans le nouveau droit des contrats », *RDC* 2018, p. 473.

⁶⁶⁹ En ce sens : B. STURLÈSE, « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016, p. 398 : « la variabilité du contenu du standard juridique se limite en réalité essentiellement à des circonstances de fait, de lieu, de temps, (...) on relève donc immédiatement que la variabilité du standard juridique est d'ordre factuel, qu'elle est destinée à appréhender essentiellement des éléments de faits et non de droit ».

⁶⁷⁰ En ce sens : S. RIALS, th. préc., spéc. p. 73 et s.

⁶⁷¹ Dans ce sens mais formulé différemment : G. KHAIRALLAH, art. préc., spéc. p. 445. L'auteur formule deux utilités au standard du raisonnable, une basée sur la modulation et l'autre sur la conformité.

⁶⁷² S. RIALS, th. préc., n° 106, p. 143. De l'aveu même de l'auteur, les choses ne sont pas si nettes à l'aune de l'utilisation des standards par le juge administratif. Il existerait des standards « intermédiaires » qui comporteraient les deux fonctions.

Des auteurs énoncent expressément qu'en l'absence de volonté contractuelle, le pouvoir judiciaire doit se servir du concept d'équité. Gaudemet conseillait de recourir à l'équité ou à l'utilité sociale lorsque la commune intention était restée silencieuse⁶⁷³. Un autre auteur recommandait au juge, du moment qu'il n'était « plus guidé par la volonté réelle des parties », de « statuer d'après l'équité et l'intérêt général »⁶⁷⁴. Le doyen Marty prévoyait une solution similaire⁶⁷⁵. Le projet Catala retenait aussi, en l'absence de commune intention des parties, de retenir une interprétation en « raison et en équité »⁶⁷⁶ afin d'éviter que l'interprétation raisonnable de la lettre du contrat débouche sur « l'inéquitable ». Toujours selon les auteurs, le contrat n'est pas un « instrument d'asservissement »⁶⁷⁷. Cette influence de l'équité en présence d'un texte silencieux est plus souvent reconnue à l'endroit de la loi que du contrat⁶⁷⁸.

B. Incertitudes de l'utilisation du standard du « raisonnable » dans la recherche du sens du contenu du contrat à la lumière des circonstances

197. Incertitudes sur les fonctions assignées à l'appréciation « raisonnable » au regard des circonstances. Les différentes fonctions de la normalité, essence de l'utilisation du standard, font douter de la pertinence de la technique lorsque le juge cherche à pallier l'absence de volonté contractuelle. D'abord, la fonction « descriptive » de la normalité est d'une utilité limitée dans la détermination de ce que le contractant aurait dû raisonnablement comprendre. Du fait de la particularité de chaque contexte contractuel, le juge aura toute difficulté pour se rapporter à un étalon de mesure moyen de situations ou de comportements admis. La deuxième fonction décrite qui induit un jugement sur la réalité ne semble pas non plus adaptée à ce contentieux. La prescription de l'article 1188 du Code civil n'a pas pour but d'apprécier ce que le contractant aurait dû faire dans pareilles circonstances, mais elle autorise le juge à se substituer au contractant pour rechercher la solution qui convienne le mieux à la lumière du contexte contractuel. L'utilisation du raisonnable peine à nous révéler les contours de la

⁶⁷³ E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1965, p. 207 et s. : « il est beaucoup plus exact de dire que dans ces hypothèses les juges doivent décider d'après l'équité et les règles de droit tirées de considérations d'intérêt économique et social ».

⁶⁷⁴ G. DEREUX, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, LNDJ, ed. Arthur Rousseau, 1905, p. 339.

⁶⁷⁵ G. MARTY, th. préc., n° 158, p. 336 et s. : « Dans les cas où les parties n'ont rien prévu ou n'ont pas attribué à la convention le même sens, il serait vain de rechercher une commune intention inexistante. Le juge ne peut trouver la solution que dans la loi et les usages, ou à défaut en s'inspirant de l'équité et de l'intérêt social ». Pour déterminer la « solution équitable, le juge peut et doit tenir compte de toutes les circonstances particulières et complexes de chaque espèce. Il en résulte que sa décision est dans la plupart des cas, d'un intérêt strictement limité au procès envisagé, et insusceptible de prendre une portée générale » (p. 339).

⁶⁷⁶ Projet *Catala*, art. 1139

⁶⁷⁷ A. GHOZI, Exposé des motifs art. 1134 à 1143, Projet *Catala*, p. 37.

⁶⁷⁸ En ce sens : Ch. PERELMAN, « La loi et le droit », in *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, op. cit., p. 28 : « Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives ». Même sens : E. LOQUIN, « Équité », in *Dictionnaire de la Justice*, dir. L. Cadiet, PUF, 2004, p. 425-431, spéc. p. 428 : « Si le juge ne peut en droit français juger en équité que dans les interstices prévus par la loi pour contester l'application des règles de droit, l'équité devient naturellement une source d'inspiration du juge en l'absence de règle juridiques applicables. L'équité n'est plus utilisée pour corriger l'iniquité de la loi, mais pour en compléter les lacunes ».

démarche judiciaire sur cette problématique de l'absence de commune intention. En effet, les décisions antérieures à la réforme restent bien souvent silencieuses sur les circonstances pertinentes. Cet échec s'explique d'abord par un réflexe systématique des magistrats de rattacher les solutions à la prétendue commune intention des parties⁶⁷⁹. Concernant les solutions qui constatent explicitement l'absence de volonté, elles se déploient principalement dans le contentieux particulier de la tacite reconduction du contrat à durée déterminée. Les juges ont décidé, par le passé, que cette tacite reconduction donnait naissance à un nouveau contrat à durée indéterminée qui ne comportait pas nécessairement un contenu similaire au contrat précédent⁶⁸⁰. La formulation a pu émouvoir les auteurs, car elle contredisait l'idée, plus simple d'utilisation, selon laquelle le contrat se renouvelait dans les mêmes termes et les mêmes conditions que le contrat antérieur. La jurisprudence postérieure, réitérant la solution, n'a pas reçu les faveurs de la doctrine. Mêlant appréciation du contenu du contrat reconduit et silence dans l'acceptation de cette reconduction, la Cour de cassation a considéré, à l'appui des circonstances, que le nouveau contrat liant un repreneur d'un établissement d'accueil d'adultes handicapés prévoyait bien les conditions antérieures du prix préférentiel fixé à l'égard des pensionnaires concernés⁶⁸¹. Nous pensons qu'en l'espèce, les circonstances qui ont conduit à reconnaître cette reconduction révèlent en réalité l'acceptation tacite de l'existence d'un nouveau contrat, et subséquemment de l'acceptation de son contenu⁶⁸². Autrement dit, les circonstances caractérisent l'existence de la volonté contractuelle. Ce courant jurisprudentiel, d'ailleurs entériné par la réforme du droit des obligations du 10 février 2016⁶⁸³, échoue à nous offrir des précisions sur les circonstances

⁶⁷⁹ La recherche de la commune intention des parties est toujours mêlée à l'appréciation d'éléments « objectifs ». Il est ainsi difficile d'admettre une étanchéité parfaite entre l'interprétation de la commune intention des parties et l'appréciation « raisonnable ». Sur cette constatation : O. DESHAYES, « Les directives d'interprétation du Code civil : la cohérence des textes », *RDC* 2015, p. 159 : « alors que les parties sont par hypothèse en conflit au sujet de l'interprétation de la convention, il est rare que l'on puisse établir leur commune intention, d'autant qu'il est peu réaliste d'admettre que les parties ont pu tout prévoir et s'entendre sur tout. Ce que fait le juge, c'est donc fixer une interprétation raisonnable de la volonté des parties. En cela, il y a toujours, au mieux, un mélange d'interprétation subjective et objective ».

⁶⁸⁰ Civ. 1^{ère}, 15 nov. 2005, n° 02-21.366, *Bull. Civ. I*, n° 413, *RDC* 2006, p. 114, obs. Y.-M. LAITHIER ; *RTD Civ.* 2006, p. 114, obs. J. MESTRE, B. FAGES, *CCC* 2006, comm. 43, obs. L. LEVENEUR ; *D.* 2006, p. 587, note M. MEKKI.

⁶⁸¹ Civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, n° 08-14481, *LEDC* 2009, p. 5, obs. O. DESHAYES ; *D.* 2009, p. 2137, note F. LABARTHE ; *RDC* 2009, p. 1330, obs. T. GENICON.

⁶⁸² Les juges relèvent en effet que le repreneur n'avait pas manifesté sa volonté de renégocier les termes du contrat alors que celui-ci connaissait l'existence des prix préférentiels octroyés aux pensionnaires de l'établissement.

⁶⁸³ L'art. 1215 du C. Civ. prévoit désormais que le fait pour des contractants d'exécuter le contrat à l'expiration de son terme donne lieu à une reconduction tacite qui « produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat ». L'art. 1214 du même code précise que le renouvellement « donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique mais dont la durée est indéterminée ». Le législateur a fait le choix de l'identité des contenus contractuels, privilégiant ainsi la sécurité et la prévisibilité juridique. Pourtant, la détermination du contenu du nouveau contrat aurait pu éventuellement être laissée à l'appréciation des juges du fond. M. Genicon considère que ce choix aurait été « plus souple et finalement plus juste ». L'identité du contenu du contrat tacitement reconduit et du contrat précédent est une solution « brutale », qui ne tient pas compte des « circonstances de la cause afin de déterminer, selon les cas et les besoins de l'espèce, quelle clause mérite d'être retenue et quelle clause mérite d'être écartée » : T. GENICON, « Contenu du contrat tacitement reconduit : le désengagement de la Cour de cassation », *RDC* 2012, p. 755.

particulières permettant non pas de constater une volonté tacite⁶⁸⁴, mais de révéler ce qu'aurait pu être cette volonté si elle s'était prononcée.

198. Vers une appréciation plus contextuelle de la recherche du contenu du contrat à la lumière des circonstances. Une évolution vers « une interprétation plus contextuelle »⁶⁸⁵ est certainement envisageable sans toutefois représenter une révolution, le juge étant accoutumé à l'appréciation du contexte lorsqu'il interprète la commune intention des parties. En revanche, lorsque cette volonté est si obscure qu'elle en devient inintelligible, ou lorsque les contractants n'ont envisagé aucune solution lors de la survenance d'un problème les confrontant, l'appréciation raisonnable pourrait être préférée en se fondant directement sur l'alinéa 2 de l'article 1188 du Code civil. Certaines décisions s'expliquaient plus aisément par une appréciation des circonstances particulières que par la découverte d'une prétendue intention des parties⁶⁸⁶. L'insertion de l'appréciation raisonnable pourra, à l'avenir, rendre plus honnête la démarche judiciaire, sans modifier profondément la pratique⁶⁸⁷. Cette évolution serait bénéfique. Les circonstances à l'origine de l'interprétation raisonnable seraient envisagées expressément par les juges, ce qui permettrait une lecture plus prévisible du contentieux. L'exposé des circonstances éclairerait le contentieux dans l'hypothèse où les juges les indiqueraient. La Cour de cassation exercerait un contrôle plus précis, tandis que les justiciables seraient susceptibles de mieux comprendre, et donc d'accepter le sens de la décision. En effet, des doutes subsistent sur les circonstances pertinentes qui influencent le juge dans sa prise de décision, ainsi que sur l'utilité pratique de l'interprétation raisonnable.

199. Une recherche de la volonté raisonnable qui ne se réduit pas à la « matière du contrat ». L'appréciation raisonnable de l'intention ne prend pas uniquement en compte le contenu du contrat. Les textes internationaux offrent des pistes de réflexion⁶⁸⁸. Selon l'article 1:302 des PDEC, l'intention raisonnable doit s'entendre comme ce qu'attendrait « des personnes de bonne foi placées dans la même situation » et en particulier eu égard à « la nature », au « but du contrat », mais aussi « aux circonstances de l'espèce et aux usages en pratique des professions ou branches d'activité concernées. » La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises adopte une analyse similaire en prévoyant le recours à la personne raisonnable « de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation » qui nécessite d'analyser « les circonstances pertinentes » au rang desquelles sont citées les négociations, les habitudes établies entre les parties, les usages ou encore le comportement

⁶⁸⁴ En sens contraire : A. BÉNABENT, « La prolongation du contrat », art. préc. : l'auteur voit dans le comportement des parties qui continuent d'exécuter le contrat sans protester un « silence circonstancié ».

⁶⁸⁵ D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC, *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 162, p. 687.

⁶⁸⁶ *Supra* n° 39 et s.

⁶⁸⁷ Du moins, si les juges osent passer le pas de la constatation de l'absence de volonté. Des décisions sur ce nouveau fondement montrent que les juges recourent aux deux alinéas de l'art. 1188 C. civ. : CA Douai, 24 juin 2021, n° 20/03154.

⁶⁸⁸ Le rapport remis au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 se réfère expressément aux PDEC, aux Principes UNIDROIT et au Draft Common Frame of Reference (DCFR).

ultérieur de ces dernières. Deux catégories de critères sont donc envisagées pour caractériser raisonnablement la volonté : le contrat en lui-même ainsi que les circonstances dans lesquelles il s'exécute. Les circonstances prises en compte se regroupent en deux ordres : celles qui concernent le passé contractuel des contractants, et celles, plus contingentes, qui ne se révèlent qu'une fois le contrat exécuté. Le législateur français n'a pas jugé bon d'insérer une liste, même non exhaustive, de circonstances auxquelles le juge pourrait éventuellement se référer. Néanmoins, les textes internationaux offrent des critères qui seront sans doute repris par les juges français. Il est somme toute intéressant d'envisager ce que le législateur entend par la « personne raisonnable placée dans la même situation ». L'appréciation de la personne « raisonnable » est nuancée par l'obligation faite au juge d'apprécier les circonstances du litige. La formule a de quoi être redondante, le recours au standard impliquant nécessairement l'analyse du contexte dans lequel le comportement s'inscrit. Bien évidemment, le contenu du contrat est un élément pris en compte pour orienter la décision⁶⁸⁹, mais quand est-il de la situation circonstancielle dans laquelle le contrat produit ses effets ?

200. Influence des circonstances induites par le contexte contractuel. Afin de rechercher une solution qui compense l'absence de volonté, une personne « raisonnable » doit être replacée dans la même situation que le contractant. Les juges devraient envisager entre autres le « secteur économique concerné », « la nature de l'opération », « l'existence de relations antérieures », « les compétences des contractants » ainsi que « la longueur des pourparlers »⁶⁹⁰. Le contexte contractuel antérieur a une place privilégiée dans l'appréciation judiciaire. Pourrait-on élargir la plage temporelle de l'appréciation au contexte futur d'exécution du contrat ? Des raisons peuvent motiver cette hypothèse. D'abord, il paraît peu aisé pour le juge de restreindre sa vision de la situation aux circonstances « contemporaines » de la formation du contrat. D'un point de vue seulement pragmatique, la tâche semble délicate. Ensuite, les circonstances de l'exécution d'un contrat s'inscrivent souvent dans la continuité du contexte de sa formation. Ainsi, le comportement adopté par une partie postérieurement à la formation du contrat serait envisagé comme une projection de son état d'esprit. Enfin, l'appréciation des circonstances postérieures à la formation du contrat, sans se rattacher à l'état d'esprit des contractants, pourrait encore être expressément assumée⁶⁹¹.

201. Illustration jurisprudentielle de circonstances particulières dans l'appréciation d'un rayon géographique d'une clause de « non-rétablissement ». Dans un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans du 7 novembre 2019⁶⁹², des contractants ont inséré une clause de « non-réinstallation » précisant un rayon d'un kilomètre du lieu d'exploitation du fonds. Aucune

⁶⁸⁹ En ce sens : Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, LexisNexis, 17^e éd., 2023, n° 466 et s.

⁶⁹⁰ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 418.

⁶⁹¹ *Infra* n° 207 et s.

⁶⁹² CA Orléans, 7 nov. 2019, 18/03345.

précision n'existait sur le calcul de cette limitation géographique. La distance pouvait donc autant s'apprécier par vol d'oiseau, par un trajet à pied ou en véhicule automobile. La Cour d'appel s'est donc référée à l'objectif de la clause, ainsi qu'aux circonstances factuelles de la situation des deux fonds de commerce, au rang desquelles elle cite la situation géographique particulière ainsi que les horaires d'ouverture. Fort de ces éléments, les magistrats en ont conclu que les fonds n'attiraient pas la même clientèle. Pour eux, la distance entre les deux fonds devait s'entendre par la distance parcourue par la clientèle à pied ou en voiture et non celle parcourue à vol d'oiseau. En adoptant cette interprétation, la Cour a admis que la clause avait été respectée. En l'absence d'une précision sur le calcul de cette distance, les juges du fond adoptent une interprétation contextualisée de ce que devrait être l'intention des parties si elle s'était exprimée. Cette appréciation tend à respecter le but de la clause contractuelle qui ne doit pas contrarier outre mesure l'intérêt des parties en cause. En cela, l'appréciation donnée par les juges qui se sont substitués aux contractants a tout l'air, sans toutefois le reconnaître, d'une appréciation raisonnable de l'intention des parties.

202. L'influence de la « personnalité » du contractant. L'utilisation du terme « d'individu » ne nous renseigne en rien sur les caractéristiques éventuelles à prendre en compte dans l'interprétation. La précision est pourtant essentielle. La référence au raisonnable invite à apprécier ce qu'attendait le contractant en termes de normalité, ce qui tend à promouvoir la sécurité juridique. La même réflexion est envisagée à l'endroit de l'article 1166 du Code civil sur l'attente légitime de la qualité de la prestation. L'appréciation singulière des attentes conduirait à apprécier différemment des contrats pourtant semblables. En revanche, la précision faite par l'article 1188 sur la « situation du contractant » fait référence au recours à l'analyse casuistique du contrat. Si les circonstances « externes » au contractant sont nécessairement envisagées, le doute est permis concernant ses qualités personnelles. Quel est le type d'individu que le juge doit avoir à l'esprit ? Est-ce tout individu, toute personne raisonnable ? Est-ce le contractant avec ses caractéristiques et compétences propres ?⁶⁹³ Ou encore le juge lui-même ?⁶⁹⁴ Le rapport remis au président de la République précise que la personne raisonnable doit s'entendre comme le « contractant moyen » placé « dans les mêmes circonstances de temps et de lieu ». À s'en tenir à cette affirmation, les particularités du contractant n'appartiendraient pas au giron de l'analyse. Pourtant, les textes internationaux adoptent parfois une formule octroyant une place aux particularités du contractant. Les PDEC prévoient dans un article 5.101, 3 qu'en l'absence d'intention décelable, le sens doit être recherché conformément à ce qu'aurait compris « des personnes raisonnables de même qualité que les parties » replacées dans « les mêmes circonstances de temps et de lieu ». Les mêmes reproches peuvent être formulés à l'encontre du terme « qualité ». La qualité est-elle entendue comme la qualité contractuelle ? Le

⁶⁹³ Sur cette question : G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, op. cit., n° 503 : les auteurs regrettent que le législateur n'ait pas envisagé une référence plus précise.

⁶⁹⁴ Sur cette remarque : F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 124.33, p. 109. Sur cette crainte : J. RICHARD DE LA TOUR, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC* 2016, p. 392.

cas échéant, l'appréciation raisonnable pourrait être envisagée en faveur des intérêts des contractants réputés « faibles », tels que le salarié, le consommateur, ou encore de la caution⁶⁹⁵. Mais peut-on aller plus loin ? Est-ce que les compétences du contractant, sa capacité de compréhension, son âge, son expérience seront des éléments qui pourraient éventuellement avoir un enjeu sur l'appréciation que donnera le juge sur le sens que devrait retenir celui-ci ? À tout le moins, la question se pose avec acuité quand on la compare à la théorie des vices du consentement qui offre la possibilité d'envisager les caractéristiques particulières de la potentielle victime du vice⁶⁹⁶. Néanmoins, l'existence de l'interprétation *in favorem* que pose l'article 1190 du Code civil peut faire douter du choix de considérer l'appréciation raisonnable comme une règle d'interprétation qui devrait prendre en considération les circonstances particulières du contractant révélant un état de faiblesse ou d'inégalité⁶⁹⁷. La finalité de protection d'un intérêt particulier serait donc déjà assumée par l'article 1190 que le juge décidera de choisir lorsque la situation le supposera⁶⁹⁸. Pourtant, il n'est pas garanti que cette distinction entre l'appréciation « raisonnable » et l'appréciation en faveur d'un contractant soit si tranchée. Il est admis que les juges ont un pouvoir d'appréciation dans ce contentieux, qui n'est limité que par la dénaturation⁶⁹⁹. Certaines décisions des juges du fond ont souhaité un temps remettre en ordre l'articulation des directives d'interprétation. Une décision a reconnu par le passé que ce n'était que dans l'hypothèse où le doute sur l'interprétation persistait après l'application des articles 1157 à 1161 anciens du Code civil que le juge devait se livrer à une interprétation de la convention en faveur de l'une des parties contractantes sur le fondement de l'article 1162 ancien du même code⁷⁰⁰. Sans contrôler le résultat d'une interprétation, les juges auraient donc vocation à apprécier la finalité de la directive d'interprétation choisie. Afin d'éviter une remise en cause de l'interprétation judiciaire, les juges auraient donc tout intérêt à privilégier l'interprétation « raisonnable » de la commune intention, quitte à prendre en considération des circonstances révélatrices de la faiblesse d'une des parties. Rien ne s'oppose à cette orientation.

⁶⁹⁵ En ce sens : D. LEGEAIS, « Incidences de la réforme du droit des contrats sur le droit des sûretés », *RDBF* 2016, comm. 72.

⁶⁹⁶ *Supra* n° 94 et s.

⁶⁹⁷ L'art. 1190 C. civ. est considéré comme une règle d'interprétation « partisane » permettant de « prendre parti en faveur d'un contractant contre l'autre, de privilégier les intérêts de l'une des parties sur ceux de l'autre » : O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, p. 424.

⁶⁹⁸ A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC* 2016, p. 384 : cette interprétation « paraît relever d'un ordre public de protection ». Sur la proposition du caractère subsidiaire de la directive d'interprétation de l'art. 1190 C. civ. : O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Ibid* : les auteurs font le constat de la préférence de ce caractère subsidiaire par la majorité des auteurs. Il ne tient plus lorsque le contrat est d'adhésion dans le sens de l'art. 1110 C. civ. En ce sens : N. DISSAUX, Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire de l'article 1100 à 1386-1 du Code civil*, Dalloz, 2016, p. 91. Plus nuancé : G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, *op. cit.*, n° 508. *Comp.* : O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 425 : les auteurs ne voient pas d'inconvénients à appliquer la subsidiarité de l'art. 1190 C. civ. aux contrats d'adhésion.

⁶⁹⁹ *Supra* n° 158 et s.

⁷⁰⁰ CA Reims, 7 janv. 2004, *RDC* 2004, p. 933, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.

203. Circonstances influençant l'appréciation du délai raisonnable. Un parallèle avec l'appréciation du délai raisonnable est envisageable. Des critères sont peu à peu dégagés par le pouvoir judiciaire. Dans une décision du 25 mai 2005⁷⁰¹, la Cour de cassation a jugé qu'en l'absence de délai précis stipulé, malgré la précision par le contrat qu'une « réponse immédiate » était attendue, l'acceptation doit intervenir dans un délai raisonnable. En l'espèce, ce délai l'était bien « compte tenu de la nature du bien et de la qualité de l'acquéreur qui devait consulter son conseil d'administration pour obtenir le consentement à l'acquisition ». La solution est d'autant plus importante qu'elle se réfère exclusivement aux circonstances particulières du contrat projeté afin d'apprécier le caractère suffisant du délai de réponse. Même en l'absence de délai précis, la référence à l'immédiateté de la réponse aurait pu donner lieu à une appréciation tacite de la volonté. La Cour de cassation ne l'entend pas ainsi et se substitue au pollicitant pour apprécier, compte tenu du seul contexte, que ce délai fût bien raisonnable. La demande faite au Conseil d'administration a eu pour conséquence directe de rallonger le délai d'acceptation de l'offre. Concernant plus précisément la détermination raisonnable du contenu du contrat, le lien entre la singularité du contractant et l'attente raisonnable d'un certain contenu serait certainement plus lâche. Pourtant, la remarque n'est pas un obstacle insurmontable. Les juges retiennent, comme nous l'avons vu, l'absence de connaissance particulière du contractant dans le domaine de la propriété intellectuelle qui l'empêchait probablement de saisir les subtilités entre contrat de licence et contrat de distribution⁷⁰². Toutefois, nous pensons que la seule référence au contractant moyen permet, dans ce genre de litiges, de se détacher de l'appréciation littérale des clauses contractuelles lorsqu'elles utilisent un lexique trop particulier. Ce n'est donc qu'indirectement que la circonstance particulière de la méconnaissance d'un domaine particulier exercerait une influence sur l'appréciation raisonnable⁷⁰³.

204. Circonstances particulières au contractant révélant sa faiblesse. Les circonstances particulières au contractant, telles que l'âge, son expérience, sa profession ou encore sa situation économique, peuvent révéler une situation de faiblesse. Peut-on imaginer que l'inexpérience ou l'âge avancé du contractant pourraient jouer sur l'appréciation de ce qui était attendu raisonnablement ? Cette interprétation paraît envisageable quand on la compare à d'autres problématiques. Les vices du consentement font une large place aux singularités du contractant⁷⁰⁴. En prenant l'exemple de la violence, un auteur énumère entre autres « la santé, l'intelligence, l'instruction, l'expérience » à côté de l'âge, du sexe et de la condition des personnes qui, comme le reconnaissait Pothier, sont autant d'éléments permettant d'apprécier l'état de dépendance⁷⁰⁵. L'ancien article 1112 du Code civil était lui aussi ambigu : la crainte

⁷⁰¹ Civ. 3^e, 25 mai 2005, n° 03-19.411, *LPA* 2006, p. 13, note D. R. MARTIN, *RTD Civ.* 2005, p. 772, obs. J. MESTRE, B. FAGES.

⁷⁰² CA Bordeaux, 23 avr. 2018, *op. cit.*

⁷⁰³ Dans le même esprit : Civ. 2^e, 14 déc. 2017, n° 16-27.206, *RGDA* 2018, p. 117 : l'appréciation du terme « héritier » dans un contrat d'assurance-vie doit être pris dans le sens que l'entendait le souscripteur et non pas dans son sens technique successorale.

⁷⁰⁴ *Supra* n° 158.

⁷⁰⁵ A. BRETON, *La notion de la violence en tant que vice du consentement*, th. Caen, 1925, p. 97.

devait faire impression sur une personne « raisonnable », mais l'article précisait dans l'alinéa suivant que le juge devait se référer à « l'âge, au sexe et à la condition des personnes »⁷⁰⁶. Si cette analyse se comprend lorsque le juge doit apprécier un vice, particulièrement celui de violence, l'analyse circonstancielle systématique de ces éléments n'est sûrement pas recommandée dans l'appréciation du raisonnable. En effet, l'esprit des vices du consentement est tourné vers la protection de la victime du vice⁷⁰⁷. Cette attention portée au contractant se comprend moins quand il est question de rechercher le contenu du contrat, les parties contractantes ne se présentant pas au juge comme victime et auteur d'un acte dommageable. L'influence des singularités du contractant ne devrait donc pas être systématique. En revanche, lorsque ces particularités sont telles qu'elles influencent gravement les capacités de compréhension d'un des contractants, elles pourraient inciter le juge à apprécier différemment le contenu du contrat comparé à ce qu'il aurait envisagé face à un contractant « moyen ». En effet, les compétences et aptitudes de compréhension sont déjà prises en compte dans des hypothèses où le juge recherche le consentement des parties⁷⁰⁸. Si l'interprétation en faveur d'une partie est envisageable lorsque le juge doit évaluer le consentement, nous ne voyons pas d'obstacle dirimant à prendre en compte des circonstances particulières du contractant afin « d'affiner » le standard du raisonnable. En réalité, la réponse à cette question est en grande partie liée au caractère « subjectif » ou « objectif » que l'on veut bien retenir du standard. Certains auteurs admettent que l'appréciation est faite par le prisme de l'intention des parties⁷⁰⁹, tandis que pour d'autres, les juges « feignent de rechercher la volonté des parties » alors qu'ils se fondent « sur l'équité plus souvent qu'ils ne le disent »⁷¹⁰. Afin d'éviter ces errements, les parties pourraient insérer des clauses d'interprétation.

205. La limitation de l'influence des circonstances particulières par l'insertion de clauses d'interprétation. La liberté contractuelle autorise à ce que les contractants insèrent des clauses dites « d'interprétation » encadrant le pouvoir judiciaire même si le Code civil n'en fait pas mention. Toutefois, la possibilité et l'étendue de l'aménagement de l'appréciation judiciaire sont délicates à cerner. La logique du standard voudrait que le juge ne puisse se voir limiter son pouvoir d'appréciation qui amenuiserait l'intérêt d'une telle méthode de raisonnement. Le contrôle de la disproportion manifeste est-il bien utile si les contractants ont la possibilité de déplacer le curseur de la disproportion ? La question est moins tranchée pour d'autres notions. Aucun obstacle ne s'érige contre la prévision de délai plus précis que ne le recommanderait la présence d'un délai raisonnable au sein des dispositions. En réalité, cette possibilité a tout l'air d'être liée au caractère plus ou moins obligatoire de la disposition en cause. Concernant par exemple le déséquilibre significatif, il est souvent adossé à l'éviction d'abus, comme l'envisage

⁷⁰⁶ La reprise des deux appréciations dans le Code civil de 1804 proviendrait d'une erreur formelle : D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *op. cit.*, n° 303.

⁷⁰⁷ Protection qui n'est pas illimitée : *supra* n° 89.

⁷⁰⁸ *Supra* n° 95.

⁷⁰⁹ M. BILLIAU, J. GHESTIN, Ch. JAMIN, *Les effets du contrat*, *op. cit.*, n° 395 (vérifier la note).

⁷¹⁰ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Ibid.*, n° 398.

aujourd'hui l'article 1171 du Code civil à l'égard des clauses abusives insérées dans des contrats d'adhésion.

Plus précisément pour le contentieux de l'interprétation, la problématique se révèle bien plus délicate. La Cour de cassation précise tout d'abord que les directives d'interprétation ne sont pas d'ordre public⁷¹¹. L'interprétation du contrat n'intervient qu'en présence d'une carence des contractants. Le juge n'a donc qu'un rôle subsidiaire à l'égard de cette problématique, rôle susceptible d'être encadré par des clauses qui orientent sa mission. Plusieurs catégories de clauses existeraient. Celles qui hiérarchisent les éléments à prendre en considération sont parfois nommées clauses de « priorité »⁷¹². À propos des circonstances, les parties pourraient donc prévoir que le texte contractuel serait à privilégier et que l'appréciation des circonstances de la formation et de l'exécution n'interviendrait que subsidiairement. Les clauses appelées expressément « interprétation » restreignent les éléments à prendre en compte ou, plus rarement, les étendent. Quand la clause précise que seule l'analyse du contrat est envisageable sans que le contexte ne soit inclus, elle est désignée communément « d'intégralité ». Ces clauses sont valables⁷¹³. Cependant, cette possibilité ne saurait être illimitée. Les juges précisent subtilement que l'interprète peut toujours se référer au contexte contractuel, non afin d'enrichir le contenu du contrat, mais pour apprécier la volonté des parties⁷¹⁴, manière détournée d'octroyer le fin mot au juge dans la détermination de la volonté des parties malgré la présence de clauses restreignant son pouvoir⁷¹⁵. En effet, un certain malaise se ressent à l'égard de la licéité des clauses enserrant le pouvoir judiciaire⁷¹⁶. C'est que le juge doit nécessairement « intégrer une certaine porosité par rapport aux situations de fait » afin de mieux « sentir l'injuste et y rétorquer »⁷¹⁷. La distinction entre l'indication de la manière d'interpréter le contrat et l'éviction de circonstances démontrant un certain abus de la part du contractant qui aurait tout intérêt à nier la réalité factuelle est difficile à poser. À tout le moins, ces clauses rendent plus facile la preuve d'une dénaturation, mais elles ne font pas preuve d'une efficacité inébranlable.

⁷¹¹ Civ. 1^{ère}, 20 déc. 2000, n° 99-10.697, inédit ; Civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 2005, n° 02-16.802, inédit : ces deux décisions affirment que l'art. 1156 ancien C. civ. n'est « pas une règle à caractère impératif ».

⁷¹² W. DROSS, « Interprétation » in *Clausier. Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, LexisNexis, 4^e éd., 2020, spéc. p. 473.

⁷¹³ CA Paris, 15 juin 2005, *RTD Civ.* 2006, p. 111, obs. J. MESTRE, B. FAGES : « aucune des parties ne pourra être tenue à autre chose que ce qui a été expressément convenu dans le présent contrat ».

⁷¹⁴ CA Paris, 4 mars 1980, *Expertises*, avr. 1980, p. 8. Dans le même esprit, l'art. 2.1.17 des principes d'UNIDROIT indiquent que la clause n'a pas, sauf précisions contraire, pour effet d'envisager l'interprétation de circonstances extrinsèques au contrat.

⁷¹⁵ La limitation du champ d'investigation par les clauses « n'interdit pas au juge d'interpréter les dispositions de l'*instrumentum* à partir d'autres éléments antérieurs à la conclusion du contrat » : C. GRIMALDI, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, p. 230.

⁷¹⁶ Il est dû en partie au fait qu'il peut contredire l'office du juge : M. LAMOUREUX, « La clause d'intégralité en droits français, anglais et américain », *RLDA* 2007, n° 35 : cette clause pouvant « bloquer purement et simplement la découverte de la volonté des parties, soulève davantage de difficultés, étant plutôt embarrassant de constater que le juge est tenu d'interpréter le contrat, l'interprétation du contrat obscur ou ambigu constituant un véritable devoir à sa charge ».

⁷¹⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », in *Écrits en hommage à J. Foyer*, PUF, 1997, p. 463 et s., spéc. p. 476. Dans le même sens : M. LAMOUREUX, art. préc. : « Il est nécessaire que la résolution des litiges contractuels conserve un minimum de lien avec la réalité, et que les événements passés ne puissent en toutes circonstances être ignorés, en particulier lorsque les parties ne cherchent qu'à se prémunir des conséquences de leur mauvaise foi ».

Finalement, les contractants ont la possibilité de « guider le juge dans son appréciation » sauf à ce que ces clauses aient vocation à « le contraindre contractuellement »⁷¹⁸.

206. Synthèse sur l'influence des circonstances dans l'appréciation raisonnable.

L'appréciation « raisonnable » de la volonté ne fait plus de la commune intention la finalité assignée à une telle recherche. L'appréciation des circonstances révèle tout son intérêt afin que le juge puisse se forger une conviction sur ce qu'aurait pu être raisonnablement cette volonté si elle s'était valablement exprimée. Cette accentuation de l'éloignement pris avec la volonté contractuelle par l'insertion de la recherche « raisonnable » du contenu du contrat cristallise d'autant plus le besoin de souplesse contractuelle, même pour des problématiques qui se justifient à l'origine exclusivement par le respect de la volonté des parties. Le législateur est de moins en moins frileux à s'éloigner de cette recherche quand, vraisemblablement, il est difficile de justifier certaines décisions par une prétendue découverte de la volonté. Cette évolution est bienheureuse, car révélatrice d'une pratique judiciaire courante et réaliste de ces contentieux. Elle témoigne, chemin faisant, de l'impossibilité de se contenter intellectuellement d'une interprétation seulement explicative de l'intention contractuelle. La recherche du contenu du contrat, loin de se contenter d'une constatation, relève d'autant plus d'une appréciation. La finalité n'étant plus la même, les raisons et justifications du choix de cette recherche se déplacent et se diversifient.

Ce que les tribunaux souhaitent atteindre sous couvert de la recherche de la commune intention des parties pourrait, demain, être révélé au grand jour. La recherche d'une solution équilibrée compte tenu des intérêts en présence et des circonstances particulières, ou l'intérêt privilégié d'une partie compte tenu de ses faiblesses seraient des finalités que le juge pourrait revendiquer. Cette révélation de l'articulation des intérêts au regard des circonstances offrirait d'indéniables vertus. La construction d'une casuistique indispensable à la prévisibilité juridique pourrait être offerte par la consécration de l'interprétation raisonnable du contrat. Cette évolution serait possible dans le cas où les circonstances objet de l'interprétation raisonnable de la volonté seraient exposées. Ce raisonnement particulier évoque ce que la CEDH réalise déjà dans un nombre important de litiges. Sur ce dernier point, le contrat est de plus en plus amené à faire l'objet de l'influence de l'appréciation des juridictions européennes, particulièrement celle de la CEDH.

⁷¹⁸ G. HELLERINGER, « Quand les parties font leur loi. Réflexions sur la contractualisation du pouvoir judiciaire d'interprétation », in *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 275 et s., spéc. p. 304.

Paragraphe 2. L'immixtion de la CEDH dans l'interprétation du contrat : porte d'entrée de l'appréciation circonstancielle

207. L'évolution de l'interprétation de la volonté des parties vers une prise en compte accrue de l'évolution du contexte. Les circonstances contextuelles ainsi que les circonstances plus personnelles aux contractants seraient des éléments pertinents de l'appréciation « raisonnable ». Si l'étendue des circonstances personnelles prises en compte est difficile à délimiter, la précision temporelle des circonstances contextuelles est d'autant plus délicate. Le respect de la distinction entre formation et exécution du contrat voudrait que seules les circonstances contemporaines à la formation soient envisagées, peu importe les difficultés relatives à l'interprétation du contrat se révélant lors de son exécution. La volonté est réputée accoucher du contrat comme norme autant que contenu, ce qui justifie sa force obligatoire ainsi que son intangibilité, sans donner plus de crédit aux circonstances de son exécution⁷¹⁹. Le refus d'adaptation du contrat aux circonstances lors de son exécution se justifie par le principe de force obligatoire. L'analyse des circonstances de l'exécution dans l'interprétation du contrat apparaît comme un non-sens, la volonté ne pouvant s'exprimer qu'au moment de la formation. Admettre cette prise des circonstances particulières reviendrait à accepter une actualisation de l'interprétation de la volonté. Cette orientation, qui était jusqu'alors impensable en droit français, semble avoir séduit les juridictions européennes, et particulièrement la CEDH dans l'affaire *Pla et Puncernau c/ Andorre*⁷²⁰.

208. Le rôle reconnu de la CEDH dans l'interprétation de l'acte juridique accroît l'influence des circonstances. Dans une décision du 13 juillet 2004, la CEDH s'est prononcée sur l'interprétation d'une clause testamentaire prévoyant la transmission du patrimoine d'une mère à son fils sous réserve que celui-ci transmette à son tour l'héritage à un enfant issu d'un mariage « légitime et canonique ». L'héritier se maria canoniquement et adopta un fils quelques années plus tard. Il aménagea par la suite son testament en prévoyant de léguer à son enfant la nue-propriété et à sa femme l'usufruit du bien immobilier provenant de l'héritage de sa mère défunte. Après son décès, les cousins du fils adopté l'assignèrent en nullité du testament, ce que les juridictions andorranes reconnurent. Le Tribunal supérieur de justice d'Andorre, en appréciant la volonté de la défunte conformément aux circonstances contemporaines à la formation du contrat, précisa que celle-ci n'a pu envisager que le fils légitime puisse être un fils adoptif, car en 1939, date de rédaction du testament, les enfants adoptifs étaient considérés comme des enfants étrangers au noyau familial, « du point de vue tant juridique que sociologique ». Pour qu'il en fut autrement, le tribunal ajouta qu'il aurait été nécessaire que « l'intention de la testatrice de s'écarter du sens habituel de cette institution fût indubitable ». Le fils adoptif ainsi que sa mère saisirent la CEDH qui basa son argumentation sur la

⁷¹⁹ Sur la critique de cette acception de la prévision : O. PENIN, th. préc., n° 178 et s.

⁷²⁰ CEDH, 13 juill. 2004, n° 69498/01, *op. cit.*

discrimination que les requérants subissaient. La Cour reconnut que lorsqu'un acte juridique, en l'espèce une clause testamentaire, mais qui aurait pu être un contrat comme elle l'affirme explicitement⁷²¹, fait l'objet d'un doute dans son interprétation, son appréciation ne peut être cantonnée seulement aux circonstances de l'époque, en l'occurrence au « contexte social ». Le juge doit au contraire, « en présence d'un intervalle de temps aussi long, *au cours duquel de profonds changements sont survenus dans les domaines tant social qu'économique et juridique* » adapter son jugement à « ces nouvelles réalités » qu'il « ne peut ignorer »⁷²². En appliquant son raisonnement à la clause testamentaire, la Cour poursuit que les juridictions nationales doivent rechercher la volonté du *de cuius* « ainsi que l'effet utile du testament, tout en gardant à l'esprit que l'on "ne peut pas présumer que le testateur aurait voulu ce qu'il n'a pas dit" ».

La formulation adoptée par la Cour européenne a de quoi étonner. Après avoir considéré que l'évolution des circonstances postérieures à la formation d'un acte juridique devait être envisagée par les juges nationaux afin d'interpréter la volonté, circonstances que le testateur n'a pu envisager, conseiller de ne pas aller au-delà de ce que le testateur n'a pas dit est pour le moins surprenant, car la solution de la Cour a précisément pour effet de s'éloigner de la volonté du testateur. En l'occurrence, l'appréciation des circonstances contemporaines à la formation du contrat a moins de chance de trahir ce que le testateur aurait souhaité que d'envisager sa volonté par le prisme de l'évolution du contexte. Vraisemblablement, cette décision n'est pas guidée par l'objectif de se rapprocher de la volonté du testateur ou du contractant⁷²³, à l'époque de la formation de l'acte, mais par la nécessité de rendre une décision en équité, ou, à tout le moins, conforme aux valeurs défendues par les juridictions européennes, aux risques de tomber dans l'écueil de l'anachronisme. Cette constatation est d'autant plus flagrante lorsqu'elle est complétée par la justification de la CEDH sur son pouvoir d'interprétation directe des actes juridiques privés. Elle reconnaît explicitement que ce rôle est en principe dévolu aux juridictions nationales, sauf lorsque l'appréciation de la situation factuelle est « manifestement déraisonnable ou arbitraire, ou en flagrante contradiction avec les principes fondamentaux de la Convention ». La décision est rendue à l'égard d'un testament, où le rôle de l'intention en droit des libéralités est fondamental. Paradoxalement, l'interprétation de l'évolution des circonstances s'épanouirait avec d'autant plus de facilité à l'égard du contrat. En effet, la conciliation nécessaire des intérêts contractuels implique plus fortement une articulation faisant appel aux circonstances. Ce raisonnement est aujourd'hui habituel pour la CEDH, alors qu'il

⁷²¹ Att. 59 : « Elle (*la CEDH*) n'est pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés. Cela étant, dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou comme, dans le cas en l'espèce, en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention ».

⁷²² Att. 62 (nous soulignons).

⁷²³ Les juges admettent l'influence de circonstances externes dans la recherche de la volonté du testateur telles que la nature des relations personnelles entre le testateur et le gratifié, les habitudes individuelles du testateur comme l'affection de celui-ci pour sa maîtresse : Sur cette question : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 10^e éd., 2022, n° 406, spéc. p. 318.

devrait être d'un intérêt limité en droit contractuel français, la volonté des parties et la force obligatoire étant normalement rétives à l'attraction des circonstances.

209. Portée de la décision sur l'étendue des circonstances particulières dans le contentieux de l'interprétation de la volonté des parties. La portée de cette décision ne doit pas être mésestimée. En filigrane, les juges européens établissent que l'interprétation de la volonté contractuelle peut céder le pas au raisonnement proportionnel dès lors que l'interprétation, à la lumière des circonstances entourant indistinctement la formation et l'exécution, rendrait la décision inique. *L'influence de circonstances postérieures à la formation du contrat, permise par l'appréciation de la clause à l'époque de son examen, n'est plus justifiée par la reconstruction de la volonté, mais par la promotion des valeurs défendues par la CEDH.* M^{me} Rochfeld donne un élément supplémentaire accréditant l'idée d'une telle constatation. La Cour en l'espèce n'apprécie pas la justesse de l'interprétation réalisée par les juridictions nationales, mais plutôt « le résultat des décisions »⁷²⁴. L'interprétation faite par les juridictions nationales a pour effet de priver le requérant de son droit à la succession de sa grand-mère, provenant d'une différence de traitement devant être sanctionnée sur le terrain du principe fondamental de non-discrimination. Comme pour l'analyse en équité, l'inversion du syllogisme est ici patente. Le but doit primer sur l'interprétation et doit pour ce faire être envisagé en recourant à la méthode d'interprétation adéquate. Cette interprétation privilégie l'articulation des intérêts en présence qui implique une analyse des conséquences de la décision choisie plutôt que le respect de la volonté des contractants telle qu'elle s'est manifestée à la conclusion du contrat.

210. Création d'une nouvelle méthode d'interprétation des actes juridiques à la lumière de toutes les circonstances ? M. Libchaber souligne la particularité du contentieux relatif aux droits de l'Homme. Selon l'auteur, les tribunaux comme la CEDH « prennent en charge les situations particulières, de sorte qu'ils sont mieux à même que la règle, par nature générale et abstraite, de percevoir les injustices de détail »⁷²⁵. En revanche, toujours selon l'auteur, cette spécificité ne doit pas aboutir à une remise en cause du syllogisme qu'impose l'observation de la règle de droit au profit d'une appréciation exclusive des situations particulières⁷²⁶. Les mêmes critiques peuvent être formulées *mutatis mutandis* à l'encontre de la méthode d'interprétation de l'acte juridique.

⁷²⁴ J. ROCHFELD, « CEDH et interprétation des contrats en droit privé », *RDC* 2005, p. 654.

⁷²⁵ R. LIBCHABER, « Les transformations dans les sources du droit », art. préc., spéc. n° 21, p. 24.

⁷²⁶ R. LIBCHABER, *Ibid.*, n° 22, p. 24. L'auteur fait référence plus particulièrement à la méthode d'appréciation de la CEDH sur les questions qui relèvent de la marge d'appréciation des Etats membres faute de consensus européen. Tout en laissant l'opportunité aux juridictions nationales d'ériger des règles qui relèvent de sa compétence, telles que celles relatives à l'assistance au suicide, elle reproche régulièrement aux juges de ne pas avoir procédé à une analyse circonstanciée de la situation litigieuse particulière, qui autoriserait une solution contraire à la règle pourtant établie. En admettant ce genre d'exceptions légitimées par la particularité de la situation des parties, c'est une contestation de la règle elle-même qui est formulée en creux par les juges européens.

En admettant la possibilité d'apprécier la volonté des parties à la lumière de l'évolution des circonstances et des valeurs que la CEDH juge comme supérieures à d'autres, c'est toute la méthode d'interprétation des actes juridiques qui est battue en brèche. Cette décision a pour effet indirect de créer une nouvelle méthode d'interprétation. D'une analyse justifiée par le respect fidèle à la volonté pouvant se déterminer éventuellement à l'aide des circonstances, la Cour européenne prescrit une analyse « dynamique » du contexte de l'acte juridique. Cette interprétation n'était pas retenue en l'espèce par les juges des tribunaux andorrans, bien que l'un des raisonnements privilégiés par ces derniers conduisait au même résultat que celui retenu par la CEDH. En effet, le Tribunal supérieur d'Andorre a bien recherché la signification donnée à la clause « à la lumière des circonstances tant factuelles que juridiques de l'époque où le testament fut rédigé »⁷²⁷. Même si les juges andorrans ont adopté des méthodes d'appréciation divergentes sur la clause à interpréter, ils adhéraient implicitement à l'idée que l'acte juridique devait être interprété « dans le contexte social et familial de l'année 1939, date où le testament fut rédigé »⁷²⁸. Outre le comportement de la CEDH agissant comme un quatrième degré de juridiction⁷²⁹, les juges européens recommandent aux juges nationaux, en creux de leur décision justifiée par le principe de non-discrimination, d'analyser un acte juridique, non pas à l'époque de sa formation comme habituellement admis⁷³⁰, mais au moment de son appréciation devant les juridictions.

Il paraît bien difficile d'articuler une telle solution avec la recherche de la volonté. Mais si cette méthode d'interprétation est applicable pour le testament, testament dont la recherche est d'autant plus tournée vers le respect de la volonté du testateur, *a fortiori*, elle pourrait trouver une terre de promission en droit des contrats. La CEDH le reconnaît expressément en renvoyant de manière générale à l'ensemble des actes juridiques, dont le contrat. L'interprétation du contrat à l'aune de l'évolution des circonstances politiques et sociétales est encore plus flagrante dans une décision *Dimitri contre Turquie* du 5 juillet 2022⁷³¹. L'État défendeur, afin de justifier le respect de la volonté du fondateur d'une association, évoquait entre autres la primauté de la volonté du fondateur découlant du respect de la liberté contractuelle. Mais cette appréciation revenait pour les juges à nier l'exigence pour les États de faire respecter les obligations dites « positives ». La nature privée du litige n'est pas « de nature à exonérer l'État de ses obligations

⁷²⁷ N. BRATZA, Opinion en partie dissidente sous CEDH, 13 juill. 2004, n° 69498/01. Le Juge Nicolas Bratza exprime son désaccord avec la CEDH lorsqu'elle énonce que la décision du Tribunal supérieur était « déraisonnable, arbitraire ».

⁷²⁸ N. BRATZA, *Ibid.*

⁷²⁹ Expression utilisée par E. POISSON-DROCOURT, obs. sous CEDH, 13 juill. 2004, n° 69498/01, *D.* 2005, p. 1832.

⁷³⁰ Un courant doctrinal penche parfois pour l'appréciation au jour du décès du testateur. Par ex. : C. GRIMALDI, obs. sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 1986, *Defrénois* 1986, p. 33791 : « Le testament doit, à raison de sa révocabilité, être interprété en se plaçant au jour du décès ».

⁷³¹ CEDH, 5 juill. 2022, n° 70133/16, *RTD Civ.* 2022, p. 857, obs. J.-P. MARGUÉNAUD : la décision portait sur l'interprétation de la volonté de fondateurs d'une association créée en l'an 942 qui partageait les excédents des dons, après affectation à des œuvres de charité, entre les descendants masculins, excluant les descendantes féminines qui n'avaient droit qu'à une pension alimentaire et une aide vestimentaire. Les héritiers d'une descendante exclusive des excédents considérables de l'association saisirent la CEDH sur le fondement de l'art. 1^{er} du protocole additionnel de la Conv. EDH.

d'adopter certaines mesures nécessaires en vue de prévenir et de sanctionner la discrimination entre des personnes privées ». En somme, « ni le principe de l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle qui en découle » sont absolus. De l'aveu des juges européens, la solution du litige ne doit donc pas se faire à l'aune de l'interprétation de la volonté des parties, mais doit au contraire s'envisager comme une limite nécessaire à celle-ci lorsque l'évolution des circonstances et les conséquences excessives d'une interprétation stricte de la volonté contrarieraient l'intérêt d'un contractant⁷³². Finalement, les principes contractuels ne doivent plus s'envisager abstraitement, de manière déconnectée des contingences factuelles, mais doivent subir au contraire, lorsque la protection des intérêts le justifie, des limites dues à une appréciation des circonstances du contrat. Même l'interprétation de la volonté, qui était la problématique la plus épargnée par la logique de l'articulation des intérêts, n'échappe plus à ce genre de considération.

211. Influence possible de la CEDH par le renouveau des méthodes d'interprétation du droit français. Cette méthode d'interprétation trouverait potentiellement une assise confortable depuis la réforme du droit des obligations du 10 février 2016. Depuis l'insertion de la possibilité de rechercher une solution raisonnable, déconnectée de la recherche d'une prétendue intention contractuelle lorsque celle-ci est manifestement absente, l'influence « dynamique » à la lumière du contexte contractuel paraît d'autant plus envisageable. La lecture littérale de l'article 1188 alinéa 2 du Code civil ne s'y opposerait pas : il est nécessaire de replacer la personne raisonnable dans la même situation. La lecture stricte de l'article permet de ne pas enfermer la situation dans une temporalité définie. En découlerait une déformation de la personne raisonnable qui serait inévitablement augmentée d'un don de préscience. Finalement, l'individu remplaçant dans la même situation ne serait pas le contractant raisonnable, mais bien le juge lui-même. Par la nécessité de protéger certains droits⁷³³, la CEDH permet subrepticement de refaire un acte juridique à la suite d'une évolution des circonstances postérieure à la formation du contrat dont la nécessité de l'interprétation n'en n'est pas la cause, mais seulement l'occasion.

212. Résistance de la Cour de cassation à la jurisprudence de la CEDH. La Cour de cassation n'a pas fait sienne pour le moment cette méthode d'interprétation de la volonté. Un arrêt de la première chambre civile du 28 mars 2006⁷³⁴ en témoigne. Elle énonce dans un

⁷³² CEDH, *Ibid.*, cons. 145 : « En ce qui concerne l'argument selon lequel la volonté du fondateur était conforme au droit en vigueur à l'époque où elle a été exprimée, la Cour estime que celui-ci ne saurait être considéré comme décisif en l'espèce ».

⁷³³ Antérieurement à cette décision, la CEDH relevait la nécessité d'interpréter la Convention européenne des droits de l'Homme à la lumière des circonstances actuelles tels que les changements sociaux. Elle a appliqué ce principe dans l'arrêt CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, JDI 1982, p. 183, obs. P. ROLLAND. Elle l'a en l'espèce pour protéger sur le fondement de l'art. 8 Conv. EDH prévoyant le respect de la vie privée et familiale l'égalité successorale entre enfants légitimes et naturels. Elle l'observe également pour protéger le statut des homosexuels et des transsexuels. Par ex. CEDH, 22 déc. 1981, *Dudgeon c/ Royaume Uni*, Sudre, *Grand arrêts CEDH*, p. 346 et CEDH, 25 mars 1992, *B...c/ France*, D. 1993, p. 10, note J.-P. MARGUÉNAUD ; JCP 1992, p. 21955, note T. GARÉ.

⁷³⁴ Civ. 1^{ère}, 28 mars 2006, n° 04-11.380, *RJPF* 2006, n° 5/49, obs. J. CASEY.

chapeau à la suite de l'ancien article 1134 du Code civil que « si l'interprétation de la volonté du défunt, exprimée dans son testament, appartient exclusivement aux juges du fond, ceux-ci ne peuvent néanmoins refaire le testament qui leur est soumis en ne se référant qu'à des éléments d'appréciation extérieurs à ce document fondés sur des circonstances postérieures au décès du testateur ». En appréciant strictement la portée de la solution, la Cour de cassation ne ferme pas la porte à une appréciation des circonstances postérieures au décès du testateur, mais à la condition qu'elles ne contredisent pas les termes de l'acte ou les circonstances antérieures au décès. En l'espèce, un testateur conditionnait la légation universelle de son patrimoine à ses neveu et nièce à la condition de prendre en charge son frère toute sa vie durant. Ce frère est devenu par la suite pensionnaire d'une maison de retraite, ce qui a eu pour effet d'aggraver les frais financiers des héritiers. La Cour d'appel insista sur la modicité de l'émolument et considéra que le testateur n'avait pas prévu le séjour de son frère en maison de retraite, mais souhaitait seulement une « présence affectueuse » et des « soins qui ne lui seraient pas assurés par ailleurs ». La Cour de cassation écarta la réfaction du contrat en raison de cette évolution des circonstances augmentant la charge supportée par les héritiers. Cette décision se comprend, elle ne cristallisait pas comme dans la décision *Pla et Puncernau contre Andorre* la présence de valeurs défendues par la CEDH comme le principe de non-discrimination ou le respect du droit à la vie privée. Néanmoins, les juges français auraient pu adopter, comme le font les juges européens, un raisonnement proportionnel *in concreto* afin d'évaluer les conséquences excessives du changement de circonstances sur la situation des héritiers. Elle se refuse à le faire dans le contentieux de l'interprétation du contrat, du moins explicitement. Cette méthode d'analyse s'immisce plus confortablement dans des problématiques touchant à l'exécution du contrat et à la limitation des prérogatives contractuelles⁷³⁵.

213. Conclusion de la Section I. L'interprétation du sens du contenu du contrat a pour finalité première la découverte de la volonté des parties. Pourtant, le contentieux fait apparaître que cette recherche est largement tributaire des circonstances du litige. En étant une question factuelle, les juges du fond subissent un contrôle restreint de la Cour de cassation. Cependant, ces juges ne sauraient, sous peine de dénaturation, interpréter des clauses claires et précises quand bien même des raisons d'équité l'indiqueraient. Pourtant, le choix du juge de s'en tenir à la lettre contractuelle amène parfois à la confrontation entre les circonstances et l'accord. En revanche, le juge n'est pas limité par une compréhension littérale de la volonté. Il doit privilégier au contraire l'appréciation de la commune intention des parties au-delà de l'interprétation littérale comme le précise l'article 1188 alinéa 1^{er} du Code civil. L'appréciation de la commune intention autorise les juges, souvent implicitement, à se saisir d'éléments circonstanciels allant au-delà d'une lecture trop sévère de l'accord afin de protéger l'intérêt d'un contractant. La consécration par le législateur d'une possibilité d'interpréter « raisonnablement » le contrat en l'absence de commune intention décelable autorise là encore l'appréciation des circonstances

⁷³⁵ *Infra* n° 260 et s.

particulières, l'utilisation du standard étant l'un des instruments privilégiés de l'influence des circonstances. Le contentieux de l'interprétation du contrat est donc orienté vers la recherche de la volonté des parties, mais des solutions d'opportunité révélant une articulation des intérêts au regard des circonstances existent. L'immixtion de la CEDH dans ce contentieux déjà délicat pourrait d'autant plus accentuer le phénomène. Demain, « l'assujettissement du contrat à la Convention européenne des droits de l'homme » pourrait bien être total⁷³⁶. Dans des litiges impliquant la protection des droits fondamentaux défendus par la Cour européenne, l'appréciation des circonstances doit se faire postérieurement à la conclusion de l'acte juridique, notamment du contrat, afin que l'interprétation telle qu'elle transparaît de sa période de formation ne porte pas atteinte de manière disproportionnée au respect d'un droit fondamental invoqué par un contractant. Cette règle ne peut se concevoir comme une directive d'interprétation de la volonté. Elle est au contraire une exception à cette interprétation et est donc une limite à la liberté contractuelle justifiée par la protection d'un intérêt particulier. Des dispositions se rapprochent de cet éloignement pris avec la recherche de la commune intention des parties : cette dernière se révèle parfois insuffisante pour combler efficacement le contenu du contrat.

⁷³⁶ J.-P. MARGUÉNAUD, « L'assujettissement du contrat à la Convention européenne des droits de l'homme », obs. sous CEDH, 16 déc. 2008, *RTD Civ.* 2009, p. 281.

SECTION II. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR LA « COMPLÉTION » DU CONTRAT

214. Pouvoir créateur du juge déterminé par les seules circonstances du contrat. Même dans l'hypothèse où la volonté s'est exprimée, le juge l'écarte et ajoute parfois au contrat des obligations qui n'ont pas été envisagées, ni même souhaitées par les parties. En reprenant la célèbre formule de Josserand, la doctrine y voit un « forçage » du contrat⁷³⁷. Dans cette hypothèse, l'action du juge n'est plus seulement gouvernée par la recherche du sens de la volonté des contractants. L'ancien article 1135 dont la lettre a été reprise presque identiquement par l'article 1194 du Code civil prévoit, à côté de ce qui a été exprimé par les parties, « toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi ». Cette « complétion » est réalisée, non pas du fait de l'imperfection de l'expression de la commune intention des parties sur un point litigieux, mais bien parce que cette commune intention n'est pas nécessaire pour que le juge reconnaisse l'existence d'une obligation particulière⁷³⁸. La notion « d'interprétation créatrice » utilisée parfois par la doctrine révèle l'ambivalence d'une telle pratique, qui dénote avec la place conférée à la volonté des parties dans cette problématique⁷³⁹. Dans ces hypothèses, nous rejoignons les auteurs qui considèrent que l'article ne fait pas référence à la possibilité d'apprécier tacitement la volonté afin de combler le contrat, mais au contraire d'y ajouter un contenu original⁷⁴⁰. Cet avis est d'ailleurs confirmé par les modifications de l'article 1188 du Code civil. Quel serait l'intérêt pour le législateur de prévoir expressément la recherche de la volonté des parties à l'aide du standard du raisonnable si l'article 1194 du Code civil octroyait déjà au pouvoir judiciaire cette possibilité ? En conservant la lettre de l'article 1194 tout en prévoyant la possibilité d'interpréter raisonnablement la volonté à l'aide de l'article 1188, le législateur indique vraisemblablement que ces dispositions ont bien deux fonctions distinctes. En outre, le déplacement de l'article 1194 dans la partie du code dédiée à la force obligatoire finit de convaincre.

⁷³⁷ L. JOSSERAND, « Le contrat dirigé », *D.H* 1933, p. 89.

⁷³⁸ Ces obligations sont qualifiées comme procédant de « lois impératives » : B. FAGES, *Droit des obligations*, *op. cit.* n° 265 ; dans le même sens : N. MARTIAL-BRAZ, « L'objectivation des méthodes d'interprétation : la référence à la “personne raisonnable” et l'interprétation in favorem », *RDC* 2015, p. 193.

⁷³⁹ A. ETIENNEY-DE SAINTE-MARIE, « L'“interprétation créatrice” (...), art. préc.

⁷⁴⁰ Ph. JACQUES, *th. préc.*, p. 88, n° 36 : « Toutes ces raisons portent à croire que, s'agissant du contenu des conventions, l'article 1135 invite à distinguer “ce qui y est exprimé” des “suites”, ce qui relève de l'accord des parties de ce qui n'en relève pas. Ce n'est pas que les “suites” soient totalement coupées de ce dont les parties sont convenues ; simplement, il paraît exclu que les “suites” procèdent d'une manifestation tacite de volonté. D'autres auteurs, sans la relier à l'interprétation de la volonté, qualifie ce phénomène de « compléments d'équité » : A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 299 : l'auteur évoque les obligations « non stipulées et probablement non consciemment voulues par celui qui y est soumis, au simple motif qu'elles correspondraient à la justice contractuelle ». Cette terminologie serait « variable » car elle provient de « l'équité ». Dans le même sens : M. BILLIAU, J. GHESTIN et Ch. JAMIN, *Les effets du contrat*, *op. cit.*, n° 54 : il n'y a « aucun rapport de subsidiarité » entre l'interprétation de la volonté et l'interprétation « objective » car elles n'ont pas le même objet. Dans le même sens : B. CHAFFOIS, « Le champ contractuel », *D.* 2023, p. 1323., spéc. n° 22.

215. Plan. Si la volonté n'est plus le fondement de l'insertion de certaines obligations non prévues, quelle en serait la raison ? Par une métaphore originale, M. Jacques remarque qu'il « n'est peut-être pas plus dans la nature des accords de volontés d'avoir un champ étendu qu'il n'entre dans la nature d'une pierre de tomber brutalement, seul le cadre dans lequel les conventions sont placées, interviennent et sont recherchées, peut conduire à l'extension du contenu de l'accord de volontés qui est à leur origine, tout comme la même pierre chute plus ou moins selon qu'elle est lancée sur Terre ou dans l'espace »⁷⁴¹. Autrement dit, la « complétion » du contrat au visa du nouvel article 1194 du Code civil ne se révèle pas à l'aune de la volonté des parties, mais seulement à la lumière du contexte du contrat. Il est nécessaire de préciser la place des circonstances dans la détermination des suites contractuelles (Paragraphe 2) en recherchant d'abord à délimiter les solutions qui se rattacheraient directement aux circonstances du contrat (Paragraphe 1).

Paragraphe 1. Délimitation des obligations rattachées à l'influence des circonstances

216. Éviction des obligations jurisprudentielles liées à la nature du contrat. Par analogie avec ce que nous affirmions concernant la tendance à la reconnaissance d'éléments essentiels en contemplation de la nature du contrat⁷⁴², la création d'obligations supplémentaires par la jurisprudence, quand elle est faite exclusivement à la lumière d'un contrat particulier, sans considération des circonstances du contrat, ne fera pas l'objet de notre étude. Si à l'origine l'obligation de surveillance se faisait à l'aune de circonstances particulières compte tenu, notamment, de l'importance ou de la valeur de l'objet gardé, la consécration par la jurisprudence d'une obligation de surveillance pour certains types de conventions ne se fait plus à la lumière de l'analyse des circonstances du contrat, mais plutôt par l'analyse de « l'esprit de la convention »⁷⁴³. Bien que certains auteurs expliquent cette intervention du juge dans le contrat par le recours au concept d'équité, l'adjonction systématique d'une obligation, même extérieure à l'objet du contrat, trahit l'esprit de cette notion. Tout l'intérêt de l'équité réside dans la prise en compte de circonstances particulières qui ne se retrouvent pas de la même manière pour d'autres contrats de même nature⁷⁴⁴. Un auteur sur ce point écrit que « l'adaptation de la solution judiciaire aux circonstances concrètes est l'essence de l'équité, peu importe les essais

⁷⁴¹ Ph. JACQUES, *Ibid.*, n° 46, p. 106.

⁷⁴² *Supra* n° 37.

⁷⁴³ V. MARTINEAU-BOURNINAUD, « L'obligation contractuelle de surveillance », *LPA* 2001, p. 4.

⁷⁴⁴ Des auteurs privilégient une notion d'équité qui se rapproche d'autant plus d'un concept éloigné de la contextualité des contentieux. Certains y voient seulement l'opportunité d'exercer une mission « créative » devant s'accommoder de la sécurité juridique. Dans ce sens : P. BELLET, « Le juge et l'équité », in *Études R. Rodière*, Dalloz, 1981, p. 9 et s., spéc. p. 15 : l'auteur justifie l'influence de l'équité dans l'hypothèse où une règle de droit deviendrait inadaptée à l'évolution de la société. A propos de l'indemnisation de dommages causés par des accidents dans les contrats de transports : « il s'agissait, en l'espèce, non pas de savoir s'il était équitable que le jeune Lorans reçoive une indemnité, mais bien de décider si, d'une manière générale, la règle légale devait être interprétée en faveur des transports ou des transportés, dans l'intérêt du bien commun ». L'auteur se rapproche d'autant plus d'une interprétation « abstraite » de l'équité, détachée des circonstances particulières du litige.

d'objectivisation de certains auteurs »⁷⁴⁵. Ces obligations dégagées, comme l'obligation de sécurité, sont ainsi « devenues de véritables règles de droit positif dont le domaine d'application et le régime sont soumis au contrôle de la Cour de cassation »⁷⁴⁶, ce qui empêche de les considérer comme l'influence directe des circonstances du contrat⁷⁴⁷. M. Delebecque estime que ces obligations « sont soumises à la loi du lieu où se passent les faits qui en sont l'occasion, car elles sont plutôt le résultat de ces faits que du contrat lui-même »⁷⁴⁸. Les circonstances ont bien permis à l'origine l'insertion de ces obligations dans le contentieux rendu sur le fondement de l'ancien article 1135 du Code civil. Cependant, l'évolution de la matière ne fait plus des circonstances du contrat la source de ces obligations. Ce serait la nature du contrat qui inciterait le juge à insérer ces obligations accessoires⁷⁴⁹.

Peu importe la teneur et la diversité des circonstances, le juge conçoit qu'en présence d'une certaine catégorie de contrats, des obligations doivent être respectées par les parties alors qu'elles n'ont pas jugé utile de les envisager. Domat faisait référence, à côté de « toutes les suites que l'équité, les lois, et l'usage donnent à l'obligation où l'on est entré », à « tout ce que demande la nature de la convention »⁷⁵⁰. En prenant l'exemple de l'obligation de sécurité, celle-ci doit être observée systématiquement en présence d'un contrat de transport ou encore, lors d'une vente de produits dangereux⁷⁵¹. La même remarque est faite à l'endroit de l'obligation de surveillance reconnue dans les contrats de location de coffre-fort de banque⁷⁵² ou dans les contrats d'hébergement et de soin conclus entre les hôpitaux ou cliniques et leurs patients⁷⁵³. On peut encore référence à la place octroyée à l'obligation d'information envers certains professionnels⁷⁵⁴. Pourtant, l'équité est très souvent évoquée pour tenter de comprendre l'adjonction originale d'obligations que les parties n'avaient pas prévues⁷⁵⁵.

⁷⁴⁵ Ch. ALBIGES, th. préc., p. 81. Dans le même sens : H. DE PAGE, *A propos du gouvernement des juges : l'équité en face du droit*, Bruylant, 1931 : « l'équité exige toujours une certaine souplesse qui fait qu'elle ne peut s'appliquer qu'en considération des circonstances particulières du cas », p. 151.

⁷⁴⁶ Ch. ALBIGES, *Ibid.*, p. 324, n° 492.

⁷⁴⁷ Une auteure voit dans l'équité une notion à « caractère circonstanciel » qui « s'analyse comme une méthode d'évaluation », faisant de l'équité un « outil dialectique » : C. MERLIN, th. préc., n° 378-379, p. 215. Dans le même esprit : B. GELOT, th. préc. : l'auteur utilise la notion de « lecture personnalisée » de chaque contentieux grâce au recours à l'équité. La censure d'une interprétation vaut seulement pour une espèce jugée.

⁷⁴⁸ Ph. DELEBECQUE, th. préc., n° 24.

⁷⁴⁹ En ce sens : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op. cit., n° 454.

⁷⁵⁰ DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, I, I, III, § I, éd. Michel Brunet, rééd. 2017.

⁷⁵¹ Obligation de résultat du transporteur qui assume l'obligation « de conduire le passager à bon port, sain et sauf » : Civ. 21 nov. 1911, *DP* 1913. I. 249, cité par F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, op. cit., n° 614. La présence de l'équité « a commandé la décision des magistrats » et non la recherche de l'intention des parties. L'obligation de sécurité fut ensuite étendue à tous les contrats de travail à la fin du 19^e siècle. Sur ce point : A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, op. cit., n° 300.

⁷⁵² Com. 15 janv. 1985, *Bull. Civ.*, n° 296 : le banquier doit vérifier l'identité de la personne se présentant à lui pour ouvrir un coffre, même si celui-ci en possède les clefs. Même sens : Com. 9 févr. 2016, n° 14-20.006.

⁷⁵³ Civ. 1^{ère}, 19 mai 1992, *Bull. Civ. I*, n° 146, *RTD Com.* 1993, p. 162, obs. B. BOULOC.

⁷⁵⁴ Sur ce point : M. FABRE-MAGNAN, th. préc., p. 188 et s. : l'émergence et l'évolution des obligations d'informations « ont été largement inspirées de considérations morales » dans le but de protéger la partie faible du contrat.

⁷⁵⁵ En ce sens : H. BATIFFOL, « La « crise du contrat » et sa portée », art. préc., spéc., p. 26 : il existe « des raisons d'équité, de logique, d'utilité générale, qui conduisent à appliquer aux conséquences de la situation ainsi créée des solutions que les parties n'avaient pas prévues ou même n'auraient pas voulues si elles y avaient pensé ». Même sens.

217. Exclusion de l'influence des circonstances particulières dans la précision des suites contractuelles. L'équité, catalyseur de l'influence des circonstances particulières, est souvent présentée comme ayant un rôle primordial, voire restreint à la détermination des « suites contractuelles »⁷⁵⁶. En dépit des apparences, la majorité de cette pratique ne peut s'expliquer par l'influence de circonstances particulières à la relation contractuelle, mais par l'évolution du droit à l'égard d'un contrat particulier ou d'une profession précise. Un auteur remarque que « les obligations introduites étaient alors liées à la nature du contrat concerné et non plus aux spécificités de la relation particulière qui imposait un tel rééquilibrage. Il a ainsi pu être relevé qu'il ne s'agissait plus de cette subjectivité inhérente à l'équité, mais au contraire d'une réelle objectivation des principes pourtant fortement empreints, à l'origine de la notion »⁷⁵⁷. Pour l'auteur, cette objectivation de l'analyse débouche sur une « cristallisation » de la notion, son « application ne dépend plus seulement des circonstances liées à l'espèce »⁷⁵⁸. Pourtant, il reste parfois difficile de déterminer les contrats auxquels les juges reconnaissent, par exemple, une obligation de sécurité « car les tribunaux ont coutume de procéder en cette matière de façon purement empirique »⁷⁵⁹. Néanmoins, les auteurs estiment que « la détermination du domaine de l'obligation de sécurité ne dépend pas d'une analyse au cas par cas de la volonté implicite des parties. Il existe en effet des contrats qui sont toujours censés comporter une telle obligation et des contrats d'où elle est en principe exclue »⁷⁶⁰.

218. Détachement de l'obligation de sécurité des circonstances du contrat. De prime abord, la détermination de l'obligation de sécurité semble se rattacher seulement à la particularité des circonstances. Cependant, cette constatation n'est qu'une impression de façade. Les obligations de conseil, de renseignement ou de mise en garde en sont révélatrices. La question n'est pas de savoir si, à l'aune des éléments factuels contingents de la relation telle que la dangerosité de l'opération, une obligation de ce genre doit être reconnue. Elle revient à déterminer si, de manière générale, une obligation de conseil doit peser envers certains professionnels d'après la nature du contrat en cause et la qualité respective des parties. L'adjonction de ce genre d'obligations est donc « structurelle » et non pas « conjoncturelle ». Le projet Catala est éclairant sur cette constatation. Il précise dans un article 1150 que

⁷⁵⁶ En ce sens : Ph. SIMLER, « Interprétation du contrat », *J-Cl. Notarial Répertoire*, 2017, fasc. 30 : l'ajout au contrat « d'effets complémentaires que les parties n'ont nullement envisagés, voire que l'une des parties aurait sans doute recusés » paraît commandé par la seule équité. Dans le même sens : C. DESCAUDIN, th. préc., n° 253.

⁷⁵⁷ Ch. ALBIGES, th. préc., n° 492, p. 324. Il affirme en parallèle que « dans le cadre des relations contractuelles, a pu s'imposer de manière progressive un ensemble d'obligations, certes fondées à l'origine sur l'équité expressément déléguée au juge par le législateur à l'article 1135, mais qui sont devenues de véritables règles de droit positif dont le domaine d'application et le régime sont soumis au contrôle de la Cour de cassation ». Pour l'auteur, le recours à l'équité est justifié par les « seules les circonstances liées directement à l'espèce » (n° 493). Dans le même sens : S. ZAKI, « Définir l'équité », art. préc., p. 107 : « Sans être stipulée expressément, l'obligation de sécurité se dégage de la nature du contrat de transport, de soins médicaux, des jeux forains, etc ».

⁷⁵⁸ Ch. ALBIGES, *Ibid.*, n° 494, p. 325-326.

⁷⁵⁹ G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 500, p. 532.

⁷⁶⁰ G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Ibid.*, n° 501, p. 551.

« l'obligation de sécurité inhérente à certains engagements contractuels impose de veiller à l'intégrité de la personne du créancier et de ses biens ». L'obligation ajoutée est faite à l'aune de l'engagement contractuel, le terme « inhérent » insiste sur la nature quasiment « consubstantielle » de ces obligations⁷⁶¹. Certains auteurs dénie toute valeur contractuelle à l'obligation de sécurité reconnue pourtant en application de l'ancien article 1135 du Code civil. En effet, les circonstances dans lesquelles a eu lieu l'accident à l'origine de la reconnaissance de l'obligation de sécurité orienteraient naturellement le contentieux vers la responsabilité délictuelle. Ce faisant, le contexte à l'occasion duquel le dommage est survenu ouvre un droit à réparation envers la victime, peu importe sa qualité de contractant. Le juge serait déjà enclin à le faire, non au visa de l'article 1194 du Code civil, mais sur le fondement de l'article 1104 du même code consacrant le devoir de bonne foi⁷⁶².

Paragraphe 2. Création d'un contenu original directement rattaché à la constatation de circonstances particulières

219. Plan. Une majorité de suites contractuelles est ajoutée, non en raison de la particularité des circonstances du contrat, mais le plus souvent en contemplation de la structure du contrat en cause. En cela, l'équité, dont l'intérêt se conçoit en raison de sa capacité à faire pénétrer les circonstances dans le raisonnement judiciaire, n'aurait finalement que peu d'intérêt dans la compréhension de ce contentieux. La constatation est pour le moins paradoxale, puisque l'article 1194 du Code civil fait une référence expresse à l'équité dans la détermination des « suites contractuelles ». Toutefois, certaines décisions témoignent de l'intérêt des circonstances dans la détermination de certaines obligations (B) qui révéleraient le véritable intérêt de la notion d'équité (A).

A. L'équité permet l'adjonction d'obligations au regard des seules circonstances du contrat

220. Errements de la jurisprudence sur les critères de l'insertion d'un contenu original. Il serait trop rapide de conclure que l'insertion d'obligations non envisagées par les parties ne répond qu'à la structure du contrat. Cette pratique a certes son importance. Il est évident qu'un contrat de transport, ou un contrat de soins doivent comporter des obligations de sécurité, peu importe la particularité des circonstances du contrat. Il est encore dans la nature d'un contrat conclu avec un architecte, un médecin ou un notaire de prévoir une obligation d'information ou de conseil⁷⁶³. La reconnaissance de ces obligations est justifiée par l'évolution de la structure

⁷⁶¹ Dans le même sens : E. LOQUIN, « Équité », *op. cit.*, spéc. p. 428 : « il est vrai que dans cette fonction, l'équité a moins pour objet la relation contractuelle particulière que la nature du contrat concerné. Une règle de droit nouvelle est en réalité créée qui devient ensuite indépendante de l'équité ».

⁷⁶² *Infra* n° 227.

⁷⁶³ Cette constatation de la présence en toutes circonstances de ce genre d'obligations caractérise la nature particulière de ces dernières. Elles seraient moins des obligations contractuelles que des devoirs inhérents à l'exercice d'une profession particulière et qui, en cas de méconnaissance, seraient sanctionnés sur le terrain de la

d'un type de contrat. Le contexte particulier de la relation contractuelle joue rarement dans ces hypothèses afin d'ajouter ce genre d'obligations. En cela, il est d'autant plus question d'évolution du droit des contrats dans son ensemble que d'évolution d'un contrat particulier liant des individus désignés dans des circonstances singulières.

221. L'ajout d'obligations à la lumière des seules circonstances. La découverte des « suites contractuelles » ne se réduit pas au type de contrat concerné. Méconnaître cet aspect reviendrait à trahir la réalité judiciaire et nier la raison d'être de l'article 1135 du Code civil, qui se conçoit originellement par la recherche circonstanciée d'un contenu original. L'intérêt de cet article est souvent éludé par les auteurs. Les efforts de la doctrine pour révéler les critères pertinents des contrats concernés par l'ajout, par exemple, de l'obligation de sécurité, démontrent l'impossibilité d'expliquer toutes les décisions jurisprudentielles. Doit-on y voir l'empreinte d'une appréciation circonstancielle adoptée par les juges qui serait escamotée afin de se conformer au vœu pieux de prévisibilité et de sécurité ? La réponse est certainement positive.

222. Gauchissement de l'interprétation littérale de l'article 1194 du Code civil. La détermination des suites contractuelles ne peut, très souvent, être le résultat de l'influence des circonstances ponctuelles d'un contrat particulier. Il ne faut pas en tirer la conclusion hâtive que le juge refuse d'ériger une obligation spécifique quand les seules circonstances le recommanderaient. L'appréciation littérale de l'article 1194 montre au contraire que la disposition serait conçue dans cette finalité. Une auteure précise sur ce point que « la créativité judiciaire semble, en la matière, illimitée et de nouvelles obligations apparaissent aussi spontanément que le nécessitent les circonstances de l'espèce »⁷⁶⁴. Elle poursuit en affirmant que la compréhension de la lettre l'article a été trahit par l'interprétation donnée par la doctrine et les juges qui, postérieurement aux décisions admettant l'adjonction d'obligations originales, ont souhaité donner une assise juridique confortable en recourant au visa de 1135 du Code civil⁷⁶⁵. Sa compréhension littérale supposerait alors de se rattacher à l'influence des circonstances du contrat grâce à l'équité. L'explication du recours à la « nature de l'obligation » serait insuffisante. D'ailleurs, la nouvelle mouture de l'article 1134 du Code civil a évincé cette dernière référence. Pourtant, la même auteure pense à propos de l'obligation de sécurité, qu'elle serait « extraite de la seule essence du contrat de transport, sans avoir besoin de recourir aux suites du contrat commandés par l'influence de l'équité, des usages ou de la loi »⁷⁶⁶.

responsabilité délictuelle. En ce sens : J. DE POULPIQUET, *La responsabilité civile et disciplinaire des notaires : de l'influence de la profession sur les mécanismes de la responsabilité*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 136, 1974, spéc. p. 192 et s.

⁷⁶⁴ C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil (Une nouvelle source du contenu contractuel)*, préf. D. Ferrier, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 460, 2006, p. 4.

⁷⁶⁵ C. MOULY-GUILLEMAUD, *Ibid.*, p. 7-9.

⁷⁶⁶ C. MOULY-GUILLEMAUD, *Ibid.*, p. 49, n° 46.

223. Faveur pour l'interprétation circonstancielle de l'article 1194 dans la découverte des « suites contractuelles ». La détermination des suites contractuelles serait donc le plus souvent orientée par le type de contrat passé que par l'influence des circonstances. Cependant, la référence à l'équité faite par l'article 1194 du Code civil offrirait au juge la possibilité de dicter le choix des obligations complémentaires à la seule lumière des circonstances du contrat. Cette méthode d'appréciation n'obtient pas les faveurs de la pratique judiciaire. Pourtant, elle propose des avantages indéniables. L'adjonction de ces obligations s'envisagerait par un raisonnement d'opportunité et non plus par une application « mécanique », à l'aune de la seule nature du contrat ou de la qualité des parties en cause. Face à des circonstances particulières, le juge devrait pouvoir reconnaître l'insertion d'obligations originales sans que la solution soit justifiée par la nature du contrat. Cette analyse circonstancielle autoriserait le juge à créer des obligations au-delà des seuls types de contrats au regard desquels ces obligations se justifieraient par « nature ». Il ne serait pas seulement question d'étendre ces insertions, la constatation inverse parfois se justifierait. Quand bien même le type de contrat en cause indiquerait l'existence d'une obligation spéciale d'information, la seule analyse des circonstances, avec l'appui de l'équité, évincerait sa création lorsque l'équilibre de la relation contractuelle ne le recommanderait pas. Ce raisonnement se rapprocherait ainsi d'une articulation des intérêts au regard des circonstances particulières comme l'adopte la CEDH. Ces hypothèses sont loin d'être seulement théoriques et exceptionnelles. Il peut apparaître par exemple que le créancier d'une obligation d'information, au regard de ses compétences particulières ou en raison du contexte de formation, ne méritait pas une telle protection⁷⁶⁷. En effet, si l'équité est le fondement de l'existence de ces obligations, et que cette équité se conçoit seulement par l'analyse circonstancielle du contrat, elle serait autant capable d'insérer un contenu original qui se justifie à l'aune du contexte, que de renier la pertinence de cette « complétion » quand elle ne serait pas justifiée par les circonstances. Des arrêts illustrent cette analyse particulière de l'article 1194 du Code civil.

B. Illustrations jurisprudentielles de la reconnaissance d'obligations en raison des seules circonstances du contrat

224. Solutions privilégiant l'analyse des circonstances dans la détermination des suites contractuelles. Cette appréciation circonstancielle des suites du contrat se constate déjà en jurisprudence. Les juges ne reconnaissent pas seulement des suites contractuelles en considération de la « nature de l'obligation ». Par exemple, lorsque l'appréciation du contexte mettrait en exergue la dangerosité inhérente de l'opération contractuelle, les juges auraient le

⁷⁶⁷ Le même constat est formulé à l'égard des vices du consentement : l'erreur, voire le dol, ne se départissent pas d'une analyse de la situation particulière de la victime du vice. Le caractère excusable de l'erreur englobe en partie cette constatation. La même idée se retrouve pour la légitimité d'obligations d'information. La position de « faiblesse » apparente d'une partie, souvent l'acheteur, présume l'obligation d'information, mais son intensité, ou son existence ne se conçoit plus face à un acheteur avisé.

choix d'ériger une obligation de sécurité ou de surveillance qui permettrait à la victime de faciliter la preuve de la faute et par conséquent, son indemnisation.

225. Admission de l'obligation de surveillance à l'aune des seules circonstances. La jurisprudence parfois l'admet pour l'obligation de surveillance⁷⁶⁸ qui se distingue de l'obligation de sécurité. Il existerait des activités qui imposeraient une surveillance, et des activités qui le seraient seulement en considération des circonstances particulières tenant en partie à la personnalité des contractants. Le juge le reconnaît sporadiquement à l'occasion de contrats liant des cliniques à leurs patients atteints de dépression alors que les soins n'étaient pas prodigués pour traiter cet état⁷⁶⁹. Les juges le font aussi à l'égard de clientes d'un salon de coiffure imposant couramment à celles-ci de déposer leurs bagues à leur entrée⁷⁷⁰. À côté de l'existence de cette obligation, les mêmes circonstances permettent de déterminer son intensité. La première chambre civile reprocha ainsi à une clinique de ne pas avoir appliqué « les exigences afférentes à cette obligation » en « fonction de l'état du patient »⁷⁷¹. Cornu en analysant ces solutions affirmait que « la véritable mission des juges du fond consiste dans chaque espèce, à tenir compte de toutes les circonstances » et qu'ils leur revenaient, à l'occasion d'un litige sur l'obligation de surveillance d'un restaurant, de prendre en compte « la classe de l'établissement et la disposition des lieux, toutes considérations rattachées aux obligations implicites que l'usage et l'équité donnent à l'obligation du restaurateur entrant dans les critères souples de l'article 1135 du Code civil »⁷⁷². L'intérêt des circonstances se trouve aussi dans leur capacité à autant caractériser l'existence de suites contractuelles qu'à en réfuter la consécration. C'est ainsi que le contrat liant une patiente à son radiologue ne contient aucune obligation de surveillance, car la première « n'était sous l'influence d'aucun produit ayant pu affaiblir ses capacités physiques ou de discernement qui auraient nécessité une vigilance particulière »⁷⁷³.

226. Objectif de mise en ordre de la jurisprudence consacrant les suites contractuelles à la lumière des circonstances. Admettre la finalité de l'article 1194 du Code civil comme créateur d'obligations du fait des circonstances ramènerait dans son giron toutes les solutions jurisprudentielles qui, sous couvert de l'interprétation de la volonté des parties, façonneraient le contenu du contrat. L'utilisation de ce fondement consacrerait l'équité comme source normative

⁷⁶⁸ Pour une définition de l'obligation de surveillance : V. MARTINEAU-BOURGINAUD, art. préc.

⁷⁶⁹ CA Caen, 3 juillet 1961, *D.* 1962, somm. 10 : la clinique était tenue à une obligation de surveillance dès l'instant où « le médecin traitant comme présentant un certain délire et un état dépressif, l'a placé au deuxième étage dans une chambre avec porte-fenêtre démunie de tout dispositif de sécurité ou d'alerte ».

⁷⁷⁰ Bien que la décision soit censurée en l'espèce faute pour les juges du fond de ne pas avoir caractérisé le dépôt nécessaire ou l'existence d'une obligation accessoire de surveillance : Civ. 1^{ère} 8 fév. 2005, n° 01-16.492, *LPA* 2006, p. 19, obs. P. GUEZ. Dans le même esprit, le dépôt nécessaire a été reconnue à l'égard de clients d'un salon de coiffure : CA Aix-en-Provence, 21 sept. 1988, *Juris-Data* n° 047702.

⁷⁷¹ Civ. 1^{ère}, 18 juill. 2000, n° 99-12.135, publié au Bulletin, *RTD Civ.* 2001, p. 146, note P. JOURDAIN.

⁷⁷² G. CORNU, obs. ss Civ. 1^{ère}, 18 nov. 1975, *Bull. Civ. I*, n° 333, *RTD Civ.* 1976, p. 369.

⁷⁷³ Civ. 1^{ère}, 9 nov. 1999, *JCP G* 2000, p. 10251, note Ph. BRUN.

de la création du contenu contractuel au regard des seules circonstances du contrat⁷⁷⁴. Les décisions judiciaires postérieures à la réforme du droit des obligations du 10 février 2016 pourraient se tourner vers ce choix. Aucun obstacle, si ce n'est celui de l'habitude, ne s'impose à cette orientation. C'est d'ailleurs ce qu'elle fait parfois, non au visa de l'article 1194 du Code civil, mais par le recours au concept de bonne foi.

227. Insertion d'obligations particulières sur le fondement de la bonne foi à la lumière des circonstances. Certaines décisions s'expliquent d'autant plus par la nécessité de prévoir des obligations qui se justifient exclusivement par les circonstances. Dans une décision de la chambre commerciale du 14 novembre 2018⁷⁷⁵, les magistrats retiennent la présence de certaines circonstances pour caractériser l'existence d'une clause de non-concurrence « implicite » présente dans un contrat de franchise. Les circonstances relevées par ces derniers tiennent à la personnalité du franchisé, « déterminante pour le franchiseur dans la conclusion du contrat de franchise » et la possibilité pour le franchiseur de refuser le transfert du contrat à une personne exploitant un réseau de restaurants concurrents. La décision est tout de même rendue sur le fondement de la commune intention des parties. Les juges ne s'en contentent pas, puisqu'ils invoquent en parallèle « une situation incompatible avec l'exécution loyale du contrat par la société franchisée », autorisant le franchiseur à résilier le contrat en cours. Afin de ne pas étendre à outrance l'utilisation de la loyauté et de la bonne foi, le recours à l'article 1194 du Code civil dans ce genre de contentieux doit être préféré. En effet, la création d'un contenu original qui ne peut être justifiée par la volonté des parties, mais qui est recommandée par la substance des circonstances, est un exemple topique de l'utilité assignée à cette disposition.

Une question parallèle s'impose : qu'est ce qui empêcherait le juge de paralyser voire de supprimer certaines obligations si les circonstances permettent parfois d'en ajouter ? *A contrario*, cette décision autoriserait de retrancher du contrat certaines obligations en contradiction avec le contexte. Cette possibilité est pourtant interdite par les juges. La célèbre décision *Les Maréchaux* précise que le fondement de la bonne foi ne permet pas d'« atteindre la substance des droits et obligations ». La compréhension de ce manque de parallélisme se conçoit sans mal. L'appréciation de l'existence d'obligations est souvent faite sous couvert de détermination implicite de la volonté. Le juge se révèle toujours plus audacieux lorsqu'il est abrité par la commune intention que lorsqu'il doit admettre qu'il est seul à l'origine de la modification du contrat déterminée en raison des circonstances. En l'espèce, la justification par la volonté est insuffisante puisque les juges précisent que l'absence de clause de non-

⁷⁷⁴ Source normative de l'équité reconnue par de nombreux auteurs : G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Ibid.*, n° 484, p. 509 : ils rappellent « l'existence d'un texte dont l'importance a été longtemps occultée » qui n'est autre que l'ancien article 1135 du Code civil. F. ZÉNATI, « Le juge et l'équité », *Annales de la faculté de droit de Lyon*, L'Hermès, 1985, p. 93, §10 : « l'équité se trouve ainsi investie du statut de source du droit dans un domaine majeur, le droit des contrats ».

⁷⁷⁵ Com. 14 nov. 2018, n° 17-19.851, *RTD Civ.* 2019, p. 100, obs. H. BARBIER, *D.* 2019, p. 783, obs. N. FERRIER, *AJ Contrat* 2019, p. 92, obs. S. REGNAULT, *LEDICO* 2019, p. 2, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS.

concurrence contrariait le respect de la bonne foi. Encore une fois, le fondement de l'article 1194 est préférable.

228. L'équité : fondement adéquat de l'insertion d'obligations justifiée par la présence de circonstances particulières. L'utilisation du fondement de l'article 1194 du Code civil doit être encouragée pour plusieurs raisons. D'un point de vue formel, la reprise quasiment identique du contenu textuel de l'ancien article 1135 du Code civil indique que le législateur est attaché à ce dispositif. Ensuite, son utilisation éclaircirait la pratique judiciaire sur l'appréciation du contrat. Certaines décisions judiciaires s'expliquent mal par l'interprétation de la commune intention des parties. L'article 1194 du Code civil, détaché de l'interprétation de la volonté, aurait un intérêt renouvelé. Le comblement du contrat dicté par les circonstances serait la fonction dévolue à l'équité, tandis que l'appréciation de la commune intention des parties servirait à seulement éclairer la lettre contractuelle. La compréhension de ces deux dispositifs en ressortirait grandie⁷⁷⁶.

⁷⁷⁶ Les auteurs ne pourraient plus fustiger les décisions rendues sous l'auspice de l'interprétation du contrat, pas plus qu'ils ne pourraient dénoncer l'absence de portée interprétative de l'art. 1194 C. civ., l'appréciation reposant, comme l'affirme une auteure, sur une « construction prétorienne (...) seul argument au soutien » de cette position : C. MOULY-GUILLEMAUD, th. préc., n° 104, p. 105.

229. Conclusion de la Section II. Les circonstances particulières seraient des éléments tirés du contexte contractuel qui justifieraient le choix du juge dans la greffe d'un contenu original, détaché de toute intention contractuelle, afin de rechercher l'équilibre du contrat. En effet, l'équité a pour fonction l'analyse du contexte contractuel. Mais ce sont les circonstances particulières qui orientent l'opportunité d'ajouter, ou de retrancher au contrat. Si l'importance de l'équité est depuis longtemps objet de réflexions de la doctrine, la place accordée aux circonstances est en majorité absente. Le contrat n'est donc pas seulement façonné à la mesure de l'intention des parties. L'équité autoriserait, quand les circonstances l'indiqueraient, de le compléter, voire de la contredire. La référence aux circonstances est souvent faite pour cristalliser le danger que représente cette appréciation, car elles empêchent d'ériger des solutions s'intégrant dans un système identifié et prévisible. C'est en réalité une contradiction. Peut-on reprocher à l'analyse circonstancielle d'empêcher la construction d'un système cohérent, lorsque tout son intérêt est justement de ne pas y prétendre ? Les auteurs reconnaissent la grande part de casuistique dans le contentieux de l'interprétation. Il s'agirait d'aller jusqu'au bout de cette constatation. Si l'interprétation du contrat est casuistique et factuelle, pourquoi ne pas au contraire aller vers la reconnaissance de ces circonstances qui sont souvent les seuls éléments éclairant le sens des décisions judiciaires ?

Cette solution est en effet salutaire. La précision des circonstances par les juges permettrait d'ériger une casuistique du contentieux de l'interprétation qui rassurerait les praticiens et la doctrine. Certes, la part de singularité des circonstances est irrémédiable. Néanmoins, cette honnêteté du rôle de ces dernières livrerait les grandes lignes des différentes orientations judiciaires déterminées suivant la particularité des circonstances. Pour les sceptiques d'un tel mode de raisonnement, cette solution serait aussi bienheureuse. Ils trouveraient l'occasion de formuler des critiques précises à l'encontre de l'influence des circonstances dans ces litiges. Ils ne peuvent se contenter de reléguer ces décisions à des arrêts d'espèce en affirmant, au mieux qu'elles n'ont pas un grand intérêt pour la construction d'une théorie générale du contrat, au pire qu'elles sont un danger pour la prévisibilité et la sécurité juridique. Cette approche renouvelée de ce contentieux pourrait indirectement rassurer le juge qui ne serait plus tenté d'éluder les raisons profondes des décisions quand elles sont motivées par la particularité du contexte. La détermination des suites contractuelles par l'équité à la lumière des circonstances en serait facilitée. Elle éviterait en outre d'arrimer presque systématiquement la méthode d'interprétation à la recherche de la commune intention des parties quand elle ne le justifierait pas. Paradoxalement, le respect de la liberté et de la volonté contractuelle en seraient renforcés, puisque la sincérité dans cette démarche permettrait d'envisager des limites plus précises à l'intervention judiciaire.

230. Conclusion du Chapitre II. Le contentieux de l'interprétation du contrat évolue vers l'influence toujours plus franche des circonstances du contexte contractuel. La consécration de l'interprétation « raisonnable » démontre que l'accord ne se réduit pas à la commune intention des parties. Les circonstances permettent de rechercher une solution équilibrée entre les intérêts des contractants. L'article 1194 du Code civil offre la possibilité de déterminer les suites contractuelles suivant l'équité. Le pratique judiciaire montre que l'ajout d'obligations comme celle de sécurité ou d'information est justifié souvent par rapport à la nature du contrat en cause. Néanmoins, l'une des raisons d'être de l'équité est d'octroyer à l'interprète une méthode de raisonnement sensible aux circonstances particulières. Le juge a donc la possibilité, sur le fondement de cet article, d'ériger, ou de refuser, ces obligations nouvelles sur la seule observation des circonstances. Des décisions prouvent cette possibilité. Elle a le mérite de ne pas rendre automatique l'insertion de nouveaux éléments qui ne seraient pas justifiés par les circonstances du contrat. Contrairement à ce que l'on pourrait admettre de prime abord à l'égard du raisonnement circonstanciel, son épanouissement pourrait garantir sécurité et prévisibilité. Finalement, quand tout montre que le créancier potentiel d'une obligation de sécurité ou d'information n'est pas légitime à réclamer cette protection en raison des circonstances, rien ne justifie de lui accorder. L'influence des circonstances protège ainsi les contractants qui ne sont pas considérés habituellement comme les parties faibles. La prégnance du contexte en droit des contrats est encore confirmée par la jurisprudence de la CEDH en la matière. Le contrôle de proportionnalité *in concreto*, dont l'essence est l'analyse des circonstances menant à l'articulation des intérêts, s'applique à l'interprétation du contrat quand le droit fondamental d'un contractant est susceptible d'être contrarié.

Pour toutes ces raisons, l'interprétation du contrat, contentieux qui était censé être le plus épargné par la pesée des intérêts à la lumière des circonstances, ne fait pas exception au principe. Si le changement dans le raisonnement est profond, il n'est pas nouveau. L'appréciation des circonstances afin de ménager les intérêts des contractants s'exerçait déjà par le prisme de la recherche de la commune intention des parties. Mais les dispositions de la réforme du droit des obligations du 10 février 2016 accentuent l'existence du phénomène. Le juge a donc le choix de s'écarter de la prétendue recherche de volonté quand celle-ci est obscure afin d'envisager des circonstances qui orientent une décision raisonnable, équilibrée. Pour une adhésion des individus au système judiciaire, la clarté des motifs représente un enjeu nécessaire. La motivation enrichie des décisions, volonté affichée de la Cour de cassation, doit être appliquée à ce contentieux par souci de clarté et de cohérence.

231. Conclusion du Titre II. Les circonstances sont au cœur du contentieux de l'interprétation du contrat. De prime abord considérées comme des éléments de preuve de la volonté, elles autorisent à apprécier l'intérêt des parties en cause. Lorsqu'une clause du contrat est obscure, il est très difficile, voire impossible, de déterminer ce sur quoi les parties se sont exactement accordées. C'est alors que des circonstances étrangères à la recherche *stricto sensu* de cette volonté pourront orienter l'analyse vers la protection subreptice d'un contractant particulier. Cette protection est reconnue selon des circonstances particulières, uniques à la relation contractuelle, non suivant un critère « structurel » comme peut le faire le statut de consommateur ou encore de salarié. Mais l'ampleur de cette pratique est délicate à cerner. Les juges se retranchent en majorité derrière l'appréciation de la commune intention des parties. L'assise est tant confortable qu'elle leur permet parfois d'apprécier des circonstances de l'exécution du contrat afin de procéder à son adaptation sans toutefois l'affirmer ainsi. Cette influence du changement de circonstances sur la détermination du contenu du contrat est admise largement aujourd'hui dans des dispositions spécifiques. Mais le contentieux de l'interprétation en serait de prime abord épargné. Pourtant, des décisions de la CEDH montrent qu'elle serait susceptible de s'épanouir en droit des contrats français lorsque la recherche du sens de la volonté s'achopperait à la protection de certains droits fondamentaux dont la protection est assurée avec une particulière acuité par les juges européens. Les recommandations sont claires : l'évolution des circonstances doit être envisagée à l'égard des problématiques d'interprétation de la volonté et ce, peu importe l'acte juridique concerné. Cette méthode d'interprétation serait un changement radical ; l'interprétation n'en serait plus une. Le juge procéderait à une refaçon du contrat si les circonstances le justifiaient afin de protéger l'individu-contractant, brouillant ainsi les frontières entre la formation et l'exécution. Du reste, cette volonté se révèle parfois non plus simplement obscure, mais bien inutile à déterminer les suites contractuelles. L'article 1194 du Code civil n'est pas une directive d'interprétation de la volonté, mais complète le contenu du contrat. L'appréciation circonstancielle, permise textuellement par la notion d'équité présente dans la disposition, doit s'envisager comme une directive complétive de la volonté des parties. Finalement, la volonté est insuffisante à déterminer l'ensemble du contenu contractuel. Les circonstances contraignent à l'ajout d'éléments non prévus par les contractants. En cela, les circonstances du contrat sont empreintes d'une puissance normative, à l'image des usages et de la loi, que le juge ainsi que la doctrine reconnaissent rarement de façon explicite.

232. Conclusion de la Première partie. Instrument privilégié des échanges, le contrat est habituellement conçu comme la « chose » des parties. Pétri de la conception volontariste, elle-même fille de la thèse, souvent exagérée, de l'autonomie de la volonté, le contrat naîtrait par son impulsion. Tant la norme que son contenu obligationnel⁷⁷⁷ seraient façonnés par la volonté. L'enjeu serait de parvenir à reconstituer le consentement mutuel, puisque le contrat est avant tout une rencontre de volontés faite d'entente, de compromis, et toujours de conflits une fois l'accord soumis à la prudence du juge. Les tribunaux doivent impérativement trancher le litige selon la boussole du respect de la commune intention. Le juge endosse la délicate mission de sonder les esprits afin de rechercher la vérité qu'au moins deux individus ont construite. Il analyse la relation tissée qui prétend à la qualification contractuelle en analysant les documents, les échanges entre les parties, leurs comportements, en somme : les circonstances. La diversité des circonstances servirait à caractériser la volonté contractuelle. Elles ne seraient alors que le matériau utile à l'appréciation de l'existence de la volonté afin de définir l'existence du lien contractuel et la substance de son contenu. Pourtant, cette seule finalité est bien trop réductrice. Deux enseignements sont à retenir.

233. Premier enseignement : l'appréciation de la commune intention des parties abrite parfois une appréciation des circonstances particulières afin d'articuler les intérêts des contractants. L'appréciation de l'intention des parties ne peut se résumer à une simple *constatation* de volonté. La décision judiciaire, en étant un choix entre plusieurs possibilités, est bien plus une *construction*. L'appréciation des circonstances particulières ne se conçoit pas seulement par la recherche stricte de la commune intention des parties, mais par la détermination d'une solution justifiée par la protection d'un intérêt particulier. Cette dernière est admise aujourd'hui structurellement par des pans de droit entier, tel que le droit de la consommation ou le droit salarial. En revanche, le droit commun des contrats n'intégrerait pas cette inégalité factuelle des parties. Pourtant, les juges analysent les circonstances relatives aux individus-contractants, ou d'un contexte factuel particulier, qui élargissent son appréciation à d'autres considérations que la seule compréhension stricte de la commune intention. La protection accordée n'est donc pas structurelle, mais conjoncturelle, car elle dépend de circonstances particulières d'un litige unique. La multiplication des standards, l'appréciation permissive de la commune intention des parties, la théorie des vices du consentement sont autant d'éléments que le pouvoir judiciaire manie à la lumière des circonstances du contrat. Le besoin de protection ne s'envisage pas exclusivement à l'égard des contractants considérés habituellement comme parties faibles. Tout l'intérêt du raisonnement circonstanciel réside dans cette particularité. Si les circonstances mettent en lumière que la protection est illégitime, ou encore inutile, elle doit être refusée. Paradoxalement, l'analyse des circonstances du contrat lutte contre les méfaits du conceptualisme qui est parfois l'ennemi de la sécurité et de la prévisibilité juridique qu'il est supposé promouvoir et garantir.

⁷⁷⁷ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc.

234. Second enseignement : le juge doit se passer de la caractérisation de la volonté quand celle-ci est inexistante, ou encore inutile. Les circonstances particulières, loin d'être reléguées à de simples indices de volonté, sont, dans ces situations précises, source de normativité. Seules les circonstances particulières indiqueraient parfois l'opportunité de l'existence d'un contrat ou d'un élément contractuel, sans passer par le recours de la commune intention. Le standard du raisonnable, méthode d'analyse des circonstances particulières, renforce la porosité de l'accord contractuel à son environnement factuel. L'acceptation n'a pas été formulée, mais les circonstances donnent au silence valeur d'acceptation. L'obligation de sécurité n'a pas été prévue, mais les circonstances démontrent que le contrat devait l'intégrer. L'évolution postérieure des circonstances concurrence la compréhension de la volonté telle que manifestée lors de la formation de l'accord. *A contrario*, ces mêmes circonstances orienteraient vers l'absence de qualification contractuelle, sans avoir besoin de recourir au concept nébuleux d'absence de volonté de s'engager. Il serait excessif de nier l'utilité du concept de volonté dans la formation et l'exécution du contrat. Cependant, elle est insuffisante dans la compréhension de certains contentieux. Une théorie du droit des contrats cohérente et réaliste ne peut faire abstraction de cette dimension circonstancielle, escamotée en raison de présupposés le plus souvent philosophique et politique. Cette réalité judiciaire fait poindre le besoin de clarté sur le choix des circonstances qui a orienté le sens des décisions. Une motivation suffisante est indispensable afin d'éclairer au mieux les praticiens ainsi que la doctrine dans une construction fidèle de ce qu'est le contrat. La justification de l'obscurité de ces contentieux par leur inévitable casuistique est insuffisante. Ces derniers représentent souvent l'essentiel des litiges contractuels soumis aux tribunaux. Ces conflits judiciaires impliquent presque toujours des questions relatives à l'interprétation. Dans un souci de bonne justice et conformément aux exigences qu'impose l'office du juge, il est impératif d'accentuer la clarté dans le choix des circonstances qui ont conduit à préférer une interprétation possible parmi d'autres. La sécurité ainsi que la prévisibilité du contrat sont à ce prix. L'obstacle n'est pas infranchissable. L'effort de qualification des circonstances est poursuivi dans d'autres contentieux. En effet, la nature des circonstances est bien plus envisagée dans des problématiques relatives à l'adaptation du contrat.

SECONDE PARTIE : L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'ADAPTATION DU CONTRAT

235. Plan. Le droit des contrats dans son ensemble se dirige vers des mécanismes d'adaptation. La consécration de la théorie de l'imprévision dans un article 1195 du Code civil témoigne des besoins prégnants de flexibilité du lien contractuel. Les dispositifs d'adaptation étaient toutefois déjà nombreux au sein du Code civil. Problématiques qui se révèlent plutôt lors de l'exécution du contrat, elles adoucissent le principe de force obligatoire si le contexte l'implique. Les circonstances font ployer le contrat bien plus qu'auparavant. Ici, le juge n'a plus pour mission première de rechercher la volonté des parties. Son dessein est de redresser le contrat (Titre II) ou d'évaluer un comportement au regard des circonstances de l'exécution (Titre I).

Les enjeux ne sont plus identiques et d'autres problématiques émergent. Là où l'interprétation de la volonté a pour finalité de décrire un état de fait, l'adaptation du contrat porte un jugement de valeur. Les questions sont alors les suivantes : le contrat doit-il être conservé en l'état bien que l'évolution de circonstances rende difficile, voire impossible, l'exécution du contrat par un des contractants ? Le débiteur d'une obligation peut-il exciper du respect du contrat quand les circonstances lui dictaient un comportement différent ? Le créancier d'une prérogative peut-il s'en prévaloir sans égard pour la situation particulière de son co-contractant ? Finalement, la lecture du contrat déconnectée des circonstances de son exécution devient de moins en moins pertinente. Le rôle du juge est encore une fois essentiel dans l'importance de ce changement. La liberté contractuelle offre aussi des outils nécessaires que les contractants n'hésitent pas à utiliser. La technique contractuelle est assez riche pour se prémunir, ou garantir, une évolution des circonstances qui jouera sur le contrat. L'enjeu est ici moins la protection d'un intérêt contractuel particulier que la conservation de l'utilité du contrat.

Pourtant, tout ne peut être autorisé sous prétexte d'utilité. La ductilité du contrat à son contexte ne saurait pardonner l'abus. Des limites seront là aussi nécessairement étudiées. Le raisonnement circonstanciel, qui s'envisage de prime abord comme un danger pour le contrat et ses partenaires, garantit parfois sa sécurité. La vérification de la dimension circonstancielle d'un événement protège le contractant d'une manipulation de son co-contractant, comme dans le cadre de l'insertion d'une condition. Enfin, l'étude de toutes les circonstances dans un conflit mêlant le contrat et des intérêts externes pourrait sauver l'accord face à la tendance à l'abstraction des droits fondamentaux et des intérêts généraux. Finalement, l'influence des circonstances rend le discours contractuel réaliste et pragmatique afin de protéger autant les contractants que le contrat.

TITRE I. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'ADAPTATION DU COMPORTEMENT DU CONTRACTANT

236. Plan. Le développement des standards juridiques, et particulièrement de la bonne foi contractuelle, est une réponse au contrôle du comportement du contractant. De plus en plus, les juges nous révèlent que le respect de la lettre contractuelle est, dans certaines circonstances, insuffisant pour mettre à l'abri le contractant qui se trouverait normalement dans son bon droit.

Deux orientations se dessinent. D'abord, les circonstances se présentent comme une lecture complémentaire indispensable au contenu de la lettre contractuelle. Par exemple, le débiteur doit adapter son comportement au contexte afin de satisfaire au mieux l'intérêt de son créancier en réalisant la prestation promise. Dans certains contrats, son manque de sagacité à l'égard des circonstances lors de l'exécution du contrat emporterait la qualification d'inexécution contractuelle. L'analyse de ces circonstances est donc indispensable afin de préciser la manière d'exécuter le contrat (Chapitre II). Ensuite, l'application stricte du contrat en présence d'un contexte particulier peut s'avérer illégitime. Le bénéfice de certains droits comme les prérogatives unilatérales, pourtant valablement insérées, est limité par la survenance de circonstances particulières qui en freinerait l'application. Finalement, ces circonstances se révèlent souvent la source du contrôle de l'application des prérogatives contractuelles (Chapitre I). L'influence de la jurisprudence de la CEDH, déjà constatée à l'égard de l'interprétation du contrat, prend ici encore plus d'ampleur. L'inflation des droits fondamentaux conjuguée à l'épanouissement du contrôle de proportionnalité *in concreto* oblige le juge français à intégrer dans son raisonnement les circonstances du contrat qui, sans l'appui de dispositions spécifiques aménageant l'exception à la force obligatoire, modifient l'accord.

CHAPITRE I. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR LE CONTRÔLE DE L'APPLICATION DES PRÉROGATIVES CONTRACTUELLES

237. Plan. Le contrôle du comportement du contractant connaît un essor particulier du fait de la prolifération de la technique du standard juridique. Le standard se présente comme une technique d'analyse des circonstances (Section I). L'utilisation du standard est faite dans le but de contrôler la légitimité du comportement contractuel, d'y porter un jugement de valeur, critère absent, normalement, lorsque le juge s'attèle à la reconstruction de la volonté contractuelle⁷⁷⁸. De nombreux dispositifs sont utilisés par les juges afin de juguler les excès normalement autorisés par la lettre du contrat (Section II). Ce contrôle de plus en plus accru du comportement donne lieu à un contentieux fourni, qui atteste une hypothèse originale : le contrôle du comportement contractuel compte tenu des circonstances particulières de la situation du débiteur (Section III).

238. Prérogative, droit subjectif, pouvoir, liberté. La notion de prérogative contractuelle est souvent au cœur de l'analyse du contentieux du contrôle du comportement du contractant. La prérogative est parfois distinguée du droit subjectif, du pouvoir et de la liberté. Bien que les ouvrages fassent état de distinctions théoriques aisément identifiables, elles se compliquent en pratique⁷⁷⁹. De façon générale, le droit peut être défini comme un « intérêt légitime juridiquement protégé »⁷⁸⁰. Droit subjectif et prérogative sont parfois assimilés⁷⁸¹. La notion de pouvoir permet d'identifier aisément l'enjeu attaché à l'exercice d'un tel droit : le contractant bénéficie d'une possibilité de modifier une situation juridique de façon unilatérale et dans son intérêt, souvent de façon discrétionnaire. Au demeurant, la qualification retenue n'a que peu d'importance pour notre sujet. Une problématique récurrente est toujours au centre de ces droits peu importe la terminologie retenue : celle des limites possibles à leur exercice.

⁷⁷⁸ Dans le même sens : L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, LGDJ, Bibl. de dr. priv., t. 619, 2022 spéc. n° 383.

⁷⁷⁹ La liberté et le droit subjectif se distingueraient par le fait que la première serait accordée de manière égalitaire, alors que la répartition du droit subjectif est inégalitaire. Le droit subjectif accorde un pouvoir sur une autre personne, ce qui ne la distingue pas de l'idée de prérogative ou de pouvoir. Pour plus de précisions : J. GHESTIN, H. BARBIER, *Traité de droit civil, Introduction générale*, t. 1, LGDJ, 5^e éd., 2018, spéc. n° 284 et n° 286. Sur les difficultés de distinction entre droit subjectif, liberté et pouvoir : N. MOLFESSIS, F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 14^e éd., n° 26 et s. Les auteurs relèvent tout de même que le droit subjectif ainsi que le pouvoir seraient des prérogatives.

⁷⁸⁰ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 3^e éd., 2022 p. 207.

⁷⁸¹ R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit, Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, n° 241, p. 319 : le droit subjectif s'apparente à une « prérogative » accordée au destinataire « par une règle incontestable, en vertu de laquelle il jouit d'un avantage ». Même sens : J. GHESTIN, H. BARBIER, *Introduction générale, op. cit.*, n° 258.

SECTION I. LE STANDARD JURIDIQUE : CONTRÔLE DU COMPORTEMENT AU REGARD DES CIRCONSTANCES

239. Le standard permet de contrôler la normalité d'un comportement au regard des circonstances. Un auteur définit le standard comme « une directive générale destinée à guider le juge dans l'administration du droit et à lui donner une idée de son but et de sa finalité ». Il fait une distinction entre le « standard » et la règle, le premier ne « lie pas étroitement le juge ; il ne l'oblige pas, pour arriver à un but déterminé, à suivre tel ou tel chemin »⁷⁸². Des auteurs comme M. Malinvaud admettent que les notions « cadres » telles que « les bonnes mœurs » sont utilisées par le juge qui « en décidera en fonction du contexte »⁷⁸³. Ce succès du standard trouve entre autres des prémices dans les critiques que certains auteurs ont formulées à l'encontre d'une application purement logique du droit. Saleilles reconnaissait déjà la rigidité d'un tel système de pensée⁷⁸⁴. Le terrain privilégié du standard est l'analyse de la faute. Planiol relevait que le droit romain qui prévoyait les actions de « bonne foi » considérait que le débiteur se rendait fautif par manque de *diligentia*⁷⁸⁵. Aubry et Rau reconnaissaient que la détermination du degré de la faute ne peut se faire « sans avoir égard aux circonstances dans lesquelles se trouvait le sujet considéré »⁷⁸⁶. L'appréciation des circonstances est alors nécessaire pour juger de ce qui est « raisonnable »⁷⁸⁷. Josserand constatait aussi que les parties devaient nécessairement composer avec le milieu dans lequel le contrat se déployait, elles ont en effet « dû vouloir traiter dans le climat juridique constitué par les usages, l'équité, les nécessités de la vie en communauté ; et le juge ne permet pas qu'elles s'écarterent de cette ambiance dont leur accord est nécessairement imprégné »⁷⁸⁸. À l'occasion de la réforme du droit des contrats, l'occurrence du terme « raisonnable » et « raisonnablement » apparaît à 24 reprises dans le Titre III du livre III du Code civil contre seulement 8 avant le 1^{er} octobre 2016⁷⁸⁹. En droit des contrats, il est

⁷⁸² A. A. AL-SANHOURY, th. préc., p. 23.

⁷⁸³ Ph. MALINVAUD, « Le pouvoir judiciaire au XXI^e siècle », in *Mél. M. Grimaldi*, Defrénois, 2020, p. 27 et s., spéc. p. 40.

⁷⁸⁴ Il énonçait en ces termes que « les syllogismes s'échafaudent les uns sur les autres, pour aboutir à une somme magistrale, isolée de toute influence extérieure, qui, bien qu'il s'agisse d'œuvre juridique, peut n'avoir rien de commun, ni avec la justice, ni avec l'équité, ni avec l'utilité sociale, mais qui sera un beau chef d'œuvre de logique » : Préface de R. SALEILLES à l'ouvrage de F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit.

⁷⁸⁵ PLANIOL, RIPERT G., BOULANGER J., *Traité élémentaire de droit civil. Obligations, contrats, sûretés réelles*, t. 2, LGDJ, 4^e éd., 1952, p. 247.

⁷⁸⁶ AUBRY, RAU, PONSARD A., DEJEAN DE LA BÂTIE N., *Droit civil français, contrats civils divers, quasi-contrats et responsabilité civile*, t. 6, éd. Librairies techniques, 7^e éd., 1975, p. 525-526. Les auteurs s'interrogent sur les circonstances à prendre en considération pour évaluer la faute. Est-ce seulement et nécessairement les circonstances dans lesquelles la faute a été réalisée, ou des circonstances particulières aux contractants peuvent-elle être intégrées au raisonnement ? : « Mais le problème se pose de savoir dans quelle mesure il faut, pour y procéder, tenir compte des particularités personnelles (physiques, intellectuelles, professionnelles...) du sujet en question. Dans une situation donnée, est-ce la même prudence, les mêmes connaissances, la même habileté, qui peuvent être exigées de tous les hommes, ou faut-il déterminer ce que l'on exige de chacun d'eux en fonction des aptitudes ou des inaptitudes diverses qui sont les leurs ? » p. 526.

⁷⁸⁷ AUBRY, RAU, *Ibid*, p. 530.

⁷⁸⁸ JOSSERAND, « Tendances actuelles de la théorie des contrats », Sirey, 1937.

⁷⁸⁹ En précisant que le terme apparaît seulement depuis la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, en vigueur depuis le 6 août 2014 qui a remplacé l'expression du « bon père de famille ».

question de rompre le contrat à durée indéterminée en respectant un délai de préavis qui doit être « raisonnable »⁷⁹⁰, les dommages et intérêts peuvent être octroyés au créancier se plaignant de l'inexécution de son contrat si celui-ci a mis en demeure son débiteur de s'exécuter dans un délai là aussi qualifié de « raisonnable »⁷⁹¹. La notion du raisonnable était déjà présente dans le Code civil, notamment concernant les contrats d'entreprise ou le contrat de bail : le preneur, par exemple, doit jouir raisonnablement de la chose louée⁷⁹².

240. La prise en compte accrue des circonstances par l'intérêt croissant du standard dans le contrôle du comportement. Outre les obligations que le contrat produit, les auteurs ont tendance à insister aujourd'hui sur la norme comportementale qu'il impliquerait. M. Libchaber, dans le prolongement de l'article de M. Ancel⁷⁹³, propose trois versions du normativisme, la dernière étant représentée par une conception du contrat « d'ordre contextuel »⁷⁹⁴. Le contrat ne créerait plus alors une norme, mais une pluralité de normes. Le comportement des contractants se substituerait aux obligations du contrat. Cette proposition de redéfinition du concept contractuel montre en quoi le comportement est une donnée tout aussi importante que les obligations⁷⁹⁵. M. Stoffel-Munck adopte des propos similaires. Il relève l'existence de « deux ensembles normatifs » qui coexistent au sein du contrat, l'un d'ordre « économique » qui s'incarne dans la prestation promise, l'autre représenté par une sorte de « devoir-être » contractuel⁷⁹⁶. L'intérêt des contractants est de parvenir à l'exécution de leur accord, mais la manière d'y arriver est tout aussi essentielle. La bonne foi témoigne de l'acuité du souci de qualité de la relation⁷⁹⁷.

241. Le standard est par essence une méthode d'appréciation des circonstances. Le « flou assumé »⁷⁹⁸ du standard comporte une indéniable vertu : celle de s'adapter à la particularité des circonstances⁷⁹⁹. Les auteurs qui alerteraient sur les risques d'un tel procédé ne

⁷⁹⁰ Art. 1211 C. civ.

⁷⁹¹ Art. 1231 C. civ. Le terme est souvent articulé avec l'appréciation d'un délai et il apparaît par deux fois quant à l'appréciation de la qualité du comportement d'une personne (art. 1301-1 C. civ. pour la gestion d'affaires, l'interprétation du contrat : art. 1188 C. civ., ou encore pour l'appréciation du comportement dans l'utilisation d'un produit potentiellement défectueux : art. 1245-3 C. civ.).

⁷⁹² Art. 1728 C. civ., la jouissance doit aussi être conforme à la lettre du contrat ou suivant celle qui résulte des circonstances.

⁷⁹³ P. ANCEL, art. préc.

⁷⁹⁴ R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrats », art. préc.

⁷⁹⁵ R. LIBCHABER, *Ibid.*, spéc. p. 213-214, n° 3.

⁷⁹⁶ Ph. STOFFEL-MUNCK, th. préc., n° 177.

⁷⁹⁷ Certains auteurs notaient déjà la place de plus en plus grande accordée à la bonne foi « tant dans la formation que l'exécution du contrat » : J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat, le contrat, le consentement*, op. cit., p. 451. Selon la thèse de M. Ghestin classiquement défendue, la force obligatoire du contrat se révélerait dans la réalisation de l'utilité sociale et dans la justice contractuelle, qui sont, selon l'auteur, les racines les plus anciennes du contrat : J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.* 1990, chron. 147. Grotius fondait aussi l'intérêt du contrat sur son utilité. Celui-ci indiquait que le contrat est « une division des actes humains qui sont utiles aux autres hommes » : GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, PUF, réed. 2005, p. 331-332 et 335.

⁷⁹⁸ H. FULCHIRON, « La part de flou dans le droit », *RTD Civ.* 2022, p. 333.

⁷⁹⁹ En ce sens : H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, *Le raisonnable en droit des contrats*, préf. J. Beauchard, R. Ratiaray, LGDJ, 2009, n° 162, p. 227 : « Les parties ne peuvent pas, au moment de conclure le

sauraient dénier la part irréductible de complexité des faits qui rend indispensable son appréhension par des concepts capables de s'en saisir⁸⁰⁰.

242. Effets distincts de l'appréciation des circonstances par le prisme du standard.

L'analyse de ces circonstances est indispensable pour deux raisons principales. Elle est parfois consubstantielle aux notions que le juge est amené à préciser dans un cas d'espèce particulier. La faute, la diligence, l'appréciation raisonnable d'un délai sont autant de notions qui impliquent une certaine relativité, elle-même induite par la diversité des circonstances à analyser. Dans un autre esprit, l'analyse des circonstances se justifie par la volonté d'apporter une solution d'exception, dérogoire, à celle qui est normalement applicable. En effet, cette caractéristique bien particulière ne se retrouve pas pour tous les standards.

Par exemple, lorsque le juge analyse l'exécution diligente du contractant, il apprécie l'adéquation du comportement aux circonstances du contrat. En revanche, quand le juge se pose la question de la présence potentielle d'une circonstance imprévisible, il cherche à savoir si la force obligatoire de l'accord doit céder sous le poids de cet événement rendant excessivement onéreux l'exécution du contrat pour le contractant. La distinction n'est pas parfaitement étanche. Parfois, il arrive qu'un comportement soit considéré comme fautif de manière *in abstracto*. Le salarié qui se comporte violemment envers un collègue de travail ou son employeur ne peut échapper normalement à la qualification d'agissement fautif. Pourtant, la présence de certaines circonstances relativiserait parfois cette attitude. Un environnement de grande familiarité évincerait la qualification fautive d'insultes proférées par un salarié à d'autres salariés ou à son employeur⁸⁰¹. Les effets de la caractérisation de ces circonstances confinent à une sorte « d'excuse » contractuelle rappelant les effets d'une exception. En revanche, cette absence de qualification ne peut se concevoir juridiquement de cette manière. Les circonstances qui évinceraient la qualification de comportement fautif n'agissent pas comme une exception à une règle de droit particulière. C'est la notion de faute qui autorise une pesée des circonstances pour juger du comportement. Un agissement qui, dans de nombreuses configurations, est considéré comme fautif serait susceptible d'échapper exceptionnellement à cette qualification en raison de la particularité de l'environnement dans lequel il s'est épanoui. Dans cette hypothèse, la solution ne déroge à aucune règle de droit, c'est le contenu même du standard qui s'enrichit. En revanche, concernant des notions telles que l'imprévision, le contrôle de proportionnalité ou, dans une moindre mesure, la bonne foi, leurs effets attachés à leur qualification sont d'un autre ordre : le contrat aurait dû être exécuté, ou appliqué en l'état, mais

contrat, prévoir exactement le contenu de ce qui est raisonnable étant donné que celui-ci se détermine en fonction des circonstances, même celles postérieures à la conclusion du contrat » (sur ces développements plus précisément : *infra* n° 350 et s.

⁸⁰⁰ Sur cette idée : Ch. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit (...), op. cit.*, spéc p. 160 : « en assouplissant une notion, on élargit son champ d'application (...), en la précisant, on la clarifie, mais on la raidit, et on la rend inapplicable dans bon nombre de cas ».

⁸⁰¹ Sur le développement de cette jurisprudence : *infra* n° 391.

par la présence de certaines circonstances particulières, et souvent exceptionnelles, la règle normalement applicable doit ployer sous le faix de ces éléments factuels.

243. Parallèle avec l'appréciation des circonstances dans la qualification de la responsabilité administrative de l'État. La réflexion précédente se retrouve dans une monographie consacrée aux circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative⁸⁰². Une décision Wannieck du Conseil d'État estime qu'il est nécessaire de prendre en considération, afin de déterminer la responsabilité de l'État, des « difficultés particulières » et des « circonstances de temps et de lieu » qualifiées dans la décision « d'exceptionnelles »⁸⁰³. L'auteur précise que la doctrine analyse cette décision comme une dérogation à la responsabilité pour faute en période normale. En pareilles circonstances, la faute doit être « lourde » ou d'une « exceptionnelle gravité » afin d'engager la responsabilité de la collectivité publique. Il contredit cette interprétation en y reconnaissant seulement un « principe de relativité des obligations à contenu indéterminé » que sont les obligations « de moyen » ou de « prudence et de diligence ». Selon lui, il ne s'agit pas d'une exception à une règle de droit, mais d'une adaptation du contenu de l'obligation qui diffère selon les circonstances particulières de la situation⁸⁰⁴. Les besoins du service sont « variables » et dépendent, non seulement de la mission en elle-même, mais aussi largement « du contexte dans lequel cette mission s'accomplit »⁸⁰⁵. Les mêmes remarques seront formulées à l'égard de l'appréciation du contenu de l'obligation du contractant⁸⁰⁶. La vérification de l'exécution du contrat passe par un examen de son comportement en fonction des circonstances particulières du contrat. Ce comportement ne peut se réduire à une compréhension « statique » de la lettre contractuelle. Les circonstances sont alors le cadre de référence de la bonne attitude que le contractant doit adopter, sans que l'on puisse normalement y déceler une exception à l'exécution du contrat.

244. Synthèse des effets attachés à l'appréciation des circonstances par le prisme d'un standard. Les conséquences attachées à l'appréciation des circonstances diffèrent. Pour certains standards, cette analyse a enrichi le contenu du standard, sans pour autant déroger à l'application d'une norme particulière telle que le contrat. Pour d'autres, les effets seront plus importants. La reconnaissance de l'imprévision, les conséquences du contrôle de proportionnalité, ou l'appréciation du devoir de bonne foi ont pour effet de déroger, momentanément ou de façon permanente, à l'application du contrat « en l'état ».

⁸⁰² L. NIZARD, La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité, LGDJ, 1962.

⁸⁰³ C.E, 5 nov. 1920, cité par L. NIZARD, *Ibid.*, p. 40.

⁸⁰⁴ L. NIZARD, *Ibid.*, p. 41.

⁸⁰⁵ L. NIZARD, *Ibid.*, p. 42.

⁸⁰⁶ *Infra* n° 345

SECTION II. LA PLURALITÉ DES DISPOSITIFS DE RÉGULATION DU COMPORTEMENT CONTRACTUEL EN RAISON DES CIRCONSTANCES

245. La distinction entre le contrôle du comportement et du contenu du contrat. La paralysie éventuelle d'une clause n'atteint pas la force obligatoire du contrat⁸⁰⁷. Elle rend inefficace pour un temps déterminé une partie du contenu du contrat en raison des circonstances particulières de la relation contractuelle. L'intervention judiciaire est autorisée, car l'appréciation du comportement du contractant ne s'envisage pas comme une correction « directe » du contrat. Pourtant, tout ne saurait être permis à ce titre, et le juge a veillé à construire une jurisprudence qui enserme les effets du contrôle des prérogatives contractuelles. En somme, la validité d'un droit reconnu ne préjuge en rien de son applicabilité si les circonstances viennent à en freiner l'application.

246. L'originalité de l'hypothèse du contrôle des prérogatives au regard des circonstances du contrat. La paralysie de certaines clauses se comprend en présence d'un comportement déloyal de son créancier. Elle agit comme une sorte de « sanction » à son égard. Considérer que le créancier ne peut légitimement bénéficier de sa prérogative au vu des circonstances particulières de la situation de son co-contractant est une hypothèse bien différente. Cette dernière manifeste le besoin de protection de l'intérêt du contractant qui subirait l'application de la prérogative malgré sa validité. La paralysie de ces droits, qui n'atteindrait pas la force obligatoire du contrat, est là aussi un témoignage d'une articulation des intérêts à la lumière des seules circonstances. Le créancier se voit parfois contraint d'adapter son comportement aux circonstances particulières de la situation de son co-contractant, en se retenant de se prévaloir de prérogatives que lui offre pourtant le contrat. Cette pratique montre que le mode de raisonnement circonstanciel est déjà présent en droit français des contrats. Il pourrait faciliter le développement du contrôle de proportionnalité *in concreto* effectuée par la CEDH. En effet, l'importance des droits fondamentaux trouve un terrain fertile en droit des contrats. Aucun accord n'est épargné par cette logique. Elle encourage à repenser le mode d'articulation des droits et le rôle de la Cour de cassation dans ce contentieux. En effet, la constatation d'une casuistique naturelle quand les problématiques impliquent des standards ne doit pas évincer le contrôle des circonstances à l'origine de la limitation des droits. La liberté des juges du fond, souverains dans ces questions, doit être canalisée par un contrôle plus précis de la Cour de cassation. Ce dernier serait utile à l'édiction de typologie de circonstances susceptible de remettre en cause l'application d'un droit contractuel.

⁸⁰⁷ En ce sens : P. ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Mél. D. Tricot*, Dalloz, Litec, 2011, p. 61 et s., spéc. p. 87 : « Si on raisonne en se plaçant sur le terrain de la force obligatoire du contrat, on s'aperçoit que, en aucun cas, le jeu de la bonne foi – du moins de la bonne foi dans l'exécution du contrat – n'aboutit à une modification judiciaire de la norme contractuelle, il ne se traduit en rien par une « atteinte » à la force obligatoire du contrat ». L'auteur justifie son raisonnement par la suite en considérant que le créancier de la prérogative pourra toujours la mettre en œuvre dans d'autres circonstances qui ne feront pas dégénérer l'application en comportement abusif (spéc. p. 88).

247. Plan. Du fait de l'ampleur du mouvement du contrôle de l'utilisation des prérogatives contractuelles, les juges ont l'habitude de justifier leurs décisions sur de multiples fondements qui rencontrent un succès plus ou moins affirmé suivant l'objet du contentieux contractuel et les tendances judiciaires (Paragraphe 1). L'adoption d'une méthode de raisonnement promue par la CEDH pourrait, demain, généraliser le phénomène d'adaptation du contrat en raison des circonstances particulières (Paragraphe 2). Aussi il apparaît, à travers l'étude de ces notions, que l'esprit du concept d'équité n'est jamais loin (Paragraphe 3).

Paragraphe 1. Les outils classiques de régulation des prérogatives unilatérales propices à l'analyse des circonstances

248. Plan. Par la vigueur récente de prérogatives octroyant un pouvoir unilatéral au contractant, un point d'équilibre est recherché entre, d'un côté, le respect des prévisions contractuelles et, de l'autre, le respect de la confiance instaurée entre les contractants. Cet aspect particulier du contentieux contractuel cristallise le besoin de régulation du comportement. Le contractant ne peut exciper de la force obligatoire du contrat afin de malmener l'intérêt de son partenaire. Bien que la validité de ces droits subjectifs ne fasse aucun doute, leur exercice fait l'objet d'une attention particulière pouvant être remis en cause par les circonstances qui l'accompagne⁸⁰⁸. Finalement, la vérification de la légitimité de nombreuses clauses contractuelles est aujourd'hui « mouvante et circonstanciée »⁸⁰⁹. Si le juge ne peut porter atteinte à la substance des droits et obligations convenus entre les parties, les prérogatives peuvent faire l'objet d'une limitation judiciaire⁸¹⁰. Il est nécessaire d'étudier le principe même du contrôle de l'exercice de ces prérogatives dont la diversité oblige à chercher des fondements adéquats à leur appréciation (A) avant d'analyser la diversité des circonstances particulières dans lesquelles ces droits peuvent subir une limitation (B).

⁸⁰⁸ En effet, l'unilatéralisme qu'instaure ce type de droits subjectifs n'est pas « naturel » au contrat qui est basé sur le consensus. Sur cet aspect : DEMOGUE R., Ch. JAMIN, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, Dalloz, réed. 2013 ; G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, essai de typologie*, préf. L. Aynès, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 536, 2012, spéc. n° 391, p. 224 : « (...) la singularité de l'état de sujétion du cocontractant appelle une vigilance particulière sur les conditions dans lesquelles la clause est mise en œuvre. L'unilatéral n'est pas synonyme d'arbitraire, mais il ouvre la voie à l'opportunisme ».

⁸⁰⁹ M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle : l'efficacité des clauses contractuelles », *RDC* 2007, p. 239.

⁸¹⁰ Comme le veut la formule de la décision *Les Maréchaux* : *infra* n° 255.

A. L'évolution du droit des contrats vers un contrôle accru de l'application des prérogatives unilatérales à la lumière des circonstances du contrat

249. L'exercice du contrôle se déplacerait de la validité de la prérogative à la légitimité de son exercice au regard des circonstances. L'évolution des effets attachés à la bonne foi contractuelle aboutit à un contrôle du comportement de plus en plus prégnant⁸¹¹. Cette pratique n'est pas nouvelle. Le juge d'Ancien Régime limitait l'application de la clause résolutoire en octroyant des délais au débiteur⁸¹². Cette possibilité était prévue dans l'ancien article 1184 alinéa 3 du Code civil autorisant le juge à « accorder au défendeur un délai selon les circonstances ». Une marge de manœuvre importante était donnée au pouvoir judiciaire. Le juge était attentif à la volonté des parties, mais aussi à « leur moralité et les circonstances économiques dans lesquelles elles s'étaient trouvées »⁸¹³. Cette faveur envers le débiteur comportait des inconvénients. Elle paralysait toute action de la part du créancier souhaitant voir prononcer la résolution du contrat.

Cette pratique a été remise en cause par une décision du 2 juillet 1860⁸¹⁴. La solution n'aurait pas changé depuis : seules les conditions de mise en œuvre de la clause devraient être vérifiées sans égard aux conséquences sur la situation du débiteur et à la gravité du manquement⁸¹⁵. Pourtant, des auteurs précisent que le jeu de la clause « n'est pas aussi rigoureux qu'il y paraît » puisque l'application est « subordonnée au principe de bonne foi »⁸¹⁶. L'invocation de la résolution à contretemps, tardive ou encore pour un manquement d'une gravité minimale, empêcherait le créancier de s'en prévaloir⁸¹⁷. Toutes ces circonstances rendraient illégitime l'invocation de la prérogative. Elles freineraient l'application de la prérogative sur le fondement de la bonne foi comme la décision *les Maréchaux* le précise. Ce contrôle tend à s'étendre. Une auteure précise que « le contrôle judiciaire des comportements contractuels, principalement par le biais des notions de bonne foi et d'abus de droit, est partout en expansion, et qu'il manifeste une augmentation des pouvoirs du juge sur le phénomène contractuel, preuve du développement d'un *imperium* du juge au détriment de l'*imperium* des parties »⁸¹⁸.

⁸¹¹ Sur ce point : S. LEQUETTE, th. préc., p. 338 : l'auteure rappelle que la bonne foi était plutôt associée à l'origine à un principe d'interprétation de la volonté des parties pour se voir reconnaître peu à peu une « portée autonome et, plus encore, une portée normative, l'exigence de bonne foi devenant l'expression d'une norme comportementale et se transformant ainsi en véritable directive d'exécution du contrat ».

⁸¹² Sur ce point : Ch. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.* 2002, p. 901.

⁸¹³ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, op. cit.*, n° 795, p. 888.

⁸¹⁴ *DP* 1860. 1. 284. Dans le même esprit : Civ., 14 avr. 1891, *GAJC*, n°180, p. 245.

⁸¹⁵ En ce sens : Ch. JAMIN, « Une brève histoire politique... », art préc. Dans le même sens : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 553, p. 511 : « la bonne ou mauvaise foi du débiteur sont indifférentes ; le seul fait de l'inexécution suffit, indépendamment de sa gravité ».

⁸¹⁶ A. SÉRIAUX, G. LARDEUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 5^e éd., n° 71, p. 164.

⁸¹⁷ A. SÉRIAUX, *Ibid.*

⁸¹⁸ M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, t. 2, préf. J. Mestre, PUAM, 2006, n° 535, p. 595.

250. Accroissement du contrôle de l'utilisation des prérogatives unilatérales au regard des circonstances. Au-delà donc de la détermination du contenu du contrat, c'est bien plus souvent la manière d'utiliser ce contenu qui est l'objet de toute l'attention judiciaire. Ce mouvement manifesterait l'émergence d'une sorte de « devoir-être »⁸¹⁹ contractuel. Développé principalement par M. Fages et M. Stoffel-Munck, le comportement du contractant fait l'objet d'un contrôle de plus en plus sévère de la part des juges sur le fondement de la bonne foi⁸²⁰ et parfois de l'abus de droit. Ces concepts, qui appartiendraient aussi à la catégorie des standards⁸²¹, ont pour essence l'appréciation des circonstances de l'exécution de l'accord afin que l'application littérale de l'acte ne soit pas le prétexte confortable à l'agissement déloyal d'une partie au contrat. La multiplication des prérogatives unilatérales des contractants par la réforme du droit des obligations du 10 février 2016 incite le juge à élargir son regard sur les circonstances particulières de l'accord⁸²². Il vérifie le respect d'un processus dans le but de contrôler la légitimité de leur exercice⁸²³. Cet accroissement du pouvoir judiciaire s'explique parfois par une rançon à la plus grande liberté contractuelle accordée aux parties. L'intervention du juge ne s'étendrait pas, il se déplacerait. Moins présent au moment de la formation du contrat, le pouvoir judiciaire interviendrait au moment où les créanciers de prérogatives souhaiteraient les mettre en œuvre⁸²⁴. Cette faveur à la liberté contractuelle est donc contrebalancée par un contrôle judiciaire qui interviendrait de manière résiduelle. Reste à délimiter les contours précis de cette intervention afin de ne pas retirer d'une main ce que l'on a accordé de l'autre.

251. Accroissement du contrôle de la rupture unilatérale du contrat. Les prérogatives contractuelles valablement insérées doivent, dans des circonstances normales, être appliquées dès l'instant où les conditions d'application sont réunies. Néanmoins, certains droits subjectifs ou libertés font l'objet d'un contrôle particulier. La résiliation unilatérale du contrat, qu'elle soit

⁸¹⁹ D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, p. 295 ; A. BÉNABENT, « Rapports français », in *La bonne foi*, Tr. Ass. H. Capitant, 1992, p. 291 et s., spéc., p. 297 : pendant longtemps, la seule préoccupation était « de savoir si le contrat lui (créancier) confère ou non telle prérogative (...) sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur le pourquoi et le comment de cet exercice ».

⁸²⁰ Le caractère comportemental est, pour certains auteurs, le critère qui permet de distinguer le devoir de l'obligation : D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat, esquisse d'une théorie*, préf. Y. Lequette, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 603, 2020, spéc. n° 774. Dans le même sens : Ph. STOFFEL-MUNCK, th. préc., spéc. n° 156.

⁸²¹ Nous faisons le choix de ne pas considérer la bonne foi et l'abus de droit comme des concepts différents des standards. De nombreux auteurs, tel que M. Mekki ne font pas cette distinction. Il reconnaît expressément, à l'égard de l'ordre public, que ce standard « est une technique qui facilite la mise en œuvre de règles, de principes et de valeurs. Le juge, par l'intermédiaire du standard, va apprécier un certain nombre d'actes ou de faits juridiques de façon concrète » : M. MEKKI, th. préc., n° 318, p. 200. Dans le même sens concernant la bonne foi et l'abus de droit : F. CHÉNEDÉ, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *RDC* 2011, p. 709 : « de la même manière qu'il lui appartient d'apprécier, au cas par cas, si tel débiteur s'est comporté en "bon père de famille", il lui revient de déterminer, au gré des espèces, si tel créancier a agi "de bonne ou de mauvaise foi" ».

⁸²² Sur cette constatation : J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux des contractants », *RDC* 2018, p. 514. Dans le même sens : J. HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC* 2018, p. 521 : l'auteur souligne « l'abondance de standards » pour le contrôle des conditions de fond de l'usage des mécanismes unilatéraux de sanctions de l'inexécution.

⁸²³ N. BALAT, « À propos du nouveau droit commun des contrats », *Mél. M. Grimaldi*, Lextenso, Defrénois, 2020, p. 27 et s., spéc. p. 38-39. L'auteur évoque l'existence d'une « liberté contractuelle tempérée » inhérente au droit commun des contrats préférée à libéralisme irréféré, ou à une égalité trop exigeante.

⁸²⁴ M. LAMOUREUX, th. préc., n° 554.

permise par une clause contractuelle ou par le législateur, est, dans certaines circonstances particulières, parfois critiquée. M^{me} Pancrazi relève des situations de plus en plus nombreuses où la rupture du contrat, voire le non-renouvellement de certains, relève de l'abus de droit⁸²⁵. Les circonstances particulières décrivant la situation, souvent de difficultés que rencontre le contractant seraient des éléments limitant potentiellement l'application d'une prérogative unilatérale, sans que cette limitation remette en cause sa validité. Les clauses du contrat sont parfaitement licites ; pourtant, certaines circonstances particulières rendent illégitimes, pour un temps indéfini, l'application d'un tel droit. Avant de dresser une typologie de circonstances qui auraient un tel effet, il est indispensable d'analyser les fondements pertinents d'une telle pratique dont les illustrations ne se rangent pas tous, loin de là, sous le visa du fondement de la bonne foi.

B. Les outils privilégiés du contrôle des prérogatives unilatérales au regard des circonstances

252. Plan. Le classique abus de droit est un fondement privilégié pour certains contentieux particuliers quand un droit doit être limité en raison du comportement du créancier au regard du contexte (a). Pourtant, son utilisation tend à être substituée par un devoir dont l'importance a été renouvelée à l'occasion de la réforme du droit des obligations du 10 février 2016 : la bonne foi contractuelle (b).

a. L'abus de droit

253. Fondement erratique de la limitation de l'application des prérogatives contractuelles en raison des circonstances. L'abus de droit est moins invoqué pour contester l'utilisation d'une prérogative contractuelle que la bonne foi,⁸²⁶ mais les juges y recourent parfois. Ils l'utilisent à l'occasion de pouvoirs unilatéraux reconnus directement par le législateur à destination du créancier. Par exemple, le droit d'agrément, qui est analysé comme un droit discrétionnaire, est limité par la commission d'un abus⁸²⁷. Cette sanction pourrait être invoquée lorsque le créancier souhaite se prévaloir d'un pouvoir unilatéral, légal ou contractuel, en le détournant de sa fonction. Un arrêt de la Cour de cassation du 4 novembre 1992 a déduit

⁸²⁵ M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, th. dactyl. Aix-en-Provence, 1994, n° 211 et s.

⁸²⁶ L'« abus par déloyauté » ne serait que la manifestation de la méconnaissance du devoir de bonne foi, tandis que l'abus serait caractérisé, comme l'avait déjà remarqué Josserand avant lui, par un détournement de la finalité d'un droit : Ph. STOFFEL-MUNCK, th. préc., spéc. n° 53 et s. La distinction est malaisée, puisqu'il est toujours indispensable de passer par l'analyse du comportement du contractant : D. MAZEAUD, « Compte-rendu de la thèse de Ph. Stoffel-Munck », *RTD Civ.* 1999, n° 4.

⁸²⁷ Sur l'agrément d'un sous-traitant donné par le maître d'ouvrage : Civ. 3^e, 2 fév. 2005, n° 03-15.409, n° 03-15.482, publié au Bulletin : « Qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si les motifs de ce refus, dont le caractère discrétionnaire est limité par un éventuel abus de droit (...) ». Abus qui n'est pas caractérisé quand le refus est justifié par un défaut de qualification : CA Paris, 25 mars 1993, *D.* 1994, p. 149, obs. A. BÉNABENT.

« des circonstances » du refus d'agrément un détournement de la « finalité naturelle » de ce droit « exercé d'une manière déloyale » en caractérisant expressément un « abus de droit »⁸²⁸. La rupture d'un contrat à durée indéterminée fut un temps appréciée sur le terrain de l'abus de droit⁸²⁹. Le 16 décembre 2021, la Cour de cassation a caractérisé la renonciation prorogée de mauvaise foi d'un contrat d'assurance, qui n'était pas rapportée en l'espèce par l'assureur, faute d'avoir prouvé que cette renonciation, « parce que sans lien avec la finalité assignée par la loi », était « l'expression d'un abus de droit »⁸³⁰. L'abus de droit trouve aussi un terreau favorable dans des contentieux où le bénéfice de la bonne foi est refusé par les juges. Le choix des partenaires distributeurs par une tête de réseau doit être vérifié sur le fondement de l'abus de droit⁸³¹. Finalement, l'abus de droit convient à des contentieux où l'utilisation de la prérogative contractuelle cristallise la déloyauté du créancier du droit. Elle serait particulièrement appropriée au contrôle d'un pouvoir reconnu à un contractant, comme dans le cadre des prérogatives unilatérales de l'employeur⁸³². Néanmoins, nous pensons que ce fondement est plus éloigné des hypothèses concernées par l'influence des circonstances particulières du contrat. La problématique peut en effet se résumer ainsi : le créancier souhaitant se prévaloir d'une prérogative contractuelle telle que décrite dans l'accord peut-il se faire désavouer par la suite, car les circonstances particulières qui entourent la situation du débiteur en freineraient son bénéfice pour diverses raisons ? Chemin faisant, la tentation de ramener ces hypothèses dans le giron du contrôle de la bonne foi est plus forte aujourd'hui, qui plus est depuis la réforme du droit des obligations du 10 février 2016.

254. La limitation des droits sur le fondement de l'abus de droit en présence d'un changement de circonstances en droit allemand. La limitation de certains droits en présence d'un changement de circonstances n'est pas étrangère aux autres droits européens. La théorie du fondement contractuel en droit allemand⁸³³ permet de reconnaître l'existence d'un abus quand le contractant exige l'exécution du contrat lorsqu'il a perdu tout intérêt pour l'autre partie, situation qualifiée de « troubles du but contractuel »⁸³⁴. Les juges allemands ont considéré par

⁸²⁸ Civ. 1^{ère}, 4 nov. 1992, n° 91-11.682, inédit.

⁸²⁹ Civ. 1^{ère}, 5 fév. 1985, *Bull. Civ. I*, n° 54 : « dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est, sauf abus (...), offerte aux deux parties ». Dans le même sens : Com. 8 avr. 1986, *Bull. Civ. IV*, n° 58. Sur une constatation de l'élargissement du contrôle de l'abus dans la rupture de l'intention de nuire aux circonstances qui ont entouré la rupture : P. LAURENT, « La bonne foi et l'abus du droit de résilier unilatéralement les contrats de concession », *LPA* 2000, p. 6.

⁸³⁰ Civ. 2^e, 16 déc. 2021, n° 19-23.907.

⁸³¹ Com. 16 fév. 2022, Publié au Bulletin, n° 20-11.754 : l'exigence de critères uniformes et non-discriminatoires « ne relève pas de l'obligation de bonne foi contractuelle ».

⁸³² En ce sens : L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, préf. R. Rodière, Dalloz, Nouv. Bibl. th., vol. 104, 2011, spéc. n° 679 et s. : « le recours à la notion d'abus invite à vérifier que lors du processus intellectuel dont la décision est le dénouement, l'employeur a pris en compte certaines données relatives à son partenaire (...), la référence à l'abus est significative de la nécessité de limiter l'usage d'une faculté attributive d'un pouvoir ». Elle souligne « l'unité conceptuelle » de ces deux notions qui ne s'envisage pas seulement théoriquement mais qui se constate dans le traitement judiciaire.

⁸³³ *Supra* n° 139.

⁸³⁴ P. ANCEL, R. WINTGEN, « La théorie du “fondement contractuel” (Geschäftsgrundlage) et son intérêt pour le droit français, *RDC* 2006, p. 897.

le passé que l'exécution du contrat pourrait dans cette hypothèse conduire à la ruine le débiteur sans que cela profite au créancier⁸³⁵. Cette théorie est présente dans d'autres droits qui ont connu l'influence du droit germanique⁸³⁶. Bien que cet exemple illustre mieux la perte d'utilité, et donc conviendrait d'autant plus à un développement concernant la caducité⁸³⁷, il met en évidence la possibilité selon laquelle le créancier d'une obligation commettrait un abus de droit en réclamant l'exécution du contrat alors qu'une évolution des circonstances touchant son co-contractant devrait l'en dissuader. Cette appréciation particulière de l'abus se rapproche intellectuellement de l'évolution de la notion de bonne foi telle qu'elle est comprise aujourd'hui.

b. La bonne foi

255. Notion privilégiée de la limitation de l'utilisation des prérogatives contractuelles en raison des circonstances. La décision *les Maréchaux*⁸³⁸ est certainement l'une des plus remarquées de ces dernières décennies en droit des contrats. Pourtant, la sanction attachée à l'application de mauvaise foi d'une prérogative semble encore incertaine. Sans revenir longuement sur ce qui a fait déjà l'objet d'une littérature abondante, la distinction entre la « substance du contrat » et les « prérogatives unilatérales » est malaisée. La sanction par mauvaise foi ne devrait, pour certains, conduire à freiner l'application du contenu du contrat, que le juge s'autorise justement par le cantonnement de la catégorie des prérogatives⁸³⁹. La solution est toujours d'actualité et offre des illustrations variées de circonstances à l'origine d'une application méconnaissant le devoir de bonne foi.

En outre, la distinction entre substance et prérogative est forte d'un message symbolique. Cette décision met l'accent sur le besoin de contrôler l'exercice des prérogatives contractuelles. Cette distinction est vivement critiquée, mais a le mérite de faire apparaître le dilemme dans lequel se trouve le juge. Il est en réalité pris entre deux feux : le respect d'une certaine loyauté et la garantie de la force obligatoire du contrat. La frontière entre substance et prérogative est incertaine, mais montre le besoin de régulation des comportements contractuels. Les contractants ne sont pas libres de tout faire en excipant le respect du contenu du contrat. Le juge, mal à l'aise sans doute, car conscient des nombreuses critiques dirigées envers son immixtion, tente de sauver les apparences en montrant qu'il ne peut, de son côté non plus, tout se permettre.

⁸³⁵ R. DAVID, « L'imprévision dans les droits européens », in *Études Alfred Jauffret*, Fac. dr. et sc. Pol. d'Aix-Marseille, 1974, p. 211 et s., spéc. p. 215.

⁸³⁶ Comme le droit suisse par exemple qui prévoit un dispositif d'adaptation du contrat fondé sur l'abus de droit du créancier réclamant l'exécution du contrat malgré les conséquences d'un changement de circonstances sur le débiteur (Tribunal fédéral, 18 sept. 1981, BGE 107, II, Baumann c/Rohr, p. 343, et s.). Sur ces remarques : P. ANCEL, R. WINTGEN, *Ibid.*

⁸³⁷ Sur la possibilité d'influence d'un changement de circonstances sur le fondement de la caducité : *infra* n° 476.

⁸³⁸ Com. 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *D.* 2007, p. 2839, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK, *Ibid.*, p. 2844, obs. P.-Y. GAUTIER; *RTD Com.* 2007, p. 786, obs. P. LE CANNU; *RTD Civ.* 2007, p. 773, obs. B. FAGES; *JCP G* 2007, p. 1054, note D. HOUTCIEFF.

⁸³⁹ Sur l'audace permise par la frontière entre substance et prérogative : Th. REVET, « Propos introductifs », *RDC* 2011, p. 639.

Il sanctionnerait, non le contenu de l'accord, mais le comportement du créancier d'une prérogative⁸⁴⁰. De plus, le contrôle sur le fondement de la bonne foi n'enlèverait pas au créancier ce qui fait de lui un créancier en atteignant « seulement » les prérogatives, et non le « noyau dur » contractuel. Cette garantie contre une intervention judiciaire trop permissive fait de la bonne foi le principe privilégié dans le contrôle de l'exercice des prérogatives contractuelles. Ce cantonnement lui permet paradoxalement d'inclure dans son appréciation une diversité de circonstances particulières qui gravitent autour de la relation contractuelle. En outre, la bonne foi se ferait parfois le relai plus confortable de contentieux qui s'envisagent mal à l'aune d'autres mécanismes, ce qui illustre la richesse de ce principe.

256. Illustration de la richesse du devoir de bonne foi en présence d'un changement de circonstances rendant impossible l'exécution du contrat. Certaines décisions montrent que l'appréciation de la bonne foi serait parfois un fondement plus adéquat que d'autres dispositifs difficilement applicables comme la force majeure. Lors de la survenance de circonstances rendant impossible l'exécution du contrat, la résolution du contrat peut être refusée, et l'événement qualifié de force majeure⁸⁴¹. Une décision de la Cour de cassation du 17 février 2020 le confirme⁸⁴². Relatons rapidement les faits. Un locataire n'avait pu honorer le paiement de son loyer dû à un incident informatique ayant empêché l'effectivité du virement bancaire. Le propriétaire souhaite résoudre le contrat comme l'autorisait une clause prévue dans le contrat de bail. La Cour de cassation a retenu la qualification d'événement de force majeure. Sans apprécier encore les critères observés par la Cour de cassation, il n'est pas certain que ramener dans le giron de la force majeure toutes les circonstances qui empêchent ponctuellement et accidentellement d'exécuter le contrat soit la meilleure des réponses.

Invoquer le respect du devoir de bonne foi dans ce genre de situations n'est pas une idée saugrenue. La force majeure est une notion enserrée dans des critères stricts. Le danger de son application est double : certaines situations risquent d'être délaissées lorsque les conditions de la force majeure ne sont pas remplies, alors qu'il y aurait tout intérêt à paralyser le jeu d'une clause résolutoire quand les circonstances le justifient. Enfin, dans le cas où le juge caractériserait la présence d'un événement de force majeure, c'est la précision des conditions mêmes de ce mécanisme, faisant l'objet d'un contentieux déjà très fourni, qui en souffrirait. M. Genicon reconnaît la grande part d'incertitude à qualifier ce bogue informatique de force majeure. Pour l'auteur, cette application s'expliquerait d'autant plus par une sorte de « réserve d'équité » sans pouvoir y attacher systématiquement un « élément technique toujours parfaitement maîtrisable ». Les motifs des juges du fond montrent bien que la force majeure fut

⁸⁴⁰ Sur ce point : F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, op. cit.*, n° 802, p. 897 : « si le juge peut contrôler l'exercice d'une prérogative contractuelle, au nom du devoir de loyauté, il ne saurait remettre en cause, en dehors de toute habilitation législative, son *existence* ou son *contenu*, conformément au principe de la force obligatoire ».

⁸⁴¹ Sur l'appréciation de l'événement de force majeure du point de vue des circonstances : *infra* n° 402.

⁸⁴² Civ. 3^e, 17 fév. 2010, *RDC* 2010, p. 818, obs. T. GENICON.

retenue « par bienveillance à l'égard d'un débiteur qui semblait très méritant »⁸⁴³, récompensant ainsi sa « bonne foi ». Articulée avec le peu de conséquences sur la situation du propriétaire, la sanction par la résolution du contrat est ici disproportionnée. Toujours selon l'auteur, que nous rejoignons totalement, « seules des considérations d'équité sont susceptibles d'expliquer ce courant jurisprudentiel »⁸⁴⁴.

257. Les circonstances justifieraient parfois une malléabilité de la force majeure pour des raisons d'équité. Par l'utilisation du concept de force majeure, les juges ont souhaité éviter l'application d'une clause résolutoire normalement applicable en raison des circonstances. L'exemplarité du comportement du débiteur et le peu de conséquences sur la situation du créancier orientent les juges du fond vers une limitation dans l'application de la prérogative unilatérale. Cette idée n'est pas absente de la réforme du droit des obligations, puisque l'article 1224 du Code civil prévoit pour la résolution judiciaire que l'inexécution doit être « suffisamment grave ». Cependant, une telle condition ne se retrouve pas pour l'application d'une clause résolutoire. Le juge devrait seulement vérifier les conditions d'application de ladite clause. Néanmoins, la pratique jurisprudentielle est parfois amenée à paralyser le jeu de prérogatives unilatérales telles que la clause résolutoire dans des circonstances variées.

258. La bonne foi, fondement adéquat à la prise en compte des circonstances particulières. Le principe de bonne foi est une limite plus adéquate qu'une application parfois approximative de la notion de force majeure. Elle absorbe plus aisément la question de l'opportunité de l'anéantissement du contrat que ne le ferait le mécanisme de la force majeure qui répond à de rigoureuses conditions. Sur le fondement de la bonne foi, le juge prend en compte des circonstances qui dépassent les conditions d'application de la clause résolutoire. M. Genicon pense aussi que ces illustrations mettent en évidence combien « les considérations morales pénètrent le droit de la résolution pour inexécution »⁸⁴⁵. Elles incitent le juge à donner de l'importance aux conséquences de l'application de la clause sur la situation du débiteur ou des tiers, dépassant ainsi la seule vérification de la réussite du projet contractuel. Finalement, les conséquences induites par la clause sont appréciées, car les circonstances particulières tenant à la situation du débiteur, ou à la situation d'un tiers au contrat, le justifient. *En réalité, il est question ici d'une appréciation des intérêts en présence par le prisme du respect de la bonne foi dont l'articulation se vérifiera en prenant en compte les circonstances particulières. Ce « déplacement » de l'appréciation de la seule vérification des conditions de la clause à ses effets afin d'apprécier les différents intérêts en présence n'est pas sans rappeler la fameuse méthode du contrôle de proportionnalité in concreto.*

⁸⁴³ T. GENICON, *Ibid.*

⁸⁴⁴ T. GENICON, *Ibid.*

⁸⁴⁵ T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Leveneur, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 484, 2007, n° 504, p. 358.

Paragraphe 2. L'épanouissement possible du contrôle de proportionnalité de l'application des prérogatives compte tenu des circonstances du contrat

259. Plan. La recherche de nouvelles définitions de la force obligatoire du contrat propose de remplacer le fondement de la volonté par d'autres notions qui seraient plus adéquates à l'évolution du droit positif et à la réalité de la pratique judiciaire. La notion d'intérêt est parfois proposée comme une notion plus fidèle pour décrire ce que serait l'essence d'un accord contractuel⁸⁴⁶. Pourtant, ces errements de la notion de contrat ne sont pas sans danger. L'intérêt est polysémique et peut proposer des définitions contraires. Il se révèle le terreau favorable à l'adoption de méthodes de raisonnement que l'on penserait pourtant éloignées du droit des obligations. La proportionnalité, que l'on différenciera de la proportionnalité que connaît notre culture française, en est l'une d'elles. Sa fonction propre est de déterminer une solution à l'articulation des intérêts à la lumière de la seule consistance des circonstances. En effet, les circonstances à l'origine de la décision sont capables de déroger à la loi, parfois d'ordre public. *A fortiori*, elles pourraient impliquer une exception à la force obligatoire de l'accord lorsque le contexte contractuel le justifierait. Pour cette raison, cette méthode fait l'objet d'attaques souvent virulentes (A), la précision de ces contours sera l'occasion d'indiquer ses risques à l'aune de l'appréciation du contrôle des prérogatives contractuelles (B).

A. L'influence critiquée de la « méthode » proportionnelle en raison de l'importance donnée aux circonstances dans la résolution du litige

260. Plan. Avant d'identifier les obstacles décriés par la doctrine française (b), il est nécessaire de revenir un temps sur les contours précis du contrôle de proportionnalité (a). Un de ses points caractéristiques est l'importance des circonstances dans la résolution du litige. Cette importance est telle qu'elle est susceptible de mettre en échec autant la loi que l'application du contrat.

a. Le contrôle de proportionnalité : la porte d'entrée du raisonnement circonstanciel dans l'articulation des intérêts

261. Développement récent du principe. L'étude de la notion de contrôle de proportionnalité a rencontré un succès démontré par la littérature prolifique sur la question⁸⁴⁷.

⁸⁴⁶ Nos propos introductifs : *supra* n° 10.

⁸⁴⁷ Voir not. : F. CHÉNEDÉ, « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité *in concreto* », *D.* 2021, p. 1142 ; *Ibid.*, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796 ; F. ROUVIÈRE, « Proportionnalité : Aristote et Thomas d'Aquin à la Cour de cassation », *RTD Civ.* 2021, p. 741 ; T. MARZAL, « La Cour de cassation à "l'âge de la balance" », *RTD Civ.* 2017, p. 789 ; B. MÉNARD, « Le contrôle de proportionnalité : vers une deuxième vie de la théorie de l'abus de droit ? », *RTD Civ.* 2022, p. 1 ; A. BÉNABENT, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p. 137 ; P. PUIG, « L'excès de proportionnalité », *RTD Civ.* 2016, p. 70 ; Ch. JAMIN, « Juger et motiver », *RTD Civ.* 2015, p. 263 ; F. ZENATI-CASTAING, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 2016, p. 511 ; B.

Cet engouement n'est pas un hasard. La question de l'adoption de ce type de raisonnement fait face à des enjeux de poids⁸⁴⁸. Ils tiennent principalement aux défis lancés à notre système et tradition juridique, et plus spécifiquement sur le rôle de la Cour de cassation⁸⁴⁹. C'est, au-delà du droit, la crédibilité politique de cette dernière qui serait finalement au cœur du débat⁸⁵⁰. Le thème a de quoi déclencher les passions.

262. Le contrôle de proportionnalité, une méthode de raisonnement à partir des circonstances. La proportionnalité telle que la conçoit principalement la CEDH est représentée par l'image de la « balance des intérêts » qui impose l'appréciation des circonstances. Cette balance justifie parfois l'inapplication de la règle quelle qu'elle soit afin de respecter un intérêt jugé supérieur sur l'instant et valable seulement dans ces circonstances. Cette méthode de raisonnement particulière est parfois qualifiée d'« approche contextuelle »⁸⁵¹. L'application du raisonnement a les effets d'une dérogation, ou d'une exception à la règle de droit normalement applicable. Cette méthode, qui reçoit les faveurs des juridictions européennes, fait l'objet d'un grand scepticisme de la part de la doctrine française⁸⁵². La méthode est applicable chaque fois que l'observation d'une norme donnée atteint de façon disproportionnée le respect d'un droit fondamental. Or, la prolifération des « droits à » et l'imprécision de certains comme le « respect

LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1326 ; Ph. MALAURIE, « Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté, et sa sobriété. Contre : le juge made law à la manière européenne », *JCP G* 2016, p. 318 ; M. MEKKI, th. préc. En droit pénal : S. PELLE, « Contrôle de proportionnalité et droit pénal : quelle "doctrine" de la chambre criminelle ? », *D.* 2022, p. 1186.

⁸⁴⁸ Sur cet angle d'appréciation du contrôle de proportionnalité en tant que méthode de raisonnement juridique et non en tant que principe : F. ZENATI-CASTAING, *Le savoir des lois, essai sur le droit romaniste, op. cit.*, p. 164. L'auteur y développe un essai sur la crise de la « scientificité » du droit et un retour au droit coutumier. Des méthodes comme le syllogisme ne serait plus adapté à ce type de raisonnement. Le droit reviendrait alors à « son état nominal, contentieux, celui d'un art des solutions justes élaborées par la prudence du juge et du jurisconsulte ».

⁸⁴⁹ Par ex. : P. DEUMIER, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *D.* 2014, p. 2022 : l'auteur admet qu'à travers la construction apparente du syllogisme judiciaire se met souvent en œuvre une « balance déguisée ». L'effort dans la motivation factuelle des arrêts de la Cour de cassation n'est pas à exclure pour répondre aux attentes des justiciables et à un « changement de contexte ». Cela permettrait, toujours selon l'auteur, de concilier « évolution et tradition ».

⁸⁵⁰ Sur cet enjeu : Ch. JAMIN, « Juger et motiver », art. préc. : l'auteur compare les modes de rédaction de la Cour de cassation et de la Cour suprême du Canada en s'interrogeant sur les conséquences du contrôle de proportionnalité sur le mode de rédaction. Il soulève des arguments très intéressants afin de comprendre ces distinctions. Alors qu'au Canada et aux États-Unis, le magistrat n'est pas « un statut », les juges font le jeu de ce que l'auteur nomme la « démocratie d'opinion » en étayant précisément le sens des décisions par des éléments factuels qui dépassent les arguments juridiques. En France, le syllogisme judiciaire avec une motivation concise et souvent abstraite s'expliquerait entre autres par la légitimité du mode d'élection de nos juges et du concours « élitiste » en place. Il finit par considérer que le modèle imposé par la CEDH ne permet plus « de s'en tenir au syllogisme ».

⁸⁵¹ A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme*, préf. F. Sudre, éd. A. Pedone, 2014, n° 756 : elle a pour objet « de motiver ses décisions en tenant compte de l'ensemble des circonstances particulières entourant le litige dont il est régulièrement saisi. En d'autres termes, il faut entendre par approche contextuelle, le fait pour la Cour EDH de faire varier l'interprétation qu'elle donne des droits et libertés conventionnels en fonction des réalités qui forment le contexte de l'affaire qu'elle a à trancher ».

⁸⁵² L'art. 1221 C. civ. est souvent pris en exemple pour mettre en avant l'épanouissement de la logique proportionnelle en droit français. Le créancier d'une obligation se voit refuser l'exécution forcée en nature si elle serait d'une « disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ». Me Le Gac-Pech y voit un « pouvoir général d'appréciation de la proportionnalité », la réforme du droit des obligations du 10 février 2016 affichant ainsi son « ambition modératrice » : S. LE GAC-PECH, « Sauvons le contrôle de proportionnalité (...) », art. préc., spéc. n° 24 et n° 26.

de la vie privée et familiale » fait craindre une ingérence judiciaire accentuée dans les relations entre personnes privées. D'un point de vue politique, les auteurs craignent une perte de souveraineté de la Cour de cassation dont le rôle se transformerait en celui d'une juridiction de troisième degré, laissant le soin aux juridictions européennes d'avoir le dernier mot. Concernant ses effets, la paralysie d'une norme obligatoire en raison des circonstances particulières du litige a de quoi déstabiliser le système juridique. La norme, sans avoir formulé des circonstances particulières dans lesquelles elle ne serait pas applicable par exception, peut être écartée en raison de ces circonstances qui mettraient en évidence une atteinte disproportionnée à un droit protégé par la Conv. EDH.

263. La conception « française » de la proportionnalité ne reposerait pas sur l'analyse des circonstances du contrat. La compréhension qu'adopte la CEDH de la proportionnalité n'est pas spécifique à la notion en elle-même. En effet, le droit français l'envisage plutôt comme un mécanisme permettant de purger les excès contractuels en utilisant généralement des critères objectifs. En effet, la proportionnalité est définie habituellement comme « le rapport d'équilibre des termes composant la relation contractuelle »⁸⁵³. La notion se conçoit toujours dans la trouvaille d'une juste mesure qui s'envisage au sein même de la relation contractuelle, sans égard à la particularité des contractants⁸⁵⁴. Ainsi, cette appréciation de la proportionnalité serait mathématique et impliquerait un rapport entre des éléments constants. Cette conception a pour fonction de cristalliser les excès les plus criants en donnant un pouvoir de modération au juge⁸⁵⁵. Néanmoins, la plupart des manifestations de la recherche de proportionnalité s'éloignent de cette appréciation. Le rapport entre deux éléments est loin de se restreindre à un contrôle géométrique de la proportion⁸⁵⁶. Il cherche d'autant plus à apprécier les conséquences d'une mesure ou de l'apprécier au regard d'une finalité précise⁸⁵⁷. Cette appréciation comprend nécessairement une certaine relativité que l'approche « mathématique » n'implique pas. En témoigne le contentieux de l'appréciation de la clause de non-concurrence dont le juge recherche si elle n'est pas

⁸⁵³ S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. Muir-Watt, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 335, 2000, n° 72, p. 42.

⁸⁵⁴ Dans le même sens : H. LÉCUYER, « Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat », *LPA* 1998, p. 31 : la proportionnalité dans l'acte juridique est une proportionnalité réduite à un rapport entre deux choses, qui confine à l'équilibre contractuel sans considération pour les qualités des personnes, un équilibre dit raisonnable ».

⁸⁵⁵ Sur cette idée : D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, préf. M. Gobert, LGDJ, Bibl. de dr. privé, t. 432, 2005, spéc. n° 369, p. 328-329 : l'auteur répond aux critiques adressées à l'extension du traitement juridique de l'excès en la fondant sur une recherche d'équité. Pour lui, ces dangers sont évités par la recherche de « critères objectifs » permettant de « juridiciser » l'équité, qui, dans le cas contraire, resterait une notion subjective laissée à l'humeur du juge. Dans le même sens : G. MAIRE, *Volonté et exécution forcée de l'obligation*, préf. N. Damas et L. Perreau-Saussine, LGDJ, Bibl. de dr. privé, t. 587, 2018, n° 455 et s. : l'auteur évoque la notion « d'intolérance contractuelle tolérée » qui n'est pas interdite en soi mais qui le devient « lorsqu'elle atteint l'excès que le législateur sanctionne par l'octroi au juge d'un pouvoir modérateur ». Ce pouvoir modérateur est « fondé sur des considérations d'équité ».

⁸⁵⁶ Sur la nécessité d'une appréciation des circonstances dans l'appréciation de l'équilibre des relations : M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Dalloz, rééd. 2001, p. 60 : « Et comme il faudra tenir compte de la *qualité* des personnes ou des biens ou charges en cause, tout le droit ne pourra se couler dans une formule mathématique » (souligné par l'auteur).

⁸⁵⁷ Sur cette constatation à l'égard de l'imprévision ou du déséquilibre significatif : *infra* n° 516 et s.

« disproportionnée au regard de l'objet du contrat »⁸⁵⁸ alors que limitée dans le temps et dans l'espace. La proportionnalité en droit français permet aussi, par l'appréciation de l'excès, de protéger l'intérêt du débiteur de la clause de non-concurrence⁸⁵⁹, sans s'appesantir sur le comportement du créancier de ladite clause. Une remarque similaire est faite à l'égard de l'article 1221 du Code civil qui écarte l'exécution forcée du contrat en cas de « disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ». Selon M^{me} Lardeux, cette appréciation de la proportionnalité de la sanction appliquée « découle de l'idée même de justice qui implique mesure et équilibre ». Ainsi, le contrôle de proportionnalité appliquée à la résolution permettrait de respecter la force obligatoire du contrat⁸⁶⁰. La recherche de proportionnalité, bien qu'effectuée afin de protéger l'intérêt du débiteur, se conçoit encore en faveur du contrat.

Contrairement à la balance des intérêts « européenne », la conception française est fondée sur la disproportion manifeste, ce qui en réduit d'autant son champ d'application⁸⁶¹. Les raisons qui sous-tendent ces deux acceptions de la proportionnalité ne sont donc pas identiques. Tandis que la proportionnalité en droit français confine à une recherche de la juste proportion⁸⁶², sans donner tant de crédit à l'appréciation des circonstances particulières des contractants, le contrôle de proportionnalité justifie l'éviction de la loi ou du contrat en donnant une place primordiale aux circonstances du litige. Il y a tout intérêt à se méfier de la similitude des appellations qui risquerait, soit de jeter le discrédit sur un mécanisme accoutumé à notre culture juridique française, soit d'adopter sans se l'approprier une méthode qui peut se révéler dangereuse pour notre système juridique.

b. Difficultés d'acclimatation de la méthode proportionnelle à la culture juridique française par la difficulté de concevoir la solution du litige par le prisme exclusif des circonstances

264. La détermination de la légitimité des droits au regard des seules circonstances : premier danger dénoncé par la doctrine. Des auteurs comme M. Gautier, Malaurie ou Bénabent ont un ton particulièrement acerbe à l'égard du contrôle de proportionnalité. M. Malaurie dénonçait une tentation du droit français au rapprochement du modèle européen qui est porteur de notions, dont le contrôle de proportionnalité, qui n'a « aucune consistance »⁸⁶³.

⁸⁵⁸ Com. 4 janv. 1994, *RTD Civ.* 1994, p. 349, obs. J. MESTRE.

⁸⁵⁹ Il n'est pas certain que le contentieux du respect de la proportionnalité de la clause de non-concurrence n'est pas arrimé à un droit fondamental. En effet, ce contrôle est justifié par les atteintes potentielles à la liberté d'entreprendre. En cela, la proportionnalité à l'œuvre se rapproche de l'esprit de la proportionnalité telle qu'appréciée par les juridictions européennes.

⁸⁶⁰ G. LARDEUX, « Le contrôle de proportionnalité des sanctions en matière contractuelle », *JCP G* 2021, n°18, doctr. 502.

⁸⁶¹ Sur la détermination du seuil de l'excès par l'utilisation de différents standards : *infra* n° 509.

⁸⁶² Sur la relativité de cette affirmation : *infra* n° 504.

⁸⁶³ Ph. MALAURIE, « Pour : La Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété... », art. préc.

Le raisonnement de ces juridictions ne relève « pas du droit, mais de l'équité et de son imprévisibilité »⁸⁶⁴. M. Bénabent, en arborant un ton plus nuancé, reconnaît qu'à côté des « soupapes exceptionnelles classiques » comme l'abus de droit ou la fraude, le juge s'offrirait la possibilité d'écarter l'application de « toute loi » ou « tout délai » selon « la pesée du jour ». Cette méthode de raisonnement aboutirait à l'anéantissement du prévisible et à la « négation » du droit lui-même⁸⁶⁵. Enfin, M. Gautier dénonce l'insertion de la « balance des intérêts » qui satisferait la tendance « droit de l'homme » et « équité » pour satisfaire les cours supranationales⁸⁶⁶. L'adoption d'un tel principe aboutirait à l'abandon du procédé syllogistique qui présente toutes les garanties que l'on attend d'un système juridique : la prévisibilité et son corollaire de sécurité⁸⁶⁷. Ces critiques mettent en avant le changement de raisonnement juridique à l'œuvre dans l'application de ce principe. L'harmonie et la cohérence des constructions juridiques seraient malmenées par le « factualisme » inhérent à la méthode d'analyse proportionnelle telle qu'utilisée par les juridictions européennes⁸⁶⁸.

Malgré les différentes façons de l'énoncer, une critique similaire est présente chez tous les auteurs. Les droits ne seraient plus garantis par le système juridique qui les a validés. Quand les circonstances impliqueraient une solution particulière afin de protéger l'intérêt d'un contractant, la règle juridique, générale ou privée, doit être évincée. L'articulation des intérêts déterminée à l'avance par la loi ou le contrat serait insuffisante à assurer la stabilité des droits. Seules les circonstances donneraient une lecture satisfaisante de l'intérêt à privilégier. Ce mode de raisonnement ne serait pas une révolution.

265. L'ancienneté de l'esprit de la méthode proportionnelle : preuve d'une sensibilité du droit français à l'influence des circonstances dans l'articulation des intérêts. La méthode de raisonnement proportionnelle n'est pas nouvelle. Le droit romain adoptait ce mode de pensée avant l'émergence d'une méthode « scientifique » grâce à la scolastique⁸⁶⁹. L'émergence de l'idée de solidarité évoque les prémices d'un raisonnement en termes de conciliation des intérêts comme l'évoque M. Jamin⁸⁷⁰. Des dispositifs législatifs sont même pétris de cette philosophie.

⁸⁶⁴ Ph. MALAURIE, *Ibid.*

⁸⁶⁵ A. BÉNABENT, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », art. préc.

⁸⁶⁶ P.-Y. GAUTIER, « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015, p. 2189.

⁸⁶⁷ P.-Y. GAUTIER, « Éloge du syllogisme », art. préc.

⁸⁶⁸ Sur cette idée : Ch. JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in *Repenser le contrat*, dir. G. Lewkowicz et M. Xifaras, Dalloz, 2009, p. 175 et s. spéc. p. 176 et p. 178 : la France « demeure encore le pays des *théories générales*, dont la théorie générale du contrat n'est pas la moindre. Sans parler de la croyance forte et partagée dans cette idée que les concepts juridiques, qui en sont à la base, sont pourvoyeurs de vérité juridique ». Ce trait caractéristique de la culture juridique française pourrait « être mise à mal par l'usage grandissant des droits fondamentaux, au point de défaire ce qui constitue chez beaucoup de juristes français un élément de fierté caractéristique de notre culture juridique nationale ».

⁸⁶⁹ En ce sens : F. ZENATI-CASTAING, *Le savoir des lois*, op. cit., spéc. p. 13 et s. et p. 162 et s. : ce serait la science juridique qui serait à l'origine d'un « droit théorique, normatif et systématisé. C'est elle qui est à l'origine de l'éviction du juge dans la production du droit savant ».

⁸⁷⁰ Ch. JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in *Repenser le contrat*, dir. G. Lewkowicz et M. Xifaras, Dalloz, Méthodes du droit, 2009, pp. 208-209 : l'auteur évoque le recours à une méthode identique de raisonnement concernant la balance des intérêts et de la proportionnalité un siècle plus tôt et qui

L'octroi de délais de grâce, permis aujourd'hui par l'article 1343-5 du Code civil, adopte un raisonnement similaire afin d'évaluer si l'intérêt du débiteur de se voir accorder un délai d'exécution est justifié et n'écorne pas exagérément l'intérêt du créancier suivant les circonstances particulières de la relation contractuelle⁸⁷¹. L'appréciation par le prisme des conséquences attachées à l'exercice d'un droit subjectif émane de certaines décisions de la Cour de cassation. C'est dans cet esprit qu'un arrêt de la Cour de cassation a refusé l'accord d'un délai de grâce et la paralysie de la résolution du contrat quand cette décision mettait « en péril les intérêts du créancier sans profit aucun pour les débiteurs »⁸⁷². Ce sont parfois les conséquences disproportionnées sur la situation du débiteur qui freineraient la résolution du contrat. C'est notamment le cas quand ce dernier est considéré comme indispensable au maintien économique, social et parfois familial de la situation du débiteur. Le contrat de bail, qu'il soit d'habitation ou commercial, et plus généralement des contrats de distribution, mettent en tension le respect du de la liberté du créancier de se défaire du contrat et la protection de l'intérêt du débiteur dont la rupture de l'accord lui serait grandement préjudiciable compte tenu des circonstances. L'appréciation de ces circonstances est alors au cœur de ces mécanismes, révélant ainsi l'intérêt à privilégier dans la prise de décision. M. Genicon admet qu'à « raison de circonstances exceptionnelles, le juge peut se montrer sensible aux conséquences particulièrement graves que pourrait avoir la disparition du contrat sur la personne du débiteur ou de son entourage »⁸⁷³. Sans s'y méprendre, l'esprit de ce qu'aujourd'hui la doctrine désigne comme un contrôle de proportionnalité innervait déjà de nombreux litiges contractuels.

266. Le droit français fait déjà preuve d'une sensibilité aux circonstances dans les contentieux contractuels. Le juge est rarement lié par l'appréciation stricte d'un texte de loi, pas plus qu'il n'est lié par une volonté des parties qui serait saisissable, et ce, peu importe son mode d'expression. Parfois, les circonstances infléchissent une compréhension trop stricte de l'accord contractuel, afin de respecter les intérêts des parties en présence⁸⁷⁴. En réalité, le prétendu changement de raisonnement juridique n'est pas le cœur du problème de l'application du contrôle de proportionnalité. Les plaidoyers des auteurs le font pressentir. Ce sont les effets de l'application d'un tel raisonnement, et l'ingérence exagérée des droits fondamentaux, qui font l'objet de toutes les vitupérations. L'appréciation des circonstances est familière au juge. L'accroissement des standards tel que le raisonnable⁸⁷⁵ ; le rôle prépondérant de la bonne foi en

provoqua des critiques identiques à celles d'aujourd'hui. Cette méthode réduirait le droit à l'empirisme et à la casuistique « au mépris d'un droit cohérent, ordonné, systématisé dont les civilistes seraient à la fois les héritiers et les gardiens ».

⁸⁷¹ La rédaction même de l'art. 1343-5 C. civ. le démontre : le juge doit accorder ce délai « compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier ». Sur ces précisions : *infra* n° 495.

⁸⁷² Civ. 3^e, 20 fév. 1973, n° 72-10.629, *Bull. Civ.* III, n° 147.

⁸⁷³ T. GENICON, th. préc., n° 519, p. 369. Il reprend plus loin la même idée en conclusion de chapitre en affirmant que la sanction de l'inexécution du contrat s'envisage « utilement et justement » (n° 523, p. 371).

⁸⁷⁴ Sur ces réflexions : *supra* spéc. n° 168 et s.

⁸⁷⁵ *Infra* n° 240 et s. et *supra* n° 193.

matière contractuelle⁸⁷⁶ ; la recherche de l'intention contractuelle⁸⁷⁷ ; la sanction de l'abus⁸⁷⁸ ; l'appréciation du déséquilibre significatif⁸⁷⁹ ; sont autant de mécanismes qui appellent une appréciation circonstancielle du contrat sans que le juge ne puisse, même s'il le souhaitait, se contenter d'appliquer une loi en vérifiant simplement les conditions de son application. C'est sensiblement le même constat fait par M. Chazal déplorant que certains reproches formulés à l'encontre du contrôle de proportionnalité soient des « critiques d'un modèle académique rassurant, mais irréel »⁸⁸⁰. Pis encore, nous pensons que ce prétendu défaut est un moyen confortable pour les fervents défenseurs du contrôle de proportionnalité de retourner ces invectives contre ses détracteurs. En effet, pourquoi ne pas adopter ce type d'appréciation de règlement des conflits d'intérêts, puisque les juridictions sont déjà habituées à une telle méthode de raisonnement ? En outre, l'évolution du droit des contrats français montre que la proportionnalité prend de plus en plus d'ampleur.

267. La limitation de l'exécution forcée au regard de la « disproportion manifeste ».

L'influence de la méthode proportionnelle se pose aujourd'hui avec une acuité particulière depuis que le Code civil contient un article 1221 précisant que le créancier ne peut poursuivre l'exécution forcée de l'obligation « 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 »⁸⁸¹. Les termes utilisés ne sont pas sans rappeler le lexique utilisé par la CEDH. Cette précision tend à renverser les décisions de la Cour de cassation qui avait accordé l'exécution forcée à des créanciers dans des circonstances pour le moins éloquentes. Des destructions de maisons pour des écarts d'altimétrie de quelques centimètres étaient autorisées sur ce fondement⁸⁸². Les juges de la Cour de cassation ont opéré un revirement de jurisprudence afin de s'accorder à cette nouvelle règle⁸⁸³. Le contrôle de la disproportion manifeste concerne désormais l'ensemble des demandes en exécution forcée⁸⁸⁴. Une décision de la troisième chambre civile du 6 juillet 2023 vient préciser que ce raisonnement proportionnel doit s'appliquer aussi quand l'exécution forcée porte sur l'octroi de dommages et intérêts. De prime abord, le rapport de proportionnalité est réalisé selon une comparaison financière, et donc

⁸⁷⁶ *Supra* n° 255.

⁸⁷⁷ *Supra* n° 23 et s.

⁸⁷⁸ *Supra* n° 253.

⁸⁷⁹ *Infra* n° 497.

⁸⁸⁰ J.-P. CHAZAL, « Raisonnement juridique (suite) : sortir de la liturgie doctrinale », *D.* 2016, p. 417. Il poursuit en affirmant que « les juges ont toujours fait bien autre chose que ce que la doctrine dit qu'ils faisaient, tout en dissimulant leur pratique sous des artifices logiques dont l'abandon donne l'impression fausse d'un franchissement à ceux qui les prennent pour la réalité ».

⁸⁸¹ Le critère de bonne foi du débiteur a été ajouté par la loi de ratification du 20 avril 2018 de l'ordonnance du 10 février 2016.

⁸⁸² Civ. 3^e, 11 mai 2005, n° 03-21.136, *RDC* 2006, p. 323, obs. D. MAZEAUD ; *RTD Civ.* 2005, p. 596, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Dans le même sens : Civ. 3^e, 12 avr. 2018, n° 17-26.906.

⁸⁸³ Civ. 3^e, 13 juill. 2022, n° 21-16.407 et n° 21-16.408, *RDC* 2022, p. 10, note F. DOURNAUX ; *JCP G* 2022, p. 1426, obs. P. GROSSER.

⁸⁸⁴ F. DOURNAUX, *Ibid.*

monétaire, entre le coût pour le débiteur et l'intérêt du créancier⁸⁸⁵. Néanmoins, l'appréciation peut être plus large que la seule appréciation financière, à l'image du standard de l'excessivement onéreux dans le mécanisme d'imprévision⁸⁸⁶. Des auteurs ont relevé que l'appréciation du coût n'est pas exclusivement financière⁸⁸⁷. Même dans l'hypothèse où l'acception du coût serait exclusivement économique, rien n'empêcherait d'inclure des circonstances particulières à la situation économique personnelle du débiteur. De plus, l'appréciation de l'intérêt du créancier renforce encore le fait que le rapport de proportionnalité se résume difficilement à une appréciation financière. Comment établir par une approche exclusivement financière l'intérêt d'un individu ? Ce faisant, l'intérêt du créancier à l'exécution forcée pourrait glisser à une justification de cette exécution à la lumière de sa situation patrimoniale, voire extrapatrimoniale⁸⁸⁸. Ainsi, les circonstances particulières de la situation du créancier permettraient de donner une consistance à sa demande d'exécution forcée si le coût pour le débiteur de bonne foi apparaît disproportionné. Finalement, le rapport de proportionnalité est très certainement susceptible d'inclure des éléments tenant au contexte contractuel, voire personnel des contractants, afin de juger de la légitimité de l'exécution forcée. La notion « d'intérêt » du créancier est en effet propice à des considérations qui dépassent l'approche financière ou monétaire de la disproportion manifeste, ce qui tend à rapprocher l'analyse du contrôle de proportionnalité *in concreto*.

268. Synthèse du problème de l'épanouissement de la méthode proportionnelle au regard de l'influence des circonstances sur le contrat. La nuance et la prudence sont de mise afin de préciser les défis lancés au système juridique français en s'accoutumant au contrôle de proportionnalité. L'un des principaux effets du contrôle de proportionnalité est de paralyser l'application du contrat dans l'éventualité où il aurait des conséquences disproportionnées sur l'intérêt d'une partie, intérêt incarné très souvent par un droit fondamental. Ce contrôle écarte l'application d'une norme « générale » lorsque des circonstances particulières le motivent⁸⁸⁹. Les circonstances particulières d'un litige pourraient renverser l'application d'une norme en distinguant « là où la loi ne distingue pas »⁸⁹⁰. M^{me} Deumier considère que l'admission du contrôle de conventionnalité *in abstracto* et *in concreto* du fameux « barème Macron » introduit

⁸⁸⁵ En ce sens : M. CORMIER, *Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil*, th. dactyl., Paris 2, 2022, n° 74 et s.

⁸⁸⁶ Sur l'interprétation de « l'excessivement onéreux » de l'art. 1195 C. civ. : *infra* n° 513.

⁸⁸⁷ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats (...), op. cit.*, p. 487.

⁸⁸⁸ En ce sens : M. CORMIER, *op. cit.*, n° 81.

⁸⁸⁹ Ph. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD, Ch. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061 : les auteurs adoptent un point de vue nuancé. Pour eux, la CEDH ne confonderait pas « humanisme et sensiblerie » en ne se laissant pas « systématiquement apitoyer par l'éloquence des faits ». Cette appréciation circonstanciée est motivée par la « gravité des circonstances exceptionnelles ». La CEDH reproche parfois aux « juges nationaux d'avoir inflexiblement appliqué les règles générales et abstraites, alors que la gravité des données de fait commandait souplesse et adaptation à la détresse particulière des justiciables ».

⁸⁹⁰ Ph. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD, Ch. JAMIN, *Ibid.* M. Molfessis considère que le contrôle de proportionnalité peut octroyer un "pouvoir de circonstance, dont l'anticipation n'est pas toujours possible ni le résultat souhaitable" : N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *LPA* 1998, p. 21.

par l'ordonnance du 22 septembre 2017⁸⁹¹ montre que le système juridique s'y acclimate très progressivement. Cette évolution met « en tension la conception traditionnelle des sources forcée autour d'une idéalisation de la loi et la conception européenne du contrôle *in concreto* nourrie d'une idéalisation du juste équilibre assuré par le juge »⁸⁹². Ces critiques à l'égard de la méthode proportionnelle concernent en majorité l'éviction d'une loi nationale précise en raison des circonstances particulières du litige qui révèle une atteinte disproportionnée à un intérêt privé particulier. Ce faisant, des doutes légitimes peuvent être émis quant à la similitude des dangers à l'égard de la relation contractuelle qu'il est donc nécessaire d'envisager. En effet, « la justice de l'espèce ne doit pas détruire la prévisibilité du droit »⁸⁹³, peu importe la règle concernée.

B. La paralysie du contrat en présence d'une atteinte à l'intérêt contractuel déterminée au regard des circonstances

269. Plan. Les décisions de la CEDH qui concernent les effets du contrôle de proportionnalité sur le contrat sont rares, mais pas inexistantes. Ces décisions démontrent que le juge communautaire ne distingue pas entre l'éviction de la loi nationale ou du contrat entre individus, seul compte la protection de l'intérêt jugé supérieur dans des circonstances particulières. Cette constatation doit être illustrée par des décisions précises (a) avant de pouvoir envisager les enjeux principaux attachés à l'épanouissement de la méthode proportionnelle dans le contentieux contractuel (b).

a. L'éviction du contrat en présence de circonstances particulières : effet principal du contrôle de proportionnalité

270. L'articulation des intérêts au regard des circonstances n'a pas pour seul effet l'éviction d'une norme générale et abstraite, mais concerne aussi le contrat. L'effet d'éviction attaché à l'exercice du contrôle de proportionnalité se conçoit principalement à l'égard de la loi. En revanche, il ne concerne pas exclusivement un conflit de normes générales et abstraites. Certaines décisions des juridictions européennes ont d'ailleurs montré cette acclimatation de la proportionnalité au contentieux contractuel. La décision *Pla et Puncernau* rendue par la CJUE le 13 juillet 2004 en était un exemple à l'égard du contentieux de

⁸⁹¹ Ordonnance n° 2017-1387 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail. Le « barème Macron » est présent depuis à l'art. L. 1235-3 C. trav. qui prévoit les montants minimaux et maximaux des indemnités en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse en fonction de l'ancienneté du salarié.

⁸⁹² P. DEUMIER, « Le barème Macron et les incertitudes des sources du droit », *RTD Civ.* 2019, p. 693. Du même auteur sur la question de la multiplication des interprètes des sources qui ne permet pas de conclure avec certitude si le barème Macron peut faire l'objet d'un contrôle de conventionnalité *in concreto* : « L'exclusion du contrôle de conventionnalité *in concreto* : l'esprit et les méthodes », *RTD Civ.* 2022, p. 575.

⁸⁹³ F. ROUVIÈRE, « Proportionnalité (...) », art. préc. Sur la même idée concernant le rôle des avocats : Ch. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, op. cit., spéc. p. 110 : « s'ils s'opposent, c'est qu'ils cherchent à faire prévaloir, dans l'intérêt de leur client, l'une des valeurs en conflit : la sécurité ou l'équité, les droits de l'individu ou l'intérêt général (...) ».

l'interprétation du contrat⁸⁹⁴. Sans désigner expressément le contrôle de proportionnalité, c'est bien ce raisonnement qui était déjà en œuvre. Le juge européen recommandait fortement à la Cour suprême andorrane d'inclure dans son appréciation de la volonté contractuelle des circonstances postérieures à l'acte juridique afin de respecter des droits protégés par les instances européennes, quitte à écarter le sens de la volonté tel qu'il pouvait se dégager raisonnablement au jour de la conclusion de l'acte.

Cet esprit de proportionnalité touche aussi l'exécution du contrat. Une décision de la CEDH *Khurshid Mustafa c/ Suède* du 16 décembre 2008 en est une illustration flagrante⁸⁹⁵. Les faits mettent en perspective les atteintes portées à la force obligatoire du contrat, en l'occurrence un règlement de copropriété, quand un droit fondamental est concerné. Une SCI nouvellement bailleuse a souhaité résilier le contrat qui la liait à un locataire prévoyant que l'installation d'une antenne parabolique devait faire l'objet du consentement préalable du bailleur. Si l'ancien contractant tolérait ce dispositif, il n'en fut pas de même pour la SCI. La CEDH appliqua le principe de proportionnalité, en prenant en compte l'intérêt du bailleur et les circonstances le caractérisant. Les considérations esthétiques de peu d'importance dans une banlieue de Stockholm, ainsi que le très faible risque de voir engager sa responsabilité pour une potentielle chute de l'antenne sont des circonstances qui furent intégrées dans la balance. En comparaison avec l'intérêt des locataires, réfugiés irakiens, dont l'antenne assurait un relai d'informations et un besoin de proximité linguistique et culturelle indispensable pour maintenir leurs enfants dans des liens avec leur pays d'origine, l'intérêt du bailleur était peu consistant.

271. Enseignement de la décision *Khurshid Mustafa c/ Suède* : le désintérêt de la force obligatoire du contrat face à des circonstances qui justifient la protection de l'intérêt de l'individu-contractant. Cette décision de la CEDH met bien en évidence que le respect de la force obligatoire du contrat de bail ainsi que le comportement du bailleur n'ont pas leur place dans l'appréciation de la situation. Le seul raisonnement en termes de hiérarchisation d'intérêts privés à la lumière des circonstances est pris en compte par la Cour européenne. L'irrespect des termes du contrat n'est qu'une conséquence secondaire à laquelle les juges européens n'attachent pas d'importance. Ici, il ne s'agit plus d'écarter l'application d'une loi à portée générale, mais d'évincer l'application d'une clause, pourtant parfaitement licite, au regard des circonstances particulières de la situation des locataires. Comme l'application de la loi est écartée face aux conséquences disproportionnées sur l'intérêt à protéger au vu des circonstances, le contrat doit lui aussi céder pour les mêmes raisons⁸⁹⁶. Comme le dit très justement M.

⁸⁹⁴ *Supra* n° 207. Ce qui fait dire à certains auteurs que « l'interprétation évolutive et conforme appliquée au contrat conduit à une réécriture de celui-ci à l'aune des droits fondamentaux » : S. CHASSAGNARD-PINET, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel », in *Mél. Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 225 et s., spéc. p. 240.

⁸⁹⁵ N° 23883/06, *RTD Civ.* 2009, p. 281, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJDI* 2009, p. 438, obs. P. RAYNAUD.

⁸⁹⁶ Sur cette constatation : J.-P. MARGUÉNAUD, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit*, LGDJ, 1997, p. 58 et p. 60 : l'auteur remarquait déjà que cet effet « horizontal » du contrôle de conventionnalité « peuvent impliquer

Grimaldi, cette appréciation amène à « placer une personne privée dans la position de pouvoir limiter le droit d'une autre personne privée au nom de son intérêt privé jugé plus légitime »⁸⁹⁷. La force obligatoire du contrat est balayée d'un revers de main, seule sa justification est ici vérifiée⁸⁹⁸.

Cette remarque est importante. Elle montre que l'exercice du contrôle de proportionnalité tel que le juge européen le conçoit va plus loin que l'appréciation de l'excès manifeste qui appelle très souvent un pouvoir modérateur du juge afin de ménager la force obligatoire de l'accord⁸⁹⁹. Cette purge de l'excès peut encore se comprendre comme une « sanction » du contractant qui a abusé de ses droits. En outre, l'excès tel qu'appréhendé en droit français ne vise pas à annihiler la créance, mais à en réduire sa portée dans de justes proportions⁹⁰⁰. Le droit n'est donc pas détruit, mais simplement réajusté⁹⁰¹. La proportionnalité européenne va beaucoup plus loin. La protection d'un droit fondamental implique une hiérarchisation des intérêts qui aboutit de manière inévitable à un choix. Il n'est plus question de modération, mais d'éviction d'un intérêt, et donc d'un droit, en faveur d'un autre jugé supérieur dans des circonstances particulières. Cette appréciation des intérêts n'est pas étrangère au droit français. Loin de là. Les propositions de justification de la force obligatoire du contrat sur le respect de l'intérêt des contractants sont courantes⁹⁰². La notion d'intérêt révèle « une sorte d'arbitrage opéré par le Droit »⁹⁰³ qui s'accommode bien à la compréhension de la notion de contrat. En revanche, elle est utilisée par les juridictions européennes au mépris d'un respect élémentaire de la force obligatoire du contrat. L'intérêt comme envisagé par les auteurs français quand ils recherchent des fondements plus pertinents à la force obligatoire n'est pas le même intérêt que prétendent protéger les juridictions européennes⁹⁰⁴. Cet intérêt, incarné par un droit fondamental, est même extérieur à la sphère contractuelle et se conçoit sans lui. Cette acception particulière de l'intérêt se distingue des définitions qui en font une notion « objective » permettant d'envisager l'opération économique en se défaisant des « circonstances extérieures restées propres à l'une des parties »⁹⁰⁵. En revanche, elles se rapprochent d'une compréhension plus « solidariste » qui

l'adoption de mesures visant à faire respecter la CEDH jusque dans les relations des individus entre eux » et que cet effet était « considérable mais difficilement évaluable ».

⁸⁹⁷ C. GRIMALDI, obs sous. CEDH *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c/ Suède*, RDC 2010, p. 131.

⁸⁹⁸ Que certains auteurs identifient comme « le contrôle de la nécessité de la mesure à la réalisation de l'objectif poursuivi » : F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? » *JCP G* 2017, p. 289.

⁸⁹⁹ Sur cet aspect du contrôle de proportionnalité « à la française » : N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité... », art. préc., spéc. n° 26.

⁹⁰⁰ Un auteur évoque la notion de « modération des obligations manifestement excessives » : J. FISCHER, th. préc., n° 194 et s.

⁹⁰¹ Bien que ce réajustement autorisé légalement de manière explicite ou implicite se conçoit toujours comme une atténuation de la force obligatoire du contrat.

⁹⁰² G. ROUHETTE, th. préc., n° 222 et s. ; D. GALBOIS-LEHALLE, th. préc., n° 559 et s. : pour l'auteur, l'intérêt est une « condition d'existence du contrat » (n° 605).

⁹⁰³ D. GALBOIS-LEHALLE, *Ibid.*, n° 655, p. 382.

⁹⁰⁴ Par ex. : F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008, n° 50, p. 57 : l'intérêt des contractants est le but qu'ils « cherchent à atteindre en y participant, ou, plus exactement, comme la satisfaction qu'elles trouvent en y prenant part ».

⁹⁰⁵ J. ROCHFELD, th. préc., n° 93, p. 88. L'auteur envisage l'intérêt comme une alternative à la volonté.

élargirait les circonstances dans lesquelles l'exercice d'un droit subjectif pourrait faire l'objet d'une paralysie.

L'appréciation de la finalité de la force obligatoire⁹⁰⁶ qu'implique l'articulation des intérêts en présence induit l'analyse des circonstances particulières du litige en cause⁹⁰⁷. Les contractants se voient dans l'obligation d'adopter un comportement dynamique afin d'évaluer précisément toutes les circonstances particulières de la relation et les circonstances futures afin de construire le contrat en respectant ces éléments factuels, sous peine que le juge français procède lui-même à une réfaction du contrat⁹⁰⁸. Cette prévision, qui prend parfois les contours d'une sorte de préscience tant elle s'avère exigeante, est difficilement praticable pour les contractants. Elle est en réalité utopique, car la généralité des droits fondamentaux et la diversité des circonstances dans lesquelles un intérêt serait malmené selon le crédo de la CEDH aboutissent à une imprévisibilité imparable, que les contractants auront toute peine à obvier. Cette ingérence d'une nouvelle source d'adaptation du contrat, et non plus seulement du seul comportement, a deux effets distincts : la création de nouvelles obligations qui n'étaient pas prévues à l'origine dans l'accord⁹⁰⁹, et, la paralysie de certains droits, à l'image de ce que reconnaissent des décisions de la Cour de cassation quant aux effets de l'abus de droit et de la bonne foi⁹¹⁰.

272. Élargissement de la vérification de la finalité de la prérogative contractuelle au regard des circonstances par le contrôle de proportionnalité. Une récente thèse consacrée à la prérogative contractuelle met au cœur du contrôle de la finalité la recherche de « l'esprit » de ces droits subjectifs⁹¹¹. Ce but, selon l'auteur, « n'est pas social » et est limité à la réalisation de l'opération contractuelle⁹¹². Autrement dit, l'exercice d'une prérogative est sanctionné quand le

⁹⁰⁶ Il n'existe aucune particularité du contrôle de proportionnalité quand il est appliqué au contentieux contractuel. Avec une auteure « la Cour européenne à préciser qu'il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé par toute mesure privant une personne de ses droits ou libertés » : S. LE GAC-PECH, « Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction », *JCP G* 2016, p. 991. Cette notion de raisonnable invite à prendre en considération une diversité de circonstances particulières, ce qu'autorise moins la recherche de l'excès ou de la disproportion.

⁹⁰⁷ Le raisonnement en termes de finalité est l'apanage de l'interprétation politique ou morale. Elle autorise à considérer des éléments que le texte d'origine ignorait. Sur cette question : F. ROUVIÈRE, « Le nouveau gouvernement des juges », *RTD Civ.* 2022, p. 504.

⁹⁰⁸ Sur cet argument : S. CHASSAGNARD-PINET, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel », art. préc., p. 249 : « Il (le droit des obligations) valorise les devoirs des parties, au nombre desquels figurent désormais celui de ne pas porter atteinte aux droits fondamentaux de son cocontractant ».

⁹⁰⁹ Comme une obligation d'information « spéciale » relative à la prescription bancaire comme l'admet la décision *Zolotas c/ Grèce*, 29 janv. 2013, n° 66610/09, *RTD Civ.* 2013, p. 336, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *RDC* 2013, p. 837, obs. J. ROCHFELD. La prescription emportant la fermeture d'un compte bancaire fut préjudiciable à un avocat qui n'était pas habitué au droit civil et au droit bancaire et qui était tombé gravement malade. Il fut obligé de se déplacer à l'étranger, la banque aurait dû lui signaler cette situation qui menaçait « l'équilibre de la convention ». La Cour crée à l'occasion de cette décision une obligation d'information à l'égard de l'institut financier qui doit être respectée compte tenu des circonstances particulières de la situation du client.

⁹¹⁰ Sur le rapprochement entre le contrôle de proportionnalité et l'abus de droit : B. MÉNARD, « Le contrôle de proportionnalité : vers une deuxième vie de la théorie de l'abus de droit ? », *RTD Civ.* 2022, p. 1.

⁹¹¹ L. MOLINA, th. préc., n° 362, p. 324.

⁹¹² L. MOLINA, *Ibid.*, n° 363, p. 325.

créancier de ce droit ne respecte pas la finalité contractuelle qui lui est assignée⁹¹³. À l'image de la *ratio legis* de la loi, la *ratio stipulationis* est tout autant constatable⁹¹⁴. La prérogative offre une simple faculté au créancier. Son exercice doit donc être contrôlé au moment de son application même si l'existence de cette possibilité a fait l'objet d'un consensus⁹¹⁵. Habituellement, ces droits peuvent illustrer des situations « dans lesquelles les circonstances démontrent que la prérogative n'a pas été exercée de façon loyale »⁹¹⁶. Bien que la finalité soit extrinsèque au droit lui-même et s'envisage à l'aune de la totalité de l'opération contractuelle⁹¹⁷, l'appréciation de la finalité à l'œuvre par le contrôle de proportionnalité vise à protéger un intérêt qui dépasse la compréhension du contrat. Il n'est plus question de respecter l'esprit du projet contractuel tel que les parties l'ont conçu, ou que le juge détermine raisonnablement, mais de protéger un intérêt compris en dehors de l'accord lui-même. En témoigne le traitement réservé au règlement de copropriété dans le litige étudié plus tôt⁹¹⁸. La relation contractuelle est escamotée au profit des seuls intérêts envisagés pour eux-mêmes. La conséquence en découlant est une déconsidération flagrante de la force obligatoire du contrat, qui se justifierait seulement si l'intérêt du locataire ne s'en trouve pas malmené. Cette articulation des intérêts en présence s'envisage en se passant de l'appréciation du contrat et de toutes les conséquences attachées à l'existence d'un accord contractuel. Finalement, les circonstances particulières dans lesquelles la prérogative peut subir une limitation de son application deviennent beaucoup plus nombreuses, et, subséquemment, moins prévisibles.

273. Précision du problème de la paralysie du contrat à l'aune du contrôle de proportionnalité. L'une des caractéristiques du contrôle de proportionnalité « européen » est donc l'éviction de la norme, législative, mais aussi contractuelle. Si le contrôle de proportionnalité est capable de relativiser la contrainte d'une norme légale, pourquoi le contrat, norme cette fois privée, en serait à l'abri ? Si la loi peut subir des limitations, *a fortiori* le contrat n'en est pas moins épargné ! Mais peut-être que la question est plus délicate. Il est admis que la loi, du fait de sa généralité, heurte parfois la particularité des circonstances. En revanche, le contrat est censé tenir compte de la particularité du contexte tissé entre les contractants. Admettre d'écarter la loi du fait de l'atteinte disproportionnée à l'intérêt d'une partie a de quoi être spectaculaire, mais cette censure se conçoit encore dans une relation verticale. L'État doit être le garant de la protection des libertés et droits fondamentaux. Écarter une stipulation contractuelle qui concerne deux particuliers émet un tout autre message : le respect de la Conv.

⁹¹³ L'auteure remarque que, bien souvent, aucune finalité n'est décrite par les parties au contrat : L. MOLINA, *Ibid.*, n° 364, p. 327. Dans le même sens : G. HELLERINGER, th. préc., n° 406, p. 228 : l'auteur reprend la formule de *ratio stipulationis*. Selon l'auteure, « l'esprit de la loi contractuelle doit primer sur son expression littérale ».

⁹¹⁴ Ph. STOFFEL-MUNCK, th. préc., n° 636, p. 468.

⁹¹⁵ L. MOLINA, th. préc., n° 363, p. 326.

⁹¹⁶ L. MOLINA, *Ibid.*, n° 367, p. 329.

⁹¹⁷ L. MOLINA, *Ibid.*, n° 364, p. 326.

⁹¹⁸ *Supra* n° 270.

EDH n'échappe pas aux actes conclus entre particuliers⁹¹⁹. Au-delà de l'effet « vertical » habituellement reconnu aux traités, c'est le développement d'une ingérence dans les relations « horizontales » qui est d'autant plus révélatrice de l'hégémonie revendiquée des juridictions européennes, inspirant des auteurs à désigner en « principe de proportionnalité privatisée » cette nouvelle manifestation⁹²⁰.

b. Enjeux principaux du développement de la méthode proportionnelle sur le contrat

274. Le contrôle de proportionnalité serait une méthode confortable d'ingérence des droits fondamentaux incitant le juge à vérifier l'ensemble des circonstances qui dépasse l'appréciation du seul comportement déloyal du créancier. La profusion des droits fondamentaux est une critique habituelle à l'évocation du contrôle de proportionnalité⁹²¹. Néanmoins, on aurait tort de voir dans cette méthode le cheval de Troie des droits fondamentaux. Il est question de deux problèmes qui s'envisagent séparément sans difficultés. Des décisions de la Cour de cassation qui, sans référence à aucun droit fondamental, adopte une telle méthode de raisonnement sans toutefois s'y référer explicitement en témoignent⁹²². Les possibles excès attachés à cette méthode proviendraient de l'injonction faite par les juridictions européennes de vérifier l'atteinte potentielle des droits fondamentaux en appréciant les circonstances seules à même de déterminer la hiérarchisation des intérêts en présence. Or, ce problème est tout à fait différent de la méthode de raisonnement proportionnelle qui ni ne se réduit ni n'est absorbée par le contentieux de la protection des droits fondamentaux. La proportionnalité s'envisage comme une méthode de raisonnement. Lier sans nuance les droits fondamentaux et la proportionnalité serait confondre la technique et l'objet de la technique⁹²³.

⁹¹⁹ Le développement du contrôle de proportionnalité dans les rapports de droit privé est un phénomène récent. Sur cette constatation : P. MUZNY, th. préc., n° 117 et s., spéc. n° 118 : le contrôle de proportionnalité s'applique dans les relations privés en raison du déséquilibre de certaines relations. L'affirmation est trop réductrice face à l'évolution de la jurisprudence européenne sur ce point, sauf à voir dans chaque contrat une « essence déséquilibrée des intérêts qui s'opposent » (n° 119).

⁹²⁰ J.-P. MARGUENAUD, « La mise en œuvre du principe de “proportionnalité privatisée” par la première chambre civile de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 2015, p. 825 : « (...) c'est l'application de la règle du Code civil qui est d'abord exclue pour permettre l'exercice d'un contrôle de proportionnalité adapté à la confrontation d'intérêts essentiellement privés ».

⁹²¹ Plus précisément sur cette question : P.-Y. GAUTIER, « Du nouveau gouvernement des juges », in *Mél. A. Batteur*, LGDJ, 2021, p. 55. La critique la plus dirimante à l'encontre des droits fondamentaux est dirigée contre leur relativité. Sur cette critique : Ch. JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », art. préc., p. 191 : « Qu'on s'en étonne ou s'en désole, les droits fondamentaux peuvent bien servir plusieurs maîtres... ». L'imprécision des droits fondamentaux est aussi une critique récurrente, car de l'aveu même de la CEDH, des notions telle que la « vie privée » n'est pas « susceptible d'une définition exhaustive » : 12 juin 2013, *Van Kück c/ Allemagne*, req. n° 35968/97, §69. *Contrario* : D. GUTMANN, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit » in *Mél. F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 329 et s., spéc. p. 333 : « Ne nous y trompons pas : le raisonnement fondé sur le lien entre *besoin naturel* et droit subjectif est bien plus subtil que celui qui consisterait à tracer une ligne directrice entre le *désir* et le droit subjectif. Il n'encourt pas le grief d'individualisme exacerbé qui est habituellement adressé à la rhétorique de la transformation magique du désir en droit ». L'auteur évoque tout de même un danger qui provient de l'utilisation qui en est faite par les juges : l'absence d'harmonisation dans leurs interprétations entre juge national et supra-national (p. 339).

⁹²² *Supra* n° 266.

⁹²³ Cette distance entre la proportionnalité et les droits fondamentaux apparaît clairement dans les propos d'un auteur qui considère que la méthode d'analyse proportionnelle, qu'il définit lui aussi comme une technique de

Cette distinction faite, elle ne doit pas être le prétexte confortable pour évincer les difficultés que pose aujourd'hui la prégnance des droits fondamentaux sur le contentieux contractuel. Or, il ne s'agit plus de remettre en cause une méthode de raisonnement, mais de dénoncer les fondements qui justifieraient son application.

275. Le contrôle de proportionnalité serait encore une méthode qui innoverait toutes les problématiques, faisant des circonstances les seuls éléments pertinents à la résolution des litiges contractuels. La méthode proportionnelle s'envisage aisément pour certains contentieux contractuels. Ainsi, le contrôle de l'excessivité des clauses pénales, l'appréciation du déséquilibre contractuel, le contrôle de l'application des prérogatives, l'opportunité d'admettre l'exécution forcée au regard de l'intérêt pour le créancier et le coût pour le débiteur, voire l'interprétation du contrat de manière voilée, sont autant de dispositifs pétris d'un esprit de proportionnalité pouvant difficilement être dissimulé⁹²⁴. En revanche, l'exercice s'avère inutile dans des contentieux où il existe des règles précises impliquant un besoin réduit d'interprétation⁹²⁵. *A fortiori*, la proportionnalité se heurte à l'impérativité de règles juridiques comme celles relatives à la prescription ou la nullité du contrat⁹²⁶. Dans le cas contraire, cette appréciation mènerait à l'arbitraire⁹²⁷. La CEDH elle-même envisage sans mal certains contentieux sans y appliquer un raisonnement circonstanciel. Les contentieux médical et bioéthique ne souffrent « d'aucun assouplissement », même en présence de circonstances « particulièrement douloureuses ou dramatiques »⁹²⁸. Pas plus que le juge national n'applique ce contrôle de manière systématique dans des problématiques concernées par ce raisonnement, à l'image de l'usage des prérogatives unilatérales telles que la résolution⁹²⁹, gageons qu'il ne sera tenté de l'adopter à outrance dans des hypothèses qui ne conviendraient pas à une telle méthode.

276. Synthèse de l'influence des circonstances sur le contrat à travers le contrôle de proportionnalité. Le contrôle de proportionnalité comme le conçoivent les juridictions européennes est une méthode qui, par essence, a pour fonction l'appréciation des circonstances particulières d'un litige afin d'apprécier la légitimité des différents intérêts en présence. En

raisonnement, convient parfaitement à la conciliation des intérêts qu'implique la confrontation des droits fondamentaux : P. MUZNY, th. préc., n° 96 et s. : la méthode proportionnelle serait « naturelle » aux droits fondamentaux, ou encore « consubstantielle », car sa mise en œuvre « nécessite une opposition de variables en vue de régir leur conciliation ».

⁹²⁴ Sur un rapport d'ensemble de la présence d'un « esprit » de proportionnalité dans des dispositifs contractuels : N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité (...) » art. préc.

⁹²⁵ En ce sens : T. MARZAL, « La Cour de cassation à "l'âge de la balance" », art. préc.

⁹²⁶ Pour un exemple d'une règle de prescription dont l'impérativité a été appréciée compte tenu des circonstances exceptionnelles de la situation d'un avocat : Décision *Zolotas c/ Grèce*, *op. cit.*

⁹²⁷ F. CHÉNEDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation », art. préc. : « Il y a des lois qui ne peuvent faire l'objet d'une adaptation aux faits sans tomber dans l'arbitraire ».

⁹²⁸ Ph. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD, Ch. JAMIN, « Révolution tranquille... », art. préc.

⁹²⁹ Sur cette idée encore : T. GENICON, th. préc., n° 522, p. 370. L'auteur relativise le risque que représente l'appréciation de l'opportunité de la sanction pour résolution. Il admet que le juge a « toujours fait preuve de beaucoup de modération dans l'exercice de ses pouvoirs ».

revanche, cette méthode de raisonnement doit être cantonnée à certains contentieux contractuels et ne doit pas être le prétexte à l'ingérence exagérée des juridictions européennes en droit français. En outre, la mise en balance doit inclure toutes les circonstances concrétisant les intérêts à défendre, et non exclusivement les circonstances qui révèlent l'atteinte à l'intérêt du contractant qui subit l'application d'un droit contractuel.

277. Enjeu premier du contrôle de proportionnalité à l'égard du contrat : l'intérêt de son adoption. La proximité de la proportionnalité avec d'autres concepts fait douter de son utilité. Cet aspect du contrôle ne doit pas être mésestimé, car il pourrait révéler la pertinence des principes bien connus du droit français. Certains sont capables de se saisir de contentieux en donnant une place privilégiée à l'analyse des circonstances comme le font la bonne foi ou l'abus de droit. Ces similitudes révélées justifieraient la volonté de ne pas surcharger le droit national d'un concept aux contours mal-définis. Pourtant, cette évolution paraît imparable pour certains. La place du syllogisme « si cher aux juristes français » serait désormais « limitée » par l'émergence de nouveaux instruments « tels que la proportionnalité » ou « la balance des intérêts »⁹³⁰. Pourtant, cette évolution des méthodes de raisonnement de la Cour de cassation est une réponse à la complexité des faits et le besoin « d'arbitrer au plus juste de fréquents conflits de valeurs et d'intérêts trop délicats pour être résolus de façon binaire »⁹³¹. Aussi ces évolutions seraient nécessaires, autant dans le but d'adapter les méthodes à l'évolution de la société, que de conserver l'adhésion des justiciables et donc, l'autorité de la Cour de cassation. Finalement, peut-être que la question du choix de l'adoption d'une telle méthode de raisonnement est, elle aussi, dépassée⁹³².

Le contrat, pas plus que la loi, n'est abrité derrière son caractère obligatoire. Par l'application de notions comme la bonne foi, l'abus de droit, et aujourd'hui le contrôle de proportionnalité, les circonstances particulières sont la source d'une limitation des droits des contractants, sans pour autant que l'atteinte ne touche à la validité de ces prérogatives. Ce renversement du raisonnement judiciaire n'est pourtant pas étranger à notre culture juridique. Certains auteurs y voient nettement la présence d'une notion longtemps oubliée, car victime de son insuccès : celle d'équité.

⁹³⁰ Rapport de la Commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030, juill. 2021, p. 31, disponible sur : <https://www.courdecassation.fr/files/files/Cc2030/Rapport%20de%20la%20Commission%20%27Cour%20de%20cassation%202030%27.pdf>

⁹³¹ Rapport de la commission (...), *Ibid.*, p. 31.

⁹³² Sur le constat d'une acculturation spontanée de la Cour de cassation au contrôle de proportionnalité *in concreto* : F. ZENATI-CASTAING, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », art. préc.

§3. L'influence sous-jacente de l'équité dans le contentieux de la limitation des prérogatives unilatérales : signe de la présence d'un raisonnement circonstanciel

278. Plan. Le raisonnement en termes d'équité, bien que proscrit par nos juridictions françaises, apparaîtrait dans certaines décisions, se dérochant confortablement à la vue par l'utilisation de l'interprétation de la volonté contractuelle. Bien que faisant rarement l'objet d'un usage assumé, le concept d'équité est souvent rapproché des notions étudiées. L'appréciation des circonstances particulières est, en effet, le signe de la présence d'un raisonnement en équité (A). Pourtant, l'utilisation de ces différents fondements atteste de dissemblances qu'il est nécessaire de rechercher (B) afin de préciser enfin la particularité inhérente à la méthode proportionnelle au regard de l'influence des circonstances (C).

A. L'appréciation des circonstances particulières : marque de la présence de l'équité

279. Rapprochement des outils de limitation des prérogatives unilatérales avec la notion d'équité par leur capacité d'appréciation des circonstances du contrat. L'analogie avec la notion d'équité est faite à l'aune de tous les principes évoqués. Elle est présentée avec insistance à l'égard du contrôle de proportionnalité afin de dénoncer son recours comme pour l'encourager⁹³³. Les auteurs y distinguent une notion « plus aristotélicienne qu'Aristote » qui « s'affirme à l'heure de la globalisation comme la révolte des faits trop longtemps tenus en laisse par la règle de droit »⁹³⁴. Et pour cause, Aristote décrivait le juste comme ce qui est « proportionnellement égal »⁹³⁵. Cette « découverte » est un « stratagème » autorisant le juge à s'écarter des carcans étreints de la loi lui permettant de « revenir au pouvoir qui lui était reconnu sous l'ancien droit de statuer en équité »⁹³⁶. La proportionnalité aurait donc des « racines aristotéliciennes » ayant pour finalité de rétablir l'égalité, « égalité dont l'équité, loin d'être extérieure au droit et à la justice, est la manifestation la plus avancée »⁹³⁷. La proportionnalité ne serait pas nouvelle et participe à « cette recherche d'équité lorsque la loi est silencieuse »⁹³⁸.

⁹³³ Le contrôle de proportionnalité « qui apparaît comme une sorte de jugement en équité ou de pouvoir modérateur d'application systématique » s'est introduit dans la pratique des juges de la Cour de cassation « dès la fin de l'année 2013 » : D. LAZARA, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, préf. Y. Strickler, LGDJ, Bibl. dr. privé. t. 579, 2017, n° 161, p. 133. Plus précisément sur ce rapprochement : P. MUZNY, th. préc., n° 215 et s. spéc. n° 217 et n° 222 : « la finalité de la proportionnalité s'incarne dans la finalité de l'art du droit même, celle de la justice incarnée dans la recherche de l'équité dans une relation d'intérêts opposés ».

⁹³⁴ Ph. JESTAZ, P. MARGUÉNAUD, Ch. JAMIN, art. préc. La proportionnalité fait encore écho à la notion de « prudence » qui est, selon les stoïciens, la capacité à déceler le bon et le mauvais en mettant en œuvre un « balancement entre des opinions, des arguments opposés, un mesurage, une pesée qui, après quelques oscillations, s'arrête à une perception correcte, juste » : F. ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz, Méthodes du droit, 1991, p. 87.

⁹³⁵ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, éd. J. Vrin, Livre V, 5, p. 223 et s. Dans le même sens : A. DESSENS, th. préc., p. 103. L'auteur retient l'équité comme « l'art de la Justice sociale qui attribue à chacun, sous la forme d'une égalité proportionnelle, ce que la considération des circonstances propres à son cas, dominée par les principes de droit naturel, montre au bon sens du législateur ou du juge comme lui étant dû ».

⁹³⁶ F. ZENATI-CASTAING, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation, art. préc.

⁹³⁷ F. ZENATI-CASTAING, *Ibid.*

⁹³⁸ B. MÉNARD, art. préc.

Ainsi, une notion comme l'abus de droit est une expression de l'équité « qui entretient des racines communes avec l'idée de proportionnalité »⁹³⁹. Plus explicitement, un auteur indique que la proportionnalité « juge seulement du bien-fondé de l'application de la loi dans des circonstances données. Telle est, typiquement, l'œuvre de l'équité »⁹⁴⁰. Cette analyse des conséquences de l'application d'une règle jugée excessive *in concreto* « ne manquera pas d'être saluée comme un progrès du droit vers davantage d'équilibre et d'équité, bien que la prévisibilité, l'autorité et la généralité de la loi soient « sacrifiées »⁹⁴¹.

Pour d'autres, cette « restauration voilée du “jugement en équité” » que consacrerait le contrôle de proportionnalité ne « serait pas un progrès, mais une régression pour le droit français » quand elle concernerait des lois qui ne « peuvent faire l'objet d'une adaptation aux faits sans tomber dans l'arbitraire » comme celles de procédure civile et de prescription⁹⁴². En revanche, ce « retour aux sources de l'équité » serait riche d'enseignements afin de « prévenir les risques d'insécurité et d'inégalité inhérents au contrôle de conventionnalité *in concreto* »⁹⁴³. D'autres encore reconnaissent la nécessité pour la Cour de cassation de s'y accoutumer le plus rapidement possible en ne faisant plus fi de « l'exigence de proportionnalité et d'équité qui renvoie aux circonstances de chaque espèce »⁹⁴⁴. Chaque décision judiciaire applique un « examen de proportionnalité », car, qu'il « l'avoue ou non (...) le juge déciderait en “équité”, en “opportunité” », sans que cette reconnaissance aboutisse à une impossibilité de voir dans le contrôle de proportionnalité une « méthode contraignante »⁹⁴⁵. De manière générale, la notion du juste « infléchit l'application d'une règle en tenant compte de la situation subjective des parties, faisant ainsi prévaloir le juste sur la règle de droit »⁹⁴⁶. Finalement, l'usage déraisonnable d'un droit particulier en appellerait à des éléments plus « sociologiques » que juridiques : « est déraisonnable ce que l'opinion commune ne peut pas accepter, ce qu'elle ressent comme manifestement inadapté à la situation ou contraire à l'équité »⁹⁴⁷.

Les deux notions adoptent des caractéristiques semblables, sans pour autant s'absorber l'une et l'autre⁹⁴⁸. L'un des traits communs est sans contestation possible l'importance de l'analyse

⁹³⁹ B. MÉNARD, *Ibid.*

⁹⁴⁰ A. SÉRIAUX, « Quand proportionnalité rime avec équité », *RRJ* 2018-5, p. 2071.

⁹⁴¹ P. PUIG, art. préc.

⁹⁴² F. CHÉNEDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation », art. préc.

⁹⁴³ F. CHÉNEDÉ, « Deux leçons du droit naturel (...) », art. préc.

⁹⁴⁴ B. LOUVEL, art. préc.

⁹⁴⁵ T. MARZAL, art. préc.

⁹⁴⁶ N. DION, « Le juge et le désir du juste », *D.* 1995, p. 195. Encore sur cette idée : D. BAKOUCHE, th. préc., spéc. n° 331, p. 298 : « l'équité a vocation à assouplir ce que l'application de *n'importe quelle* règle générale pourrait avoir d'excessif » (souligné par l'auteur). A l'égard de l'excès, mais la remarque vaut aussi pour la proportionnalité qui est un outil permettant d'éradiquer l'excès, l'auteur admet que l'on pressent le « souffle de l'équité corrective sur le droit privé français » (n° 335, p. 301).

⁹⁴⁷ Ch. PERELMAN, « La motivation des décisions de justice » in *La motivation des décisions de justice*, dir. Ch. Perlman et P. Foriers, Bruylant, 1978, p. 415 et s., spéc. p. 421.

⁹⁴⁸ M. Cadiet fait de la proportionnalité le « critère » de la balance. Elle se manifeste par la présence de l'équité qui est une œuvre de pesée : L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Études Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 177 et s., spéc. p. 193.

circonstancielle. Des constatations semblables peuvent être formulées à l'égard du couple abus et équité. En effet, l'évolution de la notion d'abus met en évidence la particularité de son utilisation afin que le juge rétablisse « un minimum d'équité dans la relation contractuelle »⁹⁴⁹. Est-ce que d'autres critères sont susceptibles de différencier efficacement toutes ces notions ? C'est ce que certains auteurs ont tenté de réaliser.

B. Distinction malaisée de l'équité avec les fondements du contrôle de l'application des prérogatives contractuelles en raison de l'importance donnée aux circonstances du contrat

280. Tentative de distinctions de la proportionnalité et de l'équité. Dans sa démonstration sur la hiérarchie des intérêts, M. Mekki tente de distinguer la proportionnalité de l'équité et de l'abus de droit. Il considère que le contrôle de proportionnalité s'imposerait comme une notion autonome⁹⁵⁰. Pour étayer son assertion, il rappelle la « place en principe limitée de l'équité en droit français »⁹⁵¹ bien que « l'équité substantielle et l'équité processuelle gagnent du terrain ». Les juges se libèrent peu à peu du « syllogisme formel pour glisser vers la pondération des intérêts »⁹⁵². Le but de ces notions ainsi que leurs méthodes se rapprochent, elles privilégient « une science de la casuistique », la proportionnalité ressemblant sensiblement à « l'équité subjective »⁹⁵³. Pourtant, elles se distingueraient : l'équité serait « plus sentimentale » contrairement à la proportionnalité qui serait « plus rationnelle et moins intuitive »⁹⁵⁴. M. Picod considère l'équité comme une « valeur » et non véritablement comme une notion juridique, en lui préférant des notions « plus techniques telles que la loyauté contractuelle ou l'abus de droit »⁹⁵⁵. On ne peut se résoudre à une telle affirmation qui prend les airs d'une pétition de principe et se révèle un procédé confortable donnant de la consistance à d'autres concepts que l'on voudrait plus respectueux de la sécurité et de la prévisibilité pour les besoins d'une démonstration académique. Si la proportionnalité est une pesée des intérêts à travers le prisme des circonstances, en quoi celle-ci serait plus identifiable et, finalement, plus prévisible que l'équité ? La proportionnalité « à la française » a tendance à être d'une utilisation absconse et nébuleuse⁹⁵⁶. En réalité, tout dépend de la manière dont le juge s'approprie ces méthodes de raisonnement. La prétendue crédibilité « scientifique » de la proportionnalité n'est

⁹⁴⁹ G. BLANC, « L'abus de droit dans les contrats en droit français », in *L'abus de droit. Comparaisons franco-suisse*, op cit., p. 117 et s., spéc. p. 123.

⁹⁵⁰ M. MEKKI, th. préc., spéc. n° 757 et s.

⁹⁵¹ M. MEKKI, *Ibid.*, n° 760.

⁹⁵² M. MEKKI, *Ibid.*, n° 760.

⁹⁵³ M. MEKKI, *Ibid.*, n° 761.

⁹⁵⁴ M. MEKKI, *Ibid.*, n° 762.

⁹⁵⁵ Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. Couturier, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 208, 1998, n° 80, p. 94.

⁹⁵⁶ T. MARZAL, art. préc. : l'auteur insiste bien sur la distinction entre le contrôle de proportionnalité et la motivation de la Cour de cassation. L'adoption du principe de proportionnalité n'est pas une garantie de développement de la présentation des circonstances qui ont pesé dans la décision judiciaire. La Cour de cassation, tout en l'appliquant, peut s'en tenir à une impression de raisonnement syllogistique tout en se contentant d'une formule brève et abstraite dont elle a le secret.

peut-être qu'une impression de façade, en partie induite par l'utilisation qui en est faite par les juridictions européennes. Cette précision se confirme dans les propos suivants de M. Mekki qui admet que « l'équité procédurale semble, quant à elle ; absorber le contrôle de proportionnalité »⁹⁵⁷ bien que ce dernier se « présente comme le trait d'union entre l'équité substantielle et l'équité processuelle »⁹⁵⁸. Il distingue par la suite la proportionnalité de l'abus de droit. La première se manifesterait d'autant plus à l'occasion de la régulation de « pouvoirs » alors que l'abus scierait au contrôle des droits subjectifs ou libertés⁹⁵⁹. Il affirme par la suite que la proportionnalité « permet de résoudre des conflits d'intérêts opposant le plus souvent un pouvoir et un droit ou une liberté fondamentale », reniant ainsi les différences énoncées plus tôt pour tenter de la distinguer de l'abus⁹⁶⁰. Même constat chez M^{me} Le Gac-Pech qui fait de l'équité une notion qui repose sur une « appréciation subjective » qui conduit « inéluctablement à des errements »⁹⁶¹. La proportionnalité serait donc « supérieure », car elle amène à une « *équation équilibrée du contrat* »⁹⁶².

281. Distinction malaisée entre l'équité, la proportionnalité, la bonne foi et l'abus de droit en raison de l'importance des circonstances dans la régulation des droits. Ce qui ressort de la démonstration de ces auteurs est la grande difficulté à distinguer les notions d'abus, de bonne foi et d'équité du contrôle de proportionnalité. M. Libchaber affirme sans ambages que le droit connaît une « floraison de principes tous plus ou moins transposables, qui militent également pour une limitation stricte des effets de la liberté au profit de l'intervention du juge : si la prohibition de l'*abus* et le plus ancien de ces régulateurs, elle est aujourd'hui rejointe par des exigences d'*équilibre contractuel*, de *bonne foi*, de *solidarisme*, ou encore de *raisonnable* »⁹⁶³. M. Molfessis estimait plus de vingt ans en arrière que la proportionnalité ne s'exerce jamais par un principe nommé, « elle s'abrite le plus souvent derrière des appellations autres, toutes aussi floues ou imprécises », comme l'abus, la bonne foi, la sanction des excès, le déraisonnable, ou encore, l'équité⁹⁶⁴. L'équité et la proportionnalité semblent similaires, car elles partagent toutes deux une même méthode : l'appréciation concrète d'une situation unique, et un même but : parvenir à résoudre un conflit d'intérêts en respectant une certaine égalité. Quant au contrôle de l'abus, il viserait à réguler d'autant plus des comportements, des « états d'esprit » ou encore de sonder « l'intention » de l'auteur⁹⁶⁵, en comparaison de la

⁹⁵⁷ M. MEKKI, th. préc., n° 763.

⁹⁵⁸ M. MEKKI, *Ibid.*, n° 763, p. 452.

⁹⁵⁹ M. MEKKI, *Ibid.*, n° 773.

⁹⁶⁰ M. MEKKI, *Ibid.*, n° 780. La distinction entre le contrôle d'un droit subjectif ou d'une liberté est très difficile à tenir, difficulté provenant de l'impossibilité de fournir une définition précise du droit subjectif. Sur cette remarque : P. ANCEL, G. AUBERT, « Introduction en forme de dialogue franco-suisse », in *L'abus de droit, Comparaisons franco-suisse*, actes du séminaire de Genève, publications de l'Université de Saint-Étienne, 1998, p. 15 et s., spéc. p. 20.

⁹⁶¹ S. LE GAC-PECH, th. préc., spéc. n° 80, p. 45.

⁹⁶² S. LE GAC-PECH, *Ibid.*, (soulignée par l'auteur) : le contentieux des clauses abusives en droit de la consommation « paraît d'abord sensible à des considérations d'équité » (n° 112, p. 61).

⁹⁶³ Obs. sous. Soc. 18 sept. 2002, *Defrénois* 2002, p. 1619.

⁹⁶⁴ N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité (...) », art. préc.

⁹⁶⁵ M. MEKKI, th. préc., n° 770 et n° 773.

proportionnalité qui serait un outil plutôt « neutre et objectif »⁹⁶⁶ puisqu'il proposerait de concilier des normes. La précision n'est pas plus convaincante. La constatation de l'abus ne repose que très rarement sur la démonstration d'un certain état d'esprit⁹⁶⁷. Il vise à constater plus habituellement les conséquences excessives attachées à l'application d'un droit subjectif à une situation particulière, dont on déduit une intention de détourner le droit de sa fonction. L'affirmation se vérifie encore à l'égard du droit de propriété qui est autant contrôlé sur le terrain de l'abus que sur celui du contrôle de proportionnalité⁹⁶⁸. M. Chénédé fait état de « réalités distinctes sous le même phénomène », le but du contrôle de proportionnalité pouvant s'incarner autant dans la sanction de la « mise en œuvre abusive de prérogatives individuelles » personnelles ou réelles comme l'abus de droit de propriété, ou dans la défense de droits fondamentaux⁹⁶⁹.

Que les notions d'équité, d'abus de droit, de bonne foi ou de proportionnalité soient évoquées pour tenter de résoudre un litige particulier, le but sous-jacent est la conciliation des intérêts divergents qui se rattache *in fine* à un conflit de droits au regard des circonstances. Le contrôle de proportionnalité ou balance des intérêts « porte sur des normes »⁹⁷⁰. Ce conflit, afin

⁹⁶⁶ M. MEKKI, *Ibid.*, n° 773.

⁹⁶⁷ A noter que certaines décisions isolées requièrent tout de même la démonstration d'une « intention malveillante » : Civ. 3^e, 11 déc. 2012, n° 11-24.742. Sur l'abus du droit de propriété inspiré par une « intention malveillante » : Civ. 3^e, 30 oct. 1972, n° 71-13.473. Le contrôle des excès du droit subjectif est naturel à la notion d'abus de droit, puisqu'il est pensé théoriquement dans le but de respecter la finalité sociale qui lui est assignée comme Josserand ou Gény ont pu l'enseigner. Gény professait par exemple que l'abus de droit implique « une mise en balance de considérations morales, politiques, sociales ou économiques, qui se trouvent engagées dans le conflit des intérêts en présence ». La découverte du « juste » de l'exercice des droits individuels se ferait en « scrutant leur but économique et social, et en comparant son importance à celui des intérêts qu'ils contrarient ». La recherche s'incarne toujours dans « l'équilibre entre des intérêts qui se combattent ou paraissent se contredire » : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, *op. cit.*, n° 173, p. 173 et p. 176. D'autres retiennent une définition incluant ces deux éléments : le comportement est « normalement licite » et devient abusif « exceptionnellement, à raison des circonstances objectives ou de l'intention subjective de son auteur ». L'intention malveillante ou l'intention de nuire n'est pas une « condition nécessaire » à la qualification d'abus. En réalité, se logerait bien plus souvent « un jugement de valeur porté, au cas par cas, sur le comportement du contractant » : P. ANCEL, G. AUBERT, art préc., p. 20 et p. 24.

⁹⁶⁸ Par ex. : Civ. 3^e, 15 oct. 2015, n° 14-23.612, *D.* 2015, p. 2423, note C. DUBOIS, *RTD Civ.* 2016, p. 140, obs. P.-Y. GAUTIER ; *RDI* 2016, p. 27, note D. TOMASIN ; *RTD Civ.* 2016, p. 107, obs. H. BARBIER : la Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir cherché si la nullité du contrat de construction causant la démolition de l'ouvrage était une « sanction proportionnée à la gravité des désordres ». Cette solution ne restreint pas le choix de la sanction d'un créancier. Elle limite les effets pourtant obligatoires de la nullité d'un contrat. Les auteurs, dont M. Gautier, y reconnaissent qu'il « s'agit bien d'un contrôle de proportionnalité ». Pour M. Barbier, c'est un « contrôle d'opportunité mû en contrôle de proportionnalité » qui est en œuvre. M. Tomasin remarque que « cette exigence de proportionnalité imprègne d'ailleurs notre droit contemporain et le droit des contrats à venir » et portera sur des « circonstances de fait qui peuvent varier » ; J.-P. CHAZAL, « Raisonement juridique : entre évolution pragmatique et (im)posture dogmatique », *D.* 2016, p. 121 : cette solution pragmatique est saluée par l'auteur et la rapproche des mécanismes comme l'abus de droit qui permettent de proposer des « solutions techniques » jugulant les excès de l'application de ces sanctions. Il désigne cette appréciation de « test de proportionnalité » ou « balance des intérêts ». *Contra* : Civ. 3^e, 9 juillet 2020, n° 18-11.940, *Defrénois flash*, 2020, p. 5, *RDI* 2021, p. 589, obs. J.-L. BERGEL : la Cour de cassation rejette le pourvoi en énonçant que « n'est pas fondé à invoquer le principe de proportionnalité pour contester la fixation de la limite séparative révélant l'existence d'un empiètement de sa construction sur la parcelle contiguë, dès lors que cet empiètement porte atteinte au droit au respect des biens du propriétaire de cette parcelle ».

⁹⁶⁹ F. CHÉNEDÉ, « Deux leçons du droit naturel classique... », art. préc.

⁹⁷⁰ Ch. JAMIN, « Juger et motiver », art. préc.

d'être tranché, s'intéresse aux circonstances de la situation litigieuse qui révèlent la hiérarchisation que le juge doit préférer et qui ne sera valable que dans ces circonstances précises. Ces constatations s'envisagent *mutatis mutandis* à l'égard de la distinction entre abus de droit et proportionnalité. Les concepts seraient identiques, seuls des détails accessoires expliqueraient les différences de ces notions, dont leur origine juridique respective⁹⁷¹. Toutes partagent un point commun qui est décrié pour chacune : la promotion de valeurs qui dévie le droit d'une approche purement juridique. Celle-ci ne peut s'exercer qu'en appréciant toutes les circonstances que le juge estimera pertinentes.

282. Dynamisme des circonstances particulières par l'effet conjugué de la multiplication des standards de comportement et du développement du contrôle de proportionnalité. Le standard autorise une appréciation du comportement par l'analyse des circonstances particulières de chaque situation⁹⁷². Les circonstances qui intéressent le juge sont donc celles qui peuvent révéler en quoi le comportement d'un contractant n'a pas été conforme au standard impliqué dans l'analyse. Ces circonstances sont de diverses natures : elles révèlent la faute en elle-même, le comportement négligent, ou le comportement déloyal. Certaines sont envisagées afin d'atténuer le comportement de prime abord fautif, ou, au contraire, d'accabler un individu qui pensait exciper de son droit subjectif⁹⁷³. La logique attachée au contrôle de proportionnalité est différente, même si le comportement du créancier du droit peut jouer un rôle dans cette méthode de raisonnement. La notion n'a pas pour fonction de qualifier la faute dans le comportement, mais d'arbitrer entre différents intérêts. La proportionnalité s'envisage comme une méthode d'articulation de droits et non comme la sanction d'un comportement dont découle la paralysie d'un droit. Finalement, en souhaitant révéler les similitudes, nous indiquons déjà leurs dissemblances.

Ces différences ont pourtant un effet paradoxal qui accentue d'autant plus la prégnance des circonstances. Tandis que la bonne foi autorise l'appréciation contextuelle du comportement, le contrôle de proportionnalité ne serait qu'un instrument déterminant l'intérêt à prendre en considération sans préjuger des circonstances particulières dans la révélation de la délicate articulation. Pourtant, une influence réciproque semble en œuvre. Tandis que les standards « de comportement » ont tendance à s'ouvrir au contrôle de l'intérêt des différents contractants, la proportionnalité s'imprègne des circonstances particulières afin de révéler la balance des intérêts à privilégier pour le litige en cause, dans des circonstances concrètes. Ce faisant, l'importance de l'analyse circonstancielle dans les contentieux contractuels devient, sans verser dans l'excès,

⁹⁷¹ Sur cette idée : P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité, in *Mél. J. Velu*, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 49 et s. Tandis que la proportionnalité est une notion dont l'étymologie est « publiciste », l'abus de droit provient du droit privé. Pour d'autres, elle apparaîtrait la première fois de manière explicite dans une loi de 1890 sur la résiliation unilatérale du contrat de travail, alors que l'idée émanerait déjà de la fameuse affaire de la « fausse cheminée de la Cour d'appel de Colmar en 1855 : P. ANCEL, C. DIDRY, « L'abus de droit : une notion sans histoire ? » in *L'abus de droit*, op. cit., p. 51 et s., spéc. p. 53.

⁹⁷² *Supra* n° 239 et s.

⁹⁷³ Nous développerons ces aspects par la suite : *infra* n° 291 et s.

exponentielle. Pourtant, si influence réciproque il existe, c'est bien que des dissemblances respectives sont constatables.

C. Particularité du contrôle de proportionnalité : sa proportion à l'influence des circonstances qui ne concernent pas le comportement fautif de l'exercice d'un droit

283. Originalité du contrôle de proportionnalité *in concreto* : l'éviction de la loi législative ou contractuelle par l'observation exclusive des circonstances. Le contrôle de proportionnalité *in concreto* comporte des originalités particulières qui ne se retrouvent pas à l'égard de la notion de proportionnalité sur laquelle la doctrine française avait l'habitude de s'étendre. Si le juge est conduit à appliquer les effets de la proportionnalité comme le juge européen l'entend, une différence de poids y serait attachée : l'éviction de la norme générale ou du contrat particulier. Les notions d'abus, de bonne foi, d'équité⁹⁷⁴ ou encore d'excès s'envisagent rarement comme des mécanismes agissant contre la volonté du législateur⁹⁷⁵. Lorsque le juge, sur le fondement de l'une de ces notions, écorne les droits et obligations prévues entre les contractants, son intervention s'envisage toujours comme une délégation explicite ou implicite du législateur⁹⁷⁶. Les mécanismes de limitation des clauses pénales, le contrôle des clauses abusives ou le déséquilibre significatif en témoignent. La modération n'agit que par autorisation légale. Les solutions y découlant ne heurtent pas le système normatif. Or, tel n'est plus le cas à travers l'exercice du contrôle de proportionnalité *in concreto* dont l'un des possibles effets est d'aboutir à l'éviction du contrat en cas de conséquences disproportionnées sur la protection d'un droit fondamental. Finalement, si la méthode de raisonnement est partagée entre toutes ces notions, à savoir l'appréciation des circonstances du contrat, leurs effets divergent sensiblement.

284. Originalité du contrôle de proportionnalité : l'absence du caractère fautif du comportement comme critère d'appréciation des circonstances. Un trait saillant apparaît à l'aune du contrôle de proportionnalité : la faute n'est pas le critère pivot de son exercice. Pour la bonne foi ou l'abus pour ne citer qu'elles, la caractérisation d'une faute dans l'exercice d'un droit émane naturellement de leurs seules appellations⁹⁷⁷. Le contrôle de proportionnalité n'a

⁹⁷⁴ Y. PICOD, th. préc., 208, n° 79 : « Si le juge s'arroge souvent le pouvoir de compléter la loi, la loi lui accorde parfois ce pouvoir en le renvoyant à l'équité ».

⁹⁷⁵ L'affirmation est plus délicate concernant la force obligatoire et la volonté des parties. Les compromis aménagés à l'égard de ces principes s'envisagent toujours comme une autorisation légale explicite ou implicite. Ces atténuations ne sont que le jeu d'exceptions légales.

⁹⁷⁶ Sur cette justification : D. BAKOUCHE, th. préc., spéc. n° 338, p. 303, D. BERTHIAU, th. préc., n° 626 et s.

⁹⁷⁷ En ce sens : S. TISSEYRE, th. préc., spéc. n° 14 et s. : la bonne foi sert principalement à sanctionner la déloyauté dans le comportement. L'application de la bonne foi, ou de l'abus de droit dans une moindre mesure, s'envisagent parfois sans que la qualification de l'agissement fautif ne soit déterminante. Des auteurs relèvent la difficulté de distinction de l'abus et de la bonne foi en affirmant que l'abus « se fonde dans la notion générale de faute ou, en matière contractuelle, du manquement à la bonne foi » : P. ANCEL, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *JCP E* 1998, p. 32. Finalement, l'abus et la bonne foi se conçoivent difficilement sans la notion d'agissement fautif, contrairement au contrôle de proportionnalité. Pourtant, à l'origine, la bonne foi usitée par les jurisconsultes romains pouvait se comprendre comme la recherche d'un

pas pour but de sanctionner l'application fautive d'un droit subjectif. Il n'est pas exclu que ce contrôle englobe des litiges faisant apparaître un agissement fautif de la part d'une partie au contrat. Mais le contrôle de proportionnalité n'est pas conditionné au caractère fautif de l'agissement, tout comme la bonne foi et l'abus ne s'envisagent pas aisément sans la sanction d'une faute. L'aspect de régulation du comportement des contractants est plus diffus, voire totalement absent de la méthode de raisonnement⁹⁷⁸. Finalement, la proportionnalité est une méthode bien plus réceptive aux circonstances du contrat que ne le sont la bonne foi et l'abus de droit. Le comportement fautif peut éventuellement être pris en compte dans la balance des intérêts⁹⁷⁹, alors qu'il est un élément *sine qua non* de la limitation des droits subjectifs sur le fondement des notions citées⁹⁸⁰. *A contrario*, l'analyse des circonstances du contrat est, normalement⁹⁸¹, plus restreinte dans la recherche de la mauvaise foi du contractant, ou de la commission d'un abus. Les circonstances analysées devraient se contenter de révéler la faute commise par le créancier d'un droit subjectif, sans que l'intérêt de son débiteur ne fasse l'objet d'une quelconque considération. Ce caractère particulier de la bonne foi ou de l'abus s'envisage aisément en théorie. En revanche, il est d'une pertinence limitée quand le juge, à l'occasion de certains litiges, élargit l'application à des hypothèses d'agissement qui ne révèlent pas de faute dans l'exercice d'un droit, mais indique l'opportunité d'application d'un droit subjectif en tenant compte des circonstances particulières dans lesquelles est placé un contractant.

285. Précision du problème de l'adoption du contrôle de proportionnalité. Quelle est l'orientation à donner à ces constatations ? Si ces illustrations particulières de la bonne foi et de l'abus viennent à se reproduire, la problématique doit se résumer de cette manière : ces concepts peuvent-ils englober ces hypothèses particulières, sans risquer un assouplissement de leurs conditions d'applications qui, subséquentement, essouffleraient par la même ces fondements ? L'appréciation des circonstances de la situation du débiteur dans la caractérisation de son intérêt

équilibre entre des intérêts, ce qui la rapprochait de la notion de proportionnalité, mais surtout de la notion d'équité : COLLINET, *Répétitions écrites de Pandectes*, Cours DES, Fac. de droit de Paris, 1936-1937, spéc. p. 25 et s. : la bonne foi est un « juste équilibre des intérêts des deux parties ». M. Chazal affirme que « les subtiles distinctions que les modernes ont introduites ne correspondent pas à la fluidité et à la souplesse de la pensée juridique romaine » : J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants (...), art. préc., p. 17.

⁹⁷⁸ Leurs logiques pourraient même s'avérer contradictoires : tandis que la défense des droits fondamentaux repose en grande partie sur une logique « individualiste » des droits, la bonne foi suppose au contraire de la dépasser dans une logique « altruiste » en privilégiant la coopération, la cohérence, la fraternité, en somme, la prise en compte de l'intérêt de son interlocuteur. En ce sens : H. BARBIER, « Le devoir de bonne foi du contractant peut-il infléchir ses droits fondamentaux ? », *RTD Civ.* 2022, p. 604.

⁹⁷⁹ H. BARBIER, *Ibid.* : « la bonne foi n'est finalement qu'un des éléments à prendre en considération lors du contrôle, lequel doit se faire *in concreto*, donc en partie au regard des liens unissant les contractants en litige ». Il alerte ensuite sur la possibilité que « les droits fondamentaux, habilement maniés par un contractant, fassent office d'inhibiteurs de la bonne foi ».

⁹⁸⁰ En ce sens : R. JABBOUR, th. préc., n° 185, p. 154 : « La notion n'autorise ni l'intervention de la morale dans le contrat, pas plus qu'elle n'impose une égalité, une proportionnalité, ou un juste prix ». Elle ne « commande qu'un contrôle du comportement, au cours de l'exécution de la convention, en marge du contenu obligationnel légalement convenu ».

⁹⁸¹ La manière dont se conçoit la bonne foi à l'aune de certains litiges se rapproche d'autant plus d'une appréciation de la légitimité de l'application d'un droit que de la sanction d'un comportement déloyal : *infra* n° 291 et s.

n'est pas un phénomène naturel à ces notions⁹⁸². L'alternative est la suivante : le contrôle de proportionnalité se révélerait d'une utilité tout indiquée dans ces situations, sans pouvoir souffrir du caractère superflu de son recours. L'interrogation n'est pas seulement théorique. Elle révèle un intérêt pratique indéniable. Sans passer par la démonstration d'une faute dans l'exercice d'un droit, le contractant devrait démontrer les conséquences de l'application d'une prérogative compte tenu des circonstances de sa situation particulière, ou encore de montrer en quoi le créancier n'a que peu d'intérêt à la mettre en œuvre par rapport aux circonstances de leur situation contractuelle. Le lien avec la faute commise par le créancier du droit est inévitablement plus lâche. Cela ne signifie pas que la proportionnalité serait le terreau favorable à une paralysie irrefrénée des droits subjectifs. La caractérisation des circonstances donnant lieu à cette limitation est susceptible d'être enserrée dans des limites précises. C'est à tout le moins l'avantage que représenterait la révélation de ce courant jurisprudentiel, courant non réductible à la sanction de la faute du créancier d'un droit. Reste à savoir si ces situations révèlent une originalité telle que le principe de proportionnalité aurait vocation à en être le fondement adéquat.

286. Synthèse de l'originalité de la proportionnalité : la propension à apprécier largement les circonstances du contrat sans être attaché à la démonstration d'un comportement fautif du créancier d'une prérogative contractuelle. Si nous devons retenir qu'un élément de ces développements, c'est bien la diversité des circonstances du contrat que le juge serait en droit d'apprécier. En effet, il n'est plus contraint, comme dans la démonstration de l'abus ou du comportement de mauvaise foi, à qualifier exclusivement l'agissement fautif du créancier du droit. La confrontation des intérêts, élément essentiel de cette méthode de raisonnement, implique une analyse des circonstances particulières de la situation de chacun des contractants afin de convenir de l'intérêt à privilégier dans un litige en cause en se défaisant des contraintes particulières qu'impose le respect du contrat.

287. Synthèse du point commun de ces notions : l'appréciation circonstancielle de la relation contractuelle. Que le comportement soit analysé à travers le prisme de la bonne foi, de l'abus de droit ou encore, de la proportionnalité, l'analyse circonstanciée de l'exercice des droits subjectifs est au cœur de ces mécanismes. Les circonstances présentes à l'occasion de leur mise en œuvre paralysent l'application des prérogatives contractuelles pourtant valablement insérées dans le contrat. Ces limites illustrent une tendance particulière qui ne se résume pas seulement à la sanction d'un comportement déloyal du créancier de ce droit. L'intérêt de ce contentieux particulier se déplace. Là où le comportement en lui-même doit être sanctionné par la paralysie d'un droit particulier, les circonstances particulières de la situation du débiteur justifieraient à elles seules cette paralysie, sans qu'elles ne s'accompagnent de la démonstration

⁹⁸² Certains auteurs plaident vers un retour à la considération « purement morale » du principe de bonne foi : H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, th. préc., n° 265 et s., spéc. n° 265, p. 372. Cette orientation particulière de la bonne foi suppose selon l'auteur « une recherche d'intention ».

de la déloyauté du créancier. Cette appréciation a tendance à évincer la force obligatoire du contrat. Là où le respect de l'accord contractuel est vu comme un but en soi, l'argument tant à s'estomper au profit du seul respect des intérêts en présence. Cette orientation particulière du droit des contrats français est accentuée par l'influence de plus en plus prégnante de la jurisprudence de la CEDH. L'un des effets du contrôle de proportionnalité est d'évincer l'application d'une norme générale ou particulière, telle que le contrat, dans le cas où elle aurait des effets disproportionnés sur l'intérêt d'une partie en présence, qui ne s'envisage plus comme l'intérêt du contractant, mais comme l'intérêt de l'individu. La notion protéiforme d'intérêt met bien en évidence les différentes fonctions permises par son élasticité. De l'intérêt égoïste, utilitariste, dont l'opération contractuelle permettait de satisfaire, l'intérêt aujourd'hui, avec l'impulsion de la philosophie fondamentaliste et l'importance donnée à l'individu, s'envisage comme une notion « pré-juridique »⁹⁸³, voire, a-juridique. La poursuite vers la circonstancialisation du contrat conduirait à une précarisation inévitable des relations contractuelles. Seul importerait l'individu en tant que personne revêtue de toutes ses caractéristiques, au détriment de l'individu contractant débarrassé nécessairement de ses particularités ne concernant pas l'opération contractuelle.

288. Conclusion de la Section I. Les circonstances sont capables de limiter la revendication de droits contractuels qui remplissaient pourtant toutes les conditions de validité au moment de la formation du contrat. Pour ce faire, les juges ont à disposition de nombreux standards. Les fondements de la limitation des droits subjectifs, plus particulièrement des prérogatives contractuelles, sont divers. Si l'abus de droit avait les faveurs des juges pour certains contentieux tels que l'agrément d'un contractant, la bonne foi semble aujourd'hui le fondement privilégié. L'influence de la culture fondamentaliste comme pratiquée en majorité par la CEDH renouvelle les méthodes d'appréciation judiciaire. Le contrôle de proportionnalité s'immisce de plus en plus dans la logique judiciaire, en donnant une place privilégiée à l'analyse des circonstances particulières du contrat. Cette influence contamine jusqu'aux fondements classiques de la limitation des droits subjectifs. L'abus de droit et la bonne foi fondent parfois une limitation des droits afin, non de sanctionner le créancier de la prérogative contractuelle, mais de protéger plus particulièrement le débiteur qui subirait ce droit en raison de ses circonstances personnelles. Le contrôle de l'application de la prérogative doit normalement se contenter de vérifier les conditions d'application et, dans des cas marginaux, du comportement légitime du créancier. Mais, de plus en plus régulièrement, l'analyse glisse vers un contrôle d'opportunité en appréciant les conséquences excessives de l'application du droit sur la situation du débiteur. Cette orientation particulière du contentieux offre une place privilégiée aux circonstances du contrat, dont l'étude permet de choisir duquel des intérêts doivent être privilégiés. Cette hiérarchie singulière ne vaut que pour le litige en cause, dans ces circonstances particulières.

⁹⁸³ Formule utilisée par M. Ost : *Ibid.*, spéc. p. 15 et s. En réalité, ces deux notions d'intérêt ont toujours coexisté. L'auteur énonce avec force que l'intérêt est à la fois « matériel et immatériel, intéressé et désintéressé, économique et éthique ».

Cette mansuétude à l'égard du débiteur est la présence sous-jacente du concept d'équité, dont les notions d'abus de droit, de bonne foi, et plus particulièrement de contrôle de proportionnalité, sont des filles discrètes.

SECTION III. LA DIVERSITÉ D'HYPOTHÈSES D'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR LA LIMITATION DES PRÉROGATIVES CONTRACTUELLES

289. Plan. Le comportement déloyal du créancier d'un droit est donc sanctionné sur différents fondements. Ce comportement se manifeste dans la majorité des situations par une attitude démontrant des actes positifs, comme un changement brusque et incohérent dans le comportement, ou encore un agissement injustifié contredisant des paroles ou des actes de manière injustifiée. Le juge doit prouver que la prérogative dont souhaite se prévaloir le créancier ne peut l'être valablement en raison de la faute produite. L'appréciation d'un standard particulier permettra de considérer que le créancier a agi en dehors de ce que lui autorisait le droit. En revanche, une hypothèse particulière de paralysie de droits subjectifs tant à se manifester. Dans ces situations, les circonstances ne prouvent pas *per se* le comportement fautif du créancier, mais forment un contexte particulier concernant généralement la situation du débiteur. Ces circonstances limiteraient la possibilité pour le créancier d'exiger l'application de sa prérogative. Elles ne devraient, normalement, n'avoir aucune emprise dans l'appréciation judiciaire. Pourtant, le juge y est pourtant sensible. Ces hypothèses de limitation des droits justifiée par les circonstances sont originales. Elles se distinguent de la conception classique de la sanction déloyale du comportement (Paragraphe 1). Des illustrations jurisprudentielles sont nombreuses et ne concernent pas seulement des contrats qui, par nature, seraient sensibles à ce genre d'arguments (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'originalité des hypothèses d'inapplication des prérogatives contractuelles au regard de circonstances particulières

290. Plan. Les hypothèses de limitation de prérogative contractuelle en raison de la déloyauté du créancier doivent être distinguées des hypothèses desquelles découle une limitation justifiée par la protection de l'intérêt du débiteur (A). Ce mouvement particulier du droit des contrats présente moins les contours d'une sanction d'un comportement fautif que l'appréciation d'une balance des intérêts, se rapprochant ainsi de la méthode proportionnelle telle qu'utilisée par les juridictions européennes, et en particulier par la CEDH. La reconnaissance de ce contentieux doit s'accompagner de l'édiction de limites qui, nous le reconnaissons d'emblée, représentent une maigre satisfaction face aux implications d'une pareille évolution (B). Un point d'équilibre pourrait cependant être trouvé dans l'obligation de motivation, qui est de plus en plus appelée, des vœux de la doctrine, à une généralisation (C).

A. La distinction entre la limitation d'un droit pour déloyauté du créancier et la limitation dans l'intérêt du débiteur

291. Paralysie d'un droit du fait de circonstances particulières de la situation du débiteur. La bonne foi obtient les faveurs de la jurisprudence dans la paralysie des droits. En revanche, la limitation de ces prérogatives en raison des circonstances particulières n'est pas envisagée comme une hypothèse différente d'une limitation justifiée par le comportement déloyal du créancier. Pourtant, il semblerait que deux situations distinctes co-existent. Dans la première, le contractant adopte un comportement déloyal soit, en exerçant des actes positifs soit, en étant coupable d'une particulière désinvolture. Dans la seconde, le créancier respecte bien les termes du contrat, et c'est bien ce qui lui est reproché. En se retranchant derrière une application bornée de l'accord, le créancier fait fi du contexte particulier pouvant déstabiliser l'exécution du contrat par son débiteur. Ce faisant, les circonstances qui concerneraient la situation personnelle d'un contractant ou encore, celles formant une conjoncture économique ou politique particulière, feront bien l'objet de notre prochain développement. Ces situations sont plus pernicieuses que l'agissement de mauvaise foi, car, avec un auteur : « la mauvaise foi suppose un comportement intentionnel à l'encontre de la convention, la bonne foi implique d'aller au-delà de la lettre conventionnelle en vue d'en faciliter l'exécution par l'autre partie. L'absence de bonne foi se réduisant à une application froide et desséchée de la convention, sans prise en considération des intérêts du partenaire contractuel »⁹⁸⁴.

292. Distinction de l'inapplication des prérogatives en raison des circonstances aux hypothèses de comportement déloyal du créancier. Cette distinction entre comportement déloyal d'un côté et paralysie de la clause du fait de circonstances particulières de l'autre est présente de manière discrète dans la thèse de M. Fages. L'auteur constate l'existence de nombreuses hypothèses manifestant une sanction du comportement déloyal du créancier en lui refusant le bénéfice de prérogatives⁹⁸⁵. En revanche, les hypothèses relatives à la limitation de ces prérogatives au regard des circonstances particulières du débiteur sont inspirées par une logique différente. Il n'est plus question de sanctionner l'attitude du créancier qui, par son comportement, cause l'impossibilité de se prévaloir du contrat, mais de limiter cette application afin de préserver l'intérêt du débiteur si des circonstances le justifient.

La cause de la paralysie des prérogatives se déplace : là où le comportement déloyal justifie *per se* une paralysie des clauses, les circonstances particulières en freinent à elles seules

⁹⁸⁴ D. HOUTCIEFF, « La loyauté ou le changement dans la continuité du contrat », *Gaz. Pal.* 2017, p. 31.

⁹⁸⁵ B. FAGES, th. préc., spéc. n° 696 et s : Ces mesures peuvent « frapper le créancier qui aura eu un comportement personnel contraire à celui d'un contractant. L'idée de le sanctionner, en effet, n'apparaît pas anormale ».

l'application⁹⁸⁶. Le lien entre comportement et faute devient extrêmement lâche. Pourtant, la souplesse du standard de faute permettrait de qualifier ces situations d'agissement fautif. Il est possible de considérer que le comportement du créancier serait fautif à partir du moment où il souhaiterait se prévaloir de ses droits subjectifs, bien que les circonstances devraient l'en dissuader. La faute ne proviendrait pas directement de son comportement déloyal, mais s'incarnerait dans la volonté de se prévaloir de cette prérogative compte tenu de circonstances particulières. La distinction est subtile, mais se révèle déterminante dans la précision des critères de la bonne foi contractuelle. Admettre l'existence de ces situations a pour effet un élargissement de la notion de faute : l'absence de bonne foi n'est plus réductible à l'agissement déloyal⁹⁸⁷. Ces différences apparaissent sous la plume d'auteurs dans la distinction entre l'abus de droit et la bonne foi. On évoque par exemple que l'abus est caractérisé par « l'usage illégitime qu'une partie fait du droit dont elle dispose » alors que l'absence de bonne foi est le fait « de ne pas avoir tenu compte, ou tout du moins suffisamment compte, de l'intérêt particulier du cocontractant »⁹⁸⁸.

Si la distinction n'est pas si franche en pratique⁹⁸⁹, elle a le mérite de montrer que deux phénomènes coexistent que les magistrats apprécient sur le même fondement : le manquement à la bonne foi contractuelle. Ces illustrations sont plus rares dans la monographie de M. Fages et ne font pas l'objet d'une hypothèse à part entière du comportement déloyal. Il évoque une décision qui enjoint au contractant souhaitant se prévaloir d'une exception d'inexécution de veiller à observer « une grande prudence », notamment lorsque cette sanction mettrait en péril l'entreprise⁹⁹⁰. Concernant les prérogatives contractuelles, il remarque que le « principe de l'intangibilité de la loi contractuelle » voudrait que le comportement du débiteur n'ait aucune prise sur la légitimité de l'application de ces clauses⁹⁹¹. Ces arguments n'y « changent rien », et des prérogatives comme la clause résolutoire peuvent être privées d'effet s'il apparaît que la sanction est « disproportionnée à la faute »⁹⁹². L'esprit du contrôle de proportionnalité et de l'articulation des intérêts qui l'accompagne au regard des circonstances n'est donc jamais loin de ces contentieux⁹⁹³. Régulièrement rattaché à l'irrespect du devoir de bonne foi, le

⁹⁸⁶ Cette distinction est très nette dans les propos de M. Molfessis lorsqu'il énonce à propos de l'imprévision que « ce changement nuit à l'un des contractants, c'est le postulat. Mais, face à lui, personne n'a commis de faute, ni un tiers, ni le créancier qui profiterait, pour sa part, de l'évolution des circonstances » : « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats, *JCP G* 2015, p. 1415.

⁹⁸⁷ Afin d'assouplir le principe de bonne foi, des auteurs ont proposé la notion de « respect des prévisions légitimes » des contractants : L. MOLINA, th. préc., spéc n° 325 et s. : l'auteur considère que les prévisions légitimes se font le « relai des intérêts des contractants ». ^{Mme} Molina part d'une définition solidariste de l'intérêt contrairement à d'autres auteurs cités comme ^{Mme} Rochfeld qui l'envisage comme une notion utilitariste et rationaliste. Elle considère que l'intérêt « évoque (...) la multitude d'inconvénients que peut présenter la mise en œuvre d'un droit contractuel pour la partie qui le subit » (th. préc., n° 329).

⁹⁸⁸ P. LAURENT, art. préc.

⁹⁸⁹ Sur l'utilisation alternative de l'abus de droit et de la bonne foi dans des contentieux similaires : *supra* n° 253.

⁹⁹⁰ CA Toulouse, 30 novembre 1985, *RTD Civ.* 1986, p. 591, obs. J. MESTRE. Cité par B. FAGES, *op. cit.*, n° 705, p. 384.

⁹⁹¹ B. FAGES, th. préc., n° 735, p. 399.

⁹⁹² B. FAGES, *Ibid.*, n° 735 et spéc. n° 745 et s.

⁹⁹³ B. FAGES, *Ibid.*, n° 746, p. 403.

contentieux du contrôle de l'application des prérogatives légales ou contractuelles atteste d'une réalité sous-jacente. Le comportement déloyal du bénéficiaire de la prérogative n'est pas la cause « directe » de cette limitation. Ce sont les circonstances, justifiant une protection particulière de l'intérêt du contractant, qui en limiteraient le bénéfice.

B. Limites à la paralysie des prérogatives contractuelles en raison des circonstances particulières

293. Limite à la reconnaissance de ce courant : la justification de l'exercice d'une prérogative contractuelle par le contrôle systématique de l'intérêt du débiteur. Le courant solidariste qui a rencontré un certain succès pourrait trouver un terreau favorable dans le contentieux du contrôle des prérogatives contractuelles⁹⁹⁴. Pourquoi ne pas considérer le contrat comme un lieu où le bien commun et l'intérêt altruiste devrait prévaloir ? Ramené au contrôle de l'exercice des prérogatives contractuelles, l'unilatéralisme se justifierait seulement quand il serait envisagé sans contrarier l'intérêt du co-contractant⁹⁹⁵. Outre les grands doutes sur la véracité et la légitimité d'une telle philosophie contractuelle sur lesquels nous ne reviendrons pas, l'appréciation des circonstances particulières du débiteur tendant à protéger son intérêt fait écho à ce mouvement particulier.

En contrôlant l'exercice de la prérogative, non seulement en paralysant le comportement déloyal, mais aussi en tenant compte de la situation dans laquelle peut se trouver le débiteur, ne se dirige-t-on pas vers un élargissement du contentieux vers une protection généralisée de l'intérêt du contractant ? La question est légitime, car le risque existe bel et bien. Cette évolution est encouragée par une partie de la doctrine. M. Lokiec, en évoquant l'abus de droit et la bonne foi, considère que ces « pouvoirs » doivent être exercés en respectant le bien commun⁹⁹⁶. M. Denis Mazeaud encourage « la prise en considération » et « le respect de l'intérêt légitime de son cocontractant »⁹⁹⁷. Pour d'autres au contraire, on ne pourrait nier « le contexte idéologique de résistance au solidarisme contractuel » dans lequel baigne le contentieux des prérogatives contractuelles⁹⁹⁸. Plaider pour l'application de la prérogative en toutes circonstances reviendrait

⁹⁹⁴ Pour les textes les plus édifiants : Ch. JAMIN, « Révision ou intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil » in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Dr. et. Patr., 1998, p. 46 et s. ; « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel » in *Mél. J. Ghestin*, LGDJ, 2015, p. 441 et s. ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mél. F. Terré*, PUF, DL, 1999, p. 603 et s., C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », art préc.

⁹⁹⁵ La réflexion en termes d'intérêt appelle très souvent des considérations solidaristes : E. SAVAUX, « Solidarisme contractuel et formation du contrat » in *Le solidarisme contractuel*, Dir. L. Grynbaum, M. Nicod, Economica, 2004, p. 43 et s., spéc. p. 47 : « le solidarisme de la formation, comme le solidarisme en général, est une question d'intérêts. On pense naturellement à ceux des contractants eux-mêmes ».

⁹⁹⁶ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir : étude de droit privé*, LGDJ, réed. 2021, n° 261.

⁹⁹⁷ D. MAZEAUD, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat » in *Le solidarisme contractuel*, op. cit., p. 57 et s., spéc. p. 58.

⁹⁹⁸ D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *RDC* 2011, p. 644 : l'auteur se pose la question de l'intérêt de la notion

à défendre l'application du contrat, sans considération du contexte de son application. Peu importerait que le créancier de la prérogative utilise sa clause en ne respectant pas la bonne foi contractuelle, ou en n'ayant que peu d'égard pour la situation particulière du débiteur.

La vérité ne se trouve qu'à mi-chemin de ces deux philosophies. Nul besoin de plaider pour une absence de contrôle de l'application des prérogatives. *A contrario*, élargir la vérification de la légitimité d'application à toutes les circonstances du contrat porterait atteinte à sa force obligatoire et à sa prévisibilité et surtout, à l'esprit du mécanisme de la prérogative unilatérale. Comment peut-on, dans le même temps, reconnaître la validité d'une prérogative tout en reconnaissant une multitude de circonstances dans lesquelles celle-ci perdrait toute efficacité ? À moins de ruiner l'utilité même de ce procédé, il est nécessaire de trouver un point d'équilibre raisonnable entre ces différents intérêts divergents. Il en va de la conservation de l'utilité d'un dispositif insufflant une souplesse nécessaire à de nombreux contrats⁹⁹⁹. Comme le dit très justement M^{me} Molina, « il existe un espace entre l'exercice arbitraire et l'exercice dans l'intérêt d'autrui que la prérogative investit »¹⁰⁰⁰. L'exercice d'une prérogative unilatérale est toujours une source de préjudice pour le contractant qui la subit. Cependant, il est raisonnablement prévu et encadré par le contrat, ce qui lui retire, normalement, son caractère injustifié¹⁰⁰¹. Néanmoins, cet exercice ne doit pas dégénérer en une mise en œuvre illégitime. Reste à déterminer les contours de cette illégitimité. Le comportement déloyal du créancier est une limite à l'invocation de la prérogative contractuelle. En revanche, la paralysie du droit subjectif en présence de circonstances particulières en dehors de celles qui caractérisent un comportement déloyal relève d'une tout autre logique. Elle ne devrait pas aller jusqu'à prendre en considération l'intérêt du débiteur chaque fois que se poserait la question de la légitimité de l'exercice d'un droit.

294. Prise en compte accrue des circonstances à l'aune de certains types de contrats.

Les contrats que la doctrine qualifie souvent « d'intérêt commun », « contrat-coopération » ou encore de « contrats situation »¹⁰⁰² justifieraient une prise en compte plus grande des circonstances. Il existerait une obligation de loyauté renforcée impliquée par la nature de ces

de « prérogative » opposée à celle de « substance » du contrat et se demande si elle ne sert pas plutôt de « répulsif » au contrôle de la bonne foi, ce qui en ferait une « arme anti-solidariste ».

⁹⁹⁹ Comme le précise M. Denis Mazeaud, le débat doit régler un « conflit entre les impératifs de sécurité juridique, d'une part, entendu ici comme l'insensibilité du contrat légalement formé à la mauvaise foi du créancier, et de moralité contractuelle, d'autre part, comprise ici comme ajoutant une condition de légitimité à l'effectivité des droits et des obligations dont est créancier un contractant, et des pouvoirs dont il est titulaire : « Les enjeux de la notion de prérogative contractuelle », *RDC* 2011, p. 690.

¹⁰⁰⁰ L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, th. préc., n° 82, p. 77.

¹⁰⁰¹ Cette idée est présente chez M. Ghestin lorsqu'il considère qu'un des éléments distinctifs du droit subjectif est « l'inégalité légitime » qu'elle instaure car « les prérogatives du titulaire restreignent la liberté d'autrui et non la sienne » : J. GHESTIN, H. BARBIER, *Introduction générale (...)*, *op. cit.*, n° 284, p. 221.

¹⁰⁰² D. MAINGUY, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mél. M. Cabrillac*, Dalloz, 1999, p. 165 et s. : l'auteur distingue essentiellement les contrats de distribution et de production. Il y reconnaît le développement « du phénomène de loyauté contractuelle parce que ces contrats sont appelés à durer et qu'ils appellent une attention plus intense des contractants dans leurs décisions contractuelles » (p. 167).

contrats particuliers qui prendrait les traits d'un devoir de coopération¹⁰⁰³. Néanmoins, la problématique se résume toujours de la même façon, même à l'égard de ces derniers. L'unilatéralisme autorise-t-il la prise en compte de circonstances afin de freiner l'application des droits issus du contrat ? Des exemples jurisprudentiels plaident en ce sens. La réalité de la pratique ne fait aucun doute ; cette évolution est même assez franche. Est-elle souhaitable ? La réponse n'est pas évidente¹⁰⁰⁴ et démontre, encore une fois, la prégnance d'une théorie des valeurs sous-jacente aux solutions à formuler¹⁰⁰⁵.

295. Les manquements prévus par la prérogative évincent-ils l'appréciation des circonstances révélant la bonne foi du débiteur ? Des auteurs considèrent qu'« il est aujourd'hui acquis que la bonne foi du débiteur est inopérante, dès lors que le manquement spécialement mentionné par la clause résolutoire est avéré »¹⁰⁰⁶ en étayant cette affirmation d'arrêts d'illustrations¹⁰⁰⁷. La bonne ou mauvaise foi du débiteur ne doit pas freiner à elle seule l'exercice des prérogatives contractuelles lorsque les conditions d'application en sont remplies. Dans le cas contraire, ce serait admettre l'éviction de prérogatives même dans l'hypothèse où le débiteur a inexécuté involontairement ses obligations. Cette tendance aurait pour effet inévitable de reconnaître les effets de la force majeure contractuelle dans des circonstances où ces conditions ne seraient pas vérifiées¹⁰⁰⁸. La force obligatoire du contrat en sort ici épargnée.

¹⁰⁰³ S. LEQUETTE, th. préc., spéc. n° 425 et s. : l'auteur rappelle que le devoir de coopération est « habituellement rattaché à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil ». Elle réserve ce devoir particulier aux contrats-coopérations et l'exclut pour les accords qu'elle nomme « contrat-permutation » ou encore « contrat-concentration ». En effet, « la conciliation des intérêts contraires qu'il opère » cantonne strictement la coopération (n° 429). Même sens : L. MOLINA, th. préc., n° 330.

¹⁰⁰⁴ L. MOLINA, *Ibid.*, n° 330, p. 291 : l'auteure refuse une paralysie des prérogatives contractuelles plus forte dans ce genre de contrats sur le fondement de la prise en compte de « l'intérêt du sujet passif ». Elle dénonce la contradiction patente entre, d'un côté, la reconnaissance d'« une puissance unilatérale » et, de l'autre, le comportement qui impliquerait l'obtention de l'accord par l'autre partie.

¹⁰⁰⁵ Sur cette question : J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants (...) art. préc. : « La question du conflit entre la sécurité et la justice contractuelles n'est point technique, mais philosophique. Elle revient à réfléchir sur les fins du droit. Selon que l'on donne au droit pour finalité la sécurité ou la justice, la conception du contrat qui en découle restreint ou favorise l'intervention du juge, sacralise ou relativise le rôle de la volonté des parties, rigidifie ou assouplit la loi contractuelle » (p. 20).

¹⁰⁰⁶ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, op. cit.*, n° 802, p. 897. Dans le même sens : L. MOLINA, th. préc., n° 376, p. 338 : « la bonne foi du débiteur dans l'inexécution de ses obligations ne doit pas avoir de prise sur l'appréciation de l'exercice de la prérogative du créancier ».

¹⁰⁰⁷ Par exemple : Civ. 3^e, 24 sept. 2003, n° 02-12.474, *Bull. Civ. III*, n° 161 : « en cas d'inexécution de son engagement par le débiteur, sa bonne foi est sans incidence sur l'acquisition de la clause résolutoire », *RTD Civ.* 2003, p. 707, obs. J. MESTRE, B. FAGES : les auteurs évoquent la « mise en balance » effectuée par la Cour d'appel qui avait paralysé le jeu de la clause résolutoire en constatant la bonne foi du débiteur et qu'il n'y a pas lieu de « pratiquer un contrôle de proportionnalité entre la résolution et les manquements qui la justifient ». Dans le même sens : *CCC* 2003, comm. 174, obs. L. LEVENEUR. *Contra* : *RDC* 2004, p. 644, obs. D. MAZEAUD : « La décision de la Cour de cassation s'inscrit dans une tendance jurisprudentielle qui privilégie le jeu de la clause résolutoire expresse, en dépit de l'extrême rigueur de ses effets pour le débiteur et de la satisfaction finalement, mais tardivement, obtenue par le créancier ». Cette décision confirme un arrêt plus ancien sur des faits similaires : Civ. 3^e, 10 mars 1993, *D.* 1993, p. 357, note P. BIHR, *RTD Civ.* 1994, p. 100, obs. J. MESTRE.

¹⁰⁰⁸ Dans cet esprit : S. LE GAC-PECH, th. préc., n° 641, p. 250 : l'auteur alerte sur le rejet de l'application d'une clause de résiliation anticipée sur le seul critère de la bonne foi du créancier. Elle considère que cette admission « ne serait pas sans bouleverser gravement notre théorie juridique » (souligné par l'auteure).

En revanche, nous pensons que la bonne foi du débiteur pourrait faire pencher le juge vers la paralysie de la prérogative contractuelle si d'autres éléments appuient sa décision. Une décision citée refuse l'application d'une clause résolutoire par une banque, car son client avait rencontré un problème informatique qui avait empêché l'effectivité d'un virement bancaire¹⁰⁰⁹. Bien que la qualification de force majeure ait été retenue en l'espèce, ce contentieux peut s'envisager sur le terrain du contrôle de la bonne foi. Il est difficile de ne pas imaginer que les juges du fond ne furent pas sensibles à la bonne foi du débiteur, qui avait mis tout en œuvre pour effectuer correctement et dans les temps ce que réclamait son créancier. En outre, des circonstances difficilement surmontables l'avaient empêché d'accomplir sa tâche. Finalement, la seule bonne foi du débiteur ne peut à elle seule freiner l'application d'une prérogative contractuelle. Mais elle pourrait, sans obstacle dirimant, être considérée comme une circonstance particulière parmi une diversité de circonstances caractérisant la légitimité de l'application d'une prérogative contractuelle.

296. Absence de faute du débiteur ou absence de bonne foi du créancier ? Les circonstances pourraient-elles faire échec à l'application d'une clause du fait de l'absence de réunion de toutes ses conditions d'application ? Plus qu'un comportement contraire à la bonne foi de la part du créancier, les circonstances empêcheraient plutôt la réunion de toutes les conditions d'application des prérogatives contractuelles. La problématique se comprend aisément en pratique. Un débiteur qui n'exécute pas son obligation de commande minimale inscrite dans son contrat de franchise du fait d'une crise sur un marché particulier est-il véritablement fautif ? Un auteur soutient qu'en dépit des apparences, la mauvaise foi du créancier est invoquée par les juges alors qu'il s'agirait en réalité d'une absence de défaillance du débiteur qui est une condition à l'application de la clause résolutoire¹⁰¹⁰. L'auteur énonce que « l'exclusion de l'application de la clause résolutoire résulte en effet de ce qu'en raison des circonstances, les conditions d'existence du droit de résolution sont absentes »¹⁰¹¹. Cette explication provient de l'appréciation du rôle de la mauvaise foi que retient l'auteur dans sa démonstration. Ce dernier considère qu'elle consiste exclusivement en une manœuvre du créancier provoquant l'inexécution du débiteur¹⁰¹².

En appliquant ce raisonnement à notre démonstration, le débiteur qui subirait un changement de circonstances, économiques par exemple, ne se rendrait pas coupable d'une inexécution justifiant l'application de la clause résolutoire, ou d'un pouvoir unilatéral prévu par la loi. Cet esprit apparaît en filigrane à l'occasion de certaines solutions, concernant notamment le droit des pratiques restrictives de concurrence. L'arrêt *Caterpillar* du 12 février 2013 montre la manière dont la crise économique peut écarter le caractère fautif d'une baisse de commandes

¹⁰⁰⁹ *Supra* n° 256.

¹⁰¹⁰ C. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 258, 1996, n° 183, p. 197.

¹⁰¹¹ C. PAULIN, *Ibid.*, n° 184, p. 197-198.

¹⁰¹² C. PAULIN *Ibid.*, n° 184, p. 198.

ne pouvant, pour cette raison, être qualifiée de rupture brutale de la relation commerciale établie¹⁰¹³. Le comportement n'est pas imputable à la société Caterpillar qui subit, en raison de la crise économique et financière de 2008, une baisse de commandes significative. Le juge retire le caractère fautif du comportement qui ne peut être la source d'une rupture brutale de la relation commerciale.

Des hypothèses similaires sont envisageables pour le contentieux des prérogatives unilatérales quand elles prévoient le caractère fautif du comportement. En revanche, ces clauses sont rarement formulées ainsi. Leur intérêt réside d'ailleurs dans la possibilité de prévoir des cas d'inexécution sans que le juge ait à apprécier son caractère fautif ou sa gravité¹⁰¹⁴, contrairement à ce qui est valable pour la résolution « aux risques et périls » du créancier par exemple¹⁰¹⁵. L'affirmation se conçoit à l'égard des prérogatives unilatérales instaurées légalement, telles que la résolution, ou encore, l'exception d'inexécution anticipée¹⁰¹⁶. En revanche, elle est peu pertinente pour les clauses dont l'application est acquise dès la survenance de l'inexécution, à moins de se perdre en circonvolutions. En outre, cette appréciation n'a pas eu d'écho en jurisprudence, puisque les juges se réfèrent toujours au principe de bonne foi dans la paralysie d'une prérogative. Aucun obstacle ne s'oppose à ce que la méconnaissance de la bonne foi englobe autant les manœuvres du créancier que l'application du contrat à la lettre abstraction faite de l'environnement contractuel qui le désavouerait. Envisager l'absence des conditions d'application de la clause résolutoire en raison des circonstances paraît fictive. En revanche, reconnaître des limites à « l'automatisme » de la clause résolutoire par le prisme de la bonne foi est plus envisageable¹⁰¹⁷. Cette proposition de l'auteur a tout de même le mérite de souligner qu'à côté de l'agissement « positif » du créancier, la limitation de la clause résolutoire en raison des circonstances est une hypothèse originale. Ici, les seules circonstances particulières orientent vers le rejet de la résolution.

¹⁰¹³ Com. 12 fév. 2013, n° 12-11.709, inédit, *RTD Civ.* 2013, p. 375, obs. H. BARBIER, *CCC* 2013, p. 78, obs. N. MATHEY. Sur l'éviction du caractère fautif de la rupture en présence d'un changement de circonstances économiques : *infra* n° 389.

¹⁰¹⁴ Par exemple : Civ. 1^{ère}, 25 nov. 1986, *Bull. Civ.* I, n° 279 : « Les juges perdent leur pouvoir d'appréciation lorsque les parties ont inséré dans leur contrat une clause résolutoire (...) et en ce cas ils sont tenus de constater la résolution intervenue ». Dans le même sens : Civ. 3^e, 20 juill. 1989, *Bull. civ.* III, n° 172 : la clause résolutoire qui sanctionne l'inexécution n'est « pas une clause pénale ». La Cour d'appel, devant qui la mauvaise foi du bailleur n'avait pas été soulevée, « a justement décidé que la clause résolutoire devait être appliquée sans qu'il soit nécessaire de rechercher si cette sanction était proportionnée ou non à la gravité du manquement invoqué ».

¹⁰¹⁵ L'art. 1226 C. civ. prévoit que le créancier peut résoudre le contrat « à ses risques et périls » par voie de notification après mise en demeure, sauf urgence (al. 1). Si le débiteur ne s'exécute pas après un délai raisonnable, le créancier peut résoudre le contrat en évoquant les raisons qui la motivent (al. 2) et qui attestent la gravité de l'inexécution afin de se prémunir d'une éventuelle contestation par le débiteur (al. 3).

¹⁰¹⁶ Art. 1219 C. civ. : « Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave ».

¹⁰¹⁷ Sur le constat d'une rupture « de proportionnalité » qui trahit « l'essence » d'un tel principe permise par aménagement contractuel de la clause résolutoire : H. LÉCUYER, « Le principe de proportionnalité (...) », art. préc.

297. Difficulté du contrôle des prérogatives contractuelles comparées aux prérogatives judiciaires. Le juge retient parfois une compréhension opportuniste de l'application d'un droit mettant fin au contrat en se gardant de la reconnaître lorsque son prononcé aurait des conséquences disproportionnées sur la situation du débiteur. Un auteur admet sur ce point que « la résolution est une sanction *opportune* si elle ne heurte pas l'environnement dans lequel elle sera prononcée (...). Le juge en charge de l'ordre social et toujours préoccupé de justice sait élargir son regard, si cela est nécessaire, pour tenir compte des intérêts extérieurs à l'opération contractuelle proprement dite »¹⁰¹⁸. Atias formule des remarques similaires. Il pense que « la résolution appelle une appréciation empirique tenant compte de toutes les circonstances caractérisant les relations des parties, avant et après la défaillance qui justifie l'intervention judiciaire. Le juge ne peut s'enfermer dans des catégories abstraites qui détermineraient, par avance, les cas où la résolution doit être prononcée et les cas où elle ne pourrait l'être »¹⁰¹⁹. Ainsi, le juge vérifie si le contractant « mérite sa peine »¹⁰²⁰. Cette appréciation de l'opportunité est autorisée par la notion de gravité de la faute du débiteur, condition à l'application de la résolution judiciaire et de la résolution « aux risques et périls » du créancier. L'avantage que représente la clause résolutoire se manifeste dans l'absence de preuve de la gravité de la faute comme affirmée. La clause résolutoire peut tout à fait revêtir un caractère automatique : les seuls manquements constatés suffisent généralement à permettre la résolution du contrat. Ce faisant, la limitation de ces prérogatives contractuelles par rapport aux circonstances en devient plus délicate. Elle agit directement contre la volonté des contractants telle que manifestait à la conclusion de l'accord. L'obstacle n'est pourtant pas insurmontable. La reconnaissance d'un abus ou d'un manquement à la bonne foi passe par la preuve d'un détournement de la finalité du droit ou par la caractérisation d'un comportement illégitime. La reconnaissance d'un abus du droit de propriété apprécié classiquement comme ne souffrant d'aucune exception n'est pas moins attentatoire aux droits et libertés que la paralysie d'une prérogative contractuelle. La seule difficulté se manifeste par l'impossibilité de jouer sur le critère de gravité afin d'apprécier l'opportunité de la résolution. Cette permissivité du critère de gravité qui autorise l'analyse des circonstances se révèle une pratique plus confortable que la caractérisation d'un abus, d'un manquement à la bonne foi, ou d'une disproportion entre les intérêts des contractants à travers le contrôle de proportionnalité.

C. Une solution à l'équilibre de la paralysie circonstancielle des prérogatives contractuelles : la motivation

298. Appréciation des circonstances qui ont mené à l'application de la prérogative contractuelle. Les circonstances ne devraient avoir aucun enjeu sur l'application de la prérogative. Le contrat est en théorie indifférent « aux caractéristiques concrètes des êtres

¹⁰¹⁸ T. GENICON, th. préc., n° 523, p. 372.

¹⁰¹⁹ *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, Lib. Univ. Aix-en-provence, 2006, 3^e éd., n° 206, p. 158.

¹⁰²⁰ C. ATIAS, *Ibid.*

auxquels elle s'applique puisqu'en droit, leur pouvoir est le même quelles que soient leurs différences »¹⁰²¹. Néanmoins, l'évolution du droit des contrats envisage de plus en plus régulièrement la situation « privée » de l'individu contractant. Le contentieux des prérogatives contractuelles, surtout unilatérales, n'échappe pas à ce mouvement. Cette influence est même vivace. La revendication d'une prérogative a souvent des effets néfastes sur la situation personnelle du salarié que le juge n'hésite pas à prendre en compte¹⁰²². Le juge français, comme le juge européen, est de plus en plus sensible à tout ce qui peut définir le contractant en tant que personne privée à part entière. Ce faisant, la frontière entre le « contractuel » et le « non-contractuel » en devient ténue. En consacrant l'obligation de motivation dans l'exercice d'une prérogative, le créancier pourra faire valoir les circonstances à l'origine de la revendication de son droit en cas de litige. Ces circonstances, qui prennent ici l'allure de motifs, pourront alors faire l'objet d'une appréciation judiciaire qui jugera de leur pertinence.

299. Les circonstances particulières justifient l'exercice d'un droit subjectif. Afin de respecter la finalité de la prérogative, le créancier a tout intérêt à évoquer les raisons qui l'ont amené à s'en prévaloir. Comme l'affirme un auteur, « le contrôle du détournement suppose de confronter les éléments factuels, qui ont concrètement motivé la mise en œuvre de la clause, à l'esprit de celle-ci »¹⁰²³. Cette motivation repose ici sur les circonstances particulières qui sont à l'origine de l'exercice de la prérogative contractuelle. Habituellement, les auteurs considèrent que si ces circonstances sont légitimes et respectent l'esprit de la prérogative, alors le cocontractant ne pourrait remettre en cause son application¹⁰²⁴. Au contraire, s'il apparaît que ces circonstances sont illégitimes, alors l'exercice du droit sera sanctionné. M. Aynès considère que la motivation se distingue de la justification, car la première n'adopterait pas un jugement de valeur sur les circonstances qui ont précédé l'exercice d'un droit¹⁰²⁵. Nous pensons que cette motivation se meut toujours en un jugement de valeur quand le juge est amené à en connaître. En effet, son rôle est d'apprécier les circonstances, qui se manifestent ici en motifs, afin de confirmer le comportement du créancier du droit subjectif ou, au contraire, de le désavouer si ces circonstances ne justifiaient pas l'exercice du droit. Pourtant, il semble que les circonstances à l'origine de la paralysie des droits subjectifs vont plus loin que celles comprises dans l'obligation de motivation.

300. Comparaison des circonstances à la volonté des contractants. La recherche de la finalité de la prérogative passerait par l'appréciation de son esprit. Le juge doit identifier le but

¹⁰²¹ Th. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC* 2004, p. 579.

¹⁰²² *Infra* n° 330.

¹⁰²³ G. HELLERINGER, th. préc., n° 408, p. 230.

¹⁰²⁴ Dans le même sens : M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats » in *Études Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 301 et s., spéc. p. 307 : « On voit d'ores et déjà que l'obligation de motivation va en réalité de pair avec le fait que la loi ait finalisé certains droits, en ai limité les mobiles ».

¹⁰²⁵ L. AYNÈS, « Motivation et justification », *RDC* 2004, p. 555 : l'auteur considère que la justification identifie la « relation entre l'acte et sa cause » afin de vérifier la conformité « au droit, à la justice, à la raison ou à l'équité ».

de cette prérogative, qu'elle soit judiciaire ou contractuelle¹⁰²⁶. Toutefois, la recherche de cette volonté est souvent une chimère. Les contractants n'inscrivent pas explicitement la finalité attachée à la présence des prérogatives contractuelles. Pour cette raison, le contrôle de la finalité de la prérogative pourrait se muer en un contrôle de l'opportunité de l'application de la prérogative. Cet aspect se retrouve d'autant plus pour les prérogatives judiciaires que pour les prérogatives contractuelles, car le juge doit normalement se tenir à la recherche de la volonté raisonnable des contractants. Cette appréciation de l'opportunité apparaît en filigrane à l'égard des prérogatives judiciaires. Pour la résolution par exemple, l'appréciation de la gravité de la faute reprochée au débiteur conduit à observer des considérations opportunistes afin de refuser de prononcer la sanction¹⁰²⁷.

301. La recherche judiciaire de l'esprit de la prérogative contractuelle est propice à l'analyse des circonstances. Ce sera alors au juge que reviendrait la tâche de rechercher de façon raisonnable¹⁰²⁸ le but assigné à la prérogative contractuelle lors de son exercice, comme le proposait déjà Josserand en recherchant l'esprit des droits subjectifs¹⁰²⁹. C'est bien souvent une finalité « standard »¹⁰³⁰ qui sera découverte. L'appréciation des circonstances particulières qui ont motivé l'exercice de la clause s'en trouverait élargie. Cette recherche de la finalité contractuelle aurait pour objet d'évincer les détournements de pouvoir. Néanmoins, nous pensons que cette recherche de la finalité ne décrit pas fidèlement la réalité judiciaire. En effet, c'est une tout autre question de savoir si les circonstances particulières de la situation du débiteur sont susceptibles d'exercer une influence sur la paralysie de la prérogative contractuelle. Cette problématique touche d'autant plus à la protection de l'intérêt du débiteur qu'à la sanction d'un quelconque comportement du créancier qui aurait détourné son pouvoir. Comme M. Gaillard le pensait, la reconnaissance d'un droit subjectif « n'est pas autre chose que la traduction sur le terrain de la politique juridique de ce que les économistes nomment l'initiative privée »¹⁰³¹. Ce faisant, le titulaire d'un droit subjectif est libre de l'utiliser à sa convenance, et d'en faire un usage égoïste ou, au contraire, dans l'intérêt d'autrui,¹⁰³² car un droit « ne peut être à la fois libre et finalisé »¹⁰³³. Finalement, la limitation de ces droits ne peut que s'expliquer, toujours selon

¹⁰²⁶ M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation (...), art. préc., p. 307 : l'objet de ce type de contrat, sa finalité, sont donc limitativement définis par le législateur, et le cocontractant doit donc justifier qu'il entre dans le cadre prévu ».

¹⁰²⁷ En ce sens : T. GENICON, th. préc., n° 523, p. 371 : « Si on voulait délibérément se montrer provocateur, on pourrait alors conclure que le manquement grave n'existe pas. Mais il s'agirait simplement de frapper l'esprit pour faire comprendre qu'en définitive, la résolution est conçue en droit français comme un instrument dont le seul principe d'utilisation est de traiter *utilement* et *justement* l'inexécution » (nous soulignons).

¹⁰²⁸ Ph. STOFFEL-MUNCK, th. préc., n° 660 et n° 661.

¹⁰²⁹ JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, 2^e éd., réed. 1939, n° 229 et s.

¹⁰³⁰ G. HELLERINGER, th. préc., n° 411, p. 231.

¹⁰³¹ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, Economica, 1985, spéc. n° 32 et n° 33, p. 28-30.

¹⁰³² E. GAILLARD, *Ibid.*, n° 33, p. 30.

¹⁰³³ E. GAILLARD, *Ibid.*, n° 44, p. 38. Dans le même sens : Th. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale (...) », art. préc. : il relève que « ce mécanisme (*le droit subjectif*) consistant en l'octroi d'un espace de souveraineté, ne peut connaître un contrôle intrinsèque. Le sujet de droit est le seul maître de son droit, donc le seul maître de la façon dont il l'exerce. Dès lors, tout contrôle de cet exercice suppose une immixtion

l'auteur, que par des considérations d'ordre moral qui atténue « l'absolutisme des droits subjectifs »¹⁰³⁴. Nous pensons que cette affirmation est bien plus révélatrice de l'évolution du contentieux du contrôle des prérogatives contractuelles que la seule explication par le prisme de la finalité du droit. La prérogative unilatérale, qui relève finalement plus du droit subjectif que du pouvoir¹⁰³⁵, n'a pas à être effectuée dans une finalité particulière, puisque le consentement des parties fut nécessaire, mais suffisant, pour accorder le bénéfice de ce droit. Le juge doit normalement se contenter de vérifier les conditions d'application du droit telles que définies par le contrat. Or, l'évolution jurisprudentielle met en lumière un contrôle de plus en plus accru de *l'opportunité* d'application des prérogatives, légale ou contractuelle, qui ne se réduit pas à la sanction de l'intention de nuire de la part du titulaire du droit. L'articulation des intérêts est régulièrement prise en considération dans le contrôle de la légitimité de leur exercice.

302. La particularité de l'obligation de motivation dans le contentieux de la paralysie des prérogatives en raison des circonstances. Il n'est donc plus question de sanctionner les circonstances illégitimes qui ont amené à la paralysie de la clause, car elles auraient révélé, par exemple, une intention de nuire, mais de freiner un temps le droit en raison des circonstances personnelles du débiteur qui le placent dans une situation délicate. Finalement, la paralysie du droit ne sanctionne pas l'intention nuisible de l'auteur, et donc, porte moins sur les motifs qui l'ont conduit à appliquer la clause, mais protège l'intérêt du débiteur qui, comparé à l'intérêt du créancier, subirait des conséquences néfastes. On ne peut s'empêcher de voir dans cette appréhension particulière de l'obligation de motivation la présence d'une balance des intérêts qui s'immiscerait dans la vérification de la légitimité de l'application de la prérogative contractuelle¹⁰³⁶.

Subséquemment, l'obligation de motivation voit son rôle s'étendre. En cas de litige, le juge pourra apprécier la légitimité des motifs qui ont conduit le créancier à se prévaloir de la prérogative. Ces motifs seront alors éprouvés face aux circonstances particulières de la situation

dans la zone de souveraineté du sujet qui dénature son droit ». Cette limitation ne se comprend « qu'au regard de la politique juridique ».

¹⁰³⁴ E. GAILLARD, *Ibid.*, p. 31.

¹⁰³⁵ Nous ne nous attarderons pas sur cette problématique qui est fortement liée aux définitions, somme toute flottantes, du pouvoir et du droit subjectif. En effet, la définition qu'en retient Gaillard restreint le pouvoir à une prérogative qui accorde au titulaire un avantage sur autrui, mais qui doit être mise en œuvre dans un intérêt partiellement distinct du titulaire (E. GAILLARD, *Ibid.*, spéc. n° 214 et n° 225). La prérogative accordée par le contrat ressemble d'autant plus à un droit subjectif qu'à un pouvoir, car elle n'a pas à être utilisée partiellement dans l'intérêt d'autrui, à l'image du pouvoir accordé au mandataire par exemple. Comment peut-on affirmer que le créancier qui se prévaut d'une clause résolutoire a en partie pour finalité la satisfaction de l'intérêt de son co-contractant ?

¹⁰³⁶ D. MAINGUY, « Remarques sur les contrats de situation (...) », art. préc., p. 179 : l'auteur qualifie expressément la motivation à l'égard du contentieux du droit de la distribution de « balance » entre les droits du fournisseur et du distributeur. Les différentes circonstances appréciées dans le choix de la rupture du contrat de distribution mettent en avant l'importance que représente le contrat de distribution, contrat de « situation » par excellence, pour le distributeur. Pourtant, cette importance ne devrait pas conduire à la ruine du fournisseur dont on ne pourrait contraindre le maintien d'un contrat qui n'est plus économiquement avantageux. Il en conclut que « la prise en compte tant des intérêts du fournisseur que de ceux du distributeur permet d'aboutir à cette solution en se souciant des uns sans sacrifier les autres et sans remettre en question l'ensemble des principes en la matière ».

du débiteur qui devra trancher pour l'intérêt devant primer. Nous admettons que cette paralysie dans ces hypothèses doit rester exceptionnelle. Elle ne sera admise dans des cas où il apparaît que la protection de l'intérêt du débiteur en serait irrémédiablement compromise face à l'intérêt du créancier qui ne subirait que peu de conséquences du fait de la limitation de son droit.

Prenons l'exemple de l'obligation de renégociation que les arrêts *Huard* et *Danone* semblent avoir admis¹⁰³⁷. En droit de la distribution particulièrement, le créancier doit, lors d'un changement de circonstances qui affecterait son partenaire, faire en sorte de parvenir à une modification du contrat permettant à ce dernier de pratiquer raisonnablement son activité. Face à ce changement de circonstances qui affecte le débiteur, il serait bienvenu que le créancier puisse motiver le refus de renégocier dans l'hypothèse où il subirait des conséquences néfastes. Ainsi, les différents devoirs que reconnaît sporadiquement la jurisprudence ne se concevraient pas toujours dans l'intérêt exclusif du débiteur. L'appréciation des circonstances particulières a au moins cet avantage de ne pas plaider toujours en faveur de l'intérêt de la partie faible. Ce faisant, les intérêts des différentes parties au contrat, ainsi que le but qu'elle souhaite atteindre, sont justifiés par un faisceau de circonstances que le juge devra nécessairement apprécier.

303. La motivation : limitation aux comportements opportunistes. La motivation des décisions est souvent appréciée comme un rempart contre l'arbitraire¹⁰³⁸. En effet, le pouvoir souverain des juges du fond est contrôlé par la nécessité d'arguments étayés, faute de quoi les arrêts peuvent subir une cassation pour défaut de motivation¹⁰³⁹. Concernant les actes privés, d'aucuns en diront que la motivation est « moins naturelle », car l'acte qui a pour objet la satisfaction des intérêts privés se suffit normalement à lui-même. Les personnes privées n'ont pas une obligation de « transparence » équivalente à la justification des actes qui concernent « les choses publiques »¹⁰⁴⁰. Pourtant, elle se justifierait parfois là où existe un risque d'excès,

¹⁰³⁷ Arrêt « *Danone* » ou « *Chevassus-Marche* » : Com. 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *Bull. Civ. IV*, n° 277, *RTD Civ.* 1999, p. 98, obs. J. MESTRE, *Ibid.* p. 646, note P.-Y. GAUTIER, *Defrénois* 1999, p. 371, obs. D. MAZEAUD, *JCP G* 1999, p. 2151, note Y. PICOD, *Ibid.*, I, n° 143, n° 6, obs. Ch. Jamin, *CCC* 1999, comm. 56, obs. M. Malaurie-Vignal.

¹⁰³⁸ Pour un renforcement de la motivation dans les arrêts : A.-A. HYDE, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat. Contribution à la théorie de l'obligation*, préf. M. Fabre-Magnan, IRJS, t. 66, 2015, n° 713 et s. : l'auteur reconnaît la nécessité d'une motivation « renforcée » des arrêts afin de lutter contre les accusations de « subjectivisme ou de gouvernement des juges », ce qui lui permettra de « reconquérir sa légitimité ». Voir aussi : J. NORMAND, « Le domaine du principe de motivation », in *La motivation*, *Trav. Ass. H. Capitain*, LGDJ, t. 3, 1998, p. 17 et s. M. Zenati-castaing indique que la motivation est un aspect naturel de la fonction de juger. Il énonce par exemple que « cette finalité fait de la motivation une nécessité inhérente à l'art de juger qui explique que sa pratique soit apparue historiquement avant même que l'Etat ne l'imposât comme une garantie au profit des plaideurs » : *La jurisprudence*, *op. cit.*, p. 198. La motivation de la Cour de cassation fait encore l'objet d'évolutions récentes afin de remédier à la perte de confiance des justiciables : C. ARENS, Discours prononcé lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2021, disponible sur : https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Rapport%20annuel/rapport-annuel_2021.pdf

¹⁰³⁹ Sur ce point concernant par exemple la motivation du délai « raisonnable » par les juges du fond : L. NICOLAS-VULLIERME, « Le «délai raisonnable» ou la mesure du temps », *LPA* 2005, p. 3 : la Cour de cassation vérifie « si le juge s'est fondé sur des éléments de fait et de droit pour affirmer que le délai était en l'espèce raisonnable ou non raisonnable ».

¹⁰⁴⁰ X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques » in *La motivation*, *op. cit.*, p. 73 et s., spéc. p. 74.

de déséquilibre, d'abus. Le Code civil prévoit depuis 2016 une obligation de motivation dans certains mécanismes qui concernent, notamment, la résolution du contrat¹⁰⁴¹. Cette innovation démontre à quel point l'unilatéralisme de ces dispositifs est limité par l'agissement opportuniste des créanciers¹⁰⁴². Cette obligation de motivation existe aussi de manière spéciale dans certains types de contrats : l'employeur doit énoncer les motifs de licenciement dans la notification faite au salarié¹⁰⁴³, la rupture du bail d'habitation doit s'accompagner des motifs à l'origine de la rupture¹⁰⁴⁴. Le montant du prix dans les contrats de prestation de service par le créancier doit être motivé en cas de contestation¹⁰⁴⁵. Le législateur prévoit aussi cette motivation pour le contrat d'intérêt commun, ce qui incite souvent les intermédiaires à se voir reconnaître ce statut protecteur. Les juges sont très sensibles aux circonstances qui ont conduit à la rupture du contrat de concession. Ils reconnaissent parfois l'existence d'un abus du droit de rompre à l'égard du concédant qui n'aurait pas offert de « raison valable » à la cessation du contrat de distribution¹⁰⁴⁶. Si la motivation se multiplie législativement et jurisprudentiellement, elle n'est pas un principe général lors de l'application d'une prérogative unilatérale. Pourtant, sa généralisation comporterait d'indéniables vertus.

304. Vertu prophylactique de l'obligation de motivation : la révélation des circonstances à l'origine de l'application des prérogatives contractuelles. L'une des vertus de la motivation se manifeste par le frein qu'elle représenterait aux éventuels comportements opportunistes des créanciers en leur obligeant d'énoncer les circonstances qui justifieraient l'application de leur prérogative. Comme l'affirme M. Revet, « tout développement de la motivation réduit l'espace de souveraineté du sujet »¹⁰⁴⁷. La motivation n'est donc pas un gage certain contre l'abus, mais elle en freine à tout le moins la commission. En outre, elle est cohérente avec le mouvement de régulation des comportements contractuels. Cette motivation inciterait le créancier à être plus regardant sur les conséquences néfastes que pourraient avoir l'application de la prérogative sur la situation du débiteur. Néanmoins, afin d'éviter tous risques d'appréciation trop permissive de la paralysie des prérogatives, cette motivation aurait une vertu bénéfique à l'égard du pouvoir judiciaire.

305. Vertu pédagogique de l'obligation de motivation : la connaissance des circonstances à l'origine de la paralysie des droits. Cette obligation aurait aussi un intérêt

¹⁰⁴¹ L'art. 1226 al. 3 C. civ. prévoit aujourd'hui concernant la résolution unilatérale que « lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent ».

¹⁰⁴² Sur ce point : P. DUPICHOT, « User des prérogatives contractuelles », art. préc.

¹⁰⁴³ Art. L. 122-14-2 et L. 122-14-3 C. civ. : Selon ce dernier article, le juge peut apprécier « le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur ».

¹⁰⁴⁴ Art. 15 de la loi 89-462 du 6 juillet 1989. L'augmentation du prix du bail supérieure à la variation de l'indice national trimestriel du coût de la construction doit être motivée par des circonstances particulières comme la modification des facteurs locaux de commercialité comme le prévoit l'art. 23-6 n° 53-960 du 30 septembre 1953 relatif aux baux commerciaux.

¹⁰⁴⁵ Art. 1165 C. civ.

¹⁰⁴⁶ Com. 6 janv. 1998, n° 95-78.795, inédit.

¹⁰⁴⁷ Th. REVET, « L'obligation de motiver (...), art. préc.

pour contrecarrer efficacement le pouvoir judiciaire. L'appréciation de la motivation contraindrait le juge à révéler les circonstances susceptibles de paralyser l'application d'un droit subjectif¹⁰⁴⁸. Cette transparence dans l'appréciation des circonstances autoriserait la doctrine à ériger une casuistique du contentieux dans son sens primaire : à savoir la possibilité de dégager des « cas » de circonstances dans lesquelles la revendication d'un droit est illégitime. En l'état du contentieux sur la question, il apparaît que les juges sont sensibles aux circonstances, souvent extrajuridiques et de différentes natures, qui concernent le débiteur. La motivation aurait pour effet de révéler ces décisions particulières et d'offrir la possibilité de s'interroger sur la légitimité de ce mouvement spécifique du droit des contrats. La légitimité de l'office du juge en dépend¹⁰⁴⁹. L'impulsion par l'épanouissement du contrôle de proportionnalité plaide aussi en faveur d'une obligation de motivation, dont le corollaire nécessaire est un étoffement des arguments des juridictions. En effet, un mouvement cohérent voudrait que les juges, en appréciant la valeur des motifs évoqués par les contractants¹⁰⁵⁰, relatent expressément les raisons et critères qui orientent leurs décisions. Cette évolution rapprocherait la méthode de motivation française de celle adoptée par la CEDH¹⁰⁵¹. Si de nombreux aspects des décisions de la Cour peuvent être critiqués¹⁰⁵², des enseignements seraient parfois bons à prendre, ou du moins à envisager. Le renforcement de la motivation aurait l'avantage d'afficher toutes les circonstances particulières, souvent extra juridiques, qui sont à l'œuvre dans le raisonnement judiciaire¹⁰⁵³. Ce renforcement de la motivation ne s'accompagnerait pas nécessairement d'un changement de nature du rôle de la Cour de cassation comme certains auteurs le décrient¹⁰⁵⁴. La Cour de cassation peut se contenter d'apprécier la motivation des juridictions du fond, sans elle-même

¹⁰⁴⁸ Sur la problématique de l'étendue des motifs que le juge peut intégrer dans la construction de sa décision : R. LEGROS, « Considérations sur les motifs », in *La motivation (...), op. cit.*, p. 7 et s. : l'auteur se pose la question de la « nature du motif ». Cette réponse « n'est pas claire » et ne fait l'objet d'études précises. Plus précisément sur l'argument de la motivation renforcée en matière d'exercice des pouvoirs unilatéraux : J. HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », art. préc.

¹⁰⁴⁹ Les critiques à l'encontre de l'équité « subjective » se retrouvent ici. À côté de l'arbitraire, l'absence de formulation des éléments à l'origine des décisions ne permettent pas de créer des « normes de portée générale » : C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Dalloz, 36^e éd., 2022, spéc. n° 559.

¹⁰⁵⁰ L'administration d'une bonne justice passe par l'exposé des différents arguments et points de vue qui ont amenés à la prise de décision. Cette confrontation d'idées permet de mener à « un compromis, de tempérer la conclusion à laquelle la majorité se range en fin de compte » : L. HUSSON, « Les trois dimensions », in *La motivation (...), op. cit.*, p. 69 et s., spéc. p. 79.

¹⁰⁵¹ Sur les différentes fonctions de la motivation de la CEDH : A. SCHAHMANECHE, th. préc. L'auteure évoque plusieurs fonctions principales, dont la « légitimation » et la « persuasion ».

¹⁰⁵² *Supra* n° 275 et 275 pour les principales.

¹⁰⁵³ Sur cette constatation à l'égard des décisions de la CEDH : A. SCHAHMANECHE, *Ibid.*, spéc. n° 750 : « la manière dont le juge décide de rédiger ses décisions joue toutefois un rôle déterminant dans l'expression ou, au contraire, dans la négation des influences extra-juridiques ayant précisément pesé sur sa décision » ; dans le même sens : P. DEUMIER, « La pédagogie selon la Cour de Cassation : anti-pédagogie dans les arrêts, pédagogie hors les arrêts », in *La pédagogie au service du droit*, LGDJ, 2011, p. 403 et s.. L'auteur répertorie les différents supports de communication de la Cour de cassation en indiquant que « les arrêts ne sont pas tous le pur produit de l'application d'une technique formelle de cassation. Certains procèdent de choix, d'évaluations, de pesées, de politiques juridiques, d'évolutions, de revirements, d'influences ».

¹⁰⁵⁴ F. ZENATI, *La jurisprudence, op. cit.*, spéc. p. 200-206.

s'immiscer plus que de raison dans cette voie. C'est d'ailleurs ce qu'elle se contente de faire dans la majorité des arrêts¹⁰⁵⁵.

306. Difficultés de la reconnaissance de l'obligation de motivation par la justification permanente de l'exercice d'un droit en comparaison des circonstances du contrat. Contrôler l'application des prérogatives unilatérales sur le fondement de la bonne foi, de l'abus de droit voire sur celui de la proportionnalité permet d'évincer les excès les plus criants quand les circonstances le justifient. Reconnaître une obligation de motivation chaque fois qu'un droit subjectif est mis en œuvre relève d'un autre esprit : le contrôle de l'exercice n'est plus limité par des exceptions. L'appréciation de cette application devient en réalité la règle, ce qui conduit à une limitation d'autant plus drastique de l'exercice de ces droits. Néanmoins, cette motivation serait envisageable exclusivement à l'égard de ces fameuses prérogatives unilatérales. L'exécution d'une obligation n'a pas à être motivée puisque, dans le cas contraire, c'est toute la conception du contrat qui en serait irrémédiablement compromis. Après avoir développé les principales caractéristiques du contentieux des prérogatives unilatérales face aux circonstances particulières dans lesquelles se trouve un débiteur, il est nécessaire de s'attarder plus longuement sur la jurisprudence qui illustre ce mouvement spécifique de ce contentieux.

Paragraphe 2. Illustrations jurisprudentielles de l'inapplication des prérogatives contractuelles

307. Tentative de typologie des circonstances particulières. Une classification des circonstances qui ont un effet sur les prérogatives contractuelles est nécessaire. Ces différentes natures de circonstances particulières n'ont pas d'effets différents suivant leurs caractéristiques propres. Des circonstances économiques particulières, voire exceptionnelles, ont le même effet que des circonstances familiales délicates. Cet ordonnancement a pour but de montrer que le juge conçoit une diversité de circonstances de plus en plus nombreuses qui sont capables de restreindre la possibilité pour le créancier de se saisir valablement de prérogatives contractuelles. Cette appréciation « contextuelle » se rapproche de la méthode de raisonnement adoptée par la CEDH, qui, elle aussi, se concentre particulièrement sur « la réalité factuelle existante »¹⁰⁵⁶. Elle fait montre d'une attention plus importante des « considérations humanitaires » qui innervent de plus en plus le droit des contrats¹⁰⁵⁷. Cette influence est plus prégnante pour certains contrats, comme le contrat de travail. Néanmoins, cette tendance se constate à l'égard de contrats qui ne comprennent pas, de manière « structurelle », un dispositif légal prenant acte de l'inégalité des parties contractantes.

¹⁰⁵⁵ F. ZENATI, *Ibid.*, p. 207 : « Les procédés de continence réglementaire sont variés. Le plus radical consiste à réduire la difficulté à une question de fait et à s'incliner devant l'appréciation des juges du fond ».

¹⁰⁵⁶ P. MUZNY, th. préc., p. 511.

¹⁰⁵⁷ Sur ce constat : A. SCHAHMANECHE, th. préc., spéc. n° 828 et n° 831.

308. Plan. De nombreuses circonstances sont à l'œuvre : la santé du contractant (A), les circonstances économiques (B), les circonstances familiales (C) ou parfois religieuses (D) sont concernées. Elles font l'objet d'une attention particulière lorsqu'elles mettent en lumière que l'application de la prérogative contractuelle aurait des conséquences désastreuses sur la situation du débiteur.

A. L'influence de la santé du contractant

309. Le contractant qui se prévaut du contrat quand il sait que son co-contractant peut difficilement l'exécuter du fait de sa situation personnelle méconnaîtrait le principe de bonne foi. La santé du co-contractant se manifeste habituellement comme la source d'une adaptation du contrat. L'illustration topique nous est offerte par le droit du travail. L'employeur se trouve dans l'obligation d'adapter l'emploi du salarié lorsque sa santé l'empêche d'exécuter sa fonction, comme le prévoit son obligation de reclassement¹⁰⁵⁸. Ce n'est que plus rarement que la situation individuelle et particulière d'un contractant peut influencer la légitimité du comportement adopté par l'employeur. Il est de plus en plus délicat de faire fi de la situation individuelle du salarié alors qu'elle ne devrait, normalement, n'avoir aucune emprise, d'autant plus face à l'intérêt de l'entreprise qui doit être respecté¹⁰⁵⁹. Si la question se pose avec insistance à l'égard du droit du travail, elle ne devrait, normalement, n'avoir aucune prise sur les autres contrats nommés. En effet, cette influence semble plus rare, bien qu'elle se rencontre parfois à l'occasion de certains contentieux.

310. Exemple du contrat viager. La première chambre civile a admis que le créancier qui souhaitait se prévaloir d'une clause de conversion d'une rente en obligation de soins applicable à tout moment pourrait se rendre coupable d'un abus de droit en usant de la clause résolutoire lorsque son débiteur se retrouve dans de grandes difficultés pour assurer cette obligation¹⁰⁶⁰. Ce changement de circonstances qui ne dit pas son nom¹⁰⁶¹ limite la possibilité d'user de cette prérogative unilatérale octroyée pourtant par le contrat. Cette solution se comprend. La conversion de l'obligation en une prestation en nature pourrait se confronter à l'incapacité physique du débiteur si sa santé ne lui permet pas d'assurer correctement cette obligation. Dans cette situation, l'intérêt du débiteur prend le pas sur celui du créancier. Afin

¹⁰⁵⁸ Obligation prévue par l'art. L. 1226-10 C. trav. Sur cette question de l'influence de la santé du contractant sur le contrat : C. LEQUILLERIER, *La santé du cocontractant*, préf. A. Laude, PUAM, 2015.

¹⁰⁵⁹ Sur cette idée : F. VASSEUR-LAMBRY, « La bonne foi dans les relations individuelles de travail », *LPA* 2000, p. 4.

¹⁰⁶⁰ En l'espèce, la débiteur épouse était devenue handicapé à la suite d'un accident, ce qui rendait la prestation de soins du fait de la conversion particulièrement lourde pour la débiteur ainsi que pour son époux : Civ. 1^{ère}, 7 fév. 2006, n°03-15.094, inédit, *RTD Civ.* 2006, p. 763, obs. J. MESTRE, B. FAGES, *D.* 2006, p. 1796, note A. PENNEAU.

¹⁰⁶¹ M. Ancel prend un exemple de Cicéron pour illustrer l'existence de la théorie de l'imprévision en droit romain. Le philosophe admettait qu'un individu qui devait assumer le devoir d'aider un ami pouvait s'en défaire lorsque « son fils tombait malade et qu'il avait le devoir plus grand de rester auprès de lui » : P. ANCEL, « Imprévision » in *Rép. Dr. Civ.*, 2017.

d'éviter que le premier ne se rende coupable d'une inexécution de son obligation qui pourrait avoir des conséquences désastreuses sur le lien contractuel, comme conduire à la résolution du viager, les juges préfèrent pour un temps paralyser le jeu de l'obligation de conversion en sapant l'intérêt du créancier.

Néanmoins, l'intérêt de ce dernier a nécessairement joué dans le sens de la décision des juges. Si cette conversion était indispensable pour le créancier, il est à parier que cette décision aurait été différente. L'enjeu n'est pas tellement de connaître l'intérêt à privilégier selon les circonstances. L'originalité d'une telle solution est de dévoiler un raisonnement judiciaire qui ne se contente plus d'exciper des termes fermes du contrat pour trancher un litige. Lorsque les circonstances le justifient, la paralysie de la prérogative unilatérale se veut la réponse adéquate à la protection de l'intérêt du débiteur qui subirait dans le cas contraire des conséquences disproportionnées. Cette protection est accordée au regard d'un seul faisceau de circonstances. À noter que la solution est antérieure à la décision *les Maréchaux* et risquerait d'être différente si l'on considère qu'une clause de conversion de la nature d'une obligation appartient à la « substance des droits et obligations » comme il semble être le cas¹⁰⁶². Plus récemment, la Cour de cassation rappelle son pouvoir d'interprétation par les juges du fond des clauses résolutoires contenues notamment dans les contrats viagers. Cette clause, qui « permet de soustraire la résolution d'une convention à l'appréciation judiciaire, doit être exprimée de manière non équivoque, faute de quoi les juges recouvrent leur pouvoir d'appréciation ». La décision affirmant que le contrat de rente viagère ne laissait « aucune possibilité d'appréciation au juge, même pour des raisons d'équité »¹⁰⁶³, alors qu'il n'offrait pas la possibilité de reconnaître la résolution du viager de plein droit, doit être remise en cause. Finalement, les juges du fond ont toujours la possibilité de contrôler l'application des clauses résolutoires et d'utiliser leur pouvoir d'appréciation afin de la refuser si la rédaction de la clause ne le réfute pas de manière claire et précise. Finalement, ces circonstances pourraient être prises en compte, toujours de manière implicite, dans l'interprétation de la clause litigieuse. Du reste, l'influence des circonstances économiques offre encore l'occasion d'évoquer cette problématique.

¹⁰⁶² Cette distinction est très délicate. Il existerait des doutes sur sa légitimité. En effet, c'est seulement l'utilisation d'un droit qui est reprochée, non pas le contenu des droits et obligations. Dans ce sens : O. DESHAYES, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *RDC* 2010, p. 726 : « en réalité, l'abus existe dès lors qu'un contractant *invoque déloyalement un contrat*, peu important qu'il se réfugie derrière une clause lui conférant un pouvoir, ou bien derrière une clause fixant les limites des obligations ou des droits qui sont les siens ». Même sens : D. GALBOIS-LEHALLE, th. préc., n° 760, p. 444. La conservation de la solution est aussi à vérifier à l'aune de la réforme du droit des obligations de 2016 qui a renforcé considérablement l'importance de la bonne foi. Sur cet argument : D. HOUTCIEFF, « L'exigence de bonne foi dans l'exercice des prérogatives contractuelles », *RDC* 2017, p. 42.

¹⁰⁶³ Civ. 3^e, 7 sept. 2022, n° 21-16.437, inédit.

B. L'influence des circonstances économiques

311. Plan. La considération des circonstances économiques est plus récurrente dans le contentieux du contrat de bail souvent considéré comme un contrat vital pour le débiteur (a). Pour d'autres contrats moins empreints de ces considérations, cette influence est moins évidente. Elle est tout de même présente pour des contrats que l'on penserait éloignés de ce genre de considérations, tel que le contrat de cautionnement (b). *A contrario*, ces circonstances économiques justifient parfois l'application d'une prérogative unilatérale alors qu'elle aurait été illégitime dans des circonstances « normales ».

a. Illustration avec le contentieux du contrat de bail

312. Plan. Les juges de la Cour de cassation ont pu reconnaître sur le fondement de la bonne foi des restrictions à l'application de prérogatives, comme les clauses résolutoires en présence de circonstances économiques particulières. On en saurait pourtant admettre un principe général, la jurisprudence étant sur ce point très fluctuante. Ainsi, cette limitation est souvent implicite et exceptionnelle (1). Elle est renforcée par le refus habituel de reconnaître des devoirs particuliers à l'endroit du contractant lorsque son partenaire rencontre des difficultés économiques (2).

1. Admission implicite d'une paralysie des prérogatives unilatérales en raison des circonstances économiques du débiteur

313. Limitation de l'application de prérogatives mettant fin de manière anticipée au contrat. Certaines décisions semblent limiter l'application d'une sanction contractuelle, telle qu'une clause résolutoire, face aux difficultés économiques rencontrées par le locataire. Sur ce point, l'article 1345-5 du Code civil limite l'application des sanctions prévues en cas d'inexécution. Les juges reconnaissent parfois à l'occasion que « la clause résolutoire ne joue pas, si le locataire se libère dans les conditions fixées par le juge »¹⁰⁶⁴. Un même esprit irrigue l'application du devoir de bonne foi : c'est pour sanctionner le comportement déloyal du créancier que les juges contrôlent l'application de cette prérogative contractuelle¹⁰⁶⁵. C'est ainsi que l'inertie du créancier est régulièrement invoquée pour le désavouer¹⁰⁶⁶, ou au contraire, une

¹⁰⁶⁴ CA Paris, 20 oct. 2021, n° 21/01806.

¹⁰⁶⁵ Cette déloyauté se manifeste parfois par des manœuvres ou une intention déloyale : c'est le cas lorsque le bailleur souhaite provoquer le départ anticipé de son preneur pour échapper à son obligation de lui verser une indemnité : Civ. 3^e, 31 mars 1992, n° 90-20.544.

¹⁰⁶⁶ Civ. 3^e, 8 juill. 2021, n° 20-10803, *LEDC*, p. 4, obs. M. LATINA. Le tuteur d'une personne réclamait l'application d'une clause résolutoire pour absence de paiement de rentes au titre d'un appartement vendu en viager. Or, c'était l'absence de communication du tuteur qui était en grande partie responsable de la situation, faute, entre autres, d'avoir transmis les données bancaires de la créditrentière en temps voulu. La Cour de cassation censure la décision en reprochant à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si « la clause résolutoire n'avait pas été mise en œuvre de mauvaise foi par le tuteur ». Même sens : Civ. 3^e, 5 nov. 2015, n° 14-11.024, inédit : le bailleur s'étant abstenu de réclamer le paiement des charges, son comportement doit être jugé à l'aune du principe de bonne foi.

trop grande sévérité face à l'ampleur de l'inexécution commise par le cocontractant¹⁰⁶⁷. Ce n'est que plus rarement que la situation économique du cocontractant représente une donnée qui restreint l'application des sanctions de l'inexécution, particulièrement des clauses de résolution et de résiliation du contrat.

314. Limitation de l'exécution forcée en présence d'un changement de circonstances économiques qui modifie l'économie générale du contrat. Une décision très remarquée de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 29 juin 2010¹⁰⁶⁸ reconnut que les juges du fond devaient vérifier si « l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation des coûts des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet (...) de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit (...) », rendant sérieusement contestable le cas échéant la réclamation par le créancier de l'exécution forcée de l'obligation de la société débitrice devant le juge des référés. En teintant sa décision d'absence de cause, la Cour de cassation limite en réalité la possibilité pour le créancier d'une obligation de réclamer son exécution lorsqu'un changement de circonstances rendrait son exécution trop exigeante pour le débiteur. Cet arrêt, non publié au Bulletin¹⁰⁶⁹, qui aurait d'autant plus sa place dans un développement sur l'imprévision ou la force majeure, est remarquable d'audace. En effet, le fondement retenu permet de se soustraire des conditions d'application de la force majeure, souvent appréciées par les juges avec une particulière sévérité¹⁰⁷⁰. Les auteurs commentant l'arrêt ont identifié les effets d'une imprévision à l'origine de l'anéantissement de la cause entendue comme la vérification de l'existence de la contrepartie du contrat en cours d'exécution. La normativité de cette décision n'est plus aussi pertinente qu'avant la création du mécanisme d'imprévision inséré à l'article 1195 du Code civil. Néanmoins, elle évoque l'existence d'une sensibilité judiciaire à l'égard du changement de circonstances, économiques en l'occurrence, qui frappe soudainement le contractant, ainsi que la diversité des fondements invoqués afin de réguler le comportement du créancier qui réclame l'exécution de son obligation. Cette décision est d'autant plus

¹⁰⁶⁷ Ce qui peut paraître étonnant formulé ainsi, car les règles applicables à l'inexécution du contrat ne distinguent pas selon la gravité de l'inexécution commise, quoi que la réforme du droit des contrats du 10 février 2016 s'oriente vers cette appréciation concernant l'exécution forcée. L'art. 1221 C. civ. dans sa version issue de l'ordonnance du 20 avril 2018 refuse désormais cette sanction contractuelle lorsqu'il existerait une « disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ». Même si l'esprit s'en rapproche, la problématique est un peu différente. Le législateur opère un tri entre les sanctions contractuelles, tandis que l'application de la sanction serait illégitime en présence d'une inexécution sans conséquences pour le créancier. Par exemple : Civ. 3^e, 25 octobre 2018, n° 17-17.384 : le bailleur souhaitait appliquer une clause résolutoire car son locataire n'avait pas, dans le délai légal imparti, communiquer l'attestation de souscription à une assurance locative. En réalité, le locataire était bien assuré mais ce dernier avait communiqué le justificatif d'assurance quelques jours après le délai. La Cour de cassation reprocha à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si la clause résolutoire avait été mise en œuvre « de bonne ou de mauvaise foi ».

¹⁰⁶⁸ Com. 29 juin 2010, n° 09-67.369, *RTD Civ.* 2010, p. 782, obs. B. FAGES, *D.* 2010, p. 2485, comm. T. GENICON, *Ibid.*, p. 2481, comm. D. MAZEAUD.

¹⁰⁶⁹ Sur la problématique de la portée exacte de cet arrêt non-publié au Bulletin : P. DEUMIER, « Un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence », *RTD Civ.* 2011, p. 87.

¹⁰⁷⁰ Sur cette remarque : *infra* n° 402.

surprenante qu'elle fait fi de la distinction entre les prérogatives et la substance des droits et obligations. L'exécution forcée de l'obligation se rattache habituellement au cœur de la créance et non à l'existence d'une prérogative¹⁰⁷¹, remettant en cause la force de la distinction dégagée par la décision *les Maréchaux*¹⁰⁷².

315. L'analyse des effets indirects de l'application des prérogatives contractuelles. La jurisprudence montre que, même en présence de toutes les conditions dans l'application d'une prérogative contractuelle, le juge est parfois loin de s'en contenter. Des circonstances économiques déstabilisant gravement la situation d'un débiteur prennent parfois le pas sur la volonté du créancier. M. Genicon remarque dans cet esprit que la clause résolutoire comporte une sorte de mécanisme « d'auto-limitation » dont l'impulsion est donnée par des « impératifs extérieurs au plein accomplissement du projet contractuel »¹⁰⁷³, évoquant ainsi le pouvoir « modérateur qui est parfois reconnu au juge en matière contractuelle »¹⁰⁷⁴.

Comme pour le contrôle de proportionnalité *in concreto*, l'analyse des conséquences de l'application d'une norme sur un intérêt particulier invite à prendre en compte les circonstances du contrat. *Il ne s'agit plus de sanctionner le comportement du créancier de la prérogative à l'origine d'une situation déloyale, mais de limiter l'application d'un droit pour préserver un intérêt jugé, dans des circonstances particulières, comme méritant une protection par la limitation du droit subjectif qui s'incarne dans la prérogative contractuelle.* C'est le cas notamment lorsque le contrat est indispensable à la survie économique, voire sociale, du débiteur. Les contrats les plus sensibles, tels que le contrat de bail d'habitation ou commercial, ou, plus généralement, les contrats que M. Cabrillac qualifie de « situations »¹⁰⁷⁵, ou que les juristes américains nomment contrat « relationnel »¹⁰⁷⁶, font l'objet d'une attention particulière. Pour certains contrats, les conséquences de leur disparition seront appréciées avec plus d'attention par les juges. Ces situations qui révèlent des circonstances économiques et familiales particulières ne sont pas incluses dans le projet contractuel ou l'économie du contrat. Elles sont tout de même observées par le juge afin de juger de l'opportunité de la résolution. L'intérêt pris en considération dépasse celui compris comme la satisfaction de l'intérêt atteint par la réalisation du projet contractuel. Comme pour le contrôle de proportionnalité, cette étude des conséquences de l'application d'un droit subjectif telle que la résolution déborde

¹⁰⁷¹ *Contra* : R. JABBOUR, th. préc., n° 427, p. 341 : la contrainte représentée par l'exécution forcée se rapporte plus à la prérogative qu'à la substance des droits. En effet, « l'exercice du droit de poursuite du créancier est un pouvoir unilatéral, susceptible de faire l'objet d'un contrôle sur le fondement de la bonne foi ».

¹⁰⁷² Pour les références de cette décision : *infra* n° 255.

¹⁰⁷³ T. GENICON, th. préc., n° 506, p. 360 : « l'interprète ne doit jamais perdre de vue à quel point le juge fait intervenir dans sa délibération les effets propres de la destruction du contrat comme les effets indirects qui y sont liés » (n° 504, p. 358).

¹⁰⁷⁴ T. GENICON, *Ibid.*, n° 506, p. 360.

¹⁰⁷⁵ M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mél. G. Marty*, Univ. Sc. Soc., 1978, p. 235 et s.

¹⁰⁷⁶ Pour une présentation générale : C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, préf. M. Fabre-Magnan, PUAM, 2005.

l'appréciation de l'opération contractuelle. Cette « mansuétude »¹⁰⁷⁷ du juge à l'égard de débiteurs pourtant défaillants est la cristallisation la plus criante de l'influence de l'équité, qui est, malgré qu'on en ait, toujours prégnante en droit des contrats.

316. Circonstances économiques : cause de l'inexécution ou limite à la résolution ? Afin de saisir plus précisément les contours de la paralysie d'une prérogative autorisant la fin de la relation contractuelle en cas de situation économique difficile du débiteur, deux situations doivent être distinguées.

Dans une première situation, les circonstances économiques rencontrées par le débiteur sont la source et la cause de la défaillance contractuelle. Ces circonstances aboutiraient à une sorte de force majeure, ce qui limiterait la fin anticipée du contrat bien que l'inexécution soit caractérisée. Ces circonstances se présenteraient alors comme une sorte « d'excuse contractuelle » à l'inexécution.

Dans une seconde hypothèse, la situation du débiteur n'a pas provoqué l'inexécution du contrat, mais l'application de la résolution aurait des conséquences économiques désastreuses sur la situation déjà fragile du débiteur, le maintien du contrat lui étant d'autant plus vital. À l'image de l'approche dite « conséquentialiste »¹⁰⁷⁸ de la CEDH, le juge français adopterait ce genre de raisonnement en restreignant l'application d'une prérogative contractuelle lorsqu'elle aurait des conséquences économiques désastreuses pour le débiteur. Un auteur reconnaît à ce propos que les juges étudient le « sort malheureux du débiteur » qui est « une considération de première importance »¹⁰⁷⁹ et qui l'inciterait à protéger l'intérêt du débiteur au détriment de celui du créancier. À propos des contrats de situation, l'auteur poursuit en affirmant que le but n'est pas de créer une nouvelle catégorie juridique de contrats, mais « de rendre compte de ce que dans certaines situations, à *raison de circonstances exceptionnelles*, le juge peut se montrer sensible aux conséquences particulièrement graves que pourrait avoir la disparition du contrat sur la personne du débiteur ou de son entourage »¹⁰⁸⁰.

Les mêmes remarques peuvent être formulées de manière plus tranchée à l'égard d'une décision concernant les difficultés d'exécution que rencontrait un agent commercial. Les juges de la Cour de cassation ont considéré que manquait « à son obligation de loyauté et à son devoir de mettre son cocontractant en mesure d'exécuter son mandat, le mandant qui, informé des difficultés de son agent commercial, ne prend pas des mesures concrètes pour permettre à celui-ci de pratiquer des prix concurrentiels (...) »¹⁰⁸¹. Bien que le contentieux ne concerne pas la limitation d'une prérogative unilatérale, mais la reconnaissance d'une obligation particulière de

¹⁰⁷⁷ T. GENICON, *Ibid.*, n° 519, p. 369.

¹⁰⁷⁸ Sur cette approche : A. SCHAHMANECHE, th. préc., spéc. n° 806, p. 649.

¹⁰⁷⁹ T. GENICON, *Ibid.*, n° 511, p. 363.

¹⁰⁸⁰ T. GENICON, th. préc., n° 519, p. 369 (nous soulignons).

¹⁰⁸¹ Com. 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *Defrénois*, p. 371, obs. D. MAZEAUD.

renégociation en présence de circonstances particulières, il montre que des difficultés économiques sévères pouvant conduire à la ruine du contractant sont des éléments dont les juges font grand cas. M. Mazeaud remarque à l'appui de la solution que « le principe de la force obligatoire du contrat perd de sa légitimité lorsque son application mécanique conduit un des contractants au désastre économique ou à la détresse sociale ». Finalement, les arguments dits « conséquentialistes » ne sont pas seulement l'apanage des juridictions européennes.

317. Distinction jurisprudentielle inexistante entre ces deux hypothèses de circonstances. Les juridictions ne semblent pas faire la distinction et font preuve d'indulgence face à des débiteurs qui subissent des circonstances économiques défavorables, que ces circonstances soient la cause directe de l'inexécution ou qu'elles freinent les juges dans la résolution du contrat afin de ne pas compromettre la stabilité financière, économique, voire familiale du débiteur. Le contrat de bail est au rang des contrats dont l'appréciation des circonstances de la résolution est des plus évocateurs.

318. Conséquences de la résolution du bail sur la situation économique du débiteur. Le contrat de bail, commercial ou d'habitation, est un exemple topique de l'attractivité des droits individuels du citoyen qui ont tendance à rendre poreux les frontières entre l'acte juridique et la situation sociale du preneur et ainsi, d'ébranler la logique contractuelle¹⁰⁸². De manière plus insidieuse, la situation financière fragile du débiteur est parfois un frein à la résolution ou résiliation du contrat même en présence d'une inexécution du locataire. Cette inexécution se manifeste généralement par l'absence de paiement des loyers. Les juges du fond ne se contentent pas de relever des circonstances économiques particulières. Ils mettent un point d'honneur à préciser en contrepartie la bonne foi du locataire qui souhaiterait obtenir la paralysie pour un temps de la clause de résiliation ou de résolution inscrite dans son contrat. C'est ainsi que les juges soulignent les efforts des preneurs « malgré un contexte économique difficile » à régler leurs loyers, la perspective d'une sortie de crise impliquant l'octroi de délais pour apurer leurs dettes locatives, suspendant ainsi les effets de la clause résolutoire¹⁰⁸³. Une décision du 12 janvier 2022 prise sur fond de crise sanitaire admit dans une décision que le défaut de paiement de la somme réclamée « n'était pas nécessairement fautif » et qu'elle serait même justifiée par

¹⁰⁸² Les décisions qui n'autorisent pas le bailleur à insérer des clauses qui empêchent le preneur de loger ses proches sont des exemples caractéristiques de cette influence des droits fondamentaux sur le contrat : Civ. 3^e, 22 mars 2006, n° 04-19.349, *AJDI* 2006, p. 637, obs. Y. ROUQUET ; *RTD Civ.* 2006, p. 722, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *RDC* 2006, p. 1149, note J.-B. SEUBE. Confirmation de la décision Civ. 3^e, 6 mars 1996, *Bull. civ. III*, n° 60, *RTD Civ.* 1996, p. 897, obs. J. MESTRE, *JCP G* 1996, p. 3958 obs. Ch. JAMIN. Sur les conflits que font naître l'articulation des droits fondamentaux et le droit des contrats : J. ROCHFELD, « Contrat et libertés fondamentales », *RDC* 2003, p. 17 : l'auteur parle de « contamination » par les droits de l'homme qui dénoterait un « abandon de la conception libérale du contrat ». Cette démarche oblige à une appréciation « *au cas d'espèce, au vu des circonstances particulières, puis à la pondération conjoncturelle des intérêts en présence* ». Ce mouvement n'est pas sans influence sur la sécurité juridique selon l'auteur, affirmation qui doit tout de même être relativisée selon elle car l'utilisation des notions comme l'ordre public n'en sont pas plus prévisibles (nous soulignons).

¹⁰⁸³ CA Aix-en-Provence, 27 mai 2021, n° 20/06060.

le contrat de bail admettant un défaut de paiement en cas de « circonstances exceptionnelles et graves ». Ces circonstances exceptionnelles sont caractérisées du fait de la pandémie « par sa nature et sa résonnance mondiale » interdisant l'occupation des lieux loués par l'interdiction administrative des commerces jugés « non-essentiels ». Les juges ne s'arrêtent pas là, puisqu'ils constatent qu'en contrepartie, les bailleurs n'ont pas fait « nécessairement et à l'évidence invoqué de bonne foi la mise en jeu de la clause résolutoire ». Ce courant jurisprudentiel concernant la crise du covid-19 est à étudier avec un recul suffisant. Sa généralisation à d'autres circonstances, tout autant exceptionnelles du point de vue de l'individu, mais moins spectaculaires à l'échelle de la société, fait douter de sa pertinence.

319. Limites à l'influence des circonstances économiques sur la paralysie des prérogatives unilatérales insérées dans un contrat de bail. Pour autant, comme le voudrait une logique tenant à la balance des intérêts en présence, les juges ne se contentent pas de relever le contexte économique difficile afin de paralyser le jeu d'une clause¹⁰⁸⁴. L'intérêt du créancier est aussi apprécié, en ce que la mesure doit être utile et justifiée. Ces circonstances économiques ne doivent pas être irrémédiables, un espoir de rétablissement financier du débiteur doit exister. Les juges refusent l'octroi de ces délais lorsqu'il n'est pas établi que « la locataire serait en mesure d'apurer sa dette dans les nouveaux délais qu'elle sollicite »¹⁰⁸⁵.

2. Les efforts du créancier en raison des difficultés économiques rencontrées par son débiteur

320. Réticences à la reconnaissance d'efforts de la part du créancier en cas de circonstances économiques difficiles subies par son cocontractant. À côté de la paralysie de certains droits, le créancier doit-il faciliter l'exécution du contrat par son débiteur lorsque des circonstances viennent déstabiliser l'économie du contrat ? La Cour de cassation se refuse généralement à reconnaître une quelconque obligation de renégociation lorsqu'un débiteur rencontre des difficultés économiques et financières. La haute juridiction le rappelle régulièrement. Un arrêt du 19 juin 2019 a ainsi affirmé avec force que « l'exigence de bonne foi n'autorise pas le juge à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties »¹⁰⁸⁶. Elle reprocha à la Cour d'appel d'avoir reconnu la déloyauté du créancier faute pour ce dernier d'avoir accordé des facilités de paiement à son cocontractant qui était « au bord de l'asphyxie et tentait de redresser son activité dans un contexte économique que les deux parties qualifient de difficile ». La décision *les Maréchaux* vient régulièrement en appui du refus de reconnaître, même dans certaines circonstances particulières, un effort de la part du créancier afin de soulager la situation de son cocontractant. Pourtant, des doutes à l'encontre de la décision sont envisageables. Comme le formule M. Leveneur, il n'est pas certain

¹⁰⁸⁴ Sur le rapprochement avec le contrôle de proportionnalité : *supra* n° 281.

¹⁰⁸⁵ CA Bordeaux, 9 nov. 2010, n° 08/07666.

¹⁰⁸⁶ Com. 19 juin 2019, n° 17-29.000, inédit, CCC 2019, comm. 151, obs. L. LEVENEUR, *RTD Civ.* 2019, p. 570, obs. H. BARBIER.

que les modalités de paiement appartiennent à la catégorie du « cœur » du contrat. Cette notion est envisagée assez largement concernant ce contentieux. En effet, les juges ressentent toujours une certaine réticence à ériger des devoirs particuliers lorsque l'événement en cause est de nature économique. Cette frilosité a pour héritage la fameuse décision *Canal de Craponne* refusant de rectifier le contrat à la suite d'un changement de circonstances économiques bouleversant son économie générale.

321. Jurisprudence nébuleuse sur le refus de reconnaître une obligation de renégociation en présence de circonstances économiques difficiles. Des arrêts antérieurs, sans se référer à la décision du 10 juillet 2007, contestaient l'existence d'un devoir de renégociation faute de prouver la mauvaise foi du créancier. La victime d'un changement de circonstances économique dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 avril 2017¹⁰⁸⁷ citait à cet appui l'arrêt *Huard* du 3 novembre 1992¹⁰⁸⁸. Afin de parer à l'argument, les magistrats reconnurent que cette « obligation de renégociation » avait été mise à la charge de contractants qui, comme dans la décision *Huard*, s'étaient rendus coupables de mauvaise foi. Du constat même des magistrats, les deux situations doivent être distinguées, ce que ne font vraisemblablement pas les juges dans cette décision. L'absence de bonne foi ne peut se réduire à l'agissement de mauvaise foi.

322. Admission implicite d'un effort de la part du créancier face au débiteur subissant les effets de la crise sanitaire du Covid-19. Une inflexion s'est fait ressentir à l'occasion de la crise sanitaire. Des décisions ont évoqué le devoir de bonne foi afin d'obliger les bailleurs à des efforts à l'égard de leurs locataires subissant la fermeture de leurs établissements jugés « non-essentiels ». C'est dans un communiqué formulé à la suite d'un jugement en date du 10 juillet 2020¹⁰⁸⁹ que le tribunal judiciaire de Paris, en empruntant le style des plus grands attendus de la Cour de cassation, estima que « les contrats devant être exécutés de bonne foi selon l'article 1134 devenu 1104 du Code civil, les parties sont tenues, en cas de circonstances exceptionnelles, de vérifier si ces circonstances ne rendent pas nécessaire une adaptation des modalités d'exécution de leurs obligations respectives »¹⁰⁹⁰. Le tribunal refuse de faire droit aux prétentions du locataire qui souhaitait, pour sa part, voir « supprimer » rétroactivement les loyers et charges dues à compter de la fermeture de son restaurant¹⁰⁹¹. En l'espèce, le bailleur

¹⁰⁸⁷ CA Paris, 26 avr. 2017, n° 14/22040, *Gaz. Pal.* 2017, p. 31.

¹⁰⁸⁸ Com. 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *Bull. Civ. IV*, n° 388, *RTD Civ.* 1993, p. 124, obs. J. MESTRE, *D.* 1995, p. 85, obs. D. FERRIER, *CCC* 1993, comm. 45, note L. LEVENEUR. Dans le domaine de la distribution, les juges sont plus enclins à laisser entendre qu'une obligation de renégociation sur le fondement de l'obligation de loyauté existerait. Par exemple : Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, n° 01-15.804, *JCP E* 2004, p. 737, note O. RENARD-PAYEN, *RLDC* 2004, p. 5, note D. HOUTCIEFF, *D.* 2004, p. 1754, note D. MAZEAUD, *RTD Civ.* 2004, p. 290, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁰⁸⁹ TJ Paris, 10 juill. 2020, n° 20/04516, *Gaz. Pal.* 2020, p. 27, obs. D. HOUTCIEFF.

¹⁰⁹⁰ Communiqué TJ de Paris, 15 juill. 2020, accessible sur : <https://www.tribunal-de-paris.justice.fr/sites/default/files/2020-07/Communiqu%C3%A9%20du%2015%20juillet%202020.pdf>

¹⁰⁹¹ Arrêté du 15 mars 2020 complétant l'arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus du Covid-19.

n'avait pas méconnu son devoir de bonne foi, puisqu'il avait proposé au preneur des propositions sérieuses au rang desquelles un report de l'exigibilité des loyers à la réouverture des établissements de restauration.

323. Généralisation possible de la solution à d'autres contentieux ? Cette clémence affichée de la part des juges pour les individus dont la crise du Covid a influé gravement leurs situations se comprend par le caractère exceptionnel des circonstances. Pour autant, la particularité de cet événement ne doit pas empêcher de formuler des remarques qui seraient valables à l'avenir pour des situations similaires¹⁰⁹². D'abord, cette solution est en contradiction avec la décision précédente du 19 juin 2019¹⁰⁹³ qui lie les modalités de paiement à la substance des droits et obligations. La portée de la décision doit être nécessairement relativisée, mais elle démontre une nouvelle fois l'artificialité d'un tel dépeçage contractuel en présence de certaines circonstances telles que le Covid-19 voire, à toute proportion gardée, de la récente guerre en Ukraine. Si la nature et l'ampleur de tels événements sont rares, leurs effets ont concerné, et concerneront, un grand nombre d'accords contractuels. Demain, ne verra-t-on pas fleurir des solutions similaires envers des entrepreneurs qui subiraient une augmentation drastique de leurs coûts de production du fait de l'absence d'approvisionnement d'un bien produit sur le sol ukrainien ? La tentation d'évoquer la force majeure ou l'imprévision au lieu de se placer sur le terrain de l'exécution de bonne foi est grande¹⁰⁹⁴. Une autre explication pourrait à l'inverse permettre de conserver la distinction entre substance et prérogatives. Le communiqué du Tribunal judiciaire de Paris fait référence aux « modalités d'exécution du contrat ». Celles-ci ne seraient donc pas considérées comme la substance des droits et obligations. Là aussi, le bât blesse : il paraît difficile de soutenir que les modalités d'exécution ne soient pas contenues dans la substance des droits et obligations, d'autant plus lorsqu'on remarque avec quelle largesse la Cour de cassation apprécie la notion¹⁰⁹⁵. En outre, si la Cour de cassation souhaitait faire une référence directe aux prérogatives, elle aurait repris les termes choisis par les magistrats dans la décision les *Maréchaux* afin de ne pas obscurcir encore plus un contentieux déjà obscur.

Une dernière tentative d'explication de la décision tient à l'existence de l'article 1343-5 du Code civil qui prévoit dans un alinéa 1^{er} la possibilité pour le juge, « compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier », d'accorder des rallongements de

¹⁰⁹² Bien que M. Houtcieff ne voie pas dans cette décision une possibilité d'en tirer un enseignement plus général car elle serait trop « liée aux circonstances de l'espèce » : D. HOUTCIEFF, obs. sous TJ Paris, 10 juill. 2020, *op. cit.*

¹⁰⁹³ Com. 19 juin 2019, *op. cit.*

¹⁰⁹⁴ Le preneur dans la décision du 10 juillet 2020 n'avait pas choisi de fonder ses prétentions sur la force majeure. Les choix des fondements pertinents des avocats des parties montrent combien le visa de la bonne foi est parfois plus confortable que le choix de l'imprévision qui répond à des conditions d'application strictes et dont le bénéfice peut être écarté par une clause contractuelle ou, *a fortiori*, de la force majeure pour sensiblement les mêmes raisons.

¹⁰⁹⁵ Sur ce point, M. Jean-Baptiste Seube signale que la décision de la 3^e chambre civile du 9 décembre 2009 aurait élargi la notion de substance en l'appliquant à une clause de cession inscrite dans un contrat de bail qui ne crée *stricto sensu* aucune obligation : Civ. 3^e, 9 déc. 2009, n° 04-19.923.

délais de paiement des sommes dues. Cette autorisation légale d'adaptation autorise à concevoir une appréciation différente de cet élément du contrat. Tout comme le juge peut parfois reconnaître lui-même qu'un assouplissement de ces délais doit être accordé, le créancier en position de « force » devrait se comporter à l'image de ce que le législateur a souhaité, dans certaines circonstances particulières¹⁰⁹⁶.

324. Permissivité de la notion de bonne foi : faveur à la limitation des droits contractuels pour une diversité de changement de circonstances. Du reste, cette décision montre l'adaptabilité du devoir de bonne foi lorsque les circonstances aussi exceptionnelles que la crise du Covid-19 ou, dans le futur, la guerre en Ukraine, perturbent la situation économique d'un contractant et qui rendent difficiles l'exécution du contrat, même lorsqu'il s'agit d'obligations de paiement qui, sur le terrain de la force majeure, ne sont jamais reconnues comme étant impossible d'exécution¹⁰⁹⁷.

b. Illustration par le contrat de cautionnement

325. L'influence des circonstances économiques du débiteur sur la cessation du contrat de cautionnement. Les études consacrées à la bonne foi sous le prisme du droit des sûretés sont assez discrètes¹⁰⁹⁸. La problématique n'est pourtant pas dénuée d'intérêt puisque des arrêts rappellent que le droit commun des contrats a vocation à s'appliquer au droit des sûretés et aux garanties de manière générale. Le principe de bonne foi se révèle pertinent pour peu que l'on reconnaisse qu'il permette de trouver des solutions équilibrées entre l'intérêt des débiteurs et des créanciers¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁶ Qui ne sont pas réductibles aux circonstances économiques, l'art. 1343-5 C. civ. ne faisant pas cette précision.

¹⁰⁹⁷ Com. 16 sept. 2014, n° 13-20.306, *Bull. Civ. IV*, n° 118; D. 2014, p. 2217, note J. FRANÇOIS, *RTD Civ.* 2014, p. 890, obs. H. BARBIER. Solution confirmée par des décisions postérieures : Com. 10 nov. 2021, n° 21/01022, *Gaz. Pal.*, p. 5, obs. D. HOUTCIEFF : « le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut toutefois s'exonérer de son obligation de paiement en invoquant la force majeure, dès lors que la condition d'irrésistibilité n'est pas réunie. L'obligation de paiement d'une somme d'argent est toujours susceptible d'exécution, le cas échéant forcée » ; CA Caen, 21 oct. 2021, n° 21/00882 : le locataire avait en l'espèce invoqué le visa de l'art. 1104 C. civ. en reprenant la formulation du communiqué du tribunal judiciaire de Paris du 15 juillet 2020. Les juges refusent de reconnaître la force majeure pour absence d'irrésistibilité, mais admettent que l'obligation de paiement, si elle n'est pas par « nature » impossible d'exécution, en devient « seulement plus difficile ou plus onéreuse ». Les juges formulent une précision bienheureuse : ils considèrent que le locataire n'atteste pas de « difficultés économiques liées à la crise sanitaire », les loyers échus antérieurement et postérieurement à cet événement n'ayant pas été honorés. L'épidémie ne doit pas être le prétexte de l'inexécution du contrat, ce que les juges ici tiennent à vérifier. Décisions confirmées par Civ. 3^e, 30 juin 2022, n° 21-10.127, 21-19.889, 21-20.190 : les juges refusent au preneur créancier qui n'a pas pu profiter de l'exploitation de son local le bénéfice de la force majeure : « il résulte de l'article 1218 du code civil que le créancier qui n'a pu profiter de la contrepartie à laquelle il avait droit ne peut obtenir la résolution du contrat ou la suspension de son obligation en invoquant la force majeure ».

¹⁰⁹⁸ Pour une étude récente : M. BLONDEL, « La bonne foi en droit des sûretés », *LPA* 2022, p. 11.

¹⁰⁹⁹ Équilibre que la réforme du droit des sûretés du 22 mai 2019 a érigé en pivot : c'est dans cet esprit que l'art. 60 de l'ordonnance précise que cette réforme souhaite simplifier le droit des sûretés « tout en assurant un équilibre entre les intérêts des créanciers, titulaires ou non de sûretés, et ceux des débiteurs et des garants (...) ».

326. Paralysie d'une clause de résiliation sur le fondement du devoir de bonne foi. Une décision de la Cour de cassation en date du 1^{er} juin 2016¹¹⁰⁰ reprochait à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si un établissement bancaire avait méconnu le principe de bonne foi en appliquant une clause de résiliation prévue dans un contrat de prêt immobilier conditionné à la souscription d'une hypothèque sur le bien financé. Les emprunteurs n'avaient jamais réalisé l'hypothèque malgré un moratoire de deux ans sur le remboursement du prêt. C'est sur le fondement de l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil que les juges indiquèrent qu'il était nécessaire de vérifier si la banque « consciente de l'impossibilité financière dans laquelle se trouvaient les emprunteurs de faire face au coût d'une inscription hypothécaire » n'avait pas mis en œuvre la clause de résiliation de mauvaise foi.

327. Effets pervers de la paralysie des clauses incluses dans les contrats de sûretés réelles. Cette solution, qui n'est pas publiée au Bulletin, est audacieuse, mais pourrait bien créer des effets pervers, en tout cas dans le domaine des sûretés. La sûreté et la garantie sont monnaie courante lors de la conclusion d'un prêt bancaire. La mansuétude avec laquelle la Cour de cassation analyse le contexte économique du débiteur pourrait inquiéter les créanciers qui hésiteront, même en cas de garanties à l'appui, à accorder des emprunts. Or, le risque ne concerne pas seulement les débiteurs, mais porte sur l'économie entière. Cette constatation se fait déjà à l'endroit du cautionnement dans le milieu des affaires, qui est habituellement préféré dans les sûretés personnelles au détriment des sûretés réelles. La protection de la caution qui s'est étoffée au fil des années détourne les créanciers en lui préférant d'autres sûretés, telles que la garantie à première demande, ou encore les garanties réelles¹¹⁰¹. Cette orientation de la jurisprudence est convergente avec l'évolution de l'esprit du droit des procédures collectives, abandonnant sa coloration vindicative pour se consacrer à la protection des débiteurs en faillite¹¹⁰².

328. Comparaison du « reste à vivre » et de la paralysie des prérogatives unilatérales sur le fondement de la bonne foi. Les auteurs rappellent que les sûretés et garanties sont soumises à l'exigence du devoir de bonne foi. Le créancier doit ainsi « tenir compte des intérêts du garant »¹¹⁰³. Au-delà de la mise en œuvre d'une clause inscrite dans ce genre de contrats, le déclenchement de la garantie ou de la sûreté elle-même relèverait parfois l'abus de droit en

¹¹⁰⁰ Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2016, n° 15-14.914, inédit, *RDBF* 2016, comm. 165, obs. D. LEGEAIS.

¹¹⁰¹ Sur le choix des sûretés compte tenu du risque de recouvrement des créances : L. AYNÈS, P. CROCQ, A. AYNÈS, *Droit des sûretés*, LGDJ, 16^e éd., 2022, n° 12, p. 24.

¹¹⁰² Ce qui incite de plus en plus les ouvrages de droit des sûretés à ne plus analyser seulement la matière sous le prisme du droit civil mais d'y consacrer une partie sur le droit des procédures collectives, relations qui sont bien évidemment extrêmement conflictuelles : M. et S. CABRILLAC, C. MOULY, P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 11^e éd., 2022, spéc. n° 8. Sur l'évolution de l'esprit du droit des procédures collectives, nos développements : *infra* n° 502.

¹¹⁰³ D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 15^e éd., 2022, n° 29, p. 36.

analysant notamment la situation économique du débiteur¹¹⁰⁴. Cette remarque permet de distinguer deux mécanismes inscrits désormais dans le Code civil depuis la réforme du droit des sûretés prise par ordonnance le 15 septembre 2021¹¹⁰⁵. Tandis que l'article 2300 du Code civil prévoit la possibilité de réduire le montant de la garantie en cas de disproportion comparée aux capacités de la caution au moment de la conclusion du contrat, l'article 2301 du même code, nommé mécanisme du « reste à vivre », poursuit un objectif différent. La disposition précise que « la personne qui s'oblige au titre d'un cautionnement légal ou judiciaire doit avoir une solvabilité suffisante pour répondre de l'obligation ». Ce faisant, l'alinéa empêche le recours aux poursuites des créanciers lorsque la situation économique de la caution ne permet plus de faire face à la créance lors de sa mise en recouvrement¹¹⁰⁶. Ce mécanisme, qui se présente comme une mesure de lutte contre l'exclusion du fait d'un changement de circonstances économiques, ressemble *mutatis mutandis* au phénomène de limitation des clauses de résolution et résiliation. Elle instaure une paralysie d'un droit subjectif reconnu aux créanciers en cas de circonstances économiques difficiles subies par la caution.

La comparaison a tout de même des limites. L'application de l'article 2301 du Code civil n'est pas conditionnée à l'absence de bonne foi du créancier, contrairement à ce qui est prévu à l'égard de la limitation des prérogatives unilatérales. Ce mécanisme ressemble d'autant plus à un contrôle de proportionnalité qu'à une appréciation de la bonne foi du créancier qui réclame le bénéfice de la caution. Des auteurs plaident pour la création d'un contrôle général de proportionnalité qui permettrait de modérer ou d'annihiler une sûreté excessive par rapport à la situation personnelle du constituant ou en raison du montant garanti pour la sûreté réelle¹¹⁰⁷. Il se rapproche des décisions qui font de la bonne foi le contrôle de l'articulation des intérêts conformément aux circonstances qui ont bousculé la situation du débiteur. Le seul fait pour le créancier de souhaiter appliquer une clause résolutoire après ce changement de circonstances économiques suffit à la paralyser, sans que le comportement du créancier ne soit véritablement pris en compte. Le refus de prononcer la résolution du contrat pour ces raisons se rapproche de l'esprit de l'article 2301 du Code civil, ce qui pourrait à l'avenir ramener ces situations dans le

¹¹⁰⁴ D. LEGEAIS, *Ibid.*, n° 30, p. 37. Le cautionnement est soumis au contrôle de proportionnalité entre les ressources de la caution et l'ampleur de la garantie demandée depuis l'arrêt *Macron* : Com. 17 juin 1997, n° 95-14.105, *Bull. Civ. IV*, n° 188, *RTD Civ.* 1998, p. 100, obs. J. MESTRE, *Ibid.*, p. 154 et p. 157, note P. CROCQ.

¹¹⁰⁵ Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés. L'application *rationae temporis* de l'ordonnance crée deux situations différentes. Dans la première, les contrats conclus avant le 1^{er} janvier 2022 sont soumis à l'appréciation de l'aptitude à faire face à l'engagement à la date de l'appart de la garantie. L'évolution des circonstances qui améliore le patrimoine de la caution ou diminue la dette appelée pourront déclencher le mécanisme. Les contrats conclus après cette date ne sont plus concernés par cette sorte de retour à meilleure fortune et sont soumis à une vérification de la disproportion à la date de conclusion du contrat et au moment où la caution est appelée. Sur ces précisions : Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, Dalloz, 8^e éd., 2023, n° 124 et s.

¹¹⁰⁶ Contrairement à l'art. 2300 C. civ., l'excès est apprécié au moment du recouvrement de la créance et non *ab initio*. Le juge doit vérifier s'il reste un minimum vital à la caution après la mise en œuvre de la garantie.

¹¹⁰⁷ Sur cette remarque : L. et A. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, *op. cit.* n° 18 : ils ajoutent que ce principe « ne serait significatif qu'à l'égard des sûretés conventionnelles, où il heurterait le principe de liberté des conventions ». L'abus de droit serait aussi un fondement adéquat dans le contrôle des sûretés.

seul giron du dispositif législatif pour le cautionnement légal ou judiciaire. L'appréciation des circonstances économiques du débiteur sous le prisme de la bonne foi reste pertinente de manière générale pour des contrats d'autres natures.

c. La justification de l'application d'une prérogative unilatérale par la présence de circonstances économiques défavorables

329. Les circonstances économiques justifient parfois la légitimité de l'application d'une prérogative unilatérale. Les circonstances économiques difficiles pourraient parfois justifier une rupture anticipée du contrat sans que son auteur n'en soit coupable. Une décision de la première chambre civile de la Cour de cassation, plus souvent citée au regard de la reconnaissance d'une obligation de renégociation du contrat, peut être interprétée en ce sens. Les juges ne paraissent pas hostiles à la résiliation unilatérale du contrat en présence d'un « refus injustifié » du contractant « de prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques »¹¹⁰⁸. La Cour refusa de le reconnaître en l'espèce, le déséquilibre économique du contrat n'était pas dû à un changement de circonstances, mais à « un déséquilibre structurel » existant dès la formation du contrat par « la négligence et l'imprudence » du contractant qu'il n'avait pas su l'apprécier.

Sans aller jusqu'à justifier une rupture du contrat là où elle est interdite, comme dans les contrats à durée déterminée, les circonstances économiques défavorables pourraient encore retirer le caractère brutal de la rupture unilatérale dans les contrats à durée indéterminée. En effet, et comme à l'égard de la rupture brutale de la relation commerciale établie¹¹⁰⁹, l'utilisation d'un faisceau d'indices afin de caractériser la brutalité d'une rupture permet de concevoir une diversité de circonstances afin, soit de prouver cette brutalité, ou d'évincer cette qualification lorsque la situation le justifie. Finalement, l'appréciation des circonstances révèle l'articulation des intérêts des contractants qui ne peut se résoudre qu'à l'égard de la situation prise singulièrement. Les circonstances étudiées qui, jusque-là, freinaient l'application d'une prérogative unilatérale, offrent parfois aux contractants l'opportunité de s'en saisir. La même remarque pourrait se concevoir à l'égard de la nouvelle sanction d'exception d'inexécution anticipée prévue à l'article 1220 du Code civil. Le mécanisme pourrait être utilisé éventuellement par les contractants lorsqu'il est manifeste que leur partenaire ne s'exécutera pas à l'issue. La défaillance future du débiteur, qui doit se rapprocher d'une certitude selon M. Chénédé¹¹¹⁰, pourrait éventuellement être confortée par l'évolution des circonstances économiques. La disposition pourrait se justifier moins sur le fondement du respect de la

¹¹⁰⁸ Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, n° 01-15.804, *op. cit.*

¹¹⁰⁹ *Infra* n° 388.

¹¹¹⁰ F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations (...)*, *op. cit.*, n° 128.61, p. 143 : l'auteur ajoute que « l'admission de cette sanction anticipée fait néanmoins courir le risque d'un abus du créancier ».

promesse que sur la protection des intérêts économiques du créancier¹¹¹¹. Il s'agirait encore une fois, dans cette hypothèse, d'articuler le respect de l'intérêt économique du créancier face à la protection de l'intérêt du débiteur.

C. *L'influence des circonstances familiales du cocontractant*

330. Les circonstances familiales difficiles empêchent l'employeur de se saisir d'une clause de mobilité de bonne foi. La chambre sociale analyse parfois les éléments essentiels du contrat afin de faciliter la situation personnelle du salarié grâce à l'appréciation de la volonté contractuelle¹¹¹². La même idée se retrouve dans le contentieux de l'application des clauses de mobilité prévues dans le contrat de travail. Le développement des prérogatives unilatérales octroyant le pouvoir à l'employeur de modifier à tout moment le contrat du salarié est un phénomène récent. Ces modifications concernent généralement le lieu d'exécution du contrat de travail, les horaires de travail, ou la nature des tâches à accomplir. Ces prérogatives sont couramment nommées « clauses de variations »¹¹¹³. La clause de mobilité est bien une prérogative unilatérale : l'employeur peut, à tout moment, décider de modifier le lieu de travail de son salarié. Ce dernier ayant accepté ce principe lors de la formation du contrat, son refus de s'y conformer est analysé comme une inexécution fautive pouvant déboucher sur un licenciement qui repose sur une cause réelle et sérieuse¹¹¹⁴. En revanche, dans certaines circonstances touchant souvent à la vie familiale, le salarié est en droit de refuser une mobilité qui lui est pourtant réclamée¹¹¹⁵.

Cette porosité entre vie professionnelle et vie familiale est encore accentuée par la protection des droits fondamentaux de l'individu, dont les articles L. 1121-1 et L. 1321-3, 3° du Code du travail s'en font les relais. La Cour de cassation a en effet reconnu la possibilité pour le salarié de contester l'application d'une prérogative contractuelle si cette décision « a été prise pour des raisons étrangères » à l'intérêt de l'entreprise, ou que les circonstances de sa mise en œuvre illustraient une absence de bonne foi de l'employeur¹¹¹⁶. Concernant plus précisément la clause

¹¹¹¹ P. GAIARDO, *Les théories objective et subjective du contrat. Étude critique et comparative*, préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 599, 2020, n° 542, p. 336-337. Le rapport remis au président de la République insiste sur le but « d'efficacité économique du droit » que poursuit notamment la disposition.

¹¹¹² *Supra* n° 40 et s.

¹¹¹³ Sur une étude d'ensemble de ces clauses : L.-K. GRATTON, th. préc. : l'auteur définit la clause de variation comme celle « par laquelle le salarié consent par avance à la modification de l'un des éléments du rapport de travail », qui se conçoit comme une « prérogative unilatérale contractuelle de révision » (n° 39 et n° 54, souligné par l'auteur).

¹¹¹⁴ Sur ce point : P. LOKIEC, *Droit du travail. Les relations individuelles de travail*, PUF, 2^e éd., 2022, n° 248 : le licenciement est sans cause réelle et sérieuse « si le changement a été mis en œuvre de manière abusive ».

¹¹¹⁵ Cette influence trouve une assise confortable dans l'art. L. 1121-1 C. trav. qui dispose que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ». Certains auteurs y voient l'une des manifestations du développement des droits individuels qui encouragent ces revendications : J.-E. RAY, *La mobilité du salarié*, éd. Liaisons, 2014, spéc. p. 31.

¹¹¹⁶ Soc. 23 fév. 2005, *Bull. Civ. V*, n° 64.

de mobilité, ce n'est pas moins de cinq arrêts¹¹¹⁷ qui ont permis de construire un régime particulier sous le double fondement des articles L. 1121-1 du Code du travail et 1134 du Code civil. Les juges contrôlent l'abus dans l'exercice de la clause de mobilité en ce qu'elle porterait « atteinte au droit de la salariée à une vie personnelle et familiale », atteinte devant être justifiée par « la tâche à accomplir » et « proportionnée au but recherché »¹¹¹⁸. Parmi ces cinq arrêts, deux d'entre eux invoquent explicitement le respect du principe de bonne foi¹¹¹⁹. Un arrêt antérieur avait déjà considéré que l'employeur qui applique la clause de mobilité à l'égard d'une salariée au retour de son arrêt maladie, tout en sachant qu'elle a à sa charge un enfant handicapé moteur dont elle doit s'occuper, méconnaît la bonne foi¹¹²⁰. Par le passé, c'est encore la « situation familiale critique » qui a empêché l'employeur d'appliquer de bonne foi la clause de mobilité¹¹²¹. L'essor de la bonne foi est une « preuve de pragmatisme », car elle considère des impératifs liés à la vie personnelle qui « tempèrent mais n'effacent pas nécessairement la force obligatoire du contrat »¹¹²². Sans convoquer expressément le respect des droits fondamentaux, le principe de la bonne foi contractuelle « coopère directement au respect de la vie privée et familiale de la personne du salarié »¹¹²³.

En outre, la tentation de contrôler les prérogatives de l'employeur sur le fondement de la bonne foi montre que le consentement du salarié n'est pas garant d'égalité. M^{me} Fabre-Magnan remarque que l'inégalité de fait des parties, flagrante en droit du travail, a laissé place à une inégalité plus pernicieuse, qui s'envisage seulement si on accepte de ne pas voir dans le consentement l'expression d'une volonté libre. Or, la tendance à la contractualisation du droit du travail montre à quel point la croyance dans le « tout-consentement » est loin d'assurer l'équilibre des relations salariales. Ce consentement est régulièrement brandi afin que le salarié renonce « explicitement à certaines règles protectrices »¹¹²⁴. Cette évolution du droit du travail vers la protection de la vie familiale du salarié s'impose à l'égard d'une clause de mobilité géographique. Cette tendance est moins éclatante pour les autres clauses de variation, comme celles portant sur les changements d'horaires. L'article L. 3123-12 du Code du travail évince la faute et la preuve d'un motif de licenciement quand le salarié à temps partiel refuse une

¹¹¹⁷ Soc. 14 oct. 2008, n° 07-40.092, n° 07-40.523, n° 07-41.454, n° 06-46.400, n° 07-42.352 et n° 07-43.071.

¹¹¹⁸ Solution de l'arrêt Soc. 14 oct. 2008, n° 07-40.523.

¹¹¹⁹ Soc. 14 oct. 2008, n° 07-43.071, *RDC* 2009, p. 642, note C. NEAU-LEDUC. Décision réitérée par la suite : Soc. 13 janv. 2009, n° 06-45.56, *RTD Civ.* 2009, p. 300, note A. DUPMERY.

¹¹²⁰ Civ. 6 fév. 2001, *Bull. civ.* V, n° 41.

¹¹²¹ Soc. 18 mai 1999, *Bull. Civ.* V, n° 219, *Dr. soc.* 1999, p. 734, obs. B. GAURIAU : elle recourt pour la première fois à la bonne foi pour limiter l'application d'une clause de mobilité. Le critère de la situation familiale du salarié pour l'apprécier est, selon le commentateur, un « élément nouveau ».

¹¹²² A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ, Domat, 10^e éd., 2016, n° 584, spéc., p. 369.

¹¹²³ G. LOISEAU, « Le contrat, la bonne foi, la personne », *D.* 2007, p. 1480 : le contrôle particulier de la bonne foi dans le but de protéger la vie privée du salarié immisce « dans le champ de la relation contractuelle des données personnelles sans lien direct et nécessaire avec l'objet de cette relation ». La loyauté attendue de l'employeur se met alors « au service de l'intérêt personnel de l'autre partie ».

¹¹²⁴ M. FABRE-MAGNAN, « Le forçage du consentement du salarié », *Dr. ouvr.* 2012, p. 459 et s., spéc. p. 464 et s. Du même auteur et de manière générale sur la question des dérives de la croyance dans le tout-consentement : *L'institution de la liberté*, PUF, 2018.

modification de ses horaires selon les modalités prévues au contrat en raison « d'obligations familiales impérieuses », d'un « suivi d'un enseignement scolaire ou supérieur » ou encore avec une autre activité, professionnelle ou non-professionnelle ». Nous pensons qu'aucun obstacle n'empêcherait d'étendre la solution sur le fondement du contrôle de la bonne foi aux contrats de travail à temps plein. De plus, cette extension permettrait d'harmoniser le régime reconnu à l'égard des clauses de mobilité. Que la clause porte sur une modification du lieu de travail ou d'horaires, l'une ou l'autre peuvent autant être attentatoires à la vie privée du salarié si des circonstances particulières le justifient¹¹²⁵. Néanmoins, le régime ne peut être totalement similaire en raison de la distinction créée par la Cour de cassation entre les conditions de travail qui relèvent du pouvoir de direction de l'employeur et les modifications du contrat de travail.

331. Les circonstances familiales particulières limitent le pouvoir de direction de l'employeur dans le changement des conditions de travail. Une distinction doit être faite entre la modification du contrat de travail et le simple changement dans les conditions de travail¹¹²⁶. Si la mobilité au-delà d'un secteur géographique déterminée fait partie de la première catégorie, une modification dans les attributions du salarié ou un changement de lieu de travail dans une zone géographique restreinte appartiennent à la seconde. Cette distinction est lourde de conséquences. Tandis que le salarié peut refuser une modification de son contrat de travail, le changement dans les conditions de travail refusé par le salarié peut conduire à un licenciement justifié¹¹²⁷. Cependant, la bonne foi est de plus en plus utilisée par les juges pour restreindre le pouvoir de l'employeur de changer les conditions de travail¹¹²⁸. Un changement d'horaires fait bien partie de cette catégorie¹¹²⁹, mais la chambre sociale enjoint parfois à l'employeur de vérifier que ce changement est « compatible avec des obligations familiales impérieuses »¹¹³⁰. Elle réitère la solution, de façon un peu maladroite, dans une décision du 3 novembre 2011 en reliant directement la limitation du pouvoir au respect de la vie personnelle et familiale ou au droit de repos du salarié¹¹³¹.

¹¹²⁵ En ce sens : L.-K. GRATTON, th. préc., n° 850 et s., spéc. n° 852 et n° 854.

¹¹²⁶ Distinction qui a remplacé celle entre modification substantielle et modification non-substantielle. Sur ce point voir : M. MORAND, « Propos sur la modification du contrat de travail ou des conditions de travail », *JCP E* 1997, 643.

¹¹²⁷ Par ex. : CE, 14 nov. 2008, n° 306226, *JCP S*, 2009, p. 1393, obs. J.-Y. KERBOUC'H.

¹¹²⁸ M. Antoine Mazeaud reconnaît que « le manquement à la bonne foi contractuelle peut résulter de la manière dont l'employeur a effectivement mis en œuvre son pouvoir de direction compte tenu de la situation individuelle du salarié » : *Droit du travail*, op. cit., n° 584, p. 370.

¹¹²⁹ La Cour de cassation l'a précisé dans un arrêt Soc. 22 fév. 2000, *JCP G* 2000, p. 10321, note D. CORRIGNAN-CARSIN.

¹¹³⁰ Soc. 13 janv. 2009, n° 06-45.562, *JCP S* 2009, p. 1162, note B. BOSSU. La Cour de cassation reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir pris en compte la situation personnelle de l'employée veuve et en charge de deux jeunes enfants.

¹¹³¹ Soc. 3 nov. 2011, n° 10-14.702, *Bull. Civ. V*, n° 246, *D.* 2012, p. 67, obs. P. LOKIEC. Pour une vue d'ensemble : A. FABRE, « Changements d'horaires : et si le salarié avait son mot à dire ? », *Cah. Soc.* 2014, n° 263.

L'influence de la situation personnelle du salarié « subjectivise » l'appréciation du refus de la modification du contrat de travail. Ce sont « les circonstances qui entourent le refus par le salarié ou dans celles qui sont à l'origine par l'employeur de la modification projetée » qui seront déterminantes dans le choix de limiter le pouvoir de l'employeur¹¹³². Toutefois, on ne peut y voir une remise en cause générale du pouvoir de l'employeur. En effet, ce serait remettre en cause systématiquement ce changement à chaque fois qu'il serait réclamé, car il influence nécessairement la vie privée du salarié. Comme de très nombreuses dispositions intégrant comme seuil de déclenchement un standard, les conséquences du changement dans les horaires de travail doivent être excessives. Certes, la mise en œuvre du contrôle implique une mise en balance des intérêts de l'entreprise et du salarié. Mais le refus légitime du salarié est enserré dans des circonstances qui doivent révéler la contrainte « anormale » qu'il subit. Finalement, cette appréciation circonstancielle des effets de la modification des conditions de travail met à mal la distinction dégagée par la jurisprudence en 1996 entre le « socle contractuel » et les conditions de travail.

332. L'attraction du respect des libertés fondamentales : vecteur de l'influence des circonstances sur le contrat de travail. La vie personnelle du salarié est une donnée que les entreprises doivent envisager afin d'éviter tout contentieux. Cette influence dissipe les frontières entre vie personnelle et vie professionnelle, ce qui a une répercussion indirecte sur la délimitation du contrat¹¹³³. Cette dimension de la relation de travail trouve d'autant plus une terre d'élection aujourd'hui par l'impulsion des libertés fondamentales. Par le passé, les juges ont limité la revendication d'une clause d'affectation du domicile du salarié en la confrontant au contrôle de proportionnalité sur le visa de l'article 8 de la Conv. EDH, en obligeant l'employeur à démontrer en quoi ce transfert était « proportionné au but recherché de cette atteinte à la liberté de choix du domicile du salarié »¹¹³⁴. Ainsi, la protection des individus sur le fondement des droits fondamentaux élargit la sphère contractuelle à des circonstances qui ne devraient pas avoir de répercussions sur la légitimité des droits et obligations du contrat. Ces circonstances limitent indirectement la liberté et la force obligatoire de l'accord.

333. Disparition de l'influence des circonstances sur le droit au divorce par la suppression de la clause d'exceptionnelle dureté. Cette influence des circonstances personnelles n'était pas étrangère non plus au contrat de mariage. L'ancien article 1240 du Code civil prévoyait la possibilité d'insérer une clause dite « d'exceptionnelle dureté ». Elle offrait la possibilité d'envisager les conséquences du divorce sur la situation de l'époux ou des enfants du couple. Elle pouvait être, en présence de conséquences excessives, écartée. Il fallait

¹¹³² Cette « subjectivisation » est paradoxale, car la chambre sociale s'oriente de plus en plus vers une appréciation « objective » de la relation. Sur ce point : M. MORAND, « Autour des conditions de travail », *JCP E* 1999, p. 1620.

¹¹³³ Sur cette idée : G. PIGNARRE, « Vie personnelle du salarié et contrat de travail », *LPA* 2006, p. 3 : « les structures interne et externe du contrat » sont perturbées.

¹¹³⁴ Soc. 12 janv. 1999, *RTD Civ.* 1999, p. 395, obs. J. MESTRE.

notamment apprécier « l'âge, la durée du mariage » ainsi que les « conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté ». Ces circonstances n'étaient pas les seules. Les jurisprudences font état par exemple de convictions religieuses très profondes, d'absence de ressources ou encore de la précarité du logement. La disparition de cette disposition se comprend. Elle était admise très rarement,¹¹³⁵ car les juges ne se contentaient pas d'une seule circonstance, mais d'un faisceau de plusieurs circonstances révélatrices de la gravité du divorce sur la situation familiale. L'existence par le passé de ce genre de dispositions démontre que le juge n'est pas inhabitué à cette méthode de raisonnement. Elle montre que le pouvoir judiciaire, qui dispose de la possibilité d'apprécier les circonstances pour juger de la légitimité d'un événement contractuel, utilise cette méthode avec parcimonie. La généralisation d'une analyse circonstancielle à d'autres contentieux contractuels pourrait se faire dans cet esprit. Cette constatation est encore plus révélatrice de l'influence de la jurisprudence de la CEDH dans des contentieux qui concernent des problématiques sensibles, parce qu'éminemment politiques, telle que celle touchant aux circonstances religieuses.

D. L'influence des circonstances religieuses

334. Plan. Le développement des droits fondamentaux incite le juge à revoir la méthode de raisonnement qui accompagne souvent l'articulation de ces différents droits. Pourtant, une originalité est à noter concernant le contentieux touchant à la sensible liberté religieuse. En effet, la Cour de cassation se refuse d'adopter la méthode de raisonnement proportionnelle en y préférant une articulation « abstraite » des droits, sans pénétrer la particularité des circonstances (a). Or, cette exception est incompréhensible juridiquement, bien qu'elle se comprenne politiquement. Ce choix aurait pourtant plus d'effets néfastes qu'un refus catégorique d'apprécier la balance des intérêts de façon circonstancielle (b).

a. Résistance de la Cour de cassation à l'application de la méthode proportionnelle au contentieux religieux

335. Môle de résistance de la logique contractualiste aux contentieux touchant au domaine religieux. Des arrêts révèlent la difficulté de concilier le respect des convictions religieuses avec la force obligatoire du contrat. C'est en majorité sur le respect de la volonté contractuelle et le rejet de l'influence des motifs du contrat que la Cour de cassation refuse de donner du crédit aux revendications communautaires. Elle exclut, par exemple, de mettre à la charge d'un bailleur des obligations supplémentaires qui n'avaient fait l'objet d'aucune clause particulière¹¹³⁶. Selon les magistrats, elles ne font pas partie du « champ contractuel ».

¹¹³⁵ Pour un rejet récent : CA Paris, 11 juin 2003, n° 2002/02053.

¹¹³⁶ Civ. 3^e, 18 déc. 2002, n° 01-00.519, *Bull. civ.*, III, n° 262, *RTD Civ.* 2003, p. 383, obs. J.-P. MARGUÉNAUD, *Ibid.*, p. 290, obs. J. MESTRE, B. FAGES, *Ibid.*, p. 575, obs. R. LIBCHABER, *AJDI* 2003, p. 182, obs. O. GUÉRIN.

Par analogie, la paralysie d'une prérogative contractuelle ne pourrait être réclamée du fait de circonstances religieuses particulières à travers le prisme de la bonne foi. Cette décision est confortable. L'aspect éminemment politique de la problématique rend le contentieux sensible au militantisme, chemin sur lequel le juge français ne souhaite visiblement pas s'engager. En revanche, cette voie pourrait être empruntée par la CEDH, à l'écoute de ce genre de revendications. La « pensée culturaliste » peut confortablement s'immiscer au sein de la relation contractuelle en déstabilisant la force obligatoire du contrat¹¹³⁷. En reprenant les mots de M. Libchaber, le communautarisme « se traduit ainsi par une projection des singularités de la personne sur son environnement juridique, et par une soumission des droits qui doivent être octroyés à ses besoins identitaires »¹¹³⁸. La logique proportionnelle, qui n'est pas ici mise en œuvre, puisque les juges se sont contentés de rester sur le terrain de la formation du contrat, n'est pourtant jamais loin de la réflexion.

Il s'agissait en l'espèce d'une modification unilatérale du contrat, le bailleur avait décidé d'installer un digicode en lieu et place d'une serrure mécanique. Cette installation reste, dans des circonstances habituelles, une amélioration du confort des résidents de l'immeuble dont le bailleur n'a pas jugé utile de recueillir le consentement de chaque locataire. Mais voilà que cette situation donne l'occasion d'envisager cette décision sous un angle différent. Elle illustre l'articulation des intérêts toujours sous-jacente, bien que la Cour de cassation ferme la porte en l'espèce à cette méthode de réflexion. La modification n'avait aucune conséquence néfaste sur l'intérêt de locataires « lambdas ». Bien au contraire, elle était faite dans leur intérêt : le digicode est plus simple d'utilisation, il renforce la sécurité des lieux. La problématique ici ne se conçoit plus sur le terrain de la volonté, mais sur celui de la conciliation des intérêts et des circonstances devant être mises en balance. Est-ce que le fait religieux devait entrer dans l'articulation des intérêts du bailleur et des locataires ? La Cour de cassation, en passant par l'appréciation de la volonté des parties au contrat, refuse de l'y inclure. Ce refus drastique de l'influence du fait religieux, s'il se comprend d'un point de vue politique, doit être nuancé. L'influence des circonstances ne débouche pas systématiquement sur une remise en cause des droits et obligations des parties dès qu'un contexte particulier déstabilise la situation du débiteur. Cet argument est transposable au fait religieux. Reconnaître que certaines circonstances religieuses peuvent exercer une influence sporadique sur la relation contractuelle n'est pas plaider pour un contrôle généralisé du fait religieux chaque fois qu'un contentieux serait le support de ce genre de revendications¹¹³⁹. C'est sans compter sur la mesure des

¹¹³⁷ Formule utilisée par M. Libchaber, obs. sous Civ. 3^e, 18 déc. 2002, *op. cit.*

¹¹³⁸ R. LIBCHABER, obs. sous Civ. 3^e, 18 déc. 2002, *op. cit.*

¹¹³⁹ Un argument contraire doit être cité. Quand le contentieux fondamentaliste concerne une obligation dite « positive » comme c'était le cas en l'espèce, la CEDH doit vérifier l'application dite « horizontale indirecte » de la Conv. EDH. Plus précisément, il ne faut pas vérifier le contrôle de proportionnalité en appréciant l'articulation de deux intérêts privés, mais mettre en balance l'intérêt privé qui revendique l'application d'une obligation positive à l'intérêt général. Le poids du fait religieux n'est donc plus le même : il ne revient plus ici à se poser la question de savoir si l'obligation d'installer une serrure mécanique de la part du bailleur était valable seulement dans ce litige, mais si l'Etat doit tout mettre en œuvre pour que les justiciables, comme le bailleur dans ce contentieux,

justiciables, autant que sur celle des juges. Cependant, cette frilosité se comprend à l'égard de ce genre d'arguments. Les revendications communautaires sont rarement la démonstration de la mesure et de la raison. Afin d'éviter de vives critiques ou des esclandres médiatiques¹¹⁴⁰, la Cour de cassation se refuse à tout dialogue, en risquant l'incohérence.

b. Effets néfastes du refus d'appréciation circonstancielle du contentieux contractuel touchant aux libertés religieuses

336. Différence de traitement infondée entre les dispositions de la Conv. EDH. Cette attitude rétive à l'égard de la liberté religieuse ne résiste pas à un autre argument. Comment expliquer la différence de traitement retenu à l'égard de l'article 8.1 de la Conv. EDH qui fait plier les clauses contractuelles de sous-location lorsque le locataire souhaite héberger ses proches ?¹¹⁴¹ Pour M. Marguénaud, ces divergences d'appréciation ne peuvent se comprendre qu'en appréciant la méthode d'analyse retenue par les juges. Leurs réponses sont « catégoriques »¹¹⁴² et, contrairement à ce que retient la CEDH, les juges de la Cour de cassation ne se soucient guère de contrôle de proportionnalité : le conflit de normes est réglé de manière abstraite, sans égard à la particularité des circonstances du litige¹¹⁴³. La sécurité juridique et la prévisibilité sont ainsi garanties, puisque la disposition préférée est envisagée à l'avance. Le contrat plie sous le poids de l'article 8.1 de la Conv. EDH, mais résiste à l'article 9 qui protège la liberté religieuse.

Pourtant, cette grande sécurité dégénère en une rigidité injustifiée et inconciliable avec l'idée d'une certaine justice¹¹⁴⁴. Elle empêche le juge de reconnaître des solutions inverses lorsque les circonstances sont telles qu'elles indiqueraient, presque intuitivement, une décision dans un sens contraire à la hiérarchie retenue antérieurement par les magistrats. Cette conséquence logique d'une articulation ne donnant aucune prise aux circonstances particulières du litige peut avoir des effets néfastes sur la bonne administration de la justice et pourrait, paradoxalement, être

doivent agir de cette manière face à ce genre de revendications religieuses. La problématique est donc, par l'effet de la vérification de l'application « horizontale indirecte », généralisée à tous les litiges de même nature. Le juge français, qui n'est pas soumis aux mêmes exigences par rapport au contrôle de proportionnalité, n'a pas à faire une telle distinction. Sur ce point : J.-P. MARGUÉNAUD, « Digicode, liberté de religion et effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTD Civ.* 2003, art préc.

¹¹⁴⁰ Il n'y a qu'à se rappeler le tapage médiatique autour de l'affaire Baby-Loup qui avait finalement débouché sur un arrêt d'assemblée plénière du 25 juin 2014, n° 13-28.369. La Cour de cassation avait décidé que la limitation des signes et convictions religieuses prévues dans le règlement intérieur d'une crèche était justifiées et proportionnées comme le prévoit l'art. L. 1121-1 C. trav. et L. 1321-3 du même code.

¹¹⁴¹ Nous faisons ici référence à la décision *Mel Yedei*, Civ. 3^e, 6 mars 1996, *RTD Civ.* 1996, p. 580, obs. J. HAUSER.

¹¹⁴² J.-P. MARGUÉNAUD, « La troisième chambre civile de la Cour de cassation à la croisée des chemins d'influence de la Convention EDH sur le droit des contrats », *RTD Civ.* 2006, p. 722.

¹¹⁴³ Envisagée ainsi, la notion de proportionnalité se rapproche de la conception française. Elle est une « conciliation normative », ce qui permet de la distinguer selon M. Mekki de l'équité : M. MEKKI, th. préc., n° 307.

¹¹⁴⁴ J.-P. MARGUÉNAUD, « La troisième chambre (...) », art. préc. : l'application du contrôle de proportionnalité aurait donné lieu à des solutions différentes dans chaque contentieux.

porteuse d'insécurité juridique. Si la hiérarchie retenue venait à être intenable dans des circonstances particulières, le juge pourrait être tenté de préférer une autre hiérarchie d'intérêts en choisissant de n'être plus aveugle aux circonstances particulières du litige. Le résultat en serait regrettable, puisque les justiciables et professionnels du droit se poseraient la question de savoir si la méthode de raisonnement serait toujours unique. Dans l'hypothèse où les magistrats souhaiteraient rester fidèles à cette méthode d'appréciation, le contentieux ferait montre d'une sécurité juridique inébranlable. Elle aurait cependant des effets fort regrettables dans certains litiges dont les circonstances indiqueraient une solution inverse.

337. Voie vers l'adoption du contrôle de proportionnalité dans le contentieux relatif à la protection de la liberté religieuse. Des remarques similaires peuvent être formulées à l'égard d'un arrêt postérieur de la 3^e chambre civile de la Cour de cassation du 8 juin 2006¹¹⁴⁵, avec tout de même une inflexion qui se ressent à la lecture de la solution. Après avoir considéré que la liberté religieuse, « pour fondamentale qu'elle soit, ne pouvait avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété », les magistrats s'ingénient à inclure des circonstances qui indiquent un contrôle de proportionnalité sous-jacent au respect de la force obligatoire des termes contractuels. Elle indique d'abord que la cabane installée par la communauté juive « faisait partie des ouvrages prohibés par ce règlement ». Loin de s'en contenter, les juges admettent qu'elle représentait une gêne esthétique puisque l'installation « était visible de la rue ». Si les magistrats souhaitaient rester sur le respect du contrat, le fait de reconnaître que l'installation religieuse était prohibée par le règlement aurait suffi à justifier leur décision. Le règlement de copropriété est reconnu comme étant de nature contractuelle¹¹⁴⁶. La Cour de cassation ne s'en contente pas, et l'appréciation de l'esthétique de la prescription religieuse fait glisser le raisonnement vers une appréciation contextuelle. Est-ce qu'il en aurait été autrement si l'installation n'avait eu aucune conséquence esthétique ? La réponse n'est pas évidente, mais cette précision instille le doute dans la clarté de la solution donnée par les magistrats.

¹¹⁴⁵ Civ. 3^e, 8 juin 2006, n° 05-14.774, *Bull. civ. III*, n° 140, *D.* 2006. p. 2887, note C. ATIAS, *RTD Civ.* 2006. p. 722, obs. J.-P. MARGUÉNAUD, *LPA* 2006, p. 9, note D. FENOUILLET, *RJPF* 2006/10, p. 12, note E. PUTMAN.

¹¹⁴⁶ Civ. 3^e, 8 avr. 2021, n° 20-18.327, Publié au Bulletin : « le règlement de copropriété ayant la nature d'un contrat, chaque copropriétaire a le droit d'en exiger le respect par les autres ». Antérieurement et dans le même sens : Civ. 3^e, 22 mars 2000, n° 98-13.345, *Bull. Civ. III*, 2000, n° 64.

338. Conclusion de la Section II. Les circonstances sont de plus en plus régulièrement prises en compte par les juges afin de réguler l'application des prérogatives contractuelles. Ce contrôle est particulièrement présent à l'égard des prérogatives unilatérales dans une diversité de contrats. La validité de principe de ces prérogatives ne préjuge en rien de leur effectivité d'application. Cette tendance particulière révèle un dépassement de la sanction du comportement abusif et déloyal du créancier d'un droit. Les circonstances ne servent plus seulement à caractériser l'intention malhonnête ou déloyale du contractant pour justifier la sanction par la paralysie d'un droit. Ces circonstances sont révélatrices d'un raisonnement dont le but est de parvenir à l'articulation des intérêts en présence, à l'image de la fonction du contrôle de proportionnalité *in concreto* recevant les faveurs de la CEDH. La vérification de l'originalité du contentieux de la limitation des prérogatives en raison des circonstances particulières a été appuyée par des jurisprudences qui concernent une diversité de contrats. L'enseignement tiré ne peut se restreindre à certains types de contrats particuliers, marqués au demeurant d'un dispositif intégrant l'inégalité factuelle des parties, tels que le contrat de travail ou le contrat de consommation. Les contrats de distribution sont nécessairement sensibles à cette voie particulière empruntée par les magistrats de la Cour de cassation. Mais les contrats de cautionnement, de bail, le contrat viager, connaissent des décisions autant sensibles au contexte contractuel. Finalement, les créanciers subissent la paralysie de leurs droits, somme toute valablement insérés, par la pression d'un contexte extérieur au champ contractuel. La situation familiale délicate d'un débiteur ne permet pas au crédit-rentier d'invoquer licitement une clause de conversion du bail, l'employeur, face aux difficultés familiales et médicales rencontrées par un employé, ne peut appliquer licitement une clause de mobilité sans méconnaître le principe de bonne foi.

339. Conclusion du Chapitre I. L'étude de la limitation du comportement du contractant par le prisme du contrôle de l'application des prérogatives contractuelles fut l'occasion de rechercher les fondements juridiques utilisés par les juges afin de désavouer un créancier dans l'utilisation de son droit. Bien que ce dernier ne souffrirait d'aucune anomalie dans sa validité, la manière dont celui-ci est revendiqué doit être limitée dans un contexte particulier. Cette limitation va au-delà de la sanction du comportement que le juge a l'habitude de côtoyer à travers la sanction de l'abus de droit par exemple. Le contentieux du contrôle des prérogatives est de plus en plus orienté vers une appréciation des conséquences de leur application, qui ne se résume plus à la finalité de sanction d'un comportement *per se* déloyal ou abusif. Ces arguments « conséquentialistes », pour emprunter la terminologie à la CEDH, mettent l'accent sur la hiérarchisation des intérêts en présence, critère fondamental de la méthode de raisonnement proportionnelle *in concreto*. Cet arbitrage délicat entre plusieurs intérêts particuliers est apprécié à l'aune des circonstances particulières d'une relation juridique.

Cette méthode n'épargne pas le droit des contrats. L'intérêt du créancier, dont le respect est incarné dans l'application sans condition de sa prérogative contractuelle, est mis en balance avec l'intérêt du débiteur, débiteur qui doit normalement subir, sans réflexions, l'application de la prérogative qui lui est souvent défavorable. Ainsi, la prérogative contractuelle peut être, pour un temps, et en raison de circonstances particulières tenant souvent à la situation personnelle et privée du débiteur, paralysée. Cette circonstancialisaiton de la relation contractuelle n'est peut-être qu'une réponse à l'unilatéralité de ces prérogatives qui apparaîtrait comme une anomalie en droit des contrats. Néanmoins, le consentement des parties et la force obligatoire du contrat devraient être les seuls éléments à vérifier pour préjuger de la validité de ces droits. Force est de constater qu'il n'en a jamais été ainsi, et que l'évolution de notre culture juridique, pressée par une influence européenne toujours plus exigeante, doit prendre conscience de cette voie particulière empruntée par les juridictions et par la Cour de cassation. Sous couvert de l'appréciation de différents standards, ces dernières laissent fleurir à l'envi ces décisions à la méthode de raisonnement pourtant tant décriée quand elle est exercée sous les auspices de la CEDH.

Cette sincérité judiciaire n'en serait que plus avantageuse : elle permettrait d'évaluer en conscience ce courant jurisprudentiel, en le réfutant ou en l'adoubant avec des arguments étayés à l'appui. Dans le cas où les juges assumeraient cette appréciation, la motivation particulière de ces décisions rendrait plus facilement lisibles les circonstances à l'origine de ces limitations et autoriserait la doctrine et les praticiens à construire une casuistique indispensable au respect de la prévisibilité et de la sécurité juridique. L'appréciation des circonstances du contrat n'est pas inconciliable avec ces valeurs. Le tout est de parvenir à tracer des lignes directrices indispensables à la bonne administration du droit. Ce choix serait le plus raisonnable. L'état de notre culture juridique ne permet plus de faire fi d'une certaine idée de proportionnalité qui oblige à apprécier la particularité des circonstances dans certains contentieux, d'autant plus

lorsqu'ils toucheraient à la protection des droits fondamentaux. Cette réflexion sur l'adoption de cette méthode de raisonnement poserait par la même occasion des limites indispensables, autant sur la nature des circonstances particulières à prendre en considération, qu'aux contentieux contractuels concernaient.

Cette évolution renforce d'autant plus le rôle du juge. En effet, il est le plus à même de prendre en considération la particularité des circonstances, contrairement à la loi qui doit rester abstraite et générale. Si celle-ci était « le moyen de faire disparaître l'inégalité »¹¹⁴⁷, c'est aujourd'hui vraisemblablement le juge, garant de l'égalité et de la justice dans notre société démocratique¹¹⁴⁸, qui est appelé à remplir ce rôle, en prenant en compte les circonstances particulières de chaque justiciable. Cette évolution, que d'aucuns considèrent comme imparable, ne doit pas évincer les réflexions sur le bien-fondé de ce changement dans la méthode d'appréciation des litiges contractuels, et plus largement, la méthode d'appréciation des relations juridiques privées dans leur ensemble. L'alerte de l'influence des circonstances ne doit pas jeter l'opprobre sur ce mode de raisonnement. Il se conçoit tout autant envers le respect du contrat. Ces circonstances sont en effet indispensables à préciser les contours d'une prestation contractuelle, voire le contenu d'une obligation. Comme nous nous apprêtons à le voir, l'influence des circonstances ne peut se concevoir seulement comme un danger à l'égard de la sécurité juridique.

¹¹⁴⁷ F. ZENATI, *La jurisprudence*, *op. cit.*, p. 47.

¹¹⁴⁸ Sur cette idée du rôle du juge, et en particulier du Conseil constitutionnel, dans notre société, qui relativise corrélativement la place de la loi « traditionnellement conçue comme expression de la volonté générale » : Rapport de la commission de réflexion de la Cour de cassation 2030, *op. cit.*, spéc. p. 27 et p. 35 : le juge, qui garantit « l'égalité de traitement et la prise en compte des spécificités individuelles » est une des « formes contemporaines de l'expression démocratique ».

CHAPITRE II. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'EXÉCUTION DE LA PRESTATION CONTRACTUELLE

340. Plan. L'analyse des circonstances particulières ne se fait pas qu'en raison de la protection de l'individu contractant dont les droits fondamentaux seraient contrariés. L'influence des circonstances se conçoit aussi en faveur de la logique contractuelle. En effet, le débiteur doit régulièrement aller au-delà d'une seule compréhension statique de l'accord afin d'adapter son comportement aux circonstances. Cette adaptation se fait dans l'intérêt du créancier, et renforce dans une certaine mesure la force obligatoire de l'accord.

Le contentieux de l'exécution de l'obligation ne fait pas apparaître clairement les deux aspects de la problématique, car elles sont intimement liées. C'est une chose de s'interroger sur le fait de savoir si le débiteur a exécuté son obligation, il en est une autre de rechercher les causes qui peuvent justifier son inexécution. Deux étapes interviennent dans ce raisonnement, qui font appel toutes deux à l'appréciation des circonstances du contrat. La première porte sur le contenu de l'obligation et répond à la question de savoir si le débiteur a exécuté ou inexécuté sa prestation. Ici, le créancier ou le débiteur doivent apporter la preuve de l'inexécution ou de l'exécution en démontrant que le contractant ne s'est pas comporté conformément à ce que décrivait le contrat. La seule question qui serait pertinente dans la question de l'exécution du contrat serait de savoir si le débiteur a respecté ce à quoi il était tenu. Cette question, simple de prime abord, se complexifie en pratique. En effet, la détermination du contenu de son obligation répond à de multiples éléments. Le contenu du contrat est la référence que le juge privilégiera dans cette recherche. Néanmoins, tout ne peut ramener la précision de la prestation aux obligations sur lesquelles se sont entendues les parties telles que définies textuellement dans le contrat. Les standards comme la bonne foi, « catalyseur » de l'influence des circonstances, complètent le contenu strict des droits et obligations des parties afin d'assainir les relations de leurs potentiels abus et excès. C'est ainsi que les circonstances particulières permettent d'affiner le contenu de la prestation attendue du débiteur, celui-ci devant adapter son comportement au contexte particulier du contrat en ne s'arrêtant pas à une compréhension littérale et statique de la lettre de l'accord (Section I).

Lorsqu'il n'est plus question de savoir si le contrat a été correctement exécuté, mais de constater l'inexécution, les circonstances particulières agissent comme des éléments justifiant l'inexécution (Section II). En pratique, cette distinction est extrêmement ténue. Il est difficile de distinguer la question du contenu de l'obligation de celle de l'existence de causes fortuites qui ont empêché l'exécution ; si bien que les deux problématiques s'enchevêtrent et offrent toutes deux des éléments pertinents pour nous renseigner sur les circonstances façonnant le contenu de l'obligation contractuelle.

SECTION I. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR LA CONFORMITÉ DE L'EXÉCUTION DE L'OBLIGATION CONTRACTUELLE

341. Précision sur le sens d'« exécution de l'obligation contractuelle ». L'article 1101 du Code civil précise aujourd'hui que le contrat est un accord de volontés portant sur la création, l'extinction ou la transmission d'une obligation. L'obligation est un terme plus précis que ne l'était « l'objet du contrat » prévu dans l'ancien article 1126 du Code civil. En effet, l'exécution de l'obligation peut autant concerner une chose, donnée ou mise à disposition par exemple, que l'exécution d'un service. La référence à l'obligation contractuelle concerne autant la chose que le service. Pourtant, la problématique de l'adaptation de l'obligation à la particularité des circonstances a vocation à concerner d'autant plus l'exécution d'un service que de porter sur la transmission d'une chose. En effet, il apparaît toujours en filigrane de cette conformité aux circonstances particulières la norme de comportement que doit respecter le débiteur. Cette conformité du comportement vérifiée à travers l'existence d'un standard tel que le raisonnable se conçoit plus facilement à l'occasion de l'exécution d'une prestation. Si cette prééminence des contours de la prestation conforme aux circonstances existe, la conformité de l'obligation aux circonstances peut, de manière moins courante, concerner une chose. En effet, un débiteur peut tout à fait concevoir des circonstances particulières à la situation de son co-contractant qui influenceront l'objet du contrat, sans que cette directive transforme l'obligation en un contrat d'entreprise par exemple. L'exemple type à relever est l'obligation faite par le professionnel vendeur d'adapter la vente d'un bien aux besoins particuliers de son acheteur consommateur, sans forcément que cette appréciation modifie la nature de l'obligation en contrat d'entreprise. De plus, le contrat portant principalement sur une chose comporte des obligations accessoires qui, elles, s'envisagent comme des prestations : la précision que la chose doit être livrée dans « un délai raisonnable » retombe dans l'appréciation des circonstances particulières en cas de litige sur ce point particulier. Finalement, nous montrerons que l'exécution correcte de l'obligation contractuelle ne peut se contenter d'une lecture rigide et statique des obligations telles que décrites dans l'accord contractuel. Bien souvent, le créancier d'un droit compte sur une certaine sagacité de son débiteur qui doit, pour les contrats les plus complexes, adopter une attitude dynamique en se conformant aux circonstances particulières qui émaillent la relation contractuelle.

342. Diversité du contenu de la notion « d'inexécution de l'obligation ». Bien que la notion d'inexécution contractuelle paraisse claire, elle se déploie de multiples manières en pratique. De prime abord éloignée de la notion de faute telle que l'on peut l'envisager en droit de la responsabilité civile, l'appréciation de l'inexécution répond, ici aussi, à de multiples éléments. À l'occasion de la présentation au corps législatif et du commentaire de l'article 1137 du Code civil par Bigot-Prémeneu, le juriste indiquait que l'appréciation de la faute nécessitait

de vérifier le contenu de « l'obligation du débiteur plus ou moins stricte » ou encore « l'intérêt des parties », « comment elles ont entendu s'obliger » ainsi que les « circonstances ». Éclairé par ces éléments, le juge « n'a pas besoin de règles générales pour prononcer suivant l'équité »¹¹⁴⁹. Finalement, l'inexécution ne peut se réduire à l'absence totale d'actes de la part du débiteur en vue de la réalisation du contrat qu'il a conclu. Ce dernier peut réaliser « matériellement » la prestation, mais dans des circonstances insatisfaisantes pour son créancier : l'obligation est réalisée trop tardivement, de manière imparfaite compte tenu de ce qui était attendu textuellement ou légitimement par le créancier. La référence au contenu du contrat dans la précision des contours de l'exécution est donc essentielle. Mais, bien souvent, il ne renferme pas toutes les précisions utiles. Afin d'y remédier, l'article 1166 du Code civil précise que « lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie ». La disposition accorde ainsi une large place à l'appréciation des circonstances particulières du litige afin de considérer que le comportement du débiteur était conforme aux attentes du créancier. La conformité de l'exécution de l'obligation n'implique pas simplement de constater l'inexécution d'une prestation matérielle attendue, mais suppose encore d'apprécier la conformité du comportement compte tenu des circonstances particulières de l'exécution du contrat. Lorsque cette faute semble admise, ou au contraire écartée, des circonstances ponctuelles peuvent encore contredire cette interprétation qui serait « normalement admise ». En somme, la constatation de l'absence de la réalisation du « but » contractuel est parfois insuffisante pour prouver la faute du débiteur. En effet, le créancier devra rapporter que son cocontractant ne s'est pas comporté de manière diligente par rapport à la nature de l'obligation contractuelle et des circonstances de l'exécution. La faute n'est pas réductible à l'absence de satisfaction du créancier : encore faut-il que la description du contenu de l'obligation supposât d'atteindre en toutes circonstances ce résultat.

343. Plan. Les circonstances sont utiles afin d'apprécier précisément le contenu de l'obligation à laquelle est tenu le débiteur (Paragraphe 1). Elles le sont encore pour préciser les contours de la faute et de corriger une appréciation judiciaire qui, dans des circonstances « normales », auraient reconnu ou, *a contrario*, évincé l'existence de celle-ci (Paragraphe 2).

¹¹⁴⁹ P. A. FENET, « Présentation au Corps Législatif et exposé des motifs par M. Bigot-Préamneux », in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, éd. Videcoq, 1836, p. 230.

Paragraphe 1 : L'influence des circonstances sur la qualité de la prestation

344. Plan. Le contenu du contrat est normalement suffisant pour que le débiteur ajuste correctement son comportement au regard de ce que doit attendre légitimement son créancier. Sans parfois l'envisager consciemment, les contractants déterminent les contours et l'intensité des devoirs et obligations. C'est, encore une fois, une question d'interprétation qui est en jeu afin de déterminer si le débiteur était tenu d'une obligation de « moyens » ou de « résultat ». Pourtant, la prévision du contenu d'une prestation n'est pas laissée entièrement à la discrétion des contractants. Pour certains types de contrats particuliers, les circonstances sont seules capables d'aiguiller le débiteur dans la manière dont il doit exécuter sa prestation. C'est donc par une influence mutuelle entre l'obligation définie textuellement (A), et le contexte circonstanciel particulier de la réalisation de la prestation (B), que les modalités de l'exécution de la prestation peuvent être précisées.

A. L'influence des circonstances sur la nature de l'obligation

345. Détermination de l'obligation essentielle au regard des circonstances. Pour déterminer correctement la prestation ou l'obligation essentielle du débiteur, ce dernier doit mettre en œuvre les moyens adaptés pour que cette obligation produise pleinement ses effets. Cette exécution implique que le débiteur prenne en compte les circonstances particulières de l'exécution du contrat afin d'analyser raisonnablement ce que le créancier attend légitimement. Ce concept du raisonnable¹¹⁵⁰, que l'on retrouve encore ici, offre une marge de manœuvre au juge afin d'apprécier la conformité du comportement du contractant au regard des circonstances de l'exécution. Comme des textes internationaux le précisaient déjà, « le caractère raisonnable » d'un délai¹¹⁵¹, ou de l'interprétation d'un comportement ou d'une parole¹¹⁵² s'apprécie selon « les circonstances ». D'aucuns remarquent un lien presque naturel avec le concept d'équité¹¹⁵³. Bien que l'appréciation du raisonnable soit circonstancielle comme le rappelle par exemple la CJCE dans une décision *LVM c. Commission* du 15 octobre 2002¹¹⁵⁴, ces circonstances sont « objectivement » identifiables, ce qui restreint l'insécurité juridique attachée à cette méthode

¹¹⁵⁰ G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, dir. P. Rémy-Corlay, D. Fenouillet Dalloz, 2003, n° 16 : l'auteur évoque la notion de « détermination rationnelle » de ce que le créancier est en droit d'attendre.

¹¹⁵¹ Art. 18 CVIM : appréciation du caractère raisonnable du délai dans lequel l'offre parvient au pollicitant compte tenu des circonstances de la transaction et de la rapidité des moyens de communication utilisés par l'auteur de l'offre.

¹¹⁵² Art. 8.3 CVIM : afin de déterminer l'intention d'une partie ou ce qu'aurait « compris une personne raisonnable », il « doit être tenu compte des circonstances pertinentes (...) ».

¹¹⁵³ B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, n° 105, spéc. p. 121 et p. 126 : l'équité autorise « l'analyse des circonstances concrètes pour assurer l'utilité, l'équilibre, le raisonnable » qui se différencie ainsi du respect d'un syllogisme judiciaire. L'appréciation raisonnable ne serait qu'une manifestation de l'équité du juge.

¹¹⁵⁴ Affaire C-238/99, spéc. Considérant n° 8 : « Le caractère raisonnable du délai est apprécié en fonction des circonstances propres à chaque affaire et, notamment, de l'enjeu du litige pour l'intéressé, de la complexité de l'affaire ainsi que du comportement du requérant et de celui des autorités compétentes ».

d'appréciation¹¹⁵⁵. L'étude des circonstances, assez similaires d'un litige à l'autre, autorise d'identifier une casuistique permettant de contenir l'incertitude d'un tel mode de raisonnement.

Cette marge d'appréciation déléguée au pouvoir judiciaire n'est pas accidentelle. La modification de l'article L. 442-1, II, 2° du Code de commerce relatif au domaine des pratiques restrictives de concurrence en témoigne. En cas de litige, le législateur, modifiant l'ancien article L. 442-6, I, 5° du même code, prévoit depuis l'ordonnance du 24 avril 2019¹¹⁵⁶ qu'en cas de contestation sur le délai de préavis en présence d'une rupture brutale de la relation commerciale établie, la responsabilité de l'auteur de la rupture n'est pas engagée pour une insuffisance de délai si le préavis est d'au moins dix-huit mois. Afin, certainement, de tarir le contentieux lié à la question en jugulant les recours abusifs, le législateur insère parfois des délais plancher et plafond¹¹⁵⁷ qu'il juge suffisants. Sachant toutes les difficultés à prévoir des délais de manière abstraite, sans avoir une idée de la particularité des circonstances de chaque relation commerciale, ces précisions restent rares. Le législateur, pragmatique, dévolu ce rôle au juge, plus à même de s'imprégner des circonstances particulières de chaque relation commerciale ou contractuelle.

346. La conformité du comportement aux circonstances s'envisagerait seulement lorsque l'exécution de l'obligation ne serait pas de résultat. La précision voulant que l'exécution de l'obligation du débiteur soit appréciée conformément à la particularité des circonstances serait envisageable à l'aune seulement des obligations de moyens ou encore de diligence¹¹⁵⁸. Le débiteur n'engagerait sa responsabilité que si le créancier démontrait l'existence d'une faute de sa part, alors que l'obligation de résultat impliquerait seulement pour le créancier de constater l'inexécution de l'accord¹¹⁵⁹. Plus qu'un intérêt concernant la charge de la preuve, la distinction porterait plutôt sur le contenu de la preuve à rapporter¹¹⁶⁰. Cette responsabilité ne découle pas seulement de l'inexécution du contrat, comme les textes du Code

¹¹⁵⁵ H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, th. préc., n° 166, p. 237. L'auteur ajoute en conclusion que le raisonnable, loin d'annihiler la sécurité juridique, amènerait à des avantages, dont ceux de « justice » et « d'utilité » (n° 167, p. 241). Dans le même sens : L. NICOLAS-VULLIERME, « Le "délai raisonnable" (...), art. préc. : l'auteur fait le même constat sur la souplesse permise par le raisonnable. En effet, « selon les circonstances de l'espèce, le temps approprié devra être bref ou, au contraire, suffisamment long » (n° 3).

¹¹⁵⁶ Ordonnance n° 2019-359 portant refonte du titre IV, livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.

¹¹⁵⁷ Par exemple : L. 113-2, al. 2 C. ass : délai plancher qui ne peut être inférieur à cinq jours pour déclarer le sinistre.

¹¹⁵⁸ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 5, éd. Rousseau, Paris, 1925, n° 1237. Pour une étude d'ensemble sur cette distinction : J. BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 354, 2001, spéc. n° 577 et s.

¹¹⁵⁹ En ce sens : H. ROLAND, L. BOYER, *op. cit.*, n° 1465. Même sens : Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 13^e éd., 2023, p. 1316 « le non-accomplissement résulte de la faute ou de la négligence dans l'action accomplie, non de l'absence du résultat ».

¹¹⁶⁰ J. BELLISSENT, th. préc., n° 639, p. 289.

civil le laissent suggérer encore aujourd'hui¹¹⁶¹, mais implique l'appréciation par le juge d'un « jugement de valeur »¹¹⁶² afin de prouver la faute du débiteur.

Ce mode d'appréciation est naturel à la responsabilité délictuelle. En revanche, il l'est moins pour la responsabilité contractuelle. Le juge n'aurait pas à s'immiscer dans l'appréciation d'un quelconque comportement, mais devrait vérifier sa conformité au contrat. Or, comme le remarque un auteur, la méthode de raisonnement délictuelle a coloré la responsabilité contractuelle : elle a fait « pénétrer la “prédominance des faits” dans un secteur où, par définition, “le prévu” devait prévaloir sur “l'advenu” »¹¹⁶³. La seule lecture du contenu du contrat est donc parfois insuffisante. Ici, les circonstances échappent à la « canalisation » contractuelle. Dans bien des situations, la réalisation du but contractuel implique une adaptation du comportement du contractant au cours de sa prestation. Les actes du débiteur seront alors « dictés par les circonstances de pur fait, au fur et à mesure de l'évolution de la situation réelle »¹¹⁶⁴.

Cette appréciation du comportement n'a plus d'intérêt en présence d'une obligation de résultat, qui serait les obligations les plus nombreuses en droit des contrats, à tel point qu'un auteur évoquait l'existence d'un « droit commun » de l'obligation¹¹⁶⁵. La problématique est certes différente de celle de la détermination du contenu d'une obligation contractuelle, puisque la question de la faute ne se pose que lorsqu'un contrat n'a pas été exécuté. Mais ces deux questions sont nécessairement liées¹¹⁶⁶. En effet, le débiteur sur lequel pèse une obligation de résultat apportera, normalement, des soins plus particuliers à l'exécution de son obligation afin de se prémunir contre tout risque d'inexécution contractuelle qui emportera, sauf force majeure, sa responsabilité, sans pouvoir prouver l'absence de faute. En cela, l'intensité de la responsabilité qui pèse sur le débiteur influe sur la qualité de la prestation qu'il doit fournir à son créancier¹¹⁶⁷. Mais cette intensité repose bien souvent sur la manière dont les parties ont

¹¹⁶¹ Art. 1217 C. civ. : « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement (...) ».

¹¹⁶² J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, préf. R. Nerson, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 67, 1965, p. 5.

¹¹⁶³ J. BELLISSENT, th. préc., n° 601 (souligné par l'auteur).

¹¹⁶⁴ J. BELLISSENT, *Ibid.*, n° 638, p. 288. Même sens : Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité*, op. cit., p. 1316 et p. 1272 et s. : l'appréciation se fait *in abstracto* mais elle est « corrigée de deux manières : par la prise en considération tant des circonstances réelles que de la qualité des parties ».

¹¹⁶⁵ A. TUNC, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *JCP* 1945, p. 449.

¹¹⁶⁶ Sur ce point : J. BELLISSENT, th. préc., n° 28, p. 28 : l'auteur relève très justement que la question du contenu précis des obligations ne se révèle que lorsque le débiteur est soupçonné d'inexécution. Il énonce sur ce point que « ce n'est, en effet, que lorsque la responsabilité de l'obligé apparaît comme susceptible d'être engagée, qu'il devient alors indispensable d'évaluer avec précision ce à quoi il était tenu ». Ainsi, la classification « concerne directement la question de l'appréciation du contenu des obligation », mais son intérêt « se fait particulièrement ressentir au stade de l'examen de responsabilité qui découle de l'inexécution de ces dites obligations ».

¹¹⁶⁷ Sur cette réflexion : J. FROSSARD, th. préc., spéc. n° 215 et n° 216, p. 117 : la qualification du manquement du débiteur porte autant sur la détermination du contenu de l'obligation, et donc du comportement que le débiteur devait adopter pour satisfaire son créancier, que sur la qualification du fait générateur de sa responsabilité. On ne peut en vouloir au législateur ou au juge de cette légère confusion, car « qualifier faute un fait, lorsque la faute est

précisé le contenu de leurs obligations. Le type de responsabilité est donc étroitement lié au contenu « textuel » de l'obligation¹¹⁶⁸.

Le problème reste donc entier, puisque les parties prévoient rarement de façon très précise les obligations pesant sur le débiteur. La difficulté reste donc, comme la plupart des contentieux contractuels, liée à l'interprétation de la volonté des parties¹¹⁶⁹. La livraison d'une chose est une obligation déterminée. Le contenu de l'obligation ne pose aucune difficulté, puisqu'elle s'incarne dans l'obligation de donner¹¹⁷⁰. En cela, elle est une obligation de résultat. Le juge, en cas d'inexécution, ne se penchera que très rarement sur les circonstances du contrat afin de vérifier le comportement du débiteur. Au contraire, la prestation de service est parfois plus complexe et aléatoire, comme celle du médecin par exemple. Elle implique souvent une marge de manœuvre nécessaire pour que le praticien s'adapte à toutes les circonstances possibles, ce qui fait dire à Tunc que « la différence entre les deux catégories d'obligations résulte des circonstances, et non, en principe, d'une différence de degré ou d'intensité de l'obligation »¹¹⁷¹. La même idée est décrite par M. Le Tourneau qui fait de l'aléa du contenu de l'obligation le critère le plus pertinent afin de distinguer les obligations de résultat des obligations de moyens¹¹⁷². Finalement, aussi bien la rédaction de l'obligation que les circonstances de son exécution influencent la nature de la responsabilité pesant sur le débiteur.

347. Vertus de l'obligation de moyen : l'effort du débiteur pour assurer l'exécution de son obligation conformément aux circonstances. Une appréciation hâtive de la différence de nature de ces obligations pourrait faire accroire l'idée que l'obligation de résultat assure un respect des obligations plus efficace que ne le ferait une obligation de moyen. Le constat est pourtant régulièrement inverse. Le débiteur qui est assuré d'être accusé d'une inexécution contractuelle serait susceptible de se désengager de l'exécution sérieuse de ses obligations. Au contraire, l'obligation de moyen pourrait inciter le contractant à exécuter correctement ses obligations, puisqu'il sait qu'il pourra prouver, en cas d'inexécution, qu'il a mis tous les moyens en œuvre au regard des circonstances afin de parvenir à la satisfaction de son créancier.

la condition nécessaire de la responsabilité, c'est admettre implicitement que le débiteur a violé son obligation de moyens, la qualification peut donc porter aussi bien sur l'obligation que sur sa responsabilité ».

¹¹⁶⁸ Il s'agirait, encore ici, d'un problème d'interprétation. Comme les principes UNIDROIT le précisent dans le commentaire de l'art. 5.5 : « la façon dont une obligation est exprimée au contrat peut parfois aider à déterminer si les parties entendaient créer une obligation de résultat ou de moyens ».

¹¹⁶⁹ Ce sera alors au juge de rechercher, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, le sens et l'étendue possible de l'obligation pesant sur le débiteur. En ce sens : H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, préf. H. Capitant, t. 1, éd. Montchrestien, 6^e éd., 1965, spéc. p. 169 : les juges doivent tenir compte, entre autres, « des usages, ou des habitudes des parties dans leurs relations antérieures », mais aussi de « ce qui leur semble socialement désirable ».

¹¹⁷⁰ Ancien art. 1136 C. civ. : « L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier ».

¹¹⁷¹ A. TUNC, « La distinction des obligations... », art. préc., n° 6. Dans le même sens : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 594, p. 540 : « le résultat ou le moyen promis sont plus ou moins précis parce qu'ils dépendent de la volonté des parties et des circonstances ».

¹¹⁷² Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 1328 et s.

Fort de cette constatation, le juge a fait le choix de transformer l'obligation de sécurité de l'employeur, à l'origine obligation de résultat, en obligation de moyen dans une décision *Air France*¹¹⁷³. En matière de harcèlement sexuel par exemple, l'article L. 1153-5 du Code du travail prévoit que l'employeur doit prendre « toutes les dispositions nécessaires » afin de prévenir les faits de harcèlement, voire de les faire cesser et de les sanctionner. L'employeur a donc les moyens de s'exonérer de sa responsabilité s'il prouve qu'il a mis en œuvre les mesures adéquates à la prévention ou à la cessation des faits litigieux. Cette possibilité d'exonération l'incite en effet à prévoir des moyens efficaces, adaptés aux circonstances, ce qui a l'avantage de conférer une certaine efficacité à l'obligation de sécurité que ne permettait pas vraisemblablement l'obligation de résultat. La Cour de cassation insiste sur la nécessité de l'adaptation de ces mesures. Elle a pu reprocher à un employeur de ne pas avoir mis en œuvre des changements plus « énergiques » afin de mettre fin « immédiatement au harcèlement »¹¹⁷⁴.

348. Prise en compte accrue des circonstances pour les contrats les plus complexes. Les contrats qui impliquent une prestation de haute technicité auront naturellement tendance à faire peser sur le débiteur une obligation plus exigeante d'apprécier les circonstances de l'environnement contractuel afin de répondre précisément à tous les besoins et d'éviter tous les écueils possibles dans l'exécution¹¹⁷⁵. Ces contrats, souvent de haute technicité, dont la prestation est plus intellectuelle que matérielle, impliquent que le débiteur s'adapte et prenne connaissance d'un environnement technologique et technique particuliers, empêchant que l'obligation soit précisément définie à l'avance dans le contrat. Ces prestations, comportant généralement un fort aléa, n'imposent pas d'atteindre un résultat précis, mais impliquent seulement pour le débiteur de mettre en œuvre des mesures raisonnables afin de l'atteindre.

349. Synthèse : l'impossibilité de déterminer avec certitude la nature de l'obligation pesant sur le débiteur en raison de l'importance des circonstances dans la détermination de l'obligation. À moins que les parties n'envisagent des clauses précisant avec soin le contenu de l'obligation et son étendue, la nature de la responsabilité pesant sur le débiteur répond à une multitude de paramètres. La détermination de la nature de l'obligation dépend de nombreux « éléments » qui « entreront en ligne de compte lorsque, à l'heure de la décision, les juges auront concrètement à trancher » et que « l'équité » aura finalement la part belle dans le raisonnement judiciaire¹¹⁷⁶. Le choix de l'obligation de moyen oriente le juge vers l'appréciation des circonstances particulières du litige dans le but de qualifier la faute du contractant en cas d'inexécution contractuelle. Le contenu de cette obligation de moyen est donc largement

¹¹⁷³ Soc. 25 nov. 2015, n° 14-24.444, *RDC* 2016, p. 217, G. VINEY, *D.* 2016, p. 807, obs. P. LOKIEC, J. PORTA.

¹¹⁷⁴ Soc. 1^{er} juin 2016, n° 14-19.702, *RTD Civ.* 2016, p. 869, note P. JOURDAIN.

¹¹⁷⁵ S. LEQUETTE, th. préc., n° 429, p. 341 : elle prend l'exemple des contrats informatiques qui implique, pour le débiteur, d'apprécier « l'activité de son client » et « l'environnement dans lequel il évolue afin de lui fournir une prestation adaptée ».

¹¹⁷⁶ Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité*, op. cit., p. 1331 (souligné par l'auteur).

tributaire d'un faisceau de circonstances qui tiennent à l'objet particulier du contrat ainsi qu'à l'environnement entourant son exécution.

B. La précision du contenu de l'obligation suivant la particularité des circonstances

350. Nature des circonstances influençant la précision de la prestation. Deux genres de circonstances sont déterminantes dans la précision de la qualité de la prestation : des circonstances dites « externes » aux contractants tels que le marché pertinent en cause, la particularité du produit, le pays dans lequel le produit est vendu ou le service est réalisé. La seconde catégorie est constituée par des circonstances dites « internes » au débiteur. Si ce dernier est choisi par rapport à ses compétences propres, sa réputation, le créancier s'attendra raisonnablement à recevoir une prestation d'une qualité supérieure à « la moyenne » de façon légitime. Dans le cas contraire, la qualité de la prestation ou du produit sera conforme à la moyenne, sans être médiocre pour que le débiteur échappe à l'inexécution du contrat. Par exemple, le chargeur qui confie sa marchandise en étant conscient que le type de transport n'est pas adapté à la particularité de celle-ci a pour effet de réduire d'autant la responsabilité du transporteur. Pour M. Sériaux, il s'agit d'une « délimitation conventionnelle de l'objet du contrat »¹¹⁷⁷.

351. Renvoi des textes aux circonstances particulières pour déterminer l'étendue de la prestation. Les textes législatifs font référence aux circonstances particulières dans le but d'adapter le contenu du contrat aux besoins particuliers des contractants. Parfois, quelle que soit la précision du contrat sur les caractéristiques de la prestation, le strict respect de ces obligations enserrées dans l'accord ne suffit pas à permettre une exécution satisfaisante. Le seul moyen de jauger la qualité de l'exécution est le recours à des standards en mesure de saisir toute une diversité de circonstances de l'exécution¹¹⁷⁸. Cette constatation tend à rendre poreuses les frontières entre l'obligation stipulée dans le contrat et la manière de l'exécuter. En réalité, l'une et l'autre sont parfois tant imbriquées qu'il est impossible de les distinguer. Cette situation est prégnante dans certains contrats particuliers, tel le contrat de transport de marchandises ou de voyageurs.

352. Les circonstances doivent être connues du contractant, ou ne peuvent être ignorées, pour que la prestation soit concrètement adaptée. Il est nécessaire que le débiteur ait une idée sur les circonstances de la survenance du dommage, qui n'est pas la connaissance de l'origine du dommage qui impose des diligences plus importantes que la seule appréciation

¹¹⁷⁷ A. SÉRIAUX, *La faute du transporteur*, préf. P. Bonassies, Economica, 2^e éd., 1998, p. 204.

¹¹⁷⁸ Ce problème de l'appréciation du comportement ne se pose que lorsqu'on se trouve « en présence de devoirs ou d'obligations dont le contenu n'est pas entièrement déterminé à l'avance, par la loi ou par un contrat, mais dépend en quelque mesure des circonstances » : N. DEJEAN DE LA BÂTIE, th. préc., n° 17, p. 18. L'auteur énonce par la suite que « le contenu de l'obligation va se déduire de la nature du contrat, compte tenu des circonstances de fait » (p. 62).

des circonstances de l'événement¹¹⁷⁹. Si ces circonstances particulières étaient ignorées, ou que le débiteur pouvait légitimement les ignorer, on ne pourrait lui reprocher de ne pas avoir adapté correctement sa prestation contractuelle. Par conséquent, sa responsabilité ne pourra être engagée dans l'hypothèse où l'obligation est de moyens. Cette précision faite, certaines circonstances précises présentent un intérêt tout particulier que le débiteur doit prendre en considération afin d'adapter correctement son comportement lors de l'exécution de son obligation.

a. L'influence des circonstances tenant à l'objet particulier de l'obligation

353. L'influence de la nature de la marchandise. Le contrat de transport de marchandises fait appel à toute une série d'obligations accessoires, car la délivrance implique une diligence particulière du transporteur afin d'assurer au mieux les soins particuliers que demande l'objet de l'obligation. Si les parties ont toute liberté pour préciser les contours de ces obligations, les circonstances donnent généralement des indications précises sur le comportement adéquat que doit adopter le débiteur¹¹⁸⁰. L'article 32.2 de la CVIM est clair sur ce point. L'obligation accessoire du transport de la marchandise enjoint au débiteur d'adopter un mode de transport « approprié aux circonstances ».

Par exemple, l'acheminement d'animaux ou de denrées périssables est plus adapté à un voyage par voie terrestre ou maritime par exemple¹¹⁸¹. Les soins attendus de la cargaison, la nature de la marchandise en cause influencent bien évidemment l'intensité de ceux-ci. Un transporteur aérien qui achemine des animaux doit entreprendre toutes les mesures possibles afin de leur garantir un confort minimal. Un voyage vers une zone géographique aux températures élevées doit orienter le transporteur vers une adaptation de ses mesures¹¹⁸² sans que ce dernier ne puisse parfois échapper à sa responsabilité en prouvant qu'il a respecté les directives qui lui ont été assignées.

Dans le même esprit, la nature de la marchandise indique un emballage et un conditionnement adéquats. La fragilité de l'objet doit être prise en compte par le débiteur afin de se prémunir contre tous risques de chocs. Une décision du 9 septembre 2020¹¹⁸³ concernant

¹¹⁷⁹ A. SÉRIAUX, th. préc., n° 51, p. 39.

¹¹⁸⁰ Pour le contrat de transport maritime par exemple : Ph. DELEBECQUE, *Droit maritime*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 779, p. 607 : « le contrat de transport doit être exécuté conformément aux prévisions des parties. Elles sont généralement précises quant au temps, au lieu ou encore aux circonstances ».

¹¹⁸¹ Sur ce point : V. HEUZÉ, J. GHESTIN, *La vente internationale de marchandise*, LGDJ, 2000, n° 251, p. 224.

¹¹⁸² Faits de la décision du Tribunal d'Amsterdam, 15 juill. 1956, cité par A. SÉRIAUX, th. préc., n° 50, p. 38. L'auteur cite cette décision pour illustrer sa distinction entre l'appréciation *a priori* et *a posteriori* du comportement du transporteur. La méthode *a priori* lui étant plus favorable que la méthode *a posteriori*. C'est une méthode *a priori* qui semble être retenue dans cette décision. Les juges concluent qu'il appartenait au transporteur « de prouver qu'il a pris toutes les mesures nécessaires qu'il était raisonnable d'exiger de lui, compte tenu des circonstances, pour prendre soin de manière appropriée des animaux ».

¹¹⁸³ Com. 9 sept. 2020, n° 17-11.522, inédit.

l'arrimage d'un radar aéronautique au plancher de la remorque par un commissionnaire de transport reconnu que l'état des routes « de la partie asiatique » supposait un transport beaucoup plus sécurisé du fait de la fragilité des marchandises. Le commissionnaire du transport a donc, en vertu de la combinaison des articles L. 132-4, L. 132-5 du Code de commerce et 29-1 de la CMR¹¹⁸⁴, commis une faute lourde évinçant l'application de la clause limitative de responsabilité.

La liberté du commissionnaire implique nécessairement une adaptation de sa prestation aux circonstances de l'environnement du transport compte tenu de la particularité de la marchandise à transporter, puisqu'il a en charge de l'organiser, et non simplement de l'effectuer. C'est d'ailleurs ce qui le distingue de la qualification du contrat de transport. Le dépositaire, d'une manière moins intense que le commissionnaire de transport qui endosse une prestation plus « intellectuelle » que le premier¹¹⁸⁵, doit veiller à choisir un entrepôt adapté à la particularité de la marchandise qu'il doit conserver. Toujours concernant la nature de la marchandise en cause, les juges relèvent parfois la facilité que les voleurs auront à écouler la marchandise en la dérochant afin de retenir la faute du débiteur. C'est ainsi que la faute lourde a été retenue à l'encontre d'un transporteur de vêtements de la marque IKKS, nature de l'objet que le transporteur ne pouvait ignorer, le nom de l'expéditeur étant inscrit sur la lettre de voiture¹¹⁸⁶.

354. L'influence de la valeur de la marchandise. La valeur du chargement est un élément influençant l'ampleur des mesures adoptées. La Cour de cassation reconnaît par exemple la faute inexcusable¹¹⁸⁷ du transporteur empêchant d'appliquer la clause limitative de réparation prévue dans le contrat lorsque la valeur de la marchandise est connue de celui-ci. Il ne pouvait, par conséquent, laisser stationner son véhicule de nuit, sur un site isolé en pleine campagne près d'une voie publique, sans aucune surveillance des colis « facilement enlevables » bien que cette situation soit habituelle à ce transporteur¹¹⁸⁸. La Cour insiste sur la qualité de professionnel du débiteur, circonstance aggravant la conscience du risque de vol que ne pouvait ignorer le transporteur. En effet, depuis un arrêt de chambre mixte du 22 avril 2005¹¹⁸⁹, le seul comportement négligent du transporteur n'est plus suffisant pour qualifier la faute d'inexcusable.

¹¹⁸⁴ Convention sur le contrat de transport international de marchandises par route signée le 19 mai 1956 à Genève.

¹¹⁸⁵ Sur ce point : C. PAULIN, *Les contrats logistiques*, LGDJ, 2020, spéc. n° 22, p. 21 et n° 63 et s.

¹¹⁸⁶ Com. 22 mai 2013, n° 11-26.543.

¹¹⁸⁷ La définition de la faute inexcusable est prévue par l'art. L. 133-8 C. com. inséré par la loi du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives au transport : « est inexcusable la faute délibérée qui implique la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire sans raison valable ».

¹¹⁸⁸ Com. 21 nov. 2018, n° 17-17.468.

¹¹⁸⁹ Sur ces précisions : *infra* n° 386.

b. L'influence des circonstances tenant au contexte de l'obligation

355.Plan. Deux phénomènes se distinguent quant à l'influence du contexte de l'exécution du contrat. Parfois, ce dernier est indispensable afin de préciser le contenu de l'obligation (1). Dans cette optique, les circonstances se révèlent une lecture complémentaire des droits et obligations des parties. Dans un autre esprit, les circonstances peuvent inciter à dépasser une lecture stricte de l'accord contractuel. Ainsi, les circonstances ne sont plus seulement des éléments complémentaires permettant de soutenir la compréhension de l'accord, mais se conçoivent plutôt comme une lecture concurrente des droits et obligations textuels afin de respecter l'intérêt du créancier (2).

1. Les circonstances particulières complètent la précision des contours de l'obligation

356. Influence du contexte de l'exécution sur l'adaptation du comportement des parties. Sans que les circonstances exercent une influence directe en ce qu'elles remettraient en question le contenu de l'accord passé, les circonstances entourant l'exécution du contrat orientent l'adaptation du comportement contractuel, adaptation prégnante dans certains contrats spéciaux. Prenons pour exemple le contrat d'entreprise¹¹⁹⁰ ou plus précisément le contrat de transport. Un arrêt de la Première chambre civile a reconnu que le respect du règlement se révélait insuffisant pour exonérer la faute du transporteur. Celui-ci devait nécessairement adopter une « diligence adaptée aux circonstances qui entourent l'événement dommageable »¹¹⁹¹. À côté de la survenance de potentiels événements préjudiciables au maître de l'ouvrage, la prestation du contrat d'entreprise doit, plus généralement, être exécutée dans un délai « raisonnable ».

La seule lettre contractuelle est insuffisante dans l'adaptation du comportement du contractant, seule une analyse scrupuleuse des circonstances par le prisme du standard permet de reconnaître si ce dernier est exempt de toute faute. Tout ne peut naître de la volonté des contractants et tout ne peut pas être dicté par la lettre contractuelle dès la formation du contrat. Les circonstances, au-delà du changement de circonstances imprévisibles, ont une importance essentielle dans la construction d'une cohérence contractuelle. L'analyse des circonstances particulières à la situation est donc utile, voire indispensable, afin de parvenir à la réalisation du but contractuel conformément à ce que les parties ont légitimement attendu.

¹¹⁹⁰ Qui revêt plusieurs situations : il se distingue du mandat puisque l'entrepreneur n'agit pas en tant qu'intermédiaire et ne réalise pas majoritairement d'actes juridiques même si la frontière peut parfois être délicate. Il se distingue aussi du contrat de travail car l'entrepreneur n'est pas juridiquement sous la subordination de son maître d'ouvrage. Ces distinctions faites, l'entrepreneur n'est pas une figure unique. Toutes ces variétés comportent des obligations différentes à l'égard des entrepreneurs qui sont classiquement distinguées en obligations de moyen ou de résultat : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 12^e éd., 2022, n° 502 et s.

¹¹⁹¹ Civ. 1^{ère}, 11 juillet 1961, *Bull. civ.* I, n° 393.

357. La connaissance d'un environnement particulier influence le contenu de la prestation de transport maritime de personnes. La connaissance de circonstances d'un environnement particulier doit orienter le comportement du débiteur. Les juges relèvent la présence d'une faute inexcusable d'un transporteur maritime de voyageurs qui avait pris la décision de naviguer, au mépris des difficultés de transport, au travers des récifs. Ces difficultés sont connues en Polynésie. Le transporteur a donc méprisé les conditions de navigation habituellement mauvaises dans cette zone. Cette faute est encore alourdie par le nombre de voyageurs excessif se trouvant sur la baleinière, rendant la navigation dans ces circonstances impossible¹¹⁹². Le fait que le transport concerne des personnes et non des marchandises influe nécessairement l'intensité de la sécurité attendue du débiteur.

Sur la même idée, la Cour de cassation a reconnu la faute lourde du débiteur lorsque des faits de vols avec violence sur transporteur étaient connus et survenaient très fréquemment dans une zone géographique précise, sans que la méconnaissance de la valeur de la marchandise confiée puisse modifier le sens de la décision¹¹⁹³. En revanche, le vol commis avec violence pendant que le chauffeur dormait dans sa cabine sur un site qui n'est pas réputé pour connaître ce genre d'actes n'est pas constitutif d'une faute inexcusable¹¹⁹⁴. Des remarques similaires peuvent être formulées à l'égard de la caractérisation de la faute lourde. C'est ainsi que l'absence d'une ventilation rendue nécessaire par l'environnement et le climat particuliers dans un milieu tropical que le déménageur n'ignorait pas, ayant l'habitude d'œuvrer dans ce genre de contextes, ne pouvait que révéler l'existence d'une faute lourde l'empêchant de se prévaloir d'une clause de non-responsabilité¹¹⁹⁵. De manière générale, les juges apprécient en droit français l'imprévisibilité et l'irrésistibilité du vol « en fonction des circonstances et notamment des précautions que le transporteur aura apportées à la surveillance de la marchandise »¹¹⁹⁶. Les juges sont ainsi plus sévères que pour un transport international, puisque la CMR n'impose pas la démonstration de l'imprévisibilité du vol, mais seulement que le transporteur ait pris toutes les mesures nécessaires au bon transport de la marchandise¹¹⁹⁷.

Les juges de la Cour de cassation ont exonéré un transporteur qui s'était fait dérober sa marchandise à mains armées, en relevant tout de même des « circonstances de force majeure » qui ne pouvait être évitées par le transport par des mesures appropriées comme le verrouillage

¹¹⁹² Com. 16 avr. 1991, n° 89-20.101, n° 89-10.298, Publié au Bulletin. Faute inexcusable qui, lorsqu'elle est reconnue, écarte l'application des limites d'indemnité prévues par l'art. 40 de la loi du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transports maritimes.

¹¹⁹³ Com. 18 juin 2013, n° 12-16062. Dans le même sens et pour des circonstances similaires : CA Poitiers, 2 mars 2004, cité par A. ABRAVANEL-JOLLY, A. ASTEGIANO-LA RIZZA, obs. sous Com. 21 sept. 2010, *LEDA* 2010, p. 3.

¹¹⁹⁴ Com. 9 avril 2013, n° 11-28360.

¹¹⁹⁵ Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-21.980, *D.* 2015, p. 188, note V. MAZEAUD. Les juges dans cet arrêt dénoncent le « manque de réflexion » dans la préparation du déménagement.

¹¹⁹⁶ C. PAULIN, *Les contrats logistiques*, op. cit., n° 264, p. 116.

¹¹⁹⁷ Art. 17-2 CMR.

de la portière du véhicule côté passager¹¹⁹⁸. En outre, la route empruntée par le transporteur « n'était pas signalée comme particulièrement dangereuse » et n'imposait donc pas de diligences particulières de la part du débiteur. La violence du vol ainsi que la prévisibilité selon la fréquence de ces événements sont donc des circonstances orientant le juge vers l'admission de l'exonération de la responsabilité du transporteur conformément à la CMR. Le transporteur n'a pas à prendre de mesures particulières ou supplémentaires lorsque l'itinéraire emprunté ne fait pas apparaître de risques majeurs.

358. Les circonstances de l'environnement de l'exécution de la prestation influent sur la prévisibilité du dommage. Ces circonstances ont toutes pour point commun de rendre le danger prévisible, ou du moins envisageable. Pourtant, les juges apprécient parfois avec sévérité la prévisibilité, en reconnaissant par exemple que l'acte de détournement d'un avion est un événement prévisible du fait de « la fréquence »¹¹⁹⁹ de ceux-ci. La Cour d'appel de Paris a pu rejeter la faute de la compagnie Air France sur le fondement d'un contrôle raisonnable des mesures prises. Même en ayant conscience du contexte, celle-ci n'étant pas dotée de moyens adéquats pour l'éviter¹²⁰⁰.

Finalement, les circonstances de la survenance du dommage, lorsqu'elles sont connues, donnent la mesure du comportement. En revanche, il est rare que les juges attendent que le débiteur évite par tous les moyens la survenance de l'événement dommageable lorsque la responsabilité n'est pas encourue de plein droit. Concernant le transport aérien, les textes ont évolué vers une protection accrue du consommateur. L'article 20 de la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929¹²⁰¹ précise que le transporteur échappe à sa responsabilité s'il démontre que « lui et ses préposés ont pris toutes les mesures nécessaires pour éviter le dommage ou qu'il leur était impossible de les prendre ». La Convention de Montréal, applicable aux transports aériens internes depuis une loi du 8 octobre 2021¹²⁰² et aux transports entre deux États signataires¹²⁰³, prévoit que le transporteur aérien est responsable des atteintes aux personnes et marchandises par le seul fait que l'événement en cause s'est produit à bord de l'aéronef¹²⁰⁴, sauf à prouver une faute de la victime¹²⁰⁵ pour l'atteinte aux personnes. Ce changement a donc des conséquences directes sur l'appréciation de la responsabilité du transporteur aérien, rendant plus difficile la possibilité de s'exonérer de sa responsabilité, bien que les auteurs précisent que les juges ont tendance à apprécier avec une particulière sévérité ces mesures, confinant à la recherche d'un

¹¹⁹⁸ Com. 14 juin 2016, n° 14-11.664, inédit.

¹¹⁹⁹ Tribunal de Paris, 28 avr. 1978, cité par A. SÉRIAUX, th. préc., n° 60, p. 46.

¹²⁰⁰ A. SÉRIAUX, *Ibid.*

¹²⁰¹ Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international.

¹²⁰² Loi n° 2021-1308 du 8 octobre 2021.

¹²⁰³ Sur les difficultés d'articulation entre la Convention de Varsovie et la Convention de Montréal : S. PIÉDELIÈVRE, D. GENCY-TANDONNET, *Droit des transports*, LexisNexis, 2^e éd., 2019, spéc. n° 724.

¹²⁰⁴ Art. 17 et 18 de la Convention de Montréal.

¹²⁰⁵ Art. 20 de la Convention de Montréal.

événement de force majeure¹²⁰⁶. En revanche, l'appréciation des circonstances de l'événement dommageable est toujours d'actualité lorsque le transport est réalisé par voie terrestre¹²⁰⁷ ou par voie maritime¹²⁰⁸.

359. L'influence de l'évolution des circonstances techniques et technologiques. Le commentaire de l'article 5.6 des principes d'UNIDROIT précise que la qualité de la prestation doit intégrer les évolutions du marché en cause, comme un progrès technique récent. Indirectement, le législateur enjoint aux contractants de se renseigner sur l'évolution des circonstances technologiques ou techniques d'un marché donné. L'appréciation par exemple d'un délai raisonnable de réponse ne s'envisage plus de la même manière à l'heure des supports informatiques et technologiques qui facilitent les moyens de communication. Le créancier doit adapter ses attentes à la qualité d'un produit ou d'un service dans un environnement temporel et géographique particulier, qui sont autant d'éléments qui précisent les contours du « marché pertinent ».

Là aussi, de façon très pragmatique, les principes d'UNIDROIT donnent l'exemple d'un pays où la gastronomie est médiocre. Une société qui organise une réception ne peut s'attendre à ce que le repas soit équivalent aux plats proposés dans un grand restaurant français, sauf dans l'hypothèse où la société s'est adressée spécifiquement à un restaurateur de cette qualité. Cette idée est présente en filigrane l'article 1166 du Code civil. Il précise que le débiteur offre une prestation de qualité « conforme aux attentes légitimes des parties » au regard de « sa nature, des usages et du montant de la contrepartie ». Le législateur français ne fait pas de référence aux circonstances comme le font les principes d'UNIDROIT, mais il est à parier qu'elle les sous-entend implicitement. La présence de la notion « d'attente légitime » n'est qu'une autre manière de formuler le principe du raisonnable, ce qui ne limite pas cette appréciation aux éléments prévus par le texte, mais à tout critère susceptible de renseigner le juge¹²⁰⁹. L'article 1245-3 du même code relatif au régime de responsabilité des produits défectueux précise que la sécurité d'un produit doit être attendue légitimement compte tenu « de toutes les circonstances et notamment de la présentation, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment

¹²⁰⁶ S. PIÉDELIÈVRE, D. GENCY-TANDONNET, *op. cit.*, n° 761. Dans le même sens : I. BON-GARCIN, M. BERNADET, Ph. DELEBECQUE, *Droit des transports*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 504, p. 435 : ils soulignent le souci des juges d'indemniser correctement les victimes dans l'interprétation « assez stricte » des mesures nécessaires prises par le transporteur.

¹²⁰⁷ Art. 17 de la CMR : la responsabilité du transporteur n'est pas engagée s'il prouve que les circonstances qui ont causé le dommage ainsi que ses conséquences ne pouvaient être évitées.

¹²⁰⁸ L'art. 5 de la CNU sur le transport de marchandises par mer de 1978 prévoit que le transporteur est responsable « du préjudice résultant des pertes ou dommages subis par les marchandises ainsi que du retard à la livraison, si l'événement qui a causé la perte, le dommage ou le retard (...) à moins qu'il ne prouve que lui-même, ses préposés ou mandataires ont pris toutes les mesures qui pouvaient raisonnablement être exigées pour éviter l'événement et ses conséquences ».

¹²⁰⁹ Un auteur utilise indistinctement la notion de raisonnable et d'attente légitime en énonçant que « la convention, si elle réunit cependant tous les éléments que toute personne raisonnable en aurait attendus dans les mêmes circonstances, doit demeurer en vigueur » : X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, Bruylant, 1995, p. 113.

de sa mise en circulation ». Les auteurs relèvent que la victime souhaitant se prévaloir de cette responsabilité particulière n'a pas à démontrer exactement l'origine du produit. Elle doit établir que ce défaut est caractérisé dès lors que le produit n'a pas fonctionné correctement dans des circonstances normales et prévisibles¹²¹⁰.

360. Influence de la compétence du débiteur sur le contenu de l'obligation. Les principes d'UNIDROIT sont encore ici pertinents dans la précision de l'influence de la compétence du débiteur. L'article 5.4 qui distingue l'obligation de moyen et de résultat prévoit pour la première que le contractant doit fournir tous les efforts « qu'une personne de même qualité déploierait dans les mêmes circonstances » sans garantir le résultat spécifique attendu. Le créancier de la prestation doit adapter ses attentes suivant le contexte et les qualités de son débiteur. Le texte indique notamment que le contractant attendra légitimement plus d'une société « hautement spécialisée » que d'un « partenaire moins équipé ».

Surtout, ils prévoient dans un article 5.6 qu'en l'absence de précision sur « la qualité de la prestation », le créancier doit attendre de la part de son débiteur une exécution « raisonnable » conforme aux circonstances, ou « au moins égale à la moyenne ». Là aussi, ces mêmes principes offrent des exemples d'indices influençant la précision de la prestation. L'entrepreneur souhaitant construire un hôtel à proximité d'une gare ferroviaire dont le contrat prévoit une « isolation sonore adéquate » sans plus de précisions veillera à ce qu'elle réponde « à des critères sévères rendus nécessaires » du fait de cette proximité. À tout le moins, le débiteur doit fournir des biens ou des services de qualité « moyenne » déterminée grâce aux circonstances particulières du moment. Les compétences particulières du débiteur influenceront la substance de son obligation. Le standard n'aura plus le même contenu. Les circonstances ne sont donc pas seulement la grille de lecture nécessaire à l'appréciation du comportement du contractant, elles influencent directement la manière d'apprécier le comportement, et donc le contenu du standard lui-même¹²¹¹.

361. Limite à la nature des circonstances : les circonstances « individuelles ». Les qualités personnelles de l'individu-contractant ou sa situation personnelle n'exerceraient aucune influence sur la détermination de la qualité de la prestation. L'appréciation du contenu de l'obligation se ferait *in abstracto* et non pas *in concreto*¹²¹². L'argument en faveur de la première est aisé à comprendre. L'analyse abstraite défend la sécurité juridique en évitant de perdre le juge dans une recherche circonstanciée supplémentaire. En outre, ces circonstances particulières

¹²¹⁰ Sur ce point : S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits : étude de droit comparé*, préf. G. Viney, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 428, 2004, n° 340 et s.

¹²¹¹ Sur ce point : N. DEJEAN DE LA BÂTIE, th. préc., spéc. p. 101 : « Il suffit d'observer que le devoir de se conduire en homme avisé a un contenu différent selon les circonstances, et que les particularités physiques sont des circonstances susceptibles d'être prises en considération ». Dans le même sens : Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.*, p. 1272 : « Ce ne sera plus alors l'homme avisé en général, dont la conduite sera donnée comme modèle, mais le bon connaisseur de la discipline envisagée, le bon automobiliste, le bon alpiniste etc. ».

¹²¹² N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Ibid.*, n° 65 et s.

seraient trop éloignées de l'objet du contrat. Ce serait, comme le désigne M. Fages, des circonstances « en marge du droit lui-même »¹²¹³. Cependant, toutes les circonstances qui ont attiré au débiteur ne sauraient être négligées.

362. Influence de la situation économique du débiteur ? Le juge pourrait-il adapter le contenu de l'obligation du débiteur s'il se trouve dans une situation économique particulière dès la conclusion du contrat ? L'hypothèse fait écho au mécanisme de l'imprévision ou de la force majeure. Si cette situation économique est établie dès la conclusion du contrat, le créancier doit-il adapter ses exigences à la fragilité économique de son cocontractant en acceptant, par exemple, d'allonger le délai d'exécution de son obligation, de baisser la qualité normalement attendue ou encore, de se trouver dans l'obligation d'augmenter le prix normalement fixé pour un même type de biens ou de prestations ? Cette question, qui pouvait apparaître comme anecdotique il y a encore quelques temps, est revigorée depuis la crise sanitaire du Covid et, encore plus récemment, de la guerre en Ukraine. Si la problématique concerne bien plus la correction du contrat que l'appréciation du contenu de la prestation, des éléments de réponse restent envisageables.

Selon Ripert, l'abus de droit serait prouvé « lorsque le déséquilibre des relations est tel que le contractant ne pourrait normalement prévoir qu'il allait retirer de ce contrat un tel avantage »¹²¹⁴. Le problème n'est plus discuté autour de la correction du contrat et de la reconnaissance de l'imprévision¹²¹⁵, mais par rapport à « l'attente légitime » du créancier, autrement dit du contenu de la prestation exécutée par son débiteur. M^{me} Fabre-Magnan reconnaît qu'il y aurait « abus de droit à demander l'application stricte du contrat lorsque l'on sait parfaitement que le débiteur est dans l'impossibilité d'exécuter »¹²¹⁶.

363. Admission difficile de l'influence de la situation économique du débiteur sur le contenu de son obligation. La dernière tendance judiciaire est à la restriction de l'adaptation du comportement et, indirectement, du contenu du contrat en présence de difficultés économiques rencontrées par un contractant. Dans une décision du 19 juin 2011, les juges considèrent sur le fondement de la bonne foi que l'adaptation du contrat en raison des circonstances « porte atteinte aux modalités de paiement du prix fixé par les parties, lesquelles constituent la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties »¹²¹⁷. Cette décision limite indirectement la détermination de la qualité de la prestation par rapport à la situation économique défavorable du débiteur. De plus, la problématique se pose difficilement sur le terrain de la détermination du contenu du contrat dès la conclusion de celui-

¹²¹³ B. FAGES, th. préc., p. 207 et s., spéc. p. 238 et s.

¹²¹⁴ RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1927, n° 87.

¹²¹⁵ Par ex. : P. ANCEL, « Imprévision », in *Rép. Dr. civ.*, 2017, n° 30.

¹²¹⁶ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2016, p. 226-227. Sur la problématique de limitation des prérogatives unilatérales en présence de circonstances particulières : *infra* n° 289 et s.

¹²¹⁷ Com. 19 juin 2019, n° 17-29.000, inédit, *RTD Civ.* 2019, p. 570, obs. H. BARBIER.

ci, puisque dans la majorité des situations, la situation économique se dégrade lors de l'exécution du contrat.

2. Les circonstances particulières concurrencent la compréhension du contenu
« textuel » de l'obligation contractuelle

364. Le débiteur doit adapter sa prestation aux circonstances du contrat en ne se retranchant pas derrière la formulation de l'accord contractuel au risque de méconnaître son devoir de bonne foi. Le seul contenu du contrat ne suffit pas à déterminer l'ampleur de la prestation requise. Le débiteur doit parfois aller au-delà de la compréhension du seul accord formel des parties. En adaptant de façon « dynamique » son comportement, il se met à l'abri d'une méconnaissance de son obligation de bonne foi, voire de la sanction d'inexécution contractuelle. C'est ce que reconnaît parfois la Cour de cassation.

Dans un arrêt de la chambre commerciale du 31 mars 1992¹²¹⁸, les juges ont reproché à une société de peinture de ne pas avoir recouvert des cuves d'un revêtement efficace qui aurait permis d'éviter son décollement causé par la rouille. Le contrat ne prévoyait pas cette méthode spécifique. Néanmoins, « d'autres procédés que le sablage permettait d'obtenir le résultat escompté par son cocontractant ». La Cour d'appel n'a pas méconnu la loi du contrat « en appréciant les conditions dans lesquelles il devait être exécuté de bonne foi ».

Cette décision enjoint au débiteur d'aller au-delà de la seule appréciation littérale du contrat en adaptant sa prestation au contexte particulier. Le juge ne révisé pas le contenu du contrat pour l'adapter aux besoins du créancier. La sanction sur le terrain de l'obligation de bonne foi démontre qu'il ne contrarie pas la lettre du contrat, mais critique seulement le comportement adopté par le débiteur qui aurait dû s'adapter à la situation particulière de son créancier. Pourtant, le résultat reste identique. Le juge indique que l'exécution du contrat à l'aune de la seule lettre contractuelle est parfois insuffisante. *La rédaction textuelle du contrat est donc indirectement désavouée par le prisme du seul comportement du contractant, et compte tenu des circonstances particulières, afin de satisfaire l'intérêt du créancier.* La légitimité du comportement n'est donc pas seulement vérifiée à la lettre du contrat, bien au contraire. Parfois, les termes du contrat se révèlent insuffisants pour placer le contractant à l'abri de tout reproche.

365. Admission expresse de l'insuffisance des textes dans la détermination de la prestation contractuelle. Les juges sont parfois plus explicites et évoquent directement l'impossibilité de se référer à la seule lettre d'un contrat ou d'un autre texte pour échapper à sa responsabilité. La Cour de cassation relève que « l'observation stricte des règlements spéciaux à son service, qui ne sauraient prévoir tous les cas particuliers, est insuffisante à exempter un

¹²¹⁸ Com. 31 mars 1992, n° 90-13.113, *RTD civ.* 1992, p. 760, note J. MESTRE.

transporteur de toute responsabilité dans les dommages directement causés à autrui par son exploitation »¹²¹⁹. L'appréciation du contexte dépasse parfois l'observance stricte des textes lorsque les circonstances particulières de l'accord le dictent.

366. Illustration en droit du travail. L'exécution de la fonction du salarié ne peut se contenter de l'application stricte de son contrat de travail. Une adaptation dynamique de la qualité de la prestation attendue est de mise si ce dernier souhaite échapper à un licenciement justifié¹²²⁰. Cette adaptation n'est pas unilatérale et doit faire l'objet d'une attention particulière de l'employeur. Les articles L. 1222-1 du Code du travail et 1104 du Code civil l'obligent à proposer aux salariés des formations leur permettant de s'adapter aux changements techniques. L'arrêt *Expovit* a clairement énoncé sur le fondement de la bonne foi que « l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi »¹²²¹.

367. Illustration en droit du transport international. La CMR du 19 mai 1956 prévoit dans un article 14 qu'en cas d'impossibilité d'exécuter la prestation conformément à ce qui est convenu dans le contrat, les circonstances sont susceptibles de permettre l'exécution du transport dans des conditions différentes. La prestation sera donc réalisée en méconnaissance des termes prévus, mais conformément à l'intérêt du contractant en présence de circonstances particulières. Souvent, le transporteur adopte des mesures raisonnables de protection des marchandises afin d'éviter l'avarie ou la perte. Dans le cas contraire, il pourrait engager sa responsabilité sur le fondement de l'article 17 du CMR s'il ne prouve pas que l'événement résulte de circonstances « que le transporteur ne pouvait pas éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait pas obvier ». Plusieurs types de circonstances sont ainsi relevés par les juges, circonstances utiles à la précision des contours de l'étendue et de la qualité de la prestation offerte par le débiteur.

368. Distinction des circonstances de force majeure et des circonstances dictant une adaptation de l'obligation contractuelle. Les textes ainsi que la jurisprudence admettent que le débiteur se voit parfois dans l'obligation de s'écarter de ce qui est prévu précisément par le contrat dans le but de privilégier l'intérêt du créancier. Un transporteur aérien doit, par exemple, privilégier la sécurité de ses passagers au mépris du respect d'un délai contractuel¹²²² en cas de circonstances le justifiant.

¹²¹⁹ Civ. 1^{ère}, 11 juill. 1961, *Bull. civ.* I, n° 393.

¹²²⁰ Sur ce point : G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *op. cit.*, n° 247 : « Il ne suffit plus de dire qu'il doit exécuter consciencieusement le travail prescrit ; il doit se mettre en mesure de l'exécuter toujours mieux, voire d'exécuter un travail différent ».

¹²²¹ Soc. 25 fév. 1992, *Bull. Civ.* V, n° 11.

¹²²² Sur ce point : A. SÉRIAUX, *th. préc.*, p. 50-51.

Cette situation est absorbée le plus généralement par le contentieux de la force majeure¹²²³. La qualification de circonstances dites « extraordinaires » est appréciée avec une particulière sévérité par les juges. La bonne foi serait alors d'un recours confortable dans certaines situations dans lesquelles les circonstances ont orienté le débiteur vers l'irrespect des termes du contrat afin de poursuivre un but jugé, sur l'instant et dans ces circonstances précises, supérieur. Formulé ainsi, la logique est tout de même sensiblement différente de celle excusant le débiteur en présence d'un événement de force majeure. Dans l'hypothèse présente, il est reconnu que le débiteur est parfois contraint de s'éloigner des termes du contrat afin de protéger ou de conserver l'intérêt du créancier. Ces circonstances ne doivent pas être le prétexte à des incartades qui ne seraient pas nécessaires, et qui déguiseraient seulement l'incurie du débiteur de l'obligation. Le débiteur « jouit en quelque sorte d'une espèce de faveur » bien qu'il n'ait pas « exécuté son obligation au moment ou dans le délai où il aurait dû le faire »¹²²⁴.

Au moins deux valeurs risquent de se confronter dans ces situations. L'obligation de sécurité amène parfois le débiteur à ne pas exécuter une partie de ses obligations. Ici, la protection d'un intérêt particulier heurte la force obligatoire du contrat. Une tempête d'une particulière violence implique au transporteur maritime de changer de destination, ce qui peut retarder la réception des marchandises, mais ce retard évite leur perte. *A fortiori*, la logique est identique pour le transport de personnes. Dans ces exemples, les circonstances ne représentent pas des faits justificatifs à l'inexécution du débiteur comme pour les circonstances de force majeure. *Elles dictent au débiteur un comportement particulier en l'absence duquel il se rendrait coupable d'une méconnaissance d'une sorte de devoir de diligence ou de sagacité*. Le comportement est justement adapté dans le but de réaliser la prestation contractuelle, bien que les conditions de sa réalisation s'écartent de ce qui était prévu contractuellement. C'est en comptant sur l'intelligence du débiteur, son jugement, que le contrat peut finalement atteindre son but. Sans pouvoir emporter la qualification d'inexécution contractuelle, ce manque de sagacité est souvent reproché au débiteur sur le fondement du manquement au devoir de bonne foi.

369. Sanction sur le fondement de la bonne foi de l'absence d'adaptation du comportement aux circonstances. Le contractant doit donc adopter une appréciation dynamique des circonstances l'obligeant à ne pas se contenter d'une application stricte de la lettre du contrat, ou des obligations qui pèseraient sur lui dans des circonstances habituelles. Les juges reconnaissent parfois, dans ces hypothèses particulières, l'absence de bonne foi du débiteur. Un établissement financier évoquant le contenu de l'accord contractuel pour

¹²²³ En droit aérien au sens de l'art. 5 § 3 du règlement 261/2004 du 11 février 2004, ces circonstances sont des événements qui « par leur nature ou leur origine, ne sont pas inhérents à l'exercice normal de l'activité du transporteur aérien concerné et échappent à la maîtrise effective de celui-ci ». L'appréciation du texte est sévère pour les transporteurs : CJUE, 6 oct. 2021, *CS c. Eurowings GmbH*, n° C-613.20. Une grève des salariés d'un transporteur aérien, licite juridiquement, ne peut être considérée comme une circonstance extraordinaires car elle n'est pas extérieure à l'activité du transporteur et est inhérente à la nature de son activité.

¹²²⁴ A. CATHELINEAU, « Le retard en droit civil (suite et fin) », *LPA* 1998, p. 4.

reconnaître que son client restait responsable solidairement avec la société titulaire des ordres de virement passés par le cotitulaire qui avait quitté l'entreprise malgré l'opposition effectuée méconnaît la bonne foi. Au double visa des anciens articles 1134 alinéa 3 et 1147 du Code civil, les magistrats considèrent que les juges du fond auraient dû rechercher, après l'opposition effectuée par le cotitulaire de la carte bancaire, que la banque avait mis en œuvre « tous les moyens en sa disposition pour éviter que des retraits ou ordres de paiement soient effectués »¹²²⁵. Selon M. Mazeaud, il est ici bien établi que la banque se fait reprocher le fait « de ne pas avoir pris des initiatives imprévues dans la loi contractuelle, mais imposées par le respect de l'éthique »¹²²⁶ motivé par la présence de circonstances particulières. M. Mestre formule des remarques similaires. Cette solution implique que le contractant, sur le fondement du « devoir de loyauté », prenne « des initiatives non prévues par les termes de l'accord, afin d'agir au mieux des intérêts de l'autre ». Voilà que la notion d'intérêt réapparaît à l'occasion de ce contentieux. Finalement, l'environnement circonstanciel qui entoure l'exécution du contrat implique que les contractants, afin que leurs cocontractants ne subissent pas un préjudice qui aurait pu être évité, adaptent leur comportement que le contrat ne prévoit pas expressément, mais que la protection de l'intérêt du co-contractant suggère. C'est encore ce qui transparaît d'un arrêt remarqué concernant l'application de « *liberty clause* » en droit maritime.

370. Influence des circonstances en présence d'une « clause de grève » ou « *liberty clause* ». Rendue en droit maritime, une décision du 13 décembre 2016¹²²⁷ a sanctionné un transporteur pour ne pas avoir exercé une faculté autorisée par une « *liberty clause* ». Cette dernière octroyait la possibilité pour le transporteur de modifier la destination en présence de circonstances particulières, en l'espèce une grève des dockers du port de Marseille, afin d'éviter le pourrissement des gingembres et litchis transportés. Cet événement exonère normalement la responsabilité du transporteur maritime comme le prévoit l'article 4-2 de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 et l'article L. 5422-12 al. 4 du code des transports. Pourtant, cette circonstance aurait dû être appréhendée par le débiteur qui possédait contractuellement la faculté de changer de destination. En modifiant les conditions d'acheminement de la marchandise, le contractant ne contrevenait donc pas au contrat, mais exécutait avec diligence ses obligations compte tenu des circonstances. Finalement, cette clause normalement destinée à alléger la responsabilité du transporteur peut, dans des circonstances particulières, avoir « un effet boomerang » et se retourner contre lui comme le relève le rapport du Conseiller Lecaroz¹²²⁸. D'une simple faculté, la clause se meut en une réelle obligation en présence de circonstances particulières, laissant seulement le choix au transporteur de se prévaloir efficacement de la clause. *Les circonstances transforment la nature même de la faculté, en s'écartant de la manière dont elle est rédigée dans le but de la rendre coercitive dans un contexte particulier tel que celui*

¹²²⁵ Com. 20 oct. 1998, n° 96-10.250, Publié au Bulletin, *RTD Civ.* 1999, p. 390, obs. J. MESTRE.

¹²²⁶ D. MAZEAUD, « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Mél. Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 371 et s., spéc. p. 383.

¹²²⁷ Com. 13 déc. 2016, n° 14-20804, *RDC* 2018, p. 20, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.

¹²²⁸ Souligné par C. BLOCH, « L'effet boomerang de la *liberty clause* », *DMF* 2017, p. 228.

de grève¹²²⁹. La décision n'est pas nouvelle, puisque les juges du fond avaient reconnu la validité de l'exercice de la faculté lorsque le transporteur avait modifié le port de destination afin d'éviter un retard trop important et coûteux¹²³⁰. Dans le même esprit, les juges de la Cour de cassation ont sanctionné un transporteur qui souhaitait livrer des marchandises dans un port de destination qu'il savait en grève au moment du départ¹²³¹.

371. Difficultés d'appréciation des circonstances qui orientent vers l'application de la *liberty clause*. Le transporteur se trouve alors dans une situation délicate. Il doit compter sur ses facultés et son expérience afin de ne pas utiliser inutilement, voire abusivement la *liberty clause*. Dans d'autres situations, cette faculté se transforme en une réelle obligation du fait des circonstances particulières rencontrées lors de l'exécution de la prestation contractuelle. La difficulté pour le transporteur est d'envisager les circonstances dans lesquelles il serait dans l'obligation de se prévaloir de la faculté. En effet, de nombreux éléments peuvent intervenir dans cette appréciation. Est-ce que l'événement à l'origine du changement de port est seulement temporaire ou a-t-il vocation à perdurer ? La nature des marchandises peut-elle supporter un allongement de la durée de transports ? Dans le cas où la marchandise n'est pas périssable, est-ce que le créancier se trouve dans une urgence particulière, par exemple, dans le cadre de la réalisation de travaux soumis à des délais serrés ? Le transport doit, de manière générale, effectuer un calcul coûts/opportunités en prenant en compte de multiples circonstances afin d'arbitrer entre des intérêts souvent contradictoires. Ce devoir de sagacité, que certains auteurs nomment devoir de réaction¹²³², est donc très exigeant. La construction d'une casuistique aurait le mérite de donner des repères pertinents pour les transporteurs. En effet, reléguer à l'anecdotique ces décisions empêche de s'interroger sur la nature des circonstances qui justifierait l'application de la faculté et est donc source d'une grande insécurité juridique.

372. Synthèse sur l'adaptation de la prestation aux circonstances : l'existence de situations qui ne se réduisent pas à l'inexécution du contrat. La sanction de l'absence de réaction ou d'adaptation sur le fondement du devoir de bonne foi atteste de l'existence d'hypothèses où ni la sanction de l'inexécution, ni le concept de force majeure, n'ont vocation à s'appliquer correctement à ces contentieux. En effet, le débiteur est bien fautif sur le fondement du devoir de bonne foi, mais cette faute ne réside pas dans la méconnaissance de ses obligations telles que décrites dans le contrat. En réalité, les circonstances ont dicté un comportement qui s'éloigne de la description des obligations telles qu'insérées contractuellement. Bien que le juge tente d'arrimer cette sanction à la méconnaissance des clauses du contrat comme dans le cadre d'une *liberty clause*, cette explication est loin d'être

¹²²⁹ Dans le même sens : C. BLOCH, *Ibid.*, p. 236 : l'auteur est critique envers cette portée. La clause est, par sa rédaction, une faculté. Sanctionner le transporteur pour ne pas s'en être prévalu revient « à transformer une prérogative du débiteur en droit pour le créancier, ce qui ne correspond ni à la lettre ni à l'esprit de la clause ».

¹²³⁰ CA Aix-en-Provence, 25 nov. 1985, *DMF* 1987, p. 298.

¹²³¹ Com. 25 fév. 2004, n° 02-17.879, *Bull. Civ.* IV, n° 41.

¹²³² J. BRUSCHI, *Le devoir de réaction du contractant*, th. dactyl., AMU, 2022.

satisfaisante. À dire vrai, la sanction du comportement du contractant vise à désavouer le débiteur qui n'a pas correctement réagi face à des circonstances particulières.

373. Conclusion du Paragraphe 1. Une frontière tant à se dessiner entre deux catégories de circonstances. Celles que l'on qualifierait d'ordinaires, de fréquentes et d'autres d'exceptionnelles. Les circonstances ordinaires sont un cadre de référence de la relation contractuelle : elles permettent de jauger la qualité d'un comportement. Ces circonstances ordinaires sont source d'adaptation afin d'offrir une prestation adéquate à l'intérêt du créancier. Un prestataire, tel que l'entrepreneur dans un contrat d'entreprise, ne peut dénoncer valablement le contrat en cas d'évolution de circonstances qui alourdit sa charge financière. Il doit adapter son comportement face à l'évolution de ces circonstances. Il est courant que la rénovation d'un bien immobilier fasse apparaître des besoins supplémentaires qui n'étaient pas prévus lors de son commencement, comme la découverte de termites dans une charpente. L'entrepreneur se trouvera dans l'obligation de s'adapter à cet événement, non prévu lors de la formation du contrat, mais non pas imprévisible dans ce genre de situations et pour ce type de contrat. Ces circonstances ne représentent pas un caractère exceptionnel tel qu'elles permettent au débiteur de se dérober de ce que le créancier est en droit d'attendre de sa part. *Ainsi, lorsque les circonstances sont raisonnablement prévisibles, elles sont la cause et la mesure de l'adaptation du comportement du contractant dans la qualité de la prestation fournie.* Dans cette hypothèse, l'enjeu est d'apprécier l'adéquation du comportement du contractant avec les circonstances particulières de l'accord. Ce point d'équilibre est façonné pour chaque espèce par les juges. Dans ces situations, la technique du standard est « la molette de la clef de la légalité ou de la responsabilité, ajustant en permanence leur champ d'application en considération du possible et du raisonnable »¹²³³.

Les circonstances « exceptionnelles » offrent une excuse au débiteur lorsque l'inexécution est constatée. Ces circonstances, qui ne se différencient que par leur caractère exceptionnel, ont donc des effets tout à fait distincts. Pour les circonstances habituelles, le débiteur n'a d'autre choix que de se conformer aux circonstances de l'exécution, parfois en allant au-delà de la lettre contractuelle qui s'avère trop éloignée de la réalité des faits. Le caractère exceptionnel des circonstances échappe légitimement à la diligence du débiteur qui n'aurait pu les prévoir par des mesures raisonnables et appropriées. Elles sont des faits justificatifs à l'inexécution du débiteur. Cette particularité de l'appréciation de l'inexécution relevait, il faut maintenant constater que ces précisions apparaissent avec une acuité particulière à l'occasion de l'appréciation de la faute du débiteur, et donc d'une potentielle inexécution contractuelle.

¹²³³ S. RIALS, th. préc., p. 60.

Paragraphe 2. L'influence des circonstances sur l'existence de la faute contractuelle

374. Plan. L'appréciation de la faute en droit des contrats ne recoupe pas exactement la conception que retient le droit de la responsabilité délictuelle. Sur certains aspects, l'obligation contractuelle implique tout de même la relativité de la faute du contractant qui donnera une large place à l'appréciation des circonstances (A). Ainsi, des types de circonstances particulières peuvent être relevées qui évincent ou reconnaissent l'inexécution alors qu'elle n'aurait pas été caractérisée en présence de circonstances habituelles (B).

A. La relativité de la notion de faute contractuelle : voie d'accès aux circonstances

375. La responsabilité pour inexécution de l'obligation de moyen provient nécessairement d'une faute du contractant. À mi-chemin entre la responsabilité délictuelle et contractuelle, à tel point que la distinction des deux ordres de responsabilité en est remise en cause¹²³⁴, la problématique de la faute du contractant ne se résume pas entièrement à la constatation de l'absence de résultat attendu à l'exécution du contrat¹²³⁵. L'insatisfaction du créancier de l'obligation n'aboutit pas inévitablement à la responsabilité du débiteur. Néanmoins, dans une vision étriquée de la matière, le droit des contrats poserait seulement la question de savoir si le résultat escompté par le créancier a été obtenu. C'était tout le sens de l'ancien article 1147 du Code civil selon lequel l'inexécution ou le retard dans l'exécution du contrat engageait la responsabilité du débiteur, exception faite de la cause étrangère. Pourtant, la manière dont celle-ci le fut est une question normalement étrangère au droit des contrats. Cette constatation s'explique, car « l'obligation contractuelle n'est pas, en principe, l'expression d'une règle de conduite ou d'une norme de comportement »¹²³⁶.

L'affirmation doit être pourtant nuancée¹²³⁷. La bonne foi ou l'abus de droit intègrent dans l'appréciation de l'inexécution la faute dans le comportement, exactement comme le fait le droit de la responsabilité extracontractuelle¹²³⁸. Cette attractivité du droit de la responsabilité délictuelle est propice à l'influence des circonstances particulières qui encadrent le comportement du contractant.

¹²³⁴ Sur cette question : E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, préf. E. Loquin, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 568, 2016, spéc. n° 501 et s.

¹²³⁵ Cette constatation n'était pas si tranchée. Même dans le Code civil de 1804, l'obligation de veiller sur la chose dans les contrats de dépôt par exemple n'impliquait pas seulement de constater la perte de la chose pour caractériser l'inexécution. L'ancien art. 1137 C. civ. vérifiait le comportement du bon père de famille de celui qui était chargé de la conservation.

¹²³⁶ G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité.*, LGDJ, 4^e éd., 2019, n° 252, p. 404.

¹²³⁷ G. VINEY, *Ibid.*, n° 253, p. 405 : l'obligation contractuelle peut impliquer un jugement de valeur sur le comportement du débiteur car la liberté contractuelle permet de « définir la portée de l'obligation, son intensité ».

¹²³⁸ Sur cette idée : J. BELLISSENT, th. préc., spéc. n° 268. Dans le même sens : G. VINEY, *Ibid.*, p. 406 et n° 255 : l'appréciation de la faute dans le cadre d'une obligation de moyen est « tout à fait comparable, sinon identique à celui qui est utilisé pour juger le comportement du responsable en matière délictuelle – l'homme raisonnable ».

376. Difficulté à caractériser la gravité intrinsèque de la faute. Le réflexe de tout juriste est de vérifier l'existence des conditions d'une règle afin d'y appliquer ou non ses effets. C'est ce que le juge observe en matière de nullité du contrat. Il doit normalement se cantonner à constater l'existence des conditions de la nullité afin de la reconnaître. Il ne dispose pas en cette matière d'une marge de manœuvre¹²³⁹.

Cette constatation ne se retrouve pas toujours concernant l'appréciation de la faute dans l'inexécution¹²⁴⁰. Par analogie avec la responsabilité délictuelle, la faute peut consister en la violation d'une norme particulière. Dans cette hypothèse, l'appréciation du comportement de l'auteur est limitée, puisque la seule constatation de la transgression de la règle suffit à emporter la responsabilité¹²⁴¹. Cette application dans l'hypothèse de la violation d'une obligation contractuelle n'est pas si évidente. Sans prendre part aux controverses sur le contenu définitionnel de la notion de faute¹²⁴², la qualification de cette dernière induit l'appréciation du comportement lorsque l'obligation implique, au-delà d'un résultat déterminé, une diligence particulière. Le juge reste donc « libre d'apprécier l'opportunité du prononcé de cette mesure en prenant en considération une multitude de circonstances »¹²⁴³ dont la « sanction ou l'indulgence à l'égard du débiteur »¹²⁴⁴.

Dans certaines hypothèses, le juge ne se contente pas de relever l'inexécution, mais vérifie plutôt les conséquences de cette dernière, ce qui rapproche l'appréciation d'un raisonnement conséquentialiste¹²⁴⁵. La qualification de faute est donc largement tributaire des circonstances, à tel point que certains auteurs admettent qu'il « est indéniable qu'en pratique la solution

¹²³⁹ En revanche, le juge peut toujours jouer indirectement sur les éléments constitutifs de la nullité du contrat, en appréciant largement ou restrictivement l'excusabilité de l'erreur par exemple : *supra* n° 94 et s.

¹²⁴⁰ La faute et l'inexécution sont utilisées comme synonyme. Un doute a pu exister à l'aune de la rédaction du Code civil. Tandis que l'ancien art. 1147 C. civ. prévoyait que le débiteur pouvait être condamné à des dommages et intérêts entre autres « à raison de l'inexécution de l'obligation », l'art. 1137 en appelait à la notion de « bon père de famille » dans la conservation de la chose, ce qui semblait faire référence à la notion de faute. Mais comme un auteur le précise, « l'inexécution s'entend donc de tout comportement s'égayant de la conduite présumée du bon père de famille. Or, il est troublant de constater que la définition ainsi donnée de l'inexécution correspond en tout point à celle de la faute », ce qui en « atténue le caractère objectif » J. BELLISSENT, th. préc., n° 263, p. 152 et p. 153.

¹²⁴¹ En ce sens : H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *op. cit.*, n° 416 : « dans certaines situations, le problème de l'existence de la faute est immédiatement résolu : dans toutes celles où une obligation précise pesait sur le défendeur ». La transgression d'une règle du code de la route n'implique pas l'appréciation du comportement du conducteur. Les circonstances ici ne sont pas envisagées afin d'apprécier la légitimité du non-respect d'un refus de priorité par exemple (encore que l'affirmation pourrait trouver à se nuancer dans le cas d'une nécessité, comme une urgence médicale).

¹²⁴² Sur un compte rendu de cette controverse : M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, préf. P. Jourdain, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 588, 2019, spéc. n° 46 et s.

¹²⁴³ T. GENICON, th. préc., n° 411, p. 294.

¹²⁴⁴ T. GENICON, *Ibid.*

¹²⁴⁵ Sur cette idée : Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. M. Muir-Watt, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 419, 2004, n° 236, p. 321.

concrète de bien des décisions est dictée par l'équité, au moins pour partie, notamment lorsque l'application stricte de la règle conduit à une solution inacceptable »¹²⁴⁶.

377. La qualification de faute est tributaire des circonstances du litige. L'obligation de résultat évacue dans une certaine mesure l'appréciation du comportement du débiteur lors de la constatation d'une inexécution contractuelle. Celui-ci doit réaliser une prestation définie. Sa responsabilité est engagée, exception faite d'un événement de force majeure, même s'il s'est comporté dans les faits de façon diligente. Dans le cadre d'obligations de moyens, le juge vérifie la conformité du comportement du débiteur au standard adéquat. Concernant la réalisation d'une prestation, l'article 1166 du Code civil précise aujourd'hui que la prestation doit répondre aux attentes légitimes du créancier. Pour autant, il ne faut pas exagérer l'importance de l'appréciation circonstancielle de la faute : certains comportements apparaissent *a priori* comme des comportements fautifs¹²⁴⁷. D'autres diraient encore de manière *in abstracto*.

Néanmoins, l'étude des circonstances de la commission de la faute réajuste parfois l'appréciation judiciaire. Ces subtilités ne se conçoivent pas toujours de manière évidente pour le juriste. Comme le relève M. Leveneur, la qualification de faute relève de procédés syllogistiques antérieurs. En effet, si le raisonnement précise que le comportement de « Primus » est fautif dans une situation particulière, d'autres syllogismes « antécédents » sont à l'œuvre permettant de considérer en quoi son comportement est fautif dans de telles circonstances¹²⁴⁸. La constatation de certains faits s'opère « sans recourir à des concepts juridiques »¹²⁴⁹. Les auteurs ne s'y trompent pas, puisqu'ils reconnaissent que « certaines qualifications procèdent d'appréciations d'ordre essentiellement factuel, liées à l'espèce sans possibilité de systématisation »¹²⁵⁰. Bien que la Cour de cassation contrôle la qualification des circonstances constitutives d'une violation d'une obligation, les juges du fond restent souverains dans la constatation de ces circonstances¹²⁵¹. Finalement, le manquement grave *per se* n'existerait pas,

¹²⁴⁶ Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité civile*, op. cit., p. 34. Un auteur propose sur le constat de la subjectivité inhérente à ces notions d'abandonner le contrôle de la qualification exercée par la Cour de cassation : J.-L. AUBERT, « La distinction du fait et du droit (...) », art. préc.

¹²⁴⁷ Sur ce point : N. DEJEAN DE LA BÂTIE, th. préc., n° 128 : le passage entre une appréciation *in abstracto* et *in concreto* varie selon les cas. Ce choix s'explique car « la gravité de la faute se mesure à la nocivité intrinsèque de l'attitude envisagée, indépendamment de toute excuse subjective. Parfois, au contraire, l'appréciation se colore de préoccupations morales, ce qui conduit à tenir compte des circonstances psychologiques existant en la personne de l'agent et qui sont de nature à rendre sa conduite plus ou moins blâmable ».

¹²⁴⁸ L. LEVENEUR, « Le fait », in *Vocabulaire fondamental du droit*, APD, t. 35, Sirey, 1990, p. 143 et s., spéc. p. 152.

¹²⁴⁹ L. LEVENEUR, *Ibid.*

¹²⁵⁰ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, J. BUK-LAMENT, *La technique de cassation*, op. cit., p. 145.

¹²⁵¹ En ce sens : A. RABUT, *La notion de faute en droit privé*, Impr. Molière, 1948, p. 40-41 ; Dans le même sens : S. GUINCHARD, F. FERRAND, T. MOUSSA, « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », *D.* 2015, p. 278, spéc. n° 26 : le contrôle de la qualification de la faute par la Cour de cassation est toujours réalisé « compte tenu des circonstances de l'espèce, telles qu'elles résultent des constatations des juges du fond. Et elle a toujours refusé de donner une définition générale de la faute, appréciant cette notion au cas par cas. La jurisprudence en la matière est donc casuistique ».

il y aurait seulement des comportements fautifs « à raison des circonstances »¹²⁵². M. Fages évoque que les agissements du salarié « ne sont pas examinés de façon abstraite, mais en considération de son cadre de travail et du but poursuivi par l'entreprise. Pratiquement, une même attitude peut apparaître, au gré des circonstances, génératrice de trouble ou tout à fait indifférente »¹²⁵³. Pourtant, cette caractérisation a des conséquences considérables : reconnaître l'auteur de l'acte comme coupable ou, au contraire, l'exempter de tout agissement fautif. Les juges auraient donc tout intérêt à révéler précisément les circonstances à l'origine de la qualification de la faute.

378. L'appréciation des circonstances dans la qualification de la faute est une influence nette de la notion d'équité. Nombre d'auteurs remarque la part inhérente d'équité dans l'appréciation de la faute. Le droit de la responsabilité civile serait « orienté vers la recherche de la meilleure solution en fonction de l'espèce, les rédacteurs du Code civil ayant toujours placé l'équité au centre de la réflexion des juges »¹²⁵⁴. Ce n'est pas autre chose qu'énonçait Ripert quand il reconnaissait que l'idéal moral intervient, non seulement dans la création de la règle, mais aussi « dans l'application et l'interprétation de la règle » puisque le juge est le législateur « des cas particuliers »¹²⁵⁵. Cette précision recoupe enfin tout ce que nous avons déjà pu affirmer à l'endroit du fameux contrôle de proportionnalité *in concreto*¹²⁵⁶, bien que l'appréciation de la faute ne se conçoit pas comme un conflit de droits ou du moins, pas directement¹²⁵⁷.

Cette influence est frappante dans certaines décisions. L'expérience, l'habitude, présument souvent l'existence ou l'absence d'une faute. La présence de circonstances particulières relativise l'intuition dans son existence. Cet ajustement au gré des circonstances est lié à la recherche des fins et des valeurs d'une qualification. Ce respect de la fin d'une règle avec les moyens dont est doté le système juridique se révèle avec acuité dans le contentieux de la faute. Cette fin doit être parfois ajustée « d'une façon occasionnelle par les circonstances de la cause »¹²⁵⁸. Cette marge de manœuvre est facilitée par la plage temporelle à l'occasion de laquelle le juge peut relever des circonstances révélant des actes répréhensibles.

¹²⁵² T. GENICON, th. préc., n° 412, p. 296.

¹²⁵³ B. FAGES, th. préc., p. 200-201.

¹²⁵⁴ J. BELLISSENT, th. préc., n° 271, p. 158. Même sens : L. SICHEL, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, th. dactyl., 2011, n° 151, p. 208. L'auteur insiste sur le fait que les juges refusent « d'enfermer leur analyse dans des catégories figées ; ils paraissent au contraire préférer une approche casuistique pour apprécier le caractère causal des différentes circonstances qui ont entouré le dommage. Aussi constate-t-on que pragmatisme et équité semblent dicter la plupart des décisions rendues en la matière ».

¹²⁵⁵ RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, rééd. 2014, n° 15, p. 25.

¹²⁵⁶ H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656 : contrôle qui risquerait de dégénérer en un contrôle en équité en l'absence de détermination précise des droits supposés en conflit. Sur le lien entre circonstances particulières et contrôle de proportionnalité : *supra* n° 262.

¹²⁵⁷ Comme le contrôle de proportionnalité n'est pas considéré comme une opération de qualification du comportement comme l'est la faute : *supra* n° 284, 286.

¹²⁵⁸ L. HUSSON, « Les trois dimensions (...) », art. préc., p. 99 : l'auteur poursuit en affirmant qu'il serait « inique d'imputer une faute à l'automobiliste qui, pour éviter un accident grave et certain, a couru le risque de provoquer un accident éventuel en violant, pour parer à une circonstance imprévisible, une règle de dépassement ou de priorité ».

379. Temporalité de l'appréciation des circonstances. L'appréciation de la faute du contractant est enserrée dans une temporalité assez étendue. Une décision de la Cour de cassation du 14 novembre 2006¹²⁵⁹ a retenu que « les juges ont à prendre en compte toutes les circonstances de la cause intervenues jusqu'au jour de la décision » pour justifier de la résiliation d'un contrat d'agent commercial. Cette appréciation étendue de la temporalité des circonstances de la faute est confortable pour le juge. Elle permet d'inclure dans le jugement des comportements préjudiciables qui se seraient manifestés après une assignation en justice. En revanche, elle est d'une rigueur particulière pour les défendeurs qui doivent adopter un comportement dénué de tout reproche afin de se mettre à l'abri de toutes contestations possibles.

Cette liberté dans l'appréciation est en effet exigeante. La marge de manœuvre dont dispose le juge ne permet pas aux contractants d'envisager précisément les circonstances qui seraient à l'origine d'une faute. La majorité des comportements fautifs est certes envisageable, car elle se manifeste généralement dans des circonstances qui ne laissent aucun doute. Cependant, certaines circonstances particulières sont susceptibles d'affiner l'appréciation judiciaire. La faute peut être évincée alors qu'elle aurait dû être qualifiée dans des circonstances habituelles. *A contrario*, la faute pourrait être engagée plus facilement alors que, habituellement, elle ne serait pas admise dans de telles circonstances.

Il faut noter que la dernière tendance jurisprudentielle semble restreindre cette appréciation. Par une décision du 16 novembre 2022, la chambre commerciale précise que la faute grave de l'agent commercial découverte par le mandant après la rupture de son contrat ne le prive pas de son indemnité¹²⁶⁰. Ainsi, l'appréciation des circonstances du comportement fautif ne peut aller au-delà de la cessation du contrat, du moins si une faute grave n'est pas la cause de la rupture du contrat d'agent commercial. Ainsi, la Cour de cassation s'aligne sur l'interprétation de la CJUE de la directive n° 86/653 du 18 décembre 1986¹²⁶¹.

B. La nature des circonstances sur la relativisation de la faute contractuelle

380. Plan. Le comportement apparaît souvent comme intrinsèquement fautif ou non : le contractant a exécuté ou n'a pas exécuté correctement le contrat. Dans ces contentieux, le juge n'aurait qu'à constater l'inexécution pour en assortir la sanction adéquate, ou d'observer celle

¹²⁵⁹ Com. 14 nov. 2006, n° 05-11.278. Même sens : Com. 15 mai 2007, n° 06-12.282, Publié au Bulletin, Com. 24 nov. 2015, n° 14-17.747, inédit.

¹²⁶⁰ Com. 16 nov. 2022, n° 21-17.423, *LEDC* 2023, p. 3, obs. J.-F. HAMELIN.

¹²⁶¹ CJUE, 28 oct. 2010, n° C-203/09, *LEDC* 2010, p. 4, note C. ZOLYNSK : la Cour relevant que le « législateur entendait exiger l'existence d'une causalité directe entre le manquement imputable à l'agent commercial et la décision du commettant de mettre fin au contrat afin de pouvoir priver l'agent commercial de l'indemnité prévue à l'article 17 de la directive ».

prévue contractuellement. Un comportement contractuel serait jugé abstraitement correct ou répréhensible.

Ce constat est insuffisant. L'analyse circonstancielle de l'inexécution est souvent indispensable. Les circonstances possèdent un double intérêt pour cette problématique. Elles permettent de teinter ou d'aggraver un comportement *a priori* normal d'un aspect fautif (a). *A contrario*, elles restaurent la normalité d'un comportement vraisemblablement fautif en reconnaissant une sorte « d'excuse contractuelle », à l'image des circonstances atténuantes en droit pénal, sans que cette qualification n'emporte la constatation de l'existence d'un cas de force majeure (b).

a. L'influence des circonstances sur la reconnaissance de la faute du contractant

381. L'influence des circonstances particulières du débiteur de l'obligation. Les circonstances tenant à la particularité de l'individu contractant ne sont pas des éléments censés exercer une influence sur la reconnaissance d'une faute dans le comportement. Comme pour la responsabilité délictuelle, les capacités et compétences de l'individu n'ont, normalement, aucun enjeu sur la caractérisation de la responsabilité.

L'affirmation doit être nuancée. Si les circonstances individuelles diminuant les capacités de l'individu sont, normalement, indifférentes, les circonstances qui attestent d'une compétence ou d'une capacité supérieure à la moyenne sont observées par les juges. L'affirmation est d'autant plus vraie en droit des contrats qu'en droit de la responsabilité civile¹²⁶². Les contractants peuvent faire de leur expérience ou capacité dans un domaine un élément important, voire déterminant de la conclusion du contrat. La dimension subjective de la relation, que d'aucuns qualifieraient d'*intuitu personae*, joue souvent sur la reconnaissance de la responsabilité du débiteur.

En droit du travail, l'importance du poste occupé par le salarié est un élément important dans la reconnaissance de la gravité du comportement. En effet, les juges seront plus regardants sur les fautes commises par des salariés dont les emplois ou les rangs hiérarchiques occupés supposent une exemplarité. Les juges de la chambre sociale insistent par exemple sur la faute commise par un « haut cadre » ayant sous sa direction quatre mille deux cents personnes pour reconnaître la gravité des faits qui lui étaient reprochés¹²⁶³. Le trouble et l'image de la société sont des éléments qui impliquent une appréciation des circonstances particulières du salarié. Ces circonstances s'éloignent régulièrement de la seule sphère contractuelle et concernent la vie privée du salarié. Le but poursuivi dans l'appréciation de son comportement, à savoir la

¹²⁶² Certains régimes de responsabilité, comme la responsabilité du fait des choses, sont totalement étrangers à l'appréciation des circonstances personnelles de l'auteur du dommage.

¹²⁶³ Soc. 7 fév. 1985, n° 82-43.505, *Bull. Civ. V*, n° 90 : l'employeur reprochait au salarié le vol d'un tableau dans un musée lors d'un déplacement professionnel.

protection de la société, justifie la diversité des circonstances observées¹²⁶⁴. L'appréciation large des circonstances relativise la notion de faute « à caractère professionnel ». Ainsi, le comportement qui, de manière abstraite, ne serait pas répréhensible, car il ne concernerait pas directement la violation d'une obligation inscrite dans le contrat de travail, justifie parfois un licenciement pour faute en raison des conséquences préjudiciables sur la structure dans laquelle il est employé. La Cour de cassation relève qu'« un motif tiré de la vie personnelle du salarié peut justifier un licenciement disciplinaire s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail »¹²⁶⁵. Cette obligation se manifeste souvent dans le devoir de bonne foi qui autorise une appréciation plus souple des comportements répréhensibles dans des circonstances éloignées de l'environnement de la relation salariale.

382. L'influence de l'état des connaissances d'un marché donné sur la qualification de la faute. Le créancier d'une obligation doit s'attendre à recevoir une prestation qui correspond à l'évolution de la technique et à jour des connaissances dans un domaine particulier. Les médecins doivent par exemple utiliser des appareils médicaux perfectionnés. La vétusté des installations médicales a, par le passé, pu être reprochée¹²⁶⁶. Plus généralement, les professions impliquant une connaissance dans un domaine particulier doivent fournir des efforts particuliers pour être à jour des connaissances de la profession particulière qu'ils exercent.

383. L'influence du contexte politique sur la légitimité du licenciement d'un salarié : « l'affaire Tex ». Un arrêt du 20 avril 2022¹²⁶⁷ illustre l'influence des considérations politiques et médiatiques d'une époque particulière sur la qualification du comportement fautif d'un salarié. En l'espèce, l'animateur Tex, célèbre grâce à l'émission « les Z'amours » accueillant des couples et connu pour ses traits d'humour grinçants a tenu, à une heure de grande écoute et sur une chaîne de télévision publique autre que celle pour laquelle il était employé, une plaisanterie sur les femmes battues. Le mouvement « *metoo* » était en pleine effervescence à ce moment-là et des mesures de lutte contre ce genre de violences furent énoncées dans le même temps par le président de la République. Le contexte extrêmement sensible promettait de rendre exemplaire le litige qui, dans d'autres circonstances, serait sûrement passé inaperçu¹²⁶⁸. Deux

¹²⁶⁴ Sur ce point : G. AUZEREO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, n° 472 : la faute professionnelle exclut normalement de fonder le licenciement sur un fait qui « relève de la vie personnelle » du salarié. Cependant, ce principe reçoit une exception « lorsque la faute commise en dehors du temps et du lieu de travail a créé un trouble caractérisé au sein de l'entreprise, en raison des fonctions du salariés et de la finalité propre de l'entreprise ou, plus généralement, lorsqu'elle entraîne un trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise ».

¹²⁶⁵ Soc. 27 mars 2012, n° 10-19.915, Publié au Bulletin.

¹²⁶⁶ Par exemple : Req. 3 juill. 1945, *D.* 46.J.53, cité par A. RABUT, th. préc., n° 74, p. 87.

¹²⁶⁷ Soc. 20 avr. 2022, n° 20-10.852, Publié au Bulletin, *D.* 2022, p. 1191, note J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, *JSL*, n° 544, obs. H. NASOM-TISSANDIER. Sur l'avis contraire de l'avocate générale Anne-Marie Grivel : « La liberté d'expression de l'humoriste à la télévision à l'heure du politiquement correct », *Dr. soc.* 2022, p. 386.

¹²⁶⁸ D'autant plus lorsque l'on sait avec quelle indulgence la liberté d'expression, qui plus est d'un humoriste, est appréciée habituellement par la Cour de cassation, sauf quand elle est dirigée vers l'employeur : Soc. 6 oct. 2016, n° 15-19.588. Sur cette restriction de la liberté d'expression en présence d'une clause de discrétion : Soc. 16 sept. 2015, n° 13-26.949.

questions interdépendantes étaient posées par le pourvoi. Celle concernant l'abus de la liberté d'expression du salarié, et celle relative à la caractérisation de la violation d'une obligation contractuelle précise.

384. Circonstances analysées dans l'appréciation de la faute du salarié animateur.

L'étude du contexte est liée en l'espèce à deux catégories de circonstances : celles habituelles, qui correspondent aux circonstances factuelles du comportement. Quand est-ce que la blague fut proférée, dans quel lieu, à quelle fréquence, à qui était-elle destinée, par quel type de salarié¹²⁶⁹ ? En l'occurrence, cette blague fut émise sur une chaîne de télévision en qualité d'humoriste, et non en qualité d'animateur de l'entreprise audiovisuelle qui l'avait employé. Cette précision n'est pas simplement anecdotique, puisque le salarié était connu pour ce genre d'humour, ce qui aurait dû relativiser la réception de la plaisanterie, certes de mauvais goût, dans ce contexte particulier. En outre, le comportement ne fut pas exercé à l'occasion de l'exécution du contrat de travail du salarié, mais en dehors, ce qui ne peut aboutir à un licenciement pour faute grave, sauf à démontrer les conséquences préjudiciables sur l'entreprise dans lequel le salarié est employé. Pour parer à cet argument, les juges relèvent l'existence d'une clause « d'éthique » insérée dans une charte à laquelle l'animateur avait contractuellement adhéré. Les juges tentent de relier la cause de la sanction à l'inexécution des obligations contractuelles.

En revanche, l'admission sans détours de l'influence des circonstances médiatiques et politiques sur l'appréciation de la faute grave du salarié est bien plus originale. Ces circonstances devraient normalement « rester indifférentes à l'appréciation du juge de cassation »¹²⁷⁰ au risque de créer des précédents qu'il sera bien en peine de ne pas reproduire à l'avenir dans des situations similaires. Ces circonstances particulières auraient donc dû freiner l'animateur dans sa liberté d'expression au vu de l'émotion publique entourant cette lutte, animateur qui aurait pu échapper à sa responsabilité en adoptant une attitude de regret les jours qui ont suivi l'événement. Au contraire, loin de s'en émouvoir, il persista dans une attitude provocatrice tendant à banaliser ces comportements violents selon les magistrats de la Cour de cassation.

Procédant à « une mise en balance des intérêts en présence » selon les propres termes des juges de la chambre sociale, ces derniers énoncent au visa de l'article 1121-1 du Code du travail qu'il appartient « au juge de vérifier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, une telle ingérence est nécessaire dans une société démocratique, et pour ce faire, d'apprécier la nécessité de la mesure au regard du but poursuivi, son adéquation et son caractère proportionné à cet objectif ». La question est donc la suivante : la liberté d'expression du salarié avait-elle dégénéré en abus au regard de ce contexte particulier ? L'explication par la sanction de

¹²⁶⁹ Sur la qualité de salarié, la Cour de cassation d'ailleurs n'insiste pas grandement sur la qualité d'humoriste du salarié au moment des faits, humour considéré par l'animateur lui-même de « populaire » et qui aurait pu avoir une influence sur le rejet de la qualification de la faute grave ?

¹²⁷⁰ J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, *Ibid.*

l'inexécution du contrat n'est pas suffisante. Les juges ne se contentent pas de sanctionner le salarié pour l'inexécution d'une obligation, mais cherchent plus particulièrement à protéger des valeurs jugées, dans un temps et lieu donnés, et dans des circonstances particulières, supérieures à un autre droit qu'est en l'espèce la liberté d'expression inscrite à l'article 10, §1 de la Conv. EDH. La chambre sociale va donc bien plus loin que la CEDH dans cette décision, car le contexte médiatique et politique ne sont pas des éléments observés par les juges européens dans l'appréciation de la rupture du contrat de travail sans indemnités de licenciement¹²⁷¹.

En outre, comme le relevait le salarié, certaines circonstances qui auraient pu alléger la gravité de sa faute n'ont pas été étudiées par les juges du fond. L'ancienneté de la relation salariale est une circonstance que le juge a l'habitude d'apprécier¹²⁷². L'analyse *in concreto* de la CEDH envisage aussi ces circonstances, puisqu'elle reconnaît par exemple que la qualification de faute grave et les conséquences en découlant étaient d'une particulière sévérité compte tenu de « l'ancienneté du requérant dans l'entreprise et son âge »¹²⁷³, éléments qui auraient dû orienter l'employeur vers le prononcé d'autres mesures plus appropriées¹²⁷⁴. Ce n'est donc pas la méthode de raisonnement proportionnelle en elle-même qui est reprochable. Pour que l'appréciation *in concreto* soit à l'abri de toute critique, elle doit contenir toutes les circonstances pertinentes permettant d'articuler les intérêts. Ainsi, le contexte politique sensible ne doit pas occulter les circonstances « atténuantes » comme l'ancienneté du salarié dans l'entreprise par exemple, ou son âge. En effet, certaines circonstances atténuent le comportement répréhensible du contractant là où la seule appréciation abstraite aurait dû, normalement, reconnaître la faute.

385. Synthèse sur les circonstances influençant la reconnaissance de la faute du contractant. L'étude de l'appréciation circonstancielle de la faute du contractant révèle l'influence de deux catégories distinctes de circonstances. Celles dites « individuelles » au contractant sont prises en compte lorsque le créancier attendait légitimement une prestation à la hauteur des attentes que le débiteur a suggérées par l'existence de circonstances particulières, comme ses connaissances ou compétences dans un domaine particulier. Les circonstances « externes » à l'individu, toile de fond de l'appréciation de son comportement, ont là aussi une importance déterminante. Ce sont encore les circonstances médiatiques et politiques du moment qui incitent le juge à reconnaître la faute grave d'un salarié le privant de ses indemnités de

¹²⁷¹ Sur cette précision : A.-M. GRIVEL, art préc., qui étudie avec précision la manière dont la CEDH apprécie la liberté d'expression du salarié.

¹²⁷² *Infra* n° 391.

¹²⁷³ CEDH, 29 fév. 2000, déc. n° 39293/98, « *Fuentes Bobo c/ Espagne* », spéc. § 49 : il s'agissait d'un licenciement pour faute grave d'un animateur de télévision espagnole pour les propos tenus à l'encontre de son employeur.

¹²⁷⁴ L'opinion dissidente des juges Caflisch et Makarczyk relèvent tout de même que l'employeur avait épuisé l'ensemble des mesures possibles avant de recourir au licenciement qui était justifié, la confiance étant brisée par « le comportement constamment provocateur du requérant ».

licenciement, faute qui n'aurait vraisemblablement pas été reconnue dans des circonstances similaires, mais dans un contexte politique moins sensible.

b. L'influence des circonstances sur l'éviction de la faute du contractant

386. Refus de principe à l'influence des circonstances individuelles dans l'atténuation de la gravité de la faute. Les circonstances particulières des contractants n'exerceraient aucune influence sur l'atténuation de la faute contractuelle alors que l'équité peut tenir compte « des conditions personnelles du débiteur pour nier la faute dans l'inexécution »¹²⁷⁵. Pourtant, les décisions en ce sens ne sont pas inexistantes. Les juges ont relevé par le passé la maladie d'un mandataire afin de partager la responsabilité envers son mandant lui-même fautif¹²⁷⁶. Cette décision a tout l'air d'un jugement en équité¹²⁷⁷.

Bien que la santé du contractant¹²⁷⁸ ne soit pas sans influence sur l'exécution de l'obligation, elle n'aurait de conséquences juridiques qu'en cas de qualification d'événement de force majeure. En dehors de ce mécanisme, la santé est exclue du standard choisi dans l'analyse du comportement¹²⁷⁹. Cette circonstance n'exercerait aucune influence sur la caractérisation de la faute, alors qu'elle pourrait avoir un effet sur l'exonération du débiteur. Une auteure souligne l'incohérence de ce constat¹²⁸⁰.

Cette réticence à faire de la maladie un élément pouvant écarter la qualification fautive du comportement du contractant se comprend. La force majeure est susceptible d'exonérer la responsabilité du débiteur en répondant à des critères précis. La Cour de cassation aurait un contrôle nécessairement réduit dans l'hypothèse où cette circonstance serait étudiée sous le prisme du comportement fautif. Néanmoins, cette constatation vaut pour toutes les circonstances particulières capables de relativiser la faute. Les choix tenant aux circonstances individuelles du salarié, ou plus généralement du contractant, ont pour particularité d'être tributaires de l'appréciation judiciaire. C'est donc la maladie du contractant, mais aussi toutes les circonstances relatives à ses capacités intellectuelles, physiques, matérielles ou morales, qui seraient exclues de l'appréciation d'une potentielle éviction de la faute dans son comportement en matière contractuelle. Par exemple, la faute inexcusable ou la faute lourde, dont l'appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond¹²⁸¹, est appréciée en droit des

¹²⁷⁵ M.-S. ZAKI, « Définir l'équité », art. préc., p. 101

¹²⁷⁶ Trib. civ. Lille 13 août 1859, sous Req. 26 nov. 1860, cité par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, th. préc., n° 129, p. 112.

¹²⁷⁷ N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Ibid.*

¹²⁷⁸ Pour une vue d'ensemble de cette problématique : C. LEQUILLERIER, th. préc.

¹²⁷⁹ En ce sens : D. NOGUÉRO, *De l'incidence de la maladie sur l'acte juridique*, th. dactyl., Paris 2, 2000, spéc. n° 381.

¹²⁸⁰ C. LEQUILLERIER, th. préc., n° 102, p. 119-120.

¹²⁸¹ Civ. 1^{ère}, 4 juill. 2000, n° 98-10.744, *Bull. Civ. I*, 2000, n° 203, p. 133.

contrats de manière abstraite¹²⁸². Pour la faute lourde, elle suppose depuis un arrêt en chambre mixte du 22 avril 2005 de démontrer « l'inaptitude du débiteur à s'acquitter de la mission dont il s'est chargé » ainsi qu'une « négligence d'une extrême gravité confinant au dol »¹²⁸³ ce qui suppose un comportement d'une particulière négligence, sans que les juges du fond n'envisagent généralement les circonstances morales ou psychologiques de l'auteur de la faute¹²⁸⁴. Autrement dit, la recherche de la faute lourde, bien qu'ayant pour objet l'appréciation du comportement de l'auteur¹²⁸⁵, ne prendrait pas en compte les circonstances personnelles du débiteur qui pourraient justifier cette négligence. L'auteur de la faute lourde devait avoir conscience du danger, conscience que doit partager tout individu sans référence à ses circonstances personnelles¹²⁸⁶.

Pourtant, l'appréciation même « abstraite » de la faute ne serait pas rétive à l'influence des circonstances. M. Jourdain explique sur ce point que cette méthode d'analyse « n'exige de s'abstraire que des circonstances psychologique et intellectuelle internes à l'agent, non des circonstances matérielles ou physiques »¹²⁸⁷. En droit pénal, la contrainte retirerait éventuellement le caractère fautif du comportement¹²⁸⁸, circonstance morale qui n'a pas les mêmes effets en droit civil. La recherche de la faute implique parfois une appréciation du contexte du comportement fautif du contractant. C'est donc une absence de parallélisme qui existe entre les circonstances individuelles et le contexte du comportement. Les circonstances particulières et individuelles du débiteur sont bien plus observées afin de désavouer le

¹²⁸² Une auteure propose toutefois pour la définition des fautes intentionnelle, lourde et inexcusable de se référer à deux aspects de la gravité. La gravité comme conscience du dommage et la gravité des conséquences du dommage. Pour celle qui nous intéresse, la gravité de la conscience du dommage doit se vérifier *in concreto* « en contemplation de la personne même du responsable », cette recherche devrait être « d'ordre intellectuel et psychologique » : L. SICHEL, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, préf. G. Loiseau, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 614, 2022, spéc. n° 361 et s. La question de savoir si le contractant *aurait dû avoir conscience* du danger serait plus protectrice de l'intérêt du créancier que celle de savoir si le débiteur *a eu effectivement conscience du danger*. Néanmoins, le juge peut toujours apprécier restrictivement la faute inexcusable, comme les juges de la Cour de cassation l'ont fait récemment pour le voiturier. Cette appréciation relativise la prétendue faveur à l'intérêt du créancier qu'impliquerait une appréciation *in abstracto* : Com. 2 fév. 2022, n° 19-25.075.

¹²⁸³ Ch. mixte, 22 avr. 2005, n° 03-14.112 et n° 02-18.326, *Bull. mixte*, n° 3 et 4, *RTD Civ.* 2005, p. 604, obs. P. JOURDAIN, *Ibid.*, p. 778 obs. J. MESTRE et B. FAGES, *RTD Com.* 2005, p. 828, obs. B. BOULOC. Les juges ne peuvent se contenter de la démonstration du manquement à l'obligation essentielle, mais doivent encore prouver « la gravité du comportement du débiteur » : Com. 29 juin 2010, n° 09-11.841, *Bull. Civ. IV*, n° 115, *D.* 2010, p. 1832, note D. MAZEAUD, *RTD Civ.* 2010, p. 555, obs. B. FAGES.

¹²⁸⁴ N. DEJEAN DE LA BÂTIE, th. préc., n° 130 et s. Dans le même sens : P. JOURDAIN, « Notion de faute : contenu commun à toutes les fautes », *J.-Cl. Responsabilité civile et assurances*, 2022, n° 108 : « les circonstances qui sont irrémédiablement écartées sont celles qui sont propres à la personne de l'agent : les circonstances personnelles (...). De la sorte, apprécier la faute *in abstracto* signifie seulement que, pour apprécier le contenu du devoir, l'on doit faire abstraction des circonstances personnelles à l'agent » ; A. RABUT, th. préc., spéc. n° 114 : la faute ne peut être jugée qu'au regard « des circonstances externes ».

¹²⁸⁵ La Cour de cassation se référerait par le passé à une conception dite « objective » de la faute lourde, le créancier devant démontrer, non pas la gravité du comportement du débiteur comme c'est le cas aujourd'hui, mais la violation d'une obligation « essentielle » et les conséquences de cette inexécution. Sur cette question : V. MAZEAUD, « L'unité et l'utilité de la faute lourde en matière contractuelle », *D.* 2015, p. 188.

¹²⁸⁶ Des auteurs relèvent l'inconstance de la méthode d'appréciation abstraite. Sur ce point : L. SICHEL, th. préc., n° 230.

¹²⁸⁷ P. JOURDAIN, « Retour sur l'imputabilité », in *Mél. B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 511 et s., spéc. p. 520 : l'imputabilité est semblable en droit pénal et en droit civil mais les régimes diffèrent concernant notamment l'imputabilité « morale ».

¹²⁸⁸ P. JOURDAIN, *Ibid.*, p. 524.

comportement du contractant, que pour le dédouaner. Le seul exutoire pour celui-ci serait de parvenir à la reconnaissance de la circonstance comme événement de force majeure. La problématique se déplace de la reconnaissance de sa responsabilité à l'exonération de sa responsabilité.

387. Les circonstances justifient l'absence de qualification de la faute du contractant sans qu'elles ne soient qualifiées d'événements de « force majeure ». Certaines décisions admettent l'existence de faits justificatifs au comportement du débiteur. Ces situations, qui ne sont pas fondées sur la constatation d'un événement de force majeure, illustrent l'absence de qualification fautive du comportement, bien que celui-ci aurait été critiquable dans des circonstances habituelles.

L'existence de ce phénomène atteste de l'influence de certaines circonstances qui agissent comme des faits justificatifs au comportement du contractant. Les notions de causalité ou d'imputabilité ne sont jamais loin de ces contentieux. Sur l'appréciation du délai raisonnable de l'exécution d'un contrat, la CJUE indique que des retards constatés peuvent être justifiés « par des circonstances propres à l'affaire »¹²⁸⁹. Les juges indiquent à l'occasion de l'exécution d'un contrat d'entreprise que l'existence de conditions météorologiques particulières n'a aucune conséquence sur l'appréciation du délai raisonnable « lorsqu'il s'agit d'une courte durée ». *A contrario*, pour une durée contractuelle plus étendue, les conditions météorologiques peuvent être des circonstances particulières qui justifient l'allongement du délai d'exécution de la prestation et donc le retard du débiteur. Il ne s'agit donc pas d'une inexécution contractuelle stricte, mais d'une exception à ce qui est habituellement admis, dans des circonstances normales et habituelles, comme une inexécution. Les circonstances météorologiques, circonstances exceptionnelles, renversent la solution normalement admise. D'autres décisions attestent de l'existence de ce mouvement.

388. L'influence de la crise sur un marché particulier dans l'absence de qualification de rupture brutale de la relation commerciale établie. Au-delà de la qualification d'événement de force majeure en présence d'une crise économique affectant l'exécution de l'obligation du débiteur, les juges préfèrent parfois constater l'absence des conditions requises de l'application d'un dispositif juridique particulier. La méthode revient à retirer le caractère fautif du comportement du débiteur d'une obligation particulière en présence d'un fait justificatif, sans pour autant le contraindre à apporter les preuves d'un événement de force majeure.

L'article L. 442-1, II, alinéa 3 du Code de commerce prévoit que la faculté de résiliation sans préavis est possible en présence notamment d'un « cas de force majeure ». Pourtant, les

¹²⁸⁹ Arrêt *LVM c. Commission*, 15 oct. 2002, *op. cit.*

décisions jurisprudentielles l'illustrant ne vérifient pas expressément le respect strict des conditions de la force majeure¹²⁹⁰. À l'occasion d'une décision portant sur la qualification d'une rupture brutale de la relation commerciale en présence d'une baisse de commandes, les juges ont reconnu qu'un distributeur, victime d'une baisse de son chiffre d'affaires de plus de 15% du fait de « la situation conjoncturelle affectant le marché du textile » et d'une modification de l'économie du contrat, n'engageait pas sa responsabilité¹²⁹¹. Les conditions d'application de l'article 1218 du Code civil ne sont pas vérifiées par les juges qui se contentent de relever l'existence d'une crise sur le marché du textile. Finalement, l'appréciation de circonstances de « force majeure » est plus libre à travers l'appréciation de la rupture brutale de la relation commerciale établie que lorsque l'article 1218 est évoqué.

L'affirmation est encore confortée par l'évolution du contentieux. Avant ce courant jurisprudentiel, un auteur estimait que « seul un changement présentant les caractères d'un cas de force majeure semblait pouvoir justifier la rupture » puisqu'elle était « la seule visée par le texte de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce »¹²⁹². En outre, les deux mécanismes n'ont pas exactement le même effet. Il n'est pas question ici d'exonérer la responsabilité de l'auteur de la rupture, mais de ne pas reconnaître la faute dans la rupture partielle de la relation commerciale puisqu'elle ne lui est pas imputable¹²⁹³. C'est donc bien l'existence d'une hypothèse différente de la force majeure que les juges ont créée, ce qui retire une grande partie de l'intérêt de l'exception pour force majeure prévue par les textes en raison de la difficulté de réunir tous ses critères cumulatifs¹²⁹⁴. En revanche, en l'absence de circonstances justifiant les difficultés d'approvisionnement, le fait de faire chuter sans raison valable des commandes même en l'absence de volumes précis est considéré comme une rupture brutale de la relation

¹²⁹⁰ Par exemple : CA Paris, 30 janv. 2019, n° 16/16506, JurisData n° 2019-001080 : la baisse de commandes de matériels informatiques auprès d'un fournisseur s'expliquait par « l'évolution de la conjoncture économique ». Confirmé par : Com. 14 oct. 2020, n° 19-17.048.

¹²⁹¹ Com. 8 nov. 2017, n° 16-15.285, *RDC* 2018, p. 37, comm. S. PELLET, *RTD Civ.* 2018, p. 112, obs. H. BARBIER. Dans le même sens : Com. 6 fév. 2019, n° 17-23.361, *CCC* 2019, comm. 66, obs. N. MATHEY : la société justifia « d'une diminution significative de son activité de promotion immobilière (...) consécutive à la crise économique et financière de 2008. L'arrêt affirme que la rupture dont se plaint la société *Iplus* n'est pas imputable à la société *Icade* ». Sur cette question de manière générale : L.-M. AUGAGNEUR, « La répercussion d'une baisse d'activité sur les fournisseurs et sous-traitants constitue-t-elle une rupture partielle des relations commerciales établies ? », *JCP E* 2009, p. 1446. Même sens : Com. 12 fév. 2013, n° 12-11.709, *RTD Civ.* 2013, p. 375, obs. H. BARBIER.

¹²⁹² N. MATHEY, obs. sous. Cass. 6 fév. 2019, *op. cit.* Dans le même sens : D. et N. FERRIER, *Droit de la distribution*, LexisNexis, 9^e éd., 2020, n° 419, p. 269 : cette appréciation de l'imputabilité de la baisse de commandes permet d'éviter de passer par la démonstration de la force majeure selon les auteurs. D'autres auteurs font état seulement de l'existence de la force majeure dans l'exception du préavis de rupture suffisant : F. BUY, M. LAMOUREUX, J.-C. RODA, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2^e éd., 2019, n° 372, p. 299.

¹²⁹³ D'ailleurs, les juges auraient pu fonder leur décision, non sur l'absence de rupture partielle, mais sur l'absence de brutalité de la rupture, qui est une autre façon de reconnaître l'absence de faute. Sur cet avis : C. MOULY-GUILLEMAUD, « Répercussion de la crise économique, perte de rentabilité d'une relation ou prévisibilité de la rupture : la brutalité en quête de sens », *RTD Com.* 2016, p. 385.

¹²⁹⁴ Pour les contrats de distribution qui ne comportent pas de clause portant sur un volume de commandes, les circonstances économiques ne sauraient justifier la méconnaissance, sauf à démontrer l'existence d'un cas de force majeure ou de faire jouer le mécanisme de l'imprévision dont on peut douter de son application dans ce genre de situations. Sur cette dernière remarque : S. PELLET, obs. sous Com. 8 nov. 2017, *op. cit.*, spéc. n° 7.

commerciale établie¹²⁹⁵ ou comme un manquement à la bonne foi contractuelle en l'absence de bénéfice du dispositif de la rupture brutale¹²⁹⁶.

389. La purge de l'abus du non-renouvellement d'un contrat en présence de circonstances particulières. Une réflexion similaire peut être menée sur la décision de non-renouvellement d'un contrat. L'absence de renouvellement d'un contrat de distribution est toujours possible¹²⁹⁷ et le juge doit normalement se contenter de la constater¹²⁹⁸. Comme toute rupture contractuelle, elle ne doit pas être brutale. Le fait pour un franchiseur d'avoir créé dans l'esprit de son co-contractant l'espoir légitime de renouvellement du contrat peut caractériser la brutalité dans la rupture comme l'énoncent parfois les juges¹²⁹⁹. Cet espoir déçu, afin d'être indemnisé, doit s'accompagner d'actes positifs, comme des investissements très importants réalisés par le distributeur.

Comme dans la rupture brutale de la relation commerciale, le fournisseur peut-il démontrer son absence de faute lorsqu'un changement de circonstances l'a dissuadé de poursuivre la relation contractuelle, bien qu'il ait promis à son partenaire qu'il la poursuivrait ? La question se pose rarement devant les tribunaux, mais elle présente un intérêt pratique indéniable. Une décision de la Cour de cassation, tout en reconnaissant l'abus dans la rupture d'un contrat de concession pour lequel un préavis avait pourtant été respecté, a affirmé que la société avait rompu le contrat de concession « sans avoir de grief sérieux à présenter à la société *OMAC* et sans pouvoir, en particulier, lui reprocher une insuffisance des affaires »¹³⁰⁰.

En réalité, aucun argument ne plaide en défaveur de la prise en compte du changement de circonstances dans l'appréciation de l'abus dans le non-renouvellement du contrat. La sanction du comportement du débiteur vise à corriger l'incohérence dans son comportement. En revanche, si celui-ci subit un changement de circonstances qui le contraint de réduire son activité en n'honorant pas la promesse faite à ses partenaires, il trouve une justification légitime qui est la cause de la modification de son attitude. Tous ces éléments doivent être envisagés par le juge par l'analyse d'un faisceau d'indices. Rien ne devrait restreindre les circonstances prises en

¹²⁹⁵ CA Paris, 23 mai 2013, *RTD Com.* 2013, p. 500, obs. M. CHAGNY, *CCC* 2013, p. 209, obs. N. MATHEY.

¹²⁹⁶ Qui est une compétence exclusive de la CA de Paris, ce qui explique parfois le choix procédural de certaines juridictions de fonder la baisse de commandes sur la bonne foi : Com. 7 oct. 2014, n° 13-21.086, *D.* 2014, p. 2329, note F. BUY, *D.* 2015, p. 943, obs. D. FERRIER, *RTD Com.* 2015, p. 144, obs. B. BOULOC, *RTD Civ.* 2015, p. 381, note H. BARBIER.

¹²⁹⁷ Les juges ont refusé la reconnaissance du droit au renouvellement des contrats de franchise et de concession : Com. 4 sept. 2018, n° 17-18.132, *CCC* 2018, p. 200, note M. MALAURIE-VIGNAL, *D.* 2019, p. 795, obs. N. FERRIER.

¹²⁹⁸ Com. 28 nov. 2006, n° 04-20.734, *Bull. Civ. IV*, n° 234, *RTD Civ.* 2007, p. 345, obs. J. MESTRE, B. FAGES. Le juge des référés ne peut ordonner la poursuite des relations contractuelles lorsque le contrat de distribution est régulièrement résilié.

¹²⁹⁹ Com. 23 mai 2000, n° 97-10.553, inédit. Même sens : Com. 5 oct. 2004, n° 02-17.338, *Bull. Civ. IV*, n° 181, *RTD Civ.* 2005, p. 128, obs. J. MESTRE, B. FAGES, *RDC* 2005, p. 288, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK, *RLDC* 2005, n° 478, note D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD, CA Paris, 1^{er} sept. 2021, n° 10/00494.

¹³⁰⁰ Com. 8 janv. 1968, *Bull. III*, n° 11.

considération. Toutefois, le changement de circonstances doit être suffisamment important pour qu'il serve de prétexte au concédant ou franchiseur. Un léger ralentissement de l'économie sur un marché particulier ne devrait pas justifier la déception du non-renouvellement si l'espoir de poursuite de la relation contractuelle s'est accompagné d'investissements très importants. Sans invoquer l'imprévisibilité du changement de circonstances, le fournisseur se rendrait coupable d'abus si cette évolution défavorable du contexte était déjà connue et qu'il a tout de même promis la continuation du contrat à son distributeur. Encore une fois, tout semble encore être question d'articulation des intérêts et de contrôle de proportionnalité.

390. Les circonstances extérieures retirant le caractère fautif de l'inexécution ne sauraient écarter l'exécution forcée d'une obligation contractuelle de résultat. Un arrêt du 18 janvier 2023 voué à une publication au Bulletin énonce clairement qu'un événement non imputable au débiteur d'une obligation et qui lui retirerait éventuellement son caractère fautif ne saurait faire échec à la résolution du contrat¹³⁰¹. En l'espèce, une société n'avait pu profiter d'une prestation d'un traiteur à laquelle elle avait fait appel qui devait intervenir à l'occasion de l'organisation d'un salon destiné aux professionnels de l'immobilier. La société souhaita faire reconnaître la résolution du contrat afin de se faire restituer l'acompte versé au traiteur au titre de l'inexécution de ses obligations contractuelles. Les juges du fond refusèrent de prononcer la résolution et les conséquences s'y attachant. En effet, quand bien même l'inexécution du contrat et la gravité de celle-ci sont prouvées, la résolution n'est pas applicable du fait de l'absence de faute dans l'inexécution « causée par l'annulation du salon MIPIM ». Sur le triple fondement des articles 1217, 1227 et 1229 du Code civil, la Cour de cassation a cassé la décision en affirmant que la Cour d'appel ne pouvait que se rendre coupable d'une violation des textes susvisés en jugeant que « les prestations objet du contrat n'avaient pas été exécutées ». La circonstance extérieure et indépendante de la volonté du contractant ne peut donc évincer l'application de la résolution du contrat et de ses effets, à savoir la restitution de « l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre » comme le prévoit l'article 1229 du Code civil.

Cette solution n'est pas incompatible avec les décisions concernant la rupture brutale de la relation commerciale. La baisse de commandes du distributeur ne méconnaissait aucune clause de volume de commandes particulier. La notion même de « brutalité » dans la rupture invite à apprécier la faute dans le comportement. Autrement dit, la baisse de commandes ne peut être considérée comme l'inexécution d'une obligation particulière. L'arrêt du 18 janvier 2023 ne se préoccupe pas de la faute dans le comportement. Les juges de la Cour de cassation estiment que l'imputabilité de la faute n'a aucune conséquence sur l'application des sanctions de l'inexécution, puisque la prestation n'a pas été réalisée. C'est tout ce qui importe en réalité : le débiteur devait réaliser une prestation particulière, il n'a pu le faire, et aucune circonstance particulière ne parvient à justifier juridiquement cette inexécution. L'obligation est de résultat.

¹³⁰¹ Com. 18 janv. 2023, n° 21-16.812.

Le contrat qui comporte une obligation prévoyant un certain résultat ne se préoccupe pas des circonstances desquelles découle cette inexécution. Ce que le débiteur a promis, c'est l'obtention d'un résultat précis, et non tous les moyens raisonnables d'y parvenir. Finalement, la rédaction du contrat évince la possibilité d'apprécier le comportement du contractant conformément aux circonstances particulières.

391. La relativisation du comportement du salarié compte tenu d'un contexte particulier de grande familiarité. Une décision est révélatrice de la circonstancialisation à l'œuvre du comportement du contractant. Bien que des propos injurieux, ou un comportement vulgaire peuvent être considérés comme des fautes de manière abstraite, les circonstances relativisent parfois leur gravité. Un salarié qui insulte son employeur au cours d'une discussion ne peut se faire licencier immédiatement, car les juges n'ont pas tiré de certains faits « les conséquences juridiques en résultant »¹³⁰². La « longévité » de la relation du salarié le liant avec le même employeur depuis plus de vingt ans ainsi que le contexte habituel de « liberté » et de familiarité purge le caractère grave de la faute qui justifierait en temps normal la suppression du versement des indemnités et préavis de licenciement. Ce propos, proféré une seule fois à l'encontre de l'employeur, ne dépassait « pas les propos habituellement utilisés dans le milieu professionnel des intéressés ».

Les juges, pragmatiques, adaptent leur grille de lecture aux circonstances particulières présentes dans un milieu professionnel donné. Les juges relèvent le climat habituel à ce genre de grossièretés. En outre, la précision de la longévité de la relation met l'accent sur la fidélité de l'employé et sur la satisfaction de l'employeur qui aurait dû se séparer plus tôt de son salarié si son comportement le froissait. Finalement, les circonstances influent sur la notion de gravité du comportement du contractant, et donc sur la caractérisation d'une faute.

A contrario, certains agissements comportent une gravité telle qu'aucune circonstance n'est susceptible d'en atténuer la gravité. Des insultes à caractère racial proférées contre des subordonnés et l'inscription de termes à connotation sexuelle ont « nécessairement un caractère fautif »¹³⁰³. Il existerait dans ces situations une « présomption de faute grave en cas de propos racistes émis par un salarié »¹³⁰⁴. La gravité de la faute dans ces circonstances « se mesure à la nocivité intrinsèque de l'attitude envisagée, indépendamment de toute excuse subjective »¹³⁰⁵. Si des circonstances particulières, telles que l'ancienneté de la relation de travail, ou encore le contexte du comportement, peuvent avoir un intérêt dans l'appréciation de la gravité, certaines fautes sont tellement graves qu'aucune considération circonstancielle ou subjective n'aurait un

¹³⁰² Soc. 16 fév. 1987, n° 84-41.065 : le salarié avait traité son employeur de « connaud ».

¹³⁰³ Soc. 2 juin 2004, 02-44.904, *Bull. civ.* V, n° 150 : le salarié avait traité de « negro » l'un de ses subordonnés. Dans le même sens concernant l'envoi d'un courrier antisémite à partir de la messagerie professionnelle qui justifie un licenciement pour faute grave avec départ immédiat du salarié sans préavis : Soc. 2 juin 2004, n° 03-45.269.

¹³⁰⁴ Qualification retenue à l'égard d'un propos antisémite.

¹³⁰⁵ N. DEJEAN DE LA BÂTIE, th. préc., n° 128, p. 111.

quelconque enjeu dans la détermination de l'intensité du comportement blâmable. Certaines fautes paraissent particulièrement graves à l'aune du contexte politique, voire médiatique du moment¹³⁰⁶.

392. L'influence des circonstances familiales sur la gravité du refus de modification du lieu de travail. En dehors de l'hypothèse où l'application d'une clause de mobilité pourtant insérée valablement est parfois reprochée à l'employeur sur le fondement de son devoir de bonne foi¹³⁰⁷, le contexte familial d'un salarié est capable d'emporter la preuve d'une faute. L'employeur manque à la bonne foi s'il revendique l'application d'une « clause de mobilité avec une légèreté blâmable eu égard aux charges de famille de l'intéressé de sorte que malgré l'absence de modification substantielle du contrat, le refus de la salariée ne pouvait s'analyser en une faute grave »¹³⁰⁸. Une décision postérieure confirme cette tendance de la vérification des conditions familiales du salarié dans l'application d'une clause de mobilité¹³⁰⁹. La particularité du contrat de travail marquée par la protection de l'individu-salarié amène nécessairement à l'appréciation circonstancielle. Si cette tendance est moins prégnante pour d'autres contrats nommés, il n'est pas certain qu'elle ne contaminerait pas à l'avenir tout le droit contractuel si le contrôle de proportionnalité venait à se généraliser.

393. L'influence de l'état de santé du salarié. Le Conseil d'État dans une décision du 3 juillet 2013¹³¹⁰ a reconnu l'absence de cause réelle et sérieuse d'un licenciement d'un salarié lorsque le comportement fautif est dû à un « état pathologique » ou à un « handicap de l'intéressé » sur le fondement de l'article L. 1132-1 du Code du travail. À l'image de l'irresponsabilité de l'auteur d'une faute pénale, la faute produite par un salarié qui n'a pas conscience, donc l'intention de la commettre, ne peut être susceptible de constituer un fait fautif autorisant le licenciement. La chambre sociale adopte la même appréciation. Dans un arrêt du 24 janvier 1991, elle remet en cause une décision de la Cour d'appel qui, « tout en constatant l'état dépressif du salarié et son hospitalisation », n'a pas recherché si ces circonstances « n'ôtaient pas au défaut de justification de sa maladie son caractère fautif »¹³¹¹. L'ancienneté

¹³⁰⁶ *Supra* n° 383

¹³⁰⁷ *Supra* n° 330.

¹³⁰⁸ Soc. 6 fév. 2001, n° 98-44.190, *Bull. Civ. V*, 2001, n° 41, p. 31.

¹³⁰⁹ Soc. 24 janv. 2007, n° 05-40.639, *RDC* 2007, p. 1220, obs. C. RADÉ, *JCP G* 2007, p. 10110, obs. J. MOULY. Le fait d'imposer à un salarié qui a réclamé sa mobilité géographique un lieu éloigné de son domicile familial « portait atteinte de façon disproportionnée à la liberté de choix du domicile de la salariée et était exclusive de la bonne foi contractuelle ». Dans les faits, l'employeur s'est vu reprocher l'absence de propositions envers la salariée de postes disponibles proches de son domicile familial sans pouvoir attester de « raisons objectives ». Le fondement de l'art. 7 de la Conv. EDH marque la dimension « droits de l'homme » de ce contentieux, et donc l'existence d'un contrôle de proportionnalité *in concreto* à l'œuvre.

¹³¹⁰ CE, 3 juill. 2013, n° 349496, *Gaz. Pal.*, 2013, n° 206, obs. P. GRAVELEAU, *cah. Soc.* 2013, n° 256, obs. F. CANUT.

¹³¹¹ Soc. 24 janv. 1991, n° 89-40.121, *Bull. V*, n° 38, p. 24 : l'employeur licencia en l'espèce un salarié pour abandon de ses fonctions alors que cette absence était due à une fugue dépressive qui était déjà survenue quelques mois plus tôt.

du salarié fut là aussi une circonstance qui aurait dû être prise en considération par les juges du fond dans la caractérisation de la faute.

394. Conclusion du Paragraphe 2. Bien que les obligations contractuelles comportent souvent des obligations précises qui évincent en grande partie l'appréciation du comportement du débiteur, puisque la faute découle généralement de la constatation de l'inexécution du contrat, l'appréciation des circonstances, autant afférentes à l'individu qu'au contexte particulier de l'exécution du contrat, ont parfois un intérêt dans l'éviction ou la reconnaissance de la faute. Cette appréciation est corrigée par la présence de circonstances particulières, autant pour reconnaître la faute du contractant qui ne l'aurait pas été dans des circonstances habituelles, qu'afin d'évincer cette qualification qui se serait avérée injuste.

Afin de protéger le créancier du droit, l'appréciation de la faute s'exerce sans envisager normalement les caractéristiques individuelles du débiteur. En revanche, la prise en compte de caractéristiques « internes » de l'individu contractant est bien plus courante lorsque le but est de reconnaître la gravité d'un comportement. Un débiteur qui a manifesté des qualités particulières qui ont un enjeu dans l'exécution du contrat sera plus facilement reconnu fautif à l'égard de son créancier qu'un contractant qui n'a rien précisé. En outre, certains droits sont bien plus sensibles à l'appréciation circonstanciée de la faute. En droit du travail par exemple, des considérations « humanistes » permettent parfois d'écarter la qualification fautive. Le droit de la distribution qui cristallise souvent l'inégalité factuelle des parties donne une place particulière à l'influence du changement de circonstances économiques dans l'appréciation de la rupture du contrat ou d'une relation commerciale établie. Aussi l'influence des droits fondamentaux ne pourra que renforcer à l'avenir cette prégnance de l'analyse circonstancielle, et non pas exclusivement en faveur du contractant-salarié. En effet, le contexte politique et médiatique condamnent plus particulièrement certains comportements. Ces circonstances, qui peuvent être considérées comme des tendances sociales, orientent le pouvoir judiciaire dans l'appréciation de la nocivité d'une attitude. Là où une attitude répréhensible envers un employeur emporte la qualification de faute simple, les insultes à caractère racial ou des blagues de mauvais goût à l'encontre d'une catégorie de personnes particulière sont sanctionnées pour faute grave. Ces attitudes sont parfois qualifiées de fautives alors qu'elles ne l'auraient pas été dans un autre contexte moins sensible.

395. Conclusion de la Section I. La volonté des contractants est la clef de lecture nécessaire à la détermination des droits et obligations des parties. Néanmoins, la manière d'exécuter la prestation contractuelle est tout aussi essentielle que l'obligation inscrite au contrat. L'une d'ailleurs ne s'envisage pas sans l'autre. Le comportement du contractant doit se conformer à ce que la lettre contractuelle impose, ou à ce que l'opération contractuelle suggère.

Le « bon » comportement est souvent tributaire des circonstances de l'exécution du contrat. Comme pour le contrat de transport, la réalisation correcte de la prestation repose en grande partie sur l'intelligence du débiteur de l'obligation et sa capacité d'adaptation à son environnement contractuel. Les circonstances complètent pertinemment la lettre du contrat. Celle-ci se révèle souvent insuffisante pour éclairer le débiteur de toutes les circonstances qu'il doit observer et pour lesquelles il doit apporter une réponse raisonnable et adaptée.

Cette affirmation est d'autant plus vraie à l'égard des obligations de moyen. Même en présence d'une obligation de résultat, l'appréciation des circonstances se révèle nécessaire, ne serait-ce que pour identifier à quoi le débiteur était précisément tenu. Les circonstances du contrat façonnent directement le contenu de l'obligation du débiteur.

Ces circonstances dépassent parfois une lecture rigide de l'accord contractuel. Face à des circonstances particulières, le débiteur n'a parfois pas d'autres choix que d'agir dans l'intérêt de son créancier en ne se cachant pas derrière une lecture « statique » de ses obligations. Cette hypothèse, qui se rencontre par exemple dans les contrats de transport maritime, doit rester marginale. En effet, le débiteur doit compter sur sa seule sagacité afin de ne pas s'écarter inutilement des termes de l'accord, ou, au contraire, de rester dans une inertie coupable, en ayant pour seule boussole l'intérêt de son créancier. Les termes précis d'un contrat sont aussi un gage de sécurité pour le débiteur de l'obligation.

Ces circonstances sont encore utiles lorsque le débiteur est soupçonné d'inexécution. Elles permettent de corriger une appréciation du comportement qui, de manière trop hâtive, aurait emporté la mauvaise qualification.

Ainsi, autant pour la détermination de l'obligation, que pour la qualification de la faute, les circonstances sont des grilles de lecture indispensables au contractant et au pouvoir judiciaire dans l'articulation des différents intérêts contractuels ou, plus précisément, dans la répartition des risques. Elle ne peut bien souvent se déterminer qu'au regard des seules circonstances du contrat. La recherche de cet équilibre se vérifie encore à l'égard de l'exonération de la responsabilité du débiteur.

SECTION II. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'EXONÉRATION DE LA RESPONSABILITÉ DU CONTRACTANT

396. Distinction de l'exonération de la responsabilité avec l'hypothèse de reconnaissance de la faute. Deux hypothèses sont sous-entendues par la notion d'inexécution contractuelle. L'inexécution contractuelle serait parfois constatée, mais des circonstances exonèrent la responsabilité du débiteur. La distinction avec l'appréciation de la faute est subtile, mais réelle. Cette appréciation intervient en amont de la constatation d'un quelconque fait exonératoire de responsabilité. Le contractant n'a pas exécuté son obligation, mais cette faute ne lui est pas imputable. La force majeure ici agit comme une exception, ce qui n'est pas le cas des circonstances analysées afin d'affiner la compréhension du comportement du contractant. Les circonstances ont un effet dérogatoire qui est absent de l'analyse du comportement à travers le standard du raisonnable, de l'attente légitime ou encore de la faute. Le but n'est pas identique. Les circonstances analysées à travers les standards évoqués répondent à un objectif de qualification.

Les circonstances particulières peuvent encore exonérer la responsabilité du contractant. La faute est reconnue, puisqu'une inexécution est constatée, mais elle se justifierait parfois par des circonstances qui écarteraient les sanctions attachées à la reconnaissance de cette inexécution. Il n'est plus question de caractérisation de l'inexécution, mais de dérogation à l'effet normalement attaché à la constatation d'une inexécution contractuelle. En dépit d'une différence de finalités, des constatations similaires à celles reconnues à l'égard des standards d'appréciation du comportement du contractant sont envisageables. Les termes utilisés par le législateur pour le dispositif législatif de force majeure autorisent une appréciation élargie des circonstances du litige. Cette souplesse donne l'occasion au juge de se prononcer sur l'opportunité des dérogations accordées, non seulement au regard des événements de force majeure, mais aussi à la lumière des différents intérêts à articuler.

397. Plan. Le contentieux de l'exonération de la responsabilité du contractant est essentiellement apprécié à travers la force majeure. Ces critères sont stricts, mais les textes ne limitent pas cette exonération à la nature des circonstances (Paragraphe 1) afin que le juge soit capable de saisir toute une diversité de circonstances. Cette absence d'unité dans la nature des circonstances ne se retrouve pas dans l'un des effets attachés à la qualification d'un événement de force majeure qu'est son caractère dérogatoire sur l'exécution du contrat (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'absence de critères tenant à la nature des circonstances exonératoires de responsabilité

398. Plan. L'article 1218 du Code civil prévoit les conditions de la reconnaissance de la force majeure. L'événement doit « échapper au contrôle du débiteur », qui n'a pu le prévoir « raisonnablement » au moment de la conclusion du contrat et « dont les effets » n'ont pu être obviés par des « mesures appropriées ». Les termes choisis sont suffisamment larges pour que l'interprète juge de l'opportunité de la dérogation au regard des circonstances particulières du litige. L'indifférence de la nature des circonstances dans ce contentieux implique la nécessité pour le juge d'identifier le contexte factuel de la survenance des événements (A). Cette part irréductible de contingence est susceptible d'être contrôlée par la technique contractuelle qui peut s'approprier les conditions de la reconnaissance d'un événement de force majeure (B).

A. *L'indifférence de la nature des circonstances exonératoires de responsabilité*

399. L'absence de critères communs à l'identification des circonstances de « force majeure ». Une idée générale prédomine la reconnaissance des circonstances de force majeure. L'événement doit échapper à la diligence raisonnable du débiteur qui n'a pu le prévoir au moment de la formation du contrat¹³¹², et dont les effets n'ont pu être raisonnablement évités. En droit commun des contrats, la condition d'extériorité, existante sous l'empire du Code civil de 1804, n'apparaît pas dans l'ordonnance du 10 février 2016¹³¹³.

D'autres articles du Code civil, tout en prévoyant que la force majeure exonère le débiteur, n'envisagent pas expressément les conditions de reconnaissance. C'est le cas de l'article 1929 qui exonère le dépositaire de sa responsabilité en présence « d'accidents de force majeure »¹³¹⁴. La condition d'appréciation raisonnable fut reprise par la CVIM qui propose dans un article 79 qu'une « partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que

¹³¹² La vérification de l'imprévisibilité du fait seulement au moment de la conclusion du contrat est critiquée. Certains auteurs préféreraient vérifier la prévisibilité tout au long de l'exécution du contrat. Un fait imprévisible au moment de la formation pourrait se révéler prévisible dans les circonstances de son exécution. *A contrario*, un fait prévisible lors de la conclusion peut se révéler par ses effets irrésistibles au moment de sa survenance, car des mesures appropriés et raisonnables n'ont pu empêcher la réalisation du dommage. Sur ce dernier point, la Cour de cassation a retenu par le passé la seule condition d'irrésistibilité comme condition de la force majeure. Pour une vue d'ensemble sur ces décisions : P. JOURDAIN, « Le rôle de l'imprévisibilité de la cause étrangère », *RTD Civ.* 1994, p. 871. Plus récemment : Ass. Plén. 14 avr. 2006, n° 02-11.168, *D.* 2006, p. 1577, comm. P. JOURDAIN, *RTD Com.* 2006, p. 904, obs. D. NOGUÉRO, *RTD Civ.* 2006, p. 775, obs. P. JOURDAIN. L'appréciation de l'imprévisibilité au fil de l'exécution de l'accord n'a pas été retenue par les rédacteurs de la réforme du Code civil. Le texte se réfère toujours à l'appréciation de l'imprévisibilité au moment de la formation. Sur ces critiques : J. HEINICH, th. préc., n° 144 ; L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. Aynès, Economica, 2011, n° 396 et s. Dès lors, n'y aurait-il pas possibilité de sanctionner l'absence de mesures adaptées à la survenance d'un événement en cours d'exécution du contrat par le prisme de la bonne foi ? Rien ne l'empêcherait.

¹³¹³ Art. 1218 C. civ.

¹³¹⁴ Il y a fort à parier que les conditions de l'art. 1218 C. civ. sont applicables aux « accidents de force majeure » du dépositaire.

l'on pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences ».

L'esprit de ces critères se retrouve pour tous les types de contrats. En droit du transport aérien, l'article 5 paragraphe 3 du règlement 261/2004¹³¹⁵ générant le plus de contentieux dans cette matière exempte le transporteur aérien du versement de dommages et intérêts aux passagers en présence de « circonstances extraordinaires qui n'auraient pas pu être évitées même si toutes les mesures raisonnables avaient été prises ». Le règlement en donne des exemples concrets : « l'instabilité politique », « des conditions météorologiques incompatibles avec la réalisation du vol concerné », « des risques liés à la sécurité » ou encore « des grèves » sont autant d'événements qui pourraient potentiellement emportés la qualification de circonstances extraordinaires. Depuis une ordonnance du 20 décembre 2017¹³¹⁶, le code du tourisme prévoit à l'article L. 211-2, V, alinéa 3 que les circonstances « exceptionnelles et inévitables » doivent s'entendre comme « une situation échappant au contrôle de la partie qui invoque cette situation et dont les conséquences n'auraient pu être évitées même si toutes les mesures raisonnables avaient été prises ».

400. Appréciation de la notion de circonstances de force majeure en droit aérien par les juges du fond. Ces exemples sont loin de traduire la réalité de l'appréciation mise en œuvre par le pouvoir judiciaire. Tous les exemples cités par le règlement cité doivent être relativisés suivant les circonstances de leur survenance.

Concernant par exemple les conditions météorologiques, une tornade soudaine et d'une particulière violence est considérée en France comme un événement répondant généralement aux caractéristiques de la force majeure alors qu'il peut être considéré comme relativement courant dans des pays accoutumés à ce genre de phénomènes¹³¹⁷. *A contrario*, un événement tout à fait banal pourrait, par des circonstances particulières telles que sa soudaineté ou sa gravité, relever d'un cas de force majeure. La défaillance généralisée du système d'approvisionnement en carburant des avions d'un aéroport fut reconnue comme une circonstance extraordinaire qui soustrait le transporteur de son obligation d'indemnisation des passagers en cas d'annulation ou de retard de vol¹³¹⁸. Les juges européens rappellent tout de

¹³¹⁵ Règlement n° 261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) n° 295/91.

¹³¹⁶ Ordonnance n° 2017-1717 portant transposition de la directive (UE) 2015/2302 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées.

¹³¹⁷ Pour un exemple de décision refusant de reconnaître le caractère d'imprévisibilité d'un vent extrêmement violent dans une région habituée à de tels événements : Civ. 2^e, 24 oct. 2002, n° 01-03.920. Sur l'appréciation de l'ouragan Emily comme événement de force majeure et la divergence d'analyse des juges du fond pour un même événement et des circonstances similaires : C. GORY, « La force majeure à l'honneur : retour sur l'ouragan Emily », *Gaz. Pal.* 2008, p. 19.

¹³¹⁸ CJUE, 7 juill. 2022, n° C-308/21.

même que le manque de carburant n'est pas considéré dans des circonstances habituelles comme un événement de force majeure¹³¹⁹.

De manière générale, la CJUE considère qu'une circonstance extraordinaire s'identifie comme l'événement qui par « sa nature ou par son origine » n'est pas « inhérent à l'exercice normal de l'activité du transporteur aérien concerné » et échappe de ce fait à « la maîtrise effective du transporteur ». Le transporteur doit quant à lui mettre en œuvre « tous les moyens en personnel ou en matériel et les moyens financiers dont il disposait » sans toutefois en exiger « des sacrifices insupportables au regard des capacités de son entreprise au moment pertinent »¹³²⁰. Finalement, l'appréciation de la force majeure ne peut s'envisager sans l'appréciation des circonstances de la survenance de l'événement. En dépit des apparences, c'est donc moins l'événement en lui-même qui, par sa nature, sera considéré comme étant extraordinaire, que les circonstances de sa survenance qui exerceront une influence décisive sur cette qualification. Cette appréciation ne peut qu'être effectuée qu'au « cas par cas » comme le relèvent ici aussi les juges européens¹³²¹.

401. Les circonstances de la survenance de l'événement permettent de qualifier l'événement de circonstance dite « extraordinaire » ou de « force majeure ». La notion de force majeure répond à des besoins fonctionnels : est événement de force majeure celui qui empêche le débiteur d'exécuter son obligation. Cette définition implique une absence de détermination des circonstances qui seraient à l'origine d'une inexécution. La notion est donc nécessairement relative et « la force majeure peut résulter de toutes circonstances imprévues »¹³²².

La seule appréciation de la nature l'événement en lui-même n'est que très peu pertinente pour vérifier les conditions d'application de la force majeure¹³²³. Ce sont en réalité les circonstances qui accompagnent la survenance de l'événement qui retiendront toute l'attention judiciaire¹³²⁴. En effet, très peu d'événements, qu'ils soient climatiques, politiques,

¹³¹⁹ CJUE, *Ibid.*, pt. 22 : le ravitaillement en carburant relève en principe « de l'exercice normal de l'activité du transporteur aérien ».

¹³²⁰ CJUE, 23 mars 2021, n° C-28/20, « *Airhelp* » : une grève licite du personnel d'une compagnie aérienne n'est pas considérée en l'espèce comme une circonstance extraordinaire. Même sens : Com. 12 nov. 1969, *Bull.* n° 372 : « la grève de l'équipage était dans le climat de l'époque un événement tout à fait probable ».

¹³²¹ CJCE, 22 déc. 2008, n° C-549/07, « *Wallentin-Hermann* », pt. 23 ; CJUE, 17 sept. 2015, n° C-257/14, « *Van der Lans* », pt. 36 ; CJUE, 11 juin 2020, n° C-74/19, « *Transportes Aéreos Portugueses* », pt. 37, *Gaz. Pal.* 2020, p. 25, comm. C. PAULIN.

¹³²² D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, op. cit., n° 1015.

¹³²³ Concernant l'épidémie de Covid-19 par exemple, « la réunion des conditions de la force majeure dépend largement des circonstances de l'espèce, dans la mesure où ces notions font appel à des standards laissant une place importante à l'interprétation des juges » : J. HEINICH, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », in *Covid-19 et droit des affaires*, Dalloz, 2020, p. 11 et s., spéc. p. 11.

¹³²⁴ En ce sens : L. NIZARD, th. préc., p. 45 : « un événement n'est pas jugé imprévisible et insurmontable dans l'absolu, mais par rapport aux circonstances dans lesquelles il s'est produit ».

économiques ou sociaux, sont intrinsèquement imprévisibles. Même pour les plus spectaculaires d'entre eux, telles qu'une épidémie mondiale ou une guerre en temps de paix prolongée, la permanence de l'événement empêche de reconnaître un événement de force majeure¹³²⁵. *A contrario*, un comportement qui n'a vraisemblablement rien d'extraordinaire de manière intrinsèque pourrait, par sa gravité ou par son contexte particulier de survenance, être qualifié d'événement imprévisible échappant au contrôle du débiteur. Il est admis que le commandant de bord d'un aéronef doit assumer le comportement des passagers qu'il transporte, mais l'attitude particulièrement violente de l'un d'eux peut être qualifiée de circonstance extraordinaire dans la mesure où elle « ne constitue pas un comportement pouvant être attendu d'un passager », à tel point que les réactions de celui-ci n'étaient pas prévisibles. Le passager n'avait donc pu être maîtrisé par le personnel qui disposait de « moyens limités pour maîtriser un tel événement »¹³²⁶. Ce n'est donc pas l'événement en lui-même qui est imprévisible, mais bien les circonstances concrètes de réalisation appréciées à l'aune du raisonnable¹³²⁷. La nature du fait est donc un élément parmi d'autres dans l'appréciation des conditions de la force majeure.

402. La nécessité de l'appréciation circonstancielle dans la caractérisation des conditions de la force majeure. Certains courants jurisprudentiels révèlent la sévérité avec laquelle les conditions de la force majeure sont admises. Elle se révèle avec acuité dans les arrêts qui impliquent la responsabilité de la SNCF pour des retards ou des annulations de train, à tel point que certains auteurs ont évoqué la rigueur « légendaire »¹³²⁸ des juges de la Cour de cassation¹³²⁹. Revenus depuis sur cette analyse étriquée¹³³⁰, les juges admettent désormais plus volontiers la force majeure quand la SNCF est mise en cause.

Ils reconnaissent par exemple que le fait pour un individu de poignarder de manière soudaine un passager « sans avoir fait précéder son geste de la moindre parole ou de la manifestation

¹³²⁵ Comme pour l'épidémie de Covid-19, encore que les litiges ne se sont que très peu intéressés à la condition de prévisibilité raisonnable de l'événement au moment de la formation du contrat et portaient plutôt sur l'impossibilité de réaliser l'obligation, souvent de paiement, inscrite dans le contrat, autant par le prisme de la force majeure que sur celui de l'imprévision.

¹³²⁶ CJUE, 11 juin 2020, n° C-74/19, *op. cit.*, pt. 42 : en l'espèce, le passager en avait mordu un autre et avait agressé d'autres passagers ainsi que le personnel de l'équipage de cabine. Le comportement du passager est en lui-même une circonstance extraordinaire, mais les juges ont refusé d'évincer le transporteur de son obligation d'indemnisation du fait du retard du vol car il n'avait pas pris une mesure « raisonnable » pour acheminer les passagers dans un délai correct.

¹³²⁷ Formule utilisée par M^{me} Heinich : J. HEINICH, th. préc., n° 137. Sur cette idée : J. RADOUANT, *Du cas fortuit et de la force majeure*, éd. Arthur Rousseau, 1920, p. 13 : la force majeure est une « qualité juridique » qui n'est attachée à « aucun événement », elle se décide « dans chaque espèce » par un « examen des faits ».

¹³²⁸ P. JOURDAIN, obs. sous. Civ. 1^{ère}, 23 juin 2011, n° 10-15.811, *RTD Civ.* 2011, p. 772, *Gaz. Pal.* 2011, p. 13, note M. MEKKI, *CCC* 2011, p. 14, obs. L. LEVENEUR.

¹³²⁹ F. ROME, « SNCF : rien n'est imprévisible, ni irrésistible... », *D.* 2007, p. 1129. L'appréciation restrictive de la force majeure s'expliquerait par des raisons de politique juridique visant à aligner les régimes d'indemnisation des victimes d'accidents ferroviaires sur celui des victimes d'accidents de la route.

¹³³⁰ Pour quelques exemples et des circonstances similaires d'agressions de passagers : Civ. 1^{ère}, 12 déc. 2000, n° 98-20.635, *Bull. Civ.* I, n° 323, *D.* 2001, p. 1650, note C. PAULIN, *Ibid.*, p. 2230, obs. P. JOURDAIN, *RTD Com.* 2001, p. 505, obs. B. BOULOC, Civ. 1^{ère}, 3 juill. 2002, n° 99-20.217, *D.* 2002, p. 2631, note J.-P. GRIDEL, *RTD Civ.* 2002, p. 821, obs. P. JOURDAIN. Civ. 1^{ère}, 21 nov. 2006, n° 05-10.783, *D.* 2007, p. 15, obs. I. GALLMEISTER, *RTD Civ.* 2007, p. 574, obs. P. JOURDAIN, *RTD Com.* 2007, p. 441, obs. B. BOULOC.

d'une agitation anormale » doit être reconnu comme un événement de force majeure en raison de son « caractère irrationnel ». L'irrésistibilité est en parallèle confirmée par l'impossibilité pour le personnel ferroviaire de parer à l'événement par des mesures habituellement appliquées comme le contrôle des titres de transport¹³³¹. Elle a confirmé cette appréciation dans des faits similaires à propos d'une agression mortelle d'un passager entraînant sur les rails par un individu¹³³².

En dehors de considérations de politique juridique¹³³³, l'appréciation circonstancielle de la survenance de l'événement doit rester de mise afin de ne pas rendre impossible la démonstration de la force majeure. En effet, dans l'absolu, chaque événement est concevable et pourrait être évité par des mesures appropriées¹³³⁴. L'agression, le suicide, la catastrophe naturelle, ne sont pas des événements inédits et sont même assez fréquents. En revanche, le standard du raisonnable implique que la survenance et les effets de l'événement soient imprévisibles pour un individu dans les circonstances factuelles précises si l'on souhaite respecter l'esprit d'un tel dispositif. En effet, la force majeure a été conçue comme un « concept correcteur de certaines règles » qui « répond à un profond sentiment d'équité qui rejaillit sur son admission »¹³³⁵. L'imprévisible n'est donc pas l'impossible, l'inédit ou l'invraisemblable¹³³⁶. L'appréciation circonstancielle est une mesure nécessaire à l'articulation des différents intérêts en présence. La prévisibilité d'un événement dommageable se révèle par rapport aux circonstances. Les circonstances prévisibles indiquent le comportement que doit suivre le débiteur afin d'adapter au mieux sa prestation afin de parvenir à la réalisation de l'opération contractuelle. La réalisation du dommage rendue probable par les circonstances n'est pas imprévisible. C'est cette méthode que retiennent les juges dans les derniers arrêts relatifs à la responsabilité de la SNCF. Ils vérifient que le comportement de l'auteur de l'agression était précédé de signes avant-coureurs. Au contraire, l'agression ne peut être prévisible si l'agresseur, souffrant de schizophrénie, avait soudainement et très rapidement entraîné le passager sur les rails du train sans « qu'aucune altercation n'avait opposé les deux hommes »¹³³⁷.

403. Les implications de la référence à l'appréciation raisonnable sur l'influence des circonstances personnelles du débiteur. La problématique de l'influence des capacités personnelles du débiteur se conçoit surtout à l'aune de la condition d'irrésistibilité de la force

¹³³¹ Civ. 1^{ère}, 23 juin 2011, n° 10-15.811, Publié au Bulletin, *Gaz. Pal.* 2011, p. 16, obs. M. MEKKI, *JCP G* 2011, p. 1333, obs. C. BLOCH, *RTD Civ.* 2011, p. 772, obs. P. JOURDAIN, *D.* 2011, p. 1745, obs. F. ROME.

¹³³² Civ. 2^e, 8 fév. 2018, n° 16-26.198 et n° 17-10.516, Publié au Bulletin, *Gaz. Pal.* 2018, p. 31, obs. J. TRAULLÉ.

¹³³³ La sévérité dont fait preuve le juge à l'égard de certains contractants comme la SNCF peut s'expliquer par la volonté de faire peser le risque d'agression sur cette dernière. Sur cette question : G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, op. cit.*, spéc. n° 399.

¹³³⁴ En ce sens : G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Ibid.*, n° 399 : « dans l'absolu, presque tout est prévisible, même les pires catastrophes ».

¹³³⁵ P.-H. ANTONMATTEI, th. préc., n° 57, p. 45.

¹³³⁶ Sur cette prévision : O. DESHAYES, « La force majeure en matière contractuelle (retour sur la condition d'imprévisibilité) », *RDC* 2011, p. 1183.

¹³³⁷ Civ. 2^e, 8 fév. 2018, n° 17-10.516, *op. cit.*

majeure qui est considérée comme « le cœur » du dispositif¹³³⁸. L'appréciation raisonnable de la diligence attendue du débiteur inclut un raisonnement en termes de normalité. Dès lors, une question accompagne toujours ce genre de méthode de raisonnement. Les circonstances inhérentes à la personne du débiteur doivent-elles être envisagées pour adapter la grille de lecture du comportement raisonnable, ou seules les circonstances extérieures au débiteur doivent être relevées ? La jurisprudence fait montre d'une attention à la situation particulière du débiteur.

L'affirmation doit être précisée. Afin d'apprécier les conditions de la force majeure, les juges relèvent par exemple le comportement d'un « cultivateur averti »¹³³⁹ ou d'un « professionnel de l'immobilier »¹³⁴⁰. Ils retiennent de manière générale « toutes les circonstances de temps, de lieu, de circonstances économiques, politiques ou sociales, ainsi que des moyens dont disposait le défendeur pour faire face à l'événement »¹³⁴¹.

Un auteur justifie la relativité de l'appréciation de l'irrésistibilité par l'absence de capacités communes aux individus, voire à l'impossibilité de réclamer une « *résilience* » identique à chaque individu¹³⁴². Le champ lexical emprunté fait appel exagérément aux caractéristiques individuelles de la personne humaine. Or, comme pour la détermination du contenu des obligations contractuelles¹³⁴³, l'appréciation raisonnable de la diligence du contractant ne vérifie pas entièrement ses capacités physiques, morales, intellectuelles, psychologiques pour déterminer ce à quoi il était engagé. Raisonner de cette manière réinvestit exagérément le contractant en tant qu'individu dans la sphère contractuelle, alors que l'acte juridique se débarrasse nécessairement de certaines circonstances personnelles afin de stabiliser au mieux les prévisions. Admettre de cette manière que le juge apprécie la capacité de *résilience* du débiteur face à l'irrésistibilité d'un événement autorise à redéfinir indirectement les contours de l'obligation suivant sa personnalité et sa situation personnelle, ce qui n'est pas concevable¹³⁴⁴.

Comme pour la détermination de la qualité de la prestation¹³⁴⁵, l'appréciation raisonnable invite à prendre en compte des circonstances personnelles supérieures qui auraient pu éviter la survenance de l'événement dommageable. Le créancier attend à ce qu'un contractant professionnel de son milieu d'activité ait des moyens plus importants pour parer à un événement qu'un contractant plus modeste¹³⁴⁶. S'agissant des circonstances personnelles qui aggraveraient l'irrésistibilité de l'événement, elles sont susceptibles d'être incluses dans le raisonnement afin

¹³³⁸ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, op. cit., n° 1018.

¹³³⁹ Civ. 24 déc. 1957, *Bull. Civ. II*, n° 816, p. 528.

¹³⁴⁰ Com. 8 déc. 2009, n° 08-70.331.

¹³⁴¹ G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 398, p. 275.

¹³⁴² L. THIBIERGE, th. préc., n° 432, p. 265 et 266.

¹³⁴³ *Supra* n° 193 et s.

¹³⁴⁴ Sur la spécificité de la notion de force majeure relativement à la notion d'obligation contractuelle : J. MOURY, « Force majeure : éloge de la sobriété », *RTD Civ.* 2004, p. 471.

¹³⁴⁵ *Supra* n° 360.

¹³⁴⁶ Dans ce sens : H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, préf. J. Mestre, PUAM, 2011, spéc. n° 403 et s. : l'auteur distingue la qualité de profane et d'averti dans l'influence de la prévisibilité du risque qui est bien évidemment plus sévère pour le second que pour le premier.

d'affiner le standard du raisonnable lorsqu'elles sont communes à une certaine catégorie de contractants¹³⁴⁷. Au lieu de prendre pour modèle de référence le contractant moyen sans plus de précisions, les juges peuvent préférer la norme du contractant moyen qui se trouvait dans une situation économique difficile du fait de la crise sur un marché particulier et qui, de ce fait, n'a pas pu mobiliser les mesures appropriées afin d'éviter le dommage résultant de l'événement de force majeure¹³⁴⁸.

Par exemple, en période de crise du marché du carburant, les juges pourraient revoir à la baisse la notion de moyens financiers et matériels que doit fournir une compagnie aérienne dans l'appréciation de la condition d'irrésistibilité d'une circonstance extraordinaire. La capacité financière de la société est une circonstance qui, normalement, doit être observée dans ce calcul. Les juges apprécient la situation du débiteur dans des circonstances de temps et de lieu donnés, mais cette situation pourrait toucher de la même façon d'autres débiteurs placés dans la même situation. Le type-modèle ou le « modèle de référence »¹³⁴⁹ est donc adapté suivant des circonstances particulières du débiteur dans une situation donnée. Ces circonstances seraient similaires à l'égard d'autres débiteurs placés dans la même situation¹³⁵⁰. Le même raisonnement est à l'œuvre lorsque le juge se pose la question de la qualité de professionnelle ou de profane du débiteur dans une activité particulière¹³⁵¹.

Cependant, l'influence de ces circonstances doit être limitée à des caractéristiques bien précises pour ne pas ruiner la sécurité juridique. La tentation serait de juger avec une trop grande légèreté le débiteur qui subirait une situation économique, familiale ou financière difficile qui l'a empêché de parer aux effets d'un événement imprévisible. Cette façon d'appréhender la condition d'irrésistibilité se rapprocherait de l'appréciation de contrôle de proportionnalité *in concreto*. En effet, la question ne serait plus de savoir si le débiteur pouvait raisonnablement

¹³⁴⁷ Dans cette hypothèse, le raisonnement reste *in abstracto* mais inclut des références à la particularité de certaines circonstances. Sur ce point : N. DEJEAN DE LA BÂTIE, th. préc., p. 101 : « Il suffit d'observer que le devoir de se conduire en homme avisé a un contenu différent selon les circonstances, et que les particularités physiques sont des circonstances susceptibles d'être prises en considération ». Il admet tout de même que les « inaptitudes particulières » sont traitées différemment des « inaptitudes communes », non parce qu'elles ne seraient pas « naturelles, mais parce qu'elles constituent une exception, statistiquement, par rapport aux aptitudes du groupe des individus susceptibles de se trouver confrontés à un type donné de situation ». Même sens : P.-H. ANTONMATTEI, th. préc., n° 112 : « Aussi doit-on s'en tenir aux comportements les plus fréquents sans qu'il soit question de se fonder sur d'éventuelles statistiques ».

¹³⁴⁸ La notion de « mesures appropriées » donne au juge le « pouvoir de la moduler à son gré » : H. BOUCARD, « Article 1218 : la force majeure contractuelle », *RDC* 2015, p. 779.

¹³⁴⁹ P.-H. ANTONMATTEI, *Ibid.*, n° 107 et s.

¹³⁵⁰ Dans le même sens : J.-C. SAINT-PAU, *J-Cl.*, fasc. 175, n° 10 : « Ce jugement de normalité *in abstracto* n'exclut pas, pour des raisons de justice et de pertinence du jugement de valeur, de prendre en considération toutes les circonstances réelles, voire certaines circonstances personnelles au débiteur (aptitude particulière à résister au regard des moyens matériels, financiers, physiques dont il disposait) dès lors qu'elles sont compatibles avec le caractère normatif du standard de référence ». Il en conclut que l'appréciation « *in abstracto* » est donc circonstancielle. Même sens : F. GRÉAU, « Force majeure », in *Rép. Dr. Civ.*, Dalloz, 2018, n° 58 et s.

¹³⁵¹ G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions (...)*, *op. cit.*, n° 562 : « le standard de l'homme raisonnable doit être adapté à la nature de l'activité visée ». Même sens : P.-H. ANTONMATTEI, th. préc., n° 109 : « On comparera l'action de l'automobiliste à celle que l'automobiliste avisé et normalement prudent aurait eue dans les mêmes circonstances "externes" ».

exécuter le contrat en évitant un événement, certes imprévisible, mais de savoir si cette exécution ne porterait pas une atteinte trop importante à l'intérêt du débiteur au regard des circonstances de sa situation personnelle. Par une appréciation permissive de la notion d'irrésistibilité, la balance des intérêts refait ici surface dans un contentieux où, de prime abord, on ne l'attendait pas. Le juge a une grande latitude dans l'appréciation des circonstances pour éviter une application rigide de la règle de droit qui viendrait compromettre l'équité, discrète, mais bien présente dans l'appréciation de la force majeure¹³⁵².

404. Les critères d'appréciation de la circonstance exonératoire de responsabilité sont bien souvent liés à des objectifs politiques. Comme pour l'obligation de résultat, l'exonération de la responsabilité du contractant ne peut s'envisager sans avoir égard au point d'équilibre, souvent instable, que le législateur et le juge doivent placer dans la répartition du risque entre les différentes parties au contrat. La reconnaissance d'une circonstance extraordinaire, exceptionnelle ou de force majeure est largement tributaire des circonstances factuelles de sa survenance. La notion juridique est tout autant indépendante des objectifs d'indemnisation plus ou moins prégnants dans ce genre de contentieux¹³⁵³. Cette réalité ne permet pas d'avoir une vue précise sur le contenu des critères de qualification d'un cas de force majeure. Ainsi, « les variations du contenu de la qualification de force majeure (...) proviennent parfois (...) de l'enjeu de politiques jurisprudentielles ; son contenu évolue au gré des intérêts à défendre »¹³⁵⁴. Comme constaté à l'égard du contentieux des événements de force majeure par la SNCF, l'intransigeance des juges peut dénoter la volonté de faire peser sur une partie une garantie de la totalité des dommages subis par les usagers du service. Pour ce faire, l'appréciation circonstancielle est délaissée au profit d'une appréciation abstraite de l'imprévisibilité et de l'irrésistibilité de l'événement qui dénature les critères de qualification et met à mal la sécurité juridique.

Finalement, quand la volonté implicite est de rendre plus difficile, voire quasiment impossible, l'exonération pour un cas de force majeure, mieux vaut-il évincer totalement cette possibilité que de trahir la méthode de raisonnement en termes de normalité qu'implique toujours le raisonnement circonstanciel. Le régime de l'exonération de la responsabilité en cas d'accident de la route s'est dirigé vers cette solution en écartant la possibilité de prouver la force majeure pour l'auteur du dommage¹³⁵⁵. Afin de contrer ces errements jurisprudentiels, les

¹³⁵² J. MOURY, art. préc., n° 20 : « La latitude dont disposent les juridictions du fond dans ce domaine éminemment factuel qui est celui de la force majeure est un instrument de plus au service de résultats appelés par une solution d'équité ».

¹³⁵³ En ce sens : J. HEINICH, th. préc., spéc. n° 10-1 : « les juges se montrent parfois particulièrement sévères en matière de force majeure – souvent pour permettre une indemnisation – ils adoptent dans d'autres circonstances une position plus souple, notamment pour l'appréciation de l'imprévisibilité du dommage. La même notion est alors appréciée très différemment selon le contexte ».

¹³⁵⁴ P.-H. ANTONMATTEI, th. préc., n° 191.

¹³⁵⁵ Art. 2 loi Badinter n° 85-677 du 5 juillet 1985 : « Les victimes, y compris les conducteurs, ne peuvent se voir opposer la force majeure ou le fait d'un tiers par le conducteur ou le gardien d'un véhicule mentionné à l'article 1^{er} ».

contractants peuvent faire le choix d'indiquer contractuellement les circonstances qui auront un effet libératoire sur la responsabilité du débiteur.

B. La délimitation contractuelle des circonstances exonératoires de responsabilité

405. La liberté contractuelle permet d'enserrer la nature des circonstances à l'origine d'un effet libératoire. La notion de force majeure ne fait pas l'objet d'une définition d'ordre public¹³⁵⁶. Les contractants peuvent valablement insérer des clauses de force majeure précisant les événements et les conditions de l'exonération de la responsabilité du débiteur¹³⁵⁷. L'anticipation contractuelle est d'ailleurs encouragée par les praticiens et par la doctrine afin d'échapper à l'incertitude de l'appréciation judiciaire¹³⁵⁸. Les contractants se soustraient ainsi à la démonstration des conditions de la force majeure. Ils ont la possibilité d'évincer des situations qui seraient admises au titre de l'article 1218 du Code civil, ou prévoir au contraire des circonstances qui n'auraient pas justifié une exonération de la responsabilité du débiteur.

Plusieurs techniques de qualification existent afin de resserrer ou d'élargir la définition légale. La première technique consiste à poser une définition précise de la notion de force majeure. Ainsi, les parties devront, face à une circonstance qui pourrait correspondre à la définition contractuelle posée, se rapprocher afin de savoir si cette dernière répond aux critères de la qualification contractuelle. Une seconde technique permet de prévoir expressément les circonstances libératoires, sans poser les conditions de démonstration d'une définition précise¹³⁵⁹.

Ces deux techniques ne sont pas sans poser de difficultés propres à chacune d'elle. Concernant l'insertion d'une liste d'événements précise à l'origine de la libération du débiteur, il est nécessaire de préciser si les contractants ont la possibilité d'envisager toutes les circonstances possibles, quitte à s'éloigner grandement des conditions posées par le dispositif légal¹³⁶⁰. Il n'est pas certain que le caractère exceptionnel de la circonstance soit entièrement façonnable contractuellement. La question est la suivante : l'événement qui est considéré par le contrat comme un cas de force majeure peut-il être complètement déconnecté des circonstances factuelles de sa survenance qui lui donnent cette caractéristique ? Une première réponse se

¹³⁵⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit des obligations*, op. cit., n° 599 ; C.-E. BUCHER, « Force majeure », in *Dictionnaire du contrat*, op. cit., n° 138, spéc. p. 594.

¹³⁵⁷ Validité de principe admise par la Cour de cassation : Com. 8 juill. 1981, n° 79-15626, *RTD Civ.* 1982, p. 425, obs. G. DURRY.

¹³⁵⁸ L'éviction de l'intervention judiciaire implique que les contractants rédigent précisément les clauses. Le manque de clarté d'une clause rend au juge son pouvoir d'appréciation. Certains auteurs relèvent que « les clauses de force majeure prévues dans la plupart des contrats sont rarement satisfaisantes » : F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE, J.-C. RODA, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2^e éd., 2018, p. 361.

¹³⁵⁹ Sur ces différentes techniques : P.-H. ANTONMATTEI, th. préc., n° 178 et s.

¹³⁶⁰ Ce qui n'est pas sans risque comme l'illustre puisque les juges considèrent parfois que les circonstances présentent dans un catalogue de clauses devaient nécessairement présenter les caractéristiques de la force majeure selon l'intention raisonnable des parties au contrat : P.-H. ANTONMATTEI, *Ibid.*, n° 184.

présente naturellement. Si la notion de force majeure n'est pas d'ordre public, les parties peuvent inclure toutes les circonstances même éloignées de l'esprit d'une telle notion¹³⁶¹.

Ainsi, bien que déconnectée des conditions de la force majeure légale, la clause est valable puisqu'elle s'identifie comme une clause de répartition des risques, et parfois comme une clause délimitant les obligations des contractants¹³⁶². Les circonstances ainsi insérées seraient donc des limites à l'engagement du débiteur¹³⁶³. Formulées ainsi, des limites concernant les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité viennent nécessairement à l'esprit.

406. Le pouvoir d'interprétation judiciaire des circonstances inclus dans les clauses de force majeure. Au-delà de ces prohibitions légales, le juge est parfois tenté de ramener sous son contrôle des clauses de force majeure en y appliquant les critères traditionnels de ce mécanisme sous couvert d'interprétation de la volonté des parties. La prévision de « circonstances constitutives d'excuse (...) n'exclut pas l'existence d'un pouvoir judiciaire d'appréciation de cette notion »¹³⁶⁴. Cette pratique doit être proscrite lorsque les clauses sont précises et claires.

En effet, des mécanismes de lutte contre les abus existent et la liberté contractuelle doit trouver ses limites dans ces dispositifs légaux correcteurs. Néanmoins, les juges recouvrent ce pouvoir d'interprétation lorsque les événements précisés sous-entendent une marge d'appréciation. Par exemple, la chute de consommation d'électricité du fait du confinement doit être interprétée comme un cas de force majeure selon une clause insérée dans un contrat liant EDF et Total Direct Energie. Elle définissait la force majeure comme « un événement extérieur, irrésistible et imprévisible rendant impossible l'exécution des obligations des parties dans des conditions économiques raisonnables »¹³⁶⁵. La notion de « conditions économiques raisonnables » a permis une appréciation plus permissive que ne l'autorisait le dispositif légal.

Dans d'autres situations, la volonté de contrôle du pouvoir judiciaire se révèle de manière plus franche. Une convention de gardiennage prévoyait une clause de force majeure exonérant le prestataire de sa responsabilité en présence de « tous les phénomènes naturels, tels que les tempêtes, orages et cyclones, etc. ». Lors de l'exécution du contrat, la survenance d'un simple orage a brouillé les écrans de contrôle, empêchant la société de gardiennage de prévenir la survenance d'un cambriolage. La société souhaita se prévaloir de la clause de force majeure, ce

¹³⁶¹ La définition contractuelle « participe du pouvoir des parties d'aménager à leur discrétion des concepts juridiques relevant de dispositions supplétives » : J.-M. et P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 5^e éd., 2017, n° 168.

¹³⁶² G. HELLERINGER, th. préc., n° 85, p. 43 : « La clause de force majeure contribue donc à décrire l'étendue des prestations promises ».

¹³⁶³ Ce qui tend, encore une fois, à relativiser la distinction entre existence de l'inexécution et éviction de la responsabilité en présence d'une circonstance de force majeure.

¹³⁶⁴ S. FARNOCCHIA, *L'excuse contractuelle : étude de l'inexécution fortuite du contrat*, th. dactyl. AMU, 1994, n° 144.

¹³⁶⁵ T. Com. Paris, 20 mai 2020, n° 20201647, *JCP E* 2020, p. 1350, note M. LAMOUREUX.

qui lui fut refusée par les juges. L'orage aurait pu être considéré comme un cas de force majeure que s'il « présentait un caractère de violence exceptionnelle dûment établi »¹³⁶⁶. Les juges se sont livrés à l'interprétation de la volonté des parties sans dénaturer les termes de la convention. En effet, en l'absence de précisions sur la notion de force majeure et en présence d'une liste d'événements non limitative, les critères définitionnels de la notion restent dévolus à l'appréciation souveraine des juges du fond.

De plus, la notion de force majeure est « éminemment relative » puisque « placée sous l'entière dépendance des circonstances qui entourent l'action dommageable »¹³⁶⁷. La volonté des parties doit donc s'exprimer clairement sur l'éviction du pouvoir d'interprétation du juge. Les contractants peuvent viser des circonstances seules à même d'être qualifiées de « force majeure » ou énoncer une définition détaillée qui exclut l'application de la définition légale. En revanche, lorsque la volonté s'est clairement et précisément exprimée, le juge ne peut trouver à y redire, sauf à ce que les clauses soient corrigées au titre de dispositifs purgeant l'excès.

En effet, nous pensons que l'enjeu de la solution citée plus tôt portait moins sur l'existence d'un pouvoir judiciaire d'appréciation des circonstances de force majeure insérées contractuellement que sur la prohibition de clauses contredisant la portée de l'obligation essentielle du contrat. Le contentieux ne ressortit pas à un problème de qualification, mais à celui d'une limite de la liberté contractuelle. Le problème de la précision des circonstances de force majeure ne se conçoit pas directement à l'aune du respect de l'esprit de la force majeure légale, mais à l'égard des abus possibles déséquilibrants les droits et obligations des parties, jusqu'à parfois ruiner l'intérêt du contrat.

407. L'existence d'un noyau dur de circonstances imprévisibles ? À la lumière de l'émergence d'événements desquels découlent des conséquences à l'échelle mondiale, la question de savoir si la liberté contractuelle pourrait trouver sa limite face à l'existence d'un « noyau dur de l'imprévu »¹³⁶⁸ doit être abordée. La crise du Covid-19 et la guerre en Ukraine ont profondément renouvelé les problématiques relatives à « l'*imperium* » des contractants.

Il n'existerait aucune obligation pour les parties de se conformer aux conditions de la force majeure légale. Les contractants détiennent la possibilité de s'écarter complètement du caractère exceptionnel d'une circonstance en façonnant eux-mêmes leur propre conception de la réalité. Mais peuvent-ils à l'envi nier totalement la part incompressible de faits qui apparaissent à l'esprit humain comme étant tout à fait exceptionnels, voire inédits ? La question ainsi posée pouvait relever de la pure réflexion d'école il y a encore quelque temps. Cependant, l'émergence

¹³⁶⁶ CA Paris, 28 fév. 1990, *RTD Civ.* 1990, p. 669, obs. P. JOURDAIN.

¹³⁶⁷ P. JOURDAIN, obs. sous. CA Paris, 28 fév. 1990, *Ibid.*

¹³⁶⁸ J. KLEIN, « Les clauses relatives aux événements imprévus : validité ? Efficacité ? Interprétation ? », *RDC* 2021, p. 167.

de crises de grande ampleur sur un laps de temps assez réduit mène naturellement à ce genre de réflexions.

Nous pensons que l'entreprise est pourtant difficilement réalisable. Le législateur devrait réserver des hypothèses dans lesquelles seraient prévus des cas limitatifs d'événements qui seraient toujours considérés comme étant de force majeure, sans possibilités pour les contractants de moduler ou d'évincer le dispositif. Le choix de la méthode de rédaction est aussi délicat. Le choix d'une liste d'événements choisis à la lumière de leur nature ne paraît pas pertinent. Le choix d'une définition pourrait alors être privilégié. Elle intégrerait des critères tenant par exemple au grand nombre de personnes concerné par l'événement, à son caractère inédit comparé à la fréquence de sa survenance sur l'échelle de l'histoire de l'humanité. Comme pour la définition de la force majeure de l'article 1218 du Code civil, les termes de cette « super force majeure » seraient nécessairement des standards dont le contenu devrait être précisé judiciairement. Ainsi, une guerre, une crise sur un marché ou encore une épidémie d'ampleur mondiale¹³⁶⁹ pourraient échapper à la volonté des contractants.

Néanmoins, de nombreux obstacles s'érigent face à une telle possibilité. D'abord, l'intérêt de la disposition en elle-même en raison de la fréquence de ces événements fait douter de son utilité, bien que l'idée soit d'en faire un mécanisme applicable exceptionnellement. De plus, la tentation serait grande pour les débiteurs d'invoquer le dispositif afin d'échapper à des clauses de force majeure en leur défaveur, ce qui aurait pour effet d'alourdir d'autant plus le contentieux sur la question.

Si la voie de la création d'une règle de droit particulière n'est pas à emprunter, des alternatives sont envisageables. Avec l'aide de dispositifs existants, les clauses de force majeure pourraient par exemple être mises en échec en présence d'un événement tout à fait exceptionnel. Pour un créancier qui souhaiterait invoquer la clause en refusant la nature de force majeure à un événement d'une grande envergure, la paralysie de ladite clause pourrait être admise sur le fondement de la bonne foi. La possibilité implique que la clause soit reconnue comme une prérogative contractuelle et non comme la substance des droits et obligations¹³⁷⁰. C'est sûrement le cas, la clause est souvent rapprochée d'une clause limitative de responsabilité.

Elle pourrait encore être remise en cause si le juge accepte d'apprécier les mécanismes des clauses abusives et du déséquilibre significatif non seulement à la lumière du contenu strict du contrat, mais aussi à l'égard des circonstances dans lesquelles celui-ci est exécuté. Ainsi, une

¹³⁶⁹ Le fait que des pandémies de grande ampleur ont déjà existé n'enlève rien au caractère exceptionnel de la crise sanitaire. Comme le relève M^{me} Heinich, la pandémie concerne une « maladie nouvelle, inconnue chez l'homme et pour laquelle il n'existe aucun vaccin ». La rapidité de sa diffusion sur un espace géographique aussi important est aussi un élément qui oriente vers son caractère inédit : J. HEINICH, « L'incidence de l'épidémie (...), art. préc.

¹³⁷⁰ Sur cette problématique : *supra* n° 255.

clause pourrait devenir abusive ou déséquilibrée en cours d'exécution du contrat au regard des circonstances, parmi lesquelles la particulière violence ou le caractère inédit d'un événement¹³⁷¹.

Dernière possibilité, le juge aurait le choix de mettre ces clauses limitatives en échec en admettant que certains événements soient d'une telle ampleur qu'aucune anticipation contractuelle ne serait possible sur ce point. C'est ce que défend par exemple M. Libchaber à l'égard du caractère supplétif de l'article 1195 du Code civil consacrant la révision pour imprévision¹³⁷². Il soulève l'irréductible contradiction à prévoir l'éviction de ce qui ne peut être prévu¹³⁷³. De plus, le législateur, par l'insertion du mécanisme, reconnaît la « situation objective » du contrat à côté de la volonté des parties : est-il souhaitable de faire en sorte que les parties puissent la renier ? L'incertitude sur la violence avec laquelle la circonstance frapperait le contrat inviterait à préserver l'impérativité de l'article 1195 du Code civil dans des situations où « une modification grave des circonstances » est allée « au-delà de ce que les parties avaient prévu »¹³⁷⁴. La réflexion est *a fortiori* applicable à la force majeure. Les clauses resteraient valables, mais face à certains événements d'une ampleur inégalée, le juge retrouverait la possibilité d'appliquer de manière résiduelle le dispositif légal dans l'hypothèse où les clauses se révéleraient d'une trop grande sévérité pour le débiteur. Cette impérativité « raisonnée » serait alors une réponse adéquate à la part irréductible d'incertitude inhérente à certaines circonstances exceptionnelles.

408. Conclusion du Paragraphe 1. Loin d'être reléguée à une appréciation abstraite et désincarnée, la réflexion sur les événements de force majeure amène à reconnaître une appréciation circonstancielle des situations laissant une grande part à une méthode d'analyse casuistique. Cette mise en situation de la force majeure est en effet nécessaire ; le dispositif manquerait sa cible dans le cas où seule une catégorie prédéfinie d'événements serait admissible à ce titre.

Suivant les situations, cette appréciation rigide serait soit pour le débiteur de l'obligation qui n'échapperait pas à sa responsabilité alors que les circonstances le justifieraient, soit injuste pour le créancier qui ne pourrait se prévaloir des sanctions de l'inexécution alors que l'événement ne répondrait pas à la qualification de force majeure. Comme pour l'ensemble des problématiques relatives à l'exécution du contrat, la question revient à savoir si le contractant avait la capacité de prévoir l'événement à la conclusion du contrat et était doté de moyens afin d'éviter raisonnablement ses effets. L'appréciation est donc nécessairement circonstancielle, non seulement au regard du contexte contractuel, puisqu'un événement ne saurait répondre à cette qualification sans en vérifier les circonstances de sa survenance, mais aussi du point de vue du

¹³⁷¹ Sur ces développements : *infra* n° 460.

¹³⁷² R. LIBCHABER, « Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision », *D.* 2020, p. 1185.

¹³⁷³ R. LIBCHABER, *Ibid.*, spéc. n° 3.

¹³⁷⁴ R. LIBCHABER, *Ibid.* n° 4. Même sens : J. KLEIN, « Les clauses relatives aux événements... », art. préc.

contractant, le raisonnable supposant toujours d'apprécier certaines particularités propres à la personne même du débiteur de l'obligation.

Si les circonstances du contexte ne font pas l'objet de restrictions particulières, l'appréciation des caractéristiques du contractant doit être limitée. Sans limites posées, la frontière entre le contrat et la sphère individuelle se réduirait à peau de chagrin. Le débiteur pourrait justifier son inexécution par des circonstances propres à sa vie personnelle, comme une situation familiale ou financière délicate. Ce phénomène fut déjà signalé à travers le contentieux des paralysies des prérogatives contractuelles sur le fondement du devoir de bonne foi¹³⁷⁵. Ces décisions, souvent marginales et reléguées à des arrêts d'espèce, doivent être étudiées avec le plus grand soin. En effet, l'épanouissement possible du contrôle de proportionnalité *in concreto* ne ferait qu'encourager cette perméabilité des sphères individuelle et juridique. En l'état actuel des évolutions juridiques, les clauses délimitant les événements admissibles au titre de la force majeure sont bien évidemment valables. Or, tout n'est pas permis au titre de la liberté contractuelle, et des limites à l'exonération de la responsabilité du débiteur sont envisagées sur le fondement de plusieurs dispositifs.

Paragraphe 2. L'existence d'un effet similaire à la reconnaissance d'un événement de force majeure : l'exonération de la responsabilité du débiteur

409. Plan. Au-delà des effets sur le lien contractuel, la force majeure évince la responsabilité du débiteur de l'obligation. La force majeure lui offre une justification à l'inexécution (A). Néanmoins, des limites sont assignées justifiée par les circonstances, autant pour protéger l'intérêt du créancier de l'obligation que celui du débiteur (B).

A. L'effet de l'événement de force majeure : la dérogation à la responsabilité pour inexécution

410. Exception à l'effet habituellement reconnu en présence de circonstances « normales ». C'est sur le fondement de l'article 1231-1 du Code civil que le débiteur peut échapper au paiement de dommages et intérêts du fait de l'inexécution s'il prouve l'existence d'un cas de force majeure. L'article L. 211-16, I, alinéa 3 du Code du tourisme prévoit que « le professionnel peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que le dommage est imputable » entre autres à des « circonstances exceptionnelles et inévitables ». Certains textes et décisions insistent sur l'effet dérogatoire d'une telle qualification. Les juges européens relèvent la nécessité d'interpréter strictement les notions qui constituent « une dérogation à un principe ou, plus spécifiquement, à des règles communautaires visant à protéger

¹³⁷⁵ *Supra* n° 291 et s.

les consommateurs » telle que la notion de circonstance extraordinaire¹³⁷⁶. Les fonctions de la force majeure sont multiples. Mais l'effet dérogatoire à la règle normalement applicable est essentiel. L'exception s'identifie par l'existence d'une articulation entre normes juridiques¹³⁷⁷. L'exception se justifie par la nécessité des circonstances envisagées plus ou moins précisément suivant les dispositions concernées.

411. L'existence d'une « excuse contractuelle » au comportement fautif du contractant.

L'effet commun à la reconnaissance de ces circonstances est l'exonération de la responsabilité du débiteur. Le contractant bénéficie d'une sorte « d'excuse »¹³⁷⁸ qui modifie la répartition des risques valable en présence de circonstances habituelles. L'exception doit être motivée par des « justifications puissantes » dont la portée « varie avec l'interprétation de ses motifs »¹³⁷⁹. La possibilité d'interprétation possible grâce aux critères d'appréciation volontairement larges permet de choisir, dans des circonstances particulières, l'intérêt que le juge devra privilégier¹³⁸⁰. Finalement, les conditions de la force majeure paraissent techniques et précises, mais dépendent majoritairement des circonstances.

B. Limites à l'effet libératoire des circonstances de force majeure

412. Plan. L'effet dérogatoire reconnu en présence d'un événement de force majeure implique deux limites. C'est autant sur l'effet exonératoire (a) ou, au contraire, l'absence d'effet exonératoire (b), que le juge, et occasionnellement le législateur, exercent leur contrôle.

a. Limites à l'effet exonératoire des circonstances de force majeure

413. Plan. Le contentieux se concentre majoritairement sur les limites que la liberté contractuelle ne saurait franchir (1), bien que le législateur reconnaisse aussi ponctuellement l'impossibilité d'admettre l'effet libératoire même en présence d'un événement de force majeure (2).

¹³⁷⁶ CJCE, 22 déc. 2008, *op cit.*, pt. 17.

¹³⁷⁷ Sur cette idée : L. HEUSCHLING, « Qu'est-ce que, en droit, une “exception” ? », in *La norme et ses exceptions. Quels défis pour la règle de droit ?*, dir. F.-R. Stefanini et A. Vidal-Naquet, Bruylant, 2014, p. 45 et s., spéc. p. 55 et p. 62.

¹³⁷⁸ J. MESTRE, « Force majeure et sort du lien contractuel », *RTD Civ.* 1990, p. 658. Dans le même sens : C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 380, 2002, n° 8 : le contractant doit être excusé car « il n'est pas la cause de cette inexécution ».

¹³⁷⁹ S. RIALS, D. ALLAND, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, v° « Exception, nécessité, urgence ».

¹³⁸⁰ En ce sens : L. NIZARD, th. préc., spéc. p. 15 et p. 32 : les circonstances exceptionnelles permettent de « substituer au régime juridique normal un régime exceptionnel qui lui paraît justifié par la protection de tel intérêt ». Des notions comme l'urgence, l'opportunité ou la force majeure sont « suffisamment indéterminées pour pouvoir jouer un rôle analogue ».

1. Limites à la liberté contractuelle

414. Limites de l'insertion des circonstances de force majeure sur le fondement des clauses abusives des droits commun et consommériste. La liberté contractuelle peut évincer l'interprétation judiciaire des circonstances à l'origine d'une force majeure. Or, l'absence de contrôle sur la nature des circonstances insérées contractuellement peut ressurgir par le contrôle des clauses abusives. Il est connu de longue date en droit de la consommation¹³⁸¹. L'article 1171 du Code civil répute désormais non-écrit la clause non-négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties et insérée dans un contrat d'adhésion créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations. L'appréciation du déséquilibre ne peut porter, ni sur l'objet principal du contrat, ni sur le prix¹³⁸².

Les clauses de force majeure sont habituellement considérées comme accessoires¹³⁸³. Les clauses libérant le débiteur en présence de circonstances particulières sont souvent assimilées à des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité¹³⁸⁴. Ces dernières font l'objet d'une vigilance accrue de la part du juge du fait de la présomption de déséquilibre qu'elles créeraient. En effet les clauses qui élargissent à outrance les circonstances dans lesquelles le débiteur se libérerait de sa responsabilité en cas d'inexécution pourraient compromettre la fermeté de la promesse contractuelle. L'étendue des circonstances octroierait au débiteur le droit de ne pas honorer sa promesse en toute impunité dans de nombreuses situations¹³⁸⁵.

La clause qui prévoirait par exemple dans un contrat de surveillance que le débiteur serait exonéré de sa responsabilité en cas de phénomènes naturel et fréquent comme la pluie ou l'orage pourrait être abusive. En droit consommériste, ces clauses seraient présumées abusives de manière irréfragable si le juge admet qu'elles répondent à la qualification de l'article R. 212-1 alinéa 6 du Code de la consommation. La disposition interdit les clauses qui suppriment ou réduisent

¹³⁸¹ Art. L. 212-1 C. com. antérieurement l'art. L. 132-1 du même code crée par la loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au Code de la consommation.

¹³⁸² Règle qui se retrouve autant dans l'art. 1771 C. civ. que L. 212-1 C. com. Sur la difficulté d'appréciation de la notion « d'objet principal du contrat » : S. CHAUDOUET, th. préc., n° 175 et s.

¹³⁸³ Sur la notion : S. CHAUDOUET, *Ibid.*, n° 206 : la clause pénale est accessoire car elle se conçoit, certes en fonction de l'obligation principale, mais indépendamment de l'obligation. Elle a pour finalité « d'y adjoindre une sanction ». L'obligation accessoire vise à préciser l'obligation principale « en l'augmentant ou la diminuant, en préciser les modalités, sans toutefois se confondre avec elle ». Les clauses de force majeure peuvent donc être rangées dans la catégorie des clauses accessoires. La possibilité de les contrôler sur le fondement des clauses abusives est un argument supplémentaire. *A contrario* : Ph. DELEBECQUE, th. préc.

¹³⁸⁴ La clause exonératoire de responsabilité peut être définie comme celle visant à « supprimer l'obligation de réparer le dommage né de l'inexécution d'une obligation ou de la commission d'un fait dommageable. Elle peut donc agir sur les conditions de naissance de la responsabilité (...) » : M. LEVENEUR-AZÉMAR, *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, préf. Y. Lequette, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 577, 2017, n° 14 et s. : ces clauses « relatives au lien de causalité » lorsqu'elles portent sur des « risques fortuits » en ce qu'elles élargissent « la définition de la force majeure » permettent « d'exonérer plus facilement le débiteur de sa responsabilité ». Il s'agit donc de clauses « évasive de responsabilité » (n° 26).

¹³⁸⁵ Cette manière de concevoir l'excès des clauses de force majeure restreint la distinction entre les clauses de « non-responsabilité » et les clauses qui déterminent le contenu de l'obligation. M. Delebecque considère que ces clauses sont de « véritables conventions relatives aux obligations » et non des « conventions de répartition des risques » : Ph. DELEBECQUE, th. préc., n° 45. Même sens : P.-H. ANTONMATTEI, th. préc., n° 179.

« le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ». En droit commun, les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité sont souvent reconnues comme créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties¹³⁸⁶. Alors que ces clauses de force majeure n'ont pas pour objet de créer un déséquilibre significatif, elles peuvent, de façon plus pernicieuse, en avoir l'effet malgré leur semblant d'objectivité du fait de la présence de circonstances indépendantes de la volonté des parties en cause¹³⁸⁷.

Finalement, si les contractants disposent d'un pouvoir d'appropriation de l'événement de force majeure, ils ne doivent pas totalement délaisser la réalité objective au risque de rendre inefficace ces clauses de répartition des risques. Une circonstance, qu'elle soit légale ou contractuelle, est considérée comme un événement de force majeure lorsqu'elle comporte, objectivement, un certain caractère exceptionnel. Aussi l'événement de force majeure ne peut pas être totalement déconnecté de ses circonstances factuelles.

415. Limites de l'insertion des circonstances de force majeure sur le fondement du déséquilibre significatif des pratiques restrictives de concurrence. Le même raisonnement que l'éviction des clauses abusives est à l'œuvre sur le fondement de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce qui dispose que le partenaire commercial engage sa responsabilité dans le cadre de la négociation, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat s'il soumet ou tente de soumettre « l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». Comme pour les mécanismes de droit commun et de droit de la consommation, le dispositif du Code de commerce instaure aujourd'hui la possibilité, outre d'engager la responsabilité de l'auteur du déséquilibre, de réclamer la nullité de la clause¹³⁸⁸.

Les clauses aménageant la responsabilité ont été reconnues par le passé comme abusives. Ainsi d'une clause qui excluait toute sanction en cas de manquement à la livraison à une date précise, en l'occurrence reconnue comme une obligation essentielle¹³⁸⁹. Outre l'atteinte à l'engagement essentiel, c'est en raison de l'asymétrie de la clause de force majeure que les juges reconnaissent le déséquilibre. Une décision de la Cour d'appel de Versailles a ainsi relevé « une asymétrie notable » notamment au regard « des conditions de mise en jeu de la responsabilité contractuelle ». En l'espèce, une clause étendait contractuellement les cas de force majeure au profit d'une seule partie au contrat alors que le cocontractant ne disposait que « de la protection de l'article 1148 du Code civil ». À la lumière de la caractérisation des conditions préalables

¹³⁸⁶ Sur ce point : J. FISCHER, th. préc., spéc. n° 211, p. 207.

¹³⁸⁷ Sur ce point : S. CHAUDOUET, th. préc., spéc. n° 73.

¹³⁸⁸ L'art. L. 442-4 al. 2 C. com. prévoit depuis l'ordonnance du 24 avril 2019 que « toute personne justifiant d'un intérêt peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques » décrites entre autres à l'art. L. 442-1 du même code et de « faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indus ».

¹³⁸⁹ CA Bordeaux, 21 nov. 2011, n° 10/02746, cité par D. et N. FERRIER, *op. cit.*, n° 340, p. 203.

qu'implique l'appréciation de la clause abusive, particulièrement en droit commun¹³⁹⁰, ces clauses de force majeure exagérément étendues risquent plus facilement d'être proscrites sur le fondement de l'article 1170 du Code civil.

416. Limites de l'insertion des circonstances de force majeure sur le fondement du respect de l'obligation essentielle. Les jurisprudences *Chronopost* et *Faurecia*¹³⁹¹ ont construit au fur et à mesure la sanction applicable aux clauses vidant de leur substance l'obligation essentielle. Le Code civil prévoit désormais à l'article 1170 que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». Certaines clauses limitative ou évasive de responsabilité sont formulées de manière à ne laisser aucun doute sur leur illicéité. C'est le cas d'une clause qui réduit la responsabilité en cas de retard de livraison de la société Chronopost alors qu'elle se prétend spécialiste du transport et qu'elle faisait de la célérité son argument de vente¹³⁹². D'autres clauses qui auraient pour effet de contredire cet engagement essentiel sont plus pernicieuses. En reprenant l'exemple de Chronopost, il est fort probable qu'une clause qui exonérerait la responsabilité du transporteur en présence de circonstances, certes non imputables à la société, mais somme toute banales, serait suspecte. Bien que la prévision de circonstances indépendantes du fait du débiteur la colore d'une certaine objectivité, elle ne doit pas être un prétexte pour rendre l'inexécution indolore dans de nombreuses situations qui seraient facilement prévisibles et surmontables. Ainsi, la clause qui envisagerait l'irresponsabilité d'un transporteur garantissant la rapidité de la livraison en cas de conditions météorologiques moins confortables, ou en cas de trafic routier plus dense certains jours de la semaine ou à certaines périodes de l'année, serait vraisemblablement assimilée à une clause privant de sa substance l'obligation essentielle du débiteur.

417. Limites de l'insertion des circonstances de force majeure sur le fondement de la potestativité. Fondement plus rare que les précédents relevés, la potestativité pourrait encore frapper de nullité la clause de force majeure. Le terme même de potestativité a aujourd'hui disparu du Code civil. L'article 1170 du Code civil définissait la condition potestative comme « celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher ». L'article 1304-2

¹³⁹⁰ Dont la démonstration de l'existence d'un contrat d'adhésion qui est « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties » comme le précise l'art. 1110 al. 2 du C. civ. L'appréciation du déséquilibre significatif a aussi sa part d'hasard : S. CHAUDOUET, th. préc., spéc. n° 170 et n° 510 : le contrôle effectué par la Cour de cassation sur la notion de déséquilibre significatif, bien que de droit, ne fait « pas totalement abstraction » des faits de l'espèce. Il est difficile pour les juges de rendre des décisions « dénuées de toute appréhension des faits (...) compte tenu de ce que l'appréciation d'une clause déséquilibrée est contextualisée, donc en grande partie fonction des circonstances de la cause ».

¹³⁹¹ Com. 22 oct. 1996, *Bull. Civ.* IV, n° 261, *D.* 1997, p. 121, note A. SÉRIAUX, *Ibid.*, p. 175, obs. Ph. DELEBECQUE, *JCP G* 1996, p. 22881, note D. COHEN, I, *Ibid.*, p. 4002, obs. M. FABRE-MAGNAN, *Ibid.*, 1997, p. 4025, obs. G. VINEY, *CCC* 1997, comm. 24, obs. L. LEVENEUR, *RTD Civ.* 1997, p. 418, obs. J. MESTRE.

¹³⁹² Com. 12 mars 2013, n° 11-25.183, inédit.

du même code précise aujourd'hui qu'« est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur ».

L'absence de potestativité est plus souvent décrite à l'aune de l'obligation conditionnelle. Les auteurs enseignent que la condition est valable si elle « est subordonnée à un événement naturel, mais aussi si la condition dépend de la volonté ou du comportement d'un tiers »¹³⁹³. La clause de force majeure n'est pas habituellement considérée comme instaurant une obligation conditionnelle puisque l'exécution du contrat ne dépend pas de la réalisation « d'un événement futur et incertain »¹³⁹⁴. Pourtant, une manière de présenter cette clause se rapprocherait de la notion de potestativité, sans toutefois être reconnue comme une véritable obligation conditionnelle. La clause de force majeure instaure parfois une limitation de la responsabilité dont les causes dépendent de la volonté du contractant¹³⁹⁵. Bien qu'elle n'affecte pas l'existence même de l'obligation, puisque le contrat est censé être pleinement efficace dès sa conclusion, la survenance de l'événement, contrôlé en réalité par le débiteur, risque d'atteindre la certitude de l'exécution de l'obligation¹³⁹⁶.

Dans le cas où le débiteur détient un pouvoir discrétionnaire sur la survenance de l'événement qui limite ou élude sa responsabilité en cas d'inexécution, l'exécution de l'obligation devient très incertaine pour le créancier. Cette acception de la notion de potestativité est assez large¹³⁹⁷. Néanmoins, elle se rencontre en jurisprudence. De l'aveu même

¹³⁹³ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, op. cit., n° 1339.

¹³⁹⁴ Art. 1304 al. 2 C. civ.

¹³⁹⁵ C'est une conception assez large de la potestativité qui ne serait envisageable qu'à l'égard de l'obligation conditionnelle. De l'avis de M. Latina, « toute idée de sanction est étrangère à la notion de condition puisque, en aucun cas, l'accomplissement de l'événement conditionnel n'a été promis, celui-ci étant tributaire, au moins en partie, du hasard ». Il y'a une certaine idée de « normalité » de la défaillance ou de l'accomplissement de l'événement. Ce serait nier la spécificité de la condition en l'appréciant comme la contrepartie du contrat : M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, préf. D. Mazeaud, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 505, 2009, n° 397, p. 296. Est-ce que le fondement de l'art. 1169 C. civ. sur l'absence de contrepartie ne serait-il pas pertinent pour évoquer la problématique de la clause de force majeure dont les événements sont à la discrétion du débiteur de l'obligation ?

¹³⁹⁶ En ce sens : J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat, in *Mél. J. Ghestin*, LGDJ, Anthologie du droit, 2015, p. 747 et s. spéc. n° 3 : « On comprend aisément, en outre, l'interdiction que la loi, au travers de l'article 1174, lui applique : celle de la condition purement potestative suspensive de la part de celui qui s'oblige, le débiteur, parce que cette condition permettrait à ce dernier, à son seul gré, de se libérer de l'obligation consentie ». Même sens : A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, op. cit., n° 342 : « il est évident en effet que son engagement même est alors en son pouvoir et n'a plus la portée d'une véritable obligation ». Aussi : B. DONDERO, « De la condition potestative licite », *RTD Civ.* 2007, p. 677 : une des raisons s'incarne dans des justifications « morales ». La nullité d'une condition potestative serait aussi « un instrument de protection du créancier contre l'arbitraire du débiteur ».

¹³⁹⁷ Sur le constat d'un rapprochement entre condition potestative et droit potestatif et sur l'appréciation critique de cette assimilation : J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs... », *Ibid.*, n° 14 et s. Même remarque : B. DONDERO, « De la condition... », art. préc., n° 7 : « la potestativité est susceptible de voir son champ d'action s'étendre au-delà de la notion de condition ». Sur la volonté de limiter la notion de « condition potestative » à la seule hypothèse d'efficacité de la formation et de l'obligation : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, préf. J. Mestre, PUAM, 1999, n° 78. Dans le même sens : B. FAGES, *Droit des obligations*, op. cit., n° 149, p. 141 : « la potestativité n'est prohibée que lorsqu'elle s'attache à une condition ».

des auteurs, les critères et distinctions¹³⁹⁸ de cette notion sont « suffisamment flous pour justifier toutes solutions d'opportunité et d'équité »¹³⁹⁹. Toute condition, aussi bien suspensive que résolutoire, ne saurait être valable lorsqu'elle dépend de la volonté du débiteur « en ce qu'elle prive l'engagement de tout caractère obligatoire »¹⁴⁰⁰.

Ici aussi, la nature de la circonstance, par nature indépendante du pouvoir des contractants, est une condition de validité des clauses de force majeure. L'affirmation est encore confirmée par la notion de condition dite « casuelle » présente dans l'ancien article 1169 du Code civil qui précisait qu'elle est « celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur »¹⁴⁰¹. La situation se rencontre rarement en pratique sous les aspects d'une clause limitative de responsabilité¹⁴⁰². Un arrêt de la Cour de cassation en donne pourtant une illustration¹⁴⁰³. Tout en rejetant la qualification de condition potestative d'une telle clause, le juge ne ferme pas la porte à ce fondement dans le cas où les juges du fond auraient relevé l'existence d'éléments accréditant cette idée. En l'espèce, l'ancêtre de la Française des jeux refusa de payer le gain d'un billet gagnant en l'absence de l'un de ses volets. Contrairement à la Cour d'appel d'Aix-en-Provence qui admit la potestativité de « la clause limitative de responsabilité » en l'absence de « circonstances extérieures à la volonté de la société du loto », les juges de la Cour de cassation constatèrent que « la disparition du volet A, qui avait rendu impossible le traitement du bulletin, constituait un événement extérieur à la volonté de la société du loto, excluant le caractère purement potestatif de la condition ». Même dans l'hypothèse où le bénéfice de la disposition instaurant la condition potestative serait écarté, il est tout à fait concevable que le caractère potestatif de cette clause soit absorbé directement par la notion de déséquilibre significatif. En effet, la notion est suffisamment large pour régir des situations qui pourraient être sanctionnées sur d'autres fondements dont le bénéfice serait refusé pour diverses raisons. Des auteurs reconnaissent la part éminemment contextuelle de l'appréciation de la notion de déséquilibre, reconnue à l'égard de tout standard juridique¹⁴⁰⁴.

¹³⁹⁸ Notamment la distinction entre condition « simplement » potestative et « purement » potestative. Elle fut critiquée pour sa trop grande subtilité voire, son inutilité : J. GHESTIN, « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil », in *Études A. Weill*, Dalloz, 1983, p. 243 et s. L'auteur proposait le critère de l'arbitraire de l'événement pour remplacer la distinction énoncée (p. 252, n° 14 et s.).

¹³⁹⁹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, op. cit.*, n° 1340, p. 1478. Même sens : W. DROSS, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD Civ.* 2007, p. 701.

¹⁴⁰⁰ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, (...) *Ibid.*, p. 1479.

¹⁴⁰¹ La rédaction du nouvel art. est moins sévère, puisqu'elle prévoit désormais que l'obligation potestative est celle qui résulte de la seule volonté du débiteur.

¹⁴⁰² Mais s'envisage tout de même aisément à travers ce genre de clauses. Quand « une telle stipulation existe, elle est déguisée » : J. GHESTIN, « La notion de condition... », art. préc., n° 16, p. 253. Même sens : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, n° 838-1 : « le caractère potestatif de la condition n'est jamais radical ; il est plus ou moins accusé (...). Chaque fois qu'il a été convenu que l'existence de l'obligation serait suspendue à un fait dont le débiteur peut arbitrairement empêcher l'accomplissement, il n'y a pas sérieusement d'obligation ».

¹⁴⁰³ Civ. 1^{ère}, 10 fév. 1993, n° 90-21.693, inédit.

¹⁴⁰⁴ Sur cette précision : *infra* n° 504 et s.

418. Synthèse du contrôle des clauses exonératoires de responsabilité en présence de circonstances. Les contractants disposent d'une liberté étendue afin de concevoir les circonstances qui seront la cause d'une exonération de leur responsabilité. On ne peut parler d'un contrôle véritable sur la nature de ces circonstances insérées contractuellement. Le juge ne peut que vérifier à la marge si la portée de ces clauses ne crée pas un excès au profit d'un contractant au détriment d'un autre. Cet excès s'envisage généralement comme la négation même de l'obligation contractuelle. L'appréciation du déséquilibre réinvestit de manière indirecte l'intérêt de la nature particulière des circonstances. Si celles-ci s'avèrent trop fréquentes, à tel point qu'elles pourraient être considérées comme habituelles ou normales, le débiteur de l'obligation trouve un moyen confortable de se dérober du poids de ses obligations de manière tout à fait licite. Il existe de « nombreux événements » pouvant « affecter l'exécution des obligations (...) » et qui se manifestent par « toute une série de vicissitudes qui sont aujourd'hui “normalement” attachées à toute entreprise ». Ainsi, « de tels événements ne sont pas, en principe, libératoires, car ils rendent seulement plus difficile, ou plus onéreuse, l'exécution des obligations »¹⁴⁰⁵. Outre le caractère exceptionnel de ces circonstances, c'est le caractère externe à la volonté des parties qui semble une condition de validité des clauses de force majeure qui pourraient, en l'absence de ce critère, être reconnues comme potestatives. Finalement, la liberté contractuelle ne peut pas déformer entièrement la nature circonstancielle de ces événements. Ce qui appartient au fait doit rester au fait.

2. Limites textuelles

419. Limites aux effets libératoires d'une circonstance de force majeure en droit du travail. Quand l'existence d'un événement de force majeure est reconnu, certains éléments plaident parfois pour écarter l'application de l'effet libératoire. Ici, la balance des intérêts se réajuste à nouveau. Le législateur prévoit des situations pour lesquelles les effets de la force majeure sont écartés. C'est le cas par exemple en droit du travail où l'effet libératoire priverait le salarié des droits auxquels il peut prétendre dans des circonstances normales, le plaçant dans la même situation que l'auteur d'une faute grave. L'article L. 1234-12 du Code du travail libère l'employeur du respect d'un préavis et du versement de l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9 du même code. Néanmoins, la répartition du risque est rééquilibrée au profit du salarié puisque l'article L. 1234-13 admet que, bien qu'en présence d'un sinistre relevant d'un cas de force majeure, le « salarié a droit à une indemnité compensatrice d'un montant égal » à l'indemnité de préavis et de licenciement qui restent toutes deux à la charge de l'employeur.

¹⁴⁰⁵ Ph. DELEBECQUE, th. préc., n° 44.

b. Limites à l'absence d'effet exonératoire en présence de circonstances de force majeure

420. Contrôle des clauses garantissant l'exécution de l'obligation en toutes circonstances. L'exécution d'une obligation de résultat s'intéresse peu à la manière dont le débiteur s'est comporté pour exécuter le contrat. Les seules circonstances pouvant justifier l'inexécution sont celles de force majeure. Néanmoins, les parties ont la possibilité de contraindre le débiteur à assumer les conséquences d'un événement de force majeure. La répartition des risques peut peser sur la seule tête du débiteur de l'obligation. Les contractants ont donc la possibilité d'insérer dans le contrat des clauses qui garantissent l'exécution des obligations en toutes circonstances.

421. Fondements identiques aux limites à l'effet exonératoire des clauses relatives au contrôle de l'excès. Ces clauses de garantie sont reconnues comme valables par les juges. Néanmoins, elles sont susceptibles de créer des abus que le juge doit proscrire. Les fondements précédemment indiqués concernant les limites à l'effet exonératoire des circonstances s'appliquent à ce contentieux. Les dispositions sanctionnant le déséquilibre significatif, l'abus, s'envisagent autant pour protéger le créancier d'un droit que le débiteur selon la répartition des droits et obligations. L'article R. 212-1, 5° du Code de la consommation reconnaît abusive de manière irréfragable la clause qui a pour objet ou pour effet de « contraindre le non-professionnel ou le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service ».

Cette absence de symétrie pourrait être sanctionnée de la même manière sur le fondement de l'article 1171 du Code civil ainsi qu'en droit des pratiques restrictives de concurrence au titre de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce. Une limite est à énoncer concernant l'article 1170 du Code civil. Les clauses qui garantissent l'exécution du contrat ne sauraient être évincées sur le fondement de dispositifs sanctionnant la contrariété au respect de l'obligation essentielle. En effet, c'est justement parce que le débiteur doit aller au bout de sa promesse, peu importe les circonstances de l'exécution, qu'elles peuvent être remises en cause.

422. Conclusion du Paragraphe 2. L'exonération de la responsabilité par la présence de circonstances de force majeure est une faveur accordée au débiteur qui renverse la répartition des risques prévue en présence de circonstances normales. Au titre de leur liberté contractuelle, les parties ont la possibilité de moduler à l'envi cet effet en prévoyant des circonstances supplémentaires dans lesquelles le débiteur pourrait échapper à sa responsabilité en cas d'inexécution ou, au contraire, en évinçant l'appréciation de ces circonstances, le risque pesant de ce fait intégralement sur le débiteur.

Toutefois, au titre du respect d'un certain équilibre contractuel ou de la notion même d'obligation contractuelle selon les cas, des fondements ont été envisagés afin de limiter cette liberté dans des carcans définis. Même si la notion de force majeure n'est pas considérée comme d'ordre public, ces caractéristiques tenant au caractère exceptionnel et objectif des circonstances invoquées réapparaissent en filigrane. La volonté contractuelle n'est donc pas susceptible de nier complètement la nature factuelle de ces circonstances particulières.

423. Conclusion de la Section II. L'appréciation de l'exécution du contrat ne répond pas à des critères techniques et objectifs prévisibles. Cette affirmation se vérifie à l'aune de chaque étape nécessaire à la détermination précise du contenu de l'obligation. La détermination de la nature de l'obligation, qui n'apparaît pas souvent de manière claire dans le contrat, est en grande partie liée aux circonstances du contrat en cause. L'appréciation de la faute est tributaire des circonstances du litige. Ces circonstances sont utiles afin d'affiner le contrôle judiciaire qui ne peut raisonner dans l'abstrait.

Lorsque l'inexécution est constatée, des circonstances peuvent encore offrir une excuse légitime au débiteur. Là encore, sous sa prétendue technique, la vérification des conditions de force majeure est soumise aux circonstances de l'exécution du contrat, ce qui empêche d'envisager par avance les événements qui pourront tomber sous cette qualification. La liberté contractuelle est capable de façonner les contours de la force majeure. En revanche, le juge regagne son rôle afin de purger l'excès et l'abus.

Ces méthodes casuistiques de raisonnement ne sont pas un mal en soi. Bien au contraire. L'argument de l'absence de prévisibilité, bien que réel, n'est pas sérieux. L'existence de standards et leur multiplication attestent du succès de ces méthodes de raisonnement. La diversité des circonstances dont souhaite se saisir le juge implique une appréciation souveraine très large. Paradoxalement, les circonstances garantissent la sécurité pour éviter d'enfermer les réflexions dans des conceptions abstraites trop éloignées de la contextualité des litiges.

424. Conclusion du Chapitre II. Loin de s'envisager toujours contre la force obligatoire, les circonstances du contrat incarnent souvent une grille de lecture indispensable dans la détermination de la prestation contractuelle. Les obligations textuelles que renferme l'accord représentent parfois une maigre satisfaction. Le résultat escompté par les parties, souvent décrit par le contrat, ne s'envisage pas sans la manière de l'exécuter. Le comportement du contractant est donc au cœur des préoccupations. L'analyse de ce comportement doit se faire bien souvent au regard des circonstances.

Finalement, les circonstances sont utiles à la construction d'une cohérence contractuelle sur deux points complémentaires. Pour le contractant, elles représentent la trame de fond de l'exécution du contrat qu'il doit observer et à laquelle il s'adapte en comptant parfois sur sa seule sagacité. Cette observation insiste sur l'aspect dynamique de l'exécution qui contraste avec l'aspect statique des obligations insérées textuellement. Plus rarement, l'adaptation du comportement du contractant aux circonstances implique que le débiteur s'éloigne des droits et obligations comme décrits par la convention. Lorsque ces circonstances ne sont pas envisageables, elles représentent une excuse à son comportement, puisque le contractant n'aurait pu raisonnablement les prévoir.

Lorsque l'inexécution est constatée, le standard de la faute permet d'affiner l'appréciation judiciaire. Alors que des comportements apparaîtraient de manière abstraite comme fautifs, des circonstances particulières corrigent ces appréciations trop hâtives qui rendraient la solution inique, soit pour le débiteur, soit pour le créancier. Ces phénomènes ne font pas l'objet d'études particulières, puisque les juges du fond passent généralement sous silence la substance de ces circonstances pourtant déterminantes dans le choix de la décision. Ils détiennent un pouvoir quasi illimité sur la constatation de ces circonstances qui les autorisent à adopter des décisions valables seulement à propos d'un litige unique.

425. Conclusion du Titre I. L'étude de l'adaptation du comportement du contractant aux circonstances du contrat révèle deux voies *a priori* distinctes, mais qui appartiennent à un changement similaire.

Au profit du débiteur, l'observation des circonstances autorise les juges à limiter les pouvoirs des créanciers, souvent unilatéraux. Ces droits, qui ne sont pas affectés d'un défaut de formation, peuvent se voir, au moment de leur application et si les circonstances le justifient, limités. Leur validité de principe ne préjuge en rien leur effectivité si les circonstances viennent à en freiner l'application. Le créancier qui souhaiterait valablement se retirer du lien contractuel peut se faire reprocher ce comportement en raison des seules circonstances économiques, familiales, ou encore sociales. Il est admis de plus en plus régulièrement que le droit d'un créancier n'est pas illimité et peut être contesté si les circonstances desquelles découle son comportement révèlent l'existence d'un abus. Par l'impulsion de la jurisprudence européenne et fondamentaliste, les juges sont de plus en plus tentés de prendre en considération, non seulement les circonstances qui attestent de l'existence d'un comportement fautif de la part du créancier, mais encore qui relèvent une contrariété à l'intérêt du débiteur. Ces décisions ne sont pas à sous-estimer. En effet, à l'heure de la réflexion concernant l'épanouissement du contrôle de proportionnalité *in concreto* et de questions portant sur la place du juge et du rôle de la Cour de cassation, l'influence grandissante des circonstances sur le contrat dans le dessein de préserver l'intérêt du contractant trouve nécessairement un écho particulier. Le raisonnement judiciaire « circonstanciel » ne jure pas avec la pratique du juge français contrairement à ce qu'une majorité d'auteurs affirme. Demain, l'ensemble du contentieux contractuel des prérogatives pourrait s'envisager par le prisme des circonstances du contrat et de la balance des intérêts.

Pourtant, l'appréciation des circonstances du contrat ne peut être considérée comme la fossoyeuse des équilibres contractuels. En faveur du créancier, l'appréciation des circonstances permet d'assurer l'efficacité de l'exécution de la prestation contractuelle. L'environnement de la prestation indique au débiteur la manière dont il doit se comporter afin de répondre au mieux à l'attente légitime de son créancier. Si ce dernier ne doit pas appliquer ses prérogatives sans égard au contexte du contrat, le débiteur ne peut se retrancher derrière une compréhension statique et désincarnée de l'accord pour justifier d'une inertie coupable face à des circonstances qu'il aurait dû prévoir et auxquelles il aurait dû s'adapter.

Finalement, la circonstancialisation du contrat, qui répond à des intérêts et des problématiques différentes, évoque un glissement de la vérification de la licéité du contenu de l'accord vers un contrôle du comportement lors de l'exécution de la prestation. Ce glissement est d'autant plus prégnant lorsque l'influence des circonstances a pour finalité, non plus la seule adaptation du comportement du contractant, mais l'adaptation de l'accord contractuel lui-même.

TITRE II. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'ADAPTATION DU SORT DU CONTRAT

426. Influence sur l'adaptation « directe » du contrat. La diversité des circonstances pouvant déstabiliser la situation d'un contractant motive parfois une adaptation du comportement du créancier du droit. Cette adaptation du comportement aux circonstances de l'exécution n'agit qu'indirectement sur le contrat. L'utilisation de standards, comme la bonne foi ou l'abus de droit, régule le comportement des contractants compte tenu des circonstances particulières. Toutefois, ces standards ne peuvent modifier la substance des droits et obligations des parties. La sanction du comportement offre donc une réponse ponctuelle et contingente.

Au contraire, l'adaptation du contrat offre une solution permanente. Les circonstances à l'origine de cette adaptation sont appréciées de manière plus sévère par le juge à travers des dispositifs légaux¹⁴⁰⁶. Cette adaptation du contrat aux circonstances doit être majoritairement l'œuvre des parties qui, pour conserver l'utilité du contrat, disposent d'outils contractuels qui ne jurent pas avec le respect de la volonté et de la force obligatoire. Le juge n'aura, pour cette finalité, qu'une marge de manœuvre résiduelle pour intervenir quand le contrat perd toute utilité économique. Au-delà de la dimension économique, les circonstances justifient parfois une protection particulière de l'intérêt du contractant les subissant. La fonction n'est plus assignée à la conservation de l'utilité, mais d'abord à la sauvegarde de la protection de l'intérêt particulier.

427. Les circonstances du contrat comme instrument de prévision. L'influence des circonstances du contrat est observée par les contractants et est souvent intégrée au champ contractuel. Cette prévision permet, soit d'anticiper un changement de circonstances futur, soit de conserver l'état des circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu. Bien que des effets aussi graves que la disparition du contrat soient envisageables, il n'y a pas lieu de s'en inquiéter tant qu'ils résultent de la volonté des parties. Le contrat s'adapte aux circonstances, et cette adaptation ne contrarie pas la volonté des contractants.

L'adaptation du contrat aux circonstances répond à un outil de prévision, fonction grandement appréciée par les parties. Le contrat a ceci de paradoxal qu'il doit suffisamment fixer les droits et obligations des parties tout en apportant une souplesse nécessaire face à la diversité des circonstances de son environnement¹⁴⁰⁷. En parallèle, la circonstancialisation a pour avantage de permettre la contractualisation de relations qui, sans cette possibilité,

¹⁴⁰⁶ Sur le risque de correction du contrat sur le fondement de la bonne foi : G. PIETTE, *La correction du contrat*, préf. M. Menjucq, PUAM, t. 1, 2004, n° 466 et s.

¹⁴⁰⁷ Sur cette tension déjà : E. DURKHEIM, *De la division (...), op. cit.*, p. 191 : « il est donc nécessaire que le partage des uns et des autres soit prédéterminé, et cependant il ne peut se faire d'après un plan préconçu (...). C'est un moyen terme entre la rivalité des intérêts en présence ».

n'auraient pu être envisagées. L'ingénierie contractuelle est vaste, mais des limites à cette circonstancialisations doivent tout de même être observées afin de ne pas remettre en cause le concept même de contrat (Chapitre 1). En étant liée à la volonté des parties en cause, la logique de prévision peut laisser apparaître des abus. L'adaptation du contrat aux circonstances préserve l'intérêt du contrat pour les parties en cause dans certaines limites identifiables à toute liberté.

428. Les circonstances du contrat comme source de protection. Une logique différente émerge à côté de la logique de prévision assignée à l'adaptation du contrat aux circonstances. La perturbation des circonstances, que les parties ont tout intérêt d'envisager, suffit parfois à remettre en cause l'accord passé afin, non plus de préserver l'intérêt du contrat, mais de protéger l'intérêt d'un contractant, voire un intérêt extérieur au contrat. La logique de prévision et le respect de la volonté des parties qui l'accompagne sont ainsi balayés au profit d'une autre finalité. L'adaptation s'envisage en majorité par des dispositifs prévus par les textes.

Le droit des procédures collectives et le droit du surendettement sont particulièrement attentatoires à la liberté contractuelle et à la force obligatoire dans le but de protéger le professionnel ou le particulier faisant face à des difficultés financières ou économiques. L'adaptation du contrat aux circonstances ne peut plus se concevoir comme un acte de prévision. Si les contractants peuvent prévoir en partie les conséquences de la survenance d'une procédure collective, ils détiennent un pouvoir très restreint en la matière, le législateur ayant veillé à considérer ces dispositions comme étant d'ordre public. La fonction reconnue à l'adaptation des circonstances n'est plus la conservation de l'utilité du contrat pour les deux parties, mais s'incarne dans la protection du contractant subissant la survenance de circonstances (Chapitre 2).

429. Distinction entre les fonctions de prévision et de protection de l'adaptation du contrat aux circonstances. Il n'existe pas une étanchéité parfaite entre les deux fonctions reconnues à l'adaptation du contrat du fait des circonstances. La conservation de l'utilité du contrat peut se concevoir de manière accessoire comme la protection de l'intérêt d'une partie en cause. La créance née durant la période d'observation dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement est payée à échéance si elle s'avère, entre autres, utile au déroulement de la procédure ou répond aux besoins de la période d'observation ou du maintien provisoire de l'activité¹⁴⁰⁸. L'appréciation « téléologique »¹⁴⁰⁹ de l'utilité de la créance est donc ici au service de la protection du débiteur. Inversement, l'adaptation du contrat aux circonstances prévue par les parties conserve l'utilité du contrat lorsque le contexte contractuel évolue. Cette adaptation peut aussi s'envisager comme une protection d'une des parties qui pourrait subir un changement de circonstances. Néanmoins, tandis que la conservation de

¹⁴⁰⁸ Art. L. 622-17, I C. com.

¹⁴⁰⁹ Expression utilisée par D. ROBINE, M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 9^e éd., 2022, p. 500, n° 725 et s.

l'utilité du contrat respecte en grande partie la volonté des parties, la protection s'envisage habituellement comme des aménagements à la liberté contractuelle et à la force obligatoire du contrat.

430. Le choix d'une hiérarchie des valeurs. L'articulation des différentes valeurs et finalités du droit ne répond pas à un schéma stable, quand bien même certains auteurs comme Villey plaidaient pour un choix unique qui se portait vers la justice¹⁴¹⁰. La justice de l'instant, déterminée par un choix valable au vu de circonstances particulières, est bien présente à l'égard de nombreux contentieux contractuels, et ce, dès la formation du contrat.

Cette exigence de justice est reconnue d'autant plus lors de son exécution. Il ne serait plus seulement question, après la conclusion du contrat, de préserver la sécurité juridique qui « n'apparaît plus comme le seul impératif »¹⁴¹¹. Les circonstances du contrat évoquent les deux finalités principales assignées au droit dans son ensemble : l'appréhension des circonstances par le contrat répond d'abord à un besoin de sécurité juridique¹⁴¹². En se prémunissant contre un changement de circonstances, les contractants acceptent une certaine perméabilité à leur environnement factuel dans le but de conserver l'utilité de l'accord. Dans un autre esprit, les circonstances sont susceptibles d'atteindre en cours d'exécution du contrat l'un des contractants qui le déstabiliseront économiquement, financièrement, voire socialement. La finalité des différents dispositifs prévus à cette modification des circonstances n'est plus la sécurité juridique, mais la recherche de justice contractuelle.

Les principes contractuels s'en trouvent grandement relativisés. Le respect de la volonté des parties, ainsi que la force obligatoire du contrat, subissent une redéfinition nécessaire à l'aune de ces mécanismes conçus dans le but de protéger l'intérêt du contractant. Ces atteintes sont majoritairement intégrées dans des dispositifs légaux prévus à cet effet. Le législateur décide de la solution à privilégier afin de rétablir au mieux l'équilibre contractuel. L'intervention judiciaire est ainsi cantonnée, car expressément prévue pour protéger les parties en cause. Mais souvent, les mécanismes présentent des notions accueillantes laissant une marge de manœuvre au juge afin d'apprécier une multitude de circonstances. Ces dispositions servent directement une logique commune qui est la protection des valeurs du système juridique et qui implique une appréciation circonstancielle de la relation contractuelle¹⁴¹³.

¹⁴¹⁰ M. VILLEY, *Philosophie du droit (...)*, op. cit., n° 108, p. 132 : il existerait une « surabondance des fins » et l'impossibilité à la neutralité qu'il considère comme un « néant de pensée où se complaisent les positivistes » (n° 122, p. 144).

¹⁴¹¹ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », art. préc.

¹⁴¹² La sécurité juridique est polysémique : T. PIAZZON, th. préc., spéc. p. 105 et s. L'auteur conçoit la sécurité de deux manières. L'une d'entre elles est « générique, formelle et abstraite » et l'autre « individuelle et concrète ».

¹⁴¹³ Sur cette idée : C. BOUIX, *Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne*, préf. P. Deumier, PUAM, 2017, spéc. n° 214 et s.

CHAPITRE I. L'ADAPTATION DU CONTRAT AUX CIRCONSTANCES : FONCTION DE PRÉVISION

431. Distinction entre la nullité et l'adaptation. L'affirmation paraît évidente, mais les effets attachés à la distinction de la nullité et de l'adaptation est nécessaire. La nullité du contrat vient sanctionner un vice dans la formation de ce dernier. L'adaptation n'a pas la même finalité. Du fait d'un changement de circonstances et afin de respecter au mieux l'intérêt des parties contractantes, le contrat doit être réaménagé par les parties. L'anéantissement du lien contractuel n'intervient qu'en dernier recours et ne prend pas les traits d'une sanction pour nullité. La nullité et l'adaptation ont donc des domaines respectifs bien distincts. La nullité sanctionne un défaut de formation tandis que l'adaptation apparaît en cours d'exécution du contrat afin de réaménager son économie générale pouvant aller jusqu'à son anéantissement lorsque l'équilibre est définitivement compromis¹⁴¹⁴.

432. Plan. Les logiques de prévision et d'adaptation du contrat peuvent apparaître de prime abord antinomique. Le contrat est avant tout construit afin d'éviter les adaptations possibles à son environnement contextuel¹⁴¹⁵. Néanmoins, les contractants intègrent de plus en plus souvent les circonstances dans le contrat afin qu'il réponde au mieux à l'utilité qu'ils souhaitent y trouver. Moyen de « se prémunir contre le hasard »¹⁴¹⁶, l'intégration de circonstances comme obligations particulières répond à un souci de conservation de l'intérêt du contrat. Cette prévision se fait soit, afin de prévoir un changement de circonstances qui est espéré (Section I), soit un changement de circonstances qui est, au contraire, redouté (Section II).

SECTION I. L'ADAPTATION DU CONTRAT EN PRÉVISION D'UN CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES ESPÉRÉ

433. Plan. La précision du changement de circonstances peut avoir deux effets, qui ne présentent pas de différences de nature, mais de degré, selon la volonté des parties. Cette prévision est susceptible d'avoir un effet sur l'ensemble du contrat en cas de réalisation ou de défaillance de la circonstance visée (Paragraphe 1), soit qu'un effet à l'égard d'une obligation particulière (Paragraphe 2).

¹⁴¹⁴ Dans ce sens : M. M. EL-GAMMAL, *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, étude comparée de droit civil français et de droit civil de la république arabe unie*, préf. A. Tunc, LGDJ, 1967, spéc. n° 357 et s.

¹⁴¹⁵ Sur la contradiction entre la logique de prévision et la logique d'adaptation : O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat*, préf. Y. Lequette, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 535, 2012, n° 740 et s.

¹⁴¹⁶ A. BÉNABENT, *La chance et le droit*, LGDJ, réed. 2014, p. 48.

Paragraphe 1 : Le changement de circonstances conditionne l'efficacité du contrat

434. Plan. Les contractants ont recours régulièrement à des techniques contractuelles offrant la possibilité d'insérer des circonstances indispensables à la conservation de l'intérêt qu'il poursuit en concluant la convention (A). Cette circonstancialisation, qui n'est pas « naturelle » à l'accord, doit répondre nécessairement à des conditions de validité bien précises pour échapper à l'illicéité (B).

A. L'intérêt de conditionner l'efficacité du contrat au changement de circonstances

435. L'extension des contrats à des circonstances encore incertaines. De nombreuses situations ne satisfont pas pleinement les parties concernées tant que certains éléments ne sont pas encore présents¹⁴¹⁷. Afin de permettre tout de même une sorte de « sécurisation » d'une situation, ils peuvent intégrer des circonstances d'une importance déterminante, dont la réalisation est encore incertaine, et qui conditionnera l'efficacité de la relation contractuelle. Bien que « la prudence voudrait que les parties ne se hasardent à contracter qu'avec l'assurance que les circonstances qui les ont déterminées à s'engager se produisent ou se maintiennent »¹⁴¹⁸, la condition représente une solution de compromis.

La pratique de la condition engendre alors une circonstancialisation du contrat conforme à la volonté des parties¹⁴¹⁹. Le lien contractuel¹⁴²⁰ existe, mais l'efficacité du contrat repose sur la survenance d'un événement ou de plusieurs événements particuliers et intégrés au champ contractuel. La condition rend efficaces des circonstances qui seraient considérées normalement comme des motifs du contrat compris en dehors du champ contractuel¹⁴²¹. Si une circonstance extérieure au contrat ne se produit pas, le contrat ne présenterait plus aucune utilité pour l'un des contractants¹⁴²². La liberté contractuelle permet de maîtriser un futur incertain. Cette intégration des circonstances répond donc bien à une fonction de prévision qui ne jure pas avec la sécurité juridique. La pratique est majoritairement absorbée par l'utilisation de la condition

¹⁴¹⁷ D. BONNET, *Cause et condition dans les actes juridiques*, préf. P. de Vareilles-Sommières, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 449, 2005, n° 113 : « les parties peuvent néanmoins désirer contracter dans l'espoir que les circonstances évoluent favorablement en rendant l'acte habile à satisfaire l'équilibre voulu ».

¹⁴¹⁸ M. LATINA, th. préc., n° 179, p. 131.

¹⁴¹⁹ Un auteur range cette pratique sous le phénomène de l'anticipation contractuelle et considère que « les circonstances de fait, qui normalement servent de base pour le développement des effets juridiques qui forment le contenu de la situation, ne sont pas toutes avenues » : J.-C. HALLOUIN, *L'anticipation : contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, th. dactyl. Poitiers, t. 1, 1979, p. 18.

¹⁴²⁰ La notion est utilisée par M. Latina qui distingue le lien contractuel de la substance des droits et obligations. Il l'évoque pour critiquer les auteurs qui considèrent que le contrat n'est pas encore formé tant que la condition n'est pas survenue. Cette distinction en fait « la clef de la compréhension moderne de l'objet de la condition » : M. LATINA, th. préc., n° 35, p. 30.

¹⁴²¹ *Supra* n° 130.

¹⁴²² En ce sens : D. BONNET, th. préc., spéc. n° 113 et n° 345 : « La condition brille également par son aptitude à permettre aux sujets de droit de se prémunir tant contre l'inutilité de l'acte résultant de la disparition des circonstances qui rendent le contenu du contrat “psychologiquement équilibré” que contre la stagnation de circonstances ne permettant pas à l'acte de laisser transparaître toute son utilité ».

dite « suspensive » inscrite aujourd'hui à l'article 1304 du Code civil alinéa 2 qui prévoit que l'obligation conditionnelle est suspensive « lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple ».

436. L'intégration des circonstances conserve l'utilité particulière du contrat. Les circonstances à l'origine de la conclusion du contrat peuvent être nombreuses et sont rarement inscrites au cœur de l'accord contractuel. L'intérêt de la conclusion d'un contrat de prêt ne peut se résumer à l'obtention de celui-ci, mais est motivé par exemple par l'achat d'un bien immobilier qui répond lui-même à des raisons diverses et variées. La réalisation d'une opération contractuelle ne s'explique que très rarement par son seul contenu obligationnel. La condition permet ainsi d'étendre le contrat à ces circonstances qui contextualisent l'accord. Elle permet de conserver « l'utilité du contrat » qui est « l'exigence première de l'insertion d'un mobile »¹⁴²³. Ces circonstances sont multiples. Elles sont souvent le but que le contractant recherche en concluant le contrat : j'achète une voiture, car j'en ai besoin pour réaliser mes déplacements professionnels. Ce but qui déborde le contenu du contrat est souvent confondu avec la cause¹⁴²⁴. D'autres circonstances sont antérieures psychologiquement à la réalisation de ce but et forment la conjoncture propice à la conclusion d'un contrat : j'ai acheté une voiture, car aucune ligne de transport en commun ne me permet de me déplacer jusqu'à mon lieu de travail. Ces circonstances particulières sont souvent qualifiées de « motif-efficient »¹⁴²⁵ ou encore de « mobile »¹⁴²⁶. Finalement, la pratique de la condition suspensive protège l'intérêt dont est animée une partie en concluant le contrat, intérêt qui dépasse l'opération contractuelle.

437. Pratique de la condition suspensive dans la circonstancialisation du contrat. La condition suspensive est privilégiée dans certains types de contrats. Elles sont très courantes dans les contrats de cession de droits sociaux, notamment afin de s'assurer de la santé financière de la société tierce à l'acte dont les actions ou parts sociales sont cédées¹⁴²⁷. Elle l'est aussi évidemment dans les contrats de vente immobilière qui contiennent très souvent des conditions suspensives à l'obtention d'un prêt immobilier. Ce succès de la condition suspensive doit s'accompagner du respect de critères afin de ne pas exposer les contractants à ce qu'ils souhaitaient échapper, à savoir l'insécurité juridique. Ces critères de validité révèlent d'autant plus la nature circonstancielle de l'objet de la condition.

¹⁴²³ J. ROCHFELD, th. préc., n° 249.

¹⁴²⁴ Sur cette question ; D. BONNET, *Cause et condition dans les actes juridiques*, th. préc., spéc. n° 83 et s.

¹⁴²⁵ Sur cette précision : M. LATINA, th. préc., spéc. n° 184.

¹⁴²⁶ L. JOSSERAND, th. préc., p. 23 et s. : l'auteur nomme ce genre de circonstances les « antécédents de l'acte ». Le but quant à lui est identifié comme « les mobiles téléologiques ».

¹⁴²⁷ Pour un exemple récent : CA Paris, 6 oct. 2022, *BJS* 2023, p. 16, obs. D. PORACCHIA. La Cour d'appel dans cet arrêt semble faire la distinction entre la condition portant sur l'information de certaines circonstances et la réalisation desdites circonstances. La première condition impliquerait seulement la production d'un document attestant de la bonne foi de la réalité des circonstances (qui reposera très souvent, dans le cadre d'une cession de droits sociaux, sur la sincérité des documents comptables et financiers transmis). La seconde condition quant à elle est effective si les circonstances visées se réalisent (que la société atteigne bien les seuils financiers déterminés par les parties à la cession de droits).

B. Les conditions tenant à la nature des circonstances conditionnant l'efficacité du contrat

438. Plan. Les conditions de validité se conçoivent à l'égard de deux éléments. D'abord, l'objet de la condition doit être un élément « accessoire » du contrat. L'objet ne peut porter sur un élément indispensable à la validité, ce qui évoque sa nature circonstancielle (a). Cette particularité de l'objet sera encore appréciée à l'égard du contrôle de l'incertitude de la condition, élément indispensable à sa validité (b).

a. Le caractère accessoire de l'objet de la condition suspensive évoque sa nature circonstancielle

439. Le caractère « accidentel » de la condition implique l'insertion d'une circonstance. Le caractère accessoire de la condition est un élément indispensable à sa validité. Les juges rappellent quelquefois que la condition ne peut porter sur un élément essentiel du contrat¹⁴²⁸. Cette exigence est facilement compréhensible au regard de la rédaction de l'article 1304 alinéa 1^{er} du Code civil qui précise que l'obligation conditionnelle doit être future et incertaine. L'incertitude de la circonstance implique qu'elle ne puisse porter sur un élément essentiel du contrat qui est indispensable à sa formation et dont l'absence conduit à la nullité de l'acte¹⁴²⁹.

b. Le contrôle de l'incertitude de l'événement s'apprécie au regard des circonstances

440. L'insertion d'une circonstance qui n'est pas du pouvoir du débiteur de faire advenir. La potestativité a été abordée à l'occasion de l'étude des clauses de force majeure¹⁴³⁰. L'article 1304-2 proscriit en effet l'obligation dite potestative qui est définie par le législateur comme la condition dépendant « de la seule volonté du débiteur »¹⁴³¹. Le caractère circonstanciel de la condition est encore évoqué par la nature « extérieure » de l'événement visé. L'incertitude de la condition proscriit logiquement son caractère potestatif¹⁴³². Le débiteur devra mettre en œuvre tous les moyens pour que la survenance de l'événement érigé en condition

¹⁴²⁸ Par exemple : Civ. 3^e, 22 oct. 2015, n° 14-20.096, *RDC* 2016, p. 31, note J. KLEIN, *D.* 2015, p. 2181, note N. DISSAUX, *RTD Civ.* 2016, p. 122, obs. H. BARBIER : la « condition suspensive » de la signature d'un nouveau bail commercial insérée dans un bail commercial initial doit être réputée non-écrite sur le fondement de l'ancien art. 1168 C. civ.

¹⁴²⁹ Les auteurs relèvent parfois la confusion potentielle entre la condition « modalité » et la condition de validité du contrat due à la terminologie des termes. Sur ce point : F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, op. cit.*, n° 1336.

¹⁴³⁰ *Supra* n° 417.

¹⁴³¹ La nouvelle disposition simplifie les dispositions antérieures puisque le Code civil distinguait les conditions « casuelles » (ancien art. 1168) des conditions « potestatives » (ancien art. 1170) et des conditions dites « mixtes » (ancien art. 1171). Sur ce point : Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 874.

¹⁴³² D. BONNET, th. préc., n° 709 : « la notion de condition potestative constitue un non-sens parce que le caractère incertain qui caractérise la condition s'oppose absolument à la potestativité ».

advienne¹⁴³³. La non-survenance de la condition ne peut être en aucun cas liée directement à l'action du débiteur. Ce sont des circonstances sur lequel ce dernier n'a aucun pouvoir qui doivent en être la cause.

Finalement, le caractère indépendant de la condition suspensive s'infère, non au regard de l'événement objet de la condition, mais de toutes les circonstances qui ont déterminé la réalisation ou la non-survenance de cette dernière¹⁴³⁴. La volonté n'a pas le pouvoir de fixer elle-même « le moment où une situation juridique se forme » et donc ne peut jouer directement sur la survenance des conditions de formation du contrat¹⁴³⁵.

Une décision de la Cour d'appel de Paris met en lumière l'importance de l'aléa, qui ne peut être garantie que par la présence de circonstances dites « objectives »¹⁴³⁶. En l'espèce, l'acquisition d'une société était conditionnée entre autres par la remise d'un document attestant de l'existence de certaines conditions financières. Le document fut remis, mais une expertise financière ainsi que des échanges entre la société cible et sa banque, attestèrent de la défaillance certaine et prochaine de celle-ci. Comme le reconnaît M. Barbier, deux conceptions de la condition suspensive étaient envisageables. La première implique que la remise du document qui atteste de l'existence des informations financières est l'objet de la condition. Si les informations sont exactes, peu importe que les circonstances factuelles démontrent en réalité la mauvaise santé financière de la société. La seule constatation de la remise du document suffit à réputer la condition acquise. La seconde conception amène à vérifier l'exactitude des informations.

Il ne semble pas raisonnable de déconnecter complètement l'appréciation de l'objet de la condition et la réalité des circonstances qu'elle est censée décrire. Ce serait accepter un trop grand opportunisme de la part des rédacteurs, qui confinerait dans la majorité des situations à de la mauvaise foi. Les juges ne devraient pas se contenter de vérifier la réalisation « artificielle » d'une condition en se contentant, comme dans les faits de l'arrêt, de constater seulement la remise effective du document. Ils devraient aussi apprécier que les circonstances sous-jacentes soient en adéquation avec la réalisation de la condition. La qualification de la potestativité plaide encore dans le sens d'une appréciation des circonstances du contrat.

¹⁴³³ En ce sens : M. LATINA, th. préc., n° 354 : l'événement conditionnel qui implique l'action « matérielle » du débiteur ne peut être considéré comme potestatif puisque « *juridiquement*, la réalisation ou la défaillance de la condition ne peut intervenir que sous l'influence de circonstances que les parties, et le débiteur en particulier, ne maîtrisent pas » (souligné par l'auteur).

¹⁴³⁴ Dans le même sens : S. GJIDARA, « Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du code civil », *LPA* 2000, p. 4 : « Dans ce contexte, le contrôle des facteurs de réalisation de l'événement, tel qu'il est défini au moment où la condition est stipulée, s'effectuera non seulement au stade de l'interprétation du contrat, mais aussi à celui de son exécution, par différentes méthodes toutes plus révélatrices les unes que les autres, de la volonté jurisprudentielle de rejeter le grief de potestativité ».

¹⁴³⁵ Sur cette idée : J.-C. HALLOUIN, th. préc., p. 5.

¹⁴³⁶ CA Paris, 6 oct. 2022, n° 20/12582, *RTD Civ.* 2023, p. 100, obs. H. BARBIER.

441. Glissement de l'appréciation de la potestativité de la formation vers les circonstances de l'exécution. Un arrêt de la Cour de cassation du 16 octobre 2001 a reconnu la validité d'une condition, ici résolutoire, en considération de « difficultés insurmontables de gestion » subies par le contractant alors que l'événement visé par la clause semblait, de prime abord, potestatif¹⁴³⁷. En l'espèce, une clinique avait conclu une série de contrats de travail avec plusieurs médecins. Les contrats comportaient une clause prévoyant la fin des relations contractuelles sans indemnités dans l'hypothèse où la clinique cesserait d'exercer en tant qu'établissement « au service des malades et d'hospitalisation ». En s'arrêtant à la rédaction de la clause, la condition résolutoire était bien potestative, puisque ce changement d'activité ne pouvait être décidé que par les propriétaires de la clinique parties au contrat. Néanmoins, en cours d'exécution, l'établissement prétextait de graves difficultés l'obligeant à mettre fin à l'activité. Les juges de la Cour de cassation, en évoquant des arguments sur l'interprétation de la clause litigieuse qui se révélait selon eux « ambiguë », ont reconnu qu'elle n'était pas « purement potestative » et qu'elle n'avait été mise en œuvre que « sous la pression d'événements économiques irrésistibles ».

Finalement, *l'appréciation du caractère « objectif » de l'événement visé par la condition ne se fait pas exclusivement au regard de son contenu textuel, mais encore à la lumière des circonstances effectives à l'origine de la défaillance ou de la survenance de la condition*. C'est donc un glissement de la vérification de la validité de la clause de la formation du contrat au moment de son application qui est en œuvre¹⁴³⁸. Cette appréciation de la légitimité de la mise en œuvre de la clause n'est pas sans rappeler le contrôle de l'abus ou de la bonne foi. Cette tendance, qui n'a pas laissé indifférente la doctrine, fut à l'origine d'un plaidoyer pour l'abandon pur et simple de l'ancien article 1174 du Code civil au profit du seul article 1178 du même code qui prévoyait la réalisation de la condition lorsque le débiteur « en a empêché l'accomplissement »¹⁴³⁹. Ainsi, la condition, qui répond *a priori* à des critères contrôlés *ab initio*, échappe à la potestativité lors de l'exécution du contrat. Pour ce faire, les juges ont insisté sur la rédaction permissive de la clause qui ne précisait pas spécifiquement les causes de l'application de la condition. Cette dernière pouvait comporter de ce fait « toutes les causes concevables, y compris évidemment celles tenant au contexte économique ou matériel, à une disparition de la clientèle ou à des difficultés insurmontables de gestion » ; en bref, à toutes les

¹⁴³⁷ Civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, *RTD Civ.* 2002, p. 97, obs. J. MESTRE, *D.* 2002, p. 2839, obs. D. MAZEAUD. Déjà dans ce sens : Civ. 1^{ère}, 21 mars 1984, n° 83-11.012, *Bull. Civ.* I, 1984, n° 112, *RTD Civ.* 1985, p. 381, obs. J. MESTRE : « Le contrat de prêt consenti à un salarié dont le remboursement immédiat peut être exigé lors de la cessation de ses fonctions n'est pas affecté d'une condition potestative, au motif que le licenciement du salarié a été motivé par les circonstances économiques indépendantes de la volonté de l'employeur ». M. Mestre retient que l'appréciation de la validité de la condition peut être « suspendue aux circonstances de sa réalisation ultérieure ».

¹⁴³⁸ Par exemple : J. ROCHFELD, « Du contrôle des clauses de "cessation" du contrat au regard de leur potestativité », *JCP G* 2002, p. 134.

¹⁴³⁹ Ce fut l'une des propositions de M. Latina dans sa thèse, mais d'autres avant lui ont abouti à la même conclusion à partir de l'étude jurisprudentielle qui préférerait majoritairement le fondement de l'art. 1178 ancien C. civ. : S. GJIDARA, art. préc.

circonstances extérieures à la volonté des parties qui rendaient difficile, voire impossible, le maintien des contrats.

Cela signifie-t-il que la clause conditionnelle doit être rédigée de façon à être appliquée en présence de ce genre de circonstances pour échapper à la potestativité ? Autrement dit, le fait de rédiger la clause de manière à la lier explicitement au seul bon vouloir du débiteur emporterait-il la nullité du contrat *ab initio* ? Pour reprendre l'exemple de l'arrêt cité, la clause aurait-elle échappé à la nullité si elle avait précisé que les contrats prenaient fin en cas de changement d'activité, décision qui appartenait aux propriétaires de la clinique ? Cette rédaction ressemble d'autant plus à ce qui était nommé parfois par la doctrine décision « purement potestative »¹⁴⁴⁰. Mais là encore, il serait possible de considérer que la rédaction textuelle qui octroyait théoriquement la décision aux propriétaires aurait échappé à la potestativité sous la pression de circonstances extérieures à leur volonté si toutefois elles se présentaient¹⁴⁴¹.

Peu importe en réalité la rédaction de la clause qui, selon nous, peut toujours être interprétée comme étant ouverte aux circonstances indépendantes de la volonté des contractants¹⁴⁴². Ce qui a prévalu dans la solution des juges du fond, ce sont bien les circonstances qui ont mené à la mise en œuvre de la clause. La condition suspensive ne peut être qualifiée de potestative si ce sont des circonstances extérieures à sa volonté qui empêchent finalement la survenance du changement espéré¹⁴⁴³. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 22 novembre 1989 relevait déjà que la validité de la condition s'appréciait à la lumière de « circonstances objectives » susceptibles d'un contrôle judiciaire¹⁴⁴⁴. Pour prendre un exemple concret, dans le cas de l'achat d'un bien immobilier sous condition de l'obtention d'un prêt, la condition ne sera pas considérée comme potestative dans le cas où des circonstances, comme le changement de la situation personnelle du débiteur telle que sa situation économique, ont

¹⁴⁴⁰ W. DROSS, « Condition suspensive » in *Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, LexisNexis, 4^e éd., 2020, spéc. p. 161 : la condition « purement » potestative répondrait de la seule volonté du débiteur (« mon obligation naîtra si je veux ») alors que la condition « simplement » potestative ne dépendrait « pas du simple caprice du débiteur ». La première serait proscrite tandis que la seconde serait valable. L'auteur souligne que la validité de l'une comme de l'autre peut être défendue.

¹⁴⁴¹ Ce qui confirme encore que, peu importe la rédaction de la clause conditionnelle, « une relation de dépendance conditionnelle n'est, par essence, jamais potestative, *c'est-à-dire tributaire du pouvoir matériel du débiteur* » (souligné par l'auteur) : M. LATINA, th. préc., n° 353, p. 255.

¹⁴⁴² Sur ce courant d'interprétation permissive de la volonté commune des parties afin de faire échapper la nullité pour potestativité : S. GJIDARA, art. préc., spéc. n° 26.

¹⁴⁴³ M. LATINA, th. préc., n° 355 : « En toute hypothèse, et contrairement à ce que laisse entendre la trilogie condition casuelle, mixte et potestative, une condition ne peut être que tributaire d'événements extérieurs ». Du même auteur : « Condition », in *Dictionnaire du contrat*, op. cit., spéc. p. 252 : « Au vrai, il eût été possible de se passer du concept de condition potestative, celui-ci étant "un faux concept". Une condition ne peut jamais dépendre uniquement de la volonté d'un contractant ; elle doit toujours dépendre, *in fine*, de circonstances extérieures ». Et avant lui : POTHIER, *Traité des obligations*, op. cit., n° 212 : « C'est une règle commune à toutes les conditions des obligations, qu'elles doivent passer pour accomplies, lorsque le débiteur, qui s'est obligé sous cette condition, en a empêché l'accomplissement ».

¹⁴⁴⁴ Civ. 1^{ère}, 22 nov. 1989, Bull. Civ. I, n° 355.

empêché l'octroi dudit prêt¹⁴⁴⁵. Pour résumé et en empruntant au champ lexical de la responsabilité civile, le débiteur ne doit pas interférer le cours normal des choses¹⁴⁴⁶. Le caractère potestatif de la condition suspensive ou résolutoire serait donc indissociable de l'appréciation du comportement du contractant¹⁴⁴⁷, et donc, ici aussi, du respect de la bonne foi au regard des circonstances¹⁴⁴⁸.

442. L'appréciation sous-jacente de l'articulation des intérêts dans l'appréciation de la potestativité de la condition. Le contractant ne peut donc être accusé d'être intervenu dans la défaillance de la condition suspensive s'il atteste de circonstances objectives causant la non-survenance de l'événement visé par l'obligation conditionnelle. Il est tentant de voir dans cette justification la tendance des juges à vérifier la protection des intérêts des contractants à travers la balance des intérêts.

Pour reprendre le litige de l'arrêt du 16 octobre 2001¹⁴⁴⁹, le fait pour les juges d'avoir considéré que la condition échappait à la potestativité du fait de la présence de circonstances insurmontables revient à admettre que la rupture unilatérale du contrat permise par la condition était justifiée par la protection de l'intérêt de la clinique. Ce contrôle de l'intérêt, qui n'est pas indiqué de manière explicite par les juges, est parfois relevé par les auteurs. M. Revet précise, en ne restreignant pas son propos à l'obligation conditionnelle, que le pouvoir unilatéral « n'est admissible que s'il sert, en tout ou partie, l'intérêt de celui qui en est le sujet »¹⁴⁵⁰. M. Dondero propose que « l'intérêt de l'entreprise » serve « de fil conducteur à l'utilisation d'une condition potestative dans le cadre d'une relation entre un employeur et son salarié »¹⁴⁵¹. Dans l'hypothèse d'une condition suspensive insérée dans un contrat de cession de droits sociaux comportant des

¹⁴⁴⁵ Bien qu'il soit toujours possible de considérer que l'individu est responsable de l'état de sa situation économique et financière, nous voyons mal comment il pourrait saboter sa propre situation économique dans le seul espoir de faire défaillir la condition suspensive. La défaillance de la condition suppose de subir pour le débiteur un « inconvénient » ou un « sacrifice », critère souvent proposé pour apprécier l'absence de potestativité : D. BONDERO, « De la condition potestative licite », *RTD Civ.* 2007, p. 677, n° 34. Ce raisonnement a été appliqué afin d'apprécier la validité d'une clause de retour à meilleure fortune qui ne peut être considérée comme potestative car le débiteur « n'a aucun intérêt à prolonger son état de faillite » : S. GJIDARA, « Le déclin de la potestativité... », art. préc.

¹⁴⁴⁶ Formule qui fait référence plus directement à la causalité : C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, préf. Ph. Brun, Dalloz, Nouv. Bibl. de th., vol. 99, 2010, spéc. n° 88 et n° 100 : le cours normal des choses serait pour l'auteur un « *standard permettant le jugement sur la prévisibilité ou la probabilité d'un préjudice semblable à celui qui est intervenu (...)* » (souligné par l'auteur). Le débiteur empêcherait la survenance de l'événement espéré s'il influençait cette prévisibilité ou probabilité par son action.

¹⁴⁴⁷ W. DROSS, « Condition suspensive », *op. cit.*, p. 150 et s.

¹⁴⁴⁸ Dans ce sens : F. CHÉNEDÉ, « Charles Demolombe, la condition potestative (2^e partie) », *RDC* 2013, p. 1131 : c'est une « simple application du devoir d'exécuter le contrat de bonne foi ». Dans le même sens : W. DROSS, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », art. préc., spéc. n° 29 : « le contractant qui tient la défaillance de la condition en son pouvoir doit accomplir les démarches propres à conserver cette condition son caractère aléatoire ». En l'absence de précision en ce sens dans le contrat, il est légitime de penser que cette exigence « résulte de l'article 1134 alinéa 3, du code civil qui impose aux contractants d'exécuter le contrat de bonne foi ».

¹⁴⁴⁹ *Supra* n° 441.

¹⁴⁵⁰ Th. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet du contrat » in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Economica 1999, p. 31.

¹⁴⁵¹ D. BONDERO, « De la condition (...) », art. préc., n° 57.

seuils d'indices financiers ou comptables tels que le chiffre d'affaires ou le fonds de roulement, l'évolution d'un marché particulier, la survenance d'une crise économique ou, tout simplement, des difficultés de gestion justifieraient la défaillance de la condition¹⁴⁵².

Finalement, comme à l'égard des cas de force majeure¹⁴⁵³, la nature objective de l'événement s'envisage à l'égard de toutes les circonstances factuelles que la volonté des parties ne peut totalement renier. En vérifiant ces circonstances, le créancier de la condition ou le juge s'assurent que l'incertitude de la réalisation de l'événement est garantie¹⁴⁵⁴.

Paragraphe 2 : Le changement de circonstances espéré conditionne l'existence d'une obligation

443. Plan. Plus rarement, l'évolution espérée de circonstances a pour effet l'existence d'une obligation précise (A). Les conditions de validité de ce changement de circonstances répondent encore une fois à l'absence de potestativité dans l'évolution favorable (B).

A. La qualification de condition suspensive au regard du changement de circonstances espéré

444. L'évolution des circonstances économiques favorables peut conditionner le paiement d'une dette existante. La condition du paiement d'une dette adossée à l'évolution favorable des circonstances économiques du débiteur a de quoi étonner. En effet, cette pratique prend d'autant plus les contours d'une faveur accordée au débiteur sur un fondement moral ou d'équité¹⁴⁵⁵ qu'elle ne s'apparente à un instrument de prévision¹⁴⁵⁶. Courante en matière de procédures collectives dont les textes faisaient expressément référence par le passé¹⁴⁵⁷, la clause de retour à meilleure fortune est définie comme celle « par laquelle le débiteur en difficulté

¹⁴⁵² L'absence de potestativité s'incarne dans la contrainte que représenterait pour le débiteur de l'obligation suspensive de mener sa société à la ruine dans le but de faire défaillir les événements visés par l'obligation conditionnelle.

¹⁴⁵³ *Supra* n° 405 et s.

¹⁴⁵⁴ Si cette certitude ne fait aucun doute, alors les effets attachés à la condition sont « automatiques ». Cette incertitude de l'événement est une des particularités qui permet de distinguer la condition du droit potestatif. Ce dernier ne comporte aucune incertitude de l'événement particulier qui ferait jouer la condition. La seule incertitude régnant se conçoit à l'égard de la volonté du créancier du droit potestatif, ce qui motivent les auteurs à rechercher des limites à cette liberté qui pourrait contrarier l'intérêt du contractant passif. Sur cette différence dans l'incertitude de l'événement entre la condition et le droit potestatif : J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », art. préc., spéc. n° 10.

¹⁴⁵⁵ R. KAUFFMAN, « De l'utilité et des effets d'une clause potestative : la clause de retour à meilleure fortune dans les abandons de créances amiables et concordataires », *D.* 1982, p. 129 : l'auteur la rapproche d'une obligation naturelle (p. 129)

¹⁴⁵⁶ La clause participerait directement à « une moralisation » des relations dans le cadre d'une procédure collective : O. PLAYOUST, « Contribution à la moralisation du droit des procédures collectives, la clause de retour à meilleur fortune », *rev. proc. coll.* 1994, p. 349.

¹⁴⁵⁷ Art. 41 de la loi du 13 juillet 1967 depuis abrogée par la loi du 25 janvier 1985 : « en cas de règlement judiciaire et à défaut de production avant la dernière échéance concordataire et sauf clause de retour à meilleure fortune, les créances sont éteintes ».

financière s'engage, moyennant l'abandon de principe d'une créance, à honorer cependant celle-ci s'il parvient ultérieurement à une situation pécuniaire le permettant »¹⁴⁵⁸. Elle est présente dans les relations intragroupes entre société mère et sociétés filles¹⁴⁵⁹. Elle l'est encore dans le cadre de procédures collectives, et plus particulièrement dans les procédures de surendettement des particuliers¹⁴⁶⁰. On la retrouve aussi dans le contrat de prêt et dans les comptes courants d'associé. Cette originalité se constate encore à l'occasion de sa qualification.

445. La qualification juridique de la clause de retour à meilleure fortune. La majorité de la doctrine s'est tournée vers le choix d'apprécier la clause de retour à meilleure fortune comme une condition et non comme un terme¹⁴⁶¹. Il paraît logique de qualifier l'obligation de conditionnelle, puisque le rétablissement économique du débiteur est incertain, voire résolument compromis dans la majorité des situations selon certains auteurs¹⁴⁶². Bien que la remise de dette soit conditionnée à la permanence des circonstances économiques défavorables que subit le gratifié, c'est bien le changement de circonstances dans la situation économique de celui-ci qui autorise de retrouver l'obligation pour le débiteur d'honorer de nouveau sa dette préexistante¹⁴⁶³. Il existe donc un doute sur le caractère résolutoire¹⁴⁶⁴ ou suspensif de la condition. Les auteurs optant pour l'effet résolutoire reconnaissent que les parties ne croient généralement pas en la survenance du changement favorable de circonstances¹⁴⁶⁵. L'abandon de créance serait attaché juridiquement à l'incertitude de ce changement, mais elle serait envisagée dans l'esprit du gratifié et du remettant comme un abandon de créance. Interpréter les clauses de cette manière revient à les assimiler à des abandons définitifs¹⁴⁶⁶. Cette appréciation n'est pas raisonnable, car elle contredit directement la nature conditionnelle de l'obligation¹⁴⁶⁷. L'obligation peut faire l'objet d'une condition parce qu'il existe bien un contexte attestant de l'incertitude du

¹⁴⁵⁸ R. KAUFFMAN, art. préc.,

¹⁴⁵⁹ Sur cette constatation : T. JACOMET, A. BEJINARIU, « La clause de retour à meilleure fortune », *BJS* 1996, p. 365.

¹⁴⁶⁰ Sur ce constat : D. DEFRANCE, *Le retour à meilleure fortune. Étude en droit des difficultés économiques*, L'Harmattan, 2017, n° 35, p. 57.

¹⁴⁶¹ Cette distinction n'est pas si aisée en pratique suivant les situations même si les juges insistent sur cette distinction. Pour un exemple d'arrêt : Civ. 1^{ère}, 13 juill. 2004, *RTD Civ.* 2004, p. 734, obs. J. MESTRE, *Rev. Soc.* 2005, p. 378, note D. BONNET.

¹⁴⁶² Sur cette constatation : N. PICOD, *La remise de dette en droit privé*, préf. C. Saint-Alary-Houin, Dalloz, Nouv. Bibl. Th., 2013, n° 502, spéc. p. 381 : l'auteure constate que « le retour à meilleure fortune est très rare en pratique » et en déduit la nature résolutoire de la condition, car elle serait conçue de cette manière dans l'esprit du remettant et du gratifié.

¹⁴⁶³ Le retour à meilleure fortune est « le fait générateur contractuel d'une obligation rétablissant une créance préalablement abandonnée » : D. DEFRANCE, th. préc., n° 35, p. 55.

¹⁴⁶⁴ En ce sens : J.-M. et P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 432 : « On interprète comme une remise de dette sous condition résolutoire, les "clauses de retour à bonne fortune", conditionnant une remise de dette ». Même sens : N. PICOD, th. préc., n° 502, p. 381-382 : il conclut au caractère résolutoire de la remise de dette afin d'éviter la fragilisation de la situation qui serait suspendu à un événement qui « n'arrivera sans doute jamais » (p. 382).

¹⁴⁶⁵ N. PICOD, th. préc.

¹⁴⁶⁶ En ce sens : R. KAUFFMAN, art. préc., p. 130 : « la situation financière du débiteur doit être elle-même incertaine pendant une période durant laquelle l'événement est susceptible de se produire, c'est-à-dire tant que le débiteur n'est pas en situation de savoir s'il va ou non devoir réaliser son obligation ».

¹⁴⁶⁷ L'enjeu de la qualification en condition n'est pas seulement théorique puisque le créancier de la clause pourra agir en exécution forcée contre son débiteur en cas de rétablissement financier.

rétablissement économique et financier du bénéficiaire de la clause. La qualification de la condition « résolutoire » ne peut donc raisonnablement s'identifier à l'égard du ressenti des contractants.

Cette incertitude sur les effets de la condition provient sans doute des différents points de vue concevables. L'engagement est suspensif pour le débiteur, mais résolutoire du point de vue de la condition¹⁴⁶⁸. Si l'obligation du débiteur au paiement de sa dette est suspendue à son rétablissement économique, l'abandon de créance est résolu en cas de survenance du changement de circonstances espéré. Dans cette hypothèse, l'amélioration de la situation économique et financière d'une société par exemple peut postérieurement compléter son prix d'acquisition comme dans le cadre d'une clause de complément de prix encore appelée clause d'*earn-out*¹⁴⁶⁹. Ces événements objet de conditions particulières sont valables, car ils sont liés aux circonstances de l'exécution du contrat et non à la volonté du cessionnaire. Concernant la clause d'*earn-out*, la jurisprudence reconnaît comme licite ce genre de clauses, car le prix est déterminable grâce à des éléments objectifs, « la valeur résiduelle et l'évolution des résultats sont des éléments indépendants de la volonté du cessionnaire, fût-il devenu majoritaire »¹⁴⁷⁰.

B. La validité de l'insertion du changement de circonstances espéré par l'existence d'une incertitude « objective »

446. La validité déterminée par le contexte d'incertitude du changement de circonstances espéré. La survenance du rétablissement économique ou financier d'un contractant personne physique ou morale doit reposer sur des circonstances extérieures à la volonté des parties qui permettent de vérifier l'incertitude de l'événement. Une décision de la Cour de cassation du 13 juillet 2004, à l'occasion d'une distinction entre la condition et le terme, reconnaît sans ambiguïtés que l'événement qui est « incertain non seulement dans sa date, mais aussi quant à sa réalisation » est bien conditionnel¹⁴⁷¹. Cette appréciation n'était pas si évidente. Les juges considéraient avant cette décision que le choix de la qualification de l'événement en terme ou condition dépendait de la commune intention des parties¹⁴⁷². Depuis cette décision de 2004 considérée comme un revirement de jurisprudence¹⁴⁷³, l'appréciation de la qualification se

¹⁴⁶⁸ En ce sens : R. KAUFFMAN, *Ibid.* Dans le même sens : J. CARBONNIER, *Les obligations*, PUF, 12e éd., 1985, p. 249 : « Ainsi, si le créancier est devenu titulaire du droit sous condition résolutoire, le débiteur l'est, en quelque sorte, resté sous la condition suspensive ».

¹⁴⁶⁹ T. JACOMET, A. BEJINARIU, art. préc.

¹⁴⁷⁰ P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ, 9e éd., 2022, n° 558.

¹⁴⁷¹ Civ. 1^{ère}, 13 juill. 2004, *op. cit.* Sur la distinction entre le terme et la condition compte tenu des circonstances objectives : J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques : contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, th. dactyl., Lille 2, t. 1, 1977, p. 71 et s.

¹⁴⁷² Civ. 3^e, 4 déc. 1991, inédit, n° 90-15.153 : « (...) dans la commune intention des parties, l'obtention du prêt, quoiqu'objectivement incertain, était tenue pour assurée, la cour d'appel a pu en déduire que la clause s'analysait, non en une condition suspensive, mais en un terme indéterminé ».

¹⁴⁷³ Sur cette précision : D. BONNET, « Promesse unilatérale d'achat d'actions subordonnée à un événement incertain : terme ou condition ? », art. préc.

fait exclusivement à l'égard des circonstances qui déterminent la survenance de l'événement¹⁴⁷⁴. Même si le rétablissement de la santé financière repose sur le débiteur, il dépend aussi de « circonstances extérieures »¹⁴⁷⁵.

L'événement dont la réalisation est impossible ou certaine ne pourra donc faire l'objet d'une condition. Cette impossibilité dans la réalisation provient rarement de l'événement de manière intrinsèque. Elle est souvent « relative » puisque déterminée par « un contexte particulier donné »¹⁴⁷⁶. Cette appréciation de l'impossibilité de l'événement est donc tributaire des circonstances du contrat.

447. Conclusion de la Section I. La circonstanciation du contrat ne s'envisage pas exclusivement à travers le risque d'insécurité. Bien au contraire. L'insertion d'une prévision sur un changement de circonstances espéré offre une solution confortable pour l'un des contractants dont la conclusion du contrat projeté s'avère indispensable à la réussite d'un projet plus vaste dont la réalisation est encore incertaine. L'aspect circonstanciel de l'objet de la condition se révèle encore dans ses critères de qualification et ses conditions de validité. Pour bien répondre à cette nature, la réalisation de l'événement visé doit être indépendante de la volonté du débiteur. Afin de le vérifier, le juge doit analyser si, dans les faits, l'absence de réalisation de la condition est due à des circonstances extérieures à la volonté des contractants. L'interprétation textuelle de la clause conditionnelle est donc souvent insuffisante pour préjuger de l'absence de potestativité. Cette précision, qui tend à relativiser les frontières entre la formation et l'exécution du contrat, montre à quel point une appréciation dynamique des droits et obligations entre les parties est souvent nécessaire. Cette analyse se fait inévitablement par l'appréciation des circonstances du contrat afin que l'unilatéralisme ne contrarie pas exagérément l'intérêt du contractant passif.

Finalement, bien loin de s'envisager contre la force obligatoire du contrat, la vérification de la non-survenance de l'événement espéré du fait de circonstances extérieures permet de préserver efficacement ce principe¹⁴⁷⁷. La pratique de la condition suspensive sert donc directement la préservation de l'utilité du contrat, et donc la conservation de l'intérêt du contractant pour le contrat en cause. Cette finalité trouve pourtant une limite dans la contrariété de l'intérêt du contractant débiteur de l'obligation conditionnelle. La problématique semble de prime abord

¹⁴⁷⁴ Cette condition à l'égard de l'aléa ou de l'incertitude « objectif » était déjà nettement représenté par la doctrine. Sur ce point : J.-J. TAISNE, th. préc., p. 52 et s.

¹⁴⁷⁵ D. DEFRANCE, th. préc., n° 48, p. 68.

¹⁴⁷⁶ J.-J. TAISNE, th. préc., p. 56.

¹⁴⁷⁷ Tout l'intérêt de la formule de l'art. 1304-1 C. civ. réside dans cette faculté : le fait de considérer nulle « l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur » permet de protéger la force obligatoire du contrat en évitant que le débiteur échappe trop aisément à l'exécution de son obligation. En ce sens : F. CHÉNEDÉ, « Charles Demolombe (...) », art préc., n° 30 : « Ce que l'article 1174 sanctionne, ce n'est pas l'absence du consentement, mais bien la négation de la force obligatoire de la convention ». Dans le même sens : B. DONDERO, « De la condition potestative licite », *op. cit.*, : « La condition purement potestative est traditionnellement proscrite en ce qu'elle touche à l'essence même de l'obligation ».

éloignée d'un choix de l'instant dans l'articulation des intérêts. Les effets de toute condition sont « automatiques » une fois l'accusation de la potestativité écartée.

En revanche, l'appréciation de l'incertitude de l'événement, qui évince le caractère potestatif de la condition, est tributaire des circonstances du contrat. En effet, cette appréciation se révèle souvent une fois que la condition défaille ou se réalise. L'incertitude d'un fait ne peut être manipulée par les contractants et doit être vérifiée au regard des circonstances factuelles entourant l'exécution du contrat. Les circonstances montrent la part de réalisme nécessaire dans l'acte de prévision. Ainsi, les circonstances, qui pourraient s'envisager intuitivement comme un danger pour le contrat, permettent au contraire ici de le protéger de la volonté arbitraire du contractant. Cette évolution jurisprudentielle de la validité de la condition atteste de l'existence d'un phénomène d'appréciation des droits et obligations des parties de la formation à l'exécution du contrat sur « le fondement des notions de bonne foi, d'abus et d'équité »¹⁴⁷⁸. Malgré l'originalité de certaines modalités contractuelles telle que la clause de retour à meilleure fortune, l'appréciation de leur qualification et la reconnaissance de leur validité est liée à la nature contextuelle des événements visés par ce genre de clauses. Le juge fut un temps tenté de délaissier la qualification à la discrétion des parties. La dernière tendance jurisprudentielle atteste d'une appréciation objective des événements visés par les clauses qui seront appréciés au regard des circonstances de l'exécution du contrat. Du point de vue de leur licéité, l'absence de potestativité se vérifie, là aussi, toujours à la lumière de ces mêmes circonstances.

SECTION II. L'ADAPTATION DU CONTRAT EN PRÉVISION D'UN CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES REDOUTÉ

448. Plan. La fonction d'adaptation du contrat à son environnement est majoritairement l'œuvre des contractants qui envisagent régulièrement des clauses particulières afin de se prémunir contre un changement de circonstances qui déstabiliserait l'exécution du contrat ou qui remettrait en cause l'équilibre contractuel (Paragraphe 1). Cette adaptation est souvent nécessaire et préférable à la disparition pure et simple du lien contractuel¹⁴⁷⁹. C'est seulement lorsque cette adaptation aux circonstances ne permet pas de conserver l'utilité assignée au contrat que la seule solution reste l'anéantissement de celui-ci (Paragraphe 2).

¹⁴⁷⁸ S. GJADARA, art. préc.

¹⁴⁷⁹ La modification « tend davantage à la survie du contrat qu'à un retour à l'équilibre » : D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, op. cit., n° 806.

Paragraphe 1 : l'adaptation du contrat aux circonstances nécessaire à la conservation du lien contractuel

449. Plan. La technique contractuelle envisage sans mal de nombreux dispositifs évitant que le contrat ne cède sous le poids de circonstances instables. La modification du contrat est souvent préférable à l'anéantissement pur et simple du lien contractuel¹⁴⁸⁰. La volonté des parties peut valablement façonner le contenu du contrat par rapport à la diversité des circonstances. Plusieurs techniques sont envisageables. Les parties peuvent prévoir des clauses qui agissent de manière « automatique » sans que les contractants n'aient à se poser la question de savoir si le changement de circonstances doit entraîner l'adaptation du contrat en cause (A). D'autres types de clauses ou de droits peuvent prévoir l'adaptation du contrat imposant une réflexion des contractants sur le choix de recourir à une adaptation une fois le changement de circonstances intervenu (B).

A. *L'adaptation « automatique » du contrat à des circonstances économiques*

450. L'absence de réflexion sur le choix d'une modification contractuelle en présence d'une évolution « habituelle » des circonstances. Le changement de circonstances qui apparaît parfois comme un événement « exceptionnel » pour les juristes, fait bien souvent partie intégrante de l'exécution d'un contrat qui s'étale dans le temps. La fluctuation des circonstances n'est donc pas seulement le signe d'une future solution dérogatoire à la lettre contractuelle, mais est souvent incluse comme une donnée de fait intégrée dans la structure même du contrat. Pour ce faire, la technique contractuelle prend ici tout son sens. Le choix de privilégier des clauses qui évitent aux parties de renégocier le contrat au changement de circonstances effectif comporte l'avantage d'évacuer l'indécision des contractants. Ces clauses, qui peuvent revêtir les traits d'une clause « d'indexation »¹⁴⁸¹ ou de « clause d'échelle mobile » lorsqu'elles sont insérées dans un contrat de bail ou dans un contrat de rente viagère¹⁴⁸², permettent une adaptation du prix

¹⁴⁸⁰ Sur cette idée : J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques » in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, dir. J.-M. Bischoff, M. Azoulai, J. Guyénot, LGDJ, 1960, p. 189, spéc. n° 4 : l'auteur évoque l'adaptation « économiquement utile » du contrat qui est « préférable à sa disparition pure et simple ». Dans le même sens : C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation... », art. préc. : « le lien contractuel s'avère assez flexible pour s'y adapter et traduire l'évolution, ce qui constitue alors pour lui un gage de survie ». Dans le même sens : D.-M. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, préf. M. Fontaine, Bruylant, 1986, p. 62 : « L'adaptation du contrat est parfois la seule façon d'en permettre l'existence ».

¹⁴⁸¹ Sur la définition : W. DROSS, « Indexation » in *Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires (...)*, op. cit., p. 384 : la clause permet « de faire échec au principe du nominalisme monétaire énoncé par l'article 1895 du Code civil » afin de remédier « à la perte de pouvoir d'achat » ; F. CHABAS, « Essai de synthèse sur le droit actuel de l'indexation conventionnelle en France » in *Mél. R. Decottignes*, PUG, 2003, p. 71 et s., spéc. p. 71 : « il y a indexation lorsqu'une dette d'argent à exécution successive ou différée est stipulée variable en fonction d'un indice ou du prix d'une denrée ou d'un service ».

¹⁴⁸² L'art. L. 145-39 C. com. fait directement référence à la variation du prix par le jeu de la clause d'échelle mobile qui peut faire l'objet d'une renégociation dans l'hypothèse où « le loyer se trouve augmenté ou diminué de plus d'un quart par rapport au prix précédemment fixé contractuellement ou par décision judiciaire ». La variation peut

du contrat sans aucune négociation préalable à chaque fluctuation. Le créancier ne pourra pas échapper au « jeu de l'indexation »¹⁴⁸³ dont l'application pourra être réclamée par le débiteur sur le fondement de la force obligatoire. La modification unilatérale n'est pas non plus admise¹⁴⁸⁴. La variation du prix ne requiert pas le consentement des parties¹⁴⁸⁵.

En étant automatique, elle fait « entrer les évolutions de circonstances dans le champ contractuel »¹⁴⁸⁶. La clause dite « d'actualisation » du prix, qui diffère dans son régime de la clause d'indexation, permet de modifier le prix d'origine suivant des seuils particuliers, et ainsi de se prémunir contre un changement de circonstances défavorable. La clause dite d'« *equity swap* » garantit le risque de dévalorisation des titres sociaux cédés en permettant au cessionnaire de procéder à leur vente, bien que la conjoncture économique lui soit défavorable. La clause prévoit une révision postérieure du prix des titres cédés en imputant la différence entre le prix d'acquisition et le prix de revente sur le cédant initial¹⁴⁸⁷. La moins-value est prise en charge par le vendeur originel des titres sociaux.

451. Le caractère automatique de l'adaptation aux circonstances vérifié par la rédaction de la clause. Pour que l'effet d'automaticité recherché soit effectif afin d'éviter que les contractants ne retombent dans les méandres de l'insécurité juridique et de la négociation concertée qu'ils ont souhaité éviter, une attention particulière doit être portée sur la rédaction de ce genre de clauses. L'automaticité d'une clause d'échelle mobile insérée dans un bail commercial peut se déduire d'un faisceau d'indices. L'utilisation du futur et non du conditionnel par les rédacteurs en est un, l'absence de formalités dans l'application de l'indexation et la précision de l'indice de référence en sont d'autres¹⁴⁸⁸. Ce raisonnement est applicable *mutatis mutandis* à toutes les clauses qui prévoient une modification du contrat selon des seuils ou des indices particuliers comme la clause de variation de prix. Les parties doivent bien assister sur l'absence de réflexion une fois que ces seuils sont atteints. L'automaticité repose aussi sur l'absence de réflexion sur les circonstances à l'origine de la fluctuation des indices choisis.

ne pas convenir au bailleur en cas de baisse ou au locataire en cas de hausse de plus d'un quart. L'art. 1976 C. civ. précise que « la rente viagère peut être constituée au taux qu'il plaît aux parties contractantes de fixer ».

¹⁴⁸³ S. REGNAULT, « Les avatars de la clause d'indexation (I) », *AJ Contrat* 2018, p. 118 : l'auteur remarque que la clause fait l'objet d'un engouement renouvelé depuis plusieurs années du fait des crises économiques. Même constat : J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 410.

¹⁴⁸⁴ Ce qui pouvait être source de difficultés en cas de disparition de l'indice. L'art. 1167 C. civ. prévoit désormais le remplacement de l'indice par un autre « qui s'en rapproche le plus ».

¹⁴⁸⁵ L'absence de réclamation par le créancier de l'application de la clause d'indexation ne vaut pas non plus renonciation tacite à son bénéfice. Pour des illustrations : Civ. 3^e, 31 mai 1994, n° 92-19.462 : doit être cassé l'arrêt d'appel qui reconnaît la renonciation tacite à se prévaloir de la clause d'indexation insérée dans un bail commercial du fait de l'absence de réclamation par le créancier durant plus de 8 ans de son bénéfice alors qu'un acte de saisine de la commission départementale de conciliation mentionnait le loyer révisé en fonction de la clause d'indexation. Même sens : Civ. 3^e, 26 janv. 1994, n° 91-18.325 : « aucune renonciation au jeu de la clause d'indexation ne résultait du fait que le bailleur ne s'était pas prévalu de celle-ci pendant plusieurs années ». Aussi : CA Nouméa, 20 fév. 2023, n° 22/00137 : « Le locataire tire argument du fait que le bailleur n'avait pas réclamé l'application de la clause d'indexation alors même qu'une renonciation doit toujours être explicite en jurisprudence (...) ».

¹⁴⁸⁶ G. HELLERINGER, *th. préc.*, n° 46.

¹⁴⁸⁷ Sur cette pratique : W. DROSS, *op. cit.*, p. 655.

¹⁴⁸⁸ CA Paris, 24 mars 2010, n° 08/17111, *AJDI* 2010, p. 804.

452. Les avantages de l'indifférence des circonstances à l'origine de la fluctuation de l'indice. Ces mécanismes d'adaptation du contrat aux circonstances sont souvent appréciés comme intervenant de manière « permanente » afin de maintenir constamment l'équilibre contractuel¹⁴⁸⁹. Ces clauses ne sont pas appréciées comme des dispositifs ajustant le contrat à des circonstances exceptionnelles. Le marché économique et financier subissent des fluctuations constantes causées par des phénomènes comme l'inflation ou la récession¹⁴⁹⁰. L'évolution du coût des matières premières par exemple fait fréquemment l'objet de clauses d'indexation. Elle est parfois obligatoire, comme dans les contrats de rente viagère¹⁴⁹¹ ou dans les contrats de vente de produits alimentaires ou destinés à l'alimentation des animaux de compagnie¹⁴⁹² ou encore de produits vendus sous marque de distributeur¹⁴⁹³. La lecture *a contrario* de l'article R. 21112-9 du Code de la commande publique laisse penser qu'un marché est susceptible de ne pas être conclu à prix ferme lorsque ce choix serait de nature « à exposer les parties à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations¹⁴⁹⁴ ».

L'intérêt d'adaptation aux circonstances habituelles de ces clauses ne signifie pas que des événements moins courants modifiant profondément l'état des marchés économiques et financiers ne peuvent être pris en compte. Elles se révèlent aussi utiles lorsque le changement de circonstances est bien plus profond¹⁴⁹⁵. L'absence de précision des circonstances à l'origine de l'adaptation du contrat a l'avantage de concevoir seulement les effets des fluctuations sans s'intéresser aux circonstances qui en sont la cause¹⁴⁹⁶.

En ne reposant pas sur la qualification des circonstances à l'origine de la fluctuation monétaire ou à celles des coûts de certaines marchandises, puisque l'indice choisi « absorbe »

¹⁴⁸⁹ T. GENICON, « Les traitements légaux : mesures préventives (1) », *RDC* 2010, p. 456.

¹⁴⁹⁰ Bien que la clause ne revête pas d'intérêt en période de « stabilité monétaire » : W. DROSS, « Indexation », *op. cit.*, p. 384.

¹⁴⁹¹ G. LOPEZ, « L'article 4 de la loi du 25 mars 1949 (ou le régime de la révision des rentes viagères indexées », *Gaz. Pal.* 1995, p. 2.

¹⁴⁹² La loi n° 2021-1357 du 18 octobre 2021 visant à protéger la rémunération des agriculteurs dite « Loi Egalim II » a créé un art. L. 443-8, IV C. com qui oblige à l'insertion d'« une clause de révision automatique des prix du contrat en fonction de la variation du coût de la matière première agricole, à la hausse ou à la baisse, entrant dans la composition du produit alimentaire ou du produit destiné à l'alimentation des animaux de compagnie ». L'article renvoie pour le choix des indices à l'art. L. 631-24-1 du Code rural et de la pêche maritime faisant lui-même référence à l'article L. 631-24, III, al. 15 du même code.

¹⁴⁹³ Art. L. 441-7, I, al. 2 C. com. modifié par la loi « Egalim II »

¹⁴⁹⁴ L'art. 18, IV al. 1^{er} de l'ancien Code des marchés publics abrogé par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juill. 2015 prévoyait la possibilité d'insérer un prix dit « révisable » afin de s'adapter « aux variations économiques ».

¹⁴⁹⁵ Une clause de révision est tout de même conseillée lorsque les circonstances déséquilibrent gravement l'économie générale du contrat. Les clauses d'indexation n'ont pas tout à fait le même objet que les clauses d'adaptation. Sur le cumul possible d'une clause « automatique » et une clause d'adaptation : F. MAGAR, « Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et renégociation », *D.* 2010, p. 1959.

¹⁴⁹⁶ Le choix de ne pas qualifier les circonstances à l'origine du changement est bien évidemment plus protecteur de l'intérêt du contractant subissant le changement de circonstances. La clause d'indexation permet de « se couvrir contre les risques imprévisibles et extérieurs susceptibles d'altérer les conditions d'exécution de leur relation contractuelle » : N. GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, préf. M. Mekki, LGDJ, 2018, n° 143, p. 123.

ces changements, les clauses évacuent les difficultés liées à l'appréciation de la définition des circonstances qui aboutissent au bouleversement. La seule exigence concernant la nature de ces circonstances se révèle indirectement concernant le choix dans l'indice. L'article L. 112-2 du Code monétaire et financier précise que l'indice n'est pas valable s'il n'entretient pas « de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties ». Autrement dit, le changement de circonstances pris en compte par la variation de l'indice doit nécessairement concerner le rapport contractuel¹⁴⁹⁷. Le contentieux pourrait donc réapparaître sur le point de savoir si l'indice en question est « en lien direct » avec le contrat¹⁴⁹⁸.

453. L'indifférence des circonstances limitée par l'absence de réciprocité de la clause d'indexation en matière de bail commercial. L'esprit lié à la prévention d'un changement de circonstances défavorable qui émane des clauses d'adaptation automatique est encore prouvé par la construction de leur régime en matière de bail commercial. Un arrêt a récemment rappelé sur le fondement de l'article L. 145-15 du Code de commerce que la clause d'indexation uniquement prévue pour des modifications à la hausse n'est pas licite, car elle « fausse le jeu normal de l'indexation » en écartant « toute réciprocité de variation »¹⁴⁹⁹. Le propre d'une clause d'indexation est de se prémunir contre les risques de modification des circonstances qui déstabiliserait l'équilibre contractuel et ne doit donc pas être le prétexte à la soumission d'une partie à la volonté de son co-contractant. L'utilité assignée au contrat et protégée par la variation du prix est l'essence de ce genre de clauses. Cette utilité se conçoit nécessairement à l'égard des deux contractants.

B. L'adaptation concertée du contrat aux circonstances

454. Plan. Contrairement aux clauses « automatiques », l'adaptation du contrat aux circonstances peut se faire à l'aide de clauses qui prévoient, lors de l'exécution du contrat, une renégociation des termes de l'accord sur plusieurs modalités. Le droit encouragerait d'ailleurs par différentes techniques à ce que les parties envisagent l'imprévu¹⁵⁰⁰. Le thème sera l'occasion d'apprécier plus particulièrement les exigences tenant aux circonstances visées par ce genre de

¹⁴⁹⁷ Notamment afin d'éviter les mouvements inflationnistes rapides dans des secteurs où l'inflation est en réalité plus lente. Sur ce point : F. CHABAS, « Essai de synthèse (...) », art. préc., spéc. p. 75.

¹⁴⁹⁸ D'autant plus que la question du rapport direct est laissée à la libre appréciation des juges du fond comme le reconnaît la Cour de cassation : Com. 28 juin 1965, *D.* 1965, p. 582 cité par F. CHABAS, *Ibid.* : « l'appréciation du caractère direct du rapport existant entre la nature de l'indice choisi et l'objet du contrat, étant fonction de la part plus ou moins importante pour laquelle le produit ou le service envisagé est susceptible d'entrer dans la réalisation de cet objet, est une question de fait qui échappe au contrôle de la Cour de cassation ». Néanmoins, ces risques sont limités par la pratique. Il est très courant par exemple que le contrat de bail avec clause d'échelle mobile intègre un indice INSEE. L'institut s'efforce depuis de nombreuses années d'étoffer ces indices tout en simplifiant la présentation sur son site internet.

¹⁴⁹⁹ Civ. 3^e, 12 janv. 2022, n° 21-111.69, Publié au Bulletin.

¹⁵⁰⁰ Par exemple : C. PÉRÈS, *La règle supplétive*, préf. G. Viney, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 421, 2004, n° 439 et s. : elle prend l'exemple notamment de l'originalité de l'utilisation de la règle supplétive en droit américain qui servirait entre autres à jouer un rôle d'incitation à ce que les parties évoquent elles-mêmes contractuellement des solutions à certains litiges possibles afin d'éviter le recours aux dispositions législatives.

clauses. Cette adaptation peut d'abord se faire à l'aide de clauses particulières qui envisagent le changement de circonstances (a), soit par l'octroi d'un pouvoir unilatéral qui laisse une liberté au contractant (b). Pour ce dernier, la concertation des parties se fait uniquement pour décider de l'existence de cette possibilité, mais ne se retrouve pas au moment de la survenance de cette modification.

a. L'adaptation négociée du contrat aux circonstances

455. L'existence de degrés différents de concertation sur l'adaptation du contrat aux circonstances. Cette adaptation du contrat peut être réalisée avec un caractère plus ou moins concerté. Les parties peuvent prévoir un rapprochement pour discuter de la renégociation du contrat. Contrairement aux clauses qui l'ajustent automatiquement, les clauses suivantes se concentrent principalement sur l'origine de la modification, à savoir les circonstances causant la modification de l'économie du contrat. La concertation est donc ici totale.

456. L'adaptation spontanée du contrat aux circonstances. Le déséquilibre contractuel s'envisage souvent en termes de conflits d'intérêts. Un contractant subirait forcément le changement de circonstances, tandis que l'autre profiterait de cette malencontreuse situation sans possibilité de contestation. L'absence dans le contrat de clause sur ce point serait le signe que les contractants auraient accepté le risque de subir un potentiel changement de contexte de toute nature sans pouvoir s'en plaindre. L'affirmation est un peu hâtive et méconnaît sûrement une part de la réalité de la pratique contractuelle.

D'abord, le principe de cette renégociation du contrat est visible aujourd'hui à l'article 1193 du Code civil précisant que « les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ». Ensuite, l'adaptation de l'accord est un besoin prégnant à l'égard d'accords particuliers. Des contrats de longue durée, comme les contrats de distribution, sont susceptibles de faire l'objet d'adaptation de manière concertée sans que les parties aient prévu de clauses particulières ne précisant, ni les circonstances à l'origine du déséquilibre, ni la gravité du déséquilibre, ni les formalités applicables à la renégociation. En outre, le rallongement des délais contractuels ne permet pas aux parties de prévoir toutes les éventualités futures¹⁵⁰¹. Dans les contrats de distribution où existe une forte dépendance économique, comme dans les contrats de concession exclusive de vente, le concessionnaire a tout intérêt à ce que son partenaire connaisse des conditions économiques favorables afin de garantir au mieux le succès de son réseau¹⁵⁰². Le contentieux

¹⁵⁰¹ J. ROCHFELD, *Les grandes notions de droit privé*, PUF, 3^e éd., 2022, spéc. n° 23, p. 568. L'auteur évoque l'absence « de coïncidence entre le temps et celui de l'exécution ».

¹⁵⁰² Ce qui n'empêche pas aussi que le concessionnaire soit enclin à dominer la relation contractuelle du fait de la forte dépendance économique comme le précisent les auteurs : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 574 et s. Sur l'intensité de l'obligation de bonne foi dans ce genre de contrats : R. JABBOUR, *th. préc.*, n° 442, p. 354 : « En droit de la distribution, par exemple, en présence d'une

sur la renégociation des contrats de distribution sur le fondement de l'obligation de loyauté pourrait s'envisager d'ailleurs comme la preuve de l'existence d'une pratique courante de comportements entre partenaires économiques, et non comme une énième attaque à la force obligatoire du contrat¹⁵⁰³.

Le modelage du contenu du contrat suivant les circonstances et le comportement des parties sont d'ailleurs les éléments essentiels de la construction théorique du contrat relationnel¹⁵⁰⁴. Dans cette perspective, l'adaptation se conçoit moins au regard du contrat que sur le fondement d'autres références tel que la relation elle-même, voire la morale ou encore l'équité¹⁵⁰⁵. Ainsi, cette modification en cours d'exécution du contrat « se concilie avec le principe de la force obligatoire des conventions »¹⁵⁰⁶. En étant le fruit d'un consentement mutuel, cette modification peut prendre de nombreux aspects. Elle peut en effet atteindre seulement des modalités du contrat, sans toucher à l'obligation essentielle ou, au contraire, déboucher sur une véritable novation de l'obligation. En somme, la modification par volonté mutuelle « assure l'assouplissement des relations contractuelles tissées entre les parties » afin d'adapter les prestations à « leurs possibilités d'exécution » que les circonstances font varier¹⁵⁰⁷.

457. L'adaptation prévue du contrat aux circonstances. La manière la plus habituelle de modification du contrat en présence de circonstances particulières reste tout de même la prévision de la clause à cet effet qui répond à des vocables variés¹⁵⁰⁸. Selon la particularité des circonstances et les risques liés à l'exécution du contrat, différentes rédactions sont envisageables. La confection de ces clauses demande au rédacteur une connaissance fine des risques particuliers du marché concerné et « du contexte de l'opération globale »¹⁵⁰⁹. Les clauses

clause d'exclusivité, le devoir de bonne foi prend naturellement place au sein de la relation en vue de favoriser l'accomplissement de l'« objectif commun ».

¹⁵⁰³ En ce sens : E. BROUSSEAU, « Contrats et comportements coopératifs : le cas des relations interentreprises et organisation industrielle », in *Coopération entre les entreprises et organisation industrielle*, Dir. J.-L. Ravix, éd. CNRS, 1996, p. 23 et s. : l'auteur évoque l'importance « de la prise en compte des incertitudes économiques du futur » dans les contrats relationnels qui conduit à « une incomplétude de leur contenu facilitant leur adaptation dynamique ultérieure, incomplétude que tend à corriger d'une part la solidarité objective d'intérêts au moins partiellement et durablement communs, et, d'autre part, la confiance particulière liée aux habitudes communes et à la connaissance réciproque des parties ». Sur l'obligation de renégociation fondée sur la loyauté particulièrement en droit de la distribution, les arrêts déjà cités : *supra* n° 302.

¹⁵⁰⁴ Sur l'intérêt de la définition du contrat relationnel compte tenu de sa capacité d'adaptation aux circonstances : F. OST, « Temps et contrat, critique du pacte faustien » in *La relativité du contrat*, Trav. Assoc. H. Capitant, LGDJ, 2000, p. 163 et s.

¹⁵⁰⁵ Sur ces précisions : O. PENIN, th. préc., n° 341 : de ce fait « le centre névralgique n'est plus l'accord devenu contrat intangible qui par nature est sourd aux changements postérieurs ».

¹⁵⁰⁶ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, op. cit., n° 785.

¹⁵⁰⁷ A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties, étude de Droit civil français*, préf. D. Tallon, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 166, 1980, n° 701, p. 250.

¹⁵⁰⁸ Pour les principales : la clause est souvent nommée clause de « renégociation » de « *hardship* », de « sauvegarde ». Bien évidemment, peu importe l'intitulé des clauses, le juge doit se concentrer sur leur objet et sur leur effet pour saisir leur utilité.

¹⁵⁰⁹ Sur ce point : F. MAGAR, « Ingénierie juridique (...), art. préc. : l'auteur prend l'exemple du droit maritime dont le marché de l'affrètement intègre dans ses prix l'état de l'offre et de la demande, la fluctuation du prix du carburant, les différents temps de chargement et déchargement des marchandises différents selon les ports appelés dans la pratique taux de « *surestaries* ».

les plus habituelles sont celles qui prévoient une possible renégociation du contrat en présence de circonstances particulières. Les plus connues d'entre-elles sont bien évidemment les clauses dites de « *hardship* » ou « d'imprévision » et les clauses « MAC » très présentes dans les contrats internationaux et dans les contrats internes souvent conclus pour une longue durée. Comme pour les clauses de force majeure, la rédaction peut être plus ou moins précise¹⁵¹⁰. Quant au régime, l'obligation de renégocier est considérée comme une obligation de moyen et non comme une obligation de parvenir à une renégociation effective¹⁵¹¹, obligation de moyen qui, en cas de refus de renégociation, pourrait être sanctionnée sur le fondement de la faute¹⁵¹².

458. Les clauses précisant les circonstances à l'origine de l'adaptation. Les clauses de renégociation peuvent prévoir des circonstances précises qui déclencheront le rapprochement des parties pour tenter de renégocier le contrat déséquilibré.

La problématique se conçoit toujours par rapport à deux objectifs particuliers : l'efficacité et la possibilité. Sur l'efficacité d'abord, la précision de la nature des circonstances permet d'évacuer la qualification d'un événement dans le cas où la clause prévoit une définition assez large. Le fait d'indiquer que le contrat est renégocié dans le cas où un changement technologique rendrait grandement obsolète l'utilisation d'une technique ou d'un composant particulier évince le doute sur la nature de l'événement. Cette méthode rédactionnelle a son lot d'inconvénients. Il n'est pas certain que la précision des circonstances évince totalement les doutes sur l'interprétation, car la circonstance particulière visée doit être déterminée avec assez de précisions.

Par exemple, le fait de prévoir une renégociation ou une suspension du contrat en cas de « circonstances politiques instables » peut semer le doute sur certains événements qui ne seraient pas intrinsèquement des circonstances politiques, mais qui seraient survenus du fait de ces circonstances précises. Si un coup d'État est bien une circonstance politique, la fermeture de la frontière consécutive à un coup d'État pourrait ne pas correspondre à cette notion si on l'envisage d'une manière stricte. De plus, la précision des seules circonstances n'indique en rien les indices du seuil de déclenchement de la renégociation. En effet, l'origine de la circonstance est souvent une précision faite par les parties, mais l'élément déterminant dans l'adaptation du contrat est très souvent le seuil de déséquilibre atteint qui pourrait justifier la

¹⁵¹⁰ *Supra* n° 405.

¹⁵¹¹ Au regard de cette obligation de moyen, le contractant n'a pas l'obligation d'accepter les propositions de renégociation de son cocontractant. Pour une illustration : CA Angers, 27 janv. 2005, *RTD Civ.* 2006, p. 112, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Pour une critique de cette solution : Y. LEQUETTE, « De l'efficacité des clauses de *hardship* », in *Liber Amicorum C. Larroumet*, Economica, 2009, p. 267 et s., spéc. p. 273 : l'auteur reconnaît que le refus d'accepter des propositions raisonnables n'est pas si différent que de refuser la rencontre avec son partenaire.

¹⁵¹² Pour une affirmation claire de la distinction entre l'obligation de négocier de bonne foi et de parvenir à une renégociation : Com. 3 oct. 2006, n° 04-13.214, inédit : une clause « de rencontre » ainsi qu'une clause intitulée « d'adaptation et transfert de contrat » n'impliquent « nullement les parties à réviser le contrat mais en autorise seulement la possibilité ». Sur ces précisions : L. AYNÈS, « Le cadre juridique de la renégociation », *RDC* 2022, p. 149.

renégociation. La nature de l'événement détermine rarement l'importance des effets sur la situation contractuelle. Un événement de prime abord « insignifiant » est susceptible d'exercer de grandes conséquences sur un contrat particulier. *A contrario*, un changement de circonstances *a priori* important peut être de peu d'incidence sur l'équilibre contractuel¹⁵¹³. La restriction de l'adaptation à des circonstances précises mettrait le rédacteur face à deux écueils susceptibles de rendre la clause illicite, à savoir la prévision de cas de circonstances trop limités ou, au contraire, la prévision de circonstances trop larges.

459. Les clauses précisant un nombre trop limité de circonstances à l'origine de l'adaptation. La clause de renégociation du contrat en présence d'une évolution des circonstances doit être rédigée avec soin afin que les parties contrôlent au mieux les hypothèses dans lesquelles une adaptation pourra être réclamée par le contractant subissant le changement de circonstances. Mais précision ne rime pas nécessairement avec restriction.

La précision d'un nombre trop limité de circonstances pourrait rendre le principe de la renégociation illusoire. La clause serait potentiellement illégitime, d'autant plus lorsque son insertion a fait l'objet de concessions parallèles lors des négociations précontractuelles de la part du contractant qui en bénéficie¹⁵¹⁴.

Dans le même esprit qu'à l'égard de la clause de force majeure¹⁵¹⁵, la clause de renégociation aux conditions trop drastiques serait susceptible d'être suspecte sur plusieurs fondements. L'article 1171 du Code civil, l'article L. 442-1, 2° du Code de commerce ou l'article L. 212-1 du Code de la consommation applicables suivant la qualité des parties en cause peuvent servir de fondements à la remise en cause de ces clauses trop restreintes¹⁵¹⁶. Cette restriction est susceptible de créer un abus¹⁵¹⁷, qui plus est depuis l'insertion du dispositif légal de l'imprévision. En effet, le droit codifié est souvent considéré comme le reflet de la normalité que le législateur a souhaité instituer et révèle une « norme directrice »¹⁵¹⁸. La précision d'une clause qui enserme exagérément les circonstances justifiant une renégociation serait susceptible d'être considérée comme une clause d'éviction de l'article 1195 du Code civil.

¹⁵¹³ Cette remarque fait écho aux conditions de la force majeure et de l'imprévision. L'imprévisibilité de l'événement est rarement déterminée à l'égard de sa nature, mais plutôt au regard de toutes les circonstances qui peuvent lui en donner comme lui en retirer le caractère. Sur ces remarques : *supra* n° 402, *infra* n° 514.

¹⁵¹⁴ Sur cette remarque : B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de "hardship" », *Clunet* 1974, p. 794 et s. : « de telles clauses constituent bien souvent l'un des enjeux essentiels des pourparlers contractuels, car les parties n'acceptent de s'engager qu'à la condition de disposer d'un moyen permettant de sauvegarder l'équilibre contractuel en dépit d'un bouleversement des données initiales ».

¹⁵¹⁵ *Supra* n° 414.

¹⁵¹⁶ Et pour l'art. 1171 C. civ. applicable en présence d'un contrat d'adhésion défini à l'art. 1110 du même code.

¹⁵¹⁷ Si on veut bien considérer qu'une clause d'adaptation du fait des circonstances n'est pas une clause portant sur l'adéquation du prix à la prestation, ce qui ne semble pas être le cas. Sur cette question : Th. REVET, « Une philosophie générale ? », *RDC hors-série* 2016, p. 5.

¹⁵¹⁸ Formule utilisée par G. HELLERINGER, th. préc., n° 190. Dans le même sens : C. PÉRÈS, th. préc., n° 449, p. 429 : « la solution supplétive n'est pas un "pis-aller", applicable faute de mieux, mais, d'une manière sensiblement différente, l'incarnation de la normalité, c'est-à-dire du modèle jugé préférable par l'ordre juridique ».

460. La question de l'impérativité de l'article 1195 du Code civil au regard de certaines circonstances. Il n'est pas impossible que l'article 1195 soit considéré comme impératif à l'égard de certains événements¹⁵¹⁹. Le législateur n'a pas précisé expressément son caractère supplétif, contrairement à ce qui est prévu pour d'autres dispositifs¹⁵²⁰. La validité des clauses d'adaptation n'en serait pas pour autant écartée, pour peu qu'elles n'interdisent pas complètement le principe d'une adaptation du contrat en présence d'un changement de circonstances. Le droit des sociétés connaît largement des exemples de dispositions impératives aménageables dont la méconnaissance engendre la nullité des actes et délibérations¹⁵²¹. Cette préoccupation démontre le souci de ne pas nier totalement la nature factuelle et imprévisible de certaines circonstances qui auraient des effets considérables sur l'équilibre contractuel.

Pourtant, de nombreux obstacles se dressent face à cette possibilité pour toutes les raisons évoquées à propos de circonstances qui emporteraient la qualification de force majeure sans possibilité de les évincer contractuellement¹⁵²². Si la reconnaissance de l'impérativité de l'article 1195 paraît difficile, le juge pourrait éventuellement constater que l'application d'une clause d'éviction méconnaît le principe de bonne foi. Face à des circonstances d'une ampleur inconsiderée, l'application d'une clause d'imprévision restreignant à outrance les circonstances à l'origine d'une renégociation pourrait s'avérer disproportionnée. La paralysie de ces clauses est donc bien envisageable dans l'hypothèse où elles ne seraient pas considérées comme des clauses touchant à la substance des droits et obligations convenus entre les contractants¹⁵²³. Afin d'apprécier la validité de ces clauses, d'autres critères doivent être étudiés, tels que leur réciprocité d'application.

461. La validité apparente d'une clause de renégociation réciproque. Il semblerait que la réciprocité de la clause d'adaptation ne pourrait pas remettre en question sa validité¹⁵²⁴. Une décision du tribunal judiciaire de Toulouse affirme directement à propos de l'article 1195 du Code civil que « le fait d'écarter l'application de cette clause n'est donc pas en soi la preuve de

¹⁵¹⁹ En ce sens : R. LIBCHABER, « Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision », art. préc.

¹⁵²⁰ Sur une étude du caractère impératif ou supplétif des nouveaux art. du Code civil : C. PÉRÈS, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G* 2016, p. 454.

¹⁵²¹ Cette règle de principe est due au célèbre arrêt *Larzul* admettant que « la nullité des actes ou délibérations pris par les organes d'une société commerciale ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du livre II du même code ou des lois qui régissent les contrats » : Com. 18 mai 2010, n° 09-14.855, *Bull. Civ. IV*, n° 93, D. 2010, p. 2405, obs. A. LIENHARD, *Ibid.*, p. 2797, obs. J.-C. HALLOUIN, *RTD Civ.* 2010, p. 553, obs. B. FAGES, *JCP E* 2010, p. 1562, note A. COURET et B. DONDERO, *Rev. Soc.* 2010, p. 374, note P. LE CANNU.

¹⁵²² *Supra* n° 407.

¹⁵²³ Sur cette distinction fondée par la décision *les Maréchaux* : *supra* n° 255.

¹⁵²⁴ Sur ce point : H. BARBIER, obs. sous Com. 12 avr. 2016, *RTD Civ.* 2016, p. 618 : la réciprocité d'une clause de résiliation anticipée n'emporte pas, sur le fondement de l'ancien art. L. 442-6, I, 2° C. com., la qualification de clause abusive créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. L'affirmation est d'autant plus à relativiser lorsque la relation lie un consommateur et un professionnel.

l'existence d'un déséquilibre significatif » lorsque l'éviction concerne en l'espèce autant le bailleur que le preneur¹⁵²⁵.

Néanmoins, il n'est pas garanti que l'apparence de « bilatéralité » ne maquille pas en réalité son unilatéralité¹⁵²⁶. La Cour de cassation a pu l'admettre implicitement à l'égard par exemple d'une clause de résiliation anticipée¹⁵²⁷. Ramenée à la clause d'adaptation, l'appréciation de la validité pourrait porter, non pas exclusivement sur la rédaction de la clause, mais encore sur les circonstances de sa mise en œuvre¹⁵²⁸. Il est naïf d'admettre la réciprocité d'une clause de renégociation lorsque les circonstances désignées sont susceptibles d'atteindre vraisemblablement qu'un seul des contractants, ou si les circonstances qui ne sont pas prévues rendent illusoires le bénéfice de la renégociation pour l'un seulement des contractants. Ce serait le cas, par exemple, lorsque le contractant doit fournir une prestation qui implique l'achat de matières premières dont le marché est soumis à de fortes fluctuations. Le fait d'évincer le bénéfice d'une renégociation en présence de ces circonstances particulières pourrait être considéré comme créant un déséquilibre significatif quand bien même la clause prévoit le bénéfice de la renégociation en présence d'autres circonstances.

462. La validité douteuse d'une clause de renégociation asymétrique. Les conditions d'application drastiques d'une renégociation seraient d'autant plus susceptibles de remettre en cause la validité de la clause lorsqu'il existerait une dissymétrie entre les droits et obligations des parties. La clause qui prévoirait une adaptation du contrat dans la seule hypothèse où les circonstances seraient défavorables à un seul contractant est bien plus suspecte que la clause qui serait, seulement en apparence, réciproque. En effet, la dissymétrie dans la répartition des risques contractuels dénote avec l'idée même de contrat¹⁵²⁹. Elle est très souvent un critère retenu en jurisprudence permettant d'identifier l'abus¹⁵³⁰. La jurisprudence en témoigne.

¹⁵²⁵ TJ Toulouse, 1^{er} juill. 2021, n° 21/02415.

¹⁵²⁶ Dans le même sens : Ph. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision, vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994, spéc. p. 75 : la clause d'adaptation, même présente dans un contrat, « peut très bien être déséquilibrée, elle peut même ne jouer qu'en sens unique et cacher son iniquité dans l'obscurité d'un vocabulaire d'initié ».

¹⁵²⁷ Com. 3 mars 2015, n° 14-10.907, *D.* 2016, p. 964, obs. D. FERRIER, *RTD Com.* 2015, p. 486, obs. M. CHAGNY. La décision précise que « la réciprocité de la mise en jeu de la clause, son utilisation par le fournisseur restent grandement théoriques ». La possibilité de réputer une clause non écrite sur le fondement du déséquilibre significatif de l'art. L. 442-1, 2° C. com. semble désormais possible sur le fondement de l'art. L. 442-4 du même code qui dispose que seule la victime des pratiques visées par l'article, dont celles prévues à l'article cité « peut faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indus ».

¹⁵²⁸ Il est admis par de nombreux auteurs que l'appréciation de la notion de « déséquilibre significatif » ne répond pas à des critères objectifs déterminés mais s'apprécie en raison des circonstances. L'appréciation est, une fois n'est pas coutume, largement tributaire des circonstances du litige. Nos développements *infra* n° 502 et s.

¹⁵²⁹ Sur cette idée : G. HELLERINGER, th. préc., n° 194, p. 115 : « La prohibition d'une répartition inégalitaire des risques associés au contrat procède de l'idée selon laquelle une convention ne peut prévoir qu'en cas de difficultés, l'une ou l'autre partie sera toujours assurée de pouvoir retirer un bénéfice de l'opération contractuelle ».

¹⁵³⁰ La décision du TJ de Toulouse déjà citée reconnaissant clairement que l'asymétrie d'une clause d'éviction de l'art. 1195 C. civ. crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. L'absence de réciprocité est souvent évoquée à l'occasion de l'application de clauses de résiliation unilatérale que la Cour de cassation refuse de considérer comme abusives lorsqu'elles sont par exemple justifiées par « la nature des obligations auxquelles sont respectivement tenues les parties » : Com. 26 janv. 2022, n° 20-16.782, *LPA* 2022, p.

L'absence de réciprocité dans les conditions de mise en œuvre de révision de tarifs entre un distributeur et ses fournisseurs, révision « systématique et immédiate » lorsqu'elle était réclamée par le distributeur, était en pratique toujours refusée aux fournisseurs qui devaient appuyer leur demande d'« éléments objectifs »¹⁵³¹. La formulation de la décision des magistrats envisage les circonstances de mise en œuvre de la renégociation et ne se contente pas d'apprécier la rédaction de la clause.

463. Les clauses précisant un nombre trop important de circonstances à l'origine de l'adaptation. La clause de renégociation peut-elle prévoir toutes les circonstances possibles afin de justifier une renégociation ? La volonté contractuelle est-elle capable d'élargir à l'envi l'origine du déclenchement de la clause en prévoyant qu'une adaptation du contrat est possible pour des circonstances qui ne présentent pas les critères classiques comme définis aujourd'hui par l'article 1195 du Code civil ? De prime abord, rien ne fait obstacle à ce que les parties assouplissent indirectement les conditions du mécanisme d'imprévision légale. Les circonstances envisagées peuvent être multiples et sont susceptibles de ne pas revêtir forcément le caractère « exceptionnel » assigné normalement à ce genre de clauses.

Toutefois, des limites doivent être posées pour deux raisons principales. Premièrement, la clause de renégociation ne doit pas être un prétexte à l'asservissement du contractant qui doit s'assurer d'une certaine stabilité contractuelle. L'hypothèse est l'inverse de celle relative à la clause qui restreindrait à outrance les circonstances prévues à l'origine d'une renégociation¹⁵³². La clause qui a pour fonction de ménager l'intérêt du contractant en présence d'un changement de circonstances ne doit pas contrarier trop profondément l'intérêt du cocontractant qui subirait la renégociation, d'autant plus lorsque les circonstances ne justifieraient pas légitimement cette adaptation.

Si l'abus s'incarne parfois dans le refus de se rapprocher de son partenaire accablé par une évolution soudaine du contexte contractuel, il pourrait encore se retrouver dans la légèreté avec laquelle le contractant pourrait l'invoquer afin de modifier le contrat¹⁵³³. Contrairement à ce

72, note J. QUIROGA-GALDO. Pour une affirmation claire de l'absence de réciprocité comme indice de l'abus : CA Paris, 25 nov. 2020, n° 19/00558 : « L'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif peut notamment se déduire d'une absence totale de réciprocité ou de contrepartie à une obligation, ou encore d'une disproportion importante entre les obligations respectives des parties ».

¹⁵³¹ Com. 3 mars 2015, n° 13-27.525, *RDC* 2015, p. 523, comm. M. BEHAR-TOUCHAIS.

¹⁵³² *Supra* n° 414.

¹⁵³³ Les principes d'UNIDROIT évoquent expressément l'hypothèse d'un abus du droit de demander la renégociation du contrat. Le commentaire de l'art. 6.2.3 prévoit la renégociation « de bonne foi » du contrat qui implique notamment que la partie lésée doit « honnêtement croire qu'il y a réellement situation de *hardship* et ne pas demander l'ouverture de négociations par pure manœuvre tactique ». La tendance française semble à l'indulgence face aux demandes de renégociation répétées. A l'occasion d'une décision communément appelée *Cœur défense*, les juges ne souhaitèrent pas admettre une éventuelle instrumentalisation de la procédure de sauvegarde sauf à prouver un cas de fraude : Com. 8 mars 2011, n° 10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990, *D.* 2011, p. 919, note P.-M. LE CORRE. Décision confirmée en renvoi par CA Versailles, 9 janv. 2012, n° 11/03519, *LEDEN*, 2012, p. 1, obs. F.-X. LUCAS.

qui vaut pour le refus de renégocier l'accord, c'est ici la rédaction de la clause qui serait directement mise en cause, et non le comportement du contractant. Ainsi, les dispositions déjà citées lorsque la rédaction est trop enserrée sont transposables aussi à cette hypothèse. La clause serait susceptible d'être évincée, car elle créerait un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

Secondement, le dernier argument est d'autant plus lié à la conservation de la notion même de contrat. La possibilité d'une renégociation dans des circonstances trop nombreuses conduirait à une précarité contractuelle injustifiée qui ruinerait l'intérêt de l'accord même. Au-delà de l'abus, la circonstancialisation du contrat ne doit donc pas annihiler ce qui fait tout l'intérêt de l'accord. Comme le précisait Demogue à l'égard des modifications unilatérales ; bien que « tout cela appelle un assouplissement des contrats aux circonstances » il doit rester « relatif, car autrement on irait à la destruction de la notion même de contrat qui implique celle de sécurité »¹⁵³⁴. Les dispositions telles que la nullité du contrat pour absence de contrepartie réelle inscrite aujourd'hui à l'article 1169 du Code civil ou encore celle concernant le respect de l'obligation essentielle prévue à l'article 1170 du même code seraient susceptibles d'appuyer ces exigences. Pour toutes ces raisons, la rédaction d'une clause de définition large est souvent préférée.

464. Les clauses prévoyant une définition générale des circonstances à l'origine de l'adaptation. La définition dite « générale » de la clause d'adaptation aux circonstances est encore la méthode la plus utilisée¹⁵³⁵. Elle représente l'avantage de ne pas se concentrer sur la nature même de l'événement, mais sur ses effets à l'égard des parties. Cette méthode rédactionnelle emporte avec elle les inconvénients liés à toute rédaction utilisant des standards : celle de son imprécision. Cette dernière affirmation n'est pas une critique. Afin d'apprécier la diversité des circonstances pouvant déstabiliser l'exécution du contrat, l'utilisation de ces standards représente bien souvent la méthode la plus confortable pour embrasser toutes conjectures possibles. Contrairement à une liste de circonstances prévue, la définition présente l'avantage d'intégrer une variété de circonstances bien plus large que les parties n'auraient pas envisagée, mais qui serait tout aussi dévastatrice pour le maintien de l'équilibre contractuel.

Tout comme la précision de circonstances qui ne répondraient pas aux conditions exigeantes de l'article 1195 du Code civil, la définition générale peut adopter des notions plus lâches. Ainsi, les circonstances à l'origine de l'adaptation pourraient être non pas imprévisibles, mais

¹⁵³⁴ R. DEMOGUE, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, RTD Civ. 1907, p. 245 et s., spéc. p. 246.

¹⁵³⁵ Sur cette précision : B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux (...) », art. préc., spéc. n° 7 : la clause est « pratiquement toujours prévue dans une formule d'une grande généralité » et qu'elles « n'envisagent pas spécialement la survenance d'un événement précis comme critère de la nécessité de réadapter le contrat elles visent simplement une modification de la situation générale, des données ou encore des circonstances sous l'empire desquelles les parties ont contracté ».

seulement imprévues, ce qui est différent¹⁵³⁶. Elles auraient pour effet, non de rendre excessivement onéreux l'exécution de l'obligation, mais seulement plus difficile, ou peu raisonnable économiquement dans ces circonstances comme le prévoyait la clause d'un contrat conclu entre la société EDF et un fournisseur d'énergie¹⁵³⁷. La condition d'imprévision de l'événement, essentielle dans le mécanisme légal serait, dans les clauses contractuelles, souvent abaissée à la seule condition « d'extériorité » : le contractant ne doit pas être à l'origine de l'événement qui rend difficile l'exécution du contrat. L'événement dont le contractant n'a pas décidé d'en assumer le risque suffirait généralement pour les parties à en réclamer l'adaptation¹⁵³⁸. Aucun obstacle dirimant ne s'oppose à ce qu'un événement qui n'est pas entièrement « extérieur » à la volonté des contractants constitue un cas de modification du contrat¹⁵³⁹. Dans cette situation, il est nécessaire de vérifier que la clause prévoyant ces événements échappe à la potestativité dans l'hypothèse où les juges apprécient la notion de façon permissive¹⁵⁴⁰.

Cette abstraction souvent nécessaire est la source d'une éventuelle incertitude pour les contractants : en présence d'un changement de circonstances, le contractant qui souhaite se prévaloir de la clause a tout intérêt à justifier que l'événement effectif comporte bien les critères précisés par celle-ci. Le cocontractant, quant à lui, souvent rétif à ces modifications, doit soutenir que la circonstance ne peut emporter l'application de la clause d'adaptation. Finalement, l'intervention judiciaire que souhaitaient éviter les parties réapparaît souvent à l'occasion de l'interprétation de la clause de renégociation.

De plus, le choix d'une définition générale ne met pas à l'abri des dangers cités à l'égard des clauses qui désignent précisément les circonstances pouvant être à l'origine de la modification.

¹⁵³⁶ Sur cette précision : J. HEINICH, th. préc., n° 7 : est imprévu ce qui n'a pas été prévu, « *peu important que l'on ait ou non été en mesure de le prévoir* » (souligné par l'auteur). L'imprévu n'est donc pas nécessairement imprévisible, et l'imprévisible peut faire l'objet d'une prévision contractuelle.

¹⁵³⁷ CA Paris, 28 juill. 2020, n° 20/06689 et n° 20/06657 : l'art. 10 du contrat définissait un événement de force majeure autorisant comme « un événement extérieur, irrésistible et imprévisible rendant impossible l'exécution des obligations des parties dans des conditions économiques peu raisonnables ». En raison de la crise Covid, la consommation de l'énergie chuta de 27% ce qui créa une perte que le fournisseur d'énergie évaluait à cinq millions durant la période du confinement de mars et avril 2020 du fait de la non-utilisation de l'énergie achetée chez EDF, puisqu'il n'existe aucune méthode de stockage de l'électricité. Le surplus d'énergie acheté par le fournisseur était donc tout bonnement perdu. L'exécution peu raisonnable s'est donc traduite dans ce surplus d'électricité.

¹⁵³⁸ L'essentiel de la théorie de l'imprévision se cristallise dans les conséquences du changement de circonstances sur la situation du débiteur et non dans la connaissance raisonnable de la survenance de l'événement. En ce sens : L. AYNÈS, « L'imprévision en droit privé », *RJ Com.* 2005, p. 397.

¹⁵³⁹ Sur cette précision : F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE, J.-C. RODA, « Clause d'imprévision », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, op. cit., p. 427 et s.

¹⁵⁴⁰ Sur cette précision : *supra* n° 417 et n° 440. La notion de potestativité s'applique seulement à l'obligation conditionnelle, donc à l'obligation qui suspend ou éteint les effets du contrat à la survenance d'un événement particulier. La clause d'adaptation en présence d'une circonstance particulière ne peut être considérée comme une clause posant une obligation conditionnelle, d'abord parce qu'elle ne suspend pas les effets du contrat à l'événement, et parce qu'elle n'atteint pas ensuite directement la force obligatoire du contrat, puisque la clause n'institue pas normalement l'obligation de parvenir à une renégociation. Il n'est pas exclu pour autant que les juges, face à un litige concernant une clause d'adaptation précisant des circonstances dont la survenance est exclusivement à l'initiative d'une partie, décident de contester la clause sur le fondement de la potestativité. Il n'est pas non plus impensable que la notion de potestativité, sans reprendre le fondement textuel de l'art. 1304-2 C. civ., pourrait être absorbée par le mécanisme du déséquilibre significatif.

Le choix des termes pourrait là aussi impliquer une trop grande porosité du contrat aux circonstances qui contredirait exagérément la notion même de contrat. La rédaction de la clause est donc primordiale afin d'évacuer le risque de remise en cause. Par exemple, il faut supposer que le contrat qui prévoit une adaptation dans « toutes les circonstances que le contractant jugera préjudiciables pour ses intérêts » ou dans « des circonstances légitimes » n'échappera pas à la sanction sur les fondements cités. Mais comme pour les obligations conditionnelles¹⁵⁴¹, les juges pourraient préférer vérifier la validité de ces clauses au moment de leur mise en œuvre au regard des circonstances qui l'ont motivée. Ainsi, ces clauses échapperaient à la nullité *ab initio* si elles sont correctement appliquées, même si leur rédaction paraissait de prime abord suspecte.

465. Les clauses prévoyant une rencontre régulière des parties sans qu'elles soient liées à une évolution des circonstances. Les contractants peuvent donc décider d'entreprendre un effort définitionnel à l'égard des circonstances qui déstabiliseraient l'économie du contrat comme voulu par les parties dès la conclusion. Pourtant, une autre technique contractuelle pourrait éventuellement évacuer certaines difficultés liées à la précision de la nature et des critères des circonstances. Certains contrats comportent des clauses qui, sans préciser les circonstances qui déclencheront le rapprochement des parties, prévoient une renégociation possible du contrat à intervalle régulier. Ces clauses nommées parfois clauses de révision « générale » ou de « renégociation annuelle » obligent les parties à se rapprocher régulièrement pour éventuellement chercher des solutions à de potentielles difficultés d'exécution. Les contrats de longue durée comportent parfois des clauses de renégociation qui ont l'avantage de ne pas être articulées à la preuve d'un changement de circonstances. Comme pour les clauses d'indexation, elles offrent la possibilité d'adapter le contrat en présence, par exemple, d'une évolution de la conjoncture économique sans que cette adaptation soit liée à la qualification d'un changement de circonstances et de tous les inconvénients qu'implique cette démonstration. Ainsi, le contractant qui subit ce changement obtient la garantie que ses obligations pourront être revues au rythme d'une périodicité définie contractuellement. Le contrat contient « structurellement » la possibilité d'ajustement à l'évolution des circonstances sans qu'elle soit justifiée par une « exceptionnalité » qui prédomine les clauses de *hardship* ou de force majeure.

466. Justification de la raison d'être des clauses par l'équité. La prévision contractuelle d'un changement de circonstances évacue normalement la recherche de la raison d'être des clauses de renégociation. Puisque les parties l'ont décidé ainsi, ce serait par la seule volonté contractuelle que l'existence d'une clause d'adaptation se justifierait. Pourtant, les contractants se réfèrent souvent à la notion d'équité ou d'équitable au sein même des clauses d'adaptation en raison des circonstances¹⁵⁴². À côté des prévisions économiques qu'elle permet de conserver, la clause tend à instaurer une certaine protection du contractant accablé par l'évolution

¹⁵⁴¹ *Supra* n° 441.

¹⁵⁴² Sur ce constat : B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats (...) », art. préc., spéc. n° 10 et s.

défavorable du contexte. De prime abord liées à des critères économiques et objectifs, les clauses d'adaptation contiennent des considérations morales que les juges pourraient saisir à l'occasion de litiges portant sur l'interprétation de ces dernières. Finalement, bien loin de se résumer seulement à une finalité de prévision et de stabilité du rapport contractuel, des considérations d'équité sont toujours sous-jacentes lorsque l'adaptation du contrat se fait en considération des circonstances, que les circonstances soient particulières à une situation contractuelle ou concernent le contexte plus général tel qu'une conjoncture économique à l'échelle d'un pays¹⁵⁴³.

b. L'adaptation unilatérale du contrat aux circonstances

467. Avantages de l'unilatéralisme en présence d'un changement de circonstances. Le contentieux du contrôle des prérogatives unilatérales au regard de circonstances particulières de la situation du contractant a été l'occasion de développer ses dangers et ses éventuelles limites¹⁵⁴⁴. Tout ne saurait accabler pourtant l'unilatéralisme. Elle insuffle une grande souplesse au sein du contrat afin d'éviter la paralysie possible d'une décision qui doit faire l'objet d'un accord mutuel. Et pour cause, l'adaptation du contrat, bien que prévu contractuellement, ne garantit pas que les parties vont aller jusqu'au bout de la démarche en procédant à la modification de l'accord. Afin de garantir au mieux une adaptabilité du contrat à son environnement, les parties peuvent recourir au choix de prévoir des prérogatives unilatérales qui s'appliqueront lorsque les circonstances le justifieront.

Ces clauses unilatérales d'adaptation accentueraient d'autant plus la circonstancialisaiton du contrat en comparaison des clauses « bilatérales », puisque le bénéficiaire est garanti de pouvoir exercer son droit lorsque le changement de circonstances se présenterait. M^{me} Helleringer identifie l'intérêt de ces clauses dans leur capacité d'octroyer au contractant « l'adaptation du contrat (...) aux changements de circonstances » en répondant à « l'intérêt juridique suivant : anticiper les évolutions qui affecteront le contrat de longue durée et prévoir les conditions d'une réaction effective »¹⁵⁴⁵.

468. Appréciation de la validité de l'application de l'adaptation unilatérale du contrat. Ce droit ainsi accordé est un droit potestatif, qu'il ne faut pas confondre avec la notion de condition potestative¹⁵⁴⁶. Bien qu'unilatéral, il n'en est pas pour autant valable lorsque son

¹⁵⁴³ Sur ce rapprochement entre équité, proportionnalité et bonne foi à l'adaptation du contrat aux circonstances : *supra* n° 280, 281.

¹⁵⁴⁴ *Supra* n° 291 et s. : ce droit n'autorise pas au bénéficiaire de s'en prévaloir comme il le souhaite. Comme le précise M^{me} Molina qui a consacré sa monographie à la prérogative unilatérale, « il y a une différence notable entre consentir à la possibilité abstraite de la modification et consentir à sa réalisation concrète » (L. MOLINA, *th. préc.*, n° 363, p. 326).

¹⁵⁴⁵ G. HELLERINGER, *th. préc.*, n° 398, p. 226.

¹⁵⁴⁶ Sur cette distinction : J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *art. préc.*

application n'est pas discrétionnaire¹⁵⁴⁷. Pour s'en assurer, les circonstances qui ont motivé la modification unilatérale ne doivent pas dépendre exclusivement de la volonté du bénéficiaire. L'application de la prérogative doit être justifiée par des circonstances dites « objectives » qui en sont à l'origine. L'exercice d'un contrôle de proportionnalité à l'occasion de son application est envisageable. La modification entreprise doit être justifiée au regard des circonstances, mais aussi compte tenu des effets de ces circonstances sur le contrat. En somme, l'application de la prérogative ne doit pas être disproportionnée au regard du changement de circonstances et de l'intérêt du contractant subissant la modification.

La prérogative accordée « a pour rôle de permettre au *potentior* de faire face à une diversité innombrable d'hypothèses qui pourraient rendre propice la modification permise », ¹⁵⁴⁸ mais elle ne saurait se faire « au prix de la précarité du contractant qui la subit » ¹⁵⁴⁹. L'affirmation n'est pas seulement anecdotique. Les juges n'hésitent pas à condamner le créancier de la prérogative sur le fondement de l'abus, ce qui démontre la dimension comportementale d'un tel droit ¹⁵⁵⁰. Une obligation de motivation généralisée comporterait l'avantage d'empêcher le bénéficiaire d'agir de manière aléatoire et de justifier son choix dans l'hypothèse d'un litige. Les motifs qu'il doit fournir à cette occasion seraient susceptibles de concerner un changement de circonstances préjudiciable au contractant qui souhaite se prévaloir de la modification unilatérale, puisque c'est bien la finalité de la prérogative ¹⁵⁵¹. Au-delà de la sanction du comportement du créancier du droit, le contenu même de la clause pourrait se voir contrôler sur le fondement du déséquilibre significatif. En effet, la position de sujétion du contractant qu'implique nécessairement ce genre de droits est un indice fort de son déséquilibre que le juge n'hésite pas à saisir en l'appréciant au regard de l'économie générale du contrat ¹⁵⁵².

Paragraphe 2 : La remise en cause du contrat due à l'impossibilité de conserver son utilité au regard des circonstances

¹⁵⁴⁷ En ce sens : D. GALBOIS-LEHALLE, th. préc., spéc. n° 671 : l'exercice de ces prérogatives doit être contrôlé en vérifiant si l'application a été mise en œuvre dans le respect de la finalité qui lui a été assignée, à savoir de « rendre le contrat conforme aux intérêts des parties tels qu'ils ont été définis à l'origine ». Plus précisément sur la notion de respect de la finalité de la prérogative : L. MOLINA, th. préc., n° 363 et s.

¹⁵⁴⁸ L. MOLINA, th. préc., n° 363.

¹⁵⁴⁹ L. MOLINA, *Ibid.*, n° 368. Même sens : M. LATINA, « Contrat : généralités – Principes directeurs du droit des contrats », in *Rep. Dr. civ.* 2017, n° 124 : « Peut-être ne faut-il donc voir dans l'interdiction de certains droits potestatifs par la Cour de cassation que la volonté de protéger les contractants en situation de faiblesse ».

¹⁵⁵⁰ Civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, n° 01-00.475, *Bull. Civ. I*, n° 190, *RDC* 2005, p. 275, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK : la sanction du comportement fautif appréciée par les juges manifeste la présence « d'un jugement de valeur ». Dans le même sens : R. JABBOUR, th. préc., n° 413, p. 327 : la prérogative « relève de l'ordre du comportement et s'exerce unilatéralement ».

¹⁵⁵¹ Sur l'obligation de motivation : *supra* n° 302 et s.

¹⁵⁵² Le contrôle des clauses de modification unilatérale en droit du travail démontre la suspicion de leur caractère abusif « par le déséquilibre qu'elles créent entre les droits et obligations des parties » : G. LOISEAU, « Les clauses abusives dans le contrat de travail », *Cah. Soc.*, 2014, p. 452. Sans avoir construit un régime particulier du contrôle des prérogatives unilatérales de l'employeur en droit du travail, le juge les « invalide en raison de leur effet sur l'équilibre des droits et obligations des parties ».

469. Plan. L'approche « utilitariste » du contrat autorise à concevoir l'anéantissement des éléments devenus inutiles lorsque l'intérêt qui a présidé à leur adoption disparaît du fait d'un changement de circonstances. Cette perte d'intérêt s'envisage majoritairement à l'égard du contrat dans son entier (B), mais est susceptible de concevoir de manière plus originale à l'égard des clauses du contrat (A).

A. L'inefficacité des clauses du fait des circonstances

470. Inutilité des clauses contractuelles au regard des circonstances de leur mise en œuvre. Phénomène peu étudié, l'efficacité des clauses au moment de leur mise en œuvre aurait des mérites à être envisagée dès qu'elles auraient vocation à s'appliquer pendant l'exécution du contrat. Ce phénomène a été aperçu à propos de la validité des obligations conditionnelles¹⁵⁵³. Plus généralement, l'appréciation de l'efficacité des clauses contractuelles est à relier à la tendance de plus en plus prégnante de la vérification de la validité au-delà de la formation du contrat, au moment où les clauses produisent leurs effets¹⁵⁵⁴. Ce phénomène invite à envisager le contexte de mise en œuvre des clauses contractuelles. Leur efficacité ne dépend pas simplement de leur qualité rédactionnelle, mais des circonstances de leur application¹⁵⁵⁵.

Une clause de *hardship* peut être rendue inutilisable par des crises brutales alors que leur finalité est d'appréhender ce genre de difficultés¹⁵⁵⁶. La crise du Covid-19 a montré récemment les limites des clauses d'adaptation et, *a fortiori*, les dangers que représentaient les clauses d'éviction de l'article 1195 du Code civil¹⁵⁵⁷. Pour un auteur, il est même paradoxal d'envisager l'adaptation du contrat aux circonstances « sans penser qu'admettre ces adaptations en réclamera d'autres ». Cet écueil s'expliquerait par les analyses encore trop centrées sur le contrat « et non sur les évolutions extérieurs »¹⁵⁵⁸. L'analyse de la sanction pour nullité partage les mêmes constats. L'analyse des effets du contrat, démarche plus « pragmatique », permet d'apprécier le contrat au plus près de « son environnement juridique, économique et politique »¹⁵⁵⁹. Ainsi, la logique de prévision dans l'adaptation du contrat trouverait ses limites dans le principe d'intangibilité. L'évolution des circonstances serait dans certaines hypothèses tellement importante qu'une partie des clauses deviendrait largement inefficace. Cette inutilité

¹⁵⁵³ *Supra* n° 441.

¹⁵⁵⁴ Cette constatation insiste sur la relativité de la distinction entre formation et exécution du contrat qu'ont souligné plusieurs auteurs : Ch. JAMIN, « Pour en finir avec la formation du contrat », *LPA* 1998, p. 25. Sur le même constat : N. RONTCHEVSKY, *L'effet de l'obligation*, préf. A. Ghozi, Economica, 1998, spéc. n° 644 et s.

¹⁵⁵⁵ Sur cette constatation : F. MAGAR, art. préc. : « c'est une vue de l'esprit des juristes (sans doute conditionnée par les formations universitaires qui ne jurent que par le mythe de la force obligatoire des conventions) que de penser qu'une clause jouit d'une force par sa seule existence ».

¹⁵⁵⁶ Sur cette réflexion encore : F. MAGAR, *Ibid.*

¹⁵⁵⁷ Sur cette problématique précise : J. KLEIN, « Les mécanismes contractuels visant à neutraliser les effets de la crise sanitaire », *Cah. Dr. entr.* 2021, dossier 9.

¹⁵⁵⁸ O. PENIN, th. préc., n° 790, p. 359.

¹⁵⁵⁹ M. MEKKI, « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », *RDC* 2006, p. 679.

révélée lors de l'exécution pourrait autant concerner les clauses ayant pour objet de régir le changement de circonstances que les clauses qui, sans le concerner directement, n'auraient plus d'intérêt une fois le changement de circonstances survenu. Très peu de dispositions législatives prévoient une modification des clauses du contrat en cas de modification du contexte ou des circonstances. Une illustration peut tout de même être citée en droit des assurances.

471. Obligation de déclaration des circonstances nouvelles en droit des assurances. La couverture du risque du contrat d'assurance se fait sur la base des déclarations sincères de l'assuré¹⁵⁶⁰. L'article L. 113-2, 2° du Code des assurances indique que l'assuré doit « répondre exactement aux questions posées par l'assureur (...) sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge »¹⁵⁶¹. Cette déclaration des circonstances est essentielle, car elle permet d'évaluer le risque afin de prévoir une couverture adéquate. En cours d'exécution du contrat, des circonstances nouvelles doivent être déclarées sur le fondement de l'article L. 113-2, 3° du Code des assurances. Au titre de cet article, les circonstances nouvelles doivent être révélées si elles ont pour conséquences « soit d'aggraver les risques, soit d'en créer de nouveaux et rendent de ce fait inexacts ou caduques les réponses faites à l'assureur »¹⁵⁶². La sanction de fausses déclarations peut aller jusqu'à la nullité du contrat au visa de l'article L. 172-2 du même code sauf à prouver la bonne foi de l'assuré.

B. L'anéantissement du contrat en raison des circonstances

472. Solution de dernier recours. Les contractants ainsi que le juge doivent s'efforcer de conserver le contrat tant que les parties y trouvent une utilité, qui s'incarne souvent dans l'utilité économique du contrat. En revanche, lorsque les circonstances sont telles qu'elles déséquilibrent l'accord jusqu'à en ruiner son intérêt, son anéantissement paraît inéluctable. La décision est lourde de conséquences et répond à des conditions strictes. Pourtant, elle n'empêche pas une casuistique irréductible à ce genre de contentieux.

Deux voies principales sont empruntées par le législateur pour prendre en compte un changement de circonstances qui annihile l'intérêt de l'accord. L'inutilité peut être appréhendée par des dispositions qui sont liées à la qualification des circonstances (a). Cette qualification répond à des exigences plus ou moins sévères suivant l'intérêt que le législateur ou le juge a

¹⁵⁶⁰ L'art. L. 122-3 al. 4 C. ass. dispose que le questionnaire soumis à l'assuré par l'assureur doit être ferme, clair et précis. Les réponses apportées dans ce formulaire doivent être exactes.

¹⁵⁶¹ L'art. L. 175-14 C. ass. reprécise cette règle dans la partie du code consacrée aux assurances sur corps et de responsabilité civile aérienne et aéronautique en affirmant que « l'assuré doit déclarer exactement, lors de la conclusion du contrat, toutes les circonstances connues de lui qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur le risque qu'il prend à sa charge ».

¹⁵⁶² La déclaration de ces circonstances qui aggraveraient le risque en cours d'exécution du contrat apparaisse encore une fois à l'art. L. 175-15 al. 1^{er} C. ass : « L'assuré doit déclarer à l'assureur, dans la mesure où il les connaît, les aggravations de risques survenues au cours du contrat ». L'art. L. 172-19 du même code réaffirme cette obligation à l'égard de l'assuré concernant les règles communes aux assurances maritime, fluviale et lacustre et pour les marchandises transportées par tous modes.

décidé de protéger suivant les contentieux concernés. D'autres dispositifs, qui ne concernent pas directement l'évolution des circonstances comme la caducité, sont éventuellement applicables à ce genre de contentieux (b). L'enjeu porte moins sur l'appréciation des circonstances à l'origine de la caducité, mais bien plus sur les conséquences de ce changement, à savoir la disparition d'un élément dit « essentiel » pour le contrat en cause. Plus généralement, ces causes d'extinction du contrat ont la même finalité : elles interviennent lorsque l'accord ne peut plus satisfaire utilement l'une ou les deux parties contractantes. Ces « *causes fonctionnelles d'extinction* » interviennent lors de la perte d'un élément essentiel à la structure de l'accord¹⁵⁶³. Cette problématique abrite parfois des considérations d'équité indissociables à ces contentieux particuliers qui admettent, parfois assez largement, la reconnaissance de la caducité lorsque le contrat ne serait plus dans l'intérêt d'une partie en cause.

a. Dispositifs consacrés à l'inutilité du contrat en présence d'un changement de circonstances

473. Perte d'un élément essentiel en droit du tourisme en raison d'un « événement extérieur ». La problématique de la détermination de l'élément essentiel du contrat touristique au regard des circonstances a été étudiée¹⁵⁶⁴. Les circonstances peuvent encore perturber l'exécution de l'accord en retirant l'élément essentiel attendu de l'exécution du contrat. L'article L. 211-13 du Code du tourisme précise que lorsqu'avant le départ du voyageur, « l'un des éléments essentiels du contrat est rendu impossible par suite d'un événement extérieur qui s'impose à l'organisateur ou au détaillant », ce dernier doit en informer le voyageur au plus vite pour qu'il puisse éventuellement « résoudre » le contrat sans frais, soit d'en accepter la modification, l'absence d'information pouvant conduire à la réparation du préjudice¹⁵⁶⁵.

Deux problématiques émergent. La première est relative à la détermination de l'élément essentiel qui s'éloigne parfois du respect des canons habituels de l'interprétation afin de protéger l'intérêt du voyageur¹⁵⁶⁶. La seconde concerne plus particulièrement l'analyse de l'événement extérieur qui doit « s'imposer » au contractant. L'article précise les caractéristiques que doit revêtir l'événement pour emporter les effets de la disposition. Les conditions se rapprochent *a priori* de la force majeure, mais les termes sont suffisamment larges pour laisser une marge de manœuvre suffisamment étendue afin d'embrasser les circonstances du litige.

Les juges mettent en avant par exemple l'âge des voyageurs et la non-maîtrise de l'anglais pour admettre que l'annulation d'un vol générerait une difficulté telle que l'événement imposait

¹⁵⁶³ F. GARRON, *La caducité du contrat (Étude de droit privé)*, préf. J. Mestre, PUAM, 1999, n° 255, p. 315 (souligné par l'auteur).

¹⁵⁶⁴ *Supra* n° 47 et s.

¹⁵⁶⁵ Civ. 1^{ère}, 16 fév. 2022, n° 20-18.286, inédit : manque à son obligation d'information le voyageur qui procède à la modification de la durée du contrat de voyage à forfait portant sur l'organisation d'une croisière en Antarctique du fait de l'hospitalisation de deux voyageurs à la suite d'une chute et à la dégradation des conditions météorologiques.

¹⁵⁶⁶ *Supra* n° 48.

aux parties de renoncer à leur voyage sans possibilité de contacter l'organisateur afin qu'il trouve une solution¹⁵⁶⁷. Si l'annulation du vol est donc considérée en l'espèce comme un événement « extérieur qui s'impose à l'organisateur », il est rarement apprécié comme un événement répondant à la qualification de force majeure permettant à l'organisateur d'invoquer le bénéfice de l'article L. 211-16 du Code civil. À la lecture des solutions, il apparaît même que le bénéfice de l'article L. 211-13 du Code du tourisme est souvent accordé aux voyageurs afin qu'ils puissent se voir rembourser leur prestation, là où la qualification de l'événement de force majeure sur le fondement de l'article L. 211-16 du même code est refusée au voyageur.

L'avarie de la coque d'un navire par l'effet de la corrosion ne peut être qualifiée d'événement de force majeure du fait de sa prévisibilité. De plus, il n'était pas irrésistible, car les juges constatent que le navire pouvait encore naviguer grâce à des réparations provisoires¹⁵⁶⁸. En revanche, il est bien un événement qui aurait autorisé les parties à annuler le contrat si l'information avait été transmise aux voyageurs. Dans le même sens, les risques encourus par le voyageur, à l'occasion d'un voyage prévu à New-York, causés par l'ouragan Sandy aurait dû faire l'objet d'une information transmise au voyageur, car elle a été la cause « de troubles dans les conditions d'existence ». La situation était « inquiétante et perturbante pour une personne qui pensait pouvoir passer une semaine de vacances à New-York à visiter la capitale américaine ». De plus, le voyageur connaissait des « problèmes de santé » qui ont influencé son ressenti. En revanche, l'ouragan ne fut pas considéré comme un événement de force majeure à l'égard de l'organisateur, car la saison cyclonique ainsi que les bulletins météorologiques, attestaient de la prévisibilité de l'événement¹⁵⁶⁹.

474. Destruction de la chose louée dans un contrat de bail à la suite d'un « cas fortuit ».

L'article 1722 du Code civil admet la résiliation du contrat de bail de plein droit lorsque la chose louée est détruite par un « cas fortuit ». À l'occasion de la crise du Covid-19, l'application possible de cet article fut débattue. En effet, la notion de « destruction » qui connotait une destruction matérielle de l'immeuble pourrait, par une appréciation extensive, s'appliquer à l'impossibilité de jouir paisiblement du lieu loué. Les juges par le passé ont emprunté cette voie en reconnaissant par exemple la cessation de jouissance d'un cheptel due à une épidémie de myxomatose détruisant entièrement une colonie de lapins¹⁵⁷⁰. L'application de la disposition à des circonstances comme la crise sanitaire ne paraît pas saugrenue. La difficulté d'admission de l'imprévision et de la force majeure au regard de l'événement sont des arguments supplémentaires de cette possibilité¹⁵⁷¹. Plus généralement, M. Dissaux relève un extrait de

¹⁵⁶⁷ CA Lyon, 12 nov. 2020, n° 19/02105 : le choix d'un voyage organisé attestait de la volonté « d'être déchargé de tout souci matériel et financier ».

¹⁵⁶⁸ CA Paris, 18 juin 2020, n° 17/12992.

¹⁵⁶⁹ CA Poitiers, 27 fév. 2018, n° 15/00432.

¹⁵⁷⁰ CA Orléans, 23 fév. 1957, *JCP* 1957, II, p. 9817.

¹⁵⁷¹ Dans la plupart des situations, c'est une diminution des loyers que le locataire souhaite obtenir et non l'anéantissement du contrat, bien qu'elle soit aussi juridiquement envisageable. Sur la restriction de l'application

l'ouvrage de droit civil de Planiol et Ripert reconnaissant la possibilité d'apprécier la notion de destruction comme « l'impossibilité de jouir de cet immeuble » et « d'en faire usage conformément à sa destination » en raison « des circonstances »¹⁵⁷². En revanche, ces circonstances ne doivent pas résulter de la faute du bailleur¹⁵⁷³. La dernière tendance jurisprudentielle n'est pas de cet avis. Une décision de la troisième chambre civile de la Cour de cassation a rejeté l'application de l'article 1722, car, pour les juges, « les restrictions résultant des mesures législatives et réglementaires prises dans le cadre de la crise sanitaire n'étaient pas imputables au bailleur et n'emportaient pas perte de la chose »¹⁵⁷⁴. La sévérité avec laquelle les juges apprécient les différents mécanismes pourrait s'expliquer par le refus de remettre en cause un nombre incalculable d'accords contractuels dû à l'ampleur de la crise sanitaire. Il n'est pas exclu qu'à l'avenir la jurisprudence revienne à une appréciation plus large de la destruction de la chose pour un cas fortuit. D'autres dispositions sont envisageables, qui ne prévoient pas textuellement la prise en compte d'un changement de circonstances, mais qui pourraient éventuellement s'appliquer à ces phénomènes.

475. La pollution d'un terrain devenu impropre à la destination précisée dans le contrat. Le droit des contrats doit s'acclimater aux obligations environnementales de plus en plus nombreuses¹⁵⁷⁵, ce qui n'est sans poser des problématiques particulières sur l'articulation de la force obligatoire avec cette source du droit de plus en plus exigeante¹⁵⁷⁶. Des lois se sont succédé afin de garantir aux contractants la survenance de certains risques liés à la pollution, notamment en raison de l'activité industrielle¹⁵⁷⁷. Les praticiens sont de plus en plus amenés à envisager des clauses dites « environnementales » qui incluent souvent des obligations d'information spécifiques. Elles envisagent aussi des directives sur la réhabilitation des sols par le dernier exploitant comme l'illustre un arrêt du 11 mai 2022¹⁵⁷⁸. Au-delà de la technique contractuelle permettant de se prémunir contre ces risques lors de l'exécution d'un contrat particulier, le législateur a créé des dispositions spéciales autorisant à remettre en cause le contrat en présence d'une contamination du bien objet de l'accord¹⁵⁷⁹. Sur le terrain de la

de la force majeure et de l'imprévision à la crise sanitaire : F. KENDÉRIAN, « Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19 », *RTD Com.* 2020, p. 265.

¹⁵⁷² N. DISSAUX, « L'épidémie, cette perte », *D.* 2020, p. 887.

¹⁵⁷³ Civ. 3^e, 30 oct. 2007, n° 07-11.939.

¹⁵⁷⁴ Civ. 3^e, 30 juin 2022, n° 21-20.127, *D.* 2022, p. 1398, obs. S. TISSEYRE, *Ibid.*, p. 1445, note D. HOUTCIEFF, *RTD Civ.* 2022, p. 912, note P.-Y. GAUTIER.

¹⁵⁷⁵ La récente loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 dite « loi Climat et résilience » qui complète la liste de l'état des risques prévue à l'art. L. 125-5 du C. env. remis obligatoirement à un acheteur ou locataire de biens immobiliers situés dans des zones concernées par des risques naturels et environnementaux particuliers. Les articles L. 125-6 et L. 125-7 du même code ont été insérés par la loi n° 2010-788 portant engagement national pour l'environnement dite « Grenelle II » du 12 juill. 2020.

¹⁵⁷⁶ Sur ces développements : *infra* n° 525.

¹⁵⁷⁷ Sur une présentation des différentes lois : M. MEKKI, « La gestion conventionnelle des risques liés aux sols et sites pollués à l'aune de la loi Alur », *JCP N* 2014, p. 1239.

¹⁵⁷⁸ Civ. 3^e, 11 mai 2022, n° 21-16.348, *D.* 2022, p. 2308, chron. B. DJIKPA ; *AJDI* 2022, p. 694, obs. B. WERTENSCHLAG.

¹⁵⁷⁹ Sur la diversité des possibilités offertes aux contractants dans la gestion de ce risque : M. MEKKI, « Cession d'un bien pollué et passif environnemental – Petit guide à l'usage », *RDC* 2015, p. 578.

responsabilité, les vices cachés et l'obligation de garantie peuvent être invoqués par les acquéreurs de biens pollués¹⁵⁸⁰. Plus particulièrement sur la prévention de ces risques, l'article L. 125-7 du Code de l'environnement autorise le locataire ou l'acquéreur d'un terrain à réclamer entre autres la résolution du contrat lorsque le contractant ne l'a pas informé d'un risque de pollution qui se réalise en cours d'exécution dans le cas où le terrain devient « impropre à la destination précisée dans le contrat » dans un délai de deux ans après la découverte de la pollution. L'article ne fait pas de distinction entre les terrains bâtis ou non bâtis, ce qui offre un champ d'application très large.

b. Dispositifs pouvant concerner l'anéantissement du contrat en présence d'un changement de circonstances

476. La caducité implique la disparition d'un élément essentiel du fait d'un changement de circonstances. Il n'est pas certain que le phénomène de l'évolution des circonstances ne soit pas pris en compte sous d'autres concepts plus éloignés¹⁵⁸¹. La caducité du droit des communs des contrats, sanction peu usitée et dont le Code civil de 1804 faisait peu de cas, pourrait être l'un d'eux. L'article 1186 du même code prévoit désormais qu'un contrat, bien que valablement formé, devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît. La caducité met fin au contrat comme le précise l'article 1187 du même code¹⁵⁸². Contrairement au Code du tourisme, l'origine de la disparition de l'élément essentiel n'est pas précisée par la disposition. Le changement de circonstances à l'origine de la disparition de l'élément essentiel pourrait être éventuellement absorbé par le fondement de la caducité. En l'absence de précisions sur les causes de la caducité, elle est envisageable dans des hypothèses variées. Reliée souvent à la cause aujourd'hui disparue, elle présente pourtant une différence notable. Tandis que la cause devait être appréciée au moment de la formation du contrat¹⁵⁸³, la formulation de l'article 1186 nous fait comprendre que la constatation de la caducité intervient en cours d'exécution de l'accord au regard d'un événement postérieur¹⁵⁸⁴. De plus, le fait de réduire la caducité à la

¹⁵⁸⁰ La dernière tendance jurisprudentielle est à la sévérité à l'égard des vendeurs en présence d'une pollution des biens. Par exemple : Civ. 3^e, 29 juin 2017, n° 16-18.087, *RDC* 2017, p. 659, obs. M. MEKKI. En l'espèce, le vendeur s'est vu refuser l'application de la clause de « non-garantie » pour présomption de connaissance du vice de pollution sur le fondement de l'art. 1643 C. civ.

¹⁵⁸¹ Sur la distinction entre le concept et le phénomène de changement de circonstances : D.-M. PHILIPPE, th. préc., spéc. p. 21.

¹⁵⁸² Le Code de commerce comporte depuis l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 un art. L. 611-10-4 qui dispose que « la caducité ou la résolution de l'accord amiable ne prive pas d'effets les clauses dont l'objet est d'en organiser les conséquences ».

¹⁵⁸³ L'hésitation du moment de l'appréciation de l'existence de la cause donne lieu à des jurisprudences contradictoires. Pour un refus d'apprécier la rentabilité économique d'un contrat de franchise sur le fondement de la cause : Com. 18 mars 2014, n° 12-29.453, inédit, *D.* 2014, p. 1915, note D. MAZEAUD : les juges recourent à la volonté des parties pour affirmer que la rentabilité n'était pas considérée comme la cause du contrat. La solution ne ferme pas la porte à ce qu'elle soit considérée comme telle si les juges du fond l'avaient constaté.

¹⁵⁸⁴ Dans ce sens : J.-B. SEUBE, « L'article 1186 du projet : la caducité », *RDC* 2015, p. 769.

cause de l'obligation n'aurait pas un grand intérêt puisqu'elle aurait « un effet mécanique qui ne paraît pas souhaitable »¹⁵⁸⁵.

La cause de la caducité pourrait donc être un changement de circonstances en cours d'exécution du contrat. L'absence de précisions sur la cause de la caducité n'enferme pas le mécanisme dans la démonstration des caractères attachés au changement de circonstances comme c'est le cas pour la preuve de l'existence d'un événement de force majeure ou d'imprévision¹⁵⁸⁶. La caducité est un fondement adéquat à une remise en cause du contrat dans des situations où la force majeure est refusée. Elle serait concevable par exemple au profit du créancier de l'obligation qui n'a pu profiter de sa prestation en raison d'un changement de circonstances¹⁵⁸⁷, ou en présence d'une force majeure dite « financière ». En effet, si la disparition de l'élément essentiel est envisagée comme la perte de toute utilité du contrat, la caducité est alors envisageable dans ces hypothèses.

En l'absence de critères relatifs à l'évolution des circonstances, l'essentiel est donc de déterminer ce que recouvre la notion de disparition de « l'élément essentiel », que certains auteurs identifient comme les seules conditions de validité du contrat *ab initio*¹⁵⁸⁸. L'objet du contrat est bien entendu la notion « d'élément essentiel ». La disparition d'un produit sur un marché pourrait amener le juge à constater la caducité des contrats portant sur ces produits. L'extinction quasi totale d'une espèce particulière de saumon a été l'occasion pour les tribunaux allemands de reconnaître une situation d'imprévision. La situation paraît mieux convenir à un cas de caducité en droit français pour disparition de l'objet du contrat en cause¹⁵⁸⁹.

Le changement de circonstances peut atteindre d'autres éléments contractuels entretenant un lien plus éloigné avec l'objet du contrat. Une décision de la Cour de cassation du 19 janvier 2022 a confirmé la caducité d'un contrat de prêt pour disparition des liens d'affection liant les emprunteurs¹⁵⁹⁰. Les motifs contractuels sont susceptibles de justifier une caducité du contrat

¹⁵⁸⁵ E. SAVAUX, « Frémissement en matière d'imprévision », *RDC* 2011, p. 34.

¹⁵⁸⁶ Dans ce sens : D. HOUTCIEFF, « De quoi la caducité est-elle la sanction ? », *Gaz. Pal.* 2023, p. 4.

¹⁵⁸⁷ Civ. 3^e, 30 juin 2022, n° 21-20.190 et 21-20.127, *D.* 2022, p. 1398, note S. TISSEYRE, *RTD Civ.* 2022, p. 912, note P.-Y. GAUTIER, *JCP N* 2022, p. 1216, note M. MEKKI : Les juges ont refusé d'admettre que l'hospitalisation d'urgence d'un des partenaires d'un couple précipitant leur départ d'un établissement hôtelier ne peut être considéré comme un événement admis sur le fondement de la force majeure en raison de sa qualité de créancier. La décision n'est pas à l'abri de nombreuses critiques relevées par les auteurs dans les notes citées à l'appui de la décision.

¹⁵⁸⁸ Dans ce sens : F. GARRON, th. préc. : l'auteur étudie la disparition du consentement, de l'objet, de la cause et de l'*intuitu personae* comme cause de caducité.

¹⁵⁸⁹ Sur cet exemple précis : R. DAVID, art. préc., p. 216-217. L'importation en Allemagne était toujours possible mais dans des conditions extrêmement défavorables au débiteur, le marché ayant totalement disparu au Canada et en Scandinavie, pays exportateurs habituels de cette espèce particulière de saumon.

¹⁵⁹⁰ Civ. 1^{ère}, 19 janv. 2022, *op. cit.*

en cas de disparition de ceux-ci pour peu que les parties en aient eu connaissance et qu'elles les aient acceptées comme déterminants du consentement¹⁵⁹¹.

Plus particulièrement sur la caducité du contrat pour disparition de son objet ou de sa cause, des interprétations différentes peuvent donner l'occasion d'offrir des applications qui se rapprocheraient de situations d'imprévision. Un auteur souligne à l'égard de la disparition de la chose objet du contrat que l'appréciation de la formule amène à des interprétations diverses¹⁵⁹². L'hypothèse concerne la disparition « matérielle » d'une chose, mais peut aussi s'appliquer à la disparition « juridique » d'une prestation. La dernière constatation reviendrait à prendre en considération des changements de circonstances qui, de prime abord, auraient été exclus du champ d'application de l'article.

En atteste par exemple un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 29 juin 2010, dit « *Soffimat* », qui donne un aperçu des effets possibles de la caducité en présence d'une « évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux » comme les juges le précisent expressément¹⁵⁹³. La doctrine s'est longuement épanchée sur la question de l'applicabilité de la caducité dans cette situation. Un arrêt postérieur confirma l'application possible de l'article 1186 du Code civil en présence d'un changement de circonstances durant l'exécution d'un contrat. La recherche de la commune intention des parties a permis de caractériser l'engagement à exécution successive devenu caduc pour disparition de sa cause¹⁵⁹⁴. La solution, qui pouvait être gênante sur le fondement de la cause¹⁵⁹⁵, se justifie bien mieux par la caducité. En l'espèce, un engagement de versement d'une somme d'argent a été promis par un père à son ex-femme destinée à l'entretien de son fils. Le contrat est ici unilatéral, mais cette solution peut s'envisager à l'égard d'un contrat synallagmatique. La cause d'un engagement unilatéral, comme dans le cadre d'une donation, s'incarne dans l'intention libérale. Cette intention se confond souvent avec un motif contractuel et ne porte pas sur une obligation réciproque, comme dans le cadre d'un contrat synallagmatique. En l'espèce, la cause se révélait dans le fait d'assurer l'entretien d'un enfant. Elle disparaît quand la garde exclusive revient peu de temps après l'engagement au débiteur.

¹⁵⁹¹ En ce sens : P.-A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation (De la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité au principe de l'exécution de bonne foi)*, Bruylant, 1998, n° 133.

¹⁵⁹² F. GARRON, th. préc., n° 95 et s.

¹⁵⁹³ Com. 29 juin 2010, n° 09-67.369, *D.* 2010, p. 2481, note D. MAZEAUD, *Ibid.*, p. 2485, note T. GENICON, *Ibid.*, p. 472, obs. B. FAUVARQUE-COSSON, *RTD Civ.* 2010, p. 782, obs. B. FAGES. *Ibid.* 2011, p. 87, obs. P. DEUMIER. Les juges utilisent la notion de « contrepartie réelle » qui fait plus écho textuellement à l'art. 1169 C. civ. qu'à l'art. 1186 sur la caducité. Terminologie mise à part, la solution donnée par les juges se comprend mieux sur le fondement de la caducité. En effet, l'art. 1169 précise que la contrepartie doit s'apprécier au moment de la formation du contrat contrairement à l'art. 1186 qui ne le précise pas.

¹⁵⁹⁴ Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-17.646, *RTD Civ.* 2009, p. 118, obs B. FAGES, *Ibid.*, p. 111, obs. J. HAUSER.

¹⁵⁹⁵ Ce que le demandeur n'a pas manqué de relever en affirmant que « l'existence de la cause d'une obligation doit s'apprécier à la date où elle est souscrite ». En outre, la disparition de la cause dans un contrat synallagmatique serait équivalente à une disparition de l'objet du contrat comme le précise une auteure : R. CHAABAN, *La caducité des actes juridiques. Étude de droit civil*, préf. Y. Lequette, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 445, 2006, n° 116.

Cette manière d'analyser la cause de l'obligation est envisageable à l'égard d'un contrat synallagmatique pour peu que les parties évoquent clairement le but de la conclusion du contrat. Formulé ainsi, ce but s'apparente à l'intérêt du contractant¹⁵⁹⁶. Les parties ont la possibilité d'ériger en élément essentiel un point particulier du contrat, pour peu que la volonté des parties se soit clairement exprimée¹⁵⁹⁷. Le changement de circonstances est donc pris en compte par le biais de la caducité pour peu que la disparition de l'élément dont il est la cause fasse partie du contenu du contrat tel que défini par les parties.

Un arrêt du 19 septembre 2018 censura l'application de l'article 1186 à un changement de circonstances, mais seulement parce que le contrat conclu était antérieur à l'ordonnance n° 2016-131 du 1^{er} octobre 2016¹⁵⁹⁸. En l'espèce, un particulier avait acquis un climatiseur accompagné d'un contrat de maintenance d'une durée d'un an. Peu de temps après la conclusion des contrats, la situation de l'immeuble se modifia et l'accès au bloc extérieur de l'installation afin d'en assurer la maintenance était devenu plus compliqué, et donc plus onéreux, puisqu'il aurait nécessité la location d'une nacelle. Fort de ce constat, la société a refusé de renouveler le contrat. La juridiction de proximité de Marseille, au mépris du respect du droit transitoire, a appliqué l'article 1186 du Code civil dans sa version postérieure à 2016 alors que le contrat fut conclu le 18 juin 2013. La décision fut censurée. La question de l'application de la caducité à ce genre de contentieux après l'ordonnance de 2016 reste donc entière, mais plusieurs arguments peuvent être formulés afin de prédire son évolution possible.

D'abord, la possible remise en cause des déséquilibres contractuels sur le fondement de l'article 1195 du Code civil en présence d'un changement de circonstances pourrait vider l'intérêt de l'applicabilité de l'article 1186. L'application concurrente de ces fondements risque de créer des « doublons » inutiles, voire dangereux pour la sécurité juridique. En outre, le rapport remis au président de la République accompagnant la réforme du droit des obligations est silencieux sur la volonté de faire de la caducité un instrument de correction du contrat en cas de changement de circonstances. L'appréciation de la cause du contrat, cause qui a été un temps utilisé dans ce but, a été l'une des raisons de sa suppression du Code civil¹⁵⁹⁹.

¹⁵⁹⁶ Des auteurs ont recours expressément au terme pour définir la caducité : A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 336 : il énonce que la caducité « intervient pour mettre fin à un contrat qui, valable à l'origine, se trouve être devenu impossible ou sans intérêt à exécuter en raison d'un événement nouveau ». Sur l'influence de la notion d'intérêt dans le contentieux de la caducité du contrat pour absence de cause : H. BARBIER, « La cause au gré du pouvoir souverain des juges du fond ? », *RTD Civ.* 2014, p. 884.

¹⁵⁹⁷ *Supra* n° 29. Dans le même sens : Ph. STOFFEL-MUNCK, « La caducité (...), art. préc. : en constatant la possibilité de considérer un élément comme « subjectivement » essentiel, l'auteur la rapproche de la condition.

¹⁵⁹⁸ Civ. 1^{ère}, 19 sept. 2018, n° 17-24.347, *AJ contrat* 2018, p. 477, note G. CHANTEPIE.

¹⁵⁹⁹ En ce sens : J. HEINICH, « Caducité et changement de contexte contractuel : une remise en cause du contrat », *RDC* 2023, p. 103.

Plusieurs contre-arguments sont aussi envisageables. Le probable caractère supplétif de l'article 1195¹⁶⁰⁰ ne viderait pas complètement l'intérêt de recourir à la caducité si le contrat exclut le bénéfice du premier¹⁶⁰¹. Les articles ne concernent pas les mêmes situations, bien que certaines pourraient répondre autant de la caducité que de l'imprévision. Tandis que l'exécution du contrat doit être rendue excessivement onéreuse par le changement de circonstances, la caducité s'applique en présence de la disparition d'un élément essentiel. Quand on y songe, la finalité est même diamétralement opposée. La caducité se conçoit encore dans le respect des prévisions des parties, puisque le contrat doit prendre fin lorsqu'il perd un de ses éléments essentiels qui peuvent être déterminés d'un commun accord entre les contractants¹⁶⁰². L'application du mécanisme d'imprévision répond d'une tout autre logique. Le droit considère que le contrat resté inchangé doit parfois plier sous le poids de l'évolution défavorable des circonstances. Contrairement au mécanisme d'imprévision, le choix de la politique juridique à entreprendre ne se fait pas à l'aune de l'appréciation des caractéristiques des circonstances à l'origine du déséquilibre et des conséquences y afférentes, mais se fait uniquement à la lumière de la notion de disparition de l'élément essentiel.

Deux hypothèses sont donc envisageables. Si les juges décident d'apprécier la caducité comme une protection supplémentaire offerte en faveur du contractant¹⁶⁰³, la détermination de l'élément essentiel pourrait être appréciée de façon plus lâche, en admettant par exemple de reconnaître la possibilité d'une interprétation « implicite » de la volonté des parties¹⁶⁰⁴. Dans cette situation, le lien entre la caducité avec des « considérations d'équité et d'utilité » serait d'autant plus raffermi¹⁶⁰⁵. Le juge pourrait encore faire le choix de s'écarter de la volonté des contractants afin d'admettre que des éléments sont essentiels pour certains types de contrats, comme elle a pu le faire un temps concernant la rentabilité du contrat de franchise dans le vice pour erreur sur la substance¹⁶⁰⁶.

¹⁶⁰⁰ Sur cette problématique : *infra* n° 460.

¹⁶⁰¹ Dans l'hypothèse où le caractère supplétif n'est pas reconnu à l'avenir à l'égard de l'art. 1186 C. civ. En l'absence de précision sur le caractère d'ordre public de l'article, la question n'est pas saugrenue. Il est probable que le juge participe à la reconnaissance de son caractère d'ordre public comme elle l'a fait pour d'autres dispositions par le passé si la question vient à se poser devant les juridictions.

¹⁶⁰² Sauf dans le cas d'une appréciation assez permissive de la volonté dite « commune » pour caractériser un élément essentiel lorsque les circonstances le dicteraient : *supra* n° 39 et s.

¹⁶⁰³ Des auteurs rapprochent la manière d'apprécier « l'impossibilité de l'exécution » dans la sanction de la caducité et la protection de l'utilité du contrat à travers la bonne foi. Dans ce sens : P.-A. FORIERS, th. préc., spéc. n° 108 et s. et n° 177.

¹⁶⁰⁴ Sur l'existence d'arrêts illustrant une appréciation permissive de l'élément essentiel du contrat : *supra* n° 26 et s.

¹⁶⁰⁵ Sur la constatation de la reconnaissance de la caducité à travers la disparition de la cause en cours d'exécution du contrat pour des raisons d'équité et d'utilité : R. CHABAAN, th. préc., n° 114, p. 122.

¹⁶⁰⁶ Ce courant jurisprudentiel s'explique mieux sur le terrain de la caducité que sur celui du vice pour erreur, car l'existence de cette dernière doit se vérifier à la formation du contrat et non au cours de son exécution. Sur ce courant jurisprudentiel : Com. 4 oct. 2011, n° 10-20.956, *D.* 2011, p. 3052, comm. N. DISSAUX, *JCP G* 2012, p. 135, note J. GHESTIN, *RDC* 2012, p. 64, obs. T. GENICON. Décision confirmée par plusieurs arrêts : Com. 12 juin 2012, *op. cit.* Com. 10 juin 2020, n° 18-21.536, *RDC* 2020, p. 8, obs. F. DOURNAUX. Com. 24 juin 2020, n° 18-15.249, *RDC* 2020, p. 78, obs. C. GRIMALDI. Com. 12 mai 2021, n°19-17.701, inédit. Sur cette question de manière plus générale : N. DISSAUX, « La rentabilité au cœur du contrat de franchise », *D.* 2012, p. 2079.

Cette proximité entre la caducité et l'imprévision montre en réalité que les conséquences d'un changement de circonstances et le besoin d'adaptation du contrat s'accommodent parfois difficilement des conditions sévères de qualification imposées par les dispositifs consacrés à cette fin, telle que l'imprévision. L'utilisation de la caducité serait, dans certains cas, un moyen confortable de se passer de la démonstration de l'imprévisibilité des circonstances pour ne s'attacher qu'aux conséquences de ce changement sur le contrat, pour peu que la notion « d'élément essentiel » ne soit pas trop strictement appréciée.

477. Conclusion sur la reconnaissance du changement de circonstances sur le fondement de la caducité. L'absence de critères tenant à la nature du changement de circonstances dans la caducité autorise à envisager une diversité plus nombreuse de circonstances comparées aux mécanismes qui ont vocation à connaître de ce phénomène telles que l'imprévision et la force majeure. Les dispositifs décrits se conçoivent encore dans une logique de prévision : le contrat qui ne répond plus au but contractuellement défini, et donc qui perd son utilité doit disparaître. L'effort de qualification repose sur la définition de l'élément essentiel, et non sur l'évolution des circonstances à l'origine de la disparition de cet élément. En revanche, l'intérêt de l'évolution des circonstances réapparaît nécessairement de manière implicite. Le juge pourrait donner effet à un changement de circonstances en appréciant de manière permissive la notion d'élément essentiel qui ne se réduit pas aux conditions de validité du contrat. L'interprétation permissive de la « disparition de l'élément essentiel » permet de donner effet à un bouleversement dans les circonstances qui aurait été normalement exclu du champ d'application. Néanmoins, il n'est pas certain que les juges souhaitent s'engouffrer dans cette voie. L'admission de l'imprévision fut accompagnée de nombreuses limites afin de rassurer la communauté juridique. Pourtant, la caducité offre une flexibilité que l'imprévision et la force majeure manquent parfois d'offrir. Face à des circonstances qui bouleversent complètement l'équilibre jusqu'à ruiner l'intérêt de l'accord, la caducité se présenterait comme un outil pertinent là où les conditions drastiques de l'imprévision et de la force majeure empêcheraient leur application.

478. Conclusion de la Section II. La volonté des parties est capable de prévoir un changement de circonstances défavorable à l'équilibre contractuel choisi à l'occasion de la formation du contrat. L'ingénierie contractuelle est florissante et a donné lieu à des modalités d'adaptation du contrat très variées. Des limites classiques à l'expression de la volonté contractuelle sont pourtant bien présentes. L'apparence d'équilibre que tendent à conserver les clauses en présence d'un changement de circonstances ne doit pas maquiller un abus de la part du contractant. La logique de l'adaptation cède néanmoins lorsque le contrat est atteint dans sa structure même. Le changement de circonstances est parfois si dévastateur que l'accord ne peut être maintenu. Suivant les dispositions concernées, l'enjeu ne portera pas sur la qualification

des circonstances à l'origine de la perte d'un élément essentiel au maintien de l'accord, mais se concentrera sur la détermination de cet élément.

479. Conclusion du Chapitre I. La prévision de l'adaptation du contrat aux circonstances amène à plusieurs constatations. D'abord, cette finalité ne s'envisage pas en dehors de la volonté des parties. Dans cette configuration, l'adaptation ne contrarie pas la sécurité du contrat. Elle permet au contraire de la promouvoir et de la conserver. L'influence des circonstances participe certes à la contextualisation du lien contractuel, à l'assouplissement du contrat à son environnement, mais trouve aussi sa limite dans l'accord de volontés. L'intervention judiciaire reste, dans cette hypothèse, marginale.

Comme toute œuvre de volonté, elle ne peut conduire à l'asservissement du cocontractant et à la négation de l'essence même de la notion de contrat. Pour ce faire, le juge doit vérifier que les contractants ne rompent pas exagérément avec la réalité factuelle de laquelle jaillissent les circonstances. La prévision d'une circonstance à l'origine de l'imprévision doit revêtir, dans une mesure que le juge devra vérifier, une certaine « exceptionnalité » dans sa survenance et dans ses conséquences. Une obligation conditionnelle échappe à la potestativité si la survenance de l'événement visé dépend de circonstances, donc d'éléments du contexte contractuel qui permettent de protéger l'aléa. *Loin de s'envisager toujours comme un danger pour le contrat, les circonstances permettent au contraire d'en évincer l'abus.* Cette logique d'adaptation cède lorsque le contrat est atteint dans sa structure même. La perte d'un élément essentiel ou de l'utilité du contrat du fait de la survenance de circonstances oriente parfois vers le prononcé de son anéantissement. Dans cette hypothèse, l'appréciation de ces notions se vérifie toujours à l'aune de la volonté des contractants et respecte donc leurs prévisions. L'admission de l'influence des circonstances n'est plus liée directement à leur qualification. Elle se fera si le juge considère que l'évolution des circonstances a fait disparaître un élément essentiel du contrat. Cette logique de protection de la sécurité juridique par le respect de la volonté des parties ne tient plus lorsque la finalité n'est plus assignée à la prévision, mais à la protection d'un intérêt.

CHAPITRE II. L'ADAPTATION DU CONTRAT AUX CIRCONSTANCES : FONCTION DE PROTECTION

480. Une fonction : la protection d'un intérêt. La force obligatoire du contrat et l'autonomie de la volonté qui la justifiait ne sont que très rarement aujourd'hui présentées comme des fins en soi. La légitimité des principes contractuels est souvent exposée à l'argument du respect de l'intérêt du contractant¹⁶⁰⁷. Cette manière d'appréhender la notion ouvre l'observation à des circonstances susceptibles de contrarier un intérêt particulier. Le respect de la parole donnée doit garantir « l'intérêt particulier du contractant comme l'intérêt général »¹⁶⁰⁸.

Le raisonnement finaliste ou fonctionnel qui transparaît de cette formule contenait en réalité les propres germes de la remise en cause du contrat dès qu'un intérêt jugé supérieur méritait d'être protégé¹⁶⁰⁹. L'argument finaliste est signe de contingence : le contrat est digne d'être conservé si les intérêts qu'il abrite, ou qui gravitent autour de lui, ne sont pas excessivement malmenés. La force obligatoire du contrat est donc écornée dès que le besoin de « secourir » ou de « sauvegarder » un intérêt particulier se fait sentir, quitte à en modifier l'accord. La réforme du Code civil s'est intéressée à l'articulation entre l'adaptation du contrat et sa sécurité qui se conçoit habituellement par son intangibilité. Selon le Rapport remis au président de la République, la recherche « d'équilibre entre justice contractuelle et autonomie de la volonté » est « l'un des objectifs essentiels poursuivis par l'ordonnance ». L'imprévision est souvent justifiée par la protection de l'intérêt du contractant qui subit le changement de circonstances¹⁶¹⁰.

L'articulation des intérêts n'est pas toujours le signe d'une appréciation circonstancielle des litiges à la manière du contrôle de proportionnalité *in concreto*. Le conflit se règle généralement par le législateur en amont des litiges particuliers et qui choisit la hiérarchie des valeurs à respecter. Le choix de délaisser au juge l'appréciation des circonstances qui justifient une adaptation de l'accord est, ici aussi, habituel. Ces adaptations particulières du contrat sont

¹⁶⁰⁷ Par exemple : J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *REI* 2000, p. 81 et s., spéc. n° 11 et s.

¹⁶⁰⁸ H. LÉCUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *Mél. F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 643 et s., spéc. p. 651.

¹⁶⁰⁹ Sur la vision finaliste du contrat : Ph. JACQUES, th. préc., n° 449, p. 949. L'art. 1194 C. civ. participe à cette appréciation finaliste ou utilitariste du contrat selon l'auteur.

¹⁶¹⁰ Par exemple : C. BESSON, *La force obligatoire du contrat et les changements dans les circonstances*, Impr. Henry Cornaz, 1955 : l'influence du changement de circonstances tient à des préoccupations tenant au « pouvoir de protéger celui qui passe pour injustement lésé par le sort ». Dans le même sens : D.-M. PHILIPPE, th. préc., spéc. p. 610 : « le fondement même de la théorie (*de l'imprévision*) dans les différents droits étudiés montre que celle-ci est foncièrement empreinte d'équité » et que cette dernière « postule dans certaines circonstances *exceptionnelles* l'application » de ce qu'il nomme « bouleversement de l'économie contractuelle » (p. 612). L'auteur en conclut que « les valeurs de solidarité et de justice semblent plus présentes dans la société moderne qu'au XIX^e siècle, caractérisé par un plus grand libéralisme » (p. 611). Sur l'existence d'une articulation des intérêts dans l'influence des circonstances qui bouleversent l'économie du contrat : R. DEMOGUE, *Des modification de volonté unilatérale...*, *op. cit.*, p. 246 : « l'intérêt général à l'exécution d'un contrat peut exceptionnellement se trouver plus faible que cet autre intérêt général qui ne veut pas qu'un contrat mal adapté aux circonstances nouvelles s'exécute ».

appréciées généralement comme des dérogations ou exceptions à la force obligatoire de l'accord.

481. Une technique : la dérogation et l'exception. Les atteintes à la force obligatoire du contrat en raison de circonstances sont envisagées dans la plupart des dispositifs comme des dérogations ou exceptions. L'adaptation du contrat est encadrée : les circonstances à l'origine de l'adaptation font l'objet généralement d'une attention particulière portant sur la qualification de certains critères. L'effet dérogatoire qui résulte des circonstances doit s'accompagner d'une attention particulière à l'égard des conditions d'admission de l'adaptation.

Finalement, des circonstances similaires dans leur nature peuvent faire l'objet de traitement juridique différent. Des circonstances économiques justifiant la paralysie d'une prérogative sur le fondement de la bonne foi pourraient se révéler sans effet lorsqu'elles fondent une demande de révision pour imprévision. De manière générale, « les dispositions qui tiennent compte du fait contingent, afin de justifier l'adaptation des obligations initiales, représentent une exception au principe général de la nécessaire exécution des contrats »¹⁶¹¹. Le droit ainsi conçu est souvent qualifié de droit contractuel « de crise »¹⁶¹². L'exception témoigne de la nécessité d'une technique « permettant d'adapter la règle à la diversité des situations de fait ». Cette nécessité montre encore la présence d'un raisonnement ne pouvant se passer d'une analyse circonstancielle qui a pour but de trancher un conflit de droits qui se conçoit très souvent ici aussi par l'image de la balance des intérêts¹⁶¹³.

482. Redéfinition nécessaire de la force obligatoire en raison de l'importance du contexte contractuel ? La thèse de l'autonomie de la volonté habituellement présentée comme un fondement de la force obligatoire du contrat est aujourd'hui grandement contestée. Sa remise en cause implique un effort dans le renouvellement des fondements de la force obligatoire. Les auteurs recherchent une définition en tentant d'y intégrer des critères plus pertinents à sa justification. L'auteur le plus représentatif de cette démarche est sans doute M. Ghestin¹⁶¹⁴. D'autres ont suivi ce mouvement et, suivant l'objet de leurs démonstrations, ont prolongé la réflexion dans le même sens. M. Lafaurie, afin d'intégrer les risques de défaillance du débiteur, considère que « la force obligatoire du contrat, afin d'assurer la finalité du contrat qui est son utilité, doit s'appuyer sur une hiérarchie des intérêts, laquelle s'établit à partir de valeurs

¹⁶¹¹ L. GRYNBAUM, th. préc., n° 18, p. 18.

¹⁶¹² D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat. Variations optimistes sur un couple "illégitime" », in *Mél. J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 235 et s. L'auteur adopte cette formule à l'égard du droit du surendettement.

¹⁶¹³ M. TOUCHAIS, *La règle impérative. Contribution à l'étude de la dérogation conventionnelle aux lois*, préf. T. Azzi, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 622, 2023, n°382.

¹⁶¹⁴ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, p. 1. Pour plus de précisions sur le contenu et les conséquences de cette théorie : J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, op. cit., spéc. p. 193-352.

dépendantes des circonstances de temps et de lieux »¹⁶¹⁵. La force obligatoire n'est pas une fin en soi, déconnectée des contingences et des nécessités, mais un moyen de réaliser les diverses fins du droit, dont l'utile et le juste¹⁶¹⁶. La justification téléologique d'un principe affaiblit donc sa force ; la recherche de finalité autorise à remettre en cause ce principe chaque fois que les circonstances font apparaître la nécessité de défense d'un intérêt jugé supérieur sur l'instant¹⁶¹⁷.

483. Plan. La question ne concerne pas directement la possibilité de relativiser la force obligatoire du contrat, mais de savoir dans quelles circonstances elle peut l'être. C'est donc à une problématique d'articulation des raisons de cette relativisation que le législateur, ainsi que le juge, sont aujourd'hui régulièrement confrontés. Le concept d'utilité « justifie tout autant l'exigence d'une nécessaire force obligatoire, que la faculté reconnue au juge de procéder à une adaptation des contrats déséquilibrés »¹⁶¹⁸. Ce choix se fait aujourd'hui couramment à la lumière des seules circonstances d'un litige particulier, ce qui impose un renouveau de la méthode d'appréciation judiciaire. Pourtant, le raisonnement circonstanciel pourrait être bénéfique et ne se révèle pas nécessairement l'ennemi de la force obligation du contrat. Ce dernier est en effet tiraillé, suivant les situations, entre la protection d'un intérêt « interne » (Section I), à savoir la protection de l'intérêt d'un contractant, ou la protection d'un intérêt « externe » au contrat lui-même (Section II) et le respect de la force obligatoire du contrat.

SECTION I. LA PROTECTION DE L'INTÉRÊT DU CONTRACTANT

484. Détachement du fondement volontariste de l'adaptation du contrat en présence de circonstances atteignant l'un des contractants. Par la volonté de présenter la justification de l'existence et du contenu du contrat par le respect de la parole donnée, les juristes ont tenté de démontrer que l'adaptation du contrat aux circonstances n'était pas incompatible avec le respect de la volonté des parties. Saint-Thomas considérait que cette adaptation ne contredisait pas la portée de la volonté, puisqu'elle s'était exprimée au regard des seules circonstances qui existaient lors de la formation de l'accord¹⁶¹⁹. Le recul pris sur la théorie de l'autonomie de la volonté autorise à rechercher d'autres fondements possibles à l'adaptation du contrat au regard des circonstances¹⁶²⁰. En effet, « la force obligatoire n'est un dogme infailible que dans l'esprit

¹⁶¹⁵ K. LAFAURIE, *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, préf. G. Wicker, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 595, 2020, n° 543, p. 478.

¹⁶¹⁶ Sur cette idée de la force obligatoire comme moyen : C. THIBIERGE-GUELFUCCI, art. préc.

¹⁶¹⁷ C. CHABAS, thèse préc., n° 468 : la protection de l'intérêt doit être supérieur ou égal à la force obligatoire du contrat.

¹⁶¹⁸ L. GRYNBAUM, th. préc., n° 88, p. 69.

¹⁶¹⁹ Le post-glossateur Bartole retenait la formule suivante : « *Mne pactum rebus sic stantibus intelligendum est* » qui signifie que « tout contrat doit être interprété dans ce sens qu'il ne lie qu'autant que les circonstances ne se modifient pas ». Cité par C. BESSON, *La force obligatoire du contrat et les changements dans les circonstances*, Impr. Henri Cornaz, 1955, p. 54.

¹⁶²⁰ L'adaptation du contrat fondé sur la volonté implicite des parties a été dénoncée par la majorité de la doctrine civiliste. Les auteurs soulignent aujourd'hui l'hypocrisie d'une telle démarche. En ce sens : G. PIETTE, th. préc.,

des tenants de l'autonomie de la volonté »¹⁶²¹. D'autres fondements et finalités doivent expliquer ces atteintes portées à son intangibilité.

Souvent, ce fondement est directement rattaché à la recherche d'équité ou de justice contractuelle¹⁶²². La protection de l'intérêt du contractant est la finalité recherchée, sans besoin de passer par le détour de l'interprétation de la volonté des parties. Cet intérêt est généralement entendu comme l'intérêt économique retiré du contrat. Les fondements « objectifs » posent régulièrement comme pierre angulaire de la définition du contrat l'attente légitime des parties qui repose très souvent sur l'attente économique retirée du contrat. Pour ce faire, la théorie de l'imprévision absorbe souvent toutes les problématiques d'adaptation du contrat aux circonstances. Mais ce phénomène est loin de se réduire à la seule situation du changement de circonstances. Il englobe aussi des situations où l'adaptation est décidée en présence de certaines circonstances particulières, sans que le législateur ou le juge n'ait relié cette démonstration à un changement de circonstances comme la théorie de l'imprévision l'envisage habituellement.

485. Par-delà l'intérêt économique. Les auteurs qui insistent sur la valeur économique du contrat relèvent très souvent qu'il permet de satisfaire des « besoins indispensables et vitaux »¹⁶²³. Le contractant doit avoir « *un intérêt effectif à contracter, cet intérêt, cette utilité particulière étant (...) le moteur même de sa volonté* »¹⁶²⁴. La révélation de cette importance emporte des effets qui dépassent les auteurs de ces recherches : le fondement du contrat ne peut se concevoir sans les intérêts qu'il tend à servir. L'intérêt est le plus souvent économique, mais il n'est pas certain qu'il soit envisagé toujours de cette manière en fonction des circonstances¹⁶²⁵. Jusqu'à récemment, la fonction économique du contrat était suffisante pour justifier la force obligatoire. Les notions « d'attente légitime » ou simplement « d'intérêt » sont encore

n° 384 : « Sous couvert de respecter la doctrine de l'autonomie de la volonté et les principes classiquement admis en matière d'interprétation des conventions, elle incite le juge à pénétrer dans le contrat, pour le compléter ».

¹⁶²¹ H. LÉCUYER, « La modification unilatérale du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. Ch. Jamin, D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 49.

¹⁶²² Par exemple : S. PIMONT, th. préc., n° 378 : le fondement de l'imprévision selon l'auteur peut être de deux natures. Soit « il ressortit à l'équité et s'oppose à la volonté des parties matérialisée par une application rigide de l'article 1134 ; soit, inversement, il se nourrit d'une analyse de la volonté contractuelle et puise sa force dans les articles 1134 et 1135 du Code que l'on interprète différemment ». Le Code civil néerlandais à l'occasion de sa réforme a prévu dans un art. 6.258-1 que le juge a la possibilité de modifier ou de mettre fin au contrat « en raison des circonstances imprévues d'une nature telle que, d'après les critères de la raison ou de l'équité, l'autre partie ne peut s'attendre au maintien intégral du contrat ». Cité par B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », art. préc., spéc. n° 14. Dans le même sens : C. STOYANOVITCH, *De l'intervention du juge dans le contrat en cas de survenance de circonstances imprévues*, éd. Marcel Leconte, 1941, p. 419 : « La presque totalité des auteurs qui se sont occupés de l'imprévision ont soutenu que l'Équité et la Justice fondamentales commandent son introduction dans le système du Droit civil positif ».

¹⁶²³ G. PIETTE, th. préc., n° 112. Dans le même sens : P. GAIARDO, th. préc., n° 542, p. 336 : le droit commun des contrats prend désormais en compte « les circonstances de l'exécution du contrat » afin d'articuler « les intérêts économiques de chacun des contractants ». Sur l'importance de l'échange de valeurs dans la définition du contrat : J.-M. PUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, LGDJ, 1987, n° 234 et s.

¹⁶²⁴ J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », art. préc., (souligné par l'auteur).

¹⁶²⁵ *Supra* n° 10.

révélatrices de cette tendance¹⁶²⁶. L'attente est légitime pour un homme rationnel qui attend du contrat qu'il le satisfasse économiquement.

Néanmoins, la réflexion en termes d'intérêt est propice à l'influence des circonstances qui ne sont pas exclusivement celles qui déstabiliseraient économiquement le contrat¹⁶²⁷. L'application du contrôle de proportionnalité *in concreto* révèle cette tendance récente du droit à dépasser les seuls aspects juridique et économique pour s'intéresser à la dimension sociale, politique, environnementale des droits reconnus. Cette logique d'appréciation circonstancielle de l'articulation des intérêts pourrait particulièrement bien convenir au droit des contrats. Si la force obligatoire n'est pas une fin en soi, rien ne s'oppose à ce qu'elle ne soit pas exclusivement tournée vers la conservation de l'utilité économique. À propos par exemple de la protection du débiteur en difficulté, les arguments d'ordre moral légitiment l'aménagement de l'accord. Ce sont les conséquences économiques, mais aussi sociales, telles que la ruine financière du débiteur, son exclusion sociale, voire, son suicide qui sont aujourd'hui envisagées¹⁶²⁸. Cette façon de concevoir l'application du droit n'est pas sans rappeler l'appréciation des arguments conséquentialistes effectués par la CEDH et, plus généralement, fait écho à l'élargissement de l'appréciation de l'intérêt à toutes les circonstances qui définissent la situation personnelle de l'individu. Là aussi, la défense de la force obligatoire du contrat face à la protection de l'intérêt du débiteur a tout d'un choix moral qui s'envisage comme un conflit de valeurs¹⁶²⁹. La manière de résoudre ce conflit est fluctuante suivant les mécanismes juridiques impliqués, ce qui ne

¹⁶²⁶ Sur le lien entre la justification de la force obligatoire et les notions d'attente légitime : B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », *RDC* 2004, p. 67, spéc. n°7.

¹⁶²⁷ P. LEQUET, *L'ordre public environnemental et le contrat de droit privé*, préf. F. Pasqualini, LGDJ, Bibl. dr. de l'urbanisme et de l'environnement, t. 20, 2022, spéc. n° 31 : « l'instrumentalisation » de la force obligatoire du contrat « se manifeste par l'adjonction d'une fonction environnementale à la fonction économique du contrat ».

¹⁶²⁸ K. LAFAURIE, th. préc., n° 386 et s., spéc. n° 388 et n° 393 et s. : « Cette même idée de lutte contre l'exclusion a aussi, plus implicitement, fondé le développement du droit des entreprises en difficultés qui, après avoir œuvré pour protéger les intérêts de l'entreprise au-delà de l'homme, a pris en compte les intérêts personnels de l'homme au-delà de l'entreprise » (n° 393). L'auteur évoque en soutien de la légitimité du traitement de l'insolvabilité l'argument spécifique et émergent du respect de la dignité humaine, qui connote, ici aussi, l'influence grandissante de l'esprit des droits fondamentaux. Même sens : Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* 2016, p. 30 : l'auteur évoque l'importance symbolique de la question et « la rude morale qui reflétait un système de valeurs où la liberté et la responsabilité individuelles primaient l'interventionnisme providentiel du juge ». Ce changement dans les valeurs promues renforce le contrôle morale et économique du contrat. La dimension morale de l'adaptation du contrat aux circonstances se révèle dans le rapprochement régulier avec le principe de bonne foi : C. BESSON, th. préc., p. 80-81 : « le principe de la bonne foi est le point de départ de toutes les théories actuelles de l'imprévision ». Il serait « injuste de maintenir tel quel le contrat après les changements de circonstances survenus ; en d'autres termes : la bonne foi exige la sauvegarde de l'égalité à l'intérieur du contrat » (p. 81). Dans le même sens : D.-M. PHILIPPE, th. préc., p. 62 et s. : l'utilisation de la bonne foi peut autant servir à rejeter la théorie de l'imprévision que pour la reconnaître.

¹⁶²⁹ B. OPPETIT, « L'endettement et le droit », in *Mél. A. Breton, F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 295 et s., spéc. p. 296 : l'auteur évoque « la dialectique constante » entre « la sévérité » et « l'indulgence » qui s'explique par « la tension qui a toujours régné, au fond, entre les deux morales susceptibles d'inspirer le droit des obligations : celle des affaires, qui fait un impératif catégorique de la parole donnée et du respect des engagements, et celle du renoncement, qui prône l'universelle remise de dette et prêche l'infinie patience au créancier », bien que la première aie « conservé valeur de principe ». Sur la cristallisation du conflit de valeurs à travers la notion de sécurité juridique : T. PIAZZON, th. préc., spéc. n° 105 et s.

permet pas de construire une théorie générale de l'influence des circonstances sur l'adaptation du contrat, mais qui permet à tout le moins d'en saisir les principales caractéristiques.

486. Plan. Deux méthodes d'appréciation des circonstances sont présentes au sein des dispositifs législatifs. L'adaptation du contrat peut d'abord se faire au regard des seules conséquences des circonstances sur la situation du contractant les subissant (Paragraphe 1), ce qui offre un grand pouvoir d'appréciation au juge qui vérifiera seulement les conditions relatives aux conséquences du changement de circonstances sur la situation du débiteur afin de décider ou non de l'adaptation. D'autres dispositifs impliquent la démonstration de critères particuliers sur le type de circonstances qui ont influé l'exécution du contrat, ce qui tend généralement à rendre plus difficile l'admission d'une adaptation (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La préservation de l'intérêt du contractant au regard des conséquences des circonstances sur sa situation

487. Plan. Habituellement, le déséquilibre contractuel n'est pas envisagé indépendamment de certaines caractéristiques liées aux circonstances qui en sont la cause. Des auteurs qui ont consacré leurs études à la problématique de l'adaptation soulignent qu'elle est autorisée par différents mécanismes législatifs et contractuels qui ont vocation à s'appliquer « en raison de la survenance d'un déséquilibre », ce déséquilibre se traduisant « par la non-imputabilité aux parties de l'événement qui perturbe l'exécution du contrat, soit par l'altération de la situation de l'un des contractants qui ne peut plus faire face à ses engagements »¹⁶³⁰. L'adaptation du contrat au regard des seules conséquences que ces circonstances est, de manière générale, plus favorable au débiteur. Ce dernier est exempté de la démonstration de certaines caractéristiques attachées habituellement à l'influence des circonstances (A) bien qu'il doive tout de même apporter la preuve des conséquences de ces circonstances sur l'équilibre du contrat (B).

A. L'absence de qualification de conditions attachées habituellement à l'influence d'un changement de circonstances

488. Plan. L'absence de la démonstration des caractéristiques de l'influence des circonstances s'envisage principalement à l'égard de deux points particuliers : la prévisibilité des circonstances (a) et l'extériorité de ces circonstances (b). L'adaptation du contrat selon les circonstances est absorbée majoritairement par la théorie de l'imprévision. Mais de nombreux mécanismes appréhendent la dimension circonstancielle d'une relation contractuelle sans être attachés à la démonstration d'un changement de circonstances. Ces dernières peuvent faire partie d'un contexte particulier qui entourent la conclusion du contrat et qui démontrent par exemple l'inégalité factuelle des parties.

¹⁶³⁰ L. GRYNBAUM, th. préc., n° 309, p. 203-204.

a. *L'absence de qualification de la prévisibilité des circonstances*

489. Précision sur la notion d'imprévisibilité. Déjà aperçue à l'occasion de la force majeure, l'imprévisibilité de l'événement se comprend comme la condition permettant de faire assumer au contractant toutes les conséquences d'événements prévisibles¹⁶³¹. Comme l'ensemble des notions indéterminées, elle présente une grande relativité qui, selon les tendances jurisprudentielles et les situations, peut se manifester à l'avantage du débiteur ou du créancier de l'obligation. La notion de circonstances exceptionnelles ou de force majeure suivant la qualité du contractant qui réclame son bénéfice peut se révéler excessivement sévère ou, au contraire, très souple¹⁶³². Le même constat se formule de la même manière à l'égard de la théorie de l'imprévision¹⁶³³. Sa création récente en droit commun des obligations fait croire à une évolution vers l'impératif de justice contractuelle, mais les conditions de sa qualification sont telles qu'elles font douter d'un réel changement de paradigme, à moins que les juges décident d'apprécier de manière large la notion d'imprévisibilité, ce qui est au demeurant possible¹⁶³⁴. De plus, l'appréciation de la notion d'imprévisibilité ne fait pas consensus¹⁶³⁵. Tout événement peut être considéré comme étant prévisible dans l'absolu¹⁶³⁶, mais le bon sens voudrait que cette prévisibilité soit appréciée au regard des circonstances de l'événement, et non au regard de l'événement lui-même¹⁶³⁷.

Des auteurs mettent en avant l'inutilité de la condition de prévisibilité. Seules les conséquences devraient rentrer en considération pour déterminer s'il existe un besoin d'adaptation du contrat. La prévisibilité serait « insaisissable » et l'événement prévisible ou imprévisible « n'en bouleverse pas moins l'économie du contrat et appelle un remède »¹⁶³⁸. Des dispositions qui ne reposent pas sur la démonstration de l'imprévisibilité sont courantes. Les textes font souvent référence à la survenance de circonstances particulières. Cette évolution impliquerait tout de même que l'adaptation du contrat doit se réaliser au regard d'un changement de circonstances qui doit apparaître, selon les situations, avant ou après la conclusion du

¹⁶³¹ Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les obligations, op. cit.*, n° 750 : « En matière contractuelle, cette exigence paraît naturelle. Si l'événement était prévisible au moment de la formation du contrat, les parties, et spécialement le débiteur, devaient en tenir compte dans la convention ». Cette absence de prévision présume que le débiteur « assume les conséquences de cet événement prévisible ».

¹⁶³² *Supra* n° 402 et 473.

¹⁶³³ Sur le constat de la dimension relative de l'imprévision : T. PIAZZON, th. préc., n° 105, p. 177 : « La théorie de l'imprévision peut bien être consacrée dans une règle générale, elle manquera son but de justice contractuelle sans le relais d'un juge bienveillant qui l'adaptera avec souplesse à chaque cas ».

¹⁶³⁴ Sur cette possibilité : *infra* n° 517 et s.

¹⁶³⁵ J. HEINICH, th. préc., n° 558, p. 492 : « Standard ou contenu variable par nature, l'imprévisibilité souffre en effet de l'imprécision de sa définition et des appréciations inégales dont elle fait l'objet en jurisprudence ».

¹⁶³⁶ Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *op. cit.*, n° 750, p. 844.

¹⁶³⁷ Sur cette précision : *supra* n° 402.

¹⁶³⁸ L. AYNÈS, « L'imprévision en droit privé », RJC 2005, n°5, p. 7. Dans le même sens : J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat, op. cit.*, n°330, p. 395 : les auteurs, sans renier le caractère imprévisible s'interroge sur sa pertinence en remarquant le « postulat inexact » sur lequel est fondé la théorie de l'imprévision. Ce sont en effet les conséquences de l'imprévision qui devraient être centrales dans la théorie et non la cause du déséquilibre.

contrat¹⁶³⁹. Si la temporalité du « changement » est parfois source de difficultés d'appréciation, la question de savoir ce que recouvre le changement ne fait l'objet d'aucune étude particulière. La seule constatation d'une évolution des circonstances existantes lors de la conclusion du contrat suffit à reconnaître l'adaptation.

La nécessité du changement est parfois absente des dispositifs d'adaptation du contrat. L'économie de la démonstration de l'imprévisibilité et de considérations à l'égard du « changement » offre la possibilité d'envisager une diversité de circonstances extrêmement large. En déplaçant la problématique sur les conséquences des circonstances, la nature des événements causant ce bouleversement s'en trouve multipliée. Cet élargissement ne signifie pas pour autant que le changement de circonstances sera plus facilement admis au titre de l'adaptation du contrat. Les conséquences sont susceptibles d'être enserrées dans des conditions strictes.

490. Plan. L'absence de démonstration de l'imprévisibilité du changement de circonstances se constate à l'égard de dispositions qui ont pour fonction de régler les conséquences d'un changement de circonstances (1). Plus rarement, le changement de circonstances peut être appréhendé par des dispositifs qui ne sont pas conçus expressément pour être applicables à ce genre de contentieux. Cette possibilité permet là aussi de se passer des critères « classiques » attachés aux circonstances telles que l'imprévisibilité (2).

1. Mécanismes consacrés à une évolution des circonstances sans être liés à la démonstration du critère d'imprévisibilité

491. L'adaptation de la rente viagère en présence de « circonstances économiques nouvelles ». La valorisation de la rente viagère a été prévue afin de suivre l'évolution de l'environnement économique dont peut se prévaloir le crédientier pour voir ses revenus augmentés ou, au contraire, autoriser le débientier à une remise totale ou partielle de la majoration à sa charge. La loi n° 49-420 du 25 mars 1949 révisant certaines rentes viagères constituées entre particuliers précise dans l'article 2, 2bis, 4 et 4bis que les rentes viagères peuvent faire l'objet selon les cas d'une révision calculée selon « un coefficient de plus-value résultant des circonstances économiques nouvelles ». Cette notion de circonstances économiques nouvelles a pu être définie comme « toute circonstance générale ou locale

¹⁶³⁹ Messieurs Ghestin, Jamin et Billiau remarquent tout de même que cette condition de temporalité est appréciée de façon permissive par le législateur qui laissent parfois la solution non tranchée en fonction du but qu'il recherche : *Traité de droit civil, op. cit.*, n° 329 et s., p. 392 et s. : prendre en compte les effets d'un changement de circonstances permet d'adapter le contrat plus facilement, car la cause de ce changement peut survenir antérieurement ou postérieurement à la conclusion de l'accord sans qu'elle n'ait d'influence sur le bénéfice de la disposition. Les auteurs ont une préférence pour une appréciation « restrictive » de la notion de « nouveauté » des circonstances, choix justifié car ces mécanismes « constituent une exception au principe de l'immutabilité du contrat ».

extérieure au débirentier et au bien qu'il a acquis »¹⁶⁴⁰. Cette possibilité est donc une « véritable prise en compte de l'imprévision » permettant de parer à un « changement imprévu de circonstances ayant déséquilibré les prestations des parties »¹⁶⁴¹. Le parallèle avec la théorie de l'imprévision a tout de même des limites. Aucune référence à l'imprévisibilité de l'événement n'est précisée par les différents articles. La conception de l'imprévision par l'auteur se rapproche de la notion d'imprévu. Elle semble mettre plutôt l'accent sur le changement de circonstances économiques apparaissant lors de l'exécution du contrat, que sur un quelconque critère de prévisibilité.

492. L'adaptation des conditions et charges grevant certaines libéralités « par suite d'un changement de circonstances ». L'article 900-2 du Code civil précise qu'un gratifié peut réclamer la révision judiciaire des conditions et charges grevant les donations ou legs reçus si « un changement de circonstances » rend l'exécution « extrêmement difficile » ou « sérieusement dommageable »¹⁶⁴². Le contentieux se cristallise autour du seuil de difficulté pouvant déboucher sur une révision, non sur la cause du changement de circonstances¹⁶⁴³. Les juges rappellent sur ce point que l'impossibilité d'exécution comme sa difficulté extrême peuvent entraîner la révision¹⁶⁴⁴ à la condition que le gratifié justifie de diligences effectuées pour exécuter ses obligations comme en dispose l'article 900-5 alinéa 2 du Code civil¹⁶⁴⁵. L'exécution des diligences requises réintroduit indirectement une sorte de prévisibilité. Cependant, cette prévisibilité des circonstances s'envisage à l'égard du comportement du débiteur et non comme une condition autonome de la révision. Le comportement du demandeur à la révision se conçoit donc « au regard des circonstances »¹⁶⁴⁶. En effet, comme à propos de l'adaptation de la rente viagère et contrairement à ce qu'affirment certains auteurs¹⁶⁴⁷, l'imprévisibilité n'est pas une condition de l'application de cette disposition. Néanmoins, cette demande de révision peut être réclamée à partir de dix ans après la mort du disposant ou du jugement qui avait ordonné une révision conformément à l'article 900-5 du Code civil, ce qui montre que l'évolution des circonstances postérieure à la formation du contrat est ici une condition de son adaptation.

493. L'adaptation des loyers commerciaux en présence d'une « modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ». La fluctuation du prix du loyer commercial est

¹⁶⁴⁰ J.-L. BERGEL, « La révision judiciaire des rentes viagères entre particuliers (...) », *RTD Civ.* 1973, p. 45.

¹⁶⁴¹ A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux et commerciaux*, *op. cit.*, n° 979.

¹⁶⁴² Les auteurs soulignent que ce changement de circonstances « désigne surtout l'évolution de la conjoncture économique » : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.*, n° 295, p. 242.

¹⁶⁴³ Le législateur n'a tout de même pas imposé l'impossibilité d'exécution comme le rappelle un auteur : C. WITZ, « La révision des conditions et charges dans les libéralités », *JCP G* 1985, p. 3177.

¹⁶⁴⁴ Civ. 1^{ère}, 28 fév. 2018, n° 17-13. 630, inédit.

¹⁶⁴⁵ Civ. 1^{ère}, 6 avr. 1994, n° 92-12.844, *JCP G* 1995, p. 22387, note Ph. BRUN : la commune laissant vacant une maison avec jardin reçue dans le but de créer une école primaire ne peut prétendre à la révision des charges y afférentes. La preuve de ces diligences devient « illusoire » en présence d'une impossibilité d'exécution.

¹⁶⁴⁶ J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 330, p. 394.

¹⁶⁴⁷ En ce sens : L. GRYNBAUM, *th. préc.*, n° 236.

déterminée selon « la valeur locative » qui, à défaut d'accord, doit être déterminée suivants plusieurs éléments dont les « facteurs locaux de commercialité » précise l'article L. 145-33 du Code de commerce. Quand la modification de ces facteurs entraîne une variation de plus de 10% de la valeur locative, le locataire ou le bailleur peut réclamer l'adaptation du contrat par le juge selon l'article L. 145-38 du même code. Ici aussi, aucune condition de prévisibilité n'est à démontrer ; seules les conséquences de ce changement de circonstances qui modifient la valeur du bien loué sont envisagées.

Selon l'article R. 145-6 du même code, ces facteurs forment le contexte général du bien mis en location. Le juge doit « principalement » envisager la modification durable ou provisoire de « l'intérêt que présente, pour le commerce considéré, l'importance de la ville, du quartier ou de la rue » où le commerce est situé, « le lieu de son implantation », « la répartition des diverses activités dans le voisinage », l'accessibilité par transport, « l'attrait particulier ou des sujétions que peut présenter l'emplacement pour l'activité considérée ». La révision judiciaire du loyer du bail commercial est donc bien liée à un changement dans les circonstances qui a pour conséquence un déséquilibre économique fixé à plus de 10% de la valeur locative.

La disposition est intéressante, puisqu'elle n'envisage pas cette modification au profit seulement du locataire, contractant qui est généralement considéré comme la partie qui a besoin d'une protection légale renforcée¹⁶⁴⁸. Le bailleur peut aussi s'en prévaloir. Les décisions relatives à ce contentieux sont bien évidemment très circonstanciées afin de prouver que les circonstances alléguées ont bien une incidence directe sur la hausse ou la baisse de la valeur locative¹⁶⁴⁹. Le caractère non limitatif de l'article R. 145-6 du code de commerce indiqué par l'adverbe « principalement » rend le contentieux extrêmement casuistique.

494. L'adaptation de la prestation compensatoire en présence d'un « changement important dans les ressources ou les besoins des parties ». La loi n° 2000-596 du 30 juin

¹⁶⁴⁸ Sur ce point : D. HOUTCIEFF, *Droit commercial*, Sirey, 5^e éd., 2022, spéc. n° 663, n° 670 et n° 673 : « La spécificité du bail commercial passe largement par le statut des baux commerciaux, c'est-à-dire la protection du preneur à laquelle il donne lieu » (n° 663).

¹⁶⁴⁹ Pour un rappel de la démonstration de la causalité entre la modification des facteurs locaux de commercialité et la valeur locative : Civ. 3^e, 14 sept. 2011, n° 10-30.825, *Bull. Civ. III*, n° 147 : cette modification ne peut constituer un motif de déplaçonnement du loyer « qu'autant qu'elle est de nature à avoir une incidence favorable sur l'activité commerciale exercée par le preneur ». Pour un exemple des facteurs : CA Bordeaux, 17 mars 2022, n° 19/03562 : le bailleur soutenait une « modification massive » des facteurs de commercialité au rang desquels apparaissaient l'amélioration de la desserte des locaux, les importants travaux d'aménagement des parkings, l'augmentation de la population et du trafic routier devant le commerce, l'évolution positive de l'environnement commercial. Les juges ont repris en l'espèce un à un les facteurs de commercialité afin d'en apprécier les conséquences sur la hausse potentielle de la valeur locative. Elle n'est pas reconnue en l'espèce. Quand bien même ces facteurs sont avérés, le bailleur ne démontre pas en quoi ils ont eu une incidence favorable au regard de la nature de l'activité exercée par le preneur spécialisé dans la vente de vêtements et accessoires en cuir et qui s'adressait de ce fait « à une clientèle disposant d'un certain pouvoir d'achat, laquelle n'est pas une clientèle de proximité mais régionale ». La nature de l'activité a donc une importance essentielle afin d'apprécier les conséquences du changement des facteurs de commercialité. Sur l'influence de l'octroi d'une terrasse par autorisation administrative sur la valeur locative que les juges du fond sont dans l'obligation d'apprécier : Civ. 3^e, 13 oct. 2021, n° 20-12.901, Publié au Bulletin.

2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce dispose dans un article 21 que la révision des prestations versées sous forme de rente attribuées avant son entrée en vigueur peuvent être révisées, suspendues ou supprimées « en cas de changement important dans les ressources ou les besoins des parties ». Cette révision concerne autant les prestations fixées par le juge que par une convention des époux bien qu'aucune clause en ce sens n'ait été prévue¹⁶⁵⁰. La révision de la prestation compensatoire ne concerne pas seulement son *quantum*, mais peut intervenir aussi sur les modalités de son versement. En effet, son versement sous forme de capital, qui devrait être le plus courant selon la volonté législative¹⁶⁵¹, peut être exceptionnellement transformé en rente. L'article 276 du Code civil prévoit que le juge a la possibilité « lorsque l'âge ou l'état de santé du créancier ne lui permet pas de subvenir à ses besoins » de « fixer la prestation compensatoire sous forme de rente viagère ». Ces circonstances ne sont pas les seules puisque la disposition renvoie à l'article 271 du Code civil qui précise les éléments déterminants du choix de la rente. La situation professionnelle et le patrimoine estimé en font partie. Un changement de circonstances telles qu'une maladie soudaine, une perte d'emploi ou une baisse de revenus¹⁶⁵² ou encore une procédure d'insolvabilité sont autant de circonstances susceptibles de convaincre le juge dans ce choix, sans que l'imprévisibilité des circonstances soit, là encore, une condition à observer.

Au contraire, la prévisibilité de l'évolution des situations respectives des époux doit obligatoirement être envisagée précise l'alinéa 1^{er} de l'article, ce qui ne va pas sans poser de nombreuses difficultés au juge qui doit s'improviser devin¹⁶⁵³. L'appréciation est donc essentiellement circonstancielle, comme les jurisprudences le montrent en raison de l'obligation à destination des magistrats d'adopter une motivation spéciale¹⁶⁵⁴. L'alinéa 2 du même article permet de minorer le montant de la rente « lorsque les circonstances l'imposent ». Cette minoration peut aller jusqu'au refus d'accorder la prestation « si l'équité le commande » précise l'article 270 du même code, ce qui est encore une fois le signe d'une appréciation des circonstances au regard des intérêts divergents des ex-époux. Plus particulièrement à propos de la révision de la rente viagère pouvant être décidée par convention entre les époux¹⁶⁵⁵, elle peut

¹⁶⁵⁰ V. EGEA, *Droit de la famille*, LexisNexis, 4^e éd., 2022, n° 462, p. 245.

¹⁶⁵¹ Sur ce point : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, LGDJ, 8^e éd., 2022, n° 626, p. 424.

¹⁶⁵² Civ. 1^{ère}, 19 sept. 2019, n° 18-19.850, *Dr. famille* 2019, comm. n° 233, obs. A.-M. CARO : un notaire a réclamé en l'espèce la révision de sa prestation versée sous forme de rente à son ex-épouse après l'ouverture à la concurrence consécutive à la loi Macron du 6 août 2015. La Cour de cassation casse la décision des juges du fond pour manque de base légale en recommandant à la juridiction de renvoi de tenir compte de ce « changement important ».

¹⁶⁵³ Sur ce point : V. LARRIBA-TERNEYRE, « L'avenir prévisible... Et la prestation compensatoire », *Dr. famille* 2004, comm. 146.

¹⁶⁵⁴ Sur le rappel de cette exigence : Civ. 1^{ère}, 23 sept. 2015, n° 14-19.949 : les juges relèvent en l'espèce que la décision des juges de fond de retenir le versement sous forme de rente viagère mensuelle indexée retenue en considération de l'âge et des ressources respectives des parties est « insuffisante à établir l'impossibilité pour la créancière de subvenir à ses besoins ».

¹⁶⁵⁵ Sur l'aspect contractuel de la prestation compensatoire et ses dangers, particulièrement sur la renonciation à ce droit et son contrôle potentiel sur le fondement de l'art. 270 C. civ. : J. HAUSER, P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « Volonté et ordre public : un divorce entré dans le champ contractuel ? », *Defrénois* 2005, p. 357 et s.

être décidée au regard des mêmes circonstances que les juges retiennent pour accorder son versement sous forme de rente.

495. L'octroi de délais de paiement « au regard de la situation du débiteur ». La formule quelque peu surannée d'octroi de délais de « grâce » connote sa dimension morale¹⁶⁵⁶. Cette clémence envers le débiteur est là encore appréciée comme « une modulation du fameux « *pacta sunt servanda* »¹⁶⁵⁷. La notion d'équité n'est encore jamais loin des mécanismes qui accordent une solution d'exception au principe au regard des circonstances¹⁶⁵⁸. La nouvelle mouture présente dans l'article 1343-5 du Code civil issue de la réforme de 2016¹⁶⁵⁹ précise aujourd'hui la possibilité pour le juge, au regard de la situation du débiteur et des besoins du créancier, de « reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues ». La référence directe au terme de « circonstances » a disparu, mais l'idée est toujours présente. Laurent, s'interrogeant sur la nature des « circonstances qui permettent d'accorder des délais de grâce » reconnaissait finalement que « la loi ne les a pas définies afin de laisser au juge la plus grande latitude »¹⁶⁶⁰. Les circonstances économiques ont certes leur importance, mais l'article ne se limite pas à celles-ci¹⁶⁶¹. Ce pouvoir d'accorder des délais en raison des circonstances est très important, puisque l'alinéa 5 de l'article répute non écrite toute clause qui viendrait déroger à ce principe. M. Genicon affirme que « les juges du fond apprécient donc souverainement les circonstances de fait, sans aucune directive particulière, pour décider d'octroyer un délai supplémentaire »¹⁶⁶².

Finalement, cette absence de critères dans le choix des circonstances justifiant éventuellement des délais d'exécution du contrat est très favorable au débiteur malheureux qui n'est pas enfermé dans la démonstration de l'imprévisibilité des circonstances qui l'empêchent d'exécuter momentanément son accord. Tout dépend, comme c'est le cas de toutes les notions à contenu variable, de ce que le juge souhaite adopter comme politique juridique à cet égard. Il a été reconnu par le passé que la simple démonstration de faibles revenus au regard d'une situation personnelle délicate pouvait conduire à l'obtention de délais¹⁶⁶³. Néanmoins, les juges du fond rappellent de plus en plus régulièrement que cet allongement des délais doit être justifié

¹⁶⁵⁶ Sur cet aspect : A. SÉRIAUX, « Réflexions sur les délais de grâce », *RTD Civ.* 1993, p. 789 : la grâce « trouve son fondement dans la bienveillance du magistrat et non dans son sens de la justice ».

¹⁶⁵⁷ J. FISCHER, th. préc., n° 15, p. 30.

¹⁶⁵⁸ CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, PUF, 27^e éd., réed. 1992, n° 9.

¹⁶⁵⁹ Nouvel art. 1244 al. 2 C. civ. inséré par la loi du 20 août 1936 qui prévoyait à sa création que le juge peut, par exception à l'al. 1^{er}, compte tenu de la situation du débiteur et de la situation économique, accorder des délais « qui emprunteront leur mesure aux circonstances ».

¹⁶⁶⁰ LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 17, 1869, n° 133, p. 150.

¹⁶⁶¹ S. GJIDARA, *L'endettement et le droit privé*, préf. A. Ghazi, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 316, 1999, n° 415 : le juge décide selon des « critères qui s'inspirent de l'opportunité et non du droit, puisqu'il est amené à découvrir les changements de conjoncture économique et à mesurer leur impact sur l'économie contractuelle ».

¹⁶⁶² T. GENICON, thèse, n° 513, p. 364-365

¹⁶⁶³ CA Besançon, 14 janv. 1993, citée par A. SÉRIAUX, art préc. : obtention de délais par une personne âgée possédant une carte d'invalidité et percevant une faible pension de retraite.

par un espoir concret et fondé d'un paiement des dettes à l'issue¹⁶⁶⁴, démonstration qui protège aussi l'intérêt du créancier.

2. Mécanismes pouvant prendre en considération indirectement les circonstances sans être liés à la démonstration d'un changement imprévisible

496. L'exemple de l'adaptation du contenu du contrat en présence d'un déséquilibre significatif. Précisons d'emblée que l'hypothèse que nous allons aborder est différente de celle étudiée à l'égard de la reconnaissance d'un possible déséquilibre significatif en présence de clauses ayant pour objet une évolution des circonstances¹⁶⁶⁵. Ces dernières sont susceptibles d'être illicites sur plusieurs fondements selon ses conditions de mise en œuvre, dont le déséquilibre. Concernant le développement suivant, les clauses du contrat ne sont pas liées forcément aux circonstances. Un contexte particulier ou une évolution des circonstances pourraient éventuellement rendre la clause déséquilibrée au regard de l'économie générale du contrat. L'appréciation faite par les juges peut conduire à donner effet à une évolution des circonstances sans que les dispositifs n'aient été pensés dans cette finalité. Les circonstances sont susceptibles d'être prises en compte par les juges en agissant sur la qualification des conditions d'application, sans que l'imprévisibilité ne soit envisagée. Autrement dit, l'appréciation du déséquilibre significatif pourrait conduire parfois à évaluer les circonstances de l'accord contractuel.

497. Plasticité de la notion de déséquilibre favorable à l'influence des circonstances. La notion de déséquilibre fait l'objet d'incertitudes quant à sa nature en raison de l'absence de définitions précises dans les différentes dispositions qui lui sont consacrées¹⁶⁶⁶. L'accent est mis habituellement sur sa nature de standard qui évoque une appréciation casuistique et la recherche d'une solution d'équilibre entre les intérêts des contractants¹⁶⁶⁷. Cette part irrémédiable d'appréciation factuelle se constate jusqu'au contrôle de qualification exercé par la Cour de cassation. Celle-ci se trouve dans l'obligation de juger exclusivement « en droit ». Cependant, elle ne peut se défaire « de toute appréhension des faits, ne serait-ce que par la diversité des clauses qui lui sont présentées, *et compte tenu de ce que l'appréciation d'une clause déséquilibrée est contextualisée, donc en grande partie fonction des circonstances de la*

¹⁶⁶⁴ CA Bordeaux, 15 déc. 2022, n° 21/06374 : refus d'accorder des délais de paiement malgré la situation financière alarmante d'un couple au regard de la somme restant due en l'absence de « perspective réaliste de remboursement de cette somme ».

¹⁶⁶⁵ *Supra* n° 415.

¹⁶⁶⁶ Sur cette question : C.-M. PÉGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive. Étude de droit de la consommation*, préf. L. Leveneur, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 585, 2018, spéc. n° 308 et s. : la notion de déséquilibre évacue le jugement de valeur sur le comportement du débiteur bien que l'insertion d'une clause abusive constitue une faute. Il n'est pas non plus opportun de restreindre la définition à la nature « juridique » car le contrat est lié de façon inextricable à sa nature économique.

¹⁶⁶⁷ C.-M. PÉGLION-ZIKA, *Ibid.*, n° 319 : l'auteure considère cette plasticité comme un avantage, car elle permet une adaptation aux faits plus aisée et permet de déjouer l'inventivité des professionnels qui commentent ces abus.

cause »¹⁶⁶⁸. Un avocat général proposait de ne pas voir dans le déséquilibre significatif une notion de droit, mais un concept impliquant « un examen de l'ensemble des données factuelles »¹⁶⁶⁹.

La rédaction même des dispositions législatives ne fait pas obstacle à cette appréciation du déséquilibre¹⁶⁷⁰. L'article L. 442-1, I du Code de commerce laisse une large plage temporelle pour rechercher l'abus. Il est en effet précisé que la responsabilité de l'auteur, ou la nullité de la clause¹⁶⁷¹ peuvent être recherchées lorsque l'acte est commis « dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat ». Le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif » pourrait éventuellement provenir de la réclamation de l'exécution d'une clause alors que le contexte contractuel déstabilise significativement l'équilibre entre les droits et obligations des parties¹⁶⁷². L'influence du changement de circonstances ici se rapprocherait de la sanction d'un abus ; le rapprochement entre elle et l'imprévision est d'ailleurs parfois envisagé¹⁶⁷³.

L'article L. 212-1 du Code de la consommation fait quant à lui directement référence « à toutes les circonstances » en les limitant en revanche à celles « qui entourent la conclusion » du contrat. Sur cette dernière précision, il serait donc possible d'envisager les circonstances économiques qui président à la conclusion du contrat pour apprécier le déséquilibre. L'appréciation des circonstances, possible en droit de la consommation, serait applicable *mutatis mutandis* en droit des pratiques restrictives de concurrence sans être cantonnée exclusivement à la « conclusion du contrat » puisque l'article précise que le déséquilibre peut être recherché autant lors de la conclusion que pendant l'exécution de l'accord. Théoriquement, il serait donc possible de caractériser un déséquilibre significatif en présence de circonstances économiques défavorables au contractant. L'analyse du déséquilibre irait au-delà du seul contenu du contrat.

Les indications jurisprudentielles sur la précision de la notion confortent là aussi cette possibilité. Selon les juges, le déséquilibre significatif invite à apprécier « le contexte dans

¹⁶⁶⁸ S. CHAUDOUET, th. préc., n° 510 (nous soulignons).

¹⁶⁶⁹ Com. 10 juill. 2006, *Avis n°0060006P*.

¹⁶⁷⁰ La Cour de cassation exerce un contrôle de qualification du déséquilibre significatif. Sur ce point : S. CHAUDOUET, th. préc., spéc. n° 510 : les juges exercent ce contrôle « sans donner cependant les raisons de son choix, ni préciser pourquoi il y a, ou non, déséquilibre, et en quoi celui-ci est, ou non, significatif ».

¹⁶⁷¹ Depuis l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, la nullité de la clause ou des contrats « illicites » peut être réclamée par la victime de la pratique sur le fondement de l'art. L. 442-4, I al. 2 C. com. L'art. 1171 C. civ. prévoit exclusivement la nullité de la clause.

¹⁶⁷² *Contra* : S. CHAUDOUET, *Ibid.*, n° 603 : l'auteur exclut l'application de la notion de déséquilibre significatif aux situations qui pourraient se rapprocher d'une imprévision. Elle considère que seules les « circonstances *interpartes* » présentes lors de la conclusion du contrat peuvent prouver l'existence d'une soumission d'une partie à une autre, condition à la démonstration du déséquilibre significatif. Nous pouvons en douter, car l'article L. 442-1, I du Code de commerce fait référence aux circonstances de la négociation et de l'exécution, ce que l'auteur d'ailleurs ne manque pas de souligner.

¹⁶⁷³ Pour un exemple : F. CHÉNEDÉ, « Imprévision », in *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, *op. cit.*, n° 125.50 et s.

lequel le contrat est conclu et son économie »¹⁶⁷⁴. Les notions de « contexte » et « d'économie » pourraient donc englober l'appréciation des circonstances particulières de la situation contractuelle et tenir compte éventuellement d'une évolution des circonstances pour caractériser la présence d'une clause abusive. Une auteure précise en ce sens que « les circonstances qui entourent la conclusion du contrat » peuvent concerner le « contexte économique au jour de la signature du contrat »¹⁶⁷⁵. Cette possibilité offerte par l'article sera en réalité déterminée par la précision des objets à comparer qui est une question particulièrement délicate¹⁶⁷⁶. De surcroît, l'appréciation du déséquilibre par rapport aux effets de la clause, et non plus seulement au regard de son contenu, est plus susceptible de prendre en considération les circonstances de la situation du débiteur. Finalement, la notion qui répond de prime abord à des éléments précis, voire mathématiques, est en grande partie liée à l'appréciation de l'équilibre des intérêts en présence¹⁶⁷⁷ suivant les circonstances¹⁶⁷⁸. Cependant, c'est sans compter sur le rôle de juge qui pourrait, suivant les espèces, restreindre l'influence des circonstances à portion congrue.

498. Restriction jurisprudentielle récente de l'influence des circonstances sur la caractérisation du déséquilibre significatif. La dernière tendance jurisprudentielle restreint l'influence potentielle des circonstances sur l'adaptation du contrat lors de l'appréciation d'un éventuel déséquilibre significatif. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 12 avril 2016 refuse en effet de contrôler le déséquilibre significatif au regard de l'évolution de l'intérêt des parties de se saisir d'une clause de résiliation anticipée du fait de la conjoncture économique. La clause qui confère « au concédant comme au concessionnaire le même droit de mettre fin au contrat et dans les mêmes conditions, notamment sans justification d'une faute » ne crée pas de déséquilibre significatif nonobstant la possibilité que « les intérêts de l'un comme de l'autre » puissent « varier en fonction de l'évolution de leurs situations et de la conjoncture économique »¹⁶⁷⁹. Le demandeur, concessionnaire exclusif d'une société de commercialisation et de construction de bateaux, souhaitait voir reconnaître que sa dépendance économique à l'égard de son concédant rendait illusoire le bénéfice de la clause de résiliation dont il pouvait théoriquement se saisir selon les termes du contrat. Les magistrats refusent d'accueillir ces prétentions en considérant que les juges du fond n'avaient pas à apprécier ces éléments.

¹⁶⁷⁴ Com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *op. cit.*

¹⁶⁷⁵ C. DANGLEHANT, « Commentaire de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats », *D.* 1995, p. 127 : la clause abusive « ne peut être uniquement définie sur un critère objectif du déséquilibre » car il se justifie entre autres « par un rapport de force inégalitaire entre les parties au contrat ».

¹⁶⁷⁶ Sur ces précisions : *infra* n° 505 et s.

¹⁶⁷⁷ Sur cette idée : G. HELLERINGER, th. préc., n° 269-1, p. 153 : le déséquilibre significatif « s'entend non comme un critère susceptible d'être enserré dans des sous-critères saisissables et prévisibles, mais comme une invitation faite par le législateur au juge d'apprécier les intérêts en présence ». Il appartient à l'ordre « correctif ».

¹⁶⁷⁸ Sur cette idée : J. FISCHER, th. préc., n° 210, p. 206 : « Le contrat est donc parfois envisagé dans sa globalité, et le contrôle du juge se rapproche alors plus d'une faculté de modulation judiciaire ».

¹⁶⁷⁹ Com. 12 avr. 2016, n° 13-27.712, inédit, *JCP E* 2016, p. 1474, note S. LE GAC-PECH, *CCC* 2016, comm. 142, note N. MATHEY : le dernier auteur reconnaît que l'approche est sans doute un peu « formelle » mais préserve la sécurité juridique.

Autrement dit, l'appréciation ne peut se faire, en ce qui concerne ce litige du moins, qu'à la lumière du contenu de la clause de résiliation anticipée.

Cette appréciation reste assez sévère. Les textes ne restreignent pas l'appréciation du déséquilibre au contenu de la clause potentiellement abusive. De plus, la doctrine plaide majoritairement pour une appréciation dite « globale » de l'équilibre contractuel. Ce dernier, pour certains, « *n'apparaît pas suffisamment pris en compte par le droit positif* »¹⁶⁸⁰. La critique évoquée à l'égard des clauses d'adaptation aux circonstances est ici transposable : l'apparence de bilatéralité ne doit pas maquiller l'unilatéralité de la clause au regard des circonstances du contrat¹⁶⁸¹.

Un dernier argument concerne d'autant plus la cohérence du contentieux de l'appréciation du déséquilibre. Les juges ne peuvent, sans risquer la contradiction, considérer que l'équilibre d'une clause peut se concevoir à l'égard de l'économie générale du contrat et refuser d'apprécier le déséquilibre de la même manière¹⁶⁸². À croire que seule la circonstance de dépendance économique n'est pas admise au titre de l'appréciation du déséquilibre au vu de la difficulté pour les juges d'appréhender cette notion, qui est plus d'ordre économique que juridique. Ces derniers ne peuvent toutefois occulter totalement la position factuelle inégalitaire des parties. Cette inégalité est consubstantielle au déséquilibre significatif, qu'il soit recherché sur le fondement du droit de la consommation, du droit commun ou du droit des pratiques restrictives de concurrence. Le droit de la consommation intègre « structurellement » cette inégalité de fait entre le professionnel et le consommateur. Le code de commerce quant à lui l'envisage en filigrane à travers la preuve de la « soumission » à l'obligation créant le déséquilibre. La démonstration de la soumission postule souvent l'inégalité factuelle des parties qui est en grande partie liée aux circonstances économiques d'un marché particulier¹⁶⁸³. D'ailleurs, l'appréciation des circonstances de la conclusion du contrat ne s'envisage pas toujours à l'encontre de la partie présumée en position de faiblesse. Là est l'avantage d'une appréciation circonstancielle du contrat. L'absence de preuve de la soumission, qui se déduit

¹⁶⁸⁰ L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, préf. C. Thibierge, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 366, 2002, n° 470 et s. (soulignée par l'auteur). Le même aspect globalisant de l'appréciation du déséquilibre transparaît dans les propos de M. Terré, Lequette et Simler qui reconnaissent que « La même clause pourra, en effet, être déclarée ou non abusive selon le contexte dans lequel elle s'inscrit » : *Droit civil, op. cit.*, n° 324.

¹⁶⁸¹ *Supra* n° 461.

¹⁶⁸² Sur un exemple de la notion expressément utilisée dans un contentieux concernant le déséquilibre significatif des pratiques restrictives de concurrence : CA Paris, 1^{er} oct. 2014, n° 13/16336, *RDC* 2015, p. 67, note M. BEHAR-TOUCHAIS : le « juge peut, si cela est invoqué, tenir compte du contrat dans sa globalité pour apprécier si certaines stipulations contractuelles sont utilement contrebalancées par d'autres pour rétablir l'équilibre dans les droits et obligations des parties au contrat ». Plus récemment : Com. 31 mars 2021, n° 19-16.214, inédit.

¹⁶⁸³ Dans ce sens : S. CHAUDOUET, th. préc., spéc. n° 59 et n° 510 : « c'est le contexte inégalitaire dans lequel ces relations s'établissent qui est à la source de la dépendance, par la même extrinsèque au contrat et à ses clauses, mais surtout qui préexiste à sa conclusion ». L'auteur utilise la formule de « dépendance contextuelle », ce qui montre bien que l'analyse du déséquilibre ne peut se passer de l'analyse des circonstances du contrat, comme l'auteure même le précise (n° 510). Dans le même sens : J.-P. CHAZAL, « Théorie de la cause et justice contractuelle : A propos de l'arrêt Chronopost (Com. 22 oct. 1996) », *JCP G* 1998, p. 152, spéc. n° 13 : « l'inégalité entre les prestations contractuelles cache une autre inégalité, qui est la cause de la première, celle existant entre les contractants ».

du contexte de formation, empêche la reconnaissance du déséquilibre alors que la seule lecture du contenu obligationnel l'aurait suggérée¹⁶⁸⁴. *A fortiori*, cette décision non publiée au Bulletin est en contradiction avec un arrêt remarqué de la même chambre de la Cour de cassation du 3 mars 2015 reconnaissant au visa de l'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce que la disposition « invite à apprécier le contexte dans lequel le contrat est conclu et son économie » qui se réalise à travers une « appréciation concrète et globale du contrat »¹⁶⁸⁵.

b. L'absence de qualification de l'extériorité des circonstances

499. L'extériorité des circonstances est une condition plus habituelle que ne l'est l'imprévisibilité pour parvenir à l'adaptation du contrat. Si la démonstration du critère d'imprévisibilité n'est pas considérée comme indispensable dans la plupart des mécanismes qui autorisent, expressément ou indirectement, d'adapter le contrat en présence de circonstances particulières, le critère dit de « l'extériorité » des circonstances est beaucoup plus présent. Ce dernier fait souvent référence à la notion « d'imputabilité » des événements¹⁶⁸⁶. Cette exigence se retrouve même dans des propos d'auteurs qui considèrent que l'influence des circonstances ne devrait s'envisager qu'à l'égard du déséquilibre contractuel qu'elles créent. L'un d'entre eux évoque par exemple que « l'apparition d'un événement perturbateur » ne doit « pas être imputable à l'une des parties »¹⁶⁸⁷. Le contractant qui subit une situation qui lui est défavorable ne doit pas en être à l'origine. Cette exigence implique généralement que le contractant doit obvier raisonnablement aux conséquences de circonstances extérieures, soit ne pas créer lui-même la situation qui rendrait difficile l'exécution du contrat. Par rapport aux mécanismes déjà cités, cette condition est par exemple sous-entendue dans le contentieux de l'accord des délais de paiement par la condition de bonne foi du débiteur. Absente des conditions de l'article 1343-5 du Code civil, les juges n'hésitent pas à s'y référer. Est par exemple considéré de bonne foi le locataire « temporairement gêné par les difficultés économiques »¹⁶⁸⁸ ou victime d'un grave accident¹⁶⁸⁹. La notion de débiteur « malheureux » dans ce contentieux renvoie à la présence de circonstances, qui lui sont certes défavorables, mais qu'il doit nécessairement subir, rappelant ainsi la condition présente à l'égard de la force majeure et de l'imprévision. Les juges du fond font parfois ainsi directement référence à la présence d'un « concours de circonstances

¹⁶⁸⁴ Sur cette idée : S. CHAUDOUET, *Ibid.*, n° 602 : « les circonstances particulières qui entourent la conclusion d'un contrat donné constituent donc le cadre d'analyse, car elles peuvent faire apparaître qu'en réalité, la partie qui se prétend victime d'une clause déséquilibrée n'y a, au cas particulier, pas été soumise par l'autre ».

¹⁶⁸⁵ Com. 3 mars 2015, n° 13-27.525, *op. cit.*

¹⁶⁸⁶ Notion d'imputabilité qui est parfois préférée à celle « d'extériorité », car une circonstance qui n'est pas extérieure au contractant, comme la maladie peut pour autant ne pas lui être imputable. Sur cette précision : D.-M. PHILIPPE, th. préc., p. 81.

¹⁶⁸⁷ L. GRYNBAUM, th. préc., n° 227, p. 168.

¹⁶⁸⁸ Civ. 3^e, 15 mai 1996, n° 94-16.026.

¹⁶⁸⁹ CA Bourges, 11 mars 1996, n° JurisData 1996-043471. La carence du preneur n'a pas pour seule origine cet accident mais « il n'en reste pas moins que cet événement malheureux n'a pu qu'avoir un retentissement très négatif sur les résultats du commerce ».

malheureuses »¹⁶⁹⁰. La même remarque se fait à l'égard de la modification des conditions et charges de libéralités ou legs. Alors que l'article 900-2 fait seulement référence aux conséquences du changement de circonstances sur la situation du gratifié, l'article 900-5 alinéa 2 du Code civil précise que le gratifié « doit justifier des diligences » qu'il a réalisées « pour exécuter ses obligations ». Autrement dit, l'augmentation de son obligation ne doit pas avoir pour origine une négligence du débiteur qui ne respecterait pas la volonté du donateur, mais doit dépendre de circonstances dont il n'a pu se prémunir¹⁶⁹¹. Des auteurs définissent les « circonstances économiques nouvelles » dans le cadre d'une modification de l'adaptation de la rente viagère comme des circonstances indépendantes de la volonté du débirentier¹⁶⁹².

500. L'absence de preuve de l'extériorité des circonstances : faveur à la protection de l'intérêt du contractant en difficulté. Bien que l'extériorité des circonstances soit une condition plus souvent appréciée que ne l'est l'imprévisibilité de l'événement, elle est parfois évincée afin que le débiteur bénéficie de mesures de protection au regard seulement de ses difficultés. De manière générale, le droit des entreprises en difficulté ou le bénéfice d'une procédure de surendettement s'éloignent de cette idée d'absence d'imputabilité des circonstances à l'origine de la situation du contractant en difficulté. Il est d'autorité que le droit des procédures collectives dans son ensemble a modifié profondément son esprit. D'un droit à l'origine tourné vers la sanction du débiteur, il s'est consacré au fur et à mesure de son évolution à la protection de son intérêt¹⁶⁹³. La nature des circonstances à l'origine de la situation du débiteur n'est donc pas au centre de l'application des mécanismes. M. Grynbaum affirme que « les textes actuels organisant l'adaptation des contrats déséquilibrés sont moins le fruit de circonstances, que la manifestation du souci du législateur de protéger certains groupes de personnes, ou de plier la technique contractuelle aux exigences des évolutions économiques »¹⁶⁹⁴.

¹⁶⁹⁰ CA Toulouse, 15 sept. 2014, n°13/03629.

¹⁶⁹¹ Pour un exemple de refus de reconnaître un changement de circonstances en présence d'une prétendue vétusté d'un immeuble : Civ. 1^{ère}, 15 mai 2018, n° 17-18.720. *Contra* : est reconnu comme au moins « sérieusement dommageable » la réalisation de travaux d'un montant très important dans l'exécution d'un legs du fait de « l'état délabré du au vieillissement » d'une pension de retraite et de la baisse parallèle des revenus locatifs due à la mise en vacances d'une grande partie des logements.

¹⁶⁹² *Supra* n° 491.

¹⁶⁹³ Les réformes tendant à éviter entre autres les risques « d'exclusion » des individus : Loi n° 98-567 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, *RTD Civ.* 1998, p. 989 : « « l'intérêt général et les intérêts particuliers des victimes de l'exclusion se rejoignent (...) pour se confondre, s'agissant de la lutte contre les exclusions ». En ce sens : S. GJIDARA, th. préc., n° 229 et s. : « Si au cours des siècles passés, l'attitude du droit à l'égard de l'endetté a été essentiellement rigoureuse, elle a connu des tempéraments issus d'une autre morale, d'inspiration humanitaire, secourable pour l'opprimé ». Les juges évoquent parfois ce trait caractéristique des procédures collectives : Civ. 1^{ère}, 16 juin 1993, *RTD Com.* 1993, p. 571, obs. G. PLAISANT : les juges reconnaissent que la procédure de surendettement n'a pas pour but que les créanciers retrouvent *in fine* le paiement de leurs créances, mais que le débiteur surendetté retrouve une situation économique saine.

¹⁶⁹⁴ L. GRYNBAUM, th. préc., n° 162, p. 129.

La procédure de surendettement des particuliers est d'autant plus sensible à ces arguments¹⁶⁹⁵. L'article L. 711-1 du Code de la consommation précise que « le bénéfice des mesures de traitement des situations de surendettement est ouvert aux personnes physiques de bonne foi », mais l'alinéa 2 retient que la situation de surendettement « est caractérisée par l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes, professionnelles ou non professionnelles, exigibles à échoir ». Son bénéfice est donc seulement lié à la situation du débiteur, et non à la cause de cette situation. La mesure n'est pas articulée à la preuve que les difficultés économiques rencontrées sont liées à des circonstances indépendantes de la volonté du débiteur. Néanmoins, la précision du comportement de bonne foi du surendetté peut faire réapparaître à la marge l'influence des circonstances.

501. Influence à la marge des circonstances indépendantes de la volonté du débiteur en difficulté sur l'appréciation de sa bonne foi. Les circonstances potentiellement à l'origine de la situation du débiteur ne sont pas totalement ignorées. Prenons pour exemple les travaux préparatoires de la loi Neiertz tentant d'exposer et d'expliquer l'augmentation préoccupante de l'endettement des particuliers¹⁶⁹⁶. Au titre de ces causes, les auteurs constatent d'abord l'impossibilité de révéler un concept homogène de surendettement. Il repose nécessairement sur un faisceau d'indices en raison de sa nature multifactorielle¹⁶⁹⁷. Le projet relève tout de même l'existence d'« éléments de nature accidentelle qui provoquent une diminution de revenus »¹⁶⁹⁸. Les experts font état de deux catégories de surendettés. Les surendettés qu'ils considèrent comme « passifs » victimes de circonstances « exogènes » liées directement à la situation du débiteur ou de circonstances plus « structurelles » comme la perte d'un emploi, le divorce ou la séparation, la maladie ou encore l'invalidité¹⁶⁹⁹. Ces endettés passifs sont à distinguer des « actifs » qui tombent en situation d'endettement en raison de leur « imprévoyance ». Ces circonstances provoquent deux types de situations pouvant conduire à une grande difficulté de remboursement des dettes : soit une augmentation des charges, soit une baisse de revenus. Les experts et les auteurs constatent à l'appui de ces distinctions que les procédures de surendettement concernent très peu les situations délicates causées par les « drames » de la vie quotidienne¹⁷⁰⁰. La nature des circonstances est, ainsi, indépendante du bénéfice d'une procédure de surendettement.

En revanche, la notion d'imputabilité réapparaît nécessairement à la marge quand il est fait référence au « débiteur de bonne foi », condition nécessaire à l'ouverture de la procédure de

¹⁶⁹⁵ La loi n° 89.1010 du 31 décembre 1989 dite loi Neiertz, modifiée depuis par les lois n°9 5-125 du 8 février 1995, 29 juillet 1998 et n° 98-657 du 1^{er} août 2003, précisait seulement que si le débiteur rencontrait des difficultés, le juge pouvait modifier les termes du contrat (étalement des remboursements et réduction taux d'intérêt).

¹⁶⁹⁶ Rapport n° 40 sur le projet de loi relatif à la prévention et au règlement des difficultés liées à l'endettement des particuliers. Commission des affaires économiques, 26 oct. 1989

¹⁶⁹⁷ *Ibid.*, p. 22.

¹⁶⁹⁸ *Ibid.*, p. 26.

¹⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 26-27.

¹⁷⁰⁰ Sur ce constat : B. OPPETIT, « L'endettement et le droit », art. préc., p. 307

surendettement. Les débats sur cette condition ont révélé « le souci des parlementaires de ne pas faire croire aux débiteurs, qu'ils peuvent penser faire des dettes sans avoir à les rembourser »¹⁷⁰¹. Cette remarque précise la place de l'extériorité des circonstances dans la procédure de surendettement. Elle n'est pas une condition d'application de la procédure, mais l'imputabilité réapparaît indirectement par le prisme de la notion de « bonne foi » du débiteur appréciée strictement par les juges au bénéfice du débiteur surendetté. La simple négligence ou un train de vie dispendieux sont généralement insuffisants pour caractériser l'absence de bonne foi¹⁷⁰². Sa démonstration confine dans ce contentieux à la preuve d'une intention de ne pas rembourser ses dettes. S'il est démontré que le débiteur s'est intentionnellement placé dans une situation financière et économique en pensant échapper en toute impunité à ses engagements, l'ouverture de la procédure de surendettement lui sera refusée¹⁷⁰³. Les juges du fond ont pu par le passé par exemple refuser le bénéfice de la procédure à des débiteurs qui ont « sciemment et méthodiquement organisé leur endettement »¹⁷⁰⁴. L'appréciation de la bonne foi ici s'assimile à la démonstration de la malhonnêteté, voire de la malveillance, ce qui rend sa preuve très exigeante¹⁷⁰⁵.

Au contraire, l'influence de circonstances particulières de la situation personnelle du surendetté peut écarter la qualification de la mauvaise foi qui paraissait admise. L'état de santé, comme l'addiction au jeu, explique par exemple un nombre d'emprunts irraisonné dans le cas où des analyses psychologiques attestent de la véracité de cet état¹⁷⁰⁶. Les circonstances « conjoncturelles » sont parfois expressément évoquées par les magistrats. Ils reconnaissent par exemple l'absence de justifications « d'ordre conjoncturel précis » qui aurait pu légitimer le recours à l'emprunt. Il manifestait ainsi seulement l'envie de suivre « un train de vie auquel ils

¹⁷⁰¹ S. GJIDARA, th. préc., n° 208, p. 168.

¹⁷⁰² Sur un exemple de l'insuffisance de la négligence du débiteur pour caractériser l'absence de bonne foi : CA Paris, 5 janv. 2023, n° 21/00036 : « La négligence du débiteur ne suffit pas à caractériser la mauvaise foi en l'absence de conscience de créer ou d'aggraver l'endettement en fraude des droits des créanciers ». *Comp.* : CA Bordeaux, 14 janv. 2021, n° 20/01947, *Gaz. Pal.* 2021, p. 26, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE : la dilapidation du prix de vente d'un bien immobilier qui aurait permis de rembourser en totalité une dette conclue auprès d'un établissement de crédit empêchait d'établir la bonne foi du couple dont la procédure de surendettement doit leur être de ce fait refusée.

¹⁷⁰³ Pour des exemples de refus d'ouverture d'une procédure de surendettement : Civ. 2^e, 20 fév. 2019, n°18-11.229, *Gaz. Pal.* 2019, p. 37 : Refus de l'ouverture d'une procédure de surendettement pour omission d'un élément d'actif du patrimoine à l'occasion du questionnaire nécessaire à l'appréciation de la situation de surendettement.

¹⁷⁰⁴ CA Bourges, 3 mai 1993.

¹⁷⁰⁵ Sur une définition de la bonne foi en matière de surendettement donnée par les juges : CA Paris, 5 déc. 1991, *JurisData* n° 1991-024431 : « La notion de bonne foi en matière de surendettement implique en réalité que soit recherché chez le surendetté, au travers des données de la cause, et cela pendant le processus de formation de la situation de surendettement, l'élément intentionnel ressortissant à la connaissance qu'il ne pouvait manquer d'avoir de ce processus et à la volonté manifestée par lui non de l'arrêter mais au contraire de l'aggraver, sachant pertinemment qu'à l'évidence il ne pourrait faire face à ses engagements ».

¹⁷⁰⁶ La preuve de la conscience d'aggraver son état d'endettement fait logiquement appel à ce genre de considérations. Les plaideurs n'hésitent pas à s'y référer : Civ. 2^e, 21 fév. 2019, n° 18-11.476, inédit : Le demandeur faisait état d'une « dépression réactionnelle consécutive au décès de son mari » ainsi qu'à « son addiction au jeu » pour justifier d'une dizaine d'emprunt effectuée sur un laps de temps assez court. Les juges refusent néanmoins l'ouverture de la procédure car, selon eux, « il n'est pas établi que la dépression pour laquelle elle est soignée soit de nature à avoir aboli son discernement, faisant ressortir l'absence de bonne foi de Mme W ».

n'auraient pas normalement pu prétendre au regard de leurs revenus »¹⁷⁰⁷. L'absence de définition proposée par la Cour de cassation démontre là encore le souci d'apprécier une diversité de circonstances au regard des espèces particulières. La manière d'apprécier cette bonne foi, particulièrement favorable au débiteur, montre que la balance des intérêts penche lourdement en sa faveur au mépris de ceux des créanciers¹⁷⁰⁸.

502. Appréciation de l'imputabilité des circonstances en droit des entreprises en difficulté. La constatation faite précédemment est transposable *mutatis mutandis* au droit des procédures collectives. L'évolution de la législation a fait preuve d'une plus grande mansuétude à l'égard du débiteur à la tête d'une société acculée à la ruine¹⁷⁰⁹. L'application générale de ce droit porte ici seulement sur la preuve d'un « certain degré de difficulté »¹⁷¹⁰. Le traitement du maintien du contrat durant la procédure met bien en évidence le peu d'intérêt de raisonner par l'imputabilité des circonstances : les contrats en cours d'exécution seront maintenus au regard de leur utilité se manifestant par la présence d'une hiérarchie des intérêts déterminée au regard des circonstances¹⁷¹¹. En outre, la mise en œuvre d'une procédure collective est décidée depuis l'origine pour sauver l'entreprise. Il serait donc incohérent, au regard de la finalité de la législation, d'apprécier l'imputabilité des circonstances pour refuser l'ouverture de la procédure alors que celle-ci se conçoit principalement dans l'intérêt de la société, personne morale distincte de celle de son dirigeant¹⁷¹².

¹⁷⁰⁷ Civ. 2^e, 7 sept. 2017, n° 16-21.079, inédit.

¹⁷⁰⁸ J. JULIEN, « La bonne foi du consommateur comme condition de recevabilité aux procédures de surendettement : variations », *RDC* 2019, p. 59 : la compréhension et l'histoire de la législation sur le surendettement « se résume du reste à la manière dont cette pesée des intérêts est réalisée : derrière les choix techniques se dessinent évidemment des choix plus politiques ».

¹⁷⁰⁹ A. JACQUEMONT, N. BORGA, T. MASTRULLO, *op. cit.*, spéc. n° 29 : les auteurs soulignent une diversité d'objectifs selon le contexte économique et politique et relèvent les récentes préoccupations concernant « le rebond du débiteur ». Ils relèvent en effet que la sanction du débiteur n'est « plus véritablement “un objectif” du droit des entreprises en difficulté et l'heure est clairement au déclin de cette dimension traditionnelle de la matière. L'attention se porte désormais sur le rebond du chef d'entreprises plus que sur sa sanction, dans une perspective aussi humaniste qu'économique. L'environnement personnel et familial du chef d'entreprise doit autant que possible être préservé des conséquences de la procédure collective ». Ici encore, les arguments « conséquentialistes » tant privilégiés par CEDH s'invitent aussi dans des pans entiers de droits normalement éloignés de ce genre de raisonnement. Même sens : K. LAFAURIE, th. préc., spéc. n° 386 et s. Sur un aperçu général de l'évolution historique du droit des entreprises en difficulté : M.-H. RENAUT, « La déconfiture du commerçant », *RTD Com.* 2000, p. 533.

¹⁷¹⁰ K. LAFAURIE, th. préc., n° 485, p. 424 : il existe un « droit de la défaillance économique » qui rend inopportun l'approche par l'exception.

¹⁷¹¹ En ce sens : K. LAFAURIE, *Ibid.*, n° 548 et s., spéc. n° 550 et s. Dans le même sens : L. SAUTONIE-LAGONIE, « L'apport du droit des entreprises en difficulté à l'étude de la caducité », *RDC* 2023, p. 80 : « Le droit des entreprises en difficulté est en effet entièrement construit sur la base d'une politique juridique, tout entière tournée vers la satisfaction des intérêts en présence, et en premier lieu le sauvetage des entreprises ».

¹⁷¹² Sur cette précision : M.-H. RENAUT, art. préc. : « Si le droit de la faillite a évolué dans le sens d'une moindre rigueur envers le débiteur, il a aussi affirmé l'importance de l'entreprise et valorisé la nécessité de la sauver. Alors qu'un droit au maintien de l'emploi se profile, la priorité n'est plus toujours donnée au règlement du passif, mais aux chances de survie de l'entreprise ».

La démonstration de l'extériorité des circonstances affectant la situation de l'entreprise et du débiteur n'est donc pas une condition d'ouverture de la procédure collective¹⁷¹³. En revanche, elle peut réapparaître postérieurement et déterminera les sanctions possibles à l'égard du dirigeant qui a contribué ou qui est à l'origine de la situation financière de sa société¹⁷¹⁴. Le contentieux assez dense de la faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif¹⁷¹⁵ démontre que le comportement du débiteur et le rôle joué dans l'état d'endettement ne sont pas à mésestimer. Ce comportement est d'ailleurs apprécié beaucoup plus sévèrement que ne l'est celui du surendetté. La particulière négligence, qui n'est pas habituellement considérée comme un comportement qui évince l'ouverture d'une procédure de surendettement, justifie parfois la reconnaissance d'une faute de gestion¹⁷¹⁶. L'appréciation de la responsabilité du dirigeant répond ici aussi à un faisceau d'indices¹⁷¹⁷, que les circonstances indépendantes de sa volonté pourraient éventuellement évincer.

Rien ne s'oppose à ce que les juges incluent dans le raisonnement la présence de circonstances indépendantes de la volonté du débiteur qui ont fait périliter sa société sans que ce dernier ne puisse y échapper. Cette appréciation, qui rappelle les conditions de la force majeure et de l'imprévision, doit être nécessairement maniée avec moins de sévérité que pour ces dernières. À côté des circonstances d'ordre contextuel, l'appréciation des circonstances personnelles au dirigeant pourrait rentrer intégrer le faisceau d'indices, comme elles le sont dans le cadre d'une procédure de surendettement¹⁷¹⁸.

¹⁷¹³ Sur cet aspect : K. LAFAURIE, th. préc., n° 403 et n° 404 : « Mis à part le rétablissement professionnel, le contrôle du comportement du débiteur ne s'effectue pas au moment de l'ouverture de la procédure, de sorte que la bonne foi du débiteur n'en constitue pas une condition ».

¹⁷¹⁴ L'art. L. 653-8 C. com. fait expressément référence à la notion de « mauvaise foi ». L'art. L. 635-5 du même code fait référence aux actes préjudiciables à la société conclus par le dirigeant, tels que des « engagements jugés trop importants au moment de leur conclusion, eu égard à la situation de l'entreprise ou de la personne morale ».

¹⁷¹⁵ Art. L. 651-2 C. com.

¹⁷¹⁶ La « simple négligence » ne suffit plus à engager la responsabilité du dirigeant pour faute de gestion depuis la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016. Ici encore, la notion est suffisamment ouverte pour donner lieu à des interprétations variées qui dépendent presque entièrement des circonstances. Il n'est donc pas exclu qu'une négligence « aggravée » puisse fonder encore une faute de gestion. Sur la diversité des faits et comportements pouvant constituer une faute de gestion : T. MASSART, « La responsabilité du cédant d'actions pour réticence dolosive et faute de gestion », *BJS* 2023, p. 17.

¹⁷¹⁷ Sur cette affirmation : R. DALMAU, « Insuffisance d'actif : précisions sur la “simple négligence” du dirigeant », *Rev. Soc.* 2021, p. 533 : « En somme, c'est l'accumulation de différents éléments de fait qui feront pencher la balance pour le retard de déclaration reproché au dirigeant. La Cour de cassation semble veiller à l'utilisation de différents critères permettant d'apprécier la gravité de la faute, mais c'est sans doute là que s'arrête le contrôle de la Cour de cassation ».

¹⁷¹⁸ Sur l'influence de circonstances personnelles au débiteur surendetté : J. JULIEN, « La bonne foi du consommateur (...), art. préc. : « dans l'appréciation de la mauvaise foi du débiteur, il n'est pas rare que le juge examine tout un faisceau d'indices, dont l'âge et l'état de santé du débiteur, son niveau social, d'instruction etc. ».

B. L'appréciation du seuil de déclenchement des dispositifs correcteurs

503. Plan. Les caractéristiques des circonstances à l'origine d'un déséquilibre contractuel ont montré la grande diversité des critères envisagés. Cette impossibilité de déterminer des caractéristiques homogènes à la prise en compte du déséquilibre est due à la grande diversité des mécanismes qui prennent en considération, expressément ou indirectement, le changement de circonstances sur le contrat. Elle est encore le reflet des politiques juridiques variées qui optent pour une protection de l'intérêt de la victime du changement avec plus ou moins de force.

Cette constatation se fait aussi à l'égard de l'appréciation du seuil de déclenchement des dispositifs. Une théorie générale du déséquilibre contractuel est difficilement envisageable en raison de la grande disparité des critères pris en considération, autant à l'égard des éléments objet de l'appréciation des conséquences du changement de circonstances (a) qu'à ceux permettant de déterminer le seuil d'adaptation (b). Si les circonstances étudiées jusqu'alors s'identifient comme la cause de l'adaptation, d'autres circonstances auraient encore un intérêt dans la précision des éléments inclus dans l'appréciation du déséquilibre. Finalement, l'orientation dans le choix des critères ne doit pas se faire sans apprécier la finalité des dispositifs mis en œuvre, à savoir la protection du débiteur, qui ne peut se concevoir sans envisager l'intérêt du créancier.

a. La précision des éléments rentrant dans l'appréciation des conséquences du changement de circonstances

504. L'impossibilité de détermination d'une notion unitaire des conséquences du changement de circonstances. L'étude des circonstances à l'origine du déséquilibre a montré que l'accent était souvent mis sur les conséquences de l'évolution des circonstances plutôt que sur les conditions attachées à ces dernières. Le changement de circonstances doit rendre l'exécution « extrêmement difficile » ou « sérieusement dommageable »¹⁷¹⁹, « important »¹⁷²⁰, « significatif »¹⁷²¹, ou encore « excessivement onéreux »¹⁷²². Des dispositions prévoient des seuils plus précis. Il est question d'un seuil de dix pour cent pour adapter le contrat en présence d'une modification des facteurs locaux de commercialité¹⁷²³, d'une lésion de plus des sept douzièmes du prix d'un immeuble¹⁷²⁴. Parfois, rien n'est précisé sur les conséquences de ce changement, laissant la main libre au juge qui décidera si elles justifient une adaptation du contrat¹⁷²⁵. Au-delà de la multitude de notions, elles sont souvent identifiées comme des

¹⁷¹⁹ *Supra* n° 492.

¹⁷²⁰ *Supra* n° 494.

¹⁷²¹ *Supra* n° 496.

¹⁷²² *Infra* n° 513

¹⁷²³ *Supra* n° 493.

¹⁷²⁴ Art. 1674 C. civ.

¹⁷²⁵ Comme c'est le cas pour les délais de paiement : *supra* n° 495.

standards autorisant le juge à apprécier le déséquilibre au regard des circonstances de chaque relation contractuelle.

Cette incertitude quant au choix d'un critère unique du déséquilibre est évoquée par les auteurs comme une atteinte à la sécurité juridique¹⁷²⁶. Pourtant, certains éléments sont récurrents lorsque les auteurs évoquent cette problématique. Ils définissent le déséquilibre comme une inéquivalence des prestations réciproques des contractants. Quels sont les éléments qui permettent de déterminer la présence d'un déséquilibre ? Suivant la nature de ces éléments, la place des circonstances particulières à la situation du débiteur dans l'appréciation est inexistante, ou, au contraire, envisageable.

505. Faveur doctrinale pour la prise en compte des seules données « objectives » du contenu du contrat. L'équilibre des prestations est souvent le critère retenu dans l'adaptation du contrat¹⁷²⁷. Une auteure précise par exemple que « *l'équilibre contractuel est souvent défini en fonction de l'équivalence des prestations ou l'équivalence entre l'objet reçu et la prestation fournie* »¹⁷²⁸. Ce choix fait plutôt abstraction des circonstances du contrat dans l'appréciation du déséquilibre¹⁷²⁹. Il est apprécié à l'aune du seul contenu du contrat, et non de son contexte¹⁷³⁰. L'adéquation entre ces deux valeurs manifeste plutôt sa faveur pour une appréciation « géométrique ».

Pourtant, le contenu de la notion de valeur est aussi l'objet de toutes les incertitudes et répond à de multiples facteurs¹⁷³¹. Les mêmes constatations sont faites à l'égard de la notion de « prestation »¹⁷³². Certaines dispositions sanctionnant le déséquilibre précisent qu'il ne peut

¹⁷²⁶ L. FIN-LANGER, th. préc., n° 276 et n° 282 et s. : l'auteure pointe du doigt le risque d'arbitraire judiciaire que l'absence d'une notion unitaire de l'équilibre contractuel pourrait provoquer. Elle nuance immédiatement son propos. L'absence de critère unique est due, selon elle, à la « situation complexe » qu'elle désigne. D'autres auteurs ne sont pas contre le principe de prévoir un standard assez large d'adaptation : R. CABRILLAC, « L'article 1196 : la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision », *RDC* 2015, p. 771 : « on peut regretter que ce pouvoir d'adaptation conféré au juge ne soit pas encadré, soit par un standard objectif comme l'équité ou le raisonnable, soit par une référence à la volonté des parties ».

¹⁷²⁷ En ce sens, et de manière un peu redondante : V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, préf. C. Saint Alary-Houin, PUAM, 2000, n° 18 : « L'inéquivalence des prestations contractuelles réciproques déséquilibre le contrat au détriment de l'une des parties, laquelle reçoit un prix insuffisant, ou paie un prix excessif, au regard de la valeur du bien vendu ou du service rendu ». L'auteur évoque à ce propos un déséquilibre « en valeur ». Elle souligne l'existence en parallèle de déséquilibres « en pouvoirs » qui se caractérisent par la capacité pour l'une des parties d'imposer sa volonté unilatéralement à un contractant qui n'a pas le pouvoir de les discuter et qui risque de ce fait d'accepter des conditions qui lui sont désavantageuses (spéc. n° 207 et s.).

¹⁷²⁸ L. FIN-LANGER, th. préc., n° 289. Dans le même sens : J. FISCHER, th.préc., n° 44.

¹⁷²⁹ L. FIN-LANGER, *Ibid.*, n° 299 : « une notion définie par un critère précis et rigide interdit en réalité toute adaptation de la règle à la réalité et toute individualisation de la solution. *Un critère précis implique une application mécanique de la règle sans appréciation des circonstances de fait réelles* » (nous soulignons).

¹⁷³⁰ L. FIN-LANGER, th. préc., n° 225 et s., spéc. n° 231.

¹⁷³¹ J.-P. CHAZAL, th. préc., n° 679 et s.

¹⁷³² G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance (...) », art. préc., spéc. n°1 3 : « la contrepartie serait également susceptible d'être appréciée, plus concrètement, en considération de l'ensemble des rapports qu'entretiennent les parties. C'est de l'approche globale de cette relation que ressortira alors l'existence d'un avantage, et donc d'une contrepartie ».

porter « ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation »¹⁷³³. Parmi tous ces arguments, une nécessité paraît toujours présente. Elle se manifeste par la volonté d'apprécier l'équilibre contractuel en référence à une situation globale, complexe et évolutive¹⁷³⁴. La notion de respect de l'économie du contrat, qui entretient des similitudes avec celle d'équilibre contractuel, tant aussi à aller au-delà de la seule appréciation du contenu du contrat en laissant une place à l'appréciation des « circonstances entourant » la formation du contrat ainsi que son exécution¹⁷³⁵.

506. Interprétation possible du déséquilibre laissant une place à l'appréciation des circonstances relatives à la situation du débiteur. Finalement, le choix le plus opportun pour apprécier l'ensemble des éléments pertinents dans l'appréciation du déséquilibre se tournerait vers une multitude de critères comme en atteste déjà la pluralité de notions destinée à purger les conséquences du changement de circonstances sur l'exécution du contrat. L'appréciation se réduit mal de ce fait au seul contenu de l'accord. L'équilibre ne serait pas seulement vérifié au regard des données dites « objectives », mais serait encore susceptible d'inclure des circonstances concernant la situation du débiteur, données dites « subjectives ». Cette possibilité est évoquée par M. Lafaurie à l'égard du risque d'insolvabilité. L'auteur prend pour exemple la notion « d'excessive onérosité » de l'imprévision de l'article 1195 du Code civil en se posant la question de savoir si elle pourrait éventuellement s'apprécier à l'égard « de la possibilité pour le débiteur d'exécuter le contrat sans courir à sa perte »¹⁷³⁶. Dans cette perspective, l'excessive onérosité ne se vérifierait plus seulement à l'égard du coût de l'exécution par rapport à la valeur de la contreprestation, mais intégrerait plus globalement les capacités économiques du débiteur¹⁷³⁷. Cette façon d'apprécier le déséquilibre n'est pas étrangère au droit français. À l'occasion de la jurisprudence Macron, les juges, afin de vérifier la proportionnalité d'un contrat de cautionnement, ont pris en compte les capacités financières du débiteur¹⁷³⁸.

Partant, les circonstances diverses qui influenceraient les capacités patrimoniales du débiteur seraient alors prises en compte indirectement par l'article 1195 du Code civil. Ces circonstances

¹⁷³³ Art. 1171 C. civ. Cette précision est valable seulement si on accepte de considérer, dans l'appréciation du déséquilibre significatif et la sanction des clauses abusives le créant que les circonstances peuvent influencer sa caractérisation, ce qui est possible théoriquement, mais qui n'est pas garanti au regard des solutions jurisprudentielles récentes. Plus précisément sur cette problématique nos développements : *supra* n° 496.

¹⁷³⁴ L.FIN-LANGER, th. préc., n° 291.

¹⁷³⁵ D.-M. PHILIPPE, th. préc., p. 94.

¹⁷³⁶ K. LAFAURIE, th. préc., n° 620, p. 555.

¹⁷³⁷ Sur cette interprétation possible : P. ANCEL, « Imprévision » in *Rép. Dr. civ. Dalloz*, 2017, n° 78 : « Nous pensons qu'un tel élément n'a pas nécessairement à être exclu, surtout si on considère que le mécanisme de révision de l'imprévision a, entre autres, l'objectif économique et social d'éviter la ruine du contractant victime et d'assurer autant que faire se peut le maintien de la relation contractuelle ». Dans le même sens : G. WICKER, « La suppression de la cause (...) », art. préc., n° 36 : « il pourrait être avancé que l'onérosité de l'exécution doit être caractérisée par rapport à la situation de la partie qui subit les conséquences du changement de circonstances, de sorte qu'elle serait remplie si le maintien du contrat en son état initial devait la conduire à la ruine ».

¹⁷³⁸ Sur l'appréciation de la proportionnalité dans le contrat de cautionnement et la jurisprudence Macron : *supra* n° 328.

seraient variées : une maladie, une perte d'emploi, une situation familiale obligeant par exemple à consacrer son temps et ses économies à un membre de la famille, pourraient rendre « excessivement onéreux » l'exécution du contrat¹⁷³⁹. Pour une personne morale, les capacités financières seraient envisagées dans leur ensemble¹⁷⁴⁰. Une décision récente du tribunal de commerce de Paris semble d'ailleurs évoquer cette possibilité¹⁷⁴¹. Elle admet pour la première fois l'application de l'article 1195 à l'occasion de l'exécution d'un contrat cadre de fourniture de carreaux de céramique subissant une explosion du coût des matières premières, de l'énergie et du transport par l'effet conjugué de la crise sanitaire et de la guerre en Ukraine. L'imprévisibilité du changement de circonstances tient, non pas de la survenance des événements cités, mais aux « hausses considérables » des coûts qui s'en suivirent. Concernant l'excessive onérosité de l'exécution du contrat en l'état, les juges ne se contentent pas d'apprécier les prix aux seules prestations, mais prennent en compte « la situation financière de la maison mère ». Les juges ne réduisent pas l'analyse de l'excessive onérosité au contrat particulier, mais font référence plus généralement aux capacités financières de la société mère du débiteur. Néanmoins, ils refusent de réviser le contrat au regard des tarifs présentés par la société, mais prononcent sa résolution.

Si cette interprétation « subjective » de l'excessive onérosité paraît possible, elle pourrait sans mal se concevoir de manière générale à chaque fois que les circonstances influenceraient l'exécution du contrat lorsque les termes utilisés sont suffisamment permissifs. En effet, cette appréciation particulière du déséquilibre est déjà envisageable à l'égard de certaines dispositions dont les conséquences du changement de circonstances sont appréhendées par des notions très larges. C'est par exemple le cas de l'adaptation de la prestation compensatoire qui s'applique en présence d'un « changement important dans les ressources ou les besoins des parties ». Cette influence serait au contraire exclue lorsque le seuil est déterminé par un pourcentage, comme c'est le cas de l'adaptation du prix du bail en présence d'une fluctuation de la valeur locative à la hausse ou à la baisse de plus de 10%.

507. Synthèse : l'impossibilité de déterminer des éléments constants dans l'appréciation des conséquences du changement de circonstances. Il ne faut pas regretter ces différences de traitement à l'égard des conséquences d'une évolution des circonstances. Les différents dispositifs consacrés à cette adaptation ne répondent pas tous de la même politique juridique. Comme aperçu, les mécanismes qui intègrent la situation patrimoniale du débiteur

¹⁷³⁹ Les circonstances relevaient à l'occasion de la procédure de surendettement sont envisageables : *supra* n° 500 et s.

¹⁷⁴⁰ M. Aynès évoque la possibilité d'apprécier dans le cadre de l'application de l'art. 1195 C. civ. à la crise sanitaire « les incidences du changement sur la situation ou l'activité d'une partie prise *in concreto* » et de distinguer par exemple « le paiement d'un loyer d'un local précis interdit au public » qui n'a nécessairement pas le même impact que « pour le petit commerçant dont c'est la seule exploitation ou pour le grand établissement dont il ne représente qu'un dixième de la surface de vente » : L. AYNÈS, « Force majeure et révision pour imprévision », *RDC* 2021, p. 157.

¹⁷⁴¹ TC Paris, 14 déc. 2022, n° 2022033136, *LEDC* 2023, p. 5, obs. L. MOLINA.

sont conçus pour protéger son intérêt personnel et éviter sa mise au ban de la société¹⁷⁴². Ce sauvetage organisé répond à différentes valeurs, qui ne vont pas sans rappeler le respect de la dignité humaine¹⁷⁴³. Finalement, tout dépend de la nature des standards utilisés et la finalité que le législateur ainsi que le juge souhaitent promouvoir. Aucun obstacle textuel n'empêcherait de concevoir la finalité de l'article 1195 du Code civil de cette manière : en appréciant, non pas seulement « l'excessive onérosité » du point de vue du contenu du contrat, mais encore à l'égard des circonstances particulières du débiteur, le dispositif s'orienterait vers la protection de son intérêt. D'ailleurs, il n'est pas exclu que cette appréciation circonstancielle se fasse exclusivement à l'égard du contractant subissant le changement. Dans l'hypothèse où les circonstances font apparaître que l'adaptation des termes de l'accord serait préjudiciable au cocontractant, elle pourrait être refusée au débiteur la réclamant¹⁷⁴⁴. Cette possibilité s'envisage sans mal à la lecture de l'article 1195 alinéa 2 du Code civil. Il est en effet précisé que le juge, sur l'accord des parties, puisse procéder à son adaptation sans plus de précisions. Cette adaptation judiciaire s'apparenterait à la mission de l'amiable compositeur qui a la possibilité de statuer « en équité »¹⁷⁴⁵. Dans le même esprit, les projets européens font référence à la répartition « équitable » du juge des profits et pertes en cas de révision judiciaire du contrat¹⁷⁴⁶. Le juge se trouverait alors dans l'obligation de peser les intérêts en présence au regard des circonstances afin d'accorder ou non la renégociation du contrat, rappelant ainsi la méthode d'appréciation proportionnelle. Cette diversité à l'égard des éléments inclut dans l'appréciation des conséquences d'un changement de circonstances se constate encore à l'aune cette fois du seuil de déclenchement des différents dispositifs.

b. L'impossibilité de déterminer un seuil précis et uniforme d'adaptation du contrat aux circonstances

508. Une certitude : les conséquences « normales » ou « acceptées » de la survenance d'un changement de circonstances ne peuvent justifier une adaptation du contrat. Des textes prévoient expressément que l'évolution des circonstances ne peut justifier une adaptation du contrat. L'évolution doit être nécessairement envisagée et assumée par le débiteur. L'entrepreneur qui découvrirait des circonstances habituelles à la nature des travaux envisagés, comme la présence de termites dans une charpente, doit, sauf précision écrite contraire, assumer

¹⁷⁴² *Supra* n° 499 et s.

¹⁷⁴³ K. LAFAURIE, th. préc., n° 386 et s. Dans le même sens : C. NOBLOT, th. préc., n° 467 : « les jurisprudences relatives au contrat (...) illustrent une tendance générale des juges à promouvoir la dignité humaine ».

¹⁷⁴⁴ Nos développements : *infra* n° 518.

¹⁷⁴⁵ A. KASSIS, *Problème de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, t. 1, LGDJ, 1987, n° 412 : la possibilité pour un arbitre de pouvoir statuer *ex aequo* et *ex bono* reviendrait à stipuler « une clause d'adaptation aux changements de circonstances » ; Ph. FOUCARD, « L'adaptation des contrats à la conjoncture économique », *Revue arbitrale* 1979, p. 80 : les pouvoirs de l'amiable compositeur lui permettent de remédier aux déséquilibres contractuels. Ces pouvoirs sont fondés sur l'équité. L. GRYNBAUM, th. préc., spéc. n° 114, p. 89 : « la mission de l'amiable compositeur est fondée sur la renonciation des parties à se prévaloir d'une exécution stricte des droits qu'elles tiennent du contrat ».

¹⁷⁴⁶ Art. 6 :111 PDEC, Art. 89 al. 1^{er} DCEV.

le coût de cet événement imprévu. L'article 1793 du Code civil prévoit à l'occasion de la construction d'un bien immobilier à forfait « qu'aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan » ne peut être réclamée par l'entrepreneur ou l'architecte au maître de l'ouvrage. Le caractère forfaitaire du prix est censé parer la découverte de circonstances défavorables à l'entrepreneur¹⁷⁴⁷. La survenance d'une circonstance au cours de la réalisation des travaux, comme la présence d'une « assise granitique rocheuse compacte » sous une dalle de béton impliquant d'importants travaux de destruction de blocs de pierre¹⁷⁴⁸, n'autorise pas l'entrepreneur à réclamer au maître de l'ouvrage un complément de prix. La répartition des risques pèse alors sur l'entrepreneur, ce qui donne un certain caractère aléatoire au contrat¹⁷⁴⁹, qui peut se révéler au cours de son exécution désavantageux¹⁷⁵⁰. L'aléa chasserait ainsi la lésion¹⁷⁵¹.

Cette rigueur à l'égard de l'entrepreneur est à notre avis critiquable. Une éviction de principe de toute adaptation du contrat face à certaines circonstances paraît disproportionnée. L'articulation entre les articles 1195 et 1793 du même code n'est pas à exclure, ce dernier ne prévoyant pas de formule générale d'éviction de l'influence de toutes circonstances. Le prix à forfait, censé prendre en compte la survenance de circonstances imprévues, pourrait bien se révéler déséquilibré par rapport au bouleversement sur l'exécution du contrat. De plus, la *ratio legis* de la disposition démontre que le législateur a souhaité éviter les abus effectués par les entrepreneurs en matière de construction¹⁷⁵². Il n'est donc pas totalement exclu que l'imprévision puisse s'appliquer face à un changement de circonstances exceptionnel ; la présomption de protection accordée au créancier de l'obligation tomberait alors au profit de

¹⁷⁴⁷ Sur une précision de l'exclusion de l'imprévision en raison du caractère forfaitaire du marché : D. HOUTCIEFF, « Le forfait exclut l'imprévision », *Gaz. Pal.* 2021, p. 25 : l'auteur remarque une tendance jurisprudentielle à l'exclusion de la révision pour imprévision pour les contrats de marchés à forfait. Il cite notamment une décision de la CA de Bordeaux du 27 avril 2021, n° 20/04054 précisant clairement que « le caractère forfaitaire du marché déroge par nature au bénéfice de l'imprévision prévue par l'article 1195 ».

¹⁷⁴⁸ Civ 3^e, 18 avr. 2019, n° 18-18.801, CCC 2019, comm. 117, obs. L. LEVENEUR. L'influence de certaines circonstances est moins évidente. A l'occasion de la guerre en Ukraine, l'explosion des prix, voire la pénurie de certaines matières premières pourraient ne pas être évincées sur le fondement de l'art. 1793. Sur cette problématique : J. MEL, « Les chantiers et la guerre en Ukraine : premiers éléments de réflexion », *Gaz. Pal.* 2022, p. 42. Ces événements sont-ils des changements de circonstances ? Matériellement, cette découverte ne peut être considérée comme un changement, sauf à l'apprécier par rapport à la connaissance raisonnable par les contractants. Nous pensons que le changement de circonstances pourrait s'apprécier par rapport à la connaissance intellectuelle de l'événement, la condition « d'imprévisibilité » déterminera ensuite si l'événement était « raisonnablement » connaissable. Sur ces réflexions : O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats (...)*, *op. cit.*, p. 444.

¹⁷⁴⁹ Dans ce sens : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 539 et s. Même sens : A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 568.

¹⁷⁵⁰ Les juges ont, de façon contestable à notre avis, énoncé l'impossibilité de bénéficier de l'art. 1195 C. Civ. lorsque l'art. 1793 du même code avait vocation à s'appliquer : CA 23 janv. 2020, n° 19/01718, *RTD Civ.* 2020, p. 364, obs. H. BARBIER sur le principe du spécial déroge au général. Dans le même sens et antérieurement : Civ. 3^e, 20 nov. 2002, n° 00-14.423, Publié au Bulletin : « Les circonstances imprévisibles ne sont pas de nature à entraîner la modification du caractère forfaitaire du contrat ».

¹⁷⁵¹ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision (...), art. préc.

¹⁷⁵² Sur cette remarque : D. BERTHIAU, *th. préc.*, n° 429.

l'entrepreneur victime du changement. Pour finir, ces difficultés d'exécution imprévisibles font écho aux fameuses sujétions techniques imprévues que reconnaît le droit administratif. Elles autorisent à modifier un contrat de marché public en présence de circonstances rendant son exécution plus difficile¹⁷⁵³. En l'absence de précision sur le contenu de la notion de circonstances, il pourrait englober la découverte ou la survenance de circonstances imprévisibles pour l'entrepreneur qui déséquilibreraient profondément son contrat¹⁷⁵⁴.

Au-delà de ces spécificités législatives à l'égard de certains contrats, les auteurs écrivent que le risque ne doit pas avoir été assumé contractuellement par des clauses spécifiques¹⁷⁵⁵. L'article 1195 du Code civil le précise aujourd'hui. Le débiteur doit encore accepter les conséquences « normales » attachées à une évolution des circonstances pour garantir à son cocontractant l'exécution du contrat¹⁷⁵⁶. Bien évidemment, tout changement de circonstances ne peut aboutir à une remise en cause de l'accord¹⁷⁵⁷. Cette précision est toutefois insuffisante pour distinguer les conséquences de la survenance de circonstances qui justifieraient une adaptation. Toutes circonstances qui iraient au-delà d'une évolution dite « normale » ne peuvent justifier une adaptation de l'accord. Autrement dit, les circonstances que l'on pourrait qualifier « d'exceptionnelles » ne peuvent se définir au regard de circonstances « habituelles ». Il existe en effet, entre ces deux catégories, une sorte de zone « grise » de circonstances qui, sans être tout à fait habituelles ou normales, ne sont pas suffisamment exceptionnelles compte tenu de leurs effets pour que l'adaptation du contrat soit accordée. Cette catégorie est évidemment variable selon les mécanismes d'adaptation concernés, d'où résulte l'impossibilité manifeste de définir avec précision les critères d'un seuil précis.

509. Des doutes : la détermination du seuil d'adaptation du contrat aux circonstances.

« L'aléa ordinaire et l'aléa extraordinaire. Oui. Mais où se trouve leur ligne de démarcation ? »¹⁷⁵⁸. Ainsi se résume la problématique permettant d'envisager le moment où l'intervention judiciaire dans l'adaptation du contrat devient possible et souhaitable. Il existerait une impossibilité de déterminer un seuil net au-delà duquel l'adaptation du contrat en présence

¹⁷⁵³ L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics a d'ailleurs remplacé le terme de sujétions imprévues par celui de « circonstances ». L'art. L. 2194-1, 3° du Code de la commande publique prévoit qu'un marché puisse être modifié lorsque « les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ».

¹⁷⁵⁴ En ce sens déjà : Civ. 3^e, 4 mai 1995, n° 93-15.557, inédit : justifient leur décision les juges qui admettent que des « difficultés matérielles non envisagées, tenant à des venues d'eau plus considérables que prévu et à des duretés de roches supérieures à celles annoncées, avaient surgi en cours d'exécution du contrat, entraînant un déséquilibre dans l'économie de celui-ci et que le maître de l'ouvrage » ne rentrant pas dans les prévisions du contrat administratif, ces événements constituant pour les juges des « difficultés naturelles imprévisibles et d'une anormale gravité ».

¹⁷⁵⁵ Clauses qui ne sont parfois pas exempt de tout soupçon d'invalidité comme nous avons pu déjà l'affirmer à l'égard des clauses organisant la force majeure (*supra* n° 414-418) et aménageant l'adaptation du contrat en présence de circonstances (*supra* n° 459-463).

¹⁷⁵⁶ Sur ces précisions à l'égard du contenu de la prestation contractuelle déterminée au regard des circonstances *supra* n° 350 et s.

¹⁷⁵⁷ Les parties au contrat acceptent toujours « une certaine dose d'aléa » : Ph. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur l'imprévision (...)*, *op. cit.*, n° 102.

¹⁷⁵⁸ C. STOYANOVITCH, *th. préc.*, p. 143.

d'une évolution des circonstances pourra être réclamée¹⁷⁵⁹. Les standards n'ont pas cette utilité. Ce seuil serait ainsi « variable au gré des circonstances ». C'est donc « au juge qu'il appartiendra de le tracer au cas par cas »¹⁷⁶⁰. Il « adopte une démarche casuelle » en discernant dans les faits si « l'application de la norme générale est acceptable ». L'approche n'est donc pas « constante », mais dépend largement de l'espèce en cause¹⁷⁶¹. Le droit français n'est pas une particularité dans le traitement de l'adaptation du contrat en présence d'un changement de circonstances. Les droits étrangers, comme le droit allemand et le droit néerlandais, renvoient à la justice pour le premier et à la raison et l'équité pour le second pour apprécier les conséquences du changement de circonstances sur le contrat¹⁷⁶².

Pour autant, le choix du standard à apprécier n'est pas laissé au hasard. L'utilisation de « l'excessif » ou du « significatif » suppose que le seuil est vérifié plus sévèrement qu'il ne l'est lorsque le standard est celui du « raisonnable »¹⁷⁶³. La présence d'un standard identique ne sera pas appréciée de la même manière suivant les intérêts qu'il tend à articuler¹⁷⁶⁴. En conclusion, lorsque l'admission du déséquilibre est conditionnée par la qualification d'un standard, elle est nécessairement tributaire des circonstances qui semble la méthode privilégiée par le législateur. Le choix des termes indique la plus ou moins grande latitude offerte au juge dans l'adaptation du contrat. Ce choix tourné vers le standard n'est pas anodin : il démontre en effet la volonté de déléguer au pouvoir judiciaire la possibilité de prendre en compte de façon circonstanciée la situation des contractants.

Cette souplesse d'appréciation est capable d'appréhender de différentes façons le déséquilibre suivant les contrats concernés. Les contrats dits « alliances » ou « institutions » impliquent une coopération entre les parties presque naturelle contrairement aux contrats synallagmatiques classiques. C'est à l'occasion de ces contentieux que des obligations

¹⁷⁵⁹ L. GRYNBAUM, th. préc., n° 31 : « il apparaît qu'il n'existe pas de critère précis qui permette d'établir qu'au-delà d'un certain seuil le déséquilibre est suffisamment important pour justifier l'adaptation du contrat ». A propos de l'imprévision : L. THIBIERGE, th. préc., n° 451 : l'auteur relève « l'impossibilité de déterminer un *seuil* au-delà duquel devrait se déclencher le correctif de la révision » en raison notamment de l'utilisation de « termes flous ». Dans le même sens : J. FISCHER, th. préc., n° 211 : le choix de critères objectifs se révèlent souvent illusoires car trop rigides, mais des notions comme l'équité ou l'excessif paraît dangereux car la marge d'appréciation judiciaire est trop grande ; L. FIN-LANGER, th. préc., n° 434 et s.

¹⁷⁶⁰ Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le devoir de renégociation du contrat (...), art. préc.

¹⁷⁶¹ C. BOUIX, th. préc., n° 216 et s.

¹⁷⁶² Art. 242 et 313 du BGB et art. 6:258-1 du Code civil néerlandais.

¹⁷⁶³ Sur cette constatation voir not. : O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 451 : le choix de « l'excessif » envoie un double message. Politique d'abord, en indiquant au juge de prendre en considération les déséquilibres seulement « criants ». Juridique ensuite, le juge devant spécialement motiver l'excessif onérosité de l'exécution du contrat.

¹⁷⁶⁴ Sur cette idée : T. PIAZZON, th. préc., n° 108, p. 183 : en évoquant le droit des successions et le droit du divorce, l'auteur affirme qu'« un standard ou une notion floue n'a pas la même incidence dans chacune de ces deux matières ». Cette appréciation ne consiste pas à nier la sécurité juridique ou l'idéal de justice mais plutôt de « constater que l'équilibre entre ces valeurs ne peut être à chaque fois identique et globalement prédéterminé pour l'ensemble du droit ».

particulières de bonne foi en présence d'un changement de circonstances ont été reconnues¹⁷⁶⁵. La qualification du déséquilibre dans ce genre de contrat serait plus facilement admise.

En revanche, lorsque le déséquilibre est enserré dans un seuil précis, comme le dépassement d'un pourcentage, l'influence des circonstances en est normalement exclue. L'étude des premières décisions rendues sur le fondement de l'article 1195 du Code civil va être l'occasion de revenir sur la difficulté de déterminer avec précision les éléments admis dans l'appréciation des conséquences du changement de circonstances.

Paragraphe 2 : La préservation de l'intérêt du contractant au regard de la qualification des circonstances et des conséquences sur sa situation

510. Plan. L'étude des dispositions consacrées à l'évolution des circonstances a mis en évidence l'évolution du droit français vers une adaptation du contrat au regard des conséquences du changement de circonstances plutôt qu'à l'aune de l'origine de ce changement. La protection de certaines catégories de contractants se fait à ce prix.

Dans d'autres dispositions, dont la théorie de l'imprévision prévue à l'article 1195 du Code civil, le législateur a fait le choix de retenir la démonstration de certains critères attachés à la survenance des circonstances, ce qui rend plus difficile l'admission de l'adaptation du contrat (A). Cette difficulté est d'ailleurs dénoncée par de nombreux auteurs qui souhaiteraient retenir une indifférence à l'égard des circonstances, préférant ainsi une adaptation du contrat en raison seulement des conséquences de ce changement (B).

A. La qualification des circonstances restreint l'admission de l'adaptation du contrat

511. L'exemple de l'adaptation de l'œuvre cédée à forfait. L'article L. 131-5 du Code de propriété intellectuelle permet à l'auteur qui a cédé son droit d'exploitation de réclamer la révision de son contrat dans le cas d'une lésion des plus de sept douzièmes ou d'une « prévision insuffisante des produits de l'œuvre ». La présence dans l'article du terme « prévision » évoque pour de nombreux auteurs la consécration dans ces contrats de la théorie de l'imprévision¹⁷⁶⁶. Elle a été conçue dans un souci de protection de l'auteur qui est considéré comme la « partie économiquement la plus faible »¹⁷⁶⁷. D'ailleurs, les juges ont recours parfois expressément au

¹⁷⁶⁵ *Supra* n° 302.

¹⁷⁶⁶ P.-Y. GAUTIER, « Le contrat bouleversé : de l'imprévisibilité en droit des propriétés artistiques », *D.* 1990, p. 130 : l'auteur souligne tout de même dès les premières remarques de son étude que l'adjectif « imprévisible » est utilisé dans le but de « regrouper toutes les situations nées des circonstances nouvelles et pas seulement l'imprévision ».

¹⁷⁶⁷ X. PRÉS, « L'action en révision pour lésion et imprévision en droit d'auteur : applications et perspectives », *AJ Contrat* 2018, p. 112. De manière plus vaste, sur l'impérativité de protection en droit d'auteur, N. BALAT, « NFT et droit des contrats », *Rev. Lamy dr. immatér.*, 2023, à paraître.

terme. La demande de révision d'une illustratrice qui avait cédé ses droits à une société qui utilisait ses œuvres sur des gommettes a été refusée, « le simple succès commercial invoqué (*par l'illustratrice*) ne saurait caractériser, à lui seul, la situation d'imprévision prévue » par le texte¹⁷⁶⁸. L'auteure aurait dû démontrer le caractère imprévisible de l'évolution des circonstances, et ce, bien qu'un déséquilibre soit sans conteste présent. Cette preuve devient inutile lorsque l'auteur subit une lésion « d'*oultre moitié* », ce qui montre bien que la gravité du déséquilibre ici n'a aucunement besoin d'être conditionnée par la démonstration d'un changement de circonstances.

512. Consécration de l'imprévision en droit commun des contrats. La théorie de l'imprévision a été consacrée par l'article 1195 du Code civil à l'occasion de la réforme du droit des obligations du 10 février 2016, renversant ainsi la célèbre jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Canal de Craponne* du 6 mars 1876¹⁷⁶⁹. À s'en tenir à sa lettre, la disposition est applicable à tous les contrats, sauf aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et aux contrats financiers comme le précise l'article L. 211-40-1 du Code monétaire et financier¹⁷⁷⁰. Certaines décisions considèrent toutefois que le texte de droit commun n'aurait pas vocation à s'appliquer lorsqu'existe un dispositif spécial d'adaptation du contrat aux changements de circonstances¹⁷⁷¹. Cette nouveauté n'en est pas une à l'échelle des pays européens, le rapport remis au président de la République précise que la France est un des derniers pays à avoir intégré un mécanisme de révision en cours d'exécution¹⁷⁷². Les conditions de l'admission d'une adaptation du contrat ressemblent à celles de la force majeure, tout du moins concernant les conditions attachées au

¹⁷⁶⁸ CA Paris, 17 nov. 2020, n° 126/2020.

¹⁷⁶⁹ Civ. 6 mars 1876, *De Gallifet c. Commune de Pélissanne*, D. 1876, p. 193, note GIBOULOT.

¹⁷⁷⁰ Concernant les doutes sur la précision de ces notions et la question prioritaire de constitutionnalité sur la validité dudit article au regard du principe d'égalité : D. HOUTCIEFF, « L'égalité devant l'imprévision », *RDC* 2023, p. 6.

¹⁷⁷¹ Nombre d'illustrations concernant aujourd'hui le bail commercial. Cette tendance reste cependant à confirmer. Elle est d'ailleurs critiquable pour certains auteurs. En ce sens : D. HOUTCIEFF, *Droit commercial, op. cit.*, n° 733. Dans le même sens : M. MEKKI, « Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision. Libre propos », *JCP N* 2017, p. 155. Il existe néanmoins des débats doctrinaux sur la portée réelle de l'applicabilité du dispositif (par ex. sur le marché à forfait tel que régi par l'art. 1793 C. civ.).

¹⁷⁷² Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016. Les pays influencés par la tradition juridique française ont souvent pour particularité l'absence d'une disposition sur le changement de circonstances en cours d'exécution du contrat. Comme pour le droit français antérieur à 2016, les tentations de pallier cette absence en recourant à la bonne foi furent grandes et se sont parfois concrétisées. Par ex. en droit québécois : P. ANCEL, « Imprévision et bonne foi en droit québécois », *RDC* 2017, p. 546 : l'auteur évoque les avis d'un comité nommé « office de révision du code civil » qui recommandait l'adoption d'un mécanisme d'adaptation afin « d'établir une meilleure justice et équité », recommandation qui n'a pas été suivie à l'occasion des réformes du Code civil québécois. Dans cette veine, une décision de la CA du Québec a reconnu, sur le fondement de la bonne foi, la possibilité de « remédier à un déséquilibre contractuel qui pourrait relever de la théorie de l'imprévision là où elle est nommément admise en droit positif » (1^{er} août 2016, *Churchill falls*, Cons. 127). Pour une présentation des différents droits européens intégrant un mécanisme d'imprévision sur différents fondements : R. DAVID, « L'imprévision dans les droits européens », art. préc.

changement de circonstances¹⁷⁷³. Ce dernier doit être imprévisible, précise l'article¹⁷⁷⁴, et rendre l'exécution « excessivement onéreuse ». La crise sanitaire du Covid a constitué une occasion de générer de rares illustrations d'application du dispositif comme nous le verrons par la suite. Le moins que l'on puisse dire est qu'aucune directive bien nette ne semble se dégager de l'appréciation du caractère imprévisible de l'événement, ni du contenu de la notion d'excessive onérosité.

513. Balbutiements jurisprudentiels sur le contenu de « l'excessive onérosité ». La question principale au regard de la notion d'excessive onérosité est de savoir si elle se comprend comme une augmentation du coût de l'exécution ou comme une diminution de la valeur de la contreprestation, qui n'est plus compensée par un enrichissement corrélatif. Les deux définitions semblent envisageables, et nous pensons qu'aucun obstacle sérieux n'interdirait aux juges d'envisager, suivant les circonstances, l'une ou l'autre¹⁷⁷⁵. Les principes Unidroit relèvent d'ailleurs la possibilité de ces deux acceptions de l'onérosité dans l'article 6.111 consacré au changement de circonstances¹⁷⁷⁶. Elle nous semble d'ailleurs préférable : elle ne fermerait pas la porte à l'application de l'article si l'une ou l'autre des situations advenait et démontrait un besoin pressant d'accorder au débiteur une révision du contrat sur ce fondement. En outre, ce choix permettrait d'appréhender plus clairement un contentieux sur la question qui est loin d'être précis et constant.

Pour le moment, aucune ligne directrice ne semble se dessiner sur le choix de la définition à retenir. L'excessive onérosité pour certains juges doit se concevoir comme « l'augmentation du coût de l'exécution pour le débiteur de l'obligation »¹⁷⁷⁷. D'autres refusent d'accueillir « la demande de révision du loyer sur le fondement de l'imprévision prévue par l'article 1195 du Code civil, dès lors que le montant du loyer contractuellement convenu est resté le même pendant la crise sanitaire et n'est pas devenu plus onéreux »¹⁷⁷⁸. Les magistrats du fond restreignent ainsi considérablement le bénéfice de l'article en donnant seulement effet aux

¹⁷⁷³ Sur un rapprochement souhaitable de la notion d'imprévisibilité entre la force majeure et l'imprévision : Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, p. 373 : la notion d'imprévisibilité doit se vérifier à l'égard de la personne du contractant, au regard de « sa situation personnelle, de l'âge, de la profession, de la formation ou les compétences du demandeur ».

¹⁷⁷⁴ Les conditions d'irrésistibilité et d'extériorité sont plus souvent évoquées à l'occasion de l'appréciation de la force majeure mais des parallèles avec la théorie de l'imprévision sont permis et du reste souvent faits. L'extériorité de l'événement est admise implicitement comme elle l'est pour d'autres dispositions. L'irrésistibilité pourrait s'apprécier en admettant que le changement de circonstances rendant l'exécution excessivement onéreuse n'a pu être évitée par des mesures appropriées. Sur ces questions not. : L. AYNÈS, « Force majeure (...), art. préc.

¹⁷⁷⁵ Retenant les deux définitions : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 443, p. 410 : « l'onérosité s'entend aussi bien du coût de l'exécution que de la diminution de la contrepartie, un rapport coût/avantage devenu négatif ».

¹⁷⁷⁶ Art. 6.111 al. 1^{er} : « Une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué ».

¹⁷⁷⁷ CA Rennes, 14 déc. 2021, n° 21/00471 : décision tout de même à relativiser car le litige ne portait pas sur la précision de la définition de l'imprévision directement, mais sur la distinction entre les conditions de la force majeure et de l'imprévision.

¹⁷⁷⁸ CA Paris, 4 nov. 2021, n° 21/0527, *Gaz. Pal* 2022, p. 3, obs. D. HOUTCIEFF.

variations monétaires d'une prestation qui ne semblent être envisageables qu'à l'égard des contrats prévoyant des clauses de variation monétaire. La décision fut rapidement contredite par une autre qui invite à apprécier « l'économie du contrat », question qui excédait en l'espèce les compétences du juge des référés¹⁷⁷⁹. Comme le précise M. Houtcief que nous suivons entièrement, la référence à l'économie du contrat est plus conforme « à l'esprit du texte »¹⁷⁸⁰. Sur les éléments appréciés pour déterminer « l'excessive onérosité », une décision a admis le bénéfice de l'article en appréciant les capacités financières de la société mère du débiteur¹⁷⁸¹, ce qui va encore au-delà de l'appréciation de la seule « économie du contrat » habituellement admise. Les hésitations à l'égard du contenu de l'excessive onérosité doivent se cumuler avec la démonstration, non moins délicate, de la preuve d'un changement de circonstances imprévisible.

514. Appréciation circonstancielle de l'imprévisibilité de l'événement. L'article 1195 du Code civil ne précise pas la nature des événements à l'origine d'un déséquilibre. Des circonstances variées pourraient dès lors être éligibles au titre du dispositif : des circonstances économiques comme une crise sur un marché, des circonstances politiques comme une guerre, des circonstances sanitaires comme les épidémies ou environnementales comme une catastrophe naturelle, ou encore technologiques, telle que l'arrivée sur un marché d'une innovation rendant obsolète l'utilisation de certains produits¹⁷⁸². *Ubi lex non distiguit, non distinguere debemus !*

Sur l'imprévisibilité de l'événement en lui-même, nous avons déjà eu l'occasion d'insister sur sa dimension éminemment circonstancielle, qui n'autorise pas à envisager une imprévisibilité intrinsèque à certaines circonstances comme précisée de la même manière à l'égard de la force majeure¹⁷⁸³. Cette part irréductible de casuistique n'est pas sans poser de difficultés¹⁷⁸⁴. Un événement paraissant habituel pourrait être considéré comme imprévisible du fait de son ampleur. Inversement, un événement *a priori* inhabituel pourrait ne pas l'être si son amplitude est faible. Une décision du 30 mars 2022 a ainsi admis qu'une inflation « importante » du franc suisse puisse être considérée comme un changement de circonstances imprévisible par

¹⁷⁷⁹ CA Nancy, 10 nov. 2021, n° 21/01022, *RTD Civ.* 2022, p. 126, obs. H. BARBIER.

¹⁷⁸⁰ D. HOUTCIEFF, « Ce qui ne varie pas peut-il être plus onéreux ? », *Gaz. Pal.* 2022, *op. cit.*

¹⁷⁸¹ *Supra* n° 506.

¹⁷⁸² Pour d'autres exemples : G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, op. cit.*, n° 524. Certaines circonstances pourront être plus ou moins observées suivant la notion que le juge retiendra de « l'excessive onérosité ». Pour le changement technologique par exemple, la caducité serait un fondement plus adéquat que l'imprévision, puisque les contrats de fourniture de produits devenus obsolètes deviennent, non pas excessivement onéreux, mais plutôt inutiles. Cette perte d'utilité du contrat a plus de chance d'être admise au visa de l'art. 1186 C. civ. Sur l'application de la caducité pour perte d'utilité du contrat au regard d'un changement de circonstances : *supra* n° 476.

¹⁷⁸³ *Supra* n° 402 : bien que la formule sur la prévision du changement de circonstances diffère légèrement, nous pensons qu'il serait de bon augure d'apprécier l'imprévisibilité du changement de circonstances de la même manière pour les deux dispositifs, à savoir que la circonstance n'était pas raisonnablement prévisible. Ce traitement judiciaire identique aurait l'avantage d'éclairer le futur contentieux de l'imprévision par les décisions déjà rendues en matière de force majeure.

¹⁷⁸⁴ Sur ces constatations : L. THIBIERGE, « Les effets du contrat », *AJ Contrat* 2018, p. 266.

son ampleur, tout en refusant en parallèle son application en l'absence de preuve d'une altération « fondamentale » de l'équilibre des prestations¹⁷⁸⁵. La même solution a été reconnue à l'égard de la guerre en Ukraine. Un arrêt du 25 novembre 2022 a ainsi reconnu l'imprévisibilité à l'égard de cet événement, sans toutefois admettre un déséquilibre en résultant¹⁷⁸⁶. Par le passé, les crises sanitaires telle que l'épidémie H1N1 ou de chikungunya ont souvent pu être considérées comme des événements non imprévisibles¹⁷⁸⁷ une fois qu'ils furent relayés à grande échelle sur les chaînes d'information. Les juges peuvent tout de même s'aider de données statistiques afin de réduire l'absence de prévisibilité de leurs décisions, ce qu'ils font déjà à l'occasion de l'application d'autres dispositifs¹⁷⁸⁸.

515. Synthèse de la preuve des conditions de fond de l'adaptation du contrat en présence d'un changement de circonstances. Pour le résumer, l'appréciation du seuil du déséquilibre dans l'adaptation du contrat fait l'objet de fluctuations inhérentes à une appréciation nécessairement casuistique de ces contentieux. L'utilisation des standards d'imprévisibilité et d'excessive onérosité garantit la souplesse de l'appréciation judiciaire, offrant la possibilité d'envisager une diversité de circonstances.

L'appréciation circonstancielle est parfois source d'insécurité juridique. Comme pour la limitation des prérogatives contractuelles¹⁷⁸⁹, l'obligation de motivation renforcée dans le cadre de ces contentieux pourrait permettre de construire des « cas-types ». Ce manque de sécurité juridique est encore accentué par l'obligation de prouver, dans l'application de certains dispositifs comme la récente théorie de l'imprévision, le changement de circonstances « imprévisible ». Cette condition tend à rendre d'autant plus difficile l'admission d'une adaptation du contrat dans ces situations, ce qui amène de nombreux auteurs à proposer d'admettre une telle adaptation lorsqu'un déséquilibre est constaté.

B. L'existence d'un courant doctrinal favorable à la prise en compte des seules conséquences du changement de circonstances

516. Avantages de l'influence des seules conséquences du changement de circonstances. La double exigence de la qualification des circonstances et des conséquences de ce changement comporte de nombreux inconvénients. D'abord, ces deux filtres rendent majoritairement plus délicate l'admission d'un déséquilibre au titre d'un changement de circonstances. De façon un peu paradoxale, l'absence de critères précis de qualification du changement tend à admettre plus

¹⁷⁸⁵ CA Paris, 30 mars 2022, n° 20/02033.

¹⁷⁸⁶ CA Paris 25 nov. 2022, n° 22/00326,

¹⁷⁸⁷ CA Besançon, 8 janv. 2014, n° 12/02291 : la force majeure ne peut être reconnue à l'égard de l'épidémie de grippe H1N1 « qui a été largement annoncée et prévue ». Pour l'épidémie de chikungunya : CA Saint-Denis de la Réunion, 29 déc. 2009, n° /02114, citée par D. HOUTCIEFF, *Droit commercial, op. cit.*, n° 714, p. 417. Sur ces constatations d'ensemble : M. MEKKI, « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », *AJ contrat* 2020, p. 164.

¹⁷⁸⁸ Comme à l'égard de l'appréciation de la force majeure : *supra* n° 473.

¹⁷⁸⁹ *Supra* n° 302 et s.

facilement l'influence d'une évolution des circonstances. Cette constatation vaut autant pour les dispositifs législatifs applicables à ces situations que pour la pratique judiciaire. Pour les premiers, qui tendent à se multiplier au fur et à mesure des évolutions législatives comme c'est le cas du droit des entreprises en difficulté ou du droit du surendettement, l'accent est mis sur le rétablissement du débiteur en difficulté. L'origine et la nature des circonstances réapparaissent seulement à la marge de ces dispositifs, dans le but notamment de ne pas en faire bénéficier des contractants qui se rendraient coupables d'une absence de bonne foi, cette dernière étant appréciée plus ou moins sévèrement suivant les dispositions concernées. Du point de vue de la pratique judiciaire, l'utilisation de notions telles que la bonne foi autorise aussi à envisager un changement de circonstances sans que les juges soient dans l'obligation d'énoncer des caractéristiques particulières attachées aux circonstances à l'origine de la limitation d'une prérogative contractuelle¹⁷⁹⁰.

Le point commun de toutes ces constatations se résume ainsi : de nombreuses dispositions sont attachées, ou autorisent, à apprécier un changement de circonstances d'autant plus au regard de l'effet de ce changement qu'à l'égard des caractéristiques particulières des circonstances. Tel n'a pas été le choix de l'article 1195 du Code civil, la théorie de l'imprévision étant attachée originellement à la démonstration de l'imprévisibilité des circonstances comme son nom l'indique. Cette exigence ne va pas sans poser certaines difficultés dont les juges auront parfois du mal à s'accommoder. Il est parfois regrettable de délaisser des changements de circonstances à l'origine d'un grave déséquilibre, car le débiteur n'a pas réussi à démontrer l'imprévisibilité des événements qui est appréciée parfois extrêmement sévèrement.

517. L'absence de qualification de l'imprévisibilité du changement de circonstances : faveur à la purge des déséquilibres contractuels. Un grand nombre d'auteurs qui a consacré leurs monographies au déséquilibre contractuel met en avant le besoin de les apprécier en ne s'attardant pas outre mesure au changement de circonstances qui en est à l'origine. La présence d'un « bouleversement de l'économie contractuelle » ne devrait pas être limitée « à un type de circonstances déterminées »¹⁷⁹¹. Elle « égare le raisonnement en s'en tenant exclusivement à la source de la perturbation »¹⁷⁹². Ce qui est essentiel dans l'appréciation d'un déséquilibre, ce n'est pas « l'origine du changement de circonstances », mais « l'effet qui en résulte »¹⁷⁹³. Les circonstances aléatoires peuvent se révéler encore d'une telle ampleur qu'elles sont susceptibles de faire « disjoncter le mécanisme adaptateur, à la manière d'un fusible »¹⁷⁹⁴. Finalement, « tout

¹⁷⁹⁰ *Supra* n° 256.

¹⁷⁹¹ C. BESSON, th. préc., p. 625. Dans le même sens : L. AYNÈS, « L'imprévision en droit privé », art. préc.,

¹⁷⁹² L. THIBIERGE, th. préc. : la mesure du déséquilibre ne devrait pas varier selon sa cause mais selon ses caractéristiques. Même sens : L. GRYNBAUM, th. préc., n° 33 et s. : la conception la plus actuelle serait pour l'abandon du critère de l'imprévisibilité pour se concentrer seulement sur la non-imputabilité de la survenance de l'événement ou, autrement dit, l'irrésistibilité de l'événement faisant d'autant plus référence à l'appréciation du comportement du débiteur victime du changement de circonstances.

¹⁷⁹³ J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 298.

¹⁷⁹⁴ Ph. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision (...)*, *op. cit.*, p. 75.

risque imprévisible n'est pas, par principe, accepté par une partie, les parties n'ayant pour devoir que d'assumer les risques prévisibles »¹⁷⁹⁵.

518. L'appréciation de la condition d'imprévisibilité de l'article 1195 du Code civil.

Bien que l'adoption récente de la théorie de l'imprévision rende en grande partie obsolète ces propositions doctrinales, il serait encore possible de faire le choix d'une appréciation particulière de l'imprévisibilité qui permettrait de se concentrer sur le déséquilibre contractuel en résultant. Si la finalité de l'article 1195 du Code civil se conçoit à l'égard de la purge des déséquilibres contractuels les plus criants au nom d'une certaine protection du débiteur, le caractère imprévisible du changement de circonstances peut s'envisager de façon permissive¹⁷⁹⁶. Cette constatation autoriserait en parallèle à apprécier la disposition comme étant impérative. La finalité de protection du débiteur face à certains déséquilibres flagrants impliquerait que la correction soit réclamée si les clauses d'adaptation se sont révélées insuffisantes pour mettre fin aux déséquilibres¹⁷⁹⁷.

La rédaction de l'article est suffisamment sécurisante pour le créancier de l'obligation pour ne pas y voir une ingérence assurée du juge au sein du contrat : il n'est pas dans l'obligation de procéder à l'adaptation du contrat à la seule demande du débiteur, il en a seulement la possibilité¹⁷⁹⁸. Il serait alors envisageable que ce dernier apprécie la demande légitime de renégociation en ne s'attardant pas seulement sur la situation du débiteur, mais sur celle du créancier. La compréhension permissive de la notion d'imprévisibilité trouverait sa limite dans l'atteinte à l'intérêt de ce dernier. Afin que le juge accorde la demande d'adaptation du contrat au débiteur, il pourrait tout à fait l'apprécier, non pas exclusivement à l'aune de l'intérêt du débiteur, mais aussi à l'égard de l'intérêt du créancier. En somme, la qualification de l'imprévisibilité et de l'excessive onérosité ne suffiraient pas à accorder la renégociation ou la résolution judiciaire. Ces facultés sont seulement suggérées par l'article 1195. Rien n'empêcherait, au regard des termes choisis par la disposition, d'envisager que la possibilité d'adaptation du contrat implique implicitement une appréciation des intérêts du débiteur et du créancier. La logique du raisonnement proportionnel se rencontre encore ici. Cette possibilité n'est pas si originale ; le droit allemand prévoit une procédure assez similaire. L'interprétation jurisprudentielle de l'article § 313 alinéa 1^{er} du BGB implique de vérifier, à côté du changement de circonstances propre et l'évaluation de la répartition des risques, que le contrat ne puisse être malgré tout imposé au contractant comme convenu entre les parties, ce qui témoigne de

¹⁷⁹⁵ H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, th. préc., n° 388.

¹⁷⁹⁶ Sur la possibilité d'envisager le risque d'insolvabilité par l'appréciation du critère d'imprévisibilité comme la survenance d'un événement dont les parties n'ont pas accepté d'en assumer le risque : K. LAFAURIE, th. préc., n° 618.

¹⁷⁹⁷ Sur la problématique de la possible impérativité de l'art. 1195 C. civ. : *supra* n° 460.

¹⁷⁹⁸ Le choix laissé au juge de la révision ou de la résolution du contrat devra être précisé à l'avenir. S'il refuse d'adapter le contrat compte tenu de l'intérêt du créancier, doit-il obligatoirement y mettre fin ? La réponse paraît positive, puisque le fait de caractériser l'imprévisibilité et l'excessive onérosité de l'exécution devrait conduire à l'une ou l'autre des solutions.

l'approche circonstanciée d'un tel raisonnement¹⁷⁹⁹. Le raisonnement proportionnel à travers la mise en balance des intérêts est, là aussi, prégnant¹⁸⁰⁰. Des tentations de cet ordre se font sentir dans d'autres droits proches du nôtre.

519. Interprétation audacieuse de l'imprévision par la Cour de cassation belge. Pour attester de la trop grande sévérité de la condition d'imprévisibilité, un arrêt de la Cour de cassation belge s'est engagé vers une interprétation extensive de l'article 79 de la CVIM qui concerne l'inexécution du contrat en présence d'un événement de force majeure. Par une décision du 19 juin 2009, les juges reconnaissent que le débiteur puisse être exonéré de sa responsabilité en présence de « circonstances non raisonnablement prévisibles » de nature à « aggraver la charge de l'exécution du contrat ». Toujours selon les juges, ces circonstances peuvent « dans certains cas, constituer un empêchement indépendant » de la volonté du débiteur¹⁸⁰¹. Ils autorisent en parallèle et sur le même fondement la révision du contrat.

Spectaculaire à l'égard de la force majeure, puisque les éléments énoncés par les juges décrivent plutôt une situation d'imprévision, elle n'en est pas moins remarquable à propos de la notion retenue d'imprévisibilité. Il est question en l'espèce d'une hausse brutale des prix, événement qui ne répond que très rarement à la condition d'imprévisibilité. Cette décision met bien en évidence que l'appréciation de l'imprévisibilité ne doit pas exclure systématiquement ces situations. M^{me} Fauvarque-Cosson dans le commentaire de l'arrêt cité s'interroge sur le point de savoir si « une modification drastique de l'environnement économique » ne rendrait-elle pas l'exécution « impossible » lorsque celle-ci conduirait par exemple « à la faillite de la partie lésée »¹⁸⁰². Ce questionnement montre bien que, dans certaines situations, la connaissance prévisible de l'événement n'est pas déterminante dans l'application du dispositif. Il existe des situations où les conséquences des circonstances rendent indispensable la protection du contractant qui les subit. La notion d'imprévisibilité serait susceptible de s'appliquer lorsqu'il ne serait pas raisonnable de considérer que les circonstances qui risqueraient d'acculer à la ruine le débiteur aient été acceptées dès la conclusion du contrat. Cette précision amène à d'autres conséquences : une clause d'acceptation de l'ensemble des risques résultants d'un changement de circonstances ne pourrait s'appliquer à ce genre de situations. Plusieurs fondements, déjà étudiés pour la plupart, sont alors envisageables : la clause serait susceptible d'abord d'être

¹⁷⁹⁹ J. DUBARRY, « Baux commerciaux et Covid-19 : un éclairage de droit allemand sur le principe et la mise en œuvre de la révision des loyers pour imprévision », *RDC* 2022, p. 82 : l'appréciation de cette condition est « particulièrement importante en droit allemand car elle permet, par une approche très concrète de la situation, une application restrictive de la révision pour imprévision ».

¹⁸⁰⁰ J. DUBARRY, *Ibid.* : concernant la crise du Covid, la question de l'intangibilité du contrat « doit être résolue par une mise en balance des intérêts à l'occasion de laquelle toutes les circonstances propres au cas d'espèce doivent être prises en compte », circonstances qui doivent être envisagées aussi du côté du bailleur. La décision de la Cour fédérale de justice allemande qu'il cite reproche aux juges des cours inférieures de ne pas avoir mis en balance les intérêts des parties par un raisonnement circonstancié.

¹⁸⁰¹ Cass. Belge, 19 juin 2009, *RDC* 2010, p. 1405, obs. B. FAUVARQUE-COSSON.

¹⁸⁰² B. FAUVARQUE-COSSON, *Ibid.*

abusive sur les différents fondements que nous avons relevés plus tôt¹⁸⁰³. Le législateur pourrait encore considérer que l'article 1195 est impératif dans ces circonstances¹⁸⁰⁴. Enfin, le juge serait susceptible de limiter l'application de cette clause de répartition des risques sur le fondement de la bonne foi, puisqu'elle ne peut être considérée vraisemblablement comme une clause touchant à la substance des droits et des obligations du créancier.

¹⁸⁰³ *Supra* n° 459.

¹⁸⁰⁴ *Supra* n° 460.

520. Conclusion de la Section I. L'influence des circonstances sur le contrat en vue de son adaptation est souvent absorbée par la problématique de l'imprévision. L'ensemble des arguments a été abordé par le prisme de la contrariété à la force obligatoire du contrat et du respect de l'autonomie des parties, et donc de la défense de la sécurité juridique des transactions¹⁸⁰⁵.

L'atteinte à la sécurité juridique de l'adaptation du contrat aux circonstances est pourtant démentie par les nombreux textes présents à cet effet. Le droit français connaît depuis l'origine du Code civil des mécanismes d'adaptation du contrat aux circonstances qui se conçoivent sans que les conditions de l'imprévisibilité, voire de l'extériorité des circonstances, ne soient envisagées. Ces dispositifs se justifient principalement au regard de la volonté d'envisager les conséquences d'un changement de circonstances afin de remédier au déséquilibre en résultant, notion de déséquilibre appréciée, au regard des éléments rentrant dans le calcul et du seuil, différemment suivant la politique juridique suivie par le législateur et les juges.

Un constat se dégage de l'étude de cette diversité de mécanismes : plus le dispositif est marqué par la protection de l'intérêt du débiteur, moins les considérations attachées à l'influence des circonstances sont déterminantes dans l'adaptation du contrat. La consécration récente de la théorie de l'imprévision montre que le législateur a fait le choix de limiter la potentielle applicabilité de l'article 1195 du Code civil en prévoyant des critères sévères à l'égard du changement de circonstances. Afin de ne pas ruiner l'intérêt d'une telle disposition, des appréciations plus permissives des conditions « d'imprévisibilité » et de « l'excessive onérosité » sont envisageables. Dans une certaine mesure, l'impérativité de l'article reste défendable.

Le constat d'une évolution du droit vers l'influence des circonstances dans le but de protéger le débiteur ne doit pas écarter l'appréciation de l'intérêt du créancier. Une analyse circonstanciée qui préside à la plupart de ces mécanismes doit envisager l'ensemble des circonstances du contrat lorsque la décision de son adaptation judiciaire est en jeu. Pour assurer sa cohérence, l'analyse circonstanciée ne doit pas s'envisager à l'égard d'un seul contractant. Ces conséquences doivent être étudiées à l'égard de toutes les parties concernées par l'adaptation. L'appréciation des circonstances, qui assure une certaine justice contractuelle en luttant contre une lecture trop rigide du contrat, ne saurait aller à l'encontre de ce qu'elle tend à promouvoir. Cette dernière remarque est d'autant plus importante lorsque l'intérêt à défendre est externe au contrat.

¹⁸⁰⁵ G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, n° 59, p. 181 : le refus de consécration de la théorie de l'imprévision est le « rempart de la sécurité juridique ».

SECTION II. LA PROTECTION D'UN INTÉRÊT EXTERNE AU CONTRAT

521. La préférence du terme d'intérêt dit « externe » au contrat. La protection d'un intérêt extérieur au contrat peut autant être justifiée afin de respecter un intérêt dit « privé » ou plus « général ». La même affirmation peut être formulée à l'égard de la protection d'un intérêt dit « interne » au contrat. Des théories déjà citées, comme l'imprévision par exemple, n'échappent pas à cette constatation. Il est autant possible de la justifier en raison de la protection du secteur économique dans sa globalité que sur le fondement de la promotion de la justice et de l'équité dans le contrat. M. Terré émet des remarques similaires à propos des notions « d'ordre public » et « d'intérêts privés », en remarquant que le premier est relié aux seconds lorsque l'ordre public est dit de « protection », l'ordre public de direction étant plus sensible aux « considérations plus puissantes et plus générales »¹⁸⁰⁶. C'est pourquoi le choix du terme « externe » est préférable à la notion d'intérêt général.

522. Plan. Le droit civil dans son ensemble est de plus en plus écartelé entre la conservation de ses principes traditionnels et l'influence de nouvelles aspirations économiques et sociales, voire sociétales. La promotion des droits individuels au sein du contrat se fait pressante et exigeante en raison, notamment, de la prolifération de ces intérêts qui ne se conçoivent plus seulement vis-à-vis des contractants (Paragraphe 1). Cette prolifération amène nécessairement à des conflits d'intérêts, qui s'envisagent généralement comme des conflits de valeurs (Paragraphe 2). Nous montrerons en quoi l'analyse circonstancielle de ces contentieux se présente comme une nécessité.

Paragraphe 1 : L'influence des circonstances manifeste le besoin de protéger des intérêts externes au contrat

523. Plan. Avant de mettre en évidence la particularité de la méthode de raisonnement circonstancielle (B), il est nécessaire de revenir rapidement sur les causes pouvant expliquer en quoi le contrat est de plus en plus poreux à l'influence des circonstances afin de protéger des intérêts externes au contrat lui-même (A).

¹⁸⁰⁶ F. TERRÉ, « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, dir. Th. Revet, Dalloz, 1996, p. 3 et s. Il reconnaît l'imparfaite étanchéité entre ces deux notions : « derrière tout règle de protection » existerait une considération dite « sociale » dépassant ainsi « la prise en compte du seul cas particulier ». Dans le même sens : P. MUZNY, th. préc., n° 421, p. 323 : en citant les solutions de la CEDH, l'auteur affirme qu'elle « reconnaît bien souvent elle-même que derrière l'intérêt dit individuel de celui qui fait acte de liberté d'expression, se situe en même temps l'intérêt général de tous ceux qui peuvent bénéficier de l'information ».

A. Causes de l'influence des circonstances protégeant des intérêts externes au contrat

524. Plan. Deux raisons principales permettent de comprendre l'intérêt d'une étude sur l'environnement circonstanciel du contrat. La porosité du contrat aux circonstances se conçoit d'abord à l'égard des intérêts eux-mêmes, toujours plus nombreux (a). Ensuite, cette perméabilité s'explique par la large diffusion du concept contractuel, manifestant la faveur du droit pour le phénomène de contractualisation des relations (b).

a. La prolifération des intérêts : facteur de stratification des circonstances

525. L'évolution du droit vers la protection d'une pluralité de valeurs favorise la porosité du contrat aux circonstances. La disparition de la notion de « bonnes mœurs » du Code civil pourrait se percevoir comme une prise de distance entre le droit et la morale¹⁸⁰⁷. Il n'en est rien. Des formes de moralité se conçoivent sous d'autres concepts. Les notions de « valeurs » ou encore « d'intérêts » sont aujourd'hui plus courantes¹⁸⁰⁸, et sont parfois elles-mêmes absorbées par la notion « d'ordre public » ou « d'intérêt général »¹⁸⁰⁹. La défense de l'intérêt de l'individu se manifeste souvent comme le but du droit¹⁸¹⁰. À l'origine grandement

¹⁸⁰⁷ Elle réapparaît là où on ne l'attendait pas forcément, comme en droit des marques : CJUE, 27 fév. 2020, n° C-240/18P, *Gaz. Pal.* 2020, p. 3 ; *LEPI* 2020, p. 4, obs. S. CHATRY. Les juges européens reprennent les conclusions de l'avocat général pour définir la notion de bonnes mœurs en retenant qu'elle « se réfère, dans son sens habituel, aux valeurs et aux normes morales fondamentales auxquelles une société adhère à un moment donné ». Susceptibles de varier dans le temps et l'espace, ces valeurs et normes doivent être déterminés en tenant compte du « contexte social », « des diversités culturelles, religieuses ou philosophiques qui le caractérisent » (§39 et 53). Toujours selon les juges, cette appréciation de l'atteinte aux bonnes mœurs doit être, non pas abstraite, mais concrète en fonction de la réception qu'en aurait le public concerné (§55 et §66). Des arrêts récents invoquent les notions de « moralité » afin d'apprécier la contrariété à l'ordre public. Elle serait le signe d'une conception « renouvelée » des bonnes mœurs s'éloignant des « exigences de moralité sexuelle » en se rapprochant d'un « instrument de défense de valeurs sociales fondamentales » : D. HOUTCIEFF, « Que sont les bonnes mœurs ? », obs. sous TJ Paris, 6 janv. 2021, n° 19/03587, *Gaz. Pal.* 2021, p. 28. Sur la relation entre le droit et les mœurs : R. BOUDON, « Penser la relation entre le droit et les mœurs », in *Mél. F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 11 et s.

¹⁸⁰⁸ Par ex. : G. HELLERINGER, th. préc., n° 180 : « L'intérêt particulier, voulu ou accepté, doit cependant céder face aux valeurs et intérêts reconnus comme “essentiel(s) pour la société” avec lesquels il entrerait en contradiction ». F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, op. cit.*, n° 488 : le caractère d'ordre public est parfois conféré à certains textes par les juges « s'ils estiment que son respect est nécessaire à la sauvegarde des intérêts de la société française ».

¹⁸⁰⁹ M. MEKKI, th. préc., spéc. n° 78, p. 67 : l'intérêt général est le « fondement » ainsi que le « résultat » de la hiérarchie des intérêts. La légitimation que permet le concept d'intérêt général peut être d'ordre « substantielle et dogmatique » mais aussi « pragmatique et procédurale ». Ce dernier aspect se manifeste par le respect d'une procédure qui implique un « contrôle plus réaliste des intérêts en présence fondée sur la méthode d'un bilan facilitant une hiérarchie posée de manière casuistique et *a posteriori* ». C'est ce dernier phénomène décrit par l'auteur qui nous intéresse, car cette appréciation se fait nécessairement par l'analyse des circonstances particulières du contrat. Les intérêts individuels sont souvent confrontés à l'intérêt dit « collectif » qui émanerait des notions « d'ordre public » et « d'intérêt général ». Par ex. : F. TERRÉ, « Rapport introductif », *op. cit.* : l'ordre public est un « ensemble de principes et de valeurs » parfois en conflit avec la défense d'intérêts individuels, sauf à désigner la protection des intérêts individuels à son tour comme un nouvel ordre public. *Comp.* : J. CARBONNIER, « Exorde », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, *Ibid.*, p. 1-2 : « le pullulement désordonné de droits individuels qui a marqué la société permissive a pu provoquer, par lassitude et réaction, le désir d'un refus solennel, l'attente d'un retour à l'ordre collectif ».

¹⁸¹⁰ Sur cette idée : E. LENGART, *La théorie générale des conflits de lois à l'épreuve de l'individualisme*, préf. D. Bureau, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 621, 2023, n° 43 et s. Même sens : G. PIGNARRE, « Que reste-t-il des bonnes

influencée par la philosophie kantienne, la conception des intérêts s'éloigne aujourd'hui du respect de la liberté de l'individu comme la promotion de sa volonté pour se rapprocher d'une approche qui réinvestit la dimension « non-individualiste », ou encore « sociale » du droit¹⁸¹¹. L'influence grandissante du droit européen, très imprégné de ces considérations, modifie aussi profondément la manière dont le juge français appréhende les litiges de droit civil.

Puisque « l'indétermination des droits subjectifs est à la mesure de l'extension qu'ils ont prise »¹⁸¹², le juge ne peut plus se contenter d'appliquer un raisonnement formaliste, déconnecté des circonstances d'un litige particulier. Les nouvelles méthodes de raisonnement judiciaire comme le contrôle de proportionnalité s'apparentent dans une certaine mesure à un « contrôle de valeur »¹⁸¹³. Cette évolution très nette du raisonnement judiciaire à travers la proportionnalité témoigne le besoin du droit de se connecter « au monde des valeurs sociales représentatives du réel », la proportionnalité offrant au juge les capacités de « produire une décision juste »¹⁸¹⁴. Néanmoins, il serait faux d'affirmer que l'appréciation circonstancielle s'est immiscée dans le raisonnement judiciaire depuis l'épanouissement du contrôle de proportionnalité. Des droits particuliers comme le droit de la concurrence et le droit de l'environnement accueillent largement ce genre de raisonnement, ce qui déstabilise le contrat.

526. L'appréciation des circonstances en droit de la concurrence. Le respect de l'ordre public économique et concurrentiel perturbe grandement la stabilité du contrat lorsqu'il bafouerait le libre jeu de la concurrence réputé pour s'autoréguler dans de saines conditions¹⁸¹⁵. Si à l'origine les principes contractuels suffisaient à éradiquer les abus constatés sur le marché économique, c'est aujourd'hui un arsenal législatif puissant qui est mis en œuvre pour rétablir

mœurs en droit des contrats ? », *RDC* 2005, p. 1290, spéc. n° 10 : l'auteure évoque la notion d'ordre public « philanthropique » qui se distinguerait par l'adjonction de la valeur fondamentale du respect de la dignité humaine.

¹⁸¹¹ Qui se rapprocherait ainsi du droit naturel. Sur cette idée : E. LENGART, th. préc., n° 205 et s. : « (...) les valeurs trouvent à nouveau une source d'inspiration particulièrement féconde dans la notion de nature des choses », l'idée de justice s'imposant comme « la valeur clé de l'axiologie non-individualiste de la conception classique du droit (...) ». L'opposition entre ces différentes finalités du droit transparaît aussi dans la notion de « droit à » qui est distinguée parfois de celle de « droit de » : M. PICHARD, *Le droit à. Étude de législation française*, préf. M. Gobert, Economica, 2006, n° 34 et s., spéc. n° 35-38.

¹⁸¹² O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 29.

¹⁸¹³ E. JEULAND, « Une approche non utilitariste du contrôle de la Cour de cassation », *JCP G* 2016, suppl. n°1-2. Sur l'influence de la méthode proportionnelle sur le contentieux du contrôle des droits, et plus particulièrement des prérogatives unilatérales : *supra* n° 261 et s.

¹⁸¹⁴ F. SUDRE, préface de la thèse de P. MUZNY, th. préc., n° 13.

¹⁸¹⁵ Le droit de la concurrence se rapprocherait du droit des contrats par la volonté de défense de la liberté : D. MAINGUY, L. DEPINCE, M. CAYOT, *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 3^e éd., 2019, p. 2. L'égalité des parties au contrat est inhérente au concept contractuel. Le droit de la concurrence, droit quasi-« utilitaire », ne s'embarrasse pas de tels concepts philosophiques. Il ne s'agit plus alors de sanctionner un comportement anti-concurrentiel, mais d'éradiquer les comportements qui pourraient déboucher sur une situation anti-concurrentielle, ce qui n'est pas une logique partagée par le droit des contrats où l'atteinte à la liberté contractuelle doit être démontrée pour que le contrat soit remis en cause. Pour une définition du droit de la concurrence : D. MAINGUY, « Droit de la concurrence », in *Dictionnaire de droit du marché*, éd. Ellipses, 2008, p. 149.

l'ordre concurrentiel¹⁸¹⁶. Contrairement au droit commun des contrats, les opérateurs économiques plus faibles ou, *a contrario*, les positions de force, sont autant d'éléments inclus en droit de la concurrence qui altèrent le postulat d'égalité des opérateurs économiques. L'appréciation de la licéité des comportements concurrentiels ne se vérifie pas seulement à l'égard d'un contenu contractuel. Le comportement qui entrave le libre jeu de la concurrence dépasse nécessairement le contenu du contrat. Un accord qui, pris isolément, paraît parfaitement licite est susceptible d'être remis en cause, car ses effets sur un marché particulier lui sont néfastes¹⁸¹⁷. La différence d'esprit entre ces deux pans de droit se constate jusque dans les notions comme l'objet d'un accord. La notion « d'objet anticoncurrentiel » est loin de recouper la notion « d'objet du contrat », la première se rapportant à l'intention de l'auteur de la pratique anticoncurrentielle¹⁸¹⁸. Les juges européens reconnaissent que la notion d'accord permettant de qualifier une entente illicite n'est pas réductible à la notion de contrat telle que le conçoit notamment le droit français¹⁸¹⁹.

Grâce à certaines circonstances factuelles, le droit de la concurrence parvient à éradiquer, avant la commission de l'excès, certains comportements qui pourraient fausser les lois du marché. On assiste alors à un « recul » de l'évaluation des circonstances qui se réalise, non à l'instant de la commission des faits, mais au moment de leurs potentielles influences néfastes sur un marché donné¹⁸²⁰. Ce faisant, le droit de la concurrence est d'autant plus marqué par l'analyse circonstancielle au cœur de nombreuses dispositions, telles que celle d'abus de position dominante¹⁸²¹. Certains équilibres contractuels qui, *per se*, n'avaient sûrement rien d'illicite, sont remis en cause au nom de cette saine concurrence. Cette prise en compte permet de protéger un intérêt qui ne se trouve pas directement dans l'accord contractuel, mais qui se

¹⁸¹⁶ M. Oppetit affirme en effet que « les économistes sont passés d'une conception générale et théorique de l'équilibre économique à des appréciations concrètes et diversifiées de situations de marché plus ou moins concurrentielles » : « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence » in *Rev. Sc. Mor. et pol., Le contrat*, n°3, 1995, p. 242.

¹⁸¹⁷ En ce sens : L. BOY, « Les utilités du contrat », *LPA* 1997, p. 3 : « Le contrôle de la conformité à l'ordre public concurrentiel et celui de l'abus sont peut-être les formes que prennent de nos jours l'utile et le juste dans le contrat ? ».

¹⁸¹⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Droit de la concurrence et droit des contrats (brèves observations) », *RDC* 2004, p. 870.

¹⁸¹⁹ Par exemple : CJCE, 11 janv. 1990, *Sandoz c/ Commission*, aff. C 277-87 : « Pour être constitutive d'un accord au sens de l'art. 85 du traité, il suffit qu'une stipulation soit l'expression de la volonté des parties (...), sans qu'il soit nécessaire qu'elle constitue un contrat obligatoire et valide selon le droit national ». Sur la constatation de la différence de notion de contrat entre l'économie et le droit plus généralement : E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, P. LAROCHE, A. PARENT, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 3^e éd., 2021, n° 1924 : « Pour l'économiste, le contrat est une entente caractérisée par des attentes et des comportements réciproques, lesquels sont dictés et orientés par un intérêt mutuel dans la réalisation d'un bénéfice commun (...). L'économiste ne s'intéresse donc pas aux conditions de formation du contrat ». Cette particularité se retrouve de manière générale à l'égard de tous les statuts juridiques, comme celle d'entreprise qui n'est pas réductible à la personne morale. Sur cette précision : M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, 8^e éd., 2019, n° 154.

¹⁸²⁰ Les dispositifs sur les abus de position dominante ou les ententes illicites sont topiques dans cette appréciation *ex ante* de la commission des infractions. L'art. 101 TFUE affirme que ce sont les « accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet » de mettre en péril le jeu de la concurrence qui sont proscrits. Même remarque pour l'art. 102 TFUE sur les abus de position dominante.

¹⁸²¹ Sur ce point : C. BOUIX, th. préc., spéc. n° 220.

conçoit en dehors d'elle : l'intérêt du marché, qui aurait pour but ultime la protection du consommateur. Le droit de la concurrence, qui s'inspire grandement du droit économique, influence nécessairement en retour le droit des contrats¹⁸²². Le droit des contrats et l'économie du droit n'ont donc pas le même objet d'étude : le droit des contrats se situerait, selon l'analyse économique du droit, à un niveau microéconomique et s'intéresserait seulement à l'accord interindividuel qu'il ferait naître. Peu importe finalement les répercussions de la conclusion de l'accord sur le marché, tant que la validité « interne » de celui-ci est conservée¹⁸²³. Le droit de la concurrence a une approche que l'on pourrait qualifier elle aussi de « conséquentialiste » ce qui le rapproche d'autant plus de l'ordre économique¹⁸²⁴. Plus globalement, le droit du marché occulte la dimension « personnelle » de la relation contractuelle pour faire du contrat un bien comme un autre, source de richesse¹⁸²⁵.

Ce changement de perspectives impose indubitablement un changement conceptuel dont les conséquences se font ressentir sur le droit des contrats. Le raisonnement qui préside au contentieux concurrentiel et économique intègre des éléments d'appréciation qui s'assimilent parfois à un « contrôle d'opportunité »¹⁸²⁶, appelant à un raisonnement « casuistique » qui « se concilie mal avec les objectifs (...) de prévisibilité et de sécurité juridique »¹⁸²⁷. La validité de l'accord au regard des règles contractuelles ne préjuge en rien de son sort dans l'hypothèse où le contrat participerait à favoriser ou créer une pratique anticoncurrentielle. L'appréciation de la validité d'un acte par rapport au critère du « bien-être » du consommateur, central en droit de la concurrence, évoque l'utilisation d'un standard¹⁸²⁸. Néanmoins, cette différence de philosophie entre le droit de la concurrence et le droit civil tend, au fur et à mesure des réformes législatives, à se réduire. Le droit des contrats s'oriente de plus en plus vers la sanction des comportements contractuels sur le fondement de la bonne foi principalement, mais encore de l'abus et, pourquoi pas à l'avenir, à grand renfort de contrôle de proportionnalité¹⁸²⁹. L'utilisation des standards est omniprésente en droit civil, et particulièrement en droit des contrats, ce qui le rapproche aujourd'hui de droits qui se sont construits, dès l'origine, en adoptant ces méthodes de

¹⁸²² Sur cette idée : L. BOY, art. préc.

¹⁸²³ En ce sens : T. KIRAT, *Économie du droit*, éd. La Découverte, 2012, p. 7.

¹⁸²⁴ T. KIRAT, *Ibid.*, p. 11 qui qualifie l'approche de l'économie du droit de « conséquentialiste », rappelant ainsi la méthode de raisonnement des juges européens lorsqu'ils utilisent le fameux contrôle de proportionnalité *in concreto*. Dans le même sens : E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, P. LAROUCHE, A. PARENT, *Ibid.*, spéc., n° 85 : « La pratique du droit demande quelle est la règle juridique applicable à un cas et, éventuellement, quelle serait la règle souhaitable. L'analyse économique du droit demande quels sont les effets sociaux de la règle applicable et cherche la justification de celle-ci à travers ces effets ».

¹⁸²⁵ F. DEBOISSY, G. WICKER, « Droit du contrat et droit du marché : éléments pour une problématique », *RDC* 2006, p. 1321. Aussi : J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », art. préc.

¹⁸²⁶ L. BOY, art. préc. ; Dans le même sens : M.-A. FRISON-ROCHE, J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2^e éd., 2022, n°47, p. 48 : le droit de la concurrence « conduit aussi à des solutions de nature plus stratégique et politique que de technique juridique ».

¹⁸²⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, J.-C. RODA, *Ibid.*, spéc. n° 64, p. 48 et n° 70, p. 54.

¹⁸²⁸ Sur les caractéristiques du standard et l'influence des circonstances qu'il implique : *supra* n° 239 et s.

¹⁸²⁹ Pour plus de précisions : *supra* n° 253 et s.

raisonnement. L'influence de considérations circonstanciées est d'autant plus marquante dans des pans de droit émergents, comme celui du droit environnemental.

527. L'influence des circonstances environnementales. L'émergence récente d'une législation assurant la protection de l'environnement incite de plus en plus les opérateurs économiques à envisager ces risques particuliers dès la conclusion de leur accord¹⁸³⁰. La pollution des sols, qui touche directement les contrats de vente de biens, fait par exemple l'objet d'une obligation d'information pouvant éventuellement conduire à la nullité du contrat pour vice du consentement¹⁸³¹, ou encore à une résolution sur le fondement de l'article L. 125-7 du Code de l'environnement¹⁸³². L'article 1112-1 du Code civil offre un terreau favorable à ces nouvelles exigences¹⁸³³. Outre ces mécanismes spécifiques liés à la transparence, la protection de l'environnement permet d'atteindre d'autres finalités qui s'arriment souvent à la protection de droits fondamentaux particuliers régulièrement en conflit avec les libertés économiques¹⁸³⁴, notamment sur le fondement de l'article 8 de la Conv. EDH relatif au respect de la vie privée des requérants¹⁸³⁵. Des auteurs plaident pour la reconnaissance d'un « ordre public environnemental » et admettent que la liberté contractuelle ainsi que la force obligatoire du contrat en sont, par contrecoup, affaiblies¹⁸³⁶. Les contrats pourraient donc, dans certaines circonstances, être frappés « d'inefficacité » lorsqu'ils seraient « contraires à l'intérêt environnemental », la force obligatoire se trouvant dans ces hypothèses « instrumentalisée par le législateur à finalité de protéger l'environnement »¹⁸³⁷. Une auteure remarque à ce propos que les acteurs de la vie économique doivent dépasser l'approche « classique » d'intégration du

¹⁸³⁰ Un auteur évoque « l'environnementalisation du contrat » : A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, 5^e éd., 2021, n° 65.

¹⁸³¹ Sur cette question : M. DESROUSSEAU, *La protection de la qualité des sols*, préf. P. Billet, LGDJ, Bibl. dr. urb. et env., t. 13, 2016, spéc. n° 404 et s.

¹⁸³² Sur l'influence des informations relatives à la pollution des sols sur le sort du contrat de vente d'immeuble : *supra* n° 475. L'absence d'information peut conduire les professionnels, dont le notaire, à engager sa responsabilité envers le vendeur d'un bien pollué si les circonstances impliquaient qu'ils auraient dû s'informer du « passé industriel » du bien objet de la vente » notamment en présence d'une clause dite de « *dépollution* » : CA Lyon, 20 oct. 2022, n° 21/08664. L'absence de pollution fait partie de l'objet du contrat par l'effet de l'insertion de cette clause et autorise l'acquéreur à engager la responsabilité du vendeur sur le fondement de l'obligation de délivrance conforme de l'art. 1604 C. civ.

¹⁸³³ Les arrêts antérieurs à la réforme invoquaient l'art. 1602 C. civ. précisant que « le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige » et que « tout pacte obscur et ambigu s'interprète contre le vendeur » afin de le sanctionner pour manquement à son obligation d'information. Par ex. : Civ. 3^e, 21 fév. 2001, n° 99-17.666, Bull. Civ. III, 2001, p. 18, D. 2002, p. 392, obs. G. PIGNARRE : le vendeur qui n'informe pas l'acquéreur de la situation de l'immeuble à propos du droit de chasse se rend coupable d'un manquement à son obligation d'information sur le fondement de l'art. 1602 C. civ.

¹⁸³⁴ Sur cet aspect : P. BAUMANN, *Le droit à un environnement sain et la convention européenne des droits de l'Homme*, préf. L. Bianku, LGDJ, Bibl. dr. urb. et env., t. 19, 2021, n° 544 et s.

¹⁸³⁵ Par ex. : CEDH, 21 fév. 1990, n° 9310/8, *Powell et Rayner c/ Royaume-Uni*, spéc. §37 et s. Le contentieux concernait les perturbations sonores causées par un trafic aérien en raison de vols de nuit des avions de l'aéroport de Heathrow.

¹⁸³⁶ P. LEQUET, th. préc., n° 421 et s. Dans le même sens sur la « constitutionnalisation » du changement climatique : R. ROMI, G. AUDRAIN-DEMEY, B. LORMETEAU, *Droit de l'environnement et du développement durable*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 50 et s.

¹⁸³⁷ P. LEQUET, *Ibid.*, n° 22, p. 27-28.

risque climatique dans le contrat afin de s'intéresser à la « protection des intérêts des parties »¹⁸³⁸.

b. La diffusion du contrat : facteur de multiplication des circonstances

528. Extension du concept contractuel et multiplication des conflits d'intérêts. La faveur pour le concept contractuel amène le contrat à s'épanouir dans des environnements variés. Il représente en effet un manteau adapté aux relations économiques ; il est reconnu aujourd'hui comme l'instrument privilégié, voire idéal, des échanges¹⁸³⁹. La société dans son ensemble se serait « contractualisée »¹⁸⁴⁰. La contractualisation serait une régression « des liens prescrits au profit des liens consentis »¹⁸⁴¹, terme à ne pas confondre avec le « contractualisme » bien que les deux phénomènes soient liés. Le contractualisme est l'idée que le contrat serait la forme la plus aboutie de la relation sociale ; croire au contractualisme, c'est plaider pour la contractualisation de la société¹⁸⁴². Dans une économie mondialisée et libérale, le contrat semble le support idéal, car il serait l'émanation du choisi, du négocié, contrairement aux règles étatiques qui sont imposées. L'évolution vers une contractualisation change profondément l'essence même du contrat, son recours pouvant s'éloigner des conceptions traditionnelles qui l'ont façonné. À propos du droit de l'environnement par exemple, le contrat « pourrait faire son entrée dans un autre monde normatif qui le dépasse, celui du droit du changement climatique habituellement dominé par la prédominance du rôle des acteurs publics et plus particulièrement des États »¹⁸⁴³. La préférence pour le modèle contractuel dans des domaines normalement investis par les pouvoirs publics et l'État déforme nécessairement les fonctions du contrat, qui se conçoit de plus en plus comme un élément de sauvegarde de l'ordre social¹⁸⁴⁴. Par l'effet conjugué d'une évolution de la conception du contrat du fait d'une prise en compte accrue des intérêts qu'il peut contredire, et d'une intensification de son utilisation, le contrat doit composer avec des logiques qui ne lui sont pas naturelles. Cette manière d'apprécier l'acte juridique dépasse nécessairement le contenu strict des obligations afin de se concentrer plus précisément sur son environnement. L'approche circonstancielle est donc nécessaire à l'articulation des objectifs propres à chaque matière.

529. Synthèse des raisons de l'influence des circonstances sur le contrat dans la protection d'intérêts externes. De tout cela, le concept contractuel classique et les principes

¹⁸³⁸ M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Le risque climatique en droit des contrats », *RDC* 2016, p. 312.

¹⁸³⁹ « (...) les échanges économiques qui ponctuent l'existence de chacun (...) prennent la forme de contrat » : J. ROCHFELD, *Les grandes notions (...), op. cit.*, p. 525.

¹⁸⁴⁰ J. ROCHFELD, *Ibid.*

¹⁸⁴¹ D. TERRÉ, *Les questions morales du droit*, PUF, 2007, p. 29.

¹⁸⁴² Sur cette distinction : A. SUPIOT, *Homo juridicus (...), op. cit.*, p. 142-143.

¹⁸⁴³ M. HAUTEREAU-BOUTONNET, art. préc.

¹⁸⁴⁴ M. Terré distingue le contrat de l'ordre public en reconnaissant que le premier fait de la liberté la préoccupation première, contrairement à l'ordre public qui sert à la « sauvegarde de tout un ordre social » F. TERRÉ, « Rapport introductif », art. préc.

qui l'innervent n'en ressortent pas indemnes. En s'immisçant dans des sphères plus larges, le contrat ne peut rejeter l'influence des réalités concrètes inhérentes aux faits¹⁸⁴⁵. En résumé, « la contractualisation multiplierait ainsi les hypothèses de conflit d'intérêts et donc le besoin d'une déontologie contractuelle fondée sur la considération des personnes concrètes »¹⁸⁴⁶. Cette évolution du droit ne peut se passer d'une étude sur la nécessité d'un renouvellement des méthodes de raisonnement judiciaires.

B. Méthodes d'articulation des intérêts à défendre par l'approche circonstancielle

530. Plan. Le droit français est, par une longue évolution historique et philosophique, très attaché au mode de raisonnement « formaliste » ou « syllogistique »¹⁸⁴⁷. Le refus d'adoption du contrôle de proportionnalité s'explique essentiellement du point de vue des risques qu'il est censé charrier à l'encontre de cette conception particulière¹⁸⁴⁸.

La présentation des causes principales de l'influence des circonstances démontre la nécessité d'une approche circonstancielle de la résolution des litiges dont le droit français ne peut plus faire fi, notamment à l'égard de nombreux contentieux contractuels. C'est un leurre d'affirmer que les droits ou intérêts des parties sont déterminés par une hiérarchie conçue à l'avance par le pouvoir législatif qui garantirait la stabilité du droit ainsi que la sécurité juridique (a). L'analyse circonstancielle des intérêts en présence comporte des bienfaits absents d'une analyse statique et désincarnée de l'intérêt des contractants (b).

a. L'insuffisance d'une appréciation des droits déterminée abstraitement à l'avance

531. L'articulation de la hiérarchie des intérêts par un choix déterminé à l'avance évacue l'influence des circonstances. Le choix de protéger un intérêt externe au contrat en sapant si besoin sa force obligatoire s'envisage généralement comme une exception. Cette particularité ne se conçoit pas seulement à l'égard d'un intérêt externe, mais vaut aussi pour les hypothèses dans lesquelles le contrat est adapté en raison de la protection de l'intérêt d'un des contractants¹⁸⁴⁹. Depuis la révélation de l'importance de la loi écrite par la pensée positiviste, les conflits entre les principes et les exceptions sont normalement réglés par le législateur en amont des litiges afin de préserver la sécurité juridique¹⁸⁵⁰.

¹⁸⁴⁵ Plus largement sur cette idée d'influence de l'environnement contractuel sur le contrat : C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos (...) », art. préc., spéc. n° 9 : le contrat ne peut plus être présenté « abstraction faite du contexte juridique dans lequel il se développe ».

¹⁸⁴⁶ D. TERRÉ, *op. cit.*, p. 31.

¹⁸⁴⁷ Notre introduction : *supra* n° 7.

¹⁸⁴⁸ Sur cette précision et les références l'accompagnant : *supra* n° 264 et s.

¹⁸⁴⁹ *Supra* n° 481.

¹⁸⁵⁰ Les exceptions et adaptations peuvent être considérées comme « heurtant la sécurité juridique en écartant l'application normale de la norme » : C. BOUIX, *th. préc.*, n° 204, p. 274.

De nombreuses notions du droit des contrats, qui semblent régler l'articulation de ces intérêts de manière « objective », ne peuvent s'envisager en réalité sans être concrétisées dans des circonstances particulières. L'ordre public par exemple appartiendrait « à la catégorie des standards juridiques ou des notions à contenu variable » puisque sa « fonction » porte sur la hiérarchisation « des intérêts par référence à une table des valeurs ». Elle doit donc être « évolutive et s'adapter aux circonstances »¹⁸⁵¹. Ces deux aspects s'envisagent aussi à l'égard de la notion de proportionnalité. Dans une première acception existerait une « identité entre les variables en cause » démontrant l'existence d'une « échelle de valeurs préétablie ». Pour la seconde, qu'un auteur nomme appréciation « fonctionnelle », l'articulation des valeurs se réalise « en fonction d'un schéma référentiel relatif et non déterminé *a priori* »¹⁸⁵². La première conception fait plus écho à la proportionnalité telle que le concevrait le droit français comme affirmé plus tôt, alors que la seconde serait propre à la logique fondamentaliste¹⁸⁵³. Plus généralement, chaque contentieux contient des prétentions uniques et spécifiques « tant à raison de leur nature propre que du contexte où elles apparaissent ». Ainsi, le « degré d'importance de ces droits » ne s'évalue qu'en considération « des données propres à l'espèce »¹⁸⁵⁴.

La conciliation des intérêts des contractants n'échappe pas à cette constatation. Le droit des contrats serait censé privilégier abstraitement la sécurité juridique du contrat. Cette constatation s'estompe pourtant au fur et à mesure de l'évolution du droit. La multiplication des standards et l'importance du mouvement du contrôle du comportement contractuel¹⁸⁵⁵ mettent en évidence une direction prise par le droit des contrats vers une hiérarchisation des intérêts qui ne peut se passer de l'analyse des circonstances. Les arguments de sécurité juridique, de force obligatoire ainsi que de respect de l'autonomie de la volonté ne sont plus appréciés comme des finalités du droit des contrats. La notion même de sécurité juridique fait l'objet d'une redéfinition face à ces évolutions importantes. Elle serait un « impératif technique » et non une finalité du droit¹⁸⁵⁶. Le rôle de cette sécurité doit être aussi une « une affaire de circonstances » selon « les intérêts en cause »¹⁸⁵⁷. Cet « engouement contemporain » pour la sécurité juridique « donne d'ailleurs sa préférence à la sécurité subjective envisagée comme un droit fondamental individuel et ajustable

¹⁸⁵¹ M. MEKKI, th. préc., n° 318, p. 200. Dans le même sens : S. PIERRÉ-CAPS, « La constitution comme ordre de valeurs », in *Mél. D. G. Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 283 et s. : l'auteur reconnaît aussi le lien entre l'ordre public et le système de valeurs que la notion garantit, système évolutif suivant le temps et le lieu concernés. Même sens : Ph. MALAURIE, « Rapport de synthèse », in *L'ordre public (...), op. cit.*, p. 105 et s. : « En tout : en droit pénal, en droit administratif, en droit international privé, en droit civil, en droit du travail, en droit européen, je n'ai entendu que l'hymne à la nuance, à l'équilibre, au caractère relatif, à l'élément circonstancié que présente l'ordre public ». Les acteurs juridiques ont tenté de canaliser ces caractéristiques afin d'assurer « la prévisibilité du droit » mais « la nuance, le caractère relatif, le caractère circonstancié que présente l'ordre public » reviennent toujours, car ils sont « inévitables ». Voir aussi : S. RIALS, th. préc., p. 213-214 : la proportionnalité est le standard le « plus complexe » car il « requiert un arbitrage entre valeurs concurrentes, au nom d'une certaine conception de leur hiérarchie réputée normale à une époque donnée ».

¹⁸⁵² P. MUZNY, th. préc., n° 9 et n° 11.

¹⁸⁵³ Pour plus de précisions sur cette idée : *supra* n° 263.

¹⁸⁵⁴ P. MUZNY, th. préc., n° 104.

¹⁸⁵⁵ *Supra* spéc. n° 307 et s.

¹⁸⁵⁶ T. PIAZZON, th. préc., n° 8.

¹⁸⁵⁷ T. PIAZZON, *Ibid.*, n° 108.

dans chaque espèce, au détriment de l'autorité abstraite d'une loi générale »¹⁸⁵⁸. L'appréciation des circonstances relatives à la défense de chaque intérêt apparaît comme une nécessité. Paradoxalement, son épanouissement permettrait de ne pas malmener outre mesure le contrat quand un intérêt « externe » aurait vocation à remettre en cause l'accord. Lorsque ce dernier pourrait déstabiliser le contrat, comme dans le cadre de la protection de l'intérêt d'un marché ou d'un État, les autorités judiciaires auraient tendance à apprécier « abstraitement » l'intérêt afin qu'il prime sur les intérêts privés comme ceux des contractants.

532. L'insuffisance de la confrontation des intérêts « collectifs » et des intérêts « privés » sans l'analyse des circonstances. Il existe dans de nombreux contentieux attachés au respect des droits fondamentaux une tension entre, d'un côté, la défense de l'intérêt dit « général » ou « collectif » et, d'un autre, les intérêts dits « privés ». Pour insister sur l'importance de la pratique ou du comportement mis en cause face à l'intérêt privé qu'il est censé compromettre, les requérants insistent généralement sur la dimension d'intérêt « général » ou « collectif » que l'acte tendrait à promouvoir ou conserver, ce qui en légitimerait les atteintes¹⁸⁵⁹. Inversement, afin de remettre en cause un acte privé comme le contrat, les juges peuvent, de la même manière, insister sur la protection de l'intérêt « collectif » qu'il contrarie. La reconnaissance de la dimension collective d'un intérêt a tendance à prendre le pas sur la défense des intérêts privés¹⁸⁶⁰.

La liberté contractuelle peut s'envisager comme une liberté économique¹⁸⁶¹. Le Conseil d'État ainsi que la jurisprudence européenne rappellent régulièrement que la liberté économique n'est pas une « prérogative absolue » et qu'elle doit être appréciée « au regard de sa fonction dans la société ». Elle est susceptible de subir « dans l'intérêt général, des limitations à l'exercice de l'activité économique » en vérifiant au besoin le « respect du principe de proportionnalité »¹⁸⁶². En matière environnementale par exemple, un auteur remarque que les conflits entre les libertés économiques et le droit d'un requérant se plaignant d'une atteinte environnementale sur le fondement de l'article 8 de la CEDH peuvent se concevoir de manière

¹⁸⁵⁸ T. PIAZZON, *Ibid.*

¹⁸⁵⁹ J.-P. MARGUÉNAUD, « Conclusions générales », *LPA* 2009, n° 46, p. 119 : « Si la proportionnalité doit être introduite dans les relations horizontales, c'est en définitive, (...) pour faire triompher un intérêt particulier sur un autre intérêt particulier ».

¹⁸⁶⁰ C'est ce que souligne Villey lorsqu'il présente la définition des fins du droit selon Hegel. L'Etat, intérêt collectif par excellence, détient le « droit suprême » contre ceux des particuliers : *Philosophie du droit. Définition et fins du droit., Les moyens du droit, op. cit.*, p. 125.

¹⁸⁶¹ Le CE l'a reconnu dans une décision du 10 mai 2017, *Fédération des fabricants de cigares et société Coprova*, citée par P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 2^e éd., 2021, n° 71, p. 109.

¹⁸⁶² Par ex. : CJUE 4 mai 2016, *Pillbox 38 (UK) Ltd c/ Secretary of State for Health*, déc. C-477/14, spéc. §155 et 157-160 : le litige concernait entre autres le régime spécifique applicable aux cigarettes électroniques compte tenu des objectifs de santé publique. Les requérants affirmaient que cette réglementation spécifique n'était pas justifiée en raison du caractère « moins nocif », voire « bénéfique pour la santé publique » des cigarettes électroniques comparées à l'industrie du tabac.

horizontale, à savoir directement entre des opérateurs privés¹⁸⁶³. Le contrat peut donc subir des restrictions particulières face à la protection de l'environnement, de la santé, de la concurrence, d'intérêts politiques, si ces derniers sont appréciés par les juges européens ou français comme des intérêts à dimension générale. Le raisonnement circonstanciel serait donc capable de protéger le contrat face à cette tendance à l'instrumentalisation de certains droits.

b. Les bienfaits du raisonnement circonstanciel dans les contentieux d'articulation des intérêts

533. Le risque d'instrumentalisation de la portée des intérêts. L'intérêt général a tendance à être apprécié de façon « abstraite », loin des contingences permettant de montrer en quoi il devrait primer dans des circonstances particulières sur l'intérêt privé auquel il est confronté. Au contraire, l'intérêt privé est généralement apprécié de manière circonstancielle. Nous pensons que l'aménagement du « juste équilibre »¹⁸⁶⁴ entre des intérêts contradictoires ne peut se réaliser qu'au regard de toutes les circonstances qui ne s'envisagent pas exclusivement du point de vue du seul intérêt dit « privé ». Dans le cas contraire, les juges seraient susceptibles de toujours privilégier un intérêt « général » au détriment de l'intérêt « privé »¹⁸⁶⁵. Ce manque d'homogénéité dans la prise en compte des intérêts se manifeste jusque dans la rédaction des Cours européennes.

C'est ainsi que la CEDH reconnaît que le juste équilibre doit être envisagé afin de « ménager les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble »¹⁸⁶⁶. Il existe donc un risque non négligeable, à l'égard de contentieux contractuels qui illustrent une confrontation entre la défense d'intérêts privés des contractants et d'intérêts externes, d'instrumentalisation de la portée des droits suivant l'orientation du sens de la décision à donner. Un auteur indique précisément ce problème en indiquant que cette tendance transforme la structure du conflit confrontant à l'origine deux intérêts privés en une confrontation entre « un droit et un intérêt

¹⁸⁶³ Bien que l'application de la Conv. EDH ne se conçoit qu'indirectement de manière horizontale, le litige à la naissance du contentieux « ne s'en trouve pas complètement escamotée » : P. BAUMANN, th. préc., n° 539, pp. 479-480.

¹⁸⁶⁴ CEDH, *Flamenbaum et al. c/ France*, 13 fév. 2013, aff. n° 3675/04 et 23264/04, spéc. § 134 : les juges, après avoir rappelé que l'art. 8 a vocation à s'appliquer dans les affaires d'environnement, autant lorsque les dommages sont causés par l'Etat ou par l'industrie privée, précisent qu'il est nécessaire d'avoir égard « au juste équilibre à ménager ».

¹⁸⁶⁵ Sur ce point, un auteur remarque que la tendance dans la diffusion de « l'effet horizontal indirect » de la Conv. EDH ne se fait pas en pratiquant une « mise en balance des intérêts » individuels au cas par cas mais, par le jeu des obligations positives, de privilégier une mise en balance de l'intérêt individuel et de la norme générale, choisissant de situer le « juste équilibre » dans le cadre d'une évaluation globale des normes (*categorical balancing*) : F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 15^e éd., 2021, n° 169, p. 257.

¹⁸⁶⁶ CEDH, *Flamenbaum*, *Ibid.*, Même sens : Powell et Raynes C/ RoyaumeUni, *Ibid.*, spéc. § 41. Les auteurs indiquent que l'appréciation du contrôle de proportionnalité tel qu'il se conçoit habituellement dans le cadre de « l'effet horizontal » de la Convention, c'est-à-dire à propos de son respect par l'Etat dans sa relation avec des particuliers, convient mal « aux violations privées imputables à l'Etat du fait de son abstention et que la Cour recourt à la théorie des obligations positives » : F. SUDRE, *Les grands arrêts (...), op. cit.*, 2022, n° 13, p. 40.

général »¹⁸⁶⁷. Ce faisant, « le droit opposé à celui du requérant disparaît derrière la défense d'un intérêt général, d'un intérêt public »¹⁸⁶⁸. Cette transmutation du droit aurait donc pour effet de « peser plus lourd dans la balance que la protection du droit d'un titulaire esseulé, en raison d'un "effet de masse" »¹⁸⁶⁹. Un autre auteur remarque encore ce phénomène à l'égard de la protection de l'environnement qui se ferait en l'occurrence au détriment de cette dernière. Les libertés économiques auraient tendance à être appréhendées comme arrimées à la défense de l'intérêt général, contrairement à la protection de l'environnement du requérant qui serait apprécié comme un intérêt privé¹⁸⁷⁰.

En effet, le rattachement à la défense de l'intérêt général, ou au bien collectif d'un pays, a l'avantage de rendre légitime la promotion de ces intérêts qui n'en seraient pas nécessairement revêtus s'ils se manifestaient comme la seule défense de droits patrimoniaux particuliers¹⁸⁷¹.

Que ce déséquilibre se conçoive contre le contrat ou à son avantage, la constatation tirée en est inchangée. *Afin d'établir au mieux une balance des intérêts proche de la réalité du conflit, les droits mis en cause doivent être appréciés en considération des circonstances permettant d'identifier précisément la hiérarchie à privilégier.* L'approche circonstancielle de la balance des intérêts, loin ici de s'envisager comme un danger pour le contrat, pourrait au contraire encourager la protection de l'accord lorsque l'intérêt « externe » qui aurait vocation à le remettre en cause serait susceptible d'être privilégié abstraitement. L'instrumentalisation de la défense des droits « externes » au contrat par l'abstraction est donc un danger pour la stabilité des accords contractuels, danger que l'approche circonstancielle serait capable d'éviter¹⁸⁷².

534. L'approche circonstancielle de l'articulation des intérêts : rempart contre l'instrumentalisation des droits. La protection d'un intérêt « externe » au contrat se rencontre souvent à l'occasion d'un contentieux qui illustre la contrariété à un droit fondamental. Afin de respecter une certaine cohérence dans le raisonnement judiciaire, l'appréciation de la proportionnalité inhérente à ces contentieux ne peut pas faire l'impasse des circonstances du litige qui permettent de concrétiser les intérêts confrontés. En effet, il est de l'essence même de

¹⁸⁶⁷ P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2011, n° 877.

¹⁸⁶⁸ P. DUCOULOMBIER, *Ibid.*, n° 877.

¹⁸⁶⁹ P. DUCOULOMBIER, *Ibid.*, n° 883.

¹⁸⁷⁰ P. BAUMANN, th. préc., n° 548 et s. spéc. n° 550 et n° 553 : les juges européens ont tendance à apprécier les libertés économiques bénéfiques à un pays. L'appréciation abstraite de ces droits accorde une présomption de légitimité des atteintes qui est très difficile à renverser pour les requérants se plaignant d'une atteinte à la protection de leur environnement. Cette présomption « de bonne foi » tomberait seulement en présence « de circonstances particulières, liées à la présence d'une illégalité interne ou à la gravité de la lésion du droit individuel ». Cependant, l'environnement est apprécié comme d'intérêt général et est proclamé comme un droit de l'homme : M. PRIEUR, J. BÉTAILLE, M.-A. COHENDET, H. DELZANGLES, J. MAKOWIAC, P. STEICHEN, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 8^e éd., 2019, spéc. 36 et s.

¹⁸⁷¹ En ce sens : P. DUCOULOMBIER, *Ibid.*, n° 374, p. 237 : ces droits patrimoniaux apparaissent d'un « faible poids face à la dégradation de la santé d'une personne. Cet intérêt général pèserait d'un poids plus lourd que la défense de la propriété privée face à l'atteinte subie par le droit à la vie ».

¹⁸⁷² Pour une illustration particulière en droit immobilier : *infra* n° 537.

la proportionnalité de s'envisager de manière circonstanciée¹⁸⁷³. Quand les intérêts sont envisagés concrètement, la solution doit se limiter « aux circonstances de la cause dans lesquelles (*la décision*) épuise ses effets »¹⁸⁷⁴.

En droit privé et particulièrement en droit des contrats, le raisonnement casuel est habituel, car les exceptions à la force obligatoire et à la liberté contractuelle sont de plus en plus courantes¹⁸⁷⁵. Le développement de la catégorie des « droits à », dont l'influence n'échappe pas au contentieux contractuel, doit s'envisager aussi de cette manière. Le droit *à* est une « prérogative pour situation de crise, il apparaît au premier chef comme un instrument appelant à une telle adaptation du système juridique à des circonstances exceptionnelles. Il a vocation à déployer ses effets dans le registre de la flexibilité, registre que l'on peut juger aussi important que celui de la sécurité juridique »¹⁸⁷⁶. Cette nécessité inhérente à la conciliation des intérêts dans le contentieux fondamentaliste se conçoit de plus en plus à l'égard du contentieux contractuel¹⁸⁷⁷. L'intangibilité de l'accord et la force obligatoire du contrat ne sont plus vues comme des fins en soi¹⁸⁷⁸. Partant, ces arguments sont nécessairement mis en concurrence avec d'autres liés à la protection de l'intérêt du débiteur, ou à la conservation d'intérêts externes. Ces principes sont habituellement considérés comme garantissant la sécurité juridique des transactions. Cette sécurité, elle aussi, se conçoit de plus en plus régulièrement comme un argument finaliste qui, en réalité, protégerait indirectement l'intérêt du créancier¹⁸⁷⁹. Le droit des contrats assiste à un renouveau de la sécurité juridique qui sonne sa préférence « à la sécurité subjective envisagée comme un droit fondamental individuel et ajustable dans chaque espèce (...). De sorte que prospère finalement l'idée selon laquelle le juge serait mieux à même que le législateur de promouvoir concrètement la sécurité juridique subjective »¹⁸⁸⁰. Les principes contractuels sont de plus en plus éloignés d'une appréciation abstraite et désincarnée.

¹⁸⁷³ P. MUZNY, th. préc., n° 54, p. 58-59 : « *La dialectique qu'exprime la proportionnalité fait donc intervenir une mise en rapport des principes concernés dont le départage s'effectue nécessairement de manière contextualisée et circonstanciée* » (souligné par l'auteur). La proportionnalité, toujours selon l'auteur, est une « technique de raisonnement (n° 32). Le modèle du droit français reposant sur l'absolutisme de la loi a tendance à occulter « le monde des faits » (n° 41).

¹⁸⁷⁴ E. RIPOCHE, *La liberté et l'ordre public contractuels à l'épreuve des droits fondamentaux*, préf. Y. Lequette, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 626, 2023, n° 1214. Le juge hiérarchise donc les intérêts « en fonction des circonstances de la cause, sans pouvoir en faire une hiérarchie définitive, ou un précédent » (n° 1216).

¹⁸⁷⁵ C. BOUIX, th. préc., n° 221 et n° 225, p. 299 : l'existence d'exceptions implique un raisonnement « casuelle du juge », la nécessité d'une correction doit être déterminée par « les faits ». Il n'existe donc pas « d'automatisme, les faits doivent commander une correction et ce sont donc eux qui déterminent véritablement l'issue du litige ».

¹⁸⁷⁶ M. PICHARD, th. préc., n° 236, p. 307 et n° 237, p. 313 : « Le droit *à* semble laisser toute latitude au juge pour choisir la solution qui lui sied, en fonction des espèces, des seuls faits ».

¹⁸⁷⁷ La logique proportionnelle est l'apanage des droits fondamentaux mais convient tout autant aux litiges internes de droit privé selon un auteur, car « le caractère privé ne saurait cacher l'essence déséquilibrée des intérêts qui s'opposent » : P. MUZNY, th. préc., n° 119.

¹⁸⁷⁸ Sur ces remarques *supra* n° 480.

¹⁸⁷⁹ Sur cette appréciation particulière de la sécurité juridique : *infra* n° 537.

¹⁸⁸⁰ T. PIAZZON, th. préc., n° 108. La prolifération des « droits à » peut aussi s'envisager comme un renforcement de la sécurité de l'individu : M. PICHARD, th. préc., n° 60 et s., spéc. n° 62.

Toutefois, *les dangers d'une appréciation abstraite ne doivent pas refluer vers l'appréciation de l'intérêt externe au risque de toujours le préférer de manière injustifiée au détriment de la stabilité et de l'intangibilité de l'accord*¹⁸⁸¹. À ce propos, un auteur précise très justement que « l'adjectif fondamental n'est utilisé à raison de l'effet juridique qu'il engendre »¹⁸⁸² offrant ainsi la possibilité d'user de ces droits de façon « opportuniste ». L'articulation des droits porte nécessairement vers leur relativisme¹⁸⁸³. L'appréciation des circonstances est donc indispensable dans le choix du droit à privilégier en situation. Si cette appréciation circonstancielle paraît aller de soi à l'égard des contentieux mêlant des droits fondamentaux, il est encore indispensable de préciser une « typologie » de circonstances « venant préciser dans le détail les critères à prendre en compte au moment d'apprécier la licéité des restrictions apportées aux droits fondamentaux » afin d'apprécier « de la façon la plus complète possible l'ensemble des circonstances dans lesquelles l'application a lieu, et d'en tirer les effets que ces circonstances réclament »¹⁸⁸⁴. Finalement, la hiérarchisation des intérêts doit éviter autant que possible le conflit des intérêts.

Paragraphe 2 : Le conflit des intérêts à régler par l'analyse des circonstances

535. Plan. L'appréciation circonstancielle apparaît donc comme une nécessité face à l'ampleur du nombre d'intérêts pouvant remettre en cause la stabilité du contrat. En effet, face au pullulement des droits fondamentaux, la stabilité du contrat semble plus que jamais malmenée (A). Il est nécessaire de préciser la portée de l'argument de la stabilité afin de déterminer dans quelle mesure l'évolution du droit vers la protection d'intérêts « externes » toujours plus nombreux est un danger pour ce dernier (B).

¹⁸⁸¹ Sur l'avantage d'une approche circonstancielle des intérêts en présence : O. DE SCHUTTER, th. préc., p. 8 : « prétendre en pareille hypothèse que le juge devant qui le conflit est porté n'aurait pas à se prononcer sur l'identité des intérêts en opposition et sur leur poids respectif, revient alors à présupposer que les droits qui s'opposent à ceux du demandeur en justice sont pourvus d'un contenu identifiable d'avance, c'est-à-dire d'une liste finie de leurs modalités d'exercice possibles ». Toujours selon l'auteur, la complexification de la société implique ces méthodes de raisonnement et un recul en parallèle d'une « conception formaliste de la rationalité » (p. 9).

¹⁸⁸² D. DREYER, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006, p. 748, spéc. n° 19 et n° 25 et s. Il évoque les possibilités de « manipulation » pouvant se cacher derrière l'utilisation de ces droits.

¹⁸⁸³ Précisons que certains droits ne peuvent être relativisés. La protection de la dignité humaine par l'interdiction de la torture ne doit pas être mise en concurrence. Or, l'expansion de son utilisation dilue grandement la notion de dignité comme le remarque M^{me} Fabre-Magnan : *L'institution de la liberté*, op. cit., spéc. p. 255 : « On voit bien que la dignité considérée comme un simple droit subjectif peut céder assez facilement devant la liberté d'expression ».

¹⁸⁸⁴ O. DE SCHUTTER, op. cit., p. 13 : l'appréciation des circonstances doit se faire en considération d'intérêts qui impliquent « un niveau de généralité commun ». Autrement, le risque que l'intérêt invoqué par l'acteur « de plus grande taille » comme un acteur collectif ou encore l'Etat risque de l'emporter à défaut de cette « égalisation » des intérêts en présence (p. 15). Dans le même sens : S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux*, préf. F. Tulkens et F. Ost, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 250-251 : la méthode de raisonnement doit se concevoir de la même manière à l'égard de tous les intérêts qui sont en jeu. Ceux-ci doivent être appréhendés sur « un même niveau de généralité ».

A. La protection des intérêts externes préjudiciable à la stabilité du contrat

536. Vers une stratification des intérêts à défendre préjudiciable à la stabilité du contrat. Le contrat est donc parfois sapé par un autre ordre normatif qui ne répond plus de la même logique. Il existe un risque non négligeable que les contractants soient régulièrement dépossédés de leur contrat, car il prend place dans un environnement de concurrence des droits¹⁸⁸⁵. Ces dangers sont plus visibles à l'occasion de contentieux qui mêlent le respect de droits fondamentaux ou la protection d'un intérêt général particulier¹⁸⁸⁶. Ce pullulement des droits serait « la fin du droit objectif, l'explosion des institutions en “mini-droits” qui ne garantiraient absolument pas la même fiabilité technique »¹⁸⁸⁷ conduisant de façon inéluctable vers une « balkanisation des droits subjectifs »¹⁸⁸⁸. Sa mise en œuvre aboutirait à accorder une place trop importante à la liberté du juge nécessaire face à la présence de cette norme floue¹⁸⁸⁹.

La remarque énoncée à l'égard du droit « objectif » vaut tout autant pour le contrat : sa stabilité n'en serait pas moins épargnée, voire serait d'autant plus aux prises de cette évolution du droit puisqu'il est le ferment de la confrontation d'intérêts. La reconnaissance toujours plus prégnante de l'importance de son environnement le déstabilise¹⁸⁹⁰. Certaines notions plus proches de notre tradition civiliste française comportaient déjà les mêmes risques¹⁸⁹¹. Même à l'égard de concepts plus habituels comme celui d'ordre public, les auteurs n'hésitent pas à le qualifier de « mécanisme perturbateur »¹⁸⁹². Ce « phagocytage » contractuel serait même parfois visible à l'occasion de litiges éloignés de prime abord de ce genre de considérations.

537. L'exemple de l'influence de la protection du droit au respect de la vie privée dans le contentieux de la démolition des constructions illicites. Un auteur relève, à propos de deux arrêts remarquables dont les litiges concernaient le récent mécanisme du contrôle de la disproportion manifeste à l'occasion de la demande en démolition d'un immeuble d'un lotissement en raison de l'irrespect d'un cahier des charges, que les juges, « sous couvert d'exception de disproportion manifeste » aurait en réalité apprécié « une sorte d'impossibilité

¹⁸⁸⁵ M. PICHARD, th. préc., n° 244 et n° 245. Même sens : O. DE SCHUTTER, th. préc., p. 10 : la mise en balance des intérêts implique nécessairement le constat d'une absence d'absolutisme des droits fondamentaux, les droits sont « conditionnels ».

¹⁸⁸⁶ M^{me} Rochfeld évoque la notion de « socialisation » qui se définit comme la nécessité d'une articulation de l'intérêt général et des intérêts particuliers : *Les grandes notions (...)*, op. cit., p. 204.

¹⁸⁸⁷ M. PICHARD, th. préc., n° 2 : « autrui est le grand absent du droit à, il est négligé : seul le droit semble importer, l'intérêt de son titulaire » (n° 6).

¹⁸⁸⁸ D. COHEN, « Le droit à... », in *Mél. F. Terré*, op. cit., p. 393 et s., spéc. p. 395.

¹⁸⁸⁹ M. PICHARD, th. préc., n° 236 et s. Particulièrement sur la critique du flou de telles notions : M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, réed. 2008.

¹⁸⁹⁰ D'autant plus que les juges européens envisagent le contrat sur un même pied d'égalité que la loi ou les actes privés dans l'application du contrôle de proportionnalité. Sur ces précisions : *supra* n° 271.

¹⁸⁹¹ La reconnaissance d'obligations dites « positives » incite les juges à vérifier si l'État a pris des mesures positives qui empêche un particulier de contrarier les droits fondamentaux d'autres particuliers. Sur ce point : J.-P. MARGUÉNAUD, *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, éd. La documentation fr., 2001, p. 162 et s.

¹⁸⁹² Ph. MALAURIE, « Rapport de synthèse », op. cit., p. 105 et p. 107

sociale d'exécution qui aurait justifié en l'espèce le rejet de la demande de démolition » prenant ainsi en compte l'intérêt implicite des tiers¹⁸⁹³. Au-delà de l'élargissement des critères d'appréciation de l'article 1221 du Code civil que les juges semblent exercer¹⁸⁹⁴, l'arrêt est encore révélateur de la tendance à apprécier la confrontation de différents intérêts sous le prisme du contrôle de proportionnalité.

En l'espèce, à la méconnaissance des règles d'urbanisme qui justifiait à elle seule la démolition des biens, s'ajoutait la dégradation de l'intérêt de tiers, dont la construction illicite dans une zone naturelle dégradait visuellement leur environnement. Ces circonstances ont bien été envisagées par les juges du fond en prenant en considération l'avis d'un expert qui avait conclu que cette situation n'était pas « objectivement préjudiciable » aux créanciers, mais était à l'origine seulement d'un « ressenti négatif ». Avec M. Genicon, cette minimisation du dommage subi par les créanciers ne permet pas d'appréhender fidèlement la balance des intérêts qui aurait dû être mise en œuvre¹⁸⁹⁵. L'argumentation des juges se révèle presque ironique sur ce point. Ils reconnaissent tout de même des désagréments afin de justifier du versement d'une indemnité, à savoir le « volume » très important du complexe immobilier qui dénote avec le « standing » du lotissement. Les créanciers se trouvaient obligés de supporter des « inconvénients sonores et visuels liés aux déplacements de voisins multiples bien supérieurs à ceux des occupants d'une seule maison ». C'est sans compter sur la perte de la valeur « vénale » du bien que les juges sous-entendent, valeur qui était normalement garantie par la grandeur de la parcelle de terrain et l'environnement « bourgeois » dudit bien.

Ces seules circonstances auraient dû, à notre avis, admettre l'exécution forcée. Le refus de cette sanction en présence d'une disproportion manifeste ne doit être justifié qu'en raison de circonstances exceptionnelles. En présence du qualificatif « manifeste », la balance des intérêts doit privilégier la protection du créancier. La solution s'envisage non comme une justification de l'application de l'article 1221 du Code civil, mais comme l'opportunité de l'exécution forcée, ce qui dépasse voire renverse l'esprit de cette disposition. Aucune circonstance ne vient justifier le caractère disproportionné du coût de l'exécution, alors qu'elle appelle nécessairement à une « motivation circonstanciée »¹⁸⁹⁶. Seuls les intérêts des occupants de l'immeuble construit de manière illicite semblent envisagés.

¹⁸⁹³ Civ. 3^e, 13 juill. 2022, n° 21-16.407 et n° 21-16.408, *JPC G* 2022, n° 49, doctr. 1426, obs. P. GROSSER, *D.* 2022, p. 1647, comm. T. GENICON, *RDI* 2022, p. 591, obs. J.-L. BERGEL. Ces arrêts sont importants car ils semblent admettre une application anticipée de l'art. 1221 C. civ. Ce serait donc un revirement de jurisprudence que les juges auraient entrepris.

¹⁸⁹⁴ Sur ce point : *supra* n° 267.

¹⁸⁹⁵ T. GENICON, obs. sous. Civ. 3^e, 13 juillet 2022, *op. cit.*

¹⁸⁹⁶ T. GENICON, *Ibid.* En outre, aucune précision sur la bonne foi des constructeurs n'a été envisagée, ce qui laisserait la porte ouverte à tous les abus possibles. Il suffirait que ces derniers, afin d'échapper à une procédure de démolition, fassent en sorte d'installer des occupants dans des situations sociales, économiques ou familiales précaires pour exciper le respect des droits fondamentaux des occupants.

De plus, la particularité des standards utilisés renseigne le juge sur la marge d'appréciation dont il dispose. Comme pour l'adaptation du contrat en présence d'une imprévision par exemple, les standards de « l'excessif » ou encore du « manifeste » indiquent que l'application ne se fera que dans des circonstances exceptionnelles¹⁸⁹⁷. La balance des intérêts penche ainsi du côté de l'intangibilité du contrat et des droits qui lui sont adossés.

Finalement, l'appréciation circonstanciée des intérêts en présence n'est pas un obstacle dirimant à la protection de l'intérêt du créancier. En revanche, elle se révèle l'être lorsque cette appréciation n'est envisagée qu'à l'égard d'un intérêt afin d'en privilégier un autre qui, lui, est envisagé abstraitement.

538. Jurisprudence constante sur la protection d'intérêts externes au contrat. Ce n'est d'ailleurs pas la première fois que les juges de la Cour de cassation apprécient les circonstances de la situation des tiers pour décider de la légitimité de démolition de biens immeubles réclamée en raison de la violation de règles d'urbanisme. Dans une décision du 16 janvier 2020, elle a reproché aux juges du fond de ne pas avoir recherché « si ces mesures sont proportionnées au regard du droit au respect de la vie privée et familiale du domicile »¹⁸⁹⁸. En l'espèce étaient mis en confrontation le respect des règles d'urbanisme et le respect de la vie privée et familiale des occupants du bien. Les juges du fond n'avaient pas pris la peine de rechercher si « concrètement », et donc du point de vue des circonstances, l'équilibre des intérêts¹⁸⁹⁹ avait été vérifié.

De prime abord, la contrariété d'une telle jurisprudence à la stabilité du contrat n'est pas évidente. La démolition est la sanction applicable lorsqu'un droit réel a été transgressé, droit qui prend généralement sa source dans le respect d'un document contractuel comme le cahier des charges d'un lotissement¹⁹⁰⁰. Accueillir la démolition d'un bien immeuble permet donc de protéger la force obligatoire du contrat et les termes de l'accord ; l'exécution en nature est parfois considérée comme la continuité naturelle de l'exécution du contrat plus que comme une

¹⁸⁹⁷ Sur cette précision à l'égard des dispositions qui permettent l'adaptation du contrat en présence d'un changement des circonstances : *supra* n° 509.

¹⁸⁹⁸ Civ. 3^e, 16 janv. 2020, n° 19-10.375, *RTD Civ.* 2020, p. 428, obs. W. DROSS, *RDI* 2020, p. 377, obs. J.-L. BERGEL, *Ibid.*, p. 150, obs. P. SOLER-COUTEAUX.

¹⁸⁹⁹ J.-L. BERGEL, *Ibid.* : « La Cour de cassation ne se contente donc pas, en la matière, d'une appréciation "*in abstracto*" de la proportionnalité. Elle impose aussi au juge de rechercher "*in concreto*", en fonction des particularités de l'espèce, la proportionnalité entre le nécessaire respect du droit de l'urbanisme et la protection du domicile des intéressés ».

¹⁹⁰⁰ La démolition peut parfois s'envisager au regard des seules règles d'urbanisme et être réclamée par les autorités compétentes, dont les communes sur lesquelles les constructions litigieuses ont été bâties, sur le fondement de l'art. L. 480-14 du Code de l'urbanisme comme c'était le cas dans un autre arrêt rendu le même jour par la même chambre de la Cour de cassation : Civ. 3^e, 16 janv. 2020, n° 19-13.645, *RDI* 2020, p. 150, obs. P. SOLER-COUTEAUX. L'étude de ces décisions reste pertinente puisqu'elles permettent d'envisager les situations dans lesquelles ces démolitions sont refusées dans le but de protéger un intérêt fondamental comme celui du respect de la vie privée et du domicile des occupants installés dans l'immeuble visé par une procédure de démolition sur le fondement de l'art. 8 de la Conv. EDH.

véritable sanction¹⁹⁰¹. La refuser serait récompenser « la malice » du contractant en méconnaissant la « force obligatoire du contrat »¹⁹⁰². En ne partageant pas cette appréciation assez extrême de ces décisions¹⁹⁰³, il ne faut pourtant pas renier que la protection d'intérêts externes au contrat limite la disponibilité de certains droits des contractants, ce qui pourrait s'envisager comme une atteinte à l'accord contractuel lui-même.

Face à la prolifération des droits fondamentaux, le juge doit au moins en limiter les risques en appréciant, non pas abstraitement, mais concrètement la hiérarchie des intérêts à privilégier. En reprenant le contentieux du contrôle de la disproportion manifeste, il est indispensable que l'appréciation des circonstances se fasse de la même manière lorsqu'elle implique la destruction d'un bien. Les juges ont tendance à toujours accorder la démolition lorsque le contentieux concerne des empiètements sur la propriété d'autrui. Au contraire, ils réalisent une appréciation concrète des intérêts quand la destruction doit être décidée en raison de la méconnaissance de règles d'urbanisme au regard notamment des capacités de relogement des intéressés¹⁹⁰⁴. Tout porte à croire que cette tendance à vocation à s'estomper depuis l'insertion de l'article 1221 du Code civil qui impose une appréciation circonstancielle.

B. La portée de l'argument d'atteinte à la stabilité du contrat en raison des circonstances

539. La validité de l'argument d'atteinte à la stabilité du contrat. L'influence grandissante des droits fondamentaux est présentée comme la cause d'une perturbation de la stabilité du contrat, que ces droits s'envisagent comme protégeant des intérêts « internes » ou « externes ». En l'énonçant ainsi, c'est l'argument de la sécurité juridique qui accompagne souvent cette remarque. Le contrat aurait donc besoin d'être protégé de ces assauts toujours plus nombreux, car il en va de la conservation de la sécurité juridique, valeur essentielle à tout système juridique¹⁹⁰⁵. Cette lutte pour la sécurité apparaît souvent comme un argument d'autorité qui ne peut souffrir d'aucune exception sous la plume d'aucuns. Pourtant, il est nécessaire de l'apprécier en vérifiant ce qu'il cherche en réalité à protéger, et à qui il profite. Il est étrange de reconnaître que le contrat doit être protégé pour lui-même. Raisonner de cette manière tend à déconnecter l'accord des intérêts qu'il contient.

¹⁹⁰¹ Sur cette problématique : N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *RDC* 2005, p. 37 : « c'est la force obligatoire du contrat qui justifie cet essor de l'exécution forcée en nature (...) » ainsi que la sécurité juridique, ces derniers étant « les deux faces d'une même pièce (...) l'exécution forcée en nature est inévitablement la traduction de la force obligatoire du contrat ».

¹⁹⁰² P.-Y. GAUTIER, obs. sous Civ. 3^e, 30 avr. 1997, *RTD Civ.* 1997, p. 686.

¹⁹⁰³ Les juges ne refusent pas de reconnaître l'inexécution fautive du contrat mais écarte la possibilité de se prévaloir d'une sanction particulière. L'octroi de dommages et intérêts est donc toujours possible. La question de savoir si cette sanction est satisfaisante pour le créancier lésé est un autre problème.

¹⁹⁰⁴ W. DROSS, obs. sous Civ. 3^e, 16 janv. 2020, *Ibid.* L'auteur propose au contraire de contenir la proportionnalité aux seules restrictions de la propriété privée qu'impose la puissance publique. Néanmoins, on peut douter d'une telle interprétation depuis l'insertion de l'art. 1221 C. civ.

¹⁹⁰⁵ Par ex. : P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, op. cit., n° 37, p. 324.

Cet argument de la protection du contrat pour le contrat cache bien souvent l'existence d'une croyance aveugle dans les thèses d'autonomie de la volonté et de ses corollaires d'intangibilité et de force obligatoire¹⁹⁰⁶. Est-ce que le contrat mérite bien d'être défendu pour lui-même ? Défendre la stabilité du contrat s'assimilerait en réalité à la défense d'intérêts particuliers¹⁹⁰⁷ qui pourraient éventuellement rentrer en contradiction avec d'autres. Cette appréciation est présente chez M^{me} Thibierge-Guelfucci lorsqu'elle reconnaît que « l'utilité est comprise de manière abstraite, résidant dans l'intangibilité du contrat, source de stabilité contractuelle, et donc de sécurité pour le créancier qui pouvait compter sur l'accomplissement de ses obligations par le débiteur, quelles que soient les vicissitudes connues par ce dernier. Utilité abstraite, générale et utilité unilatérale au service du seul créancier »¹⁹⁰⁸. La sécurité ne peut-elle pas se concevoir aussi comme un droit à l'équilibre du contrat quand les circonstances le suggéreraient ?¹⁹⁰⁹ La sécurité juridique se conçoit aussi sans mal comme un « droit à la sécurité juridique »¹⁹¹⁰ qui subit éventuellement, et dans les mêmes conditions, des limitations dans l'hypothèse où son respect aveugle contredirait d'autres intérêts concrétisant des valeurs tout aussi importantes pour le système juridique, comme celle de justice¹⁹¹¹. Au-delà des acceptions retenues de la sécurité juridique¹⁹¹², la problématique revient toujours à la même antienne, celle de la recherche d'un équilibre à trouver entre la sécurité des transactions et l'objectif de justice contractuelle ou, plus généralement, d'adaptation dans des circonstances précises et déterminées.

Il est dérisoire de refuser catégoriquement d'accorder une certaine reconnaissance aux droits fondamentaux susceptibles de modifier un contrat « de l'extérieur ». Le problème ne se conçoit pas dans la possibilité d'adapter le contrat face à la défense d'intérêts, même « externes » à l'accord, mais dans le degré d'atteinte que le droit autorise. Cette confrontation étant inévitable,

¹⁹⁰⁶ L'argument de la stabilité contractuelle ne recoupe pas nécessairement celui d'intangibilité du contrat. La conservation du lien contractuel nécessite parfois une adaptation du contenu de l'accord afin qu'il en conserve son utilité.

¹⁹⁰⁷ Sur cette idée dans la perspective du développement des droits fondamentaux : M. PICHARD, th. préc., n° 236, p. 308 : « La sécurité juridique n'est alors qu'un masque pour la défense de certains intérêts particuliers. Il camoufle un choix politique ou économique, en lui-même aussi respectable que discutable, qui doit donc être pris comme tel (...) ».

¹⁹⁰⁸ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Les transformations (...) », art. préc.,

¹⁹⁰⁹ Sur cette idée : M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, op. cit., n° 169, p. 151 : « pour la partie faible qui a conclu un contrat déséquilibré, la sécurité juridique consiste au contraire à ce que le contrat soit le cas échéant annulé voire modifié par le juge ».

¹⁹¹⁰ Sur cette formule : T. PIAZZON, th. préc., p. 365 et s. : « La souplesse est le maître-mot dès lors que l'on envisage les applications particulières d'un droit à la sécurité juridique ». Précisons que la formule ne s'assimile pas à la reconnaissance d'un droit subjectif à la sécurité juridique.

¹⁹¹¹ En ce sens : F. POLLAUD-DULLIAN, « A propos de la sécurité juridique », *RTD Civ.* 2001, p. 487 : « Cette absence d'un texte général faisant de la sécurité un principe absolu s'explique par la constatation que la sécurité juridique constitue seulement un besoin, un intérêt que le législateur doit prendre en compte, mais parmi d'autres ». Le législateur l'envisage nécessairement, mais il le « met en balance avec d'autres intérêts et besoins ». Ce phénomène s'envisage de la même façon à l'égard du juge lorsque les dispositions législatives lui accordent une marge de manœuvre étendue, comme c'est le cas en présence d'un standard juridique.

¹⁹¹² Sécurité dite « objective » ou « subjective » puisque tout se conçoit en termes de droits subjectifs comme le reconnaît un auteur : T. PIAZZON, *Ibid.*, n° 222, p. 429.

il est nécessaire de révéler, lors de ces conflits, les circonstances qui ont amené le pouvoir judiciaire à en préférer un au détriment d'un autre.

L'appréciation des circonstances ne se conçoit pas toujours au détriment du contractant souhaitant conserver le contrat en l'état et au bénéfice d'un cocontractant souvent en position « d'infériorité », ou à l'avantage d'un intérêt externe qui est menacé d'une façon ou d'une autre par ce même contrat. L'appréciation des circonstances, du moins lorsqu'elle est révélée et correctement exercée, comporte à tout le moins l'avantage de révéler pourquoi le contrat doit céder face à la défense d'autres droits. On ne saurait confondre en effet la méthode de raisonnement avec l'objet qu'il tend à mettre en confrontation¹⁹¹³. L'esprit de la balance des intérêts est présent dans de nombreuses dispositions du droit civil des contrats. Cependant, la présence de standards oriente la manière dont le juge doit apprécier ces circonstances. Il n'appréciera pas de la même façon les circonstances en présence du « raisonnable », de « excessif » ou du « manifestement disproportionnée ». En présence d'un droit fondamental, le juge français, afin de s'approprier la méthode de raisonnement proportionnel, devra aussi dans cet esprit révéler les circonstances exceptionnelles qui autorisent à faire plier le contrat tel qu'il a été conçu par les contractants.

540. Conclusion de la Section II. Le contrat est de plus en plus régulièrement saisi par la défense d'intérêts, qui ne se conçoivent plus seulement à travers la protection de l'ordre public ou de l'intérêt général. L'émergence d'ordres normatifs comme le droit de la concurrence ou le droit de l'environnement répondent encore de cette logique de défense d'un ordre public particulier. Mais l'influence d'intérêts « privés » externes conjuguée à la multiplication des droits fondamentaux bouscule profondément la stabilité du contrat. La tentation d'arrimer ces droits à la défense de l'intérêt général pourrait même à l'avenir supplanter systématiquement la force obligatoire du contrat dans l'hypothèse où il serait confronté à certains droits fondamentaux.

Le contrat ne peut ignorer l'environnement dans lequel il s'épanouit. Mais des efforts particuliers doivent être déployés afin qu'il ne se fasse pas submerger par la protection toujours plus exigeante d'intérêts ou de droits qui se conçoivent en dehors de l'existence de l'accord. Pour ce faire, l'appréciation des circonstances dans l'articulation des différents intérêts s'avère une méthode indispensable face à l'importance toujours plus prégnante des droits fondamentaux. La plupart des atteintes au contrat proviennent d'intérêts « privés » qui devraient nécessairement être mis en balance avec les intérêts contractuels sur un même pied d'égalité. L'appréciation des circonstances doit permettre de révéler l'articulation à privilégier. Ce raisonnement particulier, loin de s'envisager ici contre la stabilité du contrat, se conçoit en réalité afin de le protéger. Cette exigence à l'égard des circonstances à révéler serait bénéfique

¹⁹¹³ *Supra* n° 274.

autant pour les contractants que pour le pouvoir judiciaire. Les premiers pourront avoir une lecture lisible suivant les contrats en cause et les droits susceptibles d'être contrariés, tandis que le juge renforcerait le bien-fondé des décisions. Le rôle de la Cour de cassation dans ces contentieux serait d'autant plus raffermi, contribuant ainsi à asseoir sa légitimité.

541. Conclusion du Chapitre II. Le droit des contrats connaît de plus en plus des dispositions d'adaptation afin de protéger un intérêt particulier, que ce dernier se conçoive à l'égard du contrat ou en dehors de celui-ci. Les circonstances permettent d'apprécier la légitimité d'application de ces mécanismes correcteurs. Envisagée à l'origine comme une exception, l'adaptation du contrat est de plus en plus régulièrement convoquée, notamment en raison de l'instabilité toujours croissante de l'environnement contractuel.

Cette évolution se constate notamment à l'égard des critères relatifs aux circonstances autorisant l'admission d'une adaptation. Contrairement à ce qu'une étude hâtive de la matière pourrait faire apparaître, le changement de circonstances n'est pas seulement admis en raison de l'imprévisibilité, voire de l'extériorité de l'événement comme la théorie récemment consacrée de l'imprévision l'exige. De nombreuses dispositions admettent une adaptation du contrat en présence d'une évolution des circonstances lorsqu'elle est à l'origine d'un déséquilibre contractuel. Les difficultés se reportent alors sur les seuils de déclenchement de ces mécanismes, variables suivant les dispositions concernées. Là aussi, l'appréciation circonstancielle prend bien souvent le pas sur une appréciation « géométrique » du déséquilibre, les seuils étant souvent envisagés à travers des standards juridiques plutôt qu'à l'aide d'indices.

L'articulation des intérêts est donc variable, mais une constatation s'impose : plus le mécanisme adapteur est inscrit dans la protection du contractant subissant le déséquilibre, moins les circonstances à l'origine de sa situation font l'objet d'une exigence de qualification. L'imprévisibilité n'est plus vérifiée, l'extériorité de la survenance des circonstances n'est plus considérée comme une condition de l'adaptation. Cette constatation va encore plus loin lorsque l'intérêt protégé est externe à l'accord. Les notions d'ordre public, d'intérêt général, de droit fondamental, sont souvent brandies comme des blancs-seings à la remise en cause de l'accord. L'appréciation des circonstances permettrait de mettre en œuvre une balance des intérêts indispensable à la protection du contrat. L'abstraction de ces notions risquerait en effet de porter atteinte à la force obligatoire de l'accord de manière injustifiée.

542. Conclusion du Titre II. L'adaptation du contrat impose une appréciation plus sévère des circonstances que ne le fait le juge lorsque le litige contractuel concerne l'appréciation de la volonté ou, dans une moindre mesure, la licéité du comportement contractuel. L'adaptation n'est pas un phénomène « naturel » au contrat qui est plus volontiers décrit comme un acte juridique offrant prévision et stabilité.

Cette adaptation est donc normalement l'affaire des parties qui, en raison de la liberté contractuelle, ont toute latitude afin de faire produire au contrat les effets qu'ils souhaitent selon l'utilité qu'ils en attendent. Comme dans toutes les manifestations de la liberté contractuelle, la circonstancialisation du contrat ne doit pas être un prétexte à l'abus. La porosité du contrat aux circonstances risquerait de conduire à nier l'essence même d'un contrat. Le juge doit vérifier, dans le but de protéger le contractant et le contrat, que les circonstances conservent une part de leur nature factuelle. Elles doivent rester, dans une certaine mesure que le pouvoir judiciaire doit préciser, le produit de leur environnement.

La conservation de l'utilité du contrat est aussi l'affaire du juge lorsqu'un élément dit « essentiel » disparaît. Outre la précision de l'élément qui est le produit de la volonté des parties, le changement de circonstances montre, à travers des dispositions qui y sont consacrées ou pouvant l'envisager, que le contrat qui ne remplit plus l'utilité attendue par l'une des parties doit disparaître. Dans ces problématiques, le contrat ne s'envisage pas sans l'intérêt qu'il tend à servir.

Cette dernière constatation est d'autant plus flagrante lorsque l'adaptation est réalisée dans le but de protéger un intérêt particulier, même si ces mécanismes ont tenté d'être envisagés par le prisme de la volonté contractuelle pour certains. Le rôle du juge est pleinement réinvesti. Il doit composer, à l'aide de standards particuliers, entre l'intérêt recevant protection et la stabilité du contrat. Ces nombreuses situations démontrent que le droit des contrats se destine de plus en plus régulièrement à articuler des intérêts, souvent contradictoires, non en suivant une hiérarchie déterminée à l'avance par le législateur, mais au regard des seules circonstances du contrat.

543. Conclusion de la Seconde partie. L'ensemble des droits et obligations des parties serait déterminé au moment de la formation afin de répondre au besoin de prévisibilité et de sécurité juridique que le contrat est censé garantir. La réalité pratique et judiciaire est loin de se contenter de cette présentation simplifiée et caricaturée de la matière.

L'appréciation des circonstances est indispensable afin que ni le comportement du contractant ni le contrat lui-même ne soient figés au moment de la rencontre des volontés. La protection de l'intérêt des contractants, créancier ou débiteur d'une obligation, est à ce prix. L'évolution du droit des contrats dans son ensemble met clairement en évidence l'importance de plus en plus franche des circonstances tenant autant aux particularités des contractants qu'au contexte plus général.

Il est vrai que la place toujours plus importante des standards comme la bonne foi ou la proportionnalité tend à limiter les droits des créanciers qui semblaient acquis lorsque les circonstances dictent un besoin de protection du débiteur, voire d'un intérêt externe au contrat. L'influence du droit européen et de nouvelles méthodes de raisonnement comme le contrôle de proportionnalité *in concreto* attestent de l'insuffisance d'une articulation des droits déterminée à l'avance par les textes et les actes juridiques.

Mais l'appréciation des circonstances ne s'envisage pas exclusivement à l'égard du débiteur qui subirait par exemple le poids d'un changement de circonstances. Bien au contraire. Elle est parfois indispensable à la précision des contours de l'obligation du débiteur afin qu'il satisfasse au mieux l'intérêt du créancier d'une obligation ou prestation. Les circonstances vont parfois jusqu'à dicter une solution qui dépasse les droits et obligations tels que définis dans l'accord contractuel, toujours dans le but de contenter au mieux les attentes du créancier de l'obligation.

L'influence grandissante des circonstances ne saurait donc se présenter comme une évolution du droit des contrats vers une protection généralisée des parties « faibles » au détriment de la stabilité de l'accord. Au contraire, les circonstances luttent contre une appréciation abstraite des relations des contractants qui est la méthode privilégiée au sein des dispositions législatives. La qualité de consommateur, de surendetté ou de salarié, incluent l'inégalité de façon structurelle sans observer les circonstances qui révéleraient l'inutilité d'accorder cette protection. Les circonstances insistent au contraire sur le besoin de pragmatisme qu'une lecture statique du contrat et une compréhension abstraite des principes le gouvernant ont grande peine à offrir, autant dans l'intérêt du débiteur que du créancier.

CONCLUSION GÉNÉRALE

544. Les circonstances et la protection concrète des intérêts des contractants. Le contrat doit composer aujourd'hui avec les circonstances bien plus qu'auparavant afin d'articuler les intérêts des contractants dans un souci de protection de ces derniers, protection que les principes de liberté et de force obligatoire du contrat ne peuvent satisfaire pleinement.

545. Les circonstances protègent l'intérêt des contractants dès la formation du contrat. Les circonstances sont omniprésentes dans la réflexion juridique. Loin de s'envisager seulement comme des indices de l'existence du contrat et de la volonté, elles sont des éléments qui ajustent l'équilibre des droits et obligations de façon ponctuelle. Ce phénomène est incontestable, et présent même dans des contentieux où seule la recherche de la volonté devrait primer. Le législateur ainsi que le juge sont de plus en plus sensibles aux circonstances, autant de la formation que de l'exécution du contrat, afin de déterminer des décisions équilibrées entre les intérêts des contractants. L'analyse des circonstances s'apparente alors à l'équité et au contrôle de proportionnalité *in concreto* bien plus qu'à l'interprétation stricte de la volonté. La protection de la victime d'un vice du consentement, l'existence du contrat en l'absence d'acceptation, la détermination des obligations à la lumière de l'équité, l'importance des standards, sont autant d'éléments qui démontrent un recul du rôle de la volonté des parties dans l'existence de l'accord et du contenu du contrat et sa substitution par un contrôle de l'opportunité des choix au regard des circonstances. Au-delà de l'interprétation de la volonté, le juge participe de plus en plus à sa construction.

546. Les circonstances protègent l'intérêt des contractants au moment de l'exécution du contrat. Ce phénomène est flagrant dans la finalité d'adaptation du contrat. De nombreuses prérogatives contractuelles n'échappent pas au contrôle de la légitimité de leur application. Le développement du contrôle de proportionnalité, lequel entretient des accointances avec la notion d'équité, montre qu'un contrôle de l'application de ces droits est plus que jamais présent. Le créancier qui fait abstraction des circonstances de la situation de son cocontractant ou du contexte plus général peut se faire limiter son droit par différents moyens en raison de conséquences excessives sur la situation du débiteur. Ici encore, le raisonnement conséquentialiste et le contrôle de la balance des intérêts se manifestent de plus en plus clairement. L'importance du rôle de la CEDH dans ces questions est aujourd'hui reconnue et sera demain encore plus affirmée. Encore à l'égard du débiteur, la notion de faute est dépendante des circonstances du contrat. Elle est parfois relativisée en raison d'un contexte particulier. Par exemple, la rupture de la relation commerciale établie n'est pas brutale si elle est justifiée par un contexte de crise économique. Un contexte de grande familiarité relativise les insultes d'un salarié à son employeur. Mais cette appréciation circonstancielle se fait aussi parfois au

désavantage du débiteur : un comportement particulier peut être aggravé en présence par exemple d'un contexte médiatique et politique sensible sur une question sociétale précise.

Cette importance déterminante des circonstances ne se fait donc pas qu'à l'encontre du créancier d'un droit et au bénéfice du débiteur. En effet, le contenu du contrat est bien souvent insuffisant pour que le débiteur exécute correctement ses obligations. Brandir le respect strict de la lettre contractuelle ne garantit pas le contractant d'une sanction pour inexécution. Dans certaines situations, comme en droit maritime, les circonstances transforment de simples facultés en de véritables obligations, toujours dans le but de protéger l'intérêt du créancier. L'inflation des standards montre là encore que la précision des droits et obligations se fait bien plus au regard des circonstances qu'à l'aune du contenu textuel. Seule une adaptation du comportement du débiteur aux circonstances, voire à l'évolution des circonstances, est susceptible de le mettre à l'abri d'une potentielle sanction.

Au-delà du comportement, le contrat lui-même subit des adaptations en raison des circonstances. L'œuvre est d'abord celle de la volonté. Le phénomène de circonstancialisation est dû en grande partie à la technique contractuelle qui offre des outils pertinents pour façonner le contrat selon l'utilité que souhaitent y trouver les parties. Mais cette circonstancialisation ne saurait maquiller l'abus. Le juge, dans un souci de protection du contractant, a, une fois n'est pas coutume, voix au chapitre. Il doit vérifier que les circonstances intégrées au contrat conservent, dans une certaine proportion, leur dimension factuelle. Pour l'illustrer par exemple, la condition doit porter sur un événement extérieur à la volonté des parties afin d'échapper à la potestativité. Les juges semblent d'ailleurs indiquer leur préférence aujourd'hui pour la vérification circonstancielle de l'objet de la condition, preuve en est que l'influence des circonstances assure aussi la sécurité des conventions.

Le juge joue aussi un rôle essentiel dans l'adaptation du contrat en présence d'une évolution des circonstances. La consécration de la théorie de l'imprévision en témoigne. Elle ne peut escamoter pour autant l'existence de nombreux mécanismes dédiés à la correction du contrat en présence d'une évolution des circonstances. Suivant la finalité du dispositif, les critères d'imprévisibilité et d'extériorité, essentiels dans la force majeure et l'imprévision, subissent des allègements, voire sont totalement évincés des conditions d'adaptation. L'enjeu du litige se rapporte alors au seuil du déséquilibre. Là aussi, seule une appréciation circonstancielle est bien souvent envisageable, les seuils étant souvent des standards. La particularité de ceux-ci restreint ou élargit l'appréciation possible des circonstances. Le niveau d'exigence du déséquilibre ne sera pas le même face à une disproportion manifeste ou excessive et un changement seulement déraisonnable. À tout le moins, ces notions sont suffisamment malléables pour que le juge ait le dernier mot. Tout dépendra de l'intérêt qu'il souhaite privilégier à l'aune de ces mécanismes. En faveur du créancier, l'appréciation sera stricte. Pour protéger le débiteur, l'analyse du seuil pourrait éventuellement prendre en compte les conséquences désastreuses sur sa situation et

alléger les conditions tenant à la nature des circonstances comme dans le cadre de l'imprévision. En outre, cette protection dépasse aujourd'hui les seuls intérêts de l'accord contractuel. L'ordre public et l'intérêt général sont des notions qui fluctuent elles aussi suivant les circonstances et qui offrent des solutions d'exception autorisant à préférer des intérêts essentiels face à des intérêts privés contractuels. L'inflation des droits fondamentaux raffermirait encore la relativisation du contrat face à leur atteinte potentielle. Le juge doit toutefois veiller, afin de ne pas saper la force obligatoire du contrat à chaque fois qu'un droit fondamental est évoqué, à ce que l'analyse circonstancielle soit envisagée à l'égard de tous les droits mis en concurrence. L'instrumentalisation de la dimension collective ou générale d'un droit particulier ne doit pas se faire toujours en défaveur de la stabilité du contrat. Quand les droits peuvent être mis en concurrence, l'articulation des intérêts doit être vérifiée au regard de toutes les circonstances permettant de concrétiser l'accord ; il en va de la survie du contrat.

547. Les circonstances répondent à un besoin de protection ponctuelle s'envisageant autant en faveur du débiteur que du créancier d'un droit ou d'une obligation. Loin de s'envisager à l'encontre de la stabilité du contrat et de la sécurité juridique dans son ensemble, l'analyse circonstancielle pourrait au contraire les encourager. Ce raisonnement tend à lutter contre l'abstraction du droit français qui s'avère parfois préjudiciable sous ses aspects de défense de la prévisibilité et de la cohérence du droit. L'inégalité des contractants est une dimension particulière de l'influence des circonstances. Pourtant, elle ne partage en rien la conception courante de cette inégalité intégrée par les textes. Le choix d'une appréhension statique de la qualité de consommateur ou de salarié offre parfois des décisions trop éloignées de la réalité factuelle qui cristallise l'inutilité et l'absence de légitimité de la protection pourtant offerte. L'analyse circonstancielle permet au contraire de choisir l'articulation à préférer au regard des seules circonstances du litige, afin d'offrir une solution au plus près de la réalité. En ne préjugant pas l'équilibre des relations suivant la qualité des parties, l'analyse circonstancielle se conçoit en faveur du débiteur et du créancier d'un droit. Le contrôle de la légitimité du comportement est réalisé autant à l'égard du créancier qui méconnaît les circonstances de la situation du débiteur, que de ce même débiteur quand il néglige l'environnement circonstanciel qui nécessite une réponse adaptée. Dans les deux cas, le contrat se révèle insuffisant pour légitimer les actions des contractants. Quand les dispositifs sont orientés vers la protection du contractant en adaptant l'accord, l'utilisation des standards permet au magistrat de procéder à la correction si l'intérêt d'un débiteur est grandement menacé au regard des circonstances, et dans le même temps autorise à l'écarter quand l'intérêt du créancier en pâtirait toujours selon ces mêmes circonstances.

Finalement, le phénomène de circonstancialisation ne peut probablement que s'accroître à l'avenir. L'inflation des droits fondamentaux et la défense de l'intérêt général et collectif amènent assez naturellement à cette méthode de raisonnement. Elle est à encourager. La tendance à préférer la protection de certains droits en les affublant d'un aspect général pourrait

menacer trop souvent, et injustement, la force obligatoire du contrat. Seule une méthode d'analyse circonstancielle est susceptible de protéger les intérêts contractuels face à l'abstraction volontaire de certains droits. L'influence grandissante de la philosophie fondamentaliste en raison des exigences de la CEDH implique régulièrement l'application du contrôle de proportionnalité *in concreto* qui n'épargne pas le contrat. Ici aussi, l'analyse circonstancielle protège le contrat, à condition que la force obligatoire et le respect de la volonté des contractants soient des arguments intégrés à la balance des intérêts, ce que ne fait pas toujours, loin de là, le juge européen.

548. Vers une nouvelle déontologie contractuelle plaçant les circonstances au cœur de l'analyse. Si une plus grande prise en compte de l'influence des circonstances est à encourager, elle doit s'accompagner d'efforts particuliers, autant de la part des contractants que de celle du juge. Les premiers doivent insister sur la description de leur environnement circonstanciel et pourquoi pas, de leur situation individuelle. Cet aspect est souvent négligé dans la confection de l'accord, ce qui implique que le juge exerce son pouvoir d'interprétation qui est souvent le seul moyen d'aboutir à une solution équilibrée entre les intérêts des contractants. Cet effort dans la description des circonstances ne peut être que bénéfique. Les parties maîtriseront bien mieux les risques concernant l'instabilité du contexte économique, social, technologique ou encore environnemental. La précision des situations économique, financière, voire familiale des contractants insufflera de la transparence entre eux et renforcera leur confiance. Bien évidemment, seuls les contrats les plus complexes sont concernés par cette attention particulière portée aux circonstances. Elle encadrerait en outre plus correctement l'intervention du pouvoir judiciaire qui verrait sa mission facilitée. Le juge sera d'autant moins porté à contrarier la volonté des contractants et la force obligatoire de l'accord si les parties ont façonné à leur guise leur propre réalité factuelle. Son action n'en serait pas totalement évincée ; il reste indispensable dans la sanction de l'abus. La construction d'un environnement circonstanciel maîtrisé ne peut être le prétexte à l'asservissement du contractant ou à la négation de l'essence du contrat.

Pour les seconds, la circonstancialisation du contrat doit s'accompagner d'un effort dans la motivation des décisions. Le choix de l'intérêt à privilégier doit être révélé par les circonstances orientant la solution judiciaire. Initié par la Cour de cassation, le renforcement de la motivation doit être poursuivi et accentué. Il est le seul gage de prévisibilité et de sécurité face à l'utilisation croissante des méthodes de raisonnement et standards poreux aux circonstances. Dans le contentieux de l'application des prérogatives contractuelles par exemple, le juge a tout intérêt à révéler les circonstances à l'origine de la limitation de ces droits afin que les contractants l'anticipent.

La circonstancialisation du contrat, si elle est correctement réalisée, ne peut que rapprocher les contractants et le juge. Souvent considérés comme des adversaires dans la compréhension du contrat, ils pourraient devenir des alliés consacrés au respect de leurs intérêts mutuels. Pour

ce faire, les contractants doivent s'approprier les circonstances sans les instrumentaliser, le juge doit s'efforcer d'éradiquer les inégalités révélées par les circonstances sans les travestir.

Finalement, peut-être est-ce là l'objet final de cette thèse, une fois achevée l'analyse du droit positif, de ses besoins et de ses évolutions : un plaidoyer – raisonné – pour la circonstancialisation du contrat !

INDEX

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

— A

Abus de droit : 8, **253-254**, 277, 280-281, 389

Abstraction : 3, 339, 361, 404, 423, 527, **547**

Acceptation : 62-68, v° aussi : *silence*

Agrément (droit) : 253

Article 1195 du Code civil : 1, 5, 407, 459-460, 463, 476, 506, **512-519**

Aristote : 4, 279

Articulation des intérêts : v° *Balance des intérêts*

Assurance : 100, 164-165

Attente légitime : 10, 117

Autonomie de la volonté : **10**, **482**, 531, 539

Avantage fiscal : 13, **31**, 113

— B

Bail : v° *contrat*

Balance des intérêts (v° *contrôle de proportionnalité*)

Bonne foi : 8, 10, 15, **95**, **174**, 177, 227, 250, **255-258**, 281, 284, 289-292, 364, 368-369, 381, 407

— C

Caducité : 31, **476-477**

Canal de Craponne : 1, 4, 320, **512**

Caterpillar : 296

Casuistique : 4, 202, 206, 305, 339, 371, 408, 423, 514, 526

Cause (notion) : 101-102, 127

Cautionnement : v° *contrat de cautionnement*

CEDH : **207-213**, **270-273**, 288, 336, 532-533

Champ contractuel : 125, 130, **136-140**, 145, 335, 476

Chronopost : 52, 476

Circonstances :

- atténuantes : 1, 380, 384, 387
- aggravantes : 1, 381-385
- changement de : v° *évolution des circonstances*
- concurrentielles : 526
- et contexte : 5, 8, 386, **466-467**
- économiques : 388-389, 403, 441, 445, 495, 514
- et équité : v° *équité*
- environnementales : 133, 514, **527**
- et événement : 2
- exceptionnelles : 186, 368, 407, 410, 414
- extraordinaires : 399-400
- et faits : 1, 5
- familiales : 41-46, 54, 309, 330-331, 391
- familiales : 391
- habituelles : 373, 387, 400, 418, 450, 465, 508
- imprévisibles (v° aussi *imprévision*) : 407, 489
- indépendantes de la volonté : 441, 499-502
- individuelles : 361, 381, 386, 403
- météorologiques : 387, 399
- et motifs : v° *motifs*
- et mobiles : v° *mobiles*
- normales : 186
- personnelles : 202-204, 207
- politiques : 383-, 391, 399, 514
- religieuses : 49, 335-337
- sanitaires (v° aussi *Covid19*) : 318, 514
- et santé : 309, 386, 393
- et standard : v° *standard juridique*

- techniques et technologiques : 184, 366, 359, 383, 458, 514
- et urgence : 67

Clause : 8

- actualisation du prix : 450
- adaptation (*v° aussi clause d'imprévision*) : **457-466**
- conditionnelle : 417
- conversion : 310
- *earn-out* (ou complément de prix) : 445
- échelle mobile : 450
- environnementale : 475
- *equity swap* : 450
- éthique : 384
- exceptionnelle dureté : 333
- force majeure : **405-418**, 442
- garantie : 421
- grève (ou *liberty clause*) : **370-372**
- imprévision (ou *hardship*) : 457, 470
- indexation : 181, 450
- intégralité : 206
- interprétation : 206
- limitative ou exclusive de responsabilité : 51, 353, 357, 417
- *material adverse change (MAC)* : 457
- mobilité : 46, 330
- non-concurrence : 227
- non-rétablissement : 201
- pénale : 170, 283
- potestative : 417, 440, 464
- priorité : 206
- renégociation : **455-466**
- résiliation : 326, 461, 498
- responsabilité : 158
- résolutoire : 257, **295-297**, 310, **313-319**
- retour à meilleure fortune : 445
- variation : 330
- variation de prix : 451, 513

Clause abusive : **414-418**, **457-466**

Clause contredisant l'obligation

essentielle (ou limitative de

responsabilité) : 52, **416-417**, 421, 463

Club-Vidéo : 132

Conceptualisme : 233-234, 423

Conséquentialisme : *v° raisonnement*

Contrat :

- agent commercial : 379
- assistance bénévole : 67
- bail commercial : 29, 318, 451, 474, 493
- bail d'habitation : 29, 313, 318, 335
- bail à nourriture : 185, 318
- cautionnement : 325-328
- cession de droits d'auteur : 511
- cession de droits sociaux : 437, 442, 450
- concession : 389, 456, 498
- consommation : 126, 414
- distribution : 388
- donation : 492
- entreprise : 387
- franchise : 126, 227, 296, 476
- louage d'ouvrage : 508
- mandat : 386
- mariage : 333
- occupation précaire : 23
- prêt : 444
- société : 23
- synallagmatique : 476
- « relationnel » : 456
- surveillance : 414
- travail : 309, 330, 367, 381, 419
- temps partiel : 330
- transport : *v° transporteur*
- vente : 29
- produits alimentaires : 452
- unilatéral : 476
- viager : 310, 491

Contrôle de proportionnalité :

- *in abstracto* (ou de conventionnalité) : 5, 8
- *in concreto* : 4, 7, 8, 66, 104, 141, 145, 210, 212, **262**, 271, **384**, 389, 403, 442, 501, **518**, **539**

- et équité : 154, **279-281**
Cour de cassation (rôle) : 8, 9, 198, 148, 246, **261, 277**, 305, 497, 540
Covid-19 : 15, 318, 320, 322-323, 407, 470, 474, 512

— D

Délais de paiement : 9, **495**
Délai raisonnable : 203, 345, 359, 387
Dérrogation : *v° exception*
Déséquilibre significatif : 8, 283, 415-416, **496-498**
Dignité : 6, 507
Divorce : 494
Dol : 133
Droit administratif : 243, 508
Droit allemand : 79, 114, 138-139, 156, 254, 476, 509, 518
Droit anglo-américain : 77-78
Droit belge : 519
Droit discrétionnaire : 253
Droits fondamentaux : 262, **274**, 332, 527
 - discrimination (lutte contre) : 208-212
 - expression (liberté) : 384
 - vie privée et familiale : 527, 538
 - religieuse (liberté) : 335-337
Droit néerlandais : 509
Droit romain : 26, 239
Droit subjectif : 238
Droit de l'urbanisme : 538

— E

Économie du contrat : 137, 145, 505
Élément essentiel : 29, 30-53. 116, 135, 476
Entreprises en difficulté : 9, 444, 500, 502
Environnement : *v° Circonstances environnementales*
Égalité : 6

Équilibre contractuel : 137, 263, 275, 281, 422, 452, 456, 465, 487, 498-500, 503, **505-507, 517-518**
Équilibre des intérêts : *v° balance des intérêts*
Équité : 4, 66, 104, 142, 145, 194-195, 217, 386, 466, 484, 494, 495, 507
 - et contrôle de proportionnalité : 8, 264, **279, 280**
 - et source du droit : 4, 143, 226
 - subjective : 4, 154, 217, 280
Erreur : *v° vice pour erreur*
Évolution des circonstances : 302, 310, 389, 441, 444, 446-447, 450-452, 476
Exception : 5, 262, 410, 481
Exécution forcée : 8, 263, **267** ; 314, **537**

— F

Faute : 239, 239, 242, 292, **375-394**
Fonction : (*v°* aussi raisonnement fonctionnel) : 2, 127, 131, 136 214, 422
Force majeure (*v°* aussi *clause de force majeure*) : 256, 386, 388, **399-404**, 476
Force obligatoire : 1, 5, 10, 11, 207, 271, 293, 332, 335, 339, 368, 424, 480, 482, 527, 531

— G

Généralité : 3, 5, 6, 273
Gény : 8, 18

— H

Hardship : *v° imprévision*
Harcèlement moral ou sexuel : 347
Hiérarchie des droits (*v°* aussi *balance des intérêts*) : 10, 271, 525, **531**
Huard : 302, 321

— I

Imperium des contractants : 8, 249, 407
Indices :

- volonté (de la) : 15, 17, 57, 74
- rupture brutale du contrat : 329, 389
- rupture brutale de la relation commerciale établie : 345
- rupture brutale des pourparlers : 24

Individualité : 3, 9

Intention contractuelle : v° *volonté contractuelle*

Intérêt :

- et cause : 127
- économique : 482, **485**
- et fondement du contrat : 10, 259, 271
- général : 525, **532-533**
- particulier : 5, **287, 532-533**
- et protection (v° *protection*)

Interprétation :

- créatrice : 214-220
- et équité : 17, 26, 154, 156, 196
- *in favorem* : 202
- intelligente : 170
- pouvoir de : 15, 406
- raisonnable : 90, 193-198-205

Imprévisible : v° *Circonstances imprévisibles*

Imprévision : (v° *aussi article 1195*) 1, 5, 11, 15, 179, 186-187, 407, 476, 489, **512-519**

— **J**

Juges du fond :

- dénaturation (contrôle de) : 158-160, 202
- pouvoir d'appréciation souverain : 13, 69
- motivation : 198, 303

Justice : 6, 8, 339, 430, 484

— **K**

Kant : 6, 525

Kelsen : 7

Khurshid Mustafa c/ Suède : 270-271

— **L**

Liberté contractuelle : 8, 332, 339, 405, 406, 527

Libertés fondamentales : v° *droits fondamentaux*

Licenciement : 330

Loi applicable : 191

Loyauté : v° *Bonne foi*

— **M**

Manifestation tacite : 28, 33, 62-64

Maréchaux (les) : 5, 249, 255, 310, 314, 320, 460

Mobiles : 13

Modérateur (pouvoir du juge) : 263, 271

Modification du contrat de travail : 331

Modification unilatérale du contrat : 331, 335, 467

Motifs : 114-117, 126, 298, **302**, 335, 435

Motivation :

- des juges du fond : v° *juges du fond*

— **N**

Notions floues : v° *standard juridique*

— **O**

Obligation :

- conditionnelle : 29, **434-447**
- de conformité : 116
- essentielle : 345, 463
- d'information : v° *obligation d'information*
- de moyen : 375, 377
- de renégociation : 320
- de résultat : 375, 377
- suspensive : 445

Obligation d'information : 132, 216, 220, 223

Obligation de motivation : 298-306, 339, 515, 548

Obligation de sécurité : 216, 230, 347, 368

Office du juge : 234

Offre : 35

Ordre public : 405, 407, 427, 460, 495, 525, 527, 531

— P

Pla et Puncernau c/ Andorre : 8, 207-209, 270

Politique juridique : 7, 15

Pollution : 475, 527

Positivisme : 7

Pothier : 29, 116, 204

Preuve : 231, 234

Prérogative : 238

- limitation de : 9, 249-250,

Prévisibilité : 9, 206, 230, 234, 268, 293, 336, 339

Procédures collectives : *v° entreprises en difficulté*

Promesse unilatérale de vente : 95

Produits défectueux : 360

Proportionnalité : (*v° aussi contrôle de proportionnalité*) :

- et exécution forcée : 8, 314, 537
- mathématique : 263

Protection :

- conjoncturelle ou ponctuelle : 5, 7, 14, 547
- et intérêt : 9, 10, 480
- structurelle : 5, 14

Pouvoir : 238, 301

— Q

Qualité de la prestation : 10, 194, 202, 359

— R

Raisonnement :

- circonstanciel : 223, 230, 233, 333, 262, 275, 404, 533-534 (*v° aussi contrôle de proportionnalité*)
- conséquentialiste : 7, 316, 333, 376, 485, 526
- fonctionnelle : 13, 480
- méthode de : 4, 7, 8, 274

Rawls : 6

Rentabilité économique : 102, 126, 137

Responsabilité de l'État : 243

Réticence dolosive : *v° dol*

Rupture brutale du contrat : 389

Rupture brutale de la relation commerciale établie : 296, 329, 345, 388-390

— S

Sécurité juridique : 3, 6, 8, 117, 230, 234, 235, 268, 336, 339, 361, 371, 403-404, 423, 430, 504, 515, 531, 534, 539

Silence : 2, 59-71

Singularité : *v° individualité*

Soffimat : 476

Solidarisme contractuel : 293

Standard juridique : 3, 11, 239-244, 515

- et équité : 195-196
- manifeste (disproportion) : 11, 205
- raisonnable : 193-195, 345, 402

Substance du contrat : *v° Maréchaux*

Surendettement des particuliers : 444, 500-501

Syllogisme judiciaire : 3, 7, 209, 264, 280

— T

Tacite reconduction : 197

Testament (ou leg) : 156, 208, 212, 492

Transporteur :

- aérien : 358, 368, 399-401, 473
- maritime : 357, 370-372
- terrestre : 353-354, 367

— U

Unidroit (principes) : 38, 60, 359-360, 513

Unilatéralisme : 467-468

— V

Valeurs : 210, 212, 378, 485, **552, 531**

Vices cachés : 116

Vices du consentement : 11, 19, 88-91, 94-95, 527

- État de dépendance : 98-100
- Erreur : **94-109, 113-120**, 125-127, 130
- Dol : 133
- Marché de l'art : 106, 118-120
- Réticence dolosive : *v° dol*
- Violence : 98-100

Volonté contractuelle :

- principe : 10
- respect de : 4, 480, 484

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITÉS, DICTIONNAIRES ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

ACADÉMIE FRANÇAISE

- *Dictionnaire de l'académie française*, 9^e éd., 1935-2023.

ANCEL F., FAUVARQUE-COSSON B.,

- *Le nouveau droit des contrats, guide bilingue à l'usage des praticiens*, LGDJ, 2019.

ANTONMATTEI P.-H., RAYNARD J.,

- *Droit civil. Contrats spéciaux*, LexisNexis, 7^e éd., 2013.

ARNAUD A.-J.,

- *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^e éd., 2018.

ATIAS C.,

- *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, Lib. Univ. Aix-en-provence, 3^e éd., 2006.
- *Philosophie du droit*, PUF, 2016.

AUBRY, RAU,

- *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariæ*, t. 4, par Bartin, éd. Cosse Marchal, 6^e éd., 1984.

AUBRY, RAU, PONSARD A., DEJEAN DE LA BÂTIE N.,

- *Droit civil français, contrats civils divers, quasi-contrats et responsabilité civile*, éd. Librairies techniques, 7^e éd., t. 6, 1975.

AUZERO G., BAUGARD D., DOCKÈS E.,

- *Droit du travail*, Dalloz, 36^e éd., 2023.

AYNÈS L. et A., CROCQ P.,

- *Droit des sûretés*, LGDJ, 16^e éd., 2022.

BÉNABENT A.,

- *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 14^e éd., 2021.
- *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021.

BERGEL J.-L.,

- *Méthodologie juridique*, PUF, 3^e éd., 2018.

BON-GARCIN I., BERNADET M., DELEBECQUE Ph.,

- *Droit des transports*, Dalloz, 2^e éd., 2018.

BOULOC B.,

- *Droit pénal général*, Dalloz, 27^e éd., 2021.

BUFNOIR C.,

- *Propriété et contrat, Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, LNDJ, Paris, 1900.

BUY F., LAMOUREUX M., RODA J.-C.,

- *Droit de la distribution*, LGDJ, 2^e éd., 2019.

BUY F., LAMOUREUX M., MESTRE J., RODA C.,

- *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2^e éd., 2018.

CABRILLAC M. et S., MOULY C., PÉTEL P.,

- *Droit des sûretés*, LexisNexis, 11^e éd., 2022.

CAPITANT H., TERRÉ F., LEQUETTE Y., CHÉNEDÉ F.,

- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 13^e éd., 2015.

CARBONNIER J.,

- *Droit civil. Les biens. Les obligations*, t. 2, PUF, 2^e éd., réed. 2017.
- *Droit civil. Introduction*, PUF, 27^e éd., réed. 1992.

- *Droit civil : introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, t. 1, PUF, rééd. 2017.
- CHAINAIS C., FERRAND F., MAYER L., GUINCHARD S.,**
 - *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Dalloz, 36^e éd., 2022.
- CHANTEPIE G., LATINA M.,**
 - *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2^e éd., 2018.
- CHÉNEDÉ F.,**
 - *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2^e éd., 2018.
- CHAGNY M., PERDRIX L.,**
 - *Droit des assurances*, LGDJ, 4^e éd., 2018.
- COLLART DUTILLEUL F., DELEBECQUE Ph.,**
 - *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 11^e éd., 2019.
- COLLINET,**
 - *Répétitions écrites de Pandectes*, Cours DES, Fac. dr. Paris, 1936-1937.
- CORNU G.,**
 - *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3^e éd., 2005.
- COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY F.,**
 - *Droit des sociétés*, LexisNexis, 35^e éd., 2022.
- DELEBECQUE Ph.,**
 - *Droit maritime*, Dalloz, 14^e éd., 2020.
- DEUMIER P.,**
 - *Introduction générale au droit*, LGDJ, 6^e éd., 2021.
- DISSAUX N., JAMIN Ch.,**
 - *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire de l'article 1100 à 1386-1 du Code civil*, Dalloz, 2016.
- DROSS W.,**
 - *Clausier. Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, LexisNexis, 4^e éd., 2020.
- COLIN, CAPITANT, JULLIOT DE LA MORANDIÈRE,**
 - *Cours élémentaire de Droit civil français*, Dalloz, t. 2, 1957.
- CORNU G.,**
 - *Regards sur le titre III du livre III du Code civil*, in *La rénovation du Code civil*, éd. Panthéon-Assas, rééd. 2017.
- DEL-VECCHIO G.,**
 - *Philosophie du droit*, présentation D. Gutman, Dalloz, rééd. 2004.
- DEMOGUE R.,**
 - *Traité des obligations en général*, t. 5, éd. Rousseau, Paris, 1925.
- DESHAYES O., GENICON T., LAITHIER Y.-M.,**
 - *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2^e éd., 2018.
- DEUMIER**
 - *Introduction générale au droit*, LGDJ, 5^e éd., 2019.
- DOMAT,**
 - *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 2 t., éd. Michel Brunet, rééd. 2017.
- DOUVILLE T.,**
 - *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Lextenso, 2^e éd., 2018.
- DROSS W.,**

- *Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, LexisNexis, 4^e éd., 2020.
- DURET-ROBERT, F.**
 - *Droit du marché de l'art*, Dalloz, 7^e éd., 2021.
- EGEA V.,**
 - *Droit de la famille*, LexisNexis, 4^e éd., 2022.
- FABRE-MAGNAN M.,**
 - *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, t.1, PUF, 6^e éd., 2021.
- FAGES B.,**
 - *Droit des obligations*, LGDJ, 13^e éd., 2023.
- FENET P. A.,**
 - « Présentation au Corps Législatif et exposé des motifs par M. Bigot-Préamneux » *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome XIII, Videcoq, Paris, 1836.
- FERRIER D. ET N.,**
 - *Droit de la distribution*, LexisNexis, 9^e éd., 2020.
- FRISON-ROCHE M.-A., RODA J.-C.,**
 - *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2^e éd., 2022.
- GAUDEMET E.,**
 - *Théorie générale des obligations*, Dalloz, réed. 2004.
- GHESTIN J., BARBIER H.,**
 - *Traité de droit civil, Introduction générale*, t. 1, LGDJ, 5^e éd., 2018.
- GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M.,**
 - *La formation du contrat : le contrat, le consentement*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013.
 - *La formation du contrat : l'objet, la cause, les nullités*, t. 2, LGDJ, 4^e éd., 2013.
- GHESTIN J., JAMIN Ch., BILLIAU M.,**
 - *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 3^e éd., 2001.
- GRIMALDI, C.,**
 - *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019.
- HART H. L. A.,**
 - *The Concept of Law*, OUP, 3^e éd., 2012.
- HEUZÉ V., GHESTIN J.,**
 - *La vente internationale de marchandise*, LGDJ, 2000.
- HOUTCIEFF D.,**
 - *Droit des contrats*, Bruylant, 7^e éd., 2023.
 - *Droit commercial*, Sirey, 5^e éd., 2022.
- JACQUEMONT A., BORGA N., MASTRULLO T.,**
 - *Droit des entreprises en difficultés*, LexisNexis, 12^e éd., 2022.
- JAMIN Ch.,**
 - *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008.
- JOBARD-BACHELLIER M.-N., BACHELLIER X., BUK LAMENT J.,**
 - *La technique de cassation*, Dalloz, 9^e éd., 2018.
- KIRAT T.,**
 - *Économie du droit*, éd. La Découverte, 2012.
- LACHIÈZE C.,**
 - *Droit du tourisme*, LexisNexis, 2^e éd., 2020.
- LAROMBIÈRE**
 - *Théorie et Pratique des obligations*, t. 1, Librairie A. Durand, 1857.
- LAROUSSE**
 - *Dictionnaire érudit de la langue française*, 2014.
- LARROUMET C., BROS S.,**

- *Traité de droit civil. Les obligations, le contrat*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021.
- LAURENT**
- *Principes de droit civil français*, t. 17, 1869.
- LE CANNU P., DONDERO B.,**
- *Droit des sociétés*, LGDJ, 9^e éd., 2022.
- LE GALLOU C., WESLEY S.,**
- *Droit anglais des affaires*, LGDJ, 2018.
- LEGEAIS D.,**
- *Droit des sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 15^e éd., 2022.
- LE TOURNEAU Ph.,**
- *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 13^e éd., 2023.
- LOKIEC P.,**
- *Droit du travail. Les relations individuelles de travail*, PUF, 2^e éd., 2022.
- MACKAAY E., ROUSSEAU S., LAROUCHE P., PARENT A.,**
- *Analyse économique du droit*, Dalloz, 3^e éd., 2021.
- MAINGUY D.,**
- *Dictionnaire de droit du marché*, éd. Ellipses, 2008.
- MAINGUY D., DEPINCÉ M., CAYOT M.,**
- *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 3^e éd., 2019.
- MALAUURIE Ph., AYNÈS L., BRENNER C.,**
- *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 10^e éd., 2022.
- MALAUURIE Ph., AYNÈS L., FULCHIRON H.,**
- *Droit de la famille*, LGDJ, 8^e éd., 2022.
- MALAUURIE Ph., AYNÈS L., GAUTIER P.-Y.,**
- *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 12^e éd., 2022.
- MALAUURIE Ph., AYNÈS L., MORVAN P.,**
- *Introduction au droit*, LGDJ, 9^e éd., 2022.
- MALAUURIE Ph., AYNÈS L., STOFFEL-MUNCK Ph.,**
- *Droit des obligations*, LGDJ, 12^e éd., 2022.
- *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 12^e éd., 2022.
- MALAUURIE-VIGNAL M.,**
- *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, 8^e éd., 2019.
- MALINVAUD Ph., BALAT N.,**
- *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 23^e éd., 2023.
- MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B.,**
- *Droit des obligations*, LexisNexis, 17^e éd., 2023.
- MARTY G., RAYNAUD P.,**
- *Droit civil. Les obligations. Les sources*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988.
- *Droit civil*, Sirey, 2^e éd., t. 2, vol. 1, 1989.
- MAZEAUD A.,**
- *Droit du travail*, LGDJ, 10^e éd., 2016.
- MAZEAUD D., BOFFA R., BLANC N.,**
- *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018.
- MAZEAUD L. et J., CHABAS F.,**
- *Leçons de droit civil*, Montchrestien, 9^e éd., t. 2, vol. 1, 1998.
- MAZEAUD H. ET L., TUNC A.,**
- *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Préf. H. Capitant, t. 1, éd. Montchrestien, 6^e éd., 1965.
- MCKENDRICK E.,**
- *Contract law*, Oxford University Press, 8^e éd., 2018.
- MOLFESSIS N., TERRÉ F.,**

- *Introduction générale au droit*, Dalloz, 14^e éd., 2022.
- MOURSSERON J.-M. ET P., RAYNARD J., SEUBE J.-B.,**
 - *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 5^e éd., 2017.
- OPPETIT B.,**
 - *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999.
- PAULIN C.,**
 - *Les contrats logistiques*, LGDJ, 2020.
- PIÉDELIÈVRE S., GENCY-TANDONNET D.,**
 - *Droit des transports*, LexisNexis, 2^e éd., 2019.
- PLANIOL M., RIPERT G., BOULANGER J.,**
 - *Traité élémentaire de droit civil. Obligations, contrats, suretés réelles*, t.2, LGDJ, 4^e éd., 1952.
- PLANIOL M., RIPERT G.,**
 - *Traité pratique de droit civil français. Les obligations*, t. 6, LGDJ, 1952.
- PORTALIS J. E. M.,**
 - « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », in *Écrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988.
- POTHIER**
 - *Traité des obligations*, Dalloz, réed. 2011.
- PRIEUR M., BÉTAILLE J., COHENDET M.-A., DELZANGLES H., MAKOWIAC J., STEICHEN O.,**
 - *Droit de l'environnement*, Dalloz, 8^e éd., 2019.
- PUFENDORF**
 - *Le droit de la nature et des gens*, chap. XII, trad. J. Barbeyrac, t. 2, Impr. Pierre de coup, 1712.
- RAYNARD J., SEUBE J.-B.,**
 - *Droit des contrats spéciaux*, LexisNexis, 10^e éd., 2019.
- RIALS S., D. ALLAND,**
 - *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.
- RIPERT G., BOULANGER J.,**
 - *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 2, LGDJ, 1957.
- ROBINE D., JEANTIN M., LE CANNU P.,**
 - *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 9^e éd., 2022.
- ROCHFELD J.,**
 - *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 3^e éd., 2022.
- ROMI R., AUDRAIN-DEMEY G., LORMETEAU B.,**
 - *Droit de l'environnement et du développement durable*, LGDJ, 11^e éd., 2021.
- ROUBIER P.,**
 - *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz, 2^e éd., réed. 2005.
- SALEILLES,**
 - *La théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, LGDJ, 3^e éd., réed. 2001.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD, AUBERT DE VINCELLES C., BRUNAUX G., USUNIER L.,**
 - L. USUNIER, *Les contrats de consommation, Règles communes. Traité de droit civil*, Dir. J. Ghestin, LGDJ, 2^e éd., 2018.
- SAVATIER R.,**
 - *La théorie des obligations*, Dalloz, 4^e éd., 1979.
- SÉRIAUX A., LARDEUX G.,**
 - *Manuel de droit des obligations*, PUF, 5^e éd., 2023.

STARCK B., ROLAND H., BOYER L.,

- *Droit civil, Les obligations*, t. 2, LITEC, 6^e éd., 1998.

SUDRE F.,

- *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 15^e éd., 2021.
- *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, 10^e éd., 2022.

SIMLER Ph., DELEBECQUE Ph.,

- *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, Dalloz, 8^e éd., 2023.

TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHÉNEDÉ F.,

- *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 13^e éd., 2022.

TERRÉ F., MOLFESSIS N.,

- *Introduction générale au droit*, Dalloz, 15^e éd., 2023.

VAN LANG A.,

- *Droit de l'environnement*, PUF, 5^e éd., 2021.

VILLEY M.,

- *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1962.
- *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Dalloz, rééd. 2001.

VINEY G.,

- *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité.*, LGDJ, 4^e éd., 2019.

VINEY G., JOURDAIN P., CARVAL S.,

- *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2013.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX ET THÈSES

ADAM P.,

- *L'individualisation du droit du travail, Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, préf. C. Marraud, LGDJ, bibl. dr. soc., t. 39, 2005.

ALBIGES Ch.,

- *De l'équité en droit privé*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 329, 2000.

AL-SANHOURY A. A.,

- *Les restrictions individuelles à la liberté de travail*, éd. Marcel Giard, 1925.

ANCIAX N.,

- *Essai sur l'être en droit privé*, préf. B. Teyssié, LexisNexis, 2019.

ANTONMATTEI P.-H.,

- *Contribution à l'étude de la force majeure*, préf. B. Teyssié, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 220, 1992.

ARISTOTE

- *Éthique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, 2002.

AUBERT J.-L.,

- *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, préf. J. Flour, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 109, 1970.

AYNÈS L.,

- *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. Ph. Malaurie, Economica, 1984.

BAKOUCHE D.,

- *L'excès en droit civil*, préf. M. Gobert, LGDJ, Bibl. de dr. privé, t. 432, 2005.

BARANGER D.,

- *Penser la loi, essai sur le législateur des temps modernes*, éd. Gallimard, 2018.

BARBA M.,

- *La langue en droit international privé*, th. dactyl., Lyon 3, 2019.

BARBIER H.,

- *La liberté de prendre des risques*, préf. J. Mestre, PUAM, 2011.

BAUMANN P.,

- *Le droit à un environnement sain et la convention européenne des droits de l'Homme*, préf. L. Bianku, LGDJ, Bibl. dr. urb. et env., t. 19, 2021.

BÉCHILLON (DE) M.,

- *La notion de principe général en droit privé*, préf. B. Saintourens, PUAM, 1998.

BELLISSENT J.,

- *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 354, 2001.

BÉNABENT A.,

- *La chance et le droit*, LGDJ, Anth. du dr., réed. 2014.

BERTHIAU D.,

- *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. J.-L. Souriaux, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 320, 1999.

BESSON C.,

- *La force obligatoire du contrat et les changements dans les circonstances*, Impr. Henry Cornaz, 1955.

BOISMAIN C.,

- *Les contrats relationnels*, préf. M. Fabre-Magnan, PUAM, 2005.

BONASSIES P.,

- *Le dol dans la conclusion des contrats*, th. dactyl., Lille, t. 1, 1955.

BONNET D.,

- *Cause et condition dans les actes juridiques*, préf. P. de Vareilles-Sommières, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 449, 2005.

BORGHETTI S.,

- *La responsabilité du fait des produits : étude de droit comparé*, préf. G. Viney, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 428, 2004.

BOSSHART F.,

- *L'interprétation des contrats*, th. Genève, impr. S.A Leeman frère & Cie, 1939.

BOUDON R.,

- *Le sens des valeurs*, PUF, 1999.

BOUIX C.,

- *Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne*, préf. P. Deumier, PUAM, 2017.

BRETON A.,

- *La notion de la violence en tant que vice du consentement*, th. dactyl, Caen, 1925.

BRUSCHI J.,

- *Le devoir de réaction du contractant*, th. dactyl., AMU, 2022.

CANIVET G., FRISON-RPCHÉ M.-A., KLEIN M.,

- *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, 2005.

CAPITANT,

- *De la cause des obligations*, éd. La Mémoire du droit, réed. 2012.

CARBONNIER J.,

- *Flexible droit*, LGDJ, 10^e éd., 2014, p. 74-83.
- *Sociologie juridique*, PUF, 3^e éd., réed. 2016.

CHAABAN R.,

- *La caducité des actes juridiques. Étude de droit civil*, préf. Y. Lequette, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 445, 2006.

CHABAS J.,

- *De la déclaration de volonté en droit civil français*, Sirey, 1931.

CHABAS C.,

- *L'inexécution licite du contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 380, 2002.

CHAZAL J.-P.,

- *De la puissance économique en droit des obligations*, 2. T., th. dactyl., Grenoble, 1996.

CHAUVEL Ph.,

- *Le vice du consentement*, th. dactyl., Paris 2, 1981.

CHAUDOUET S.,

- *Le déséquilibre significatif*, préf. N. Ferrier, LGDJ, Bibl. dr. privé., t. 609, 2021.

CHÉNEDÉ F.,

- *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008.

CORMIER M.,

- *Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil*, th. dactyl., Paris 2, 2022.

CUMYN M.,

- *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 376, 2002.

DEFRANCE D.,

- *Le retour à meilleure fortune. Étude en droit des difficultés économiques*, L'Harmattan, 2017.

DEJEAN DE LA BÂTIE N.,

- *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 57, 1965.

DELEBECQUE Ph.,

- *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, th. dactyl. Aix-en-Provence, 1981.
- DELMAS-MARTY M.,**
 - *Pour un droit commun*, éd. du Seuil, 1994.
- DELMAS-SAINT-HILAIRE J.-P.,**
 - « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques » in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, dir. J.-M. Bischoff, M. Azoulai, J. Guyénot, LGDJ, 1960.
- DEMOGUE R., JAMIN Ch.,**
 - *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, Dalloz, réed. 2013.
- DEREUX, G.,**
 - *De l'interprétation des actes juridiques privés*, LNDJ, éd. Arthur Rousseau, 1905.
- DESCAUDIN D.,**
 - *Étude comparative du rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, préf. E. Pataut, Defrénois, t. 63, 2019.
- DESGORCES R.,**
 - *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, th. Paris II, 1992.
- DESROUSSEAUX M.,**
 - *La protection de la qualité des sols*, préf. P. Billet, LGDJ, Bibl. dr. urb. et env., t. 13, 2016.
- DESSENS A.,**
 - *Essai sur la notion d'équité*, th. Toulouse, impr. F. Boisseau, 1934.
- DEUMIER P.,**
 - *Le droit spontané*, préf. J.-M. Jacquet, Economica, 2002.
- DIENER P.,**
 - *Le silence et le droit*, th. dactyl., Bordeaux, 1975.
- DIEUX X.,**
 - *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruylant, 1995.
- DO V.-D.,**
 - *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, PUAM, 2004.
- DOMAT,**
 - *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, éd. Michel Brunet, réed. 1735, liv. prél. I, I, § VII.
- DUCOULOMBIER P.,**
 - *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2011.
- DUGUÉ M.,**
 - *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, préf. P. Jourdain, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 588, 2019.
- DUMONT L.,**
 - *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, éd. du Seuil, 1983.
- DURKHEIM E.,**
 -
- EL-GAMMAL M. M.,**
 - *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, étude comparée de droit civil français et de droit civil de la république arabe unie*, préf. A. Tunc, LGDJ, 1967.
- ENCINAS DE MUNAGORRI R.,**
 - *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ, Bibl. Dr. privé, t. 254, 1996.
- FABRE-MAGNAN M.,**

- *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 221, 1992.
- *L'institution de la liberté*, PUF, 2018.

FAGES B.,

- *Le comportement du contractant*, préf. J. Mestre, PUAM, 1997.

FARNOCCHIA S.,

- *L'excuse contractuelle : étude de l'inexécution fortuite du contrat*, th. dactyl. AMU, 1994.

FAUVARQUE-COSSON B.,

- *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, préf. Y. Lequette, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 272, 1996.

FAVRE A.,

- *Essai sur la cause des obligations en droit suisse*, thèse Fribourg, Broché, 1927.

FIN-LANGER L.,

- *L'équilibre contractuel*, préf. C. Thibierge-Guelfucci, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 366, 2002.

FISCHER J.,

- *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préf. Ph. Le Tourneau, PUAM, 2004.

FORIERS P.-A.,

- *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation. De la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité au principe de l'exécution de bonne foi*, Bruylant, 1998.

FORRAY V.,

- *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, préf. G. Pignarre, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 480, 2007.

FOUILLÉ,

- *La propriété sociale et la démocratie*, Librairie Hachette, 2^e éd., 1895.

FROSSARD J.,

- *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, préf. R. Nerson, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 67.

FRYDMAN B.,

- *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation de la raison juridique*, Bruylant, 3^e éd., 2011.

GAC-PECH (LE) S.,

- *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. Muir-Watt, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 335, 2000.

GAIARDO P.,

- *Les théories objective et subjective du contrat. Étude critique et comparative*, préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 599, 2020.

GAILLARD E.,

- *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, Economica, 1985.

GALBOIS-LEHALLE D.,

- *La notion de contrat, esquisse d'une théorie*, préf. Y. Lequette, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 603, 2020.

GARRON F.,

- *La caducité du contrat. Étude de droit privé*, préf. J. Mestre, PUAM, 1999.

GELOT B.,

- *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques. Aspects théoriques et pratiques*, préf. Y. Flour, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 403, 2003.

GENICON T.,

- *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Leveneur, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 484, 2007.

GÉNY F.,

- *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. 3, Paris, Sirey, 1921.
- *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, t. 2, LGDJ, réed. 2016

GÉRARD H.,

- *Du dol, de ses effets dans la formation des contrats en droit romain et en droit français*, éd. L. Larose et Forcel, 1883.

GHESTIN J.,

- *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, préf. J. Boulanger, LGDJ, réed. 2014.

GHOZI A.,

- *La modification de l'obligation par la volonté des parties, étude de Droit civil français*, préf. D. Tallon, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 166, 1980.

GJIDARA S.,

- *L'endettement et le droit privé*, préf. A. Ghozi, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 316, 1999.

GODÉ P.,

- *Volonté et manifestations tacites*, préf. J. Patarin, PUF, 1977.

GORPHE F.,

- *Les décisions de justice, étude psychologique et judiciaire*, PUF, 1951.

GOUNOT E.,

- *L'autonomie de la volonté en droit privé*, th. Paris, 1912.

GOYARD-FABRE S.,

- *L'interminable querelle du contrat social*, éd. Slatkine Reprints, 2012.

GRAS N.,

- *Essai sur les clauses contractuelles*, préf. M. Mekki, LGDJ, 2018.

GRATTON L.-K.,

- *Les clauses de variation du contrat de travail*, préf. R. Rodière, Dalloz, Nouv. Bibl. th., vol. 104, 2011.

GROTIUS,

- *Le droit de la guerre et de la paix*, PUF, réed. 2005.

GRYNBAUM L.,

- *Le contrat contingent, l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, préf. M. Gobert, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 389, 2004.

GUENZOU Y.,

- *La notion d'accord en droit privé*, préf. C. Hannoun, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 502, 2009.

GUTIERREZ P.,

- *Défense juridique et philosophique de l'équité. Essai sur la notion d'Équité pour le progrès du droit international*, th. dactyl., Toulouse, 1972.

HABERMAS J.,

- *De l'éthique dans la discussion*, éd. Flammarion, 2013.

HALLOUIN J.-C.,

- *L'anticipation : contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, Thèse dactyl. Poitiers, t. 1, 1979.

HAUSER J.,

- *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, préf. P. Raynaud, Paris, LGDJ, 1971.

HEGEL,

- *Principes de la philosophie du droit*, PUF, 3^e éd., 2013.

HEINICH J.,

- *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, préf. J. Mestre, PUAM, 2015.

HELLERINGER G.,

- *Les clauses du contrat, essai de typologie*, préf. L. Aynès, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 536, 2012.

HOUTCIEFF D.,

- *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt, 2 t., PUAM, 2001.

HYDE A.-A.,

- *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat. Contribution à la théorie de l'obligation*, préf. M. Fabre-Magnan, IRJS, t. 66, 2015.

INDJESSILOGLOU N.,

- *L'apport de l'analyse systémique dans le domaine juridique*, th. Paris 2, 1980.

IVAINER T.,

- *L'interprétation des faits en droit : essai de mise en perspective cybernétique des "lumières du magistrat"*, préf. J. Carbonnier, LGDJ, 1988.

JABBOUR R.,

- *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, préf. L. Aynès, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 573, 2016.

JACQUES Ph.,

- *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, préf. F. Chabas, Dalloz, Nouv. Bibl. Th., vol. 46, 2005.

JHERING

- *L'évolution du droit*, trad. O. De Meulenaere, éd. Chevalier-Marescq, 3^e éd., 1901.

JOSSERAND,

- *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, 2^e éd., réed. 1939.
- *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, éd. CNRS, réed. 1984.

JUEN E.,

- *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, préf. E. Loquin, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 568, 2016.

KASSIS A.,

- *Problème de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, t. 1, LGDJ, 1987.

KELSEN H.,

- *Théorie pure du droit*, LGDJ, Bruylant, réed. 1999.

LAFaurie K.,

- *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, préf. G. Wicker, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 595, 2020.

LAHIRE B.,

- *Dans les plis singuliers du social*, éd. La Découverte, 2019.

LAITHIER Y.-M.,

- *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. M. Muir-Watt, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 419, 2004.

LAMOUREUX M.,

- *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, 2 vol., préf. J. Mestre, PUAM, 2006.

LASBORDES V.,

- *Les contrats déséquilibrés*, préf. C. Saint Alary-Houin, PUAM, 2000.

LATINA M.,

- *Essai sur la condition en droit des contrats*, préf. D. Mazeaud, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 505, 2009.

LAUDE A.,

- *La reconnaissance par le juge de l'existence du contrat*, préf. J. Mestre, PUAM, 1992
- LAZARA D.,**
- *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, préf. Y. Strickler, LGDJ, Bibl. dr. privé. t. 579, 2017.
- LENGLART E.,**
- *La théorie générale des conflits de lois à l'épreuve de l'individualisme*, préf. D. Bureau, LGDJ, Bibl. dr. privé., t. 621, 2023.
- LEQUET P.,**
- *L'ordre public environnemental et le contrat de droit privé*, préf. F. Pasqualini, LGDJ, Bibl. dr. de l'urbanisme et de l'environnement, t. 20, 2022.
- LEQUETTE S.,**
- *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, Economica, 2012.
- LEQUETTE DE KERVENOAËL S.,**
- *L'authenticité des œuvres d'art*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibl. dr. privé., t. 451, 2006.
- LEQUILLERIER C.,**
- *La santé du cocontractant*, préf. A. Laude, PUAM, 2015.
- LEROY M.,**
- *La loi. Essai sur l'autorité dans la démocratie*, Paris, éd. Giard & Brière, 1908.
- LEVENEUR-AZÉMAR M.,**
- *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, préf. Y. Lequette, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 577, 2017.
- LOKIEC P.,**
- *Contrat et pouvoir : étude de droit privé*, LGDJ, réed. 2021.
- LOUIS-LUCAS P.,**
- *Volonté et cause, étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, th. Dijon, Sirey, 1918.
- LOPEZ-SANTA MARIA J.,**
- *Les systèmes d'interprétation des contrats*, préf. J. Flour, th. Paris, 1968.
- LOSCHAK D.,**
- *Le rôle politique du juge administratif français*, préf. P. Weil, LGDJ, Bib. dr. pub., t. 107, 1972.
- LIBCHABER R.,**
- *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013.
- LIMBACH F.,**
- *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, de l'utilité du concept de déclaration de volonté*, préf. C. Witz, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 412, 2004.
- MAIRE G.,**
- *Volonté et exécution forcée de l'obligation*, préf. N. Damas et L. Perreau-Saussine, LGDJ, Bibl. de dr. privé, t. 587, 2018.
- MALEVILLE M.-H.,**
- *L'interprétation des contrats d'assurance terrestre*, LGDJ, 1996.
- MARGUÉNAUD J.-P.,**
- *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, éd. La documentation fr., 2001.
- MARTIN DE LA MOUTTE J.,**
- *L'acte juridique unilatérale : essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, th., Toulouse, 1949.
- MARRAUD C.,**
- *La notion de dénaturation en droit privé français*, préf. P. Lagarde, PUG, 1974.

MARTY G.,

- *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les Juges du fait*, th. Toulouse, Sirey, 1929.

MARTY R.,

- *De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son rôle dans les contrats à titre onéreux*, th. dactyl., Paris 2, 1995.

MATHIEU M.-L.,

- *Logique et raisonnement juridique*, PUF, 2^e éd., 2015.

MEKKI M.,

- *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 411, 2004.

MERLIN C.,

- *L'équité dans l'ordre juridique international*, th. AMU, dactyl., 2020.

MOLINA L.,

- *La prérogative contractuelle*, préf. L. Aynès, LGDJ, Bibl. de dr. priv., t. 619, 2022.

MORAND M.,

- *La modification du contrat de travail*, éd. Liaisons, 1992.

MORON-PUECH B.,

- *L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat*, préf. D. Fenouillet, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 591, 2020.

MOTULSKY H.,

- *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, réed. 2002.

MOULY-GUILLEMAUD C.,

- *Retour sur l'article 1135 du Code civil (Une nouvelle source du contenu contractuel)*, préf. D. Ferrier, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 460, 2006.

MOY J.-M.,

- *L'exception en droit privé*, préf. R. Desgorges, PUAM, 2011.

MUZNY P.,

- *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, préf. F. Sudre, 2 t., PUAM, 2005.

NOBLOT C.,

- *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, préf. F. Labarthe, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 382, 2002.

NOGUÉRO D.,

- *De l'incidence de la maladie sur l'acte juridique*, th. dactyl., 2000.

OST F.,

- *Droit et intérêt, Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, Pub. Fac. Brux., 1990.

OVERSTAKE J.-F.,

- *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. Brethe de la Gressaye, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 91, 1969.

PACLOT Y.,

- *Recherche sur l'interprétation juridique*, th. Dactyl., Paris 2, 1988.

PAGE (DE) H.,

- *A propos du gouvernement des juges : l'équité en face du droit*, Bruylant, 1931.

PANCRAZI M.-E.,

- *La protection judiciaire du lien contractuel*, th. dactyl. Aix-en-Provence, 1994.

PAULIN C.,

- *La clause résolutoire*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 258, 1996.

PÉGLION-ZIKA C.-M.,

- *La notion de clause abusive. Étude de droit de la consommation*, préf. L. Leveneur, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 585, 2018.
- PENIN O.,**
 - *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat*, préf. Y. Lequette, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 535, 2012.
- PERELMAN Ch.,**
 - *Droit, morale et philosophie*, LGDJ, 2^e éd., 1976.
- PERROT R.,**
 - *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, préf. M. R. Le Balle, Sirey, 1953.
- PHILIPPE D.-M.,**
 - *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, préf. M. Fontaine, Bruylant, 1986.
- PIAZZON T.,**
 - *La sécurité juridique*, préf. L. Leveneur, Defrénois, 2009.
- PICHARD M.,**
 - *Le droit à. Étude de législation française*, préf. M. Gobert, Economica, 2006.
- PICOD N.,**
 - *La remise de dette en droit privé*, préf. C. Saint-Alary-Houin, Dalloz, Nouv. Bibl. Th., vol. 128, 2013.
- PICOD Y.,**
 - *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. Couturier, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 208, 1998.
- PIETTE G.,**
 - *La correction du contrat*, préf. M. Menjucq, PUAM, 2004.
- PIMONT S.,**
 - *L'économie du contrat*, préf. J. Beauchard, PUAM, 2004.
- POUGHON J.-M.,**
 - *Histoire doctrinale de l'échange*, LGDJ, 1987.
- POULPIQUET (DE) J.,**
 - *La responsabilité civile et disciplinaire des notaires : de l'influence de la profession sur les mécanismes de la responsabilité*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 136, 1974.
- QUÉZEL-AMBRUNAZ C.,**
 - *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, préf. P. Brun, Dalloz, Nouv. Bibl. de th., vol. 99, 2010.
- RABUT A.,**
 - *De la notion de faute en droit privé*, LGDJ, 1949.
- RADOUANT J.,**
 - *Du cas fortuit et de la force majeure*, éd. Arthur Rousseau, 1920.
- RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H.,**
 - *Le raisonnable en droit des contrats*, préf. J. Beauchard, R. Ratieray, LGDJ, 2009.
- RANOUIL V.,**
 - *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, préf. J.-P. Lévy, PUF, 1980.
- RAWLS J.,**
 - *Théorie de la justice*, éd. Points, 2009.
- RAY J.-E.,**
 - *La mobilité du salarié*, éd. Liaisons, 2014.
- RAYNAUD Ph.,**
 - *Le juge et le philosophe. Essai sur le nouvel âge du droit*, éd. Armand Colin, 2020.
- RIALS S.,**

- *Le juge administratif et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, préf. W. Prosper, LGDJ, 1980.

RICOEUR P.,

- *Le juste*, éd. Esprit, 1995.

RIEG A.,

- *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, préf. P. Roger, LGDJ, 1961.

RIGAUX F.,

- *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, préf. J. Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1966.

RIPERT G.,

- *Le régime démocratique et le droit civile moderne*, LGDJ, 1948, p. 304.
- *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949.

RIPOCHE E.,

- *La liberté et l'ordre public contractuels à l'épreuve des droits fondamentaux*, préf. Y. Lequette, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 626, 2023.

ROCHAT C.,

- *L'amitié en droit privé*, PUAM, 2019.

ROCHFELD J.,

- *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 311.

RONTCHEVSKY N.,

- *L'effet de l'obligation*, préf. A. Ghazi, Economica, 1998.

ROSANVALLON P.,

- *La société des égaux*, éd. du Seuil, 2011.

ROSSET C.,

- *Loin de moi, étude sur l'identité*, éd. de Minuit, 1999.

ROUHETTE G.,

- *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. dactyl., 2 t., Paris, 1965.

SALEILLES R.,

- *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, éd. F. Pichon, 1901.

SCHAHMANECHE A.,

- *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme*, préf. F. Sudre, éd. A. Pedone, 2014.

SCHUTTER (DE) O.,

- *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruylant, Bruxelles, 1999.

SÉRIAUX A.,

- *La faute du transporteur*, préf. P. Bonassies, Economica, 2^e éd., 1998.

SHAUER F., GOLTZBERG S.,

- *Penser en juriste, Nouvelle introduction au raisonnement juridique*, Dalloz, 2018.

SICHEL L.,

- *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, préf. G. Loiseau, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 614, 2022.

STATI M. O.,

- *Le standard juridique*, th. Paris, 1927. x

STOFFEL-MUNCK Ph.,

- *Regards sur la théorie de l'imprévision, vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994.
- *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 337, 2000.

STOYANOVITCH C.,

- *De l'intervention du juge dans le contrat en cas de survenance de circonstances imprévues*, éd. Marcel Leconte, 1941.
- SUPIOT A.,**
 - *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, éd. du Seuil, 2005.
- SEARLE J.,**
 - *Sens et expression*, trad. J. Proust, éd. de Minuit, 1982.
- TAFFE J.,**
 - *La responsabilité civile en dehors du contrat et du délit ou du quasi-délit*, Thèse, Paris, 1921.
- TAISNE J.-J.,**
 - *La notion de condition dans les actes juridiques : contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, th. dactyl., Lille 2, t. 1, 1977.
- TALAMONT C.,**
 - *Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur l'interprétation et l'application des contrats*, th. Paris, éd. Masson et Cie, 1926.
- TERRÉ D.,**
 - *Les questions morales du droit*, PUF, 2007.
- TERRÉ F.,**
 - *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. R. Le Balle, LGDJ, 1957.
- THIBIERGE L.,**
 - *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. Aynès, Economica, 2011.
- TISSEYRE S.,**
 - *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'une analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, préf. M. Fabre-Magnan, PUAM, 2012.
- TOCQUEVILLE (DE) A.,**
 - *De la démocratie en Amérique*, t. 2, éd. Gallimard, Folio, 1961.
- TOUCHAIS M.,**
 - *La règle impérative. Contribution à l'étude de la dérogation conventionnelle aux lois*, préf. T. Azzi, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 622, 2023.
- VALORY S.,**
 - *La potestativité dans les relations contractuelles*, préf. J. Mestre, PUAM, 1999.
- VAN DROOGHENBROECK S.,**
 - *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux*, préf. F. Tulkens et F. Ost, Bruylant, Bruxelles, 2001.
- VILLEY M.,**
 - *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, rééd. 2008.
- WEIL S.,**
 - *L'Iliade ou le poème de la force et autres essais sur la guerre*, préf. V. Gérard, éd. Payot et Rivages, 2014.
- WICKER G.,**
 - *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 412, 1997.
- ZENATI-CASTAING F.,**
 - *La jurisprudence*, Dalloz, Méthodes du droit, 1991.
 - *Le savoir des lois, essai sur le droit romaniste*, Dalloz, Méthodes du droit, 2021.

III. RÉPERTOIRES ET OUVRAGES PRATIQUES

ANCEL P.,

- « Imprévision. Approche historique et comparative » in *Rép. Dr. Civ.*, 2017.

BUFFELAN-LANORE Y., PELLIER J.-D.,

- « Condition », in *Rép. Dr. civ.*, Dalloz, 2020.

CHAUVEL Ph.,

- « Consentement », in *Rép. Dr. civ.*, Dalloz, 1995.

GRÉAU F.,

- « Force majeure » in *Rép. Dr. Civ.*, Dalloz, 2018

JOURDAIN P.,

- « Notion de faute : contenu commun à toutes les fautes », *J.-Cl. Responsabilité civile et assurances*, fasc. 120-10, 2022.

LATINA M.,

- « Contrat : généralités – Principes directeurs du droit des contrats », in *Rep. Dr. civ.* 2017.

ROCHFELD J.,

- « Cause », in *Rép. Dr. Civ.* Dalloz, 2005.

SIMLER Ph.,

- « Interprétation des contrats », *J.-Cl. Notarial Répertoire*, fasc. 30, 2017.

IV. ARTICLES, CHRONIQUES ET ACTES DE COLLOQUE

AMSELEK P.,

- « Le doute sur le droit ou la teneur indécise du droit », in *le doute et le droit*, Institut de formation continue du Barreau de Paris, Dalloz, 1994, p. 57.
- « L'interprétation à tort et à travers » in *L'interprétation en droit*, PUAM, 1995, p. 11 et s.

ANCEL P.,

- « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *JCP E* 1998, p. 32.
- « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.* 1999, p. 772.
- « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Mél. D. Tricot*, Dalloz, Litec, 2011, p. 61 et s.
- « Évolution, pas révolution », in *Le droit des obligations d'un siècle à l'autre*, dir. G. Pignarre, éd. Institut Universitaire Varenne, 2016, p. 151.
- « Imprévision et bonne foi en droit québécois », *RDC* 2017, p. 546.

ANCEL P., AUBERT G.,

- « Introduction en forme de dialogue franco-suisse », in *L'abus de droit, Comparaisons franco-suisse*, actes du séminaire de Genève, publications de l'Université de Saint-Étienne, 1998, p. 15.

ANCEL P., DIDRY C.,

- « L'abus de droit : une notion sans histoire ? », in *L'abus de droit, Comparaisons franco-suisse*, actes du séminaire de Genève, publications de l'Université de Saint-Étienne, 1998, p. 51.

ANCEL P., WINTGEN R.,

- « La théorie du "fondement contractuel" (Geschäftsgrundlage) et son intérêt pour le droit français », *RDC* 2006, p. 897.

ATIAS C.,

- « Restaurer le droit du contrat », *D.* 1998, p. 137.
- « Savoirs et pouvoirs juridiques : des ombres portées », *RRJ* 2001-1, p. 69.

AUBERT J.-L.,

- « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi de cassation en matière civile », *D.* 2005, p. 1115.

AUBRY H.,

- « Article 1166 : la qualité de la prestation », *RDC* 2015, p. 755.

AUGANEUR L.-M.,

- « La répercussion d'une baisse d'activité sur les fournisseurs et sous-traitants constitue-t-elle une rupture partielle des relations commerciales établies ? », *JCP E* 2009, p. 1446.

AYNÈS L.,

- « Motivation et justification », *RDC* 2004, p. 555.
- « L'imprévision en droit privé », *RJ Com.* 2005, p. 397.
- « Bonne foi », *RDC* 2007, p. 1107.
- « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », *RDC* 2016, hors-série, p. 14.
- « Prestation, objet, but, mais plus de cause ? », in *La réécriture du Code civil, le droit français des contrats après la réforme de 2016*, dir. B. Fauvarque-Cosson, éd. Société de législation comparée, 2018, p. 143.
- « Force majeure et révision pour imprévision », *RDC* 2021, p. 157.
- « Le cadre juridique de la renégociation », *RDC* 2022, p. 149.

ALLEAUME C.,

- « Existe-t-il une catégorie de contrats de bienfaisance ? », *LPA* 2012, p. 21.

BAKOUCHE D.,

- « La prétendue inconsistance de la distinction du dol principal et du dol incident », *JCP G* 2012, p. 851.

BALAT N.,

- Observations sur la bonne foi en droit des contrats à la veille de la réforme », *Rev. Dr. d'Assas* 2016, n° 12, p. 59.
- « À propos du nouveau droit commun des contrats », in *Mél. M. Grimaldi*, Lextenso, Defrénois, 2020, p. 27.
- « NFT et droit des contrats », *Rev. Lamy dr. immatér.*, 2023, à paraître.

BARBIER H.,

- « La cause au gré du pouvoir souverain des juges du fond ? », *RTD Civ.* 2014, p. 884.
- « Quand la conception subjective de l'erreur sur la substance immunise le contrat contre l'inexactitude », *RTD Civ.* 2021, p. 121.
- « Étude des rapports entre droit et libertés (des libertés juridiques à la liberté du juriste) », in *Mél. J. Mestre*, LGDJ, 2019, p. 69
- « Le devoir de bonne foi du contractant peut-il infléchir ses droits fondamentaux ? », *RTD Civ.* 2022, p. 604.

BATIFFOL H.,

- « La crise du contrat et sa portée », in *Sur les notions de contrat*, *APD*, t. 13, Sirey, 1968, p. 13.

BEHAR-TOUCHAIS M.,

- « Droit de la concurrence et droit des contrats (brèves observations) », *RDC* 2004, p. 870.

BELLET P.,

- « Le juge et l'équité », in *Études R. Rodière*, Dalloz, 1981, p. 9.

BÉNABENT A.,

- « Rapports français », in *La bonne foi*, *Tr. Ass. H. Capitant*, 1992, p. 291.
- « La prolongation du contrat », *RDC* 2004, p. 117.
- « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p. 137.
- « Flexible contrat ? », *RDC* 2022, p. 1.

BERGEL J.-L.,

- « La révision judiciaire des rentes viagères entre particuliers (...) », *RTD Civ.* 1973, p. 45.

BLANC G.,

- « L'abus de droit dans les contrats en droit français », in *L'abus de droit. Comparaisons franco-suisses*, actes du séminaire de Genève, publications de l'Université de Saint-Étienne, 1998, p. 117.

BLANC N.,

- « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016, p. 394.

BLONDEL M.,

- « La bonne foi en droit des sûretés », *LPA* 2022, p. 11.

BORGHETTI J.-S.,

- « La crise du Covid, crash-test du droit des contrats ? », *RDC* 2021, p. 1.

BLOUD-REY S.,

- « Standard », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Dir. D. Alland, S. Rials, PUF, 2003.

BOUCARD H.,

- « Article 1218 : la force majeure contractuelle », *RDC* 2015, p. 779.

BOUDON R.,

- « Penser la relation entre le droit et les mœurs », in *L'avenir du droit, Mélanges Terré*, Dalloz, 1999, p. 11.

BOUTONNET M.,

- « De l'obligation d'information "sur l'environnement" à l'obligation d'information "pour l'environnement", entre intérêt des parties et intérêt général », *RDC* 2012, p. 908.

BOY L.,

- « Les utilités du contrat », *LPA* 1997, p. 3.

BROUSSEAU E.,

- « Contrats et comportements coopératifs : le cas des relations interentreprises et organisation industrielle », in *Coopération entre les entreprises et organisation industrielle*, Dir. J.-L. Ravix, éd. CNRS, 1996, p. 23.

BUCHER C.-E.,

- « Force majeure », in *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 138.

CABRILLAC R.,

- « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mél. G. Marty*, Univ. Sc. Soc., 1978, p. 235.
- « Le projet de réforme du droit des contrats, Premières impressions », *JCP G* 2008, p. 190.
- « L'article 1196 : la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision », *RDC* 2015, p. 771.
- « L'interprétation du contrat : le nouveau droit français à la lumière du droit comparé », in *Études J. Huet*, LGDJ, 2017, p. 45.

CADIET L.,

- « L'équité dans l'office du juge », *Justices* 1998, p. 87.
- « Une justice contractuelle, l'autre » in *Études Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 177.

CARBONNIER J.,

- « Exorde », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, dir. Th. Revet, Dalloz, 1996, p. 1.

CATHELINEAU A.,

- « Le retard en droit civil (suite et fin) », *LPA* 1998, p. 4.

CATTALANO G.,

- « La validité du contrat », *AJ contrat* 2018, p. 2571.

CARON C., TOURNAFOND O.,

- « La bêtise du contractant ne chasse pas le dol par réticence », *D.* 2002, p. 927.

CERQUEIRA G., NORD N.,

- « Retour sur le silence des parties à propos de l'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises », *AJ Contrat* 2020, p. 517

CHABAS F.,

- « Essai de synthèse sur le droit actuel de l'indexation conventionnelle en France » in *Mél. R. Decottignes*, PUG, 2003, p. 71.

CHAFFOIS B.,

- « Le champ contractuel », *D.* 2023, p. 1323.

CHANTEPIE G.,

- « L'efficacité attendue du contrat », *RDC* 2010, p. 347.
- « L'exigence de clarté dans la rédaction du contrat », *RDC* 2012, p. 989.

CHASSAGNARD-PINET S.,

- « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel », in *Mél. Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 225.

CHAZAL J.-P.,

- « Théorie de la cause et justice contractuelle : A propos de l'arrêt Chronopost (Cass. Com., 22 oct. 1996), *JCP G* 1998, p. 152.
- « Les nouveaux devoirs des contractants », in *La nouvelle crise du contrat*, dir. Ch. Jamin, D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 130.
- « Raisonnement juridique : entre évolution pragmatique et (im)posture dogmatique », *D.* 2016, p. 121.

- « Raisonement juridique (suite) : sortir de la liturgie doctrinale », *D.* 2016, p. 417.

CHÉNEDÉ F.,

- « L'utilité de la cause de l'obligation en droit contemporain des contrats : l'apport du droit administratif », *CCC* 2008, p. 11.
- « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *RDC* 2011, p. 709.
- « Charles Demolombe, la condition potestative (2^e partie) », *RDC* 2013, p. 1131.
- « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, du mythe à la réalité », *Dr. et philo.*, Inst. M. Villey, 2012, p. 155.
- « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796.
- « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité *in concreto* », *D.* 2021, p. 1142.

CHEVREAU E.,

- « La cause dans le contrat en droit français : une interprétation erronée des sources du droit romain », *RDC* 2023, p. 11.

COHEN D.,

- « Le droit à... », in *Mél. F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 393.

COLONNA D'ISTRIA F.,

- « Qu'est-ce qu'un argument technique en droit ? Étude aristotélicienne », in *Penser la technique juridique*, dir. A. Desrameaux, F. Colonna d'Istria, LGDJ, 2018, p. 169.

DALMAU R.,

- « Insuffisance d'actif : précisions sur la "simple négligence" du dirigeant », *Rev. Soc.* 2021, p. 533.

DANGLEHANT C.,

- « Commentaire de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats », *D.* 1995, p. 127.

DAUCHY P.,

- *Essai d'application de la méthode structurale à l'étude du contrat*, th. dactyl., Paris 2, 1979.

DAVID R.,

- « L'imprévision dans les droits européens », in *Études Alfred Jauffret*, Fac. dr. et sc. Pol. d'Aix-Marseille, 1974, p. 211.
- « La doctrine, la raison, l'équité », *RRJ* 1986-1, p. 109.

DEBOISSY F., WICKER G.,

- « Droit du contrat et droit du marché : éléments pour une problématique », *RDC* 2006, p. 1321.

DEMOGUE R.,

- *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, *RTD Civ.* 1907, p. 245.

DESHAYES O.,

- « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *RDC* 2010, p. 726.
- « La force majeure en matière contractuelle (retour sur la condition d'imprévisibilité) », *RDC* 2011, p. 1183.
- « Les directives d'interprétation du Code civile : la cohérence des textes », *RDC* 2015, p. 159.

DEUMIER P.,

- « La pédagogie selon la Cour de Cassation : anti-pédagogie dans les arrêts, pédagogie hors les arrêts », in *La pédagogie au service du droit*, LGDJ, 2011, p. 403.
- « Un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence », *RTD Civ.* 2011, p. 87.
- « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *D.* 2014, p. 2022.
- « Le barème Macron et les incertitudes des sources du droit », *RTD Civ.* 2019, p. 693.
- « L'exclusion du contrôle de conventionnalité *in concreto* : l'esprit et les méthodes », *RTD Civ.* 2022, p. 575.

DION N.,

- « Le juge et le désir du juste », *D.* 1995, p. 195.

DISSAUX N.,

- « La rentabilité au cœur du contrat de franchise », *D.* 2012, p. 2079.
- « L'épidémie, cette perte », *D.* 2020, p. 887.

DONDERO B.,

- « De la condition potestative licite », *RTD Civ.* 2007, p. 677.

DREYER D.,

- « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006, p. 748.

DROSS W.,

- « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD Civ.* 2007, p. 701.
- « La déception contractuelle », *RTD Civ.* 2018, p. 787.

DUBARRY J.,

- « Baux commerciaux et Covid-19 : un éclairage de droit allemand sur le principe et la mise en œuvre de la révision des loyers pour imprévision », *RDC* 2022, p. 82.

DUPRET B.,

- « Le général et le particulier. Perspective analytique et praxéologique sur la règle de droit », *Tracés, rev. sc. mor.*, 2018, n° 34, p. 123.

DUPICHOT J.,

- « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne des articles 1156 à 1164 du Code civil », in *Études J. Flour*, 2013, p. 179.
- « User des prérogatives contractuelles », *JCP E* 2016, p. 1375.

ETIENNEY-DE-SAINTE-MARIE A.,

- « L'«interprétation créatrice» : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », *RDC* 2015, p. 166.
- « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC* 2016, p. 384.

FABRE A.,

- « Changements d'horaires : et si le salarié avait son mot à dire ? », *Cah. Soc.* 2014, n° 263.

FABAS-SERLOOTEN A.-L.,

- « Le bail à nourriture, figure libre de soutien aux personnages âgées », *LPA* 2020, p. 14.

FABRE-MAGNAN M.,

- « L'obligation de motivation en droit des contrats » in *Études Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 301.
- « Entretien », *JCP G* 2008, p. 199.
- « Le forçage du consentement du salarié », *Dr. ouvr.* 2012, p. 459.

FAUVARQUE-COSSON B.,

- « Le changement de circonstances », *RDC* 2004, p. 67.

FENOUILLET D.,

- « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *RDC* 2011, p. 644.

FOUCHARD Ph.,

- « L'adaptation des contrats à la conjoncture économique », *Revue arbitrale* 1979, p. 80.

FRISON-ROCHE M.-A.,

- « Les offices du juge », in *Écrits en hommage à J. Foyer*, PUF, 1997, p. 463.
- « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD Civ.* 1995, p. 573.

FULCHIRON H.,

- « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656
- « La part de flou dans le droit », *RTD Civ.* 2022, p. 333.

GAC-PECH (LE) S.,

- « Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction », *JCP G* 2016, p. 991.

GAUDEMET Y.,

- Intervention devant le Sénat sur « L'office du juge », Coll. Palais du Luxembourg, 29 et 30 sept. 2006.

GAUTIER P.-Y.,

- Le contrat bouleversé : de l'imprévisibilité en droit des propriétés artistiques », *D.* 1990, p. 130.
- « Contre Bentham : l'inutile et le droit », *RTD civ.* 1995, p. 797.
- « Le contenu subjectif ou objectif du contrat : l'exemple de la transaction », *RDC* 2005, p. 1261.
- « Le mystère de Sésostris III : erreur substantielle sur la datation d'une œuvre d'art anonyme », *D.* 2007, p. 1632.
- « Éloge du syllogisme », *JCP G* 2015, p. 902.
- « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015, p. 2189.
- « Du nouveau gouvernement des juges », in *Mél. A. Batteur*, LGDJ, 2021, p. 55.

GENICON T.,

- « Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives », *RDC* 2008, p. 982.
- « Les traitements légaux : mesures préventives (1) », *RDC* 2010, p. 456.
- « Contenu du contrat tacitement reconduit : le désengagement de la Cour de cassation », *RDC* 2012, p. 755.
- « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », in *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, éd. Mare&Martin, 2014, p. 215.

GHESTIN J.,

- « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, p. 1.
- « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil », in *Études A. Weill*, Dalloz, 1983, p. 243.
- « La notion de contrat », *D.* 1990, chron. 147.
- « Le renouveau doctrinal actuel de l'absence de cause », *JCP G* 2006, p. 194.

GILLI J.-P.,

- « La responsabilité d'équité de la puissance publique », *D.* 1971, p. 125.

GJIDARA S.,

- « Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du code civil », *LPA* 2000, p. 4.

GORY C.,

- « La force majeure à l'honneur : retour sur l'ouragan Emily », *Gaz. Pal.* 2008, p. 19.

GOUBEAUX G.,

- « A propos de l'erreur sur la valeur », in *Études J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 389.

GRIMALDI C.,

- « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », *RDC* 2008, p. 207.
- « Proposition de modification de l'article 1137, alinéa 2, du Code civil relatif à la réticence dolosive », *RDC* 2017, p. 175.

GRIVEL A.-M.,

- « La liberté d'expression de l'humoriste à la télévision à l'heure du politiquement correct », *Dr. soc.* 2022, p. 386.

GUASTINI R.,

- « Interprétation et description de normes » in *L'interprétation en droit*, PUF, 1995, p. 89.

GUINCHARD S., FERRAND F., MOUSSA T.,

- « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », *D.* 2015, p. 278.
- GUTMANN D.,**
 - « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit » in *Mél. F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 329.
- HAMELIN J.,**
 - « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux des contractants », *RDC* 2018, p. 514.
- HAURIOU M.,**
 - « L'ordre social, la justice et le droit », *RTD Civ.* 1927, p. 820.
- HAUSER J., DELMAS-SAINT-HILAIRE P.,**
 - « Volonté et ordre public : un divorce entré dans le champ contractuel ? », *Defrénois* 2005, p. 357.
- HAUTEREAU-BOUTONNET M.,**
 - « Le risque climatique en droit des contrats », *RDC* 2016, p. 312.
- HAYAT S., LYON-CAEN J., TARRAGONI F.,**
 - « La singularité », *Tracés*, rev. sc. hum., 2018, n° 34, p. 7.
- HÉBRAUD P.,**
 - « Rapport introductif », in *La logique judiciaire*, 5^e Coll. Des Instituts d'Études Judiciaires, PUF, 1967, p. 23.
- HEINICH J.,**
 - « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC* 2018, p. 521.
 - « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », in *Covid-19 et droit des affaires*, Dalloz, 2020, p. 11.
 - « Caducité et changement de contexte contractuel : une remise en cause du contrat », *RDC* 2023, p. 103.
- HELLERINGER G.,**
 - Quand les parties font leur loi. Réflexions sur la contractualisation du pouvoir judiciaire d'interprétation », in *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 275.
- HEUSCHLING L.,**
 - « Qu'est-ce que, en droit, une "exception" ? », in *La norme et ses exceptions. Quels défis pour la règle de droit ?*, Dir. F.-R. Stefanini et A. Vidal-Naquet, Bruylant, 2014, p. 45.
- HILGER G.,**
 - « La fixation unilatérale du prix dans la réforme du droit des contrats : une évolution en demi-teinte », *LPA* 2018, p. 5.
- HOUTCIEFF D.,**
 - « Le dol excuse l'erreur », *Gaz. Pal.* 2016, p. 22.
 - « La loyauté ou le changement dans la continuité du contrat », *Gaz. Pal.* 2017, p. 31.
 - « L'exigence de bonne foi dans l'exercice des prérogatives contractuelles », *RDC* 2017, p. 42.
 - « La cause et le déséquilibre », *Gaz. Pal.* 2019, p. 27.
 - « Le forfait exclut l'imprévision », *Gaz. Pal.* 2021, p. 25
 - « De quoi la caducité est-elle la sanction », *Gaz. Pal.* 2023, p. 4.
 - « L'égalité devant l'imprévision », *RDC* 2023, p. 6.
- HUSSON L.,**
 - « Les trois dimensions », in *La motivation*, Trav. Ass. H. Capitant, LGDJ, t. 3, 1998, p. 69.
- IVAINER T.,**
 - « La lettre et l'esprit de la loi des parties », *JCP* 1981, p. 3023.
- JAMIN Ch.,**
 - « Pour en finir avec la formation du contrat », *LPA* 1998, p. 25.

- « Révision ou intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil » in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, *Dr. et. Patr.*, 1998, p. 46.
- « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.* 2002, p. 901.
- « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in *Repenser le contrat*, Dir. G. Lewkowicz et M. Xifaras, Dalloz, 2009.
- « Juger et motiver », *RTD Civ.* 2015, p. 263.
- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel » in *Mél. J. Ghestin*, LGDJ, 2015, p. 441.

JESTAZ Ph.,

- « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mél. P. Raynaud*, Sirey, 1985, p. 273.
- « Les sources du droit, le déplacement d'un pôle à un autre », *RTD Civ.* 1996, p. 299

JESTAZ Ph., MARGUÉNAUD J.-P., JAMIN Ch.,

- « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061.

JEULAND E.,

- « L'énigme du lien de droit », *RTD Civ.*, 2003, p. 455.

JACOMET T., BEJINARIU A.,

- « La clause de retour à meilleure fortune », *BJS* 1996, p. 365.

JEULAND E.,

- « Une approche non utilitariste du contrôle de la Cour de cassation », *JCP G* 2016, suppl. n° 1-2.

JOSSERAND L.,

- « Le problème juridique de la rupture des fiançailles », *DH* 1927, p. 21 et s.
- « Le contrat dirigé », *D.H* 1933, p. 89.
- « Tendances actuelles de la théorie des contrats », Sirey, 1937.

JOURDAIN P.,

- « Le rôle de l'imprévisibilité de la cause étrangère », *RTD Civ.* 1994, p. 871.
- « Retour sur l'imputabilité », in *Mél. B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 511.

JULIEN J.,

- « La bonne foi du consommateur comme condition de recevabilité aux procédures de surendettement : variations », *RDC* 2019, p. 59.

KAUFFMAN R.,

- « De l'utilité et des effets d'une clause potestative : la clause de retour à meilleure fortune dans les abandons de créances amiables et concordataires », *D.* 1982, p. 129.

KENDÉRIAN F.,

- « Le droit civil des contrats et le bail commercial en temps de crise : l'exemple de la Covid-19 », *RTD Com.* 2020, p. 265.

KHAIRALLAH G.,

- « Le "raisonnable" en droit privé français », *RTD Civ.* 1984, p. 439.

KILGUS N.,

- « Le banquier dispensateur de crédit et le devoir d'information et de conseil », *RDBF* 2023, n° 1, dossier 4.

KLEIN J.,

- « Les clauses relatives aux événements imprévus : validité ? Efficacité ? Interprétation ? », *RDC* 2021, p. 167.
- « Les mécanismes contractuels visant à neutraliser les effets de la crise sanitaire », *Cah. Dr. entr.* 2021, dossier 9.

LABARTHE F.,

- « La valeur contractuelle du catalogue dans les ventes volontaires de meubles aux enchères publiques », *D.* 2011, p. 1179.

LACHIÈZE C.,

- « Le régime juridique des voyages religieux », *Tour. et dr.* 2008, p. 24.
- LAGARDE X.,**
 - « La motivation des actes juridiques » in *La motivation, Trav. Ass. H. Capitant*, LGDJ, t. 3, 1998, p. 73.
 - « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *D.* 2007, chron. p. 740.
- LAGELÉE-HEYMAN M.,**
 - « Le "raisonnable" dans le nouveau droit des contrats », *RDC* 2018, p. 473.
- LAMOUREUX M.,**
 - « La clause d'intégralité en droits français, anglais et américain », *RLDA* 2007, n° 35.
- LARDEUX G.,**
 - « La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres », *D.* 2012, p. 2986.
 - « Le contrôle de proportionnalité en droit des contrats », in *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, dir. J.-P. Agresti, PUAM, 2018, p. 93.
 - « Le contrôle de proportionnalité des sanctions en matière contractuelle », *JCP G* 2021, n° 18, doct. 502.
- LARRIBA-TERNEYRE V.,**
 - « L'avenir prévisible... Et la prestation compensatoire », *Dr. famille* 2004, comm. 146.
- LAURENT P.,**
 - « La bonne foi et l'abus du droit de résilier unilatéralement les contrats de concession », *LPA* 2000, p. 6.
- LATINA M.,**
 - « Le mystère de la publication des arrêts de la Cour de cassation » in *Dalloz actu. ét.* 2012.
 - « L'essentiel de la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016, p. 1.
 - « L'état de dépendance visé par l'article 1143 est précisé par la loi du 20 avril 2018 », *LEDC* 2018, p. 7.
- LÉCUYER H.,**
 - « Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat », *LPA* 1998, p. 31.
 - « La modification unilatérale du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. Ch. Jamin, D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 49.
 - « Le contrat, acte de prévision », in *Mél. F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 643 et s., spéc. p. 651.
- LEGEAIS D.,**
 - « Incidences de la réforme du droit des contrats sur le droit des sûretés », *RDBF* 2016, comm. 72.
- LEGROS R.,**
 - « Considérations sur les motifs », in *La motivation, Trav. Ass. H. Capitant*, LGDJ, t. 3, 1998, p. 7.
- LEQUETTE S.,**
 - « Le champ contractuel – Réflexions à partir de la rentabilité économique », *RDC* 2016, p. 135.
 - « La notion de contrat, Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD Civ.* 2018, p. 541.
- LEQUETTE Y.,**
 - De l'efficacité des clauses de *hardship* », in *Liber Amicorum C. Larroumet*, Economica, 2009, p. 267.
- LEVENEUR L.,**
 - « Le fait », in *Vocabulaire fondamental du droit, Arch. Philo. Dr.*, t. 35, Sirey, 1990, p. 143.
 - « Une nouvelle hypothèse de silence circonstancié valant acceptation ? », *CCC* 2005, comm. n° 165.

LIBCHABER R.,

- « Les transformations dans les sources du droit », *RD d'Assas* 2015, n° 10, p. 17.
- « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mél. J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005.
- « Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision », *D.* 2020, p. 1185.
- « Heurs et malheurs d'une catégorie mal conçue : la convention d'assistance bénévole », *RDC* 2023, p. 14.

LOKIEC P.,

- « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007, p. 321.

LOPEZ G.,

- « L'article 4 de la loi du 25 mars 1949 (ou le régime de la révision des rentes viagères indexées », *Gaz. Pal.* 1995, p. 2.

LOQUIN E.,

- « Équité », in *Dictionnaire de la Justice*, dir. L. Cadiet, PUF, 2004.

LOISEAU G.,

- « Le contrat, la bonne foi, la personne », *D.* 2007, p. 1480.
- « Les clauses abusives dans le contrat de travail », *Cah. Soc.*, 2014, p. 452.

LOUVEL B.,

- « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1326.

MAGAR F.,

- « Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et renégociation », *D.* 2010, p. 1959.

MAINGUY D.,

- « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mél. M. Cabrillac*, Dalloz, 1999, p. 165.

MALAUURIE Ph.,

- « Rapport de synthèse », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, dir. Th. Revet, Dalloz, 1996, p. 105.
- « L'interprétation des contrats : hier et aujourd'hui » *JCP G* 2011, p. 1402.
- « Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté, et sa sobriété. Contre : le juge made law à la manière européenne », *JCP G* 2016, p. 318.

MALEVILLE-COSTEDOAT M.-H.,

- « Un bilan décennal de l'interprétation et de la rédaction des contrats d'assurance » in *Mél. Bigot*, LGDJ, 2010, p. 263.

MALINVAUD Ph.,

- « De l'erreur sur la substance », *D.* 1972, chron. 215, p. 43.
- « Le pouvoir judiciaire au XXI^e siècle », in *Mél. M. Grimaldi*, Defrénois, 2020, p. 27.

MARCUZZI M.,

- « Le genre humain », in *Notions de philosophie*, dir. D. Kambouchner, t. 1, Folio, 1995.

MARGUÉNAUD J.-P.,

- « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit*, LGDJ, 1997, p. 58.
- « La troisième chambre civile de la Cour de cassation à la croisée des chemins d'influence de la Convention EDH sur le droit des contrats », *RTD Civ.* 2006, p. 722.
- « La mise en œuvre du principe de "proportionnalité privatisée" par la première chambre civile de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 2015, p. 825.

MARTENS P.,

- « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Mél. J. Velu*, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 49.

MARTINEAU-BOURGNINAUD V.,

- « L'obligation contractuelle de surveillance », *LPA* 2001, p. 4.

MARTY G.,

- « Rôle du juge dans l'interprétation des contrats », *Trav. Ass. H. Capitant*, 1949, t. 5, Dalloz, 1950, p. 87.

MARTIAL-BRAZ N.,

- « L'objectivation des méthodes d'interprétation : la référence à la "personne raisonnable" et l'interprétation in favorem », *RDC* 2015, p. 193.

MARTZLOFF S.,

- « L'équité devant le juge civil français » in *Justice, médiation et équité*, Colloque Droit et Démocratie, 1992, p. 57.

MARZAL T.,

- « La Cour de cassation à "l'âge de la balance" », *RTD Civ.* 2017, p. 789.

MASSART T.,

- « La responsabilité du cédant d'actions pour réticence dolosive et faute de gestion », *BJS* 2023, p. 17.

MAUGER-VIELPEAU L.,

- « Commentaire de l'article 1135 du Code civil », in *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Lextenso, 2^e éd., 2018, p. 91.

MAULARD S.,

- « À propos de l'invalidation des clauses d'indexation : haro sur l'effet papillon », *Gaz. Pal.* 2018, p. 48.

MAURY J.,

- « L'erreur sur la substance dans les contrats à titre onéreux », in *Études Capitant*, Dalloz, 1977, p. 491.

MAZEAUD D.,

- « La protection par le droit commun » in *Les clauses abusives entre professionnels*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, LGDJ, 1997.
- « Compte-rendu de la thèse de Ph. Stoffel-Munck », *RTD Civ.* 1999, n° 4.
- « Petite leçon de solidarisme contractuel... », *D.* 2001, p. 3236.
- « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, p. 295.
- « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat » in *Le solidarisme contractuel*, Dir. L. Grynbaum, M. Nicod, Economica, 2004, p. 57.
- « Le juge et le contrat. Variations optimistes sur un couple "illégitime" », in *Mél. J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 235.
- « L'unité et l'utilité de la faute lourde en matière contractuelle », *D.* 2015, p. 188.
- « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Mél. Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 371.
- « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », *D.* 2008, p. 1776.
- « Réforme du droit des contrats : haro, en Héroult, sur le projet ! », *D.* 2008, p. 2675.
- « Les enjeux de la notion de prérogative contractuelle », *RDC* 2011, p. 690.
- « Pour que vive la cause, en dépit de la réforme ! », *Dr. et patr.* 2014, p. 38.

MEKKI M.,

- « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », *RDC* 2006, p. 679.
- « Le discours du contrat : quand dire ce n'est pas toujours faire », *RDC* 2006, p. 297.
- « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle : l'efficacité des clauses contractuelles », *RDC* 2007, p. 239.
- La gestion conventionnelle des risques liés aux sols et sites pollués à l'aune de la loi Alur », *JCP N* 2014, p. 1239.
- « Cession d'un bien pollué et passif environnemental – Petit guide âne », *RDC* 2015, p. 578.
- « Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision. Libre propos », *JCP N* 2017, p. 155.

- « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », *AJ contrat* 2020, p. 164.

MEL J.,

- « Les chantiers et la guerre en Ukraine : premiers éléments de réflexion », *Gaz. Pal.* 2022, p. 42.

MÉNARD B.,

- « Le contrôle de proportionnalité : vers une deuxième vie de la théorie de l'abus de droit ? », *RTD Civ.* 2022, p. 1.

MESTRE J.,

- « Force majeure et sort du lien contractuel », *RTD Civ.* 1990, p. 658.

MESTRE J., FAGES B.,

- « L'abus dans la fixation du prix », *RTD Civ.*, 2000, p. 570.
- « La période précontractuelle et la formation du contrat », *LPA* 2000, p. 7.
- « La valeur juridique du silence. Entre constance et circonstances », *RTD Civ.* 2005, p. 588.

MOLFESSIS N.,

- « L'équité n'est pas une source du droit », *RTD Civ.* 1998, p. 121.
- « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *LPA* 1998, p. 21.
- « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *RDC* 2005, p. 37.
- « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats, *JCP G* 2015, p. 1415.

MORAND M.,

- « Propos sur la modification du contrat de travail ou des conditions de travail », *JCP E* 1997, p. 643
- « Autour des conditions de travail », *JCP E* 1999, p. 1620.

MOULY-GUILLEMAUD C.,

- « Répercussion de la crise économique, perte de rentabilité d'une relation ou prévisibilité de la rupture : la brutalité en quête de sens », *RTD Com.* 2016, p. 385.

MOYSE P.-E.,

- « L'abus de droit : l'anténorme », *rev. dr. de McGill*, 2012, vol. 58, n° 1, note 48.

NERSON R.,

- « La volonté de contracter », in *Mél. R. Secrétan*, Impr. Corbaz, 1964, p. 209.

NERON S.,

- « Le standard, un instrument juridique complexe », *JCP G* 2011, p. 1003

NEWMAN R. A.,

- « La nature de l'équité en "droit civil", *RIDC* 1964, p. 290.

NICOLAS-VULLIERME L.,

- « Le "délai raisonnable" ou la mesure du temps », *LPA* 2005, p. 3.

NORMAND J.,

- « Le domaine du principe de motivation », in *La motivation, Trav. Ass. H. Capitant*, LGDJ, t. 3, 1998, p. 17.

OPPETIT B.,

- « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de "hardship" », *Clunet* 1974, p. 794.
- « L'endettement et le droit », in *Mél. A. Breton, F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 295.
- « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence » in *Rev. Sc. Mor. et pol., Le contrat*, n° 3, 1995, p. 242.

OST F.,

- « Temps et contrat, critique du pacte faustien » in *La relativité du contrat, Trav. Assoc. H. Capitant*, LGDJ, 2000, p. 163.

PELLÉ S.,

- « La réception des correctifs d'équité par le droit : l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail », *D.* 2011, p. 1230.
- « Contrôle de proportionnalité et droit pénal : quelle "doctrine" de la chambre criminelle ? », *D.* 2022, p. 1186.

PELLET S.,

- « Fixation unilatérale du prix : une prérogative bien obscure ! », *LEDC* 2016, p. 5.

PERELMAN Ch.,

- « La motivation des décisions de justice » in *La motivation des décisions de justice*, dir. Ch. Perlman et P. Foriers, Bruylant, 1978, p. 415.
- « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *APD*, 1978, p. 203.
- « La loi et le droit », in *Le raisonnable et le déraisonnable en droit : au-delà du positivisme juridique*, préf. M. Villey, LGDJ, 1984.

PÉRÈS C.,

- « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G* 2016, p. 454.

PICARD E.,

- « L'état du droit comparé en France en 1999 » in *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, RIDC, 1999, p. 164.

PIERRÉ-CAPS S.,

- « La constitution comme ordre de valeurs », in *Mél. D. G. Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 283.

PIGNARRE G.,

- « Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? », *RDC* 2005, p. 1290.

PLAYOUST O.,

- « Contribution à la moralisation du droit des procédures collectives, la clause de retour à meilleur fortune », *Rev. proc. coll.* 1994, p. 349.

POLLAUD-DULLIAN F.,

- « A propos de la sécurité juridique », *RTD Civ.* 2001, p. 487.

PRÈS X.,

- « L'action en révision pour lésion et imprévision en droit d'auteur : applications et perspectives », *AJ Contrat* 2018, p. 112.

PUIG G.,

- « L'excès de proportionnalité », *RTD Civ.* 2016, p. 70.

RAMIESCEANO P.,

- « Le silence créateur d'obligations et l'abus de droit », *RTD Civ.* 1930, p. 1001.

RAY J.-E.,

- « Changements d'horaires, à propos de quelques arrêts récents », *Dr. soc.* 2001, p. 7.

REGENER M.,

- « Les techniques de prise en compte des motifs dans le contrat », *RDC* 2013, p. 1583.

REGNAULT S.,

- « Les avatars de la clause d'indexation (I) », *AJ Contrat* 2018, p. 118.

RÉMY Ph.,

- « Droit des contrats : questions positions », in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 271.

RENAUT M.-H.,

- « La déconfiture du commerçant », *RTD Com.* 2000, p. 533.

RENET Th.,

- « La détermination unilatérale de l'objet du contrat » in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Economica 1999, p. 31.
- « Objectivisation ou subjectivisation du contrat. Quelle valeur juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dir. Ch. Jamin, D. Mazeaud, P. Ancel, Dalloz, 2003, p. 86.

- « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC* 2004, p. 579
- « Propos introductifs », *RDC* 2011, p. 639.
- « Une philosophie générale ? », *RDC hors-série* 2016, p. 5.
- « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, p. 373.
- « Le contrat Janus ou la dualisation de la théorie du contrat » in *Mél. L. Aynès*, LGDJ, Lextenso, 2019, p. 421.

RICHARD DE LA TOUR J.,

- « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC* 2016, p. 392.

RIVERO J.,

- « Apologie pour les faiseurs de systèmes » in *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980.

ROCHFELD J.,

- « Du contrôle des clauses de “cessation” du contrat au regard de leur potestativité », *JCP G* 2002, p. 134.
- « Contrat et libertés fondamentales », *RDC* 2003, p. 17.
- « CEDH et interprétation des contrats en droit privé », *RDC* 2005, p. 654.
- « Les techniques de prise en considération des motifs dans le contrat en droit français », *RDC* 2013, p. 1601.
- « Les droits potestatifs accordés par le contrat, in *Mél. J. Ghestin*, LGDJ, Anthologie du droit, 2015, p. 747.
- « Disparition de la cause : table rase et nouveaux fondements à l'intervention du juge (adhésion, dépendance, erreur) ? », in *La réforme du droit français des contrats*, dir. B. Fauvarque-Cosson, G. Wicker, éd. Société de législation comparée, 2019, p. 87.

ROME F.,

- « SNCF : rien n'est imprévisible, ni irrésistible... », *D.* 2007, p. 1129.

ROUHETTE G.,

- « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *RDC* 2007, p. 1371.

ROUVIÈRE F.,

- Les différentes formes de contrôle de proportionnalité », in *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, dir. J.-P. Agresti, PUAM, 2018, p. 75.
- « De la cause vers les motifs : d'autres mots pour les mêmes concepts ? », *RTD Civ.*, 2021, p. 247.
- « Proportionnalité : Aristote et Thomas d'Aquin à la Cour de cassation », *RTD Civ.* 2021, p. 741.
- « Le nouveau gouvernement des juges », *RTD Civ.* 2022, p. 504.

RUBI-CAVAGNA E.,

- « Les arguments d'opportunité », in *Le raisonnement juridique, recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, dir. P. Deumier, Dalloz, 2013, p. 232.

SAUTONIE-LAGONIE L.,

- « L'apport du droit des entreprises en difficulté à l'étude de la caducité », *RDC* 2023, p. 80.

SAVAUX E.,

- « Solidarisme contractuel et formation du contrat » in *Le solidarisme contractuel*, dir. L. Grynbaum, M. Nicod, Economica, 2004, p. 43.
- « Frémissement en matière d'imprévision », *RDC* 2011, p. 34.

SÉRIAUX A.,

- « Le futur contractuel » in *Le droit et le futur*, PUF, 1985, p. 80.
- « Réflexions sur les délais de grâce », *RTD Civ.* 1993, p. 789.
- « Question controversée : la théorie du non droit », *RRJ* 1995-1, p. 13.
- « L'équité », chap. XXI, in *Le droit, une introduction*, Ellipses, 1997.

- « Quand proportionnalité rime avec équité », *Cahiers méth. jur.*, *RRJ* 2018-5, p. 2071.
- SEUBE J.-B.**,
- « L'article 1186 du projet : la caducité », *RDC* 2015, p. 769.
- SIMLER Ph.**,
- « Propos introductifs – À la recherche des frontières de l'interprétation », *RDC* 2015, p. 146.
- SPITZ J.-F.**,
- « “Qui dit contractuel dit juste” : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD Civ.* 2007, p. 281.
- STOFFEL-MUNCK Ph.**,
- « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* 2016, p. 30.
- « Le devoir de renégociation du contrat : et après ? », *RDC* 2021, p. 173.
- « La caducité : observations en guise de synthèse », *RDC* 2023, p. 140.
- STURLÈSE B.**,
- « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016, p. 398.
- SUDRE F.**,
- « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? » *JCP G* 2017, p. 289.
- TERRÉ F.**,
- « Remarques sur les relations entre la sociologie juridique et la philosophie du droit », *ADP* 1969, t. 14, p. 226.
- « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, dir. Th. Revet, Dalloz, 1996, p. 3.
- TERRÉ-FORNACCIARI D.**,
- « L'autonomie de la volonté », *Rev. sc. mor. et pol., Le contrat*, 1995, n° 3, p. 260.
- THIBIERGE L.**,
- « Les effets du contrat », *AJ Contrat* 2018, p. 266.
- THIBIERGE-GUELFUCCI C.**,
- « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.* 1997, p. 357.
- TOURNAFOND O.**,
- « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit français », *D.* 2008, p. 2607.
- TROPER M.**,
- « Une théorie réaliste de l'interprétation » in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, 2001, p. 79.
- TUNC. A.**,
- « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *JCP* 1945, p. 449.
- TUSSEAU G.**,
- Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de “notion fonctionnelle” », *RFDA* 2009, p. 641.
- VAN COMPERNOLLE J.**,
- « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à F. Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 495.
- VAN MEERBEEK J.**,
- « Les principes généraux du droit de l'Union européenne », in *Les sources du droit revisitées*, Anthemis, Bruxelles, 2012, p. 161.
- VASSEUR-LAMBRY F.**,
- « La bonne foi dans les relations individuelles de travail », *LPA* 2000, p. 4.
- VEDEL G.**,

- « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, n° 851.

VIANDIER A.,

- « La complaisance », *JCP G* 1980, p. 2987.

VIENNE R.,

- « De l'individualisation de la peine à la personnalisation de la mesure », in *Mél. M. Ancel*, 1975, II, p. 177.

VILLEY M.,

- « Contre l'humanisme juridique », in *Sur les notions de contrat*, *APD*, t. 13, Sirey, 1968.

VIVIEN G.,

- « De l'erreur déterminante et substantielle », *RTD Civ.* 1992, p. 305.

WICKER G.,

- « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, dir. P. Rémy-Corlay, D. Fenouillet, Dalloz, 2003.
- « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.* 2015, p. 1557.

WITZ C.,

- « La révision des conditions et charges dans les libéralités », *JCP G* 1985, p. 3177.

WROBLEWSKI J.,

- « Le non-dit dans le droit : présuppositions et conventions implicites » in *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Dir. P. Amselek, C. Grzegorzczak, PUF, 1989, p. 137.

ZAKI S.,

- « Définir l'équité » in *Vocabulaire fondamental du droit*, *APD*, t. 35, 1990, p. 87 et s.

ZENATI F.,

- « Le juge et l'équité », *Annales de la faculté de droit de Lyon*, éd. L'Hermès, 1985, p. 93.

ZENATI-CASTAING F.,

- « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 2016, p. 511.

V. NOTES, OBSERVATIONS ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

AMRANI-MEKKI S.,

- Obs. sous Com. 18 janv. 2011, *D.* 2012, p. 459.

AMRANI-MEKKI S., FAUVARQUE-COSSON B.,

- Obs. sous Com. 27 mars 2007, *D.* 2007, p. 2966.
- Obs. sous Com. 11 avr. 2012, *D.* 2013, p. 391.

ASSELAIN M.,

- Note sous Civ. 2^e, 8 mars 2018, *RGDA* 2018, p. 242.

ATIAS C.,

- Obs. sous Civ. 3^e, 15 avr. 1989, *RDI* 1980, p. 462.
- Obs. sous Civ. 3^e, 8 juin 2006, *D.* 2006, p. 2887.

AUBERT J.-L.

- Note sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1969, *JCP G* 1970, p. 16445.

BECQUÉ J.,

- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 17 nov. 1953, *JCP* 1954, p. 7952.

BÉNABENT A.,

- Obs. sous CA Paris, 25 mars 1993, *D.* 1994, p. 149.

BENSAMOUN A.,

- Obs. sous Com. 24 mai 2005, *D.* 2006, p. 1025.

BIHR P.,

- Note sous Civ. 3^e, 10 mars 1993, *D.* 1993, p. 357.

BLOCH C.,

- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 23 juin 2011, *JCP G* 2011, p. 1333.

BOCCARA B.,

- Note sous Com. 25 fév. 1963, *JCP* 1963, p. 13231.

BOFFA R., MEKKI M.,

- Obs. sous Civ. 3^e, 23 juin 2021, *D.* 2022, p. 310.

BONNET D.,

- Note sous Civ. 1^{ère}, 13 juill. 2004, *Rev. Soc.* 2005, p. 378.

BOULOC B.,

- Obs. sous Civ. 1^{ère} 19 mai 1992, *RTD Com.* 1993, p. 162.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 12 déc. 2000, *RTD Com.* 2001, p. 505.
- Obs. sous Ch. mixte, 22 avr. 2005, *RTD Com.* 2005, p. 828.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 21 nov. 2006, *RTD Com.* 2007, p. 441.
- Obs. sous Civ. 1^{ère} 27 fév. 2007, *RTD Com.* 2007, p. 587.
- Obs. sous Com. 11 avr. 2012, *RTD Com.* 2012, p. 608.
- Obs. sous Com. 7 oct. 2014, *RTD Com.* 2015, p. 144.

BUREAU D.,

- Note sous ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, *LPA* 1995, p. 11.

BARBIER H.,

- Obs. sous Com. 12 fév. 2013, *RTD Civ.* 2013, p. 375.
- Obs. sous Com. 16 sept. 2014, *RTD Civ.* 2014, p. 890.
- Note sous Com. 7 oct. 2014, *RTD Civ.* 2015, p. 381.
- Obs. sous Civ. 3^e, 22 oct. 2015, *RTD Civ.* 2016, p. 122.
- Obs. sous Civ. 3^e, 15 oct. 2015, *RTD Civ.* 2016, p. 107.
- Obs. sous Com., 12 avr. 2016, *RTD Civ.* 2016, p. 618.
- Obs. sous Soc. 21 sept. 2017, *RTD Civ.* 2017, p. 837.
- Obs. sous Com. 8 nov. 2017, *RTD Civ.* 2018, p. 112.
- Obs. sous Civ. 3^e, 3 mai 2018, *RTD Civ.* 2022, p. 374.
- Obs. sous Com. 14 nov. 2018, *RTD Civ.* 2019, p. 100.

- Obs. sous Com. 19 juin 2019, *RTD Civ.* 2019, p. 570.
- Obs. sous CA 23 janv. 2020n *RTD Civ.* 2020, p. 364.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 21 oct. 2020, *RTD Civ.* 2020, p. 869.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 21 oct. 2020, *RTD Civ.* 2021, p. 121.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 6 janv. 2021, *RTD Civ.* 2021, p. 402.
- Obs. sous Civ. 3^e, 23 juin 2021, *RTD Civ.* 2021, p. 630.
- Obs. sous CA Nancy, 10 nov. 2021, *RTD Civ.* 2022, p. 126.
- Obs. sous Civ. 2^e, 9 déc. 2021, *RTD Civ.* 2022, p. 121.
- Obs. sous Com. 22 juin 2022, *RTD Civ.* 2022, p. 610.
- Obs. sous CA Paris, 6 oct. 2022, *RTD Civ.* 2023, p. 100.

BEHAR-TOUCHAIS M.,

- Note sous CA Paris, 1^{er} oct. 2014, *RDC* 2015, p. 67.
- Comm. sous Com. 3 mars 2015, *RDC* 2015, p. 523.
- Obs. sous Com. 14 nov. 2018, *LEDICO* 2019, p. 2.

BERGEL J.-L.,

- Obs. sous Civ. 3^e, 16 janv. 2020, *RDI* 2020, p. 377.
- Obs. sous Civ. 3^e, 9 juillet 2020, *RDI* 2021, p. 589.
- Obs. sous Civ. 3^e, 13 juill. 2022, *RDI* 2022, p. 591.

BOSSU B.,

- Note sous Soc. 13 janv. 2009, *JCP S* 2009, p. 1162.

BRUN Ph.,

- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 6 avr. 1994, *JCP G* 1995, p. 22387.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 9 nov. 1999, *JCP G* 2000, p. 10251.

BUY F.,

- Note sous Com. 7 oct. 2014, *D.* 2014, p. 2329.

CADIET L.,

- Obs. sous Soc. 4 déc. 1996, *JCP G* 1997, p. 4064.

CANUT F.,

- Obs. sous CE, 3 juill. 2013, *cah. Soc.* 2013, n° 256.

CARO A.-M.,

- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 19 sept. 2019, *Dr. famille* 2019, comm. n° 233.

CARVAL S.,

- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 8 mars 2012, *RDC* 2012, p. 808.

CASEY J.,

- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 28 mars 2006, *RJPF* 2006, n° 5/49.

CHABAS F.,

- Obs. sous Civ. 3^e, 27 juin 1973, *RTD Civ.* 1973, p. 748.

CHAGNY M.,

- Obs. sous CA Paris, 23 mai 2013, *RTD Com.* 2013, p. 500.
- Obs. sous 3 mars 2015, *RTD Com.* 2015, p. 486.

CHANTEPIE G.,

- Note sous Civ. 1^{ère}, 19 sept. 2018, *AJ contrat* 2018, p. 477.
- Note sous Civ. 2^e, 9 déc. 2021, *D.* 2022, p. 384.

CHASSAGNARD S.,

- Note sous Civ. 3^e, 24 avr. 2003, *D.* 2004, p. 450.

CHATRY S.,

- Obs. sous CJUE, 27 fév. 2020, n° C-240/18P, *LEPI* 2020, p. 4.

CHAZAL J.-P.,

- Comm. Sous Civ. 1^{ère}, 3 avr. 2002, *D.* 2002, p. 1860.

COHEN D.,

- Note sous Com. 22 oct. 1996, *JCP G* 1996, p. 22881.

CORNU G.,

- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 18 nov. 1975, *RTD Civ.* 1976, p. 369.

CORRIGNAN-CARSIN D.,

- Note sous Soc. 22 fév. 2000, *JCP G* 2000, p. 10321.

COURET A.,

- Note sous Com. 10 juill. 2007, *BJS* 2007, p. 1187.

COURET A., DONDERO B.,

- Obs. sous Com. 18 mai 2010, *JCP E* 2010, p. 1562.

CROCQ P.,

- Note sous Com. 17 juin 1997, *RTD Civ.* 1998, p. 154 et p. 157.

DELEBECQUE Ph.,

- Obs. sous Com. 22 oct. 1996, *D.* 1997, p. 175.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, *Defrénois* 2000, p. 1114.

DELPECH X.,

- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 12 juill. 2005, *D.* 2005, p. 2276.

DESHAYES O.,

- Obs. sous Civ. 1^{ère} 4 juin 2009, *LEDC* 2009, p. 5.
- Obs. sous Civ. 3^e, 9 déc. 2009, *LEDC*, p. 4.

DEUMIER P.,

- Obs. sous *RTD Civ.* 2011, p. 87.

DIENER P.,

- Obs. sous Jugement du Tribunal mixte de Basse-Terre du 17 mars 1993, *D.* 1993, p. 449.

DISSAUX N.,

- Comm. sous Com. 4 oct. 2011, *D.* 2011, p. 3052.
- Note sous Com. 12 juin 2012, *D.* 2012, p. 2079.
- Note sous Civ. 3^e, 22 oct. 2015, *D.* 2015.

DJIKPA B.,

- Chron. sous Civ. 3^e, 11 mai 2022, *D.* 2022, p. 2308.

DJOUDI J.,

- Note sous Soc. 14 janv. 1997, *D.* 1997, p. 612.

DOURNAUX F.,

- Obs. sous Com. 10 juin 2020, *RDC* 2020, p. 8.
- Note sous Civ. 1^{ère}, 21 oct. 2020, *RDC* 2021, p. 12.
- Note sous Civ. 3^e, 13 juill. 2022, *RDC* 2022, p. 10.

DROSS W.,

- Obs. sous Civ. 3^e, 16 janv. 2020, *RTD Civ.* 2020, p. 428.

DUBOIS C.,

- Note sous Civ. 3^e 15 oct. 2015, *D.* 2015, p. 2423.

DUMONT-LEFRAND M.-P.,

- Obs. sous Civ. 3^e, 2 oct. 2013, *AJDI* 2014, p. 519.

DUPMERY A.,

- Note sous Soc. 13 janv. 2009, *RTD Civ.* 2009, p. 300.

DURRY G.,

- Obs. sous Com. 8 juill. 1981, *RTD Civ.* 1982, p. 425.

FABRE-MAGNAN M.,

- Obs. sous Civ. 3^e, 3 mars 1993, *JCP G* 1994, p. 3744.
- Obs. sous Com. 22 oct. 1996, *JCP G* 1997, p. 4002.

FAGES B.,

- Obs. sous 10 juill. 2007, *RTD Civ.* 2007, p. 773.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, *RTD Civ.* 2009, p. 118.

- Obs. Sous Com. 9 juin 2009, *RTD Civ.* 2009, p. 719.
- Obs. sous Com. 18 mai 2010, *RTD Civ.* 2010, p. 553.
- Obs. sous Com. 29 juin 2010, *RTD Civ.* 2010, p. 782.
- Obs. sous Com. 29 juin 2010, *RTD Civ.* 2010, p. 555.
- Obs sous Com. 12 juin 2012, *RTD Civ.* 2012, p. 724.

FAUVARQUE-COSSON B.,

- Obs. sous Cass. Belge, 19 juin 2009, *RDC* 2010, p. 1405.
- Com. 29 juin 2010, *D.* 2010, p. 472.

FENOUILLET D.,

- Note sous Civ. 3^e, 8 juin 2006, *LPA* 2006, p. 9.

FERRIER D.,

- Obs. sous Com. 3 nov. 1992, *D.* 1995, p. 85.
- Obs. sous ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, *D.* 1997, p. 59.
- Obs sous Com. 12 juin 2012, *D.* 2012, p. 732.
- Obs. sous Com. 3 mars 2015, *D.* 2016, p. 964.
- Obs. sous Com. 7 oct. 2014, *D.* 2015, p. 943.
- Obs sous Com. 14 nov. 2018, *D.* 2019, p. 783.

FERRIER N.,

- Obs. sous Com. 4 sept. 2018, *D.* 2019, p. 795.

FLOUR J.,

- Obs. sous Soc. 11 juin 1942, *DC* 1943, p. 130.

FRANÇOIS J.,

- Note sous Com. 16 sept. 2014, *D.* 2014, p. 2217.

GAC-PECH (LE) S.,

- Note sous Com. 12 avr. 2016, *JCP E* 2016, p. 1474.

GALLMEISTER I.,

- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 3 juill. 2002, *D.* 2007, p. 15.

GARÉ T.,

- Note sous CEDH, 25 mars 1992, *JCP G* 1992, p. 21955.

GAUTIER P.-Y.,

- Obs sous Civ. 3^e, 3 mars 1993, *RTD Civ.* 1994, p. 124.
- Obs. sous Civ. 3^e, 30 avr. 1997, *RTD Civ.* 1997, p. 686.
- Obs. sous Com. 24 nov. 1998, *RTD Civ.* 1999, p. 646.
- Obs. sous Civ. 3^e, 24 avr. 2003, *RTD Civ.* 2003, p. 723.
- Obs. sous Com. 10 juill. 2007, *D.* 2007, p. 2844.
- Obs. sous Civ. 3^e, 15 oct. 2015, *RTD Civ.* 2016, p. 140.
- Obs. sous Civ. 3^e, 19 janv. 2022, *RTD Civ.* 2022, p. 414.
- Note sous Civ. 3^e, 30 juin 2022, *RTD Civ.* 2022, p. 912

GAURIAU B.,

- Obs. sous Soc. 18 mai 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 734.

GENICON T.,

- Obs. sous Civ. 1^{ère} 4 juin 2009, *RDC* 2009, p. 1330.
- Comm. sous Civ. 3^e, 17 fév. 2010, *RDC* 2010, p. 818.
- Obs. sous Com. 29 juin 2010, *D.* 2010, p. 2485.
- Obs. sous Com. 15 mars 2011, *RDC* 2011, p. 795.
- Obs sous Com. 4 oct. 2011, *RDC* 2012, p. 64.
- Obs. sous Com. 4 oct. 2011, *RDC* 2012, p. 64.
- Note sous Civ. 2^e, 12 sept. 2013, *RDC* 2014, p. 16.
- Comm. sous Civ. 3^e, 13 juill. 2022, *D.* 2022, p. 1647.

GHESTIN J.,

- Obs. sous Com. 4 oct. 2011, *JCP G* 2012, p. 135.
- GIBOULOT,**
- Note sous Civ. 6 mars 1876, *D.* 1876, p. 193.
- GRAVELEAU P.,**
- Obs. sous CE, 3 juill. 2013, *Gaz. Pal.*, 2013, n.
- GRIDEL J.-P.,**
- Note sous Civ. 1^{ère}, 3 juill. 2002, *D.* 2002, p. 2631.
- GRIMALDI C.,**
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1986, *Defrénois* 1986, p. 33791.
- Obs. sous CEDH 16 déc. 2008, *RDC* 2010, p. 131.
- Obs. sous Com. 10 juin 2020, *RDC* 2020, p. 78.
- GROSSER P.,**
- Obs. sous Civ. 3^e, 13 juill. 2022, *JCP G* 2022, p. 1426.
- GUÉRIN O.,**
- Obs. sous Civ. 3^e, 18 déc. 2002, *AJDI* 2003, p. 182.
- GUEZ P.,**
- Obs. sous Civ. 1^{ère} 8 fév. 2005, *LPA* 2006, p. 19.
- HALLOUIN J.-C.,**
- Obs. sous Com. 18 mai 2010, *D.* 2010, p. 2797.
- HAUSER J.,**
- Obs. sous Civ. 3^e, 6 mars 1996, *RTD Civ.* 1996, p. 580.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, *RTD Civ.* 2009, p. 111.
- HOUTCIEFF D.,**
- Note sous Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, *RLDC* 2004, p. 5.
- Note sous Com. 10 juill. 2007, *JCP G* 2007, p. 1054.
- Note sous Com. 8 oct. 2016, *Gaz. Pal.* 2017, p. 27.
- Obs. sous Civ. 3^e, 3 mai 2018, *Gaz. Pal.* 2018, p. 22.
- Obs. sous TJ Paris, 10 juill. 2020, *Gaz. Pal.* 2020, p. 27.
- Obs. sous TK Paris, 6 janv. 2021, *Gaz. Pal.* 2021, p. 28.
- Obs. sous CA Paris, 4 nov. 2021, *Gaz. Pal.* 2022, p. 3.
- Obs. sous Com. 10 nov. 2021, *Gaz. Pal.*, p. 5.
- Note sous Civ. 3^e, 30 juin 2022, *D.* 2022, p. 1445.
- ICARD J.,**
- Obs. sous Soc. 12 janv. 2016, *Cah. Soc.* 2016, p. 80.
- Obs. sous Soc. 21 sept. 2017, *Cah. Soc.* 2017, p. 527.
- JAMIN Ch.,**
- Obs. sous Civ. 3^e 6 mars 1996, *JCP G* 1996, p. 3958.
- Obs. sous Com. 24 nov. 1998, *JCP G* 1999, I, n° 143, n° 6.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, *JCP G* 2001, p. 10510.
- JOURDAIN P.,**
- Obs. sous CA Paris, 28 fév. 1990, *RTD Civ.* 1990, p. 669.
- Note sous Civ. 1^{ère}, 18 juill. 2000, *RTD Civ.* 2001, p. 146.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 12 déc. 2000, *D.* 2001, p. 2230.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 3 juill. 2002, *RTD Civ.* 2002, p. 821.
- Obs. sous Ch. mixte, 22 avr. 2005, *RTD Civ.* 2005, p. 604.
- Comm. sous Ass. Plén. 14 avr. 2006, *D.* 2006, p. 1577.
- Obs. sous *Ibid.*, *RTD Civ.* 2006, p. 775.
- Civ. 1^{ère}, 21 nov. 2006, *RTD Civ.* 2007, p. 574.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 23 juin 2011, *RTD Civ.*, 2011, p. 772.
- Note sous Soc. 1^{er} juin 2016, *RTD Civ.* 2016, p. 869.
- KERBOUC'H J.-Y.,**

- Obs. sous CE, 14 nov. 2008, n° 306226, *JCP S*, 2009, p. 1393.

KLEIN J.,

- Note sous Civ. 3^e, 22 oct. 2015, *RDC* 2016, p. 31.

LABARTHE F.,

- Note sous Civ. 1^{ère} 4 juin 2009, *D.* 2009, p. 2137.
- Comm. sous Civ. 1^{ère}, 21 oct. 2020, *D.* 2021, p. 325.

LAITHIER Y.-M.,

- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 15 nov. 2005, *RDC* 2006, p. 114.
- Obs. sous Com. 12 fév. 2008, *RDC* 2008, p. 730.
- Note sous Com. 18 janv. 2011, *RDC* 2011, p. 789.
- Obs. sous Com. 11 avr. 2012, *RDC* 2012, p. 1175.
- Obs. sous Com. 28 nov. 2018, *RDC* 2019, p. 14.

LAMOUREUX M.,

- Note sous T. Com. Paris, 20 mai 2020, *JCP E* 2020, p. 1350.

LATINA M.,

- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 17 oct. 2012, *RDC* 2013, p. 576.
- Obs. sous Civ. 3^e, 8 juill. 2021, *LEDC*, p. 4.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 21 oct. 2020, *LEDC* 2020, p.4.
- Obs. sous Civ. 2^e, 9 déc. 2021, *RDC* 2022, p. 9.

LEBLOND N.,

- Comm. sous Civ. 2^e, 8 mars 2018, *RDBF* 2018, p. 68.

LEBOIS A.,

- Obs. sous Com. 12 juill. 2011, *LEPI* 2011, p. 2.

LE CANNU P.,

- Obs. sous Com. 10 juill. 2007, *RTD Com.* 2007, p. 786.
- Obs. sous Com. 18 mai 2010, *Rev. soc.* 2010, p. 374.

LEGEAIS D.,

- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 12 juill. 2005, *RTD Com.* 2005, p. 829.
- Obs. sous Com. 12 déc. 2006, *RTD Com.* 2007, p. 214.
- Comm. sous Com. 12 déc. 2006, *JCP E* 2007, p. 1310.
- Obs. sous Com. 11 avr. 2012, *RTD Com.* 2012, p. 381.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2016, *RDBF* 2016, comm. 165.

LEVENEUR L.,

- Note sous Com. 3 nov. 1992, *CCC* 1993, comm. 45.
- Obs. sous ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, *JCP E* 1996, comm. 776.
- Note sous Com. 22 oct. 1996, *CCC* 1997, comm. 24.
- Obs. sous Civ. 3^e, 24 sept. 2003, *CCC* 2003, comm. 174.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 15 nov. 2005, *CCC* 2006, comm. 43.
- Obs. sous Civ. 1^{ère} 27 fév. 2007, *CCC* 2007, comm. 146.
- Obs. sous Civ. 3^e, 20 fév. 2008, *CCC* 2008, comm. 150.
- Obs. sous Civ. 3^e, 9 juin 2010, *CCC* 2010, comm. 10.
- Note sous Civ 3^e, 25 mai 2011, *CCC* 2011, comm. 184.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 23 juin 2011, *CCC* 2011, comm. 14.
- Obs. sous Civ 3^e, 18 avr. 2019, *CCC* 2019, comm. 117.
- Obs. sous Com. 19 juin 2019, *CCC* 2019, comm. 151.

LIBCHABER R.,

- Obs. sous Civ. 3^e, 18 déc. 2002, *RTD Civ.* 2003, p. 575.
- Obs. sous Soc. 18 sept. 2002, *Defrénois* 2002, p. 1619.
- Obs. sous Civ. 3^e, 18 déc. 2002, *RTD Civ* 2003. p. 575.

LIENHARD A.,

- Obs. sous Com. 18 mai 2010, *D.* 2010, p. 2405.

LOKIEC P.,

- Obs. sous Soc. 3 nov. 2011, *D.* 2012, p. 67.

LUCET F.,

- Obs. sous Civ. 3^e, 8 janv. 1992, *D.* 1993, p. 220.

MAGUET L.,

- Obs. sous Req. 20 janv. 1941, *D.* 1942, p. 155.

MAINGUY D., RESPAUD J.-L.,

- Note sous Com. 5 oct. 2004, *RLDC* 2005, n° 478.

MALAURIE-VIGNAL M.,

- Obs. sous Com. 24 nov. 1998, *CCC* 1999, p. 56.
- Note sous Com. 4 sept. 2018, *CCC* 2018, p. 200.

MATHEY N.,

- Com. 12 fév. 2013, *CCC* 2013, p. 78.
- Obs. sous CA Paris, 23 mai 2013, *CCC* 2013, p. 209
- Note sous Com. 12 avr. 2016, *CCC* 2016, comm. 142.
- Obs. sous Com. 6 fév. 2019, *CCC* 2019, comm. 66.

MARGUÉNAUD J.-P.,

- Note sous CEDH, 25 mars 1992, *D.* 1993, p. 10.
- Obs. sous Civ. 3^e, 18 déc. 2002, *RTD Civ.* 2003, p. 383.
- Obs. sous Civ. 3^e, 22 mars 2006, *RTD Civ.* 2006, p. 722.
- Obs. sous Civ. 3^e, 8 juin 2006, *RTD Civ.* 2006, p. 722.
- Obs. sous CEDH, 16 déc. 2008, *RTD Civ.* 2009, p. 281.
- Obs. sous CEDH 29 janv. 2013, *RTD Civ.* 2013, p. 336.
- Obs. sous CEDH, 5 juill. 2022, *RTD Civ.* 2022, p. 857.

MARGUÉNAUD J.-P., MOULY J.,

- Note sous Soc. 20 avr. 2022, *D.* 2022, p. 1191.

MARTIN D.R.,

- Note sous Civ. 3^e, 25 mai 2005, *LPA* 2006, p. 13.

MASSART.,

- Obs. sous Com. 20 oct. 2003, *BJS* 2004, p. 113.

MAZEAUD D.,

- Obs. sous Com. 22 oct. 1996, *Defrénois* 1997, p. 133.
- Obs. sous Com. 24 nov. 1998, *Defrénois* 1999, p. 371.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, *Defrénois* 2000, p. 1110.
- Obs. sous Civ. 3^e, 24 avr. 2003, *RDC* 2003, p. 42.
- Obs. sous Civ. 3^e, 24 sept. 2003, *RDC* 2004, p. 644.
- Note sous Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, *D.* 2004, p. 1754.
- Obs. sous Civ. 3^e, 12 janv. 2005, *RDC* 2005, p. 1018.
- Obs. sous Civ. 3^e, 11 mai 2005, *RDC* 2006, p. 323.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 21 fév. 2006, *RDC* 2006, p. 704.
- Obs sous Com. 27 mars 2007, *RDC* 2008, p. 231.
- Comm. sous Com. 29 juin 2010, *D.* 2010, p. 2481.
- Note sous Com. 29 juin 2010, *D.* 2010, p. 1832.
- Note sous Com. 18 mars 2014, *D.* 2014, p. 1915.

MEKKI M.,

- Note sous Civ. 1^{ère}, 15 nov. 2005, *D.* 2006, p. 587.
- Note sous Civ. 1^{ère}, 23 juin 2011, *Gaz. Pal.* 2011, p. 13.
- Obs. sous Civ. 3^e, 29 juin 2017, *RDC* 2017, p. 659.
- Obs. sous Soc. 21 sept. 2017, *D.* 2017, p. 2007.
- Note sous Civ. 3^e, 30 juin 2022, *JCP N* 2022, p. 1216.

MESTRE J.,

- Obs. sous CA Toulouse, 30 novembre 1985, *RTD Civ.* 1986, p. 591.
- Note sous Com. 31 mars 1992, *RTD civ.* 1992, p. 760.
- Obs. sous CA Riom, 10 juin 1992, *RTD Civ.* 1993, p. 343.
- Obs. sous Com. 3 nov. 1992, *RTD Civ.* 1993, p. 124.
- Obs. sous Civ. 3^e, 10 mars 1993, *RTD Civ.* 1994, p. 100.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 9 nov. 1993, *RTD. Civ.* 1994, p. 595.
- Obs. sous Com. 4 janv. 1994, *RTD Civ.* 1994, p. 349.
- Obs. sous ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, *RTD Civ.* 1996, p. 153.
- Obs. sous Civ. 3^e 6 mars 1996, *RTD Civ.* 1996, p. 897.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996, *RTD Civ.* 1996, p. 901.
- Obs. sous Com. 22 oct. 1996, *RTD Civ.* 1997, p. 418.
- Obs. sous Com. 17 juin 1997, *RTD Civ.* 1998, p. 100.
- Obs. sous Com. 24 nov. 1998, *RTD Civ.* 1998, p. 98.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 2 déc. 1998, *RTD Civ.* 1998, p. 463.
- Obs. sous Soc. 12 janv. 1999, *RTD Civ.* 1999, p. 395.
- Obs. sous Com. 20 oct. 1998, *RTD Civ.* 1999, p. 390.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 3 avr. 2002, *RTD Civ.* 2002, p. 1844.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 13 juill. 2004, *RTD Civ.* 2004, p. 734.
- Obs. sous Com. 24 mai 2005, *RTD Civ.* 2005, p. 588.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 21 oct. 2020, *RLDC* 2021, n° 191.

MESTRE J., DIENER P.,

- Obs. sous Jugement du Tribunal mixte de Basse-Terre du 17 mars 1993, *RTD Civ.* 1993, p. 348.

MESTRE J., FAGES B.,

- Obs. sous Civ. 1^{ère} 13 fév. 2001, *RTD Civ.* 2001, p. 352.
- Obs. sous Civ. 3^e, 18 déc. 2002, *RTD Civ.* 2003, p. 290.
- Obs. sous Civ. 3^e, 24 avr. 2003, *RTD Civ.* 2003, p. 699.
- Obs. sous Civ. 3^e, 24 sept. 2003, *RTD Civ.* 2003, p. 707.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, *RTD Civ.* 2004, p. 290.
- Obs. sous Com. 5 oct. 2004, *RTD Civ.* 2005, p. 128.
- Obs. sous CA Angers, 27 janv. 2005, *RTD Civ.* 2006, p. 112.
- Obs. sous Ch. mixte, 22 avr. 2005, *RTD Civ.* 2005, p. 778.
- Obs. sous Civ. 3^e, 11 mai 2005, *RTD Civ.* 2005, p. 596.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 24 mai 2005, *RTD Civ.* 2005, p. 588.
- Obs. sous CA Paris, 15 juin 2005, *RTD Civ.* 2006, p. 111.
- Obs. sous Civ. 3^e, 12 janv. 2005, *RTD Civ.* 2006, p. 117.
- Obs. sous Civ. 3^e, 25 mai 2005, *RTD Civ.* 2005, p. 772.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 15 nov. 2005, *RTD Civ.* 2006, p. 114.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 7 fév. 2006, *RTD Civ.* 2006, p. 763.
- Obs. sous Com. 28 nov. 2006, *RTD Civ.* 2007, p. 345.

MOLINA L.,

- Note sous Civ. 3^e, 23 juin 2021, *D.* 2021, p. 1574.
- Obs. sous TC Paris, 14 déc. 2022, *LEDC* 2023, p. 5.

MORTIER R.,

- Note sous Com. 30 mars 2016, *Dr. des sociétés*, 2016, comm. 97.

MOULY J.,

- Obs. sous Soc. 24 janv. 2007, *JCP G* 2007, p. 10110.

NASOM-TISSANDIER H.,

- Obs. sous Soc. 20 avr. 2022, *JSL*, n° 544.

NEAU-LEDUC C.,

- Note sous Soc. 14 oct. 2008, *RDC* 2009, p. 642.

NOGUÉRO D.,

- Obs. sous Ass. Plén. 14 avr. 2006, *RTD Civ.* 2006, p. 775.

PASQUALINI F.,

- Obs. sous Com. 18 janv. 2011, *Rev. soc.* 2011, p. 717.

PAULIN C.,

- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 12 déc. 2000, *D.* 2001, p. 1650.
- Comm. sous CJUE 11 juin 2020, *Gaz. Pal.* 2020, p. 25.

PELLET S.,

- Comm. sous Com. 8 nov. 2017, *RDC* 2018, p. 37.
- Obs. sous Civ. 3^e, 3 mai 2018, *LEDC* 2018, p. 4.

PENNEAU A.,

- Note sous Civ. 1^{ère}, 7 fév. 2006, *D.* 2006, p. 1796.

PÉRÈS-DOURDOU C.,

- Obs. sous Com. 24 mai 2005, *JCP G* 2005, p. 194.

PICOD Y.,

- Note sous Com. 24 nov. 1998, *JCP G* 1999, p. 2151.

PIGNARRE G.,

- Obs. sous Civ. 3^e, 21 fév. 2001, *D.* 2002, p. 392.

PLAISANT G.,

- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 16 juin 1993, *RTD Com.* 1993, p. 571.

POISSON-DROCOURT E.,

- Obs. sous CEDH, 13 juill. 2004, *D.* 2005, p. 1832.

POLLAUD-DULIAN F.,

- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, *RTD Com.* 2009, p. 143.
- Obs. sous Com. 12 juill. 2011, *RTD Com.* 2012, p. 116.

PORACCHIA D.,

- CA Paris, 6 oct. 2022, *BJS* 2023, p. 16.

PUECH M.,

- Note sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1969, *D.* 1970, p. 422.

PUIGELIER C.,

- Obs. sous Soc. 11 mai 1994, *D.* 1995, p. 626.

PUTMAN E.,

- Note sous Civ. 3^e, 8 juin 2006, *RJPF* 2006/10, p. 12.

RADÉ C.,

- Obs. sous Soc. 24 janv. 2007, *RDC* 2007, p. 1220.

RAYNAUD P.,

- Obs. sous CEDH 16 décembre 2008, *AJDI* 2009, p. 438.

REGNAULT S.,

- Obs. sous Com. 14 nov. 2018, *AJ Contrat* 2019, p. 92.

REIGNÉ P.,

- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996, *D.* 1997, p. 500.

RENARD-PAYEN O.,

- Note sous Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, *JCP E* 2004, p. 737.

ROCHFELD J.,

- Obs. sous CEDH 29 janv. 2013, *RDC* 2013, p. 837.

ROLLAND P.,

- Obs. sous CEDH, 13 juin 1979, *JDI* 1982, p. 183.

ROME F.,

- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 23 juin 2011, *D.* 2011, p. 1745.

ROUQUET Y.,

- Obs. sous Civ. 3^e, 22 mars 2006, *AJDI* 2006, p. 637.

SAINTOURENS B.,

- Obs. sous Com. 11 juill. 2000, *BJS* 2000, p. 1167.

SAINT-ALARY-HOUIN C.,

- Obs. sous Civ. 1^{ère} 18 mars 1997, *RDI* 1997, p. 456.

SAVAUX E.,

- Obs. Civ. 3^e, 9 juin 2010, *RDC* 2011, p. 40.

SCHMIDT J.,

- Obs. sous Civ. 3^e, 14 janv. 1987, *D.* 1988, p. 80.

SERRA Y.,

- Note sous Civ. 3^e, 2 oct. 2013, *D.* 2013, p. 2812.

SERIAUX A.,

- Note sous Com. 22 oct. 1996, *D.* 1997, p. 121.

SERINER Y.-M.,

- Obs. sous Civ. 3^e, 31 mars 2005, *JCP G* 2005, p. 194.

SEUBE J.-B.,

- Note sous Civ. 3^e, 22 mars 2006, *RDC* 2006, p. 1149.

STOFFEL-MUNCK Ph.,

- Obs. sous CA Reims, 7 janv. 2004, *RDC* 2004, p. 933.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, *RDC* 2005, p. 275.
- Obs. sous Com. 5 oct. 2004, *RDC* 2005, p. 288.
- Obs. sous Com. 10 juill. 2007, *D.* 2007, p. 2839.
- Obs. sous Com. 13 déc. 2016, *RDC* 2018, p. 20.

TREBULLE F.-G.,

- Obs. sous Civ. 3^e, 23 mai 2007, *RDI* 2008, p. 87.

TISSEYRE S.,

- Obs. sous Civ. 3^e, 30 juin 2022, *D.* 2022, p. 1398.
- Obs. sous Com. 15 mars 2023, *D.* 2023, p. 985.

TOMASIN D.,

- Note sous Civ. 3^e, 15 oct. 2015, *RDI* 2016, p. 27.

TRAULLÉ J.,

- Obs. sous Civ. 2^e, 8 fév. 2018, *Gaz. Pal.* 2018, p. 31.

VINEY G.,

- Obs. sous Com. 22 oct. 1996, *JCP G* 1997, p. 4025.

VOIRIN R.,

- Note sous Req. 28 mars 1938, *DP* 1939, p. 5.

WERTENSCHLAG B.,

- Obs. sous Civ. 3^e, 11 mai 2022, *AJDI* 2022, p. 694.

VI. RAPPORTS ; PROJETS DE RÉFORME, COMMUNIQUÉS, AVIS

ARENS C.,

- Discours prononcé lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2021, disponible sur : https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Rapport%20annuel/rapport-annuel_2021.pdf

ASSEMBLÉE NATIONALE

- Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016.

BRATZA N.,

- Opinion en partie dissidente sous CEDH, 13 juill. 2004, n° 69498/01.

COMMISSION DES AFFAIRES ÉCONOMIQUES

- Rapport n° 40 sur le projet de loi relatif à la prévention et au règlement des difficultés liées à l'endettement des particuliers, 26 oct. 1989.

COUR DE CASSATION

- Rapport de la Commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030, juill. 2021, p. 31, disponible sur : <https://www.courdecassation.fr/files/files/Cc2030/Rapport%20de%20la%20Commission%20%27Cour%20de%20cassation%202030%27.pdf>

TRIBUNAL JUDICIAIRE DE PARIS

- Communiqué sous TJ Paris, 10 juill. 2020, Site tribunal de Paris, 2020, accessible sur : <https://www.tribunal-de-paris.justice.fr/sites/default/files/2020-07/Communiqu%C3%A9%20du%2015%20juillet%202020.pdf>

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	3
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	5
SOMMAIRE	7
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
PREMIÈRE PARTIE : L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'APPRÉCIATION DU CONTRAT.....	25
TITRE I. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'APPRÉCIATION DE L'EXISTENCE DU CONTRAT	29
<i>CHAPITRE I. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'APPRÉCIATION DE L'EXISTENCE DE LA VOLONTÉ</i>	<i>31</i>
SECTION I. LES CIRCONSTANCES : INDICES DE L'EXISTENCE DE LA VOLONTÉ	31
Paragraphe 1. L'appréciation des circonstances est nécessaire à la reconnaissance de l'existence du contrat	32
A. Les circonstances du contrat révèlent l'intention de contracter.....	32
a. Les circonstances : indices de la volonté de contracter	32
b. Les circonstances : indices de l'intérêt à privilégier.....	35
B. L'appréciation des circonstances permet de révéler la rencontre des volontés sur les éléments essentiels du contrat.....	38
Paragraphe 2. L'appréciation des circonstances particulières : le souci de protection d'un intérêt particulier	44
A. L'essentialisation en raison de la nature du contrat.....	44
B. Les circonstances particulières sont utilisées dans le but de favoriser un intérêt particulier sous couvert de l'appréciation de la volonté	45
a. Influence des circonstances sur les éléments essentiels en droit du travail.....	46
b. L'influence des circonstances sur l'appréciation des éléments essentiels d'un contrat de consommation	50
c. L'influence des circonstances sur la reconnaissance d'éléments essentiels d'un contrat innommé	54
SECTION II. L'APPRÉCIATION DES CIRCONSTANCES : SOURCE DÉTERMINANTE DE L'EXISTENCE DU CONTRAT.....	57
Paragraphe 1. Les circonstances particulières fondent l'existence du contrat en l'absence de commune intention caractérisée.....	57
A. La portée de l'existence du contrat en présence d'un silence « circonstancié ».....	58
B. Les circonstances donnant au silence valeur d'acceptation manifeste la présence d'une mise en balance des intérêts des contractants	62
Paragraphe 2. Les circonstances particulières présument l'absence de relation contractuelle même en présence de commune intention	68
A. L'appréciation de la « volonté de ne pas s'engager » au regard des circonstances de la situation.....	69
B. L'éviction de la nature contractuelle d'une relation expressément reconnue à l'aune des circonstances particulières.....	72

CHAPITRE II. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'APPRÉCIATION DE LA QUALITÉ DE LA VOLONTÉ 77

SECTION I. LES CIRCONSTANCES PARTICULIÈRES : CONTEXTE DU

CONSENTEMENT 77

Paragraphe 1. L'influence des circonstances particulières aux parties contractantes 78

A. Recherche d'un équilibre entre la protection du contractant et la protection du contrat
78

a. Le droit des contrats n'envisage pas volontairement les circonstances particulières des contractants dans le but de protéger la sécurité juridique 78

b. La théorie des vices du consentement observe nécessairement les circonstances particulières aux contractants pour assurer une protection mesurée 79

B. La diversité des circonstances individuelles au contractant victime du vice 81

a. Influence des circonstances particulières orientant l'admission du vice 82

1. Vice pour erreur 82

2. Vice pour état de dépendance 85

3. Influence des circonstances économiques sur l'absence de cause 88

b. Influence des circonstances particulières orientant le refus de qualifier le vice 90

Paragraphe 2. L'influence des circonstances particulières au contexte de la relation contractuelle 94

A. L'influence nécessaire des circonstances particulières sur le caractère déterminant du vice 95

B. L'influence des circonstances particulières du contexte de la formation sur la reconnaissance de la qualité essentielle 96

SECTION II. LES CIRCONSTANCES PARTICULIÈRES, OBJET DE VOLONTÉ 105

A. Influence de l'évolution du droit des contrats sur la prise en compte des circonstances
105

a. La place accordée aux circonstances au regard de l'évolution de l'objet de l'erreur 105

b. Influence de la disparition de la notion de cause sur l'influence des circonstances 108

B. Les circonstances particulières étrangères au contrat n'ont pas d'influence sur sa validité 109

a. Difficultés de délimitation du contenu du contrat et des circonstances extérieures à celui-ci 110

b. La tentative de délimitation du champ contractuel par la recherche de notions conceptuelles 114

C. Constat de l'échec d'une délimitation du contrat et des circonstances extérieures... 120

TITRE II. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'APPRÉCIATION DU
CONTENU DU CONTRAT 127

CHAPITRE I. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'APPRÉCIATION DE LA COMMUNE INTENTION DES PARTIES 129

SECTION I. L'appréciation des circonstances particulières : éléments révélateurs du sens de

la commune intention des parties 129

Paragraphe 1. Les circonstances ne peuvent être utilisées dans le but de corriger le contrat
..... 129

A. L'influence des circonstances ne peut dénaturer le contrat sous couvert de l'interprétation de la volonté des parties 130

a. La recherche de la commune intention des parties autorise l'appréciation des circonstances	130
b. La dénaturation : Limite à l'interprétation du contrat au regard des circonstances.....	135
B. Les circonstances peuvent être observées afin de soutenir le choix du sens d'une clause	138
Paragraphe 2. Les circonstances permettent de rechercher la commune intention des parties au-delà de la lettre du contrat	141
A. Le choix du sens du contrat cache parfois une analyse en équité justifiée par la seule appréciation des circonstances particulières.....	141
B. Absence de précision des circonstances utiles à la découverte de la commune intention des parties	145
SECTION II. LA RECHERCHE DE LA COMMUNE INTENTION DES PARTIES	
DISSIMULE PARFOIS UN CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES	148
Paragraphe 1. L'interprétation de la volonté des parties permet de ne pas annihiler le contrat ou une clause contractuelle du fait d'un changement de circonstances	148
Paragraphe 2. L'interprétation de la volonté des parties permet de ne pas rendre le contrat difficilement applicable du fait d'un changement de circonstances	150
<i>CHAPITRE II. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES EN L'ABSENCE DE COMMUNE INTENTION DES PARTIES.....</i>	<i>155</i>
SECTION I. L'ANALYSE DES CIRCONSTANCES PARTICULIÈRES EN L'ABSENCE DE COMMUNE INTENTION DES PARTIES.....	156
Paragraphe 1. L'appréciation raisonnable de la situation en l'absence de commune intention	156
A. Le recours au standard est par essence une méthode d'analyse des circonstances....	157
B. Incertitudes de l'utilisation du standard du « raisonnable » dans la recherche du sens du contenu du contrat à la lumière des circonstances	161
Paragraphe 2. L'immixtion de la CEDH dans l'interprétation du contrat : porte d'entrée de l'appréciation circonstancielle	171
SECTION II. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR LA « COMPLÉTION » DU CONTRAT	178
Paragraphe 1. Délimitation des obligations rattachées à l'influence des circonstances	179
Paragraphe 2. Création d'un contenu original directement rattaché à la constatation de circonstances particulières	182
A. L'équité permet l'adjonction d'obligations au regard des seules circonstances du contrat	182
B. Illustrations jurisprudentielles de la reconnaissance d'obligations en raison des seules circonstances du contrat.....	184
SECONDE PARTIE : L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'ADAPTATION DU CONTRAT.....	
195	
TITRE I. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'ADAPTATION DU COMPORTEMENT DU CONTRACTANT	197
<i>CHAPITRE I. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR LE CONTRÔLE DE L'APPLICATION DES PRÉROGATIVES CONTRACTUELLES</i>	<i>199</i>

SECTION I. LE STANDARD JURIDIQUE : CONTRÔLE DU COMPORTEMENT AU REGARD DES CIRCONSTANCES.....	200
--	-----

SECTION II. LA PLURALITÉ DES DISPOSITIFS DE RÉGULATION DU COMPORTEMENT CONTRACTUEL EN RAISON DES CIRCONSTANCES.....	204
---	-----

Paragraphe 1. Les outils classiques de régulation des prérogatives unilatérales propices à l'analyse des circonstances.....	205
---	-----

A. L'évolution du droit des contrats vers un contrôle accru de l'application des prérogatives unilatérales à la lumière des circonstances du contrat.....	206
---	-----

B. Les outils privilégiés du contrôle des prérogatives unilatérales au regard des circonstances	208
---	-----

a. L'abus de droit	208
--------------------------	-----

b. La bonne foi	210
-----------------------	-----

Paragraphe 2. L'épanouissement possible du contrôle de proportionnalité de l'application des prérogatives compte tenu des circonstances du contrat	213
--	-----

A. L'influence critiquée de la « méthode » proportionnelle en raison de l'importance donnée aux circonstances dans la résolution du litige	213
--	-----

a. Le contrôle de proportionnalité : la porte d'entrée du raisonnement circonstanciel dans l'articulation des intérêts	213
--	-----

b. Difficultés d'acclimatation de la méthode proportionnelle à la culture juridique française par la difficulté de concevoir la solution du litige par le prisme exclusif des circonstances... ..	216
---	-----

B. La paralysie du contrat en présence d'une atteinte à l'intérêt contractuel déterminée au regard des circonstances.....	221
---	-----

a. L'éviction du contrat en présence de circonstances particulières : effet principal du contrôle de proportionnalité.....	221
--	-----

b. Enjeux principaux du développement de la méthode proportionnelle sur le contrat.....	226
---	-----

§3. L'influence sous-jacente de l'équité dans le contentieux de la limitation des prérogatives unilatérales : signe de la présence d'un raisonnement circonstanciel	229
---	-----

A. L'appréciation des circonstances particulières : marque de la présence de l'équité	229
---	-----

B. Distinction malaisée de l'équité avec les fondements du contrôle de l'application des prérogatives contractuelles en raison de l'importance donnée aux circonstances du contrat	231
--	-----

C. Particularité du contrôle de proportionnalité : sa proportion à l'influence des circonstances qui ne concernent pas le comportement fautif de l'exercice d'un droit ..	235
---	-----

SECTION III. LA DIVERSITÉ D'HYPOTHÈSES D'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR LA LIMITATION DES PRÉROGATIVES CONTRACTUELLES	239
--	-----

Paragraphe 1. L'originalité des hypothèses d'inapplication des prérogatives contractuelles au regard de circonstances particulières	239
---	-----

A. La distinction entre la limitation d'un droit pour déloyauté du créancier et la limitation dans l'intérêt du débiteur	240
--	-----

B. Limites à la paralysie des prérogatives contractuelles en raison des circonstances particulières	242
---	-----

C. Une solution à l'équilibre de la paralysie circonstancielle des prérogatives contractuelles : la motivation	247
--	-----

Paragraphe 2. Illustrations jurisprudentielles de l'inapplication des prérogatives contractuelles	254
A. L'influence de la santé du contractant	255
B. L'influence des circonstances économiques	257
a. Illustration avec le contentieux du contrat de bail	257
1. Admission implicite d'une paralysie des prérogatives unilatérales en raison des circonstances économiques du débiteur	257
2. Les efforts du créancier en raison des difficultés économiques rencontrées par son débiteur	262
b. Illustration par le contrat de cautionnement	265
c. La justification de l'application d'une prérogative unilatérale par la présence de circonstances économiques défavorables	268
C. L'influence des circonstances familiales du cocontractant	269
D. L'influence des circonstances religieuses	273
a. Résistance de la Cour de cassation à l'application de la méthode proportionnelle au contentieux religieux	273
b. Effets néfastes du refus d'appréciation circonstancielle du contentieux contractuel touchant aux libertés religieuses	275
<i>CHAPITRE II. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'EXÉCUTION DE LA PRESTATION CONTRACTUELLE</i>	281
SECTION I. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR LA CONFORMITÉ DE L'EXÉCUTION DE L'OBLIGATION CONTRACTUELLE	282
Paragraphe 1 : L'influence des circonstances sur la qualité de la prestation	284
A. L'influence des circonstances sur la nature de l'obligation	284
B. La précision du contenu de l'obligation suivant la particularité des circonstances	289
a. L'influence des circonstances tenant à l'objet particulier de l'obligation	290
b. L'influence des circonstances tenant au contexte de l'obligation	292
1. Les circonstances particulières complètent la précision des contours de l'obligation	292
2. Les circonstances particulières concurrencent la compréhension du contenu « textuel » de l'obligation contractuelle	298
Paragraphe 2. L'influence des circonstances sur l'existence de la faute contractuelle	304
A. La relativité de la notion de faute contractuelle : voie d'accès aux circonstances	304
B. La nature des circonstances sur la relativisation de la faute contractuelle	308
a. L'influence des circonstances sur la reconnaissance de la faute du contractant	309
b. L'influence des circonstances sur l'éviction de la faute du contractant	313
SECTION II. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'EXONÉRATION DE LA RESPONSABILITÉ DU CONTRACTANT	323
Paragraphe 1. L'absence de critères tenant à la nature des circonstances exonératoires de responsabilité	324
A. L'indifférence de la nature des circonstances exonératoires de responsabilité	324
B. La délimitation contractuelle des circonstances exonératoires de responsabilité	332
Paragraphe 2. L'existence d'un effet similaire à la reconnaissance d'un événement de force majeure : l'exonération de la responsabilité du débiteur	337
A. L'effet de l'événement de force majeure : la dérogation à la responsabilité pour inexécution	337
B. Limites à l'effet libératoire des circonstances de force majeure	338

a.	Limites à l'effet exonératoire des circonstances de force majeure	338
1.	Limites à la liberté contractuelle	339
2.	Limites textuelles	344
b.	Limites à l'absence d'effet exonératoire en présence de circonstances de force majeure 345	

TITRE II. L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES SUR L'ADAPTATION DU SORT DU CONTRAT 349

CHAPITRE I. L'ADAPTATION DU CONTRAT AUX CIRCONSTANCES : FONCTION DE PRÉVISION 353

SECTION I. L'ADAPTATION DU CONTRAT EN PRÉVISION D'UN CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES ESPÉRÉ 353

Paragraphe 1 : Le changement de circonstances conditionne l'efficacité du contrat.....	354
A. L'intérêt de conditionner l'efficacité du contrat au changement de circonstances	354
B. Les conditions tenant à la nature des circonstances conditionnant l'efficacité du contrat	356
a. Le caractère accessoire de l'objet de la condition suspensive évoque sa nature circonstancielle	356
b. Le contrôle de l'incertitude de l'événement s'apprécie au regard des circonstances	356
Paragraphe 2 : Le changement de circonstances espéré conditionne l'existence d'une obligation.....	361
A. La qualification de condition suspensive au regard du changement de circonstances espéré	361
B. La validité de l'insertion du changement de circonstances espéré par l'existence d'une incertitude « objective ».....	363

SECTION II. L'ADAPTATION DU CONTRAT EN PRÉVISION D'UN CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES REDOUTÉ..... 365

Paragraphe 1 : l'adaptation du contrat aux circonstances nécessaire à la conservation du lien contractuel	366
A. L'adaptation « automatique » du contrat à des circonstances économiques.....	366
B. L'adaptation concertée du contrat aux circonstances.....	369
a. L'adaptation négociée du contrat aux circonstances.....	370
b. L'adaptation unilatérale du contrat aux circonstances	380
Paragraphe 2 : La remise en cause du contrat due à l'impossibilité de conserver son utilité au regard des circonstances	381
A. L'inefficacité des clauses du fait des circonstances	382
B. L'anéantissement du contrat en raison des circonstances	383
a. Dispositifs consacrés à l'inutilité du contrat en présence d'un changement de circonstances.....	384
b. Dispositifs pouvant concerner l'anéantissement du contrat en présence d'un changement de circonstances.....	387

CHAPITRE II. L'ADAPTATION DU CONTRAT AUX CIRCONSTANCES : FONCTION DE PROTECTION 395

SECTION I. LA PROTECTION DE L'INTÉRÊT DU CONTRACTANT 397

Paragraphe 1 : La préservation de l'intérêt du contractant au regard des conséquences des circonstances sur sa situation	400
---	-----

A.	L'absence de qualification de conditions attachées habituellement à l'influence d'un changement de circonstances	400
a.	L'absence de qualification de la prévisibilité des circonstances	401
1.	Mécanismes consacrés à une évolution des circonstances sans être liés à la démonstration du critère d'imprévisibilité	402
2.	Mécanismes pouvant prendre en considération indirectement les circonstances sans être liés à la démonstration d'un changement imprévisible	407
b.	L'absence de qualification de l'extériorité des circonstances	411
B.	L'appréciation du seuil de déclenchement des dispositifs correcteurs	417
a.	La précision des éléments rentrant dans l'appréciation des conséquences du changement de circonstances.....	417
b.	L'impossibilité de déterminer un seuil précis et uniforme d'adaptation du contrat aux circonstances	421
	Paragraphe 2 : La préservation de l'intérêt du contractant au regard de la qualification des circonstances et des conséquences sur sa situation	425
A.	La qualification des circonstances restreint l'admission de l'adaptation du contrat	425
B.	L'existence d'un courant doctrinal favorable à la prise en compte des seules conséquences du changement de circonstances.....	429
	SECTION II. LA PROTECTION D'UN INTÉRÊT EXTERNE AU CONTRAT	435
	Paragraphe 1 : L'influence des circonstances manifeste le besoin de protéger des intérêts externes au contrat	435
A.	Causes de l'influence des circonstances protégeant des intérêts externes au contrat	436
a.	La prolifération des intérêts : facteur de stratification des circonstances	436
b.	La diffusion du contrat : facteur de multiplication des circonstances	441
B.	Méthodes d'articulation des intérêts à défendre par l'approche circonstancielle	442
a.	L'insuffisance d'une appréciation des droits déterminée abstraitement à l'avance	442
b.	Les bienfaits du raisonnement circonstanciel dans les contentieux d'articulation des intérêts	445
	Paragraphe 2 : Le conflit des intérêts à régler par l'analyse des circonstances	448
A.	La protection des intérêts externes préjudiciable à la stabilité du contrat	449
B.	La portée de l'argument d'atteinte à la stabilité du contrat en raison des circonstances.....	452
	CONCLUSION GÉNÉRALE	463
	INDEX	469
	BIBLIOGRAPHIE	477
	TABLE DES MATIÈRES.....	523