THÈSE

Pour obtenir le grade de

Docteur

Délivré par

UNIVERSITÉ DE PERPIGNAN VIA DOMITIA

Préparée au sein de l'école doctorale
Et de l'unité de recherche Inter-Med ED 544

Spécialité : **Droit privé**

Présentée par : **Nabila LAHNANE**

LE DÉBLOCAGE DES SOURCES D'ANÉANTISSEMENT DU CONTRAT EN DROIT COMMUN

Soutenue le 29 novembre 2018 devant le jury composé de :

- Mme **Marie MALAURIE-VIGNAL**, Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines	Rapporteur
- M. **Hugues KENFACK**, Professeur à l'Université Toulouse Capitole	Rapporteur
- M. **Daniel MAINGUY**, Professeur à l'Université de Montpellier	Assesseur
- M. **Yvan AUGUET**, Professeur à l'Université de Perpignan Via Domitia	Assesseur
- M. **Yves PICOD**, Professeur à l'Université de Perpignan Via Domitia	Assesseur
- M. **Frédéric LECLERC**, Professeur à l'Université de Perpignan Via Domitia	Directeur de thèse

« Soyons reconnaissants envers les gens qui nous rendent heureux. Ils sont les jardiniers qui font fleurir notre âme ».
Marcel Proust

« C'est [bien] dans notre famille qu'on trouve nos meilleurs soutiens »,
Je remercie la mienne, qui m'est très chère, pour les nobles valeurs qu'elle m'a transmises.

À mon compagnon, qui a su m'apporter tout le soutien nécessaire à l'accomplissement de ce travail.

À Jean-Bernard FOURNAISE, pour m'avoir appuyée et encouragée avec joie.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Adde : Ajouter

AJ : Actualités juridiques (Dalloz)

Al. : Alinéa

Art. : Article

Ass. Plén. : Assemblée plénière de la Cour de cassation

AJDA : Actualité juridique de droit administratif

Arch. Phil. Dr. : Archives de philosophie du droit

Bibl. Dr. Entr. : Bibliothèque de droit de l'entreprise (Litec)

Bibl. Dr. Privé : Bibliothèque de droit privé (LGDJ)

BICC : Bulletin d information de la Cour de cassation

Bull. civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation

Bull. joly : Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés

C. : Code

CA : Cour d'appel

Cah. Dr. entr. : Cahiers de droit de l'entreprise (JCP éd. E.)

C. assur. : Code des assurances

Cass. ch. mixte : Cour de cassation, chambre mixte

Cass. civ. : Cour de cassation, chambres civiles

Cass. com : Cour de cassation, chambre commerciale

Cass. soc. : Cour de cassation, chambre sociale

C. civ. : Code civil

C. com. : Code de commerce

C. cons. : Code de la consommation

C. de la propr. intell. : Code de la propriété intellectuelle

CE : Conseil d'état

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

Chr. : Chronique

Comp. : Comparer

Contrats conc. Consom. : Contrats concurrence consommation

C. pr. civ. : Code de procédure civile

C. trav. : Code du travail

D. : Dalloz

D. aff. : Dalloz affaires

D.C. : Dalloz recueil critique

Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois

DH : Dalloz hebdomadaire

Dir. : Direction

D. P. : Dalloz périodique

Éd. : Édition

Fasc. : Fascicule

GAJC : Grands arrêts de la jurisprudence civile

Gaz. Pal : Gazette du palais

Ibid. : Ibidem

In : Dans

Infra : Ci-dessous

J.-Cl. : Jurisclasseur

JCP éd. E : Jurisclasseur périodique, édition entreprise

JCP, éd. G : Jurisclasseur périodique, édition générale

JCP, éd. N : Jurisclasseur périodique, édition notariale

JO : Journal officiel de la république française

LGDJ : Librairie générale de jurisprudence

LPA : Les petites affiches

Not. : Notamment

Obs. : Observations

Op. cit. : Opere citato

P. : Page

Pan. : Panorama

Préc. : Précité

PUAM : Presses universitaires d'Aix-Marseille

PUF : Presses universitaires de France

Rappr. : Rapprocher

RDC : Revue des contrats

RDLC : Revue des droits de la concurrence

Rép. civ. : Répertoire de droit civil Dalloz

Rép. com. : Répertoire de droit commercial Dalloz

Rép. imm. Dalloz : Répertoire de droit immobilier Dalloz

RGDA : Revue générale du droit des assurances

RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires

RLDC : Revue Lamy de droit civil

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial

S. : Recueil Sirey

S. : Suivants

Somm. : Sommaires, Sommaires commentés

Supra : Ci-dessus

t. : Tome

T. com. Tribunal de commerce

TGI : Tribunal de grande instance

V. : Voir

Vol. : Volume

SOMMAIRE

PARTIE I. – LE DÉBLOCAGE DES SOURCES D'ANEANTISSEMENT DU CONTRAT À SA NAISSANCE

Titre I. – Le déblocage du contrat affecté par une clause irrégulière

Chapitre 1 - Légitimité de la réécriture partielle du contrat

Chapitre 2 - Renforcement de la réécriture partielle du contrat

Titre II. – Le déblocage du contrat affecté par un consentement altéré

Chapitre 1 - La protection du lien contractuel face aux mesures préventives de protection du consentement

Chapitre 2 - La protection du lien contractuel face aux mesures curatives de protection du consentement

PARTIE II. – LE DÉBLOCAGE DES SOURCES D'ANEANTISSEMENT DU CONTRAT AU COURS DE SA VIE

Titre I. – Le déblocage du contrat impacté par un changement de circonstances imprévisible

Chapitre 1 - Légitimité du déblocage du contrat confronté à une imprévision

Chapitre 2 - Renforcement du déblocage du contrat confronté à une imprévision

Titre II. – Le déblocage du contrat impacté par un prix abusif fixé unilatéralement

Chapitre 1 - L'indemnisation : un remède inadapté

Chapitre 2 - La résolution : un remède à encadrer strictement

INTRODUCTION

« Lorsque le monde réel se transforme, nos systèmes techniques, qui ne valent que dans la mesure où ils sont capables de s'ajuster à lui pour l'informer et l'orienter vers sa fin, ne peuvent rester perpétuellement fixes et immuables, sinon un jour vient où le désaccord entre la réalité et l'abstraction devenue la fiction est tel que l'édifice juridique tout entier menace d'être emporté… »[1]

[1] E. GOUNOT, *Le principe de la volonté en droit privé : Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon, éd. Arthur Rousseau, 1912, p. 13.

1. L'« autonomie de la volonté » est issue de la jonction de deux termes d'origine grecque : *« autos »* (soi-même) et « *nomos »* (loi). Au XVIIIe, elle fût reprise par Kant lorsqu'il posa la formule mère suivante : « Agis de telle sorte que la maxime de ta volonté puisse en même temps toujours valoir comme principe d'une législation universelle »[2]. Par la suite, les juristes ont fait usage de cette expression afin d'ériger la volonté individuelle en une source suprême de création de la loi contractuelle. C'est ainsi qu'est née la théorie de l'autonomie de la volonté développée dans le sillage du droit naturel et volontariste[3]. D'après le doyen Carbonnier, elle consiste concrètement en une « théorie de philosophie juridique, selon laquelle la volonté humaine est à elle-même sa propre loi »[4]. L'autonomie de la volonté sert de base à la justification de principes fondamentaux régissant le droit des contrats : la liberté contractuelle[5] (qui tout récemment s'est vu octroyée une valeur constitutionnelle[6] et qui fait désormais

---

[2] E. KANT, *Critique de la raison pratique (1788), Loi fondamentale de la raison pratique,* I, 1, § 7. Il écrit également que « la législation universelle de la conduite, c'est la volonté de l'être raisonnable qui doit en être la législatrice », p. 298. Ses propos peuvent être interprétés de la manière suivante : une règle ne peut être loi que parce-qu'elle a été voulue par l'homme qui, en tant qu'être raisonnable, est apte et légitime à la créer bien plus que n'importe quelle autre source, extérieure donc. Une théorie s'opposant alors à celle de l'hétéronomie qui consiste à décrire la règle de droit comme la capacité à subir une norme imposée par un milieu environnant. Pour Kant, malgré la volonté de certains hommes de ne pas se plier à une loi, elle demeurera toujours sa volonté, car en réalité celui-ci est enclin à se détourner de ses propres règles. Ainsi, le philosophe rejette littéralement, et définitivement, toute autre source de la loi : divine, naturelle, empirique (« ni dans le ciel, ni sur la terre, de point d'attache ou de point d'appui »)… Selon Kant, le cœur de la morale réside dans l'autonomie de la volonté, de sorte que la loi est volonté. Nous parlons donc bien de morale et non de loi au sens juridique du terme, et soulignons par la même occasion tout le paradoxe de l'emprunt kantien puisque c'est une argumentation à propos de mœurs, ayant pour exemple le mensonge, que la doctrine juridique s'est basée pour échafauder le principe de la volonté en matière contractuelle. - V. à ce propos N. COUMAROS, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, p. 37-43 reprochant notamment à Gounot de confondre dans sa thèse (*op. cit.*) « la signification juridique avec la signification kantienne qui est purement morale » ; M. VILLEY, *Kant dans l'histoire du Droit, Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1962, Dalloz, 2002, p. 251 s., indiquant que l'ouverture de n'importe quel manuel de droit des obligations peut nous permettre de constater à quel point est « à mainte reprises relaté avec complaisance le principe dit d'autonomie de la volonté» et que « cette fois encore, il s'agit d'un terme emprunté à la philosophie morale de Kant et transposé avec plus ou moins de bonheur, ou plus ou moins de pédantisme, sur le terrain du droit ».

[3] M.-F. STEINLÉ-FEUERBACH, *Droit des obligations*, Ellipses, 2008, p. 22.

[4] J. CARBONNIER, *Les Obligations, Droit civil,* t. 4, 22ème éd., Paris, PUF, 2000, n° 16.

[5] « Le bonheur de l'homme consiste bien plus dans la manière de jouir que dans la jouissance elle-même. Chacun compose son bonheur des éléments de son choix. De là naît le droit de contracter, qui n'est que la faculté de choisir les moyens de son bonheur » : CAMBACÉRÈS, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, par P. A. FENET, t. 1, paris, 1836, p. 107-108.

[6] Cons. constit., Décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, Cons. 6 : Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, découlant de l'art. 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de

partie des principes directeurs du droit des contrats), l'effet relatif, la force obligatoire, la sécurité juridique et enfin le principe de non-immixtion du juge[7]. À l'exception de l'effet relatif qui ne s'intègre pas dans notre problématique, nous souhaitons procéder à une nouvelle lecture de ces préoccupations en faveur de l'atténuation du principe d'intangibilité du contrat.

2. Définition du « déblocage des sources d'anéantissement du contrat » – Le choix du terme « déblocage » résulte de plusieurs considérations. Il correspond au fait de décoincer, faire circuler à nouveau, remettre en marche. En associant ce terme à la problématique contractuelle, on comprend qu'il s'agit de le décoincer de tout élément susceptible de l'anéantir. Le déblocage des sources d'anéantissement du contrat vise donc à mieux mesurer l'application de la nullité (au stade de la validation du contrat) et de la résolution (au stade de l'exécution du contrat). Au surplus, les particularités de la démarche entreprise sont bien mieux représentées par le terme « déblocage ». Comparé au « sauvetage », à la « correction », aux « remèdes » et à n'importe quel autre terme similaire, « le déblocage » transmet un sentiment de dynamisme. Un intitulé doit représenter aussi bien le contenu que l'esprit de la thèse et c'est ce que permet le terme « déblocage » en suggérant des mécanismes de maintien du contrat octroyant au juge un rôle bien plus actif. Il fallait de surcroît nécessairement un terme qui n'a pas déjà été utilisé auparavant pour aborder cette problématique afin de faire passer clairement le message que cette thèse contient des propositions originales, et non pas une redite de ce qui a déjà été abondamment traité.

---

l'objectif poursuivi. Que, d'autre part, le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaitre les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 » ; CJUE 3 mars 2011, aff. C 437/09, AG2R Prévoyance c/ Beaudout Père et fils SARL ; C. PERES, *La liberté contractuelle et le Conseil constitutionnel*, RDC, 1er oct. 2013 n° 4, p. 1285 ; J. GHESTIN, *La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle*, La Semaine Juridique, éd. G., n° 37, 9 sept. 2013, 929.

[7] P. ANCEL, *La force obligatoire, jusqu'où faut-il la défendre ?, in* La nouvelle crise du contrat ; C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), coll. Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2003, p. 165 ; L. AYNÈS, *À propos de la force obligatoire du contrat*, RDC 2003, p. 323 ; R. SIRI, *L'évolution des interprétations du principe de la force obligatoire du contrat de 1804 à l'heure présente*, RRJ-Droit prospectif 2008, p. 1346 ; Y. BUFFELAN-LANORE ET V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, les obligations*, 13ème éd., Sirey, 2012, p. 222 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, t. 1, L'acte juridique, 15ème éd., Sirey, 2012, p. 339 ; J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil,* 11ème éd., Sirey, 2006, p. 21.

Le contrat se retrouve dans une impasse lorsqu'un élément est suceptible d'entraîner son annulation ou sa résiliation. Le déblocage consiste à contrer cette situation par des solutions salvatrices afin que le contrat reprenne le cours de son existence, que ce soit à ses débuts ou à une période plus lointaine. Le déblocage recherché consiste à favoriser le maintien du contrat mais dans un cadre restreint, sinon, ce serait aborder un « thème aussi somptueux que vertigineux »[8]. Cette thèse propose des solutions alternatives à la nullité et à la résolution spécialement en raison de leur efficacité supérieure[9] mais nous ne retenons que celles qui peuvent être justifiées par une argumentation juridique solide. Le maintien du contrat ne devant pas être une fin en soi. Notre démarche consiste essentiellement à découvrir les moyens juridiques dont pourrait disposer le juge afin de « parfaire sans défaire »[10] le contrat, mais pas à n'importe quel prix. La préservation du contrat est opportune[11], nous la défendons d'ailleurs avec beaucoup d'énergie, mais nous mettrons aussi systématiquement en avant les raisons pour lesquelles les techniques de correction salvatrice proposées sont juridiquement fondées et matériellement plus profitables.

3. Délimitation de l'étude du « déblocage des sources d'anéantissement du contrat » – Cette thèse n'est pas délimitée seulement en fonction de la suffisance du fondement juridique, le choix a été fait de rester centré sur le droit commun des contrats. Les droits spéciaux sont quelque fois abordés mais uniquement si une sanction proposée pour le droit commun le requiert. En revanche, les contrats spéciaux considérés isolément ne font pas partie de notre analyse dont *le but est justement de renforcer le déblocage en droit commun et non de défendre le déblocage du contrat de manière transversale. Le droit des contrats spéciaux prévoit plus naturellement des solutions de*

---

[8] D. MAZEAUD, *La révision du contrat,* Rapport français, LPA 30 juin 2005, p. 4, n° 1.

[9] C'est la raison pour laquelle le terme « déblocage » a eu notre préférence, à rebours du « sauvetage » ou de la « sauvegarde » ou de tout terme assimilé. Le « déblocage » représente mieux notre volonté de ne pas simplement décrire les façons de maintenir le contrat. En choisissant de mettre l'accent sur les moyens de dénouer, plus efficacement que ne le fait la destruction du contrat, les situations problématiques rencontrées par les parties, ce terme nous a semblé plus fédérateur.

[10] M. MEKKI, *Les remèdes à l'inexécution dans le projet de réforme du droit des obligations. Réponse à la consultation*, Gaz. Pal., 2015, n° 119-120, p. 37.

[11] En particulier d'un point de vue économique.

déblocage car il comporte des solutions plus variées et surtout particulièrement adaptées à chaque contrat concerné. En droit commun, les règles sont beaucoup plus générales et de ce fait la nullité et la résolution sont des sanctions qui y ont une place trop importante[12]*. Au sein de règles dont la vocation est générale, ces deux sanctions sont plus aisées. Nous défendons l'idée que même s'il s'agit d'un droit général, une présence plus accrue de sanctions salvatrices générales y est possible.*

En outre, à moins de vouloir recenser, et ne pas tenir compte de la grande généralité que doit conserver le droit commun des contrats, il faut se souvenir que le droit spécial tient compte de nombreux paramètres. Tel est par exemple le cas de la protection de la partie faible (en droit de la consommation, du travail et des assurances), de la protection de la propriété commerciale (en matière de baux commerciaux), parfois c'est aussi le marché qui doit être protégé, etc. Tout mélanger rendrait nos propos moins pertinents. En droit spécial, ce sont très souvent ces impératifs, conduisant à accorder à certaines règles de droit le statut d'ordre public, qui justifient les sanctions proposées (peu importe qu'elles soient salvatrices ou destructrices vis-à-vis du contrat, elles sont une justification profonde). Le droit spécial et le droit commun s'entremêlent, l'un va avec l'autre, ils se combinent, ils se compensent l'un l'autre. Pour autant, il ne paraît pas loisible de vouloir généraliser des règles justifiées par des impératifs particuliers qu'on ne retrouve pas en droit commun. L'intuition que la généralisation d'une sanction spéciale est opportune est loin de suffire, elle doit être amplement fondée et justifiée. Dans le corps de cette étude, pour chaque technique de déblocage envisagée, une argumentation juridique est développée et un fondement juridique est proposé. À cela s'ajoute, au sein de la conclusion générale, un fondement juridique général dont on peut dire qu'il est fédérateur.

Nous avons fait le choix de traiter seulement les cas dans lesquels le droit et le juge s'abstiennent d'appliquer une sanction alternative à la destruction du contrat, alors qu'elle semble devoir s'imposer. Parfois, mais dans une moindre mesure, c'est le renforcement d'une sanction de déblocage que la loi prévoit déjà

---

[12] Le droit commun des contrats est pensé de manière à ce qu'il soit suffisamment général alors que le droit des contrats spéciaux prévoit des règles en fonction de la situation très spécifique de chaque contrat.

qui est proposée. La démarche de cette thèse n'a donc rien de descriptif. C'est un changement d'orientation qui est proposé afin que le juge puisse faire primer les sanctions salvatrices sur les sanctions destructrices (non pas dans toutes les situations, mais seulement dans les cas retenus et légitimés dans le corps de cette thèse). En résumé, cette étude a pour ambition d'octroyer un rôle plus subsidiaire à la nullité et la résolution dans certains cas déterminés.

Quelque soit la cause défendue, tout doit être équilibre. Dans cette recherche ne se trouve donc pas un recensement de toutes les sanctions alternatives à l'anéantissement du contrat. Pour chacune des propositions envisagées, est développée une argumentation importante[13], afin de justifier les raisons pour lesquelles la sanction salvatrice doit primer. Dès lors qu'il a été observé que les justifications juridiques étaient insuffisantes, quand bien même un remède salvateur pouvait être imaginé, son traitement a été exclu. Un objectif poursuivi de façon mesurée et juste est bien plus à même d'aboutir qu'un traitement généralisé et dépourvu de limites. Le but de cette thèse n'est donc pas la seule stimulation de l'esprit. Le pragmatisme et l'utilité ont été privilégiés car, au lendemain de la réforme du droit commun des contrats, ce sont des priorités qui nécessitent de mettre de côté, au moins un temps, l'éxégèse pure.

Avant de nous consacrer pleinement à ce travail, il est intéressant, au préalable, de procéder à une relecture d'ensemble des principes théoriques régissant le droit commun des contrats pour mieux justifier la légitimité de la politique défendue dans le corps de cette thèse qui deviendra bien plus pratique. Puisque le déblocage ne peut s'exercer sans l'immixtion du juge dans le contrat, nous devons commencer par justifier un tel pouvoir. Dans une description tripartite, nous procédons à une nouvelle lecture de la théorie de l'autonomie de la volonté et des principes qui en découlent. Le but étant d'être plus en phase avec la façon dont on appréhende le contrat aujourd'hui. Après avoir restitué à l'autonomie de la volonté sa cohérence, nous pourrons en déduire qu'elle ne s'oppose pas aux techniques de déblocage du contrat (I). Ensuite, nous

---

[13] À rebours des pays anglo-saxons dont le droit repose sur l'analyse économique du droit, en France, le contenu de la règle de droit est déterminé en fonction de sa cohérence juridique. Pour cette raison, tout au long de ce travail, chaque proposition est accompagnée d'une démontration de cette cohérence. Les sanctions salvatrices du contrat qui ne présentaient pas cette cohérence n'ont pas été retenues dans cette thèse.

démontrerons que le besoin de sécurité juridique ne justifie pas suffisamment les fréquentes limitations du pouvoir du juge à l'égard du contrat (II). Pour finir, nous expliquerons les raisons pour lesquelles il est erroné de croire que les sanctions salvatrices opèrent un sacrifice de la force obligatoire du contrat (III).

I – Relecture de la théorie de l'autonomie de la volonté

II – L'adaptation salvatrice du contrat à l'épreuve du besoin de sécurité juridique

III – L'adaptation salvatrice du contrat à l'épreuve du principe de la force obligatoire du contrat

I. – RELECTURE DE LA THÉORIE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

4. – « Nous avons fini le roman de la Révolution, disait le Premier Consul, il faut en commencer l'histoire et voir ce qu'il y a de réel et de possible dans l'application des principes, et non ce qu'il y a de spéculatif et d'hypothétique. Suivre aujourd'hui une autre marche, serait philosopher et non gouverner. Il interrogeait : Comment cela est-il maintenant ? Comment cela est-il ailleurs ? Cela est-il juste ? Cela est-il utile ? »[14]. C'est ainsi que nous souhaitons nous interroger à propos de l'autonomie de la volonté. La description qui en est faite - aussi bien historiquement qu'en droit positif - illustre-t-elle la réalité ? Empêche-t-elle de façon juste et raisonnée la préservation du lien contractuel par le juge ? Le dogme de l'autonomie de la volonté sera étudié d'un point de vue sémantique[15] (B), après une description historique de celui-ci afin de vérifier si le rôle qui lui est endossé était au moins réel dans le passé (A).

A/ Démonstration historique du rôle essentiel de l'autonomie de la volonté : le consensualisme

5. On estime que durant la période romaine, la théorie de l'autonomie de la volonté ne fondait pas encore le contrat. Il ne pouvait en aucun cas naître par le simple échange des consentements puisqu'il était soumis à un formalisme strict (1). Ce fût bien des siècles plus tard, au XVIIIe, que cette théorie a commencée à être reconnue par notre droit (2). Toute notion parvient au droit avec un passé composé. En retraçant l'histoire de l'autonomie de la volonté, nous pourrons redécouvrir les causes qui l'ont fait naître et le dessein qu'elle poursuivait, pour ainsi mieux appréhender son application en droit positif[16].

---

[14] A. SOREL, *l'Europe et la Révolution française*, Plon-Nourrit, 1885, Discours pragmatique tenu par Napoléon Bonaparte devant le Conseil d'État en novembre 1800.

[15] Dans le sens où nous souhaitons vérifier la vérité ou la fausseté de cette théorie déductive.

[16] Comme le rappelle si bien Anatole France dans *Le livre de mon ami* (1885) : « Ce n'est qu'avec le passé qu'on fait l'avenir. »

1. La stricte réfutation du principe du consensualisme durant la période romaine

6. L'absence de consensualisme en droit romain – En droit romain, la volonté ne disposait pas de l'autonomie nécessaire pour être source d'engagement. Il s'agit d'une législation qui dans ses prémices méconnaissait totalement le principe du consensualisme pur. Le droit romain considère la rencontre des volontés uniquement comme un *pacte nu* dénué d'une quelconque efficacité juridique (comme le confirme l'adage voulant que « du pacte nu ne naît aucune action »[17]). Les contrats sont alors soumis à un formalisme considérable puisqu'ils ne peuvent naître que par le biais d'une parole solennelle (les *acta verbis*), d'un écrit rédigé (les *acta litteris*), ou encore de la remise d'une chose (les *acta re*)[18].

7. De la force obligatoire « religieuse » à la transition – Les principes corollaires à l'autonomie de la volonté, tels que le principe d'intangibilité du contrat et l'exécution obligatoire, trouvaient à l'époque leur force dans la pression religieuse et sociale. Hormis un semblant de début de reconnaissance du consensualisme lors de la période républicaine, au IIe siècle, la volonté ne sera jamais véritablement liée à la notion de contrat, y compris à l'époque de Justinien (525-565)[19].

Lors de la période romaine, les désavantages du formalisme (interprétation d'une extrême rigueur, défaut de souplesse et surtout ralentissement des échanges économiques) avait une ampleur bien minime. Chaque foyer parvenait à satisfaire ses besoins dans une sorte d'autarcie familiale reléguant ainsi le contrat au rang d'acte rare. Mais les progrès de la civilisation, qui bien évidemment n'ont pas attendu l'époque moderne pour advenir et influencer le droit, sont venus

---

[17] E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUGLÉ, *Introduction historique au droit des obligations*, LexisNexis, Litec, 2007, n° 44.

[18] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations : contrat et engagement unilatéral*, 3ème éd., 2012, PUF, p. 46.

[19] G. LEPOINTE et R. MONIER, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris Sirey, 1954, p. 122 ; J.-PH. LEVY, *Le consensualisme et les contrats des origines au Code civil*, Revue des sciences morales et politiques, 1995, p. 213.

bouleverser ce fonctionnement[20]. D'aucuns affirment que l'autonomie de la volonté aurait été découverte à l'époque de l'Ancien droit mais en réalité rien ne permet de l'affirmer avec certitude[21].

8. Il est vrai qu'à cette époque, l'Église commençait à atténuer le formalisme rigide avec lequel devaient conjuguer les juristes de l'époque franque, notamment grâce à la création du « serment promissoire »[22]. Sauf que ce dernier constitue davantage un engagement devant Dieu[23] et n'est donc pas le contrat lui-même mais un serment joint au contrat afin qu'il soit reconnu devant les juridictions ecclésiastiques. À ce moment précis, le formalisme est loin d'avoir été abandonné. Tant que la volonté n'est pas détachable de la contrainte théologique, elle ne peut pas être considérée comme un acte autonome s'inscrivant dans le principe du consensualisme[24].

2. La récente reconnaissance de l'autonomie de la volonté (XIXe / XXe)

9. Le XIXe siècle : période probable d'apparition de l'autonomie de la volonté – Certains auteurs ont fait observer que l'expression même n'a commencée à être employée par les juristes qu'à la fin du XIXe siècle[25]. Dans un premier temps, par les internationalistes mais pour un domaine différent de celui que nous étudions puisqu'il concernait le choix de la loi applicable au contrat. Ce

---

[20] A. MAHER, *De l'autonomie de la volonté individuelle : quant aux modifications des contrats*, th. Montpellier, éd. Firmin et Montane, 1913, p. 16 s.

[21] R. TISON, *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français*, th. Paris, Domat-Montchrestien, 1931, p. 18 s. ; G. BOYER, *Recherche historique sur la résolution des contrats*, th. Toulouse, 1924, p. 220.

[22] J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Église*, Paris, 1933, p. 133. ; A. ESMEIN, *Le serment promissoire dans le droit canonique*, éd. L. Larose et Forcel, Paris 1888, p. 252.

[23] *Ibid*. - Dans son serment, la personne qui jure engage son salut, et encourt donc la damnation éternelle en cas de parjure.

[24] Comme le déplore GROTIUS au XVIIe siècle – V. G. AUGÉ, *Le Contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius*, *in* Arch. de philosophie du droit, V. 13, Sirey, 1968, p. 98 s. ; J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Église*, th. Paris, 1933, p. 13. ; E. GOUNOT, *Le principe de la volonté en droit privé : Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon, éd. Arthur Rousseau, 1912, p. 410 s.

[25] V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Préf. J.-P. Levy, Paris, PUF, 1980, p. 41 s. ; PH. MALAURIE et L. AYNÈS, *Cours de droit civil*, *Les obligations*, t. 6, 7ème éd., n° 609 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité des obligations*, 3ème éd., 1906-1908, p. 310 s.

n'est que postérieurement que la notion a été reprise par les civilistes pour désigner ce que l'on appellera plus tard la loi des parties[26].

10. Pour autant, nous ne sommes pas encore aux temps de la consécration. Demolombe, par exemple, écrivait toujours que « si la convention est le fait générateur de l'obligation, la loi civile n'en est pas moins toujours la source d'où procède sa formation civile avec la force juridique qui s'y attache », de sorte que « c'est la loi civile qui les consacre et peut seule leur imprimer leur force juridique[27] ».

Quant à Planiol, en 1900, il considère que l'autonomie de la volonté est exclusivement synonyme de liberté contractuelle[28]. Toutefois, en 1904, il va revenir sur sa propre position, ou plutôt s'adapter aux évolutions juridiques de son époque en finissant par affirmer que : « dans le contrat, c'est la volonté des parties qui forme l'obligation ; c'est elle qui en est véritablement la cause créatrice, c'est elle qui en détermine l'objet, l'étendue et les modalités ; la loi n'intervient que pour sanctionner cet accord. Partout où ne se rencontre pas ce concours de volontés qui est l'essence du contrat, il ne peut y avoir rien qui ressemble à un contrat[29] ». En cantonnant strictement l'objet, l'étendue et les modalités du contrat à la volonté des parties, Planiol nous plonge dans la version brute et sans nuances de l'autonomie de la volonté[30]. Ce sont ses écrits accompagnés de ceux de Demolombe, Toullier[31] mais également Gény[32] et Demogue[33], qui vont préparer

---

[26] *Ibid*.

[27] C. DEMOLOMBE, *Traité des engagements qui se forment sans convention, Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 8, v. 31, 1882, Cours de code Napoléon, livre III, titre IV, n° 15.

[28] PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1ère éd., 1899-1901.

[29] PLANIOL, *Classification des sources des obligations*, Rev. crit. légis. et jur. 1904, p. 224-237 ; Traité élémentaire de droit civil, Paris, 10ème éd., 1925-1927.

[30] J.-P. Chazal, *L'autonomie de la volonté et la « libre recherche scientifique »,* RDC, 2004, p. 621 et s.

[31] V. C. JAMIN, *Relire Labbé et ses lecteurs*, t. 37, 1992, p. 247-267.

[32] V. F. GÉNY*, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* t. II, Paris, LGDJ, 1996, rééd.,, n° 170-173, p. 148. Une méthode dans laquelle l'auteur décrète - dès 1899 - que le contrat doit être gouverné par trois principes : celui de l'autonomie de la volonté, de l'ordre public ou de l'intérêt supérieur et enfin de l'équilibre des intérêts privés en balance. A son sens, la liberté de contracter doit être pleinement consacrée mais ne pourra être légitime que si elle est limitée par « l'équilibre des intérêts en présence » pour pouvoir « donner la satisfaction, la plus adéquate, aux diverses aspirations rivales, dont la juste conciliation apparaît nécessaire pour réaliser la fin sociale de l'humanité.

la théorisation ultérieure de l'autonomie de la volonté par Gounot (qui tentait pourtant de la critiquer)[34].

La période d'apparition du dogme de l'autonomie de la volonté étant désormais à peu près située, nous pouvons rechercher les causes réelles de son existence et sa finalité. L'appréciation de cette théorie rend en effet indispensable la détermination de son essence première.

11. Justifications et dessein d'une théorie – Les considérations qui précèdent démontrent que le caractère très strict de l'intangibilité du contrat était cohérent à l'époque du formalisme (ce n'est que lorsque cette dernière a été révolue que la force obligatoire du contrat dépourvue de nuances est devenue source de difficultés).

La plupart des besoins du peuple étaient assouvis sans qu'il n'y ait besoin de marchander outre-mesure, il planait en effet, une certaine autosuffisance qui avait pour conséquence la rareté de l'acte contractuel[35]. C'est en partie ce qui explique l'absence de gêne générale face à la longueur des délais nécessaires à la formation d'un contrat. Cela procurait même l'avantage de laisser au contractant un délai de réflexion pendant lequel il pouvait recourir au service d'un spécialiste qui vérifiait l'absence d'irrégularités. Ce système rigide interdisait la modification ultérieure du contrat[36], ce temps qui paraîtrait donc trop long aujourd'hui était nécessaire à cette époque.

12. Les justifications pratiques de la naissance de l'autonomie de la volonté – L'explosion du nombre et de l'ampleur des échanges commerciaux (autrement dit au progrès de la civilisation) a eu un impact inévitable sur le droit.

---

[33] R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, rééd. La Mémoire du Droit, 2001, p. 151 et s.

[34] E. GOUNOT, *Le principe de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon, éd. Arthur Rousseau, 1912 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 2, 3ème éd., 1993, n° 45, p. 35.

[35] A. MAHER, *De l'autonomie de la volonté individuelle : quant aux modifications des contrats*, th. Montpellier, éd. Firmin et Montane, 1913, p. 12 s.

[36] A. MAHER, *ibid.* : où l'auteur nous indique l'exemple d'un contrat conclu sans qu'aucune sanction pour mauvaise exécution n'ait été prévue. Dans cette hypothèse, il n'était pas possible de demander au juge de prononcer de sanction, peu importe le caractère flagrant de cette injustice. Ce qui n'était pas expressément prévu par les parties était écarté. Le juge ne pouvait pas faire usage de la raison ou de l'équité pour ajouter une quelconque interprétation.

À un certain stade, l'abandon du formalisme, au profit de l'autonomie de la volonté, était devenu une évidence à laquelle les juristes n'ont pu échapper[37]. Pour faire simple, il était devenu indispensable de pouvoir conclure un contrat avec plus de rapidité et de facilité[38], tant l'acte de contracter est devenu courant.

13. Les justifications doctrinales de la naissance de la théorie de l'autonomie de la volonté – L'industrialisation croissante du XIXe siècle a fait apparaître ce que certains auteurs qualifient de « contrats de masse » : contrat de travail, d'assurance, de transport, de service… Une multitude de contrats d'adhésion qui se caractérisent par une inégalité de force des parties que la doctrine ne souhaitait pas unanimement prendre en compte. Selon certains, « qui dit contractuel dit juste », et les autres rétorquent que « les juristes veulent pouvoir dire : " cela est juste, parce que cela a été voulu" (mais) il faudrait désormais que l'on dise : "cela doit être voulu, parce que cela est juste''»[39]. Il semblerait que ce soit cette opposition qui a permis à la théorie de l'autonomie de la volonté d'être conceptualisée et cela est paradoxal car le but était plutôt de déterminer s'il est nécessaire ou non de protéger les parties faibles.

14. D'aucuns affirment que l'autonomie de la volonté est une conséquence de la réhabilitation de la liberté individuelle : le peuple aurait récupéré ses droits et donc le pouvoir de décider[40]. Si tel était le cas, il n'aurait pas été nécessaire d'attendre l'année 2013 pour que la liberté contractuelle soit constitutionnellement consacrée par les juges de la rue Montpensier[41]. Tout au plus, nous pouvons considérer que la reconnaissance croissante des droits et libertés fondamentaux a facilité la naissance de la théorie de l'autonomie de la volonté qui nous semble être davantage justifiée par des raisons pratiques que philosophiques.

---

[37] C. DEMOLOMBE, *Traité des engagements qui se forment sans convention, Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t.8, v. 31, 1882, Cours de code Napoléon, livre III, titre IV, n° 15. ; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1ère éd., 1899-1901.

[38] *Ibid*.

[39] A. FUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, Paris, Hachette, 1880, p. 410. ; R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté,* Paris, Pichon, 1901, p. 351.

[40] *Ibid*.

[41] Décision du Conseil constitutionnel, n° 2013-672 DC du 13 juin 2013.

15. Le rôle crucial de la généralisation des contrats – Loin de nous l'idée de contester l'existence d'un droit naturel mais il nous semble que bien souvent c'est la société qui dicte le droit et non l'inverse. Stendhal, écrivain du courant réaliste, soulignait qu' « il n'y a point de droit naturel : ce mot n'est qu'une antique niaiserie […]. Avant la loi, il n'y a de naturel que la force du lion, ou le besoin de l'être qui a faim, qui a froid, le besoin en un mot[42] ». De même, s'agissant de l'autonomie de la volonté, le droit n'a fait que consacrer le besoin des hommes de conclure des contrats avec plus de célérité. La liberté de pouvoir conclure des contrats n'est pas la cause de l'autonomie de la volonté mais une conséquence.

B/ Remise en cause de la théorie de l'autonomie de la volonté

Deux points de vue permettent de remettre en cause la conception traditionnelle de l'autonomie de la volonté : l'un est pratique (1), l'autre relève de la sémantique (2).

1. Les raisons pratiques de la remise en cause de la théorie de l'autonomie de la volonté

16. Conséquences de la relecture historique – La relecture du dessein poursuivi par l'autonomie de la volonté doit être prise en considération pour réhabiliter les principes corolaires à celle-ci car ils nuisent au déblocage du contrat. Pour l'essentiel, il nous semble que la finalité originelle de l'autonomie de la volonté (faciliter la formation du contrat et donc les échanges économiques) doit persister dans les solutions que l'on applique encore aujourd'hui. Au lieu de servir à amoindrir les pouvoirs du juge à l'égard du contrat, elle devrait être appréhendée selon la même finalité et donc permettre au contraire la protection

---

[42] STENDHAL, *Le Rouge et le Noir*, Tome 2e, 3ème éd., Louis Hauman et Comp., 1832, p. 253. Nous citons ici un romancier, auteur de fictions, car pour autant il fait partie du courant réaliste qui consistait à dégager certaines vérités ou représentations de la société en passant par le fictif. D'après Aragon, le romancier réaliste est celui qui va passer par la fiction pour dévoiler le monde réel et ainsi réussir ses mensonges.

efficace des liens contractuels. Il est paradoxal que l'application d'une théorie ait pour conséquence néfaste les raisons qui l'ont fait naître.

17. Le blocage du contrat causé par l'inadaptabilité de l'autonomie de la volonté aux évolutions contractuelles et économiques – Comme le souligne très justement Gounot dans sa thèse critiquant le versant individualiste de l'autonomie de la volonté, les règles de droit régissant le contrat sont très anciennes (d'autant plus aujourd'hui) de la même manière que les théories qui y sont attachées et qui les justifient. Il en découle la nécessité de laisser une certaine place à l'adaptabilité afin de se parer à toute évolution ou situation inédite[43]. D'après Gounot « ce serait à coup sûr la plus dangereuse des illusions de croire qu'une fois édifié [le droit] se suffise à lui-même et soit capable de se soutenir indéfiniment, toujours apte à sa fonction, sans jamais reprendre contact avec la réalité et le concret[44]». La transformation de ce monde réel auquel il fait référence constitue une considérable source de blocage du contrat.

Cette réalité a permis de contredire le postulat selon lequel le contrat est nécessairement équilibré dès lors qu'il découle de la volonté libre et autonome des individus. Ce qui confirme d'ailleurs ce que n'ont cessé d'affirmer les critiques de plus en plus nombreuses de cette théorie qui ont permis le développement d'un droit dédié aux parties faibles (consommateur, travailleur, assuré). Cette remise en cause a même été largement entendue puisqu'une vision atténuée de l'autonomie de la volonté est pleinement consacrée dans ces droits spéciaux. Peut-on prétendre que cette nuance se retrouve aussi en droit commun des contrats ? Il nous semble que l'immixtion du juge dans le contrat effraie toujours même si c'est atténué par l'ordonnance du 10 février 2016. Le but n'étant pas de protéger une partie faible mais d'assurer la pérennité du contrat, pilier de la dynamique économique, cette crainte doit être amenée à une plus juste proportion.

18. Inadaptabilité au contexte économique – « Le commerce juridique n'est plus aujourd'hui ce qu'il était à l'époque de Gaius et de Paul, ni même à

---

[43] E. GOUNOT, *Le principe de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon, éd. Arthur Rousseau, 1912, p. 12.
[44] *Ibid*.

celle des rédacteurs du Code civil[45] ». Les conséquences de l'anéantissement regrettable du contrat d'hier ne sont plus les mêmes aujourd'hui. Paradoxalement, derrière la profusion de richesses à laquelle nous assistons se cache de grandes difficultés économiques. L'homme d'aujourd'hui possède plus mais est beaucoup plus fragile économiquement. Par exemple, la destruction du contrat de travail d'une personne responsable d'un foyer familial aurait à l'heure actuelle des conséquences désastreuses que l'on ne retrouvait pas autrefois puisque pour se nourrir, l'homme (au sens très large du terme) pouvait cultiver son propre jardin. Bien évidemment, ces préoccupations ont été prises en compte puisque le droit du travail est devenu, avec le droit de la consommation, un des plus protecteurs. En revanche, le droit commun des contrats n'a pas su s'adapter avant très longtemps.

19. Inadaptabilité aux évolutions subies par le contrat de droit commun – Pouvons-nous estimer que le monde juridique se soit adapté au monde réel de manière suffisante en droit commun des contrats ? Ou plus largement encore pour tous les contrats dans lesquels il n'y aucune partie faible ? Ce sont ces mêmes objectifs qui ont permis une réglementation juridique d'envergure dans ces régimes « protectionnistes ». Dans le domaine qui nous intéresse plus particulièrement, le droit commun des contrats, le remède efficient concerne davantage les pouvoirs du juge que le contenu des lois. L'essentiel de la démarche est de permettre au juge de débloquer le contrat lorsque cela se révèle opportun.

Pour en revenir au passé, c'est notamment grâce à la théorie de Gounot que l'on comprend les raisons pour lesquelles les besoins des parties faibles ont entraîné une lecture nouvelle de la théorie de l'autonomie de la volonté. Cet auteur considère en effet que ce dogme a vu le jour lorsque le contrat traditionnel était d'un tout autre ordre : il s'agissait de deux personnes susceptibles d'être catégorisées dans une situation juridique et une puissance économique similaires. Cette égalité permettait effectivement que le contrat soit conclu à la suite d'un débat libre et éclairé. Dans ce cadre, la vision générale selon laquelle la liberté de contracter entraîne nécessaire un équilibre n'était pas qu'une fiction.

---

[45] *Ibid*.

21 – Une nouvelle phase d'atténuation de l'autonomie de la volonté – L'ère nouvelle dans laquelle nous sommes entrés nécessite une adaptation juridique. Notre époque se situe dans une nouvelle phase qui nécessite de nouveaux dénouements. La première remise en cause de la théorie a vu le jour lorsque le contrat traditionnel naturellement équilibré n'a plus été systématique en raison de la faiblesse de certains contractants. Celle à laquelle nous assistons ces dernières années est moins subjective car elle n'est pas liée au contractant lui même mais à la nécessité de préserver le contrat qui est un instrument indispensable des échanges économiques. Après avoir considéré les besoins du contractant, c'est à présent la finalité du contrat qui doit être préservée.

C'était un doux mirage que de croire qu'un principe édicté un jour resterait valable pour toujours. Encore aujourd'hui, les choses changent et elles changeront encore demain sans que le droit ne puisse en faire abstraction.

22. Une phase d'atténuation consacrée par l'ordonnance de 2016 – L'ordonnance du 10 février 2016 a introduit une réforme d'envergure qui ne fait pas qu'introduire de nouvelles dispositions, celles-ci entraînant un renouveau de la théorie générale du droit des contrats. Le point que nous souhaitons mettre en lumière se trouve à l'article 1110 du Code civil[46] qui, sous l'apparence d'une simple catégorisation des contrats entre ceux de gré à gré et ceux d'adhésion, introduit une des modifications les plus notables de cette réforme. Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations contractuelles sont librement négociées entre les parties alors que le contrat d'adhésion comporte un ensemble non négociable de clauses élaboré à l'avance par une seule des parties. Cette distinction présente un caractère essentiel puisqu'elle nuance considérablement le caractère volontariste du contrat selon la catégorie dont il s'agit. Désormais le contrat de droit commun n'est plus perçu et traité sous une conception unitaire mais en fonction du degré de négociation entre les parties (peu importe la qualité de ces dernières). L'équilibre présumé entre les parties ayant contracté de façon libre et éclairée ne pouvant être présumé lorsqu'une des parties n'a eu d'autre

[46] Modifié par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018 - art. 2.

choix que d'accepter les stipulations contractuelles qui lui sont proposées (dans ce cas de figure, il s'agit d'un contrat d'adhésion).

Lorsque le contrat n'est l'œuvre que d'une seule des parties, le juge est davantage autorisé à procéder à « un contrôle a posteriori de la conformité des stipulations contractuelles à l'intérêt du contractant qui n'a pas rédigé l'*instrumentum*[47] ». À cet effet, l'article 1171, al. 1er, du Code civil répute non écrites les clauses entraînant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties à un contrat d'adhésion. De même, en cas de doute à propos du sens qu'il convient de donner à une clause de ce type de contrat, le juge pourra l'interpréter en défaveur du contractant qui a rédigé l'acte (article 1190 du Code civil). Selon M. Revet, il serait même possible que soit prohibée l'insertion au sein du contrat d'adhésion de toute clause dérogeant à l'article 1195 du Code civil, lequel permet la révision du contrat en cas de changement de circonstances imprévisibles. Cet auteur estime donc que le caractère supplétif de l'article 1195 doit obligatoirement être négocié afin que la clause dérogatoire ne soit pas réputée non écrite sur le fondement de l'article 1171[48].

La réglementation des contrats dans lesquels se trouve une partie faible n'avait pas complètement revisité la théorie de l'autonomie de la volonté, elle lui a simplement apporté d'importantes nuances. C'est sur ce même chemin que s'inscrit la réforme du droit commun des contrats puisqu'elle ne dispose pas de la même lecture selon qu'il s'agisse d'un contrat accepté ou négocié. La théorie générale du droit des contrats n'est pas remise en cause mais se dédouble entre un régime dédié aux contrats de gré à gré et un autre régissant les contrats d'adhésion.

2. Les raisons théoriques de la remise en cause de la théorie de l'autonomie de la volonté

22. L'autonomie de la volonté s'assimile au principe du consensualisme – Il est paradoxal qu'une théorie initialement née pour faciliter la

---

[47] T. REVET, *Une Philosophie générale ?, in* Réforme des contrats : quelles innovations ?, Colloque du 16 février 2016, RDC avril 2016, n° 11, p. 9.

[48] *Ibid*, n° 12 s., p. 9 s.

formation du contrat (à travers le principe du consensualisme) serve finalement de fondement pour refuser au juge de parvenir à cette même finalité en corrigeant le contrat. C'est évidemment parce que l'individu est doté de liberté qu'il a le pouvoir de faire naître de sa propre volonté un engagement contractuel mais il ne faut pas confondre pouvoir et omnipotence. L'intangibilité du contrat et le principe de non-immixtion du juge sont essentiellement justifiés par la théorie de l'autonomie de la volonté ; nous verrons que cet entremêlement est source de confusion. Il nous semble que ce dogme renvoie essentiellement au principe du consensualisme[49].

23. L'autonomie de la volonté n'équivaut pas à la liberté contractuelle – Les auteurs considérant comme synonyme autonomie de la volonté et liberté contractuelle sont nombreux[50]. La liberté contractuelle n'est que la constatation d'un état de fait ou plutôt d'un droit qui est celui de contracter ou de ne pas contracter. Alors que l'autonomie de la volonté constitue l'octroi d'un pouvoir : celui de créer le contrat[51]. C'est évidemment le fait d'être libre qui autorise un individu à contracter mais si un contrat peut naître c'est surtout parce que le principe du consensualisme est admis par le droit[52]. Avant l'admission de la théorie de l'autonomie de la volonté, à l'époque du formalisme, la liberté contractuelle existait déjà. Le changement n'est pas la liberté de contracter mais la suffisance de l'exercice de cette liberté à travers la volonté. Les romains étaient donc déjà libres de contracter mais ils étaient contraints à certaines formalités sans lesquelles l'acte conclu était dépourvu de valeur juridique. Tout au plus, la liberté contractuelle peut être considérée comme un préalable nécessaire mais elle n'équivaut pas à l'autonomie de la volonté.

---

[49] « Le consentement des parties, c'est à dire l'accord des volontés, est l'élément essentiel de tout contrat » : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 1900, t. 2, n° 983.

[50] Parmi eux, P. ESMEIN, *in L'obligation et la responsabilité contractuelle, Mélanges, G. RIPERT*, 1950, t. 2, p. 101 : « au début du XXe siècle, on a parlé de l'autonomie de la volonté, c'est à dire de la liberté contractuelle ».

[51] F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11ème éd., Dalloz, 2013, n° 24, p. 33 ; J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, J. FLOUR, *Droit civil : Les obligations, L'acte juridique,* t. 1, 16ème éd., Sirey, 2014, p. 66 ; M.-G. BARBIER, *La volonté du salarié dans le rapport de travail*, th. Lyon 2, n° 8, p. 8. ; X. MARTIN, *Nature humaine et Code Napoléon*, p. 118-120.

[52] H. L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations*, 9ème éd. Montchrestien, 1998, p. 31 s. ; D. MAZEAUD, *Constats sur le contrat, sa vie, son droit*, *in* Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique, LPA, 6 mai 1998.

24. L'autonomie de la volonté n'équivaut pas non plus au rigide principe de non-immixtion du juge – En général, l'intervention du juge dans le contrat n'est pas tolérée car seules les parties peuvent interférer avec la loi qu'elles ont façonnée en toute autonomie. Cette exigence serait celle édictée par l'article 1103 du Code civil[53] (ancien article 1134, al. 1er) et elle est en tout cas scrupuleusement respectée par la Haute juridiction. D'aucuns prétendent que le principe d'intangibilité du contrat qui s'impose au juge découle de la théorie de l'autonomie de la volonté[54].

25. L'immixtion interdite – En vertu du principe de non-immixtion, le juge ne dispose d'aucun pouvoir général lui permettant de modifier ou de supprimer les clauses prévues par les parties. Ce rempart permettrait d'éviter toute entrave à la force obligatoire du contrat tel qu'il a été souscrit et c'est encore une fois rattaché à la théorie de l'autonomie de la volonté par certains auteurs. Cette dernière permettant aux parties de créer le contrat, elle constitue avant tout et surtout la théorisation du principe du consensualisme[55] comme nous l'avons déjà indiqué. Elle sert pourtant de justification au refus de l'interventionisme judiciaire[56] qui se révèle être le seul remède dans des situations particulières. Ainsi en va-t-il lorsque survient une imprévision, laquelle n'était pas prise en compte par le droit avant l'ordonnance du 10 février 2016. La formule du célèbre arrêt Canal de Craponne indiquait que « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des

---

[53] A. WEILL et F. TERRÉ, *Les obligations*, 4ème éd., 1986, n° 58, p. 55.

[54] R. OUELHAZI, *Le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat*, th. Strasbourg, 1997, p. 17.

[55] Notons à ce propos que ni la théorie de l'autonomie de la volonté, ni le principe du consensualisme qui en dérive, ne sont expressément édictés par un texte. Certains auteurs sont toutefois parvenus à leur lier certains articles du Code civil. La première notion pourrait se déduire de l'anc. art. 1134 C. civ. (art. 1103 nouv.) (*C. TOULLIER, Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil, t. VI, Paris, 1821, n°191* -) et c'est de notre avis hautement contestable car il édicte plutôt la force obligatoire (alinéa 1er) puis le principe d'intangibilité du contrat (alinéa 2), soit deux règles qui ne son en aucun cas les résultats logiques et inhérents à l'autonomie de la volonté mais plutôt des pseudo-conséquences délibérément choisies par notre droit dans un intérêt précis. Cela ne veut pas dire que la préservation de cet intérêt n'a pas lieu d'être mais tout simplement que ce n'est pas servir cet intérêt que de pousser les choses par un raisonnement erroné. Quant à la seconde notion, on la retrouverait au sein de l'anc. l'art. 1108 C. civ. (art. 1128 nouv.) étant donné qu'il édicte les exigences de formation du contrat sans prévoir aucun formalisme. Capacité, consentement, objet-cause (contenu du contrat) sont les seules exigences de la loi.

[56] P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Paris, 1946, p. 72.

parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants »[57].

26. L'immixtion du juge est un choix – Au-delà du fait qu'il n'existe pas d'intervention générale du juge dans le contrat, les « traitements de faveur » dans laquelle elle est autorisée sont difficiles à justifier. On peut relever des situations isolées dans lesquelles les juges se sont auto-octroyés le pouvoir de corriger le contrat[58] et d'autres où le juge annonce fermement qu'il ne dispose pas d'un tel pouvoir. Pourtant, rien ne justifie une telle opposition. À cela, s'ajoute le caractère peu évident du lien de cause à effet entre l'autonomie de la volonté et l'interdiction qui est faite juge de s'immiscer dans le contrat qui le nécessite. Le refus de toute intervention judiciaire semble davantage constituer une règle proclamée par notre droit qu'une conséquence logique de la théorie de l'autonomie de la volonté.

27. Conclusion : l'autonomie de la volonté et le temps – Pour conclure, il semblerait que la théorie de l'autonomie de la volonté a été consacrée tardivement (XIXe siècle). À son sujet, Monsieur Levy, reprenant les propos d'Hegel, relevait que « ce n'est qu'au début du crépuscule que l'oiseau de Minerve prend son vol[59] ». La volonté individuelle aurait donc été reconnue par

---

[57] Cass. civ., 6 mars 1876, *D.* 76, I, 193, note GIBOULOT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 11ème éd., p. 123, par F. TERRÉ ET Y. LEQUETTE. ; L. AYNÈS, *Le contrat : loi des parties*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 17, Dossier « Loi et contrat », Mars 2005.

[58] Ce à quoi nous avons assisté lorsque la Cour de cassation a étendu au droit commun le mécanisme du « réputé non écrit », sanctionnant les clauses abusives du contrat de consommation. Par le biais de la célèbre saga Chronopost et de l'arrêt Faurecia, le juge peut désormais éradiquer toute clause susceptible de causer un grave déséquilibre dans le contrat (Cass. com., 22 oct. 1996, *Chronopost*, n° 93-18.632, D. 1997. 121, note A. SÉRIAUX ; D. 1997. 145, note C. LARROUMET ; D. 1997. 175, note PH. DELEBECQUE ; RTD civ. 1997. 418, note J. MESTRE ; RTD civ. 1998. 213, note N. MOLFESSIS - Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, n° 02-18.326 et n° 03-14.112, D. 2005. 2836, note S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; D. 2005. 1864, note J.-P. TOSI ; RTD civ. 2005. 604, note P. JOURDAIN ; RTD civ. 2005. 779, note J. MESTRE et B. FAGES - Cass. com., 13 févr. 2007, n° 05-17.407, *Oracle c/ Faurecia* : Bull. civ. 2007, IV, n° 43 ; Comm. com. électr. 2007, étude 22, J. HUET ; JCP G 2007, II, 10063, note Y.-M. SERINET ; RLDC, mai 2007, p. 6, note G. LOISEAU ; JCP G 2007, I, 185, n° 10, obs. PH. STOFFEL-MUNCK ; D. 2007. 654, n° 05-17.407, note X. DELPECH ; RTD civ. 2007. 567, note B. FAGES - D. MAZEAUD, *Clauses limitatives de réparation : la fin de la saga* ?, D. 2010. 1832).

[59] Citation philosophique d'HEGEL rapprochée de l'autonomie de la volonté par J.-PH. LÉVY qui la cite en épigraphe dans : V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté*, PUF, 1980.

notre droit sous une forme correspondant idéalement à une ère déjà révolue[60]. La théorie de l'autonomie de la volonté est peut être trop générale par rapport à la diversité contractuelle.

[60] PH. MALAURIE, L. AYNÈS, PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil : les obligations*, 5ème éd, LGDJ, 2011, n° 748, p. 363.

II. – L'ADAPTATION SALVATRICE DU CONTRAT À L'ÉPREUVE DU BESOIN DE SÉCURITÉ JURIDIQUE

28. La tendance à la confusion de la théorie de l'autonomie de la volonté avec les notions qui lui sont voisines (liberté contractuelle, immixtion du juge, intangibilité contractuelle) tel que nous l'avons souligné précédemment ne peut être justifiée que par un impératif bien spécifique. Dans la sphère juridique, derrière ce qui paraît constituer une injustice se cache dans bien des cas l'adaptation d'un raisonnement à un intérêt supérieur. Si le rôle du juge face au contrat n'a pas suffisamment évolué, c'est aussi en raison de l'impératif de sécurité juridique dont la prise en compte est marquée par une certaine rigidité (A). Lui-même est d'ailleurs, source de blocage du contrat (B).

A/ L'impact négatif de la sécurité juridique à l'égard de la théorie de l'autonomie de la volonté

29. Rôle de la sécurité juridique dans l'inflexibilité des principes contractuels – Derrière le paradigme de l'autonomie de la volonté, le juriste découvre la sécurité juridique car il est évident que les contractants ont un besoin crucial de prévisibilité au moment où ils s'engagent. C'est la raison pour laquelle le législateur[61] et le juge sont soumis au respect de la sécurité juridique[62]. Elle

---

[61] Qui est d'ailleurs soumis à la valeur constitutionnelle de ce principe, en matière répressive uniquement, et sur le fondement de l'article sur le fondement des art. 7 et 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ce qui a contrario lui permet de déroger à la règle dans les autres domaines ne relevant pas du droit pénal : J.-G. HUGLO, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11, *Le principe de sécurité juridique*, décembre 2001, et cela y compris en matière contractuelle, et sauf réserve de ce que le Conseil constitutionnel parvient à déduire de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. ; Comp. S. DRAPIER, *Réflexions sur la légitimité des lois de validation en matière contractuelle*, LPA, 9 fév. 2001, p. 4-10 ; B. MATHIEU, *Liberté contractuelle et sécurité juridique : les oracles ambigus des sages de la rue Montpensier*, LPA, 7 mars 1997, n° 29, p. 5.

[62] F. POLLAUD-DULIAN, *À propos de la sécurité juridique*, RTD civ. 2001, p. 487 : où la sécurité juridique est présentée comme étant fondamentale.

consiste à ne pas surprendre outre-mesure les sujets de droit dans leur connaissance des règles applicables, leur pratique ou leurs prévisions[63].

30. Un droit affirmé de manière tautologique – Il n'existe pas de texte général régissant expressément la sécurité juridique car elle ne constitue pas véritablement un droit subjectif[64]. Il s'agit plus exactement d'un besoin que les pouvoirs législatifs et judiciaires doivent prendre en compte dans leur action en général mais aucune primauté ne lui est accordé car il est concilié avec toutes sortes d'intérêts. Dès lors qu'une nécessité se présente, elle prime sur la sécurité juridique et les prévisions des contractants sont alors perturbées (il s'agit alors d'un mal inévitable)[65].

L'absence de base légale de la sécurité juridique se justifie par sa nature car elle n'est pas autre chose que l'un « *des intérêts et objectifs sociologiques légitimes* »[66] que doit poursuivre aussi bien la loi que la bouche qui la prononce[67]. S'il ne s'agit pas d'un principe fondamental mais d'un intérêt légitime (c'est presque un truisme que d'indiquer qu'elle est nécessaire), il est tout à fait possible de le sacrifier lorsqu'un intérêt supérieur se présente[68]. Immuable est synonyme de mort, or notre société est tout ce qu'il y a de bien vivant et le droit doit suivre cette évolution de sorte que la sécurité juridique ne peut pas être longtemps garantie.

---

[63] J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Droit civil : introduction*, 3ème éd. LGDJ, 1990, n° 339 ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil : introduction*, 9ème éd., Montchrestien, par F. Chabas, 1989, n° 10-11 ; A. WEILL, *Droit civil : introduction générale*, 3ème éd., Dalloz, 1973, n° 131 et 138 ; CE rapport 1991, *De la sécurité juridique*, Doc. fr. p. 15.

[64] N. MOLFESSIS, *Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique*, RTD civ. 2000, p. 189 ; T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, th. Paris II, Defrénois, 2009, p. 18.

[65] P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, p. 47 ; J. CARBONNIER, *La pulvérisation du droit en droits subjectifs in Droit et passion du droit sous la Ve République,* Flammarion, 1996, p. 121 s. ; Rappr. Cons. const. 9 avr. 1996, décis. 96-373, AJDA 1996-371, not. O. SCHRAMECK ; RFD const. 1996.584, obs. J. TREMEAU, A. ROUX et T.-S. RENOUX ; RD publ. 1996.953, obs. T.-S. RENOUX ; D. 1998. Somm. 153, obs. T.-S. RENOUX ; B. PACTEAU, préc. p. 154 s. ; A ce propos, il convient tout de même de préciser qu'une doctrine influente considère que ce principe est sous-jacent, ou bien en voie de reconnaissance, notamment dans certaines décisions du Conseil constitutionnel : V. L. FAVOREU, *Droit des libertés fondamentales*, Précis Dalloz, 2000, n° 391 ; B. MATHIEU, *La sécurité juridique, un principe clandestin mais efficient*, Mélanges Gélard, Montchrestien, 1999, p. 301.

[66] F. POLLAUD-DULIAN, *À propos de la sécurité juridique*, RTD civ. juil.-sept. 2001. p. 487.

[67] Expression que nous empruntons à Montesquieu sans pour autant adhérer au sens de ses propos qui décrivent le rôle du juge dans la création de la norme comme extrêmement secondaire : Montesquieu, *Esprit des lois*, 1777.

[68] F. POLLAUD-DULIAN, *ibid*.

B/ L'impact négatif de la sécurité juridique à l'égard de la pérennité contractuelle

31. La fondamentalisation de la sécurité juridique – D'aucuns se sont mis à fondamentaliser la sécurité juridique en se fixant excessivement sur l'idée que le contrat est prévision. C'est effectivement le cas mais lorsque le contrat nécessite d'être débloqué, il convient de le décider en fonction de toutes les circonstances et non pas en considérant uniquement la prévisibilité[69]. Quoi qu'il en soit, comme l'a fait remarquer Achille Chavée, « l'imprévisible n'est jamais que l'arrière petit-fils du prévisible »[70]. Seule une imprévisibilité généralisée ou qui ne serait pas justifiée par un impératif relève de l'inadmissible. Tel n'est pas le cas si le droit prévoit des règles permettant aux parties d'avoir conscience au moment où elles contractent que le juge pourrait agir dans le contrat en cas de besoin. Il suffirait donc d'intégrer ce pouvoir dans les prévisions des parties pour que la sécurité juridique soit mieux garantie.

32. Besoin de sécurité juridique et besoins économiques – On affirme que la prévisibilité offre une meilleure gestion des affaires des contractants. Il ne faut cependant pas ignorer qu'ils ont tout autant besoin de prévoir qu'en cas de difficulté impondérable, le juge aura le pouvoir d'assurer la sauvegarde et la pérennité de leurs liens contractuels. Vu sous un autre angle, certains contractants (sans doute les moins armés) peuvent considérer que le pouvoir d'immixtion du juge constitue une sécurité : en cas d'imprévision, si le prix fixé unilatéralement est abusif, etc. En tenant compte de cette considération, le déblocage judiciaire du contrat n'amoindrit pas la sécurité juridique mais au contraire la renforce car les parties ne seront pas surprises par une impasse insoluble et susceptible d'anéantir leur contrat.

33. Une sécurité juridique déjà atteinte par l'inflation législative galopante – Le droit est déjà très instable en lui même. L'intervention du juge

---

[69] V. sur ce point F. POLLAUD-DULIAN : *A propos de la sécurité juridique*, *op. cit.*

[70] M. HAMBURSIN, *Anthologie de littérature en langue française*, Textes en Archipel, 3ème éd., De Boeck Duculot, 2000, p. 204.

dans le contrat - n'intervenant qu'en cas de nécessité et de façon exceptionnelle - ne porte que très peu atteinte à la sécurité juridique comparé à l'action du législateur. Dans certains domaines (comme le droit du travail), les lois nouvelles ne cessent de se succéder. En matière contractuelle, à l'inverse, le juge ne débloquerait le contrat que très ponctuellement, il ne s'agit en aucun cas d'une action généralisée de sorte que les craintes vis-à-vis du besoin de sécurité juridique sont peu fondées.

III. – L'ADAPTATION SALVATRICE DU CONTRAT À L'ÉPREUVE DE LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT

34. Le contrat et la force obligatoire qui en découle existent parce-que la loi le permet, la volonté seule ne suffit pas (A). Ce point a son importance en matière de déblocage du contrat car il permet de se prononcer sur la légitimité de l'action du juge dans le contrat (B).

A/ L'origine légale de la force obligatoire du contrat

35. La loi comme source des obligations même contractuelles – La majorité des auteurs du XIXe sont restés fidèles à la représentation des sources des obligations établie par Pothier[71]. Parmi eux, Larombière[72], ainsi qu'Aubry et Rau[73], distinguent les obligations issues de la loi de celles créées par le contrat. Ce classement traditionnel a cependant été remis en cause par d'autres auteurs. Selon Toullier, par exemple, « toute obligation suppose une loi antérieure […]. Toute obligation vient de la Loi […]. C'est la loi qui l'a produit. Les conventions n'obligent qu'en vertu de la loi, qui commande de tenir la parole que nous avons donnée : le législateur leur confère l'autorité de la loi, comme le dit énergétiquement l'article 1134 »[74].

36. La force obligatoire du contrat existe grâce à la loi – La force contraignante du contrat n'est pas intriquée dans la volonté des parties[75]. Affirmer que le contrat constitue une source d'obligation revient à opérer un raccourci qui

---

[71] BUGNET, *Traité des obligations, Œuvres de Pothier*, t. 2, Paris, Plon, 1861 ; B. MOORE, *La théorie des sources des obligations : courte histoire d'une valse-hésitation*, Revue Juridique Thémis 274, 2002, n° 36.

[72] M.-L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratiques des obligations ou Commentaire des titres III et IV livre III du Code Napoléon : art. 1101 à 1386*, éd. Durant et Pedonne-Lauriel, Paris, 1857, t. 5, p. 544 s.

[73] C. AUBRY et C. RAU, *Cours de Code civil français d'après la méthode de* Zachariae, Paris, Marchal et Billard, 4ème éd., 1871, n° 305, p. 92.

[74] M. TOULLIER, *Thémis ou bibliothèque du jurisconsulte*, t. 6, 1824, p. 267.

[75] MARCADÉ, *Éléments du droit civil français,* 1849, t. 5, p. 251. ; DEMOLOMBE, *Traité des engagements*, Paris, 1882, t. 8, n° 15.

ignore la distinction entre la possibilité de créer un engagement et l'obligation : à elle seule, la première n'a aucune valeur contraignante contrairement à la seconde[76]. Ainsi, les deux types d'obligations que constitueraient la loi et le contrat ne peuvent pas être mises sur un même niveau puisque la loi se suffit à elle-même, elle est synonyme d'obligation, alors que le contrat a besoin que la loi lui reconnaisse cette qualité. Un seul degré les sépare mais il est à notre sens suffisant pour considérer qu'en réalité il n'existe que la loi est l'unique source des obligations[77]. Si la loi ne le permettait pas, les contractants pourraient-ils réellement se prévaloir du principe de la force obligatoire du contrat ? De même, s'interrogeait Monsieur Henri Mazeaud : « La volonté des parties, qui crée le lien de droit, trouve-t-elle en elle même (une) force créatrice ? Ou ne la tire-t-elle que d'une délégation de la loi ?[78] ». Cet auteur relevait également que « selon la position prise, on admettra que la volonté des individus est assez forte pour être créatrice d'obligations, ou au contraire, que la loi est la source des obligations contractuelles, comme de toutes les autres obligations[79] ». Notre choix portant sur la seconde position, cela pour effet de désacraliser le pouvoir de la volonté. Si c'est la loi qui permet au contrat d'exister et d'avoir une valeur contraignante, elle peut tout autant permettre au juge de lui appliquer des remèdes salvateurs sans que les principes généraux du droit des contrats ne soient contrariés.

B/ L'adaptation du contrat au service de la force obligatoire

37. L'adaptation du contrat au service de la force obligatoire du contrat – L'absence de force obligatoire du contrat serait évidemment synonyme de chaos mais si l'on adopte une vision plus large, on s'aperçoit que c'est au contraire pour qu'elle soit effective que le juge doit intervenir dans le contrat qui risque d'être anéanti. C'est le juge corrigeant le contrat qui pourra alors être

---

[76] G. MARTY ET P. RAYNAUD, *Traité de droit civil, Les obligations,* t. 1, Les sources, 2ème éd., Sirey, 1988, Introduction, n° 147 s., p. 271 s. ; COULOMBEL, *Introduction à l'étude du droit et du droit civil*, LGDJ, 1969, p. 225.

[77] J. BONNECASSE, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de G. Baudry-Lacantinerie*, t. 1, 1924, n° 384, p. 593 ; G. MARTY ET P. RAYNAUD, *ibid*.

[78] H. MAZEAUD, *Essai d'une classification des obligations*, RTD civ., 1936, n° 17.

[79] *Ibid.*

exécuté qui favorise la force obligatoire et non pas celui qui le détruit précipitament (par le biais d'une nullité ou d'une résolution).

38. L'immixtion mesurée du juge – Le but n'est pas de donner les pleins pouvoirs au juge et de l'autoriser à intervenir systématiquement dans le contrat. S'il adapte un contrat pour lui faire échapper à la nullité ou à la résolution, c'est que des critères pré-requis le permettent. On pourrait par exemple considérer qu'il ne peut le faire que si la correction est possible, utile et juste. L'accord simultané des deux parties ne serait en revanche pas exigé car il est évident que l'adaptation du contrat amoindrit les avantages de l'un des contractants. De toute manière, si la correction fait l'objet d'un accord mutuel, les parties n'ont aucunement besoin de recourir au juge.

39. Plan – Dès lors que le droit confère au contrat la même valeur qu'une loi à l'égard des parties[80], l'effectivité de cette loi doit en premier lieu être protégée de l'anéantissement hâtif ou déraisonnable. Selon cette vision, l'assimilation du contrat à une loi n'empêche pas de le soumettre à une correction salvatrice de la part du juge. Le déblocage du contrat de droit commun sera favorisé aussi bien au stade de la formation (Partie 1) que de l'exécution du contrat (Partie 2) grâce à une lecture nouvelle des grands principes gouvernant le droit des contrats et à une interprétation orientée mais cohérente[81] des nouvelles dispositions du droit commun des contrats.

---

[80] Art. 1103 C. civ. : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » ;

[81] Il ne s'agit en aucun cas de tordre les textes.

❖ **<u>PARTIE 1</u>**

LE DÉBLOCAGE DES SOURCES D'ANEANTISSEMENT DU CONTRAT À SA NAISSANCE

❖ **<u>PARTIE 2</u>**

LE DÉBLOCAGE DES SOURCES D'ANEANTISSEMENT DU CONTRAT AU COURS DE SA VIE

Première partie

LE DÉBLOCAGE DES SOURCES D'ANEANTISSEMENT DU CONTRAT À SA NAISSANCE

PARTIE I - LE DÉBLOCAGE DES SOURCES D'ANEANTISSEMENT DU CONTRAT À SA NAISSANCE

40. Depuis fort longtemps déjà, dans le but de rétablir la justice contractuelle[82] et souvent au prix de la réécriture de la loi des parties, les juges poursuivent un effort de maintien des liens contractuels. L'intangibilité de la loi des parties n'est bien heureusement plus la seule considération car on fait une place de plus en plus grande aux solutions d'équilibre, plus pragmatiques. Les yeux ne sont plus rivés sur le caractère immuable du contrat et la sécurité juridique, on perçoit, de plus en plus près, la justice contractuelle et l'impact économique que permet le maintien efficace des liens contractuels.

41. Les conditions de validité du contrat, cumulatives, sont désormais énumérées à l'article 1128 [83] qui requiert la capacité de contracter, un consentement valide et enfin un contenu licite et certain[84]. S'agissant de la capacité de contracter, il ne nous semble pas souhaitable de l'assouplir dans l'optique du déblocage contractuel car elle constitue une règle protectrice phare destinée à des contractants fragiles que la société se doit de protéger (à l'instar de ce que fait le droit de la consommation que nous remettons que très peu en cause tout au long de cette thèse à rebours du droit commun des contrats). Il en va autrement des deux autres conditions. Concernant le consentement, nous expliquerons pour quelle raison et de quelle manière celui-ci doit être protégé sans faire preuve de sévérité et surtout seront mis en avant la possibilité d'un traitement alternatif à la nullité en matière de vices du consentement. Les nouveaux textes le permettent car ils sont pleins de ressources (Titre II).

---

[82] Y.-M. SERINET, *Le juge et l'illicéité du contrat, in* Le renouveau des sanctions contractuelles, F. COLLART DUTILLEUL et C. COULON (dir.), Economica, 2007, n° 13, p. 93.

[83] « Réplique déformée de l'ancien article 1108 » qui exigeait un consentement valide, la capacité de contracter, un objet certain, et une cause licite : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats*, Commentaire théorique et pratique, Dalloz, 2016, n° 283, p. 232.

[84] Le « contenu » licite et certain est censé faire fusionner l'objet et la cause dans toutes ses variantes.

Avant cela, il nous faudra découvrir le déblocage du contrat que permet la reconnaissance de l'absence partielle de contrepartie (ce que l'on désignait auparavant comme étant une absence partielle de cause), à travers les nullités partielles et l'éradication des clauses irrégulières (Titre I).

Titre 1 - Le déblocage du contrat affecté par une clause irrégulière

Titre 2 - Le déblocage du contrat affecté par un consentement altéré

TITRE I
LE DÉBLOCAGE DU CONTRAT AFFECTÉ PAR UNE CLAUSE IRRÉGULIÈRE

42. Dans la situation où le contrat est affecté par un élément d'illégalité au stade de sa formation, on songe évidemment à le débloquer en procédant à sa correction salvatrice au lieu et place de la nullité. Que celle-ci provienne de la volonté des parties ou qu'elle soit imposée par la loi, cette solution dispose de l'avantage d'éradiquer le mal tout en laissant aux titulaires de la convention la faculté « d'exercer leurs droits maintenus intact en dépit des apparences[85] ». L'acte pouvant ainsi survivre à la correction. L'intérêt social et moral a justifié l'assouplissement du principe d'intangibilité du contrat entre employeur-salarié, professionnel-consommateur et assuré-assureur. Cet assouplissement n'a pas eu lieu avec autant d'envergure en droit commun, excepté, mais dans une moindre mesure, lorsqu'il s'agit d'un contrat d'adhésion[86]. Se faisant, le contrat constitue toujours une richesse pour le créancier[87], la préservation de cette richesse – surtout en ces temps où la fragilité et la précarité sont de mise – est prépondérante à l'heure actuelle.

43. Pour maintenir le contrat, ainsi que la richesse qu'il constitue et qu'il est susceptible de générer, Ripert souligne l'insatisfaction qui découle de l'anéantissement total et sans alternatives de l'acte conventionnel. Cet auteur relève très justement la nécessité de « pouvoir pétrir le contrat, serrer ou relâcher le lien suivant les circonstances, l'adapter aux événements imprévus et le faire servir l'ordre public économique[88] ». Cette philosophie, ou volonté, passe par un accroissement de la liberté du juge qui est le maître du remodelage du contrat et de l'appréciation de l'opportunité des sanctions alternatives à la nullité.

---

[85] R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, th. Dijon, 1909, p. 45.

[86] Le contrat non négocié est en effet davantage protégé par la réforme que le contrat de gré à gré (V. art. 1171 C. civ.).

[87] V. E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1965, p. 12 s.

[88] G. RIPERT, *L'ordre économique et la liberté contractuelle, in* Études offertes à Fr. Geny, 1933, p. 347 s.

L'effacement et la révision des stipulations contractuelles irrégulières permettent de corriger le contrat ne respectant pas complètement l'exigence de générer une contrepartie réciproque sans pour autant le détruire. De cette façon, les droits de la partie lésée sont garantis par la « réparation » du contrat et non par la privation du contrat duquel elle souhaitait tirer des bénéfices. Cette intervention salvatrice s'effectue par le biais de deux procédés, qui doivent impérativement être distingués malgré leur fondement commun qui est l'absence partielle de contrepartie : les nullités partielles et le réputé non écrit (Chapitre 1). Leur domaine sera ensuite esquissé pour mieux se rendre compte de quelle manière nullités partielles et réputé non écrit permettent de débloquer efficacement le contrat, avec dans le même temps des propositions permettant de renforcer leur portée (Chapitre 2).

CHAPITRE I

LA LÉGITIMITÉ DE LA RÉÉCRITURE PARTIELLE DU CONTRAT

44. Lorsque le juge procède au remodelage du contrat, il est souvent guidé par l'intérêt au contrat qui doit être contrôlé, préservé et corrigé si nécessaire. Comme nous allons le démontrer, pour y parvenir, il se fonde sur la défunte cause ou les fonctions de celle-ci consacrées par l'ordonnance du 10 février 2016 (Section 1). Par ailleurs, d'autres motivations bénéfiques, comme la préservation de la volonté des parties et la mise en œuvre d'une meilleure justice contractuelle, peuvent être mises en avant (Section 2).

SECTION I
LES CONSIDÉRATIONS CAUSALISTES COMME FONDEMENT DE LA RÉÉCRITURE DU CONTRAT

45. Lorsqu'il s'avère loisible de corriger un acte juridique, le juge ne peut se contenter de tenir compte la liberté contractuelle et du respect de la parole donnée. L'exigence de la bonne foi et celle de la causalité doivent tout autant être considérées. Néanmoins, l'étude attentive de la bonne foi (§1) et de la cause (§2) nous démontre que seule cette dernière permet de fonder véritablement le remodelage du contrat.

Paragraphe I – La bonne foi : fondement inadapté de la réparation du contrat

46. Avant de déterminer si le principe de bonne foi a la capacité de fonder juridiquement les adaptations du contrat destinées à éviter son annulation (A), il est nécessaire de préciser dans un premier temps les contours de ce principe pour mieux nous prononcer (B).

A/ Teneur et contours de la bonne foi

47. La bonne foi étendue à la période de formation – Parmi les « ressorts profonds du droit français »[89] se trouve l'exigence de bonne foi[90]

---

[89] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par artic*le, LexisNexis, 2016, p. 48.

[90] Dont l'importance peut également être relevée du fait que le droit international la consacre en tant que principe directeur, art. 1:102 : « 1) Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en déterminer le contenu, sous réserve des exigences de la bonne foi et des règles impératives posées par les présents Principes – 2) Les parties peuvent exclure l'application d'un quelconque des présents Principes ou y déroger ou en modifier les effets, à moins que les Principes n'en disposent autrement » ; art. 1.7 : « 1) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international – 2) Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée ». V. M. BENILLOUCHE, *La valeur primordiale du devoir de bonne foi en droit européen des contrats est-elle une originalité purement formelle ?,* LPA, 29 juill. 2004, n° 151.

codifiée à droit constant au sein de l'article 1104 du Code civil[91]. Il s'agit d'une notion développée par Demogue selon laquelle le contrat ne constitue pas le siège d'intérêts antagonistes, mais le creuset de l'intérêt commun des contractants. Le caractère fondamental de cette valeur est tel qu'elle constitue une « disposition d'ordre public[92] », inscrite dans les dispositions liminaires au côté de la liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat. Pour autant, la nouvelle loi ne l'a pas érigée en condition de validité du contrat[93], et il ne semble pas envisageable qu'elle puisse remplacer l'une d'entre elles[94]. Le fait qu'il s'agisse d'une obligation d'ordre public signifie simplement qu'il est impossible pour les parties de déroger à son exigence.

---

[91] Depuis l'ordonnance portant réforme du droit des contrats n° 2016-131, du 10 février 2016 qui, pour être plus juste, a en réalité opéré, sur ce point, une simple codification à droit constant, puisque le champ d'application de la bonne foi avait déjà été élargi par la jurisprudence, V., notamment, la décision de la Cour de cassation de 81 (Cass. civ. 1re, 21 juin 1981, n° 79-15.443, Bull. civ. I, 1981, n° 25), qui avait relevé le manquement d'une banque « à son obligation de contracter de bonne foi », faisant ainsi clairement référence à la période de formation du contrat. D'ailleurs il en va de même, de manière plus remarquable vu l'absence de lien de droit, pour la phase de négociations puisque la Cour de cassation avait déjà sanctionné, sur le fondement de la bonne foi, le maintien artificiel de pourparlers (Cass. com. 26 nov. 2003, n° 00-10.243, Bull. civ. IV, 2003, n° 186). Néanmoins, comme le soulignait un auteur, le fondement de cette extension jurisprudentielle, constitué par l'art. 1134 al. 3, n'était pas approprié : Y. PICOD, *Exécution de bonne foi des conventions*, J.-Cl. Civ., art. 1134 et 1135, 2013, n° 6 : « Le fréquent visa de l'article 1134, alinéa 3, du code civil par la jurisprudence en matière de bonne foi précontractuelle peut sembler inapproprié puisque ledit article s'insère dans un chapitre consacré aux effets des conventions et ne vise que leur exécution ».

[92] Caractéristique expressément prévue à l'art. 1104 du Code civil. Comp. : Y.-M. LAITHIER, *L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire ?,* D. 2014. 33.

[93] Le doute n'est pas permis puisque l'art.1128 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, qui vise les conditions nécessaires à la validité du contrat ne fait référence à aucune autre chose que le consentement des parties, leur capacité de contracter, ainsi que le contenu licite et certain, comme cela est rappelé par PH. LE TOURNEAU et M. POUMARÈDE, *Bonne foi, in* Répertoire droit civil, Dalloz, janv. 2017.

[94] Comp. A. GHOZI et Y. LEQUETTE, *La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie*, D. 2008. 2609 : « Au reste, si la bonne foi constitue un principe directeur, pourquoi ne pas aller jusqu'au bout de la logique du système ? Supprimons les vices du consentement qui sont réductibles à un comportement de mauvaise foi et traitons le règlement des suites de l'inexécution par un seul texte, de la même veine : faveur à la partie de bonne foi ! Voici un droit simplifié : chaque fois, on s'en remettra au juge qui dira s'il y a ou non mauvaise foi. Bref, où se trouve la limite entre le domaine des règles et celui des principes directeurs ? On l'a dit, les principes, par construction, sont là pour l'emporter, d'autant qu'ils deviennent formellement autant de chefs de cassation qui sont dans la main du juge (art. 16, al. 3, CPC). Rien dans le texte de la chancellerie ne prévient ce risque. (…) Scrupuleusement, il renoncera à utiliser la sanction prévue par le code pour un tel comportement,- erreur, dol, violence, abus, etc., selon les cas - puisque les conditions d'application en seront discutables, et se satisfera de la bonne foi, comme on use d'un joker ».

48. La notion de bonne foi constitue davantage un devoir général de conduite[95] qui permet de conforter, justifier de manière théorique, des sanctions spécifiques (comme les vices du consentement par ex.), ou alors de constituer le fondement essentiel d'une décision de justice qui ne peut se baser sur aucun régime particulier existant[96]. Dans cette seconde hypothèse, la bonne foi joue donc un rôle de comblement qui permet de garantir un minimum de justice contractuel.

49. Contenu de la bonne foi – La notion de bonne foi permet d'effectuer un contrôle, empreint de morale[97], du comportement des parties, sa définition n'en demeure pas moins difficile. Pour la plupart des auteurs qui se sont consacrés à la question, il est difficile de définir la bonne foi comme autre chose que l'antithèse de la mauvaise foi[98] (comportement dolosif, frauduleux, lésionnaire, etc.). La mauvaise était donc pleinement étudiée au détriment de la bonne, mais comment pouvait-il en allait autrement sachant que l'exécution de bonne foi du contrat

---

[95] L. AYNÈS, *L'obligation de loyauté,* Arch. Phil., 1999 ; D. MAINGUY, *Le contractant, personne de bonne foi ?, in* C. ALBIGÈS et E. NÉGRON (dir.), La réforme du droit des contrats et des obligations, Publications de la faculté de droit de Montpellier, 2015, p. 83 : « la formule, souvent employée, d'obligation de bonne foi, n'a aucun sens : la bonne foi est un standard juridique sur la base duquel des obligations ou des comportements s'imposent en fonction des interprétations dégagées par le juge ».

[96] C'était par ex. le cas, antérieurement à la réforme du droit des contrats, de la révision pour imprévision : Cass. com. 3 nov. 1992, n° 90-18.547, Bull. civ. IV, n° 338, *Huart* ; RTD civ. 1993, obs. J. MESTRE ; Defrénois 1993. 1337, obs. J.-.L AUBERT : JCP 1993, II, 22164, obs. G. VIRASSAMY – Cass. com 24 nov. 1998, n° 96-18.357, Bull. civ. IV, n° 277, *Chevassus-Marche* ; RTD civ. 1999. 98, obs. J. MESTRE ; RTD civ. 1999. 646, obs. P.-.Y GAUTIER ; Defrénois 1999. 371, obs. D. MAZEAUD. C'était également le cas pour la rupture abusive des pourparlers : Cass. civ. 3e, 28 juin 2006, n° 04-20.040, Bull. civ. I, n° 164 ; D. 2006. 2963, note D. MAZEAUD ; JCP 2006. II. 10130, note O. DESHAYES ; JCP 2006. I. 166, n° 6, obs. PH. STOFFEL-MUNCK ; RDC 2006. 1069, note D. MAZEAUD ; RTD civ. 2006. 754, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Suivi par une jurisprudence constante : Cass. civ. 3e, 7 janv. 2009, n° 07-20.783, Bull. civ. III, n° 5 ; D. 2009. 297 ; RTD civ. 2009. 113, obs. B. FAGES – Cass. civ. 1re, 20 déc. 2012, n° 11-27.340 – Cass. civ. 1re, 18 déc. 2014, n° 13-25.095 ; PH. LE TOURNEAU, *La rupture des négociations*, RTD com. 1998. 479.

[97] G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles,* LGDJ, Coll. Anthropologie du droit, 2013, n° 157.

[98] Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. Dijon, LGDJ, 1989, Préf. G. Couturier ; Y. PICOD, *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque IDA Aix-en-Provence, 28 mai 1993, PUAM 1993, p. 57 ; D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, *in* L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré, Paris, Dalloz, PUF et éd. Juris-Classeur, 1999, p. 603 ; D. MAZEAUD, *Le nouvel ordre contractuel,* RDC 2003. 295 ; A. BÉNABENT, *Rapport français de la bonne foi dans l'exécution du contrat*, Travaux Assoc. H. Capitant, Tome XLIII, Litec, 1992, p. 291 ; PH. LE TOURNEAU, Répertoire droit civil, V. *Bonne foi*, 1995.

constitue son exécution normale, comme le souligne Monsieur Picod[99]. La situation étant dépourvue de pathologie menant au contentieux, l'intérêt de définir la bonne foi de manière indépendante ne s'est pas imposé facilement.

Globalement, les auteurs considèrent qu'elle consiste pour les parties à ne pas surprendre la confiance qu'elles ont suscitées en contractant, l'une vis-à-vis de l'autre. Elle constitue un devoir général de loyauté du comportement[100], rattaché donc à une certaine prévisibilité[101] ; elle ne correspond pas à un simple manque de probité, mais à l'expression de la duplicité d'un contractant. Parfois, l'exigence de bonne foi va même jusqu'à exiger de ne pas surprendre le contractant par un manque de cohérence dans son comportement[102].

50. En outre, la bonne foi implique un devoir d'initiative, de coopération et de collaboration octroyant au contrat davantage d'efficacité, notamment au moment de son exécution[103] (mais pas seulement). Enfin, l'exigence de bonne foi oblige parfois les parties à accepter de renégocier le contrat de longue durée dont l'économie est bouleversée par la survenue d'une circonstance imprévisible[104]. Comme le souligne un auteur dans sa thèse « à l'instar du *bon père de famille,* apparaît le *bon contractant* » puisque les parties sont « susceptibles de voir leur responsabilité engagée si elles ne se conforment pas au comportement exigé »[105].

---

[99] Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, ibid.,* n° 7, p. 62.

[100] Étant précisé que certains auteurs comme Y. PICOD (thèse citée précédemment) considèrent que la *loyauté* n'est que le synonyme de la *bonne foi*.

[101] L. AYNÈS, *L'obligation de loyauté*, Arc. Phil. dr., 1999 ; PH. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans les contrats : essai d'une théorie*, th. Aix Marseille, LGDJ, 2000, Préf. R. Bout.

[102] D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001.

[103] Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, op. cit.*

[104] Cass. com. 3 nov. 1992, n° 90-18.547, Bull. civ. IV, n° 338, *Huart* ; RTD civ. 1993, obs. J. MESTRE ; Cass. com 24 nov. 1998, n° 96-18.357, Bull. civ. IV, n° 277, *Chevassus-Marche* ; Defrénois 1999. 371, obs. D. MAZEAUD.

[105] G. PIETTE, *La correction du contrat*, th. Aix Marseille, PUAM, 2004, Préf. M. Menjucq, n° 436, p. 228.

B/ Le caractère inadapté du fondement de la bonne foi

51. Champ étendu mais inadapté de la bonne foi – Cette ancienne exigence innerve désormais toutes les phases de la vie contractuelle[106] puisqu'elle a vocation à s'appliquer aussi bien aux négociations précontractuelles, qu'à la formation, et l'exécution du contrat. À rebours, donc, de l'ancien article 1134 al. 3 du Code civil qui n'imposait son respect qu'au stade de l'exécution. Aussi, elle concerne tous les types de contrat. Peu importe qu'il s'agisse d'un contrat synallagmatique ou unilatéral, à titre onéreux ou gratuit, de droit civil ou commercial ; la bonne foi s'applique à tous ces liens de droit[107]. Au surplus, elle pèse sur chacun des contractants et non pas uniquement sur la partie qui domine la partie faible[108] (consommateur, salarié, assuré, notamment). Cette dernière est également soumise à cette exigence de sorte que les propos de certains auteurs considérant que la bonne foi a une vocation sociale peuvent être contredits[109].

Ainsi, la bonne foi s'illustre à tous les stades de la vie contractuelle, dans toutes les sortes de contrats, et à l'égard de toutes les parties. Malgré ce vaste champ d'application, elle ne se présente pas comme un fondement adapté pour justifier le sauvetage du contrat car en se concentrant sur le comportement des parties, elle se démarque par la subjectivité. À l'inverse, la modification salvatrice du contrat s'effectue à travers un contrôle objectif, puisque c'est le contenu du contrat qui est vérifié et remanié. Dans cette dernière hypothèse, le comportement des parties ne semble pas être pris en compte.

52. La bonne foi : instrument de contrôle du comportement et non du contrat – Le caractère fondamental et indérogeable de la bonne foi n'empêche

---

[106] Cette extension était déjà proposée *in* Avant projet Catala de réforme du droit des obligations et de la prescription, 22 sept. 2005, présentation du projet par P. CATALA : « Toutes ces avancées de la justice contractuelle s'accompagnent – c'est une corrélation active – du plus grand rayonnement donné à la bonne foi. Établi pour gouverner l'exécution du contrat (art. 1134, al. 3), le principe de bonne foi étend sa loi sur sa formation même (négociation, pourparlers, 1104, al. 1, convention sur la durée de la prescription 1162). L'obligation de renseignement fait une entrée raisonnable dans le Code, et, au rang des modalités de l'obligation, l'accomplissement de la condition est sous l'égide de la loyauté (art. 1176). La faveur à la bonne foi circule dans tout le texte (V. encore art. 1120). Liberté dans la probité, la devise est de haute tradition ».

[107] B. FAGES, *Droit des obligations*, 6ème éd., LGDJ, 2016, n° 36, p. 50.

[108] Paris, 19 janv. 2001, RTD civ. 2001.360, obs. J. MESTRE, B. FAGES selon lesquels « l'obligation générale de loyauté s'applique aussi au distributeur ».

[109] B. FAGES, *Droit des obligations, op. cit.*

pas ses limites. Selon Monsieur Fages, elle ne peut pas « s'attacher à autre chose qu'à la *conduite concrète* des parties au contrat, qu'elle s'efforce sur un plan strictement individuel, de rendre respectueuse des intérêts élémentaires de chacun. Il n'entre pas dans sa fonction de constituer l'instrument d'un ''solidarisme contractuel[110]'' ou d'une politique de justice sociale menée à grande échelle ».

53. Au premier abord, il semble possible de fonder l'éradication des clauses abusives (clauses qui entraînerait un déséquilibre significatif en droit commun[111], clauses abusives en droit de la consommation[112], clauses léonines en droit des sociétés[113]) et les nullités partielles (clause pénale révisée, contrat lésionnaire, etc.) sur la bonne foi. Ces éléments d'illégalité peuvent, en effet, avoir été engendrés par la malhonnêteté du « maitre du contrat »[114], mais ce n'est ni forcément le cas, ni précisément le cas. Pour commencer, si le déséquilibre causé par les stipulations contractuelles illégales n'est pas toujours accepté en toute connaissance de cause par la partie qui le subi, il n'est pas non plus nécessairement voulu par l'autre partie. En n'agissant pas de manière consciente, cette dernière s'est éloignée de la mauvaise foi.

Il est donc à constater deux éléments restrictifs de la bonne foi qui l'exclue en tant que fondement *général* du sauvetage du contrat. Tout d'abord, elle consiste à contrôler le comportement des parties (on pense particulièrement au dol et à la fraude, par exemple) plutôt que le contrat lui même. En outre, la cause de déséquilibre du contrat ne provient pas forcément d'un comportement ou d'un acte déloyal. Il convient alors de se fonder sur une notion capable de regrouper les

---

[110] Comp. C. JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in* Le contrat au début du XXe siècle, études offertes à Jacques Ghestin, G. GOUBEAUX (dir.), Paris, LGDJ, 2001, p. 441.

[111] Art. 1171 C. civ. : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».

[112] Art. L. 212-1, C. cons. : « Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

[113] Art. 1844-1 C. civ. : « La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire ».

« Toutefois, la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites ».

[114] D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, op. cit.* n° 16.

différentes problématiques que peut rencontrer le contrat à remodeler, et qui pourrait justifier la correction du contrat même en l'absence de mauvaise foi (celle-ci ne pouvant être relevée dans toutes les hypothèses envisagées[115]). Ce fondement davantage fédérateur est constitué par la défunte cause, reprise en d'autres termes par la réforme du droit des contrats.

Paragraphe II – Le concept de cause : fondement idoine de la correction du contrat

54. La cause, qui était prévue dans le Code civil jusqu'à la réforme du 10 février 2016, était considérée comme une notion complexe et incertaine, notamment en raison de l'absence de définition par le législateur de 1804 qui l'avait prévue. Néanmoins, en raison de cette dernière caractéristique, les juges pouvaient aisément s'en servir pour fonder certaines lacunes du droit des contrats (A). La « cause » laisse désormais place au « contenu » du contrat, et retrouve la plupart de ses fonctions, établies auparavant par la jurisprudence, consacrées dans des dispositions spécifiques. Si la suppression de la cause était inévitable, en revanche, la manière dont la réforme a repris ses aspects peut mener à une forme d'inflexibilité (B).

A/ L'ancien fondement de la correction du contrat : la défunte cause

55. Une description des points essentiels concernant la notion et les différentes conceptions de la cause permettra de mieux appréhender la suite (1). Après cela, nous pourrons démontrer que la subjectivisation de la cause – telle qu'elle est conçue dans la théorie dualiste retenue par la doctrine majoritaire et le droit positif – justifiait idéalement la modification salvatrice du contrat. Il ne semble pas que les nouveaux textes, dépourvus de base générale et flexible, permettent un déblocage du contrat aussi important que précédemment mais cette difficulté peut être atténuée (2).

---

[115] V. Paragraphe 2 *infra* : « Le domaine de la recomposition du contrat menacé d'extinction ».

1. Teneur et contours de la cause

56. La cause ou le contenu : condition de formation du contrat – « Le sérieux d'une promesse ne résulte pas de la seule expression de la volonté commune de se lier. À cette volonté, il faut une cause[116] (…) dans l'obligation »[117]. Suivant l'article 1103 du même code[118], seuls les contrats légalement formés, c'est-à-dire ceux respectant les conditions de validité requises, obligent les parties. Le manquement à l'une d'entre elles entraîne inévitablement la disparition rétroactive du contrat par son annulation[119], et donc l'inapplicabilité future du principe de la force obligatoire des engagements (dont l'efficacité, nécessaire, sera envisagée dans la seconde partie de cette thèse). Ces conditions, cumulatives, sont désormais énumérées à l'article 1128[120] qui requiert un consentement valide, la capacité de contracter, et enfin un contenu licite et certain. Le *contenu* licite et certain est censé réunir à la fois l'objet et la cause dans toutes ses variantes (d'ailleurs, certains auteurs lui attribuent un domaine encore plus étendu que ces deux seuls éléments : V. *infra*). Puisque la réforme se targue de reprendre toutes les fonctions de la cause dont elle n'aurait supprimé que le mot[121], avant de nous pencher précisément sur le contenu du contrat, il convient d'envisager – sans trop approfondir – l'ancienne cause.

57. Complexification de la notion de cause – Concernant la cause, son histoire est d'un grand intérêt, cependant, elle ne constitue pas un apport

---

[116] Renommé comme « contenu licite et certain » par la réforme du droit des contrats.

[117] A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2ème éd., PUF, Coll. Droit fondamental, 2014, n° 49, p. 73.

[118] Prévu dans les dispositions liminaires, issues de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats (n° 2016-131 du 10 février 2016), il assimile le contrat légalement formé à la « loi » des parties.

[119] Art. 1178 C. civ. (modifié par ord. n° 2016-131 du 10 fév. 2016) : « Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord ».

« Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. »

« Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9. Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle. »

[120] « Réplique déformée de l'ancien article 1108 » qui exigeait un consentement valide, la capacité de contracter, un objet certain, et une cause licite : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats*, Commentaire théorique et pratique, Dalloz, 2016, n° 283, p. 232.

[121] D. MAZEAUD, *La cause pour que survive la cause en dépit de la réforme !*, Dr. et patr., n° 240, 1er octobre 2014.

fondamental pour nos propos qui se concentrent davantage sur ses fonctions. Plus précisément sur celles qui sont susceptibles de justifier la modification salvatrice du contrat[122]. Avant cela, commençons tout de même par la définir quelque peu.

Postérieurement à l'Ancien droit, le Code Napoléon avait accordé une place prépondérante à cette cause parmi les conditions de formation du contrat[123], sans pour autant la définir[124]. Face à ce laconisme, le travail de définition de la cause a été imparti à la doctrine qui a également dû déterminer ses fonctions. Cette œuvre a été accomplie avec beaucoup de passion, parfois sous forme de « guerres » entre les anti-causalistes[125] et les causalistes[126].

---

[122] Néanmoins, pour approfondir, V. les ouvrages de référence en la matière : H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 2ème éd., Dalloz, 1924, p. 92-171 ; G. CHEVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause des obligations*, th. Paris, 1929 ; G. DE BOIS-JUZAN, *De la cause en droit français*, th., Bordeaux, Imprimeries Delmas, 1939, p. 55-168 ; H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, t. 2, vol. 1, 9ème éd., par F. CHABAS, Montchrestien, n° 258 s., p. 263 s. : est évoquée la naissance de la thèse canoniste qui, au XIIIe siècle, avait dégagé « la notion de connexité, complétée par celle de l'équivalence », afin de garantir le caractère équitable, équilibré, du contrat. Il s'agit de toute évidence de la cause abstraite qui n'était pas la seule prise en compte puisque les canonistes avaient incité le juge à vérifier « le but inexprimé ou inavoué des parties », autrement dit les mobiles déterminants. Puis, au XVIIe siècle, DOMAT a développé la théorie classique de la cause, reprise par Pothier au XVIIIe siècle, qui accepte le contrôle d'une cause abstraite (c'est à dire d'une cause objective qui est la même pour chaque même type de contrat), mais refuse celui de la licéité et de la moralité des mobiles (théorie dite moderne de la cause), au nom de la sécurité des transactions, et pour favoriser avant tout le libéralisme économique. C'est la théorie de DOMAT et POTHIER, n'exigeant que la cause abstraite, objective, qui est reprise par les rédacteurs du Code civil de 1804, à travers « la cause de l'obligation » à l'art. 1131 C. civ. et « la cause de la convention » à l'art. 1131 C. civ. Par la suite, nous avions assisté à une remise en cause de la théorie classique, par les anti-causalistes, avec PLANIOL en premier plan, qui considèrent qu'elle est aussi fausse qu'inutile, mais également par les juges qui souhaitent récupérer le pouvoir de contrôler la conformité des mobiles déterminants avec l'ordre public et la morale. Enfin, avant de disparaître du Code un siècle plus tard, H. CAPITANT avait développé une remarquable conception de la cause, intégrée à la théorie moderne, *in* H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 1923 : il avait, d'une part, étendu ses fonctions à l'exécution du contrat (dépassant ainsi le cantonnement à la formation du contrat), d'autre part, intégré certains motifs déterminants (rejetant ainsi le caractère purement abstrait du but du contrat).

[123] R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 12ème éd., Dalloz, 2016, n° 45, p. 49.

[124] Il faut noter, par ailleurs, que l'ordonnance ne définit pas non plus la notion de « contenu contractuel » : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats*, *op. cit*. p. 232 ; S. PORSHY-SIMON, *Les obligations*, 9ème éd., Dallloz, Hypercours, 2016, n° 208, p. 117.

[125] Le mouvement anti-causaliste avait été initié, notamment, par ERNST, *in La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions*, Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste, 1826, t. 1, p. 250-264 ; cité par : G. PIETTE, *La correction du contrat*, th., Aix-Marseille, PUAM, 2004, p. 258 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, Les sources, p. 196. En outre, il convient de rappeler que le plus fervent, et le plus célèbre, anti-causaliste se trouve en la personne de PLANIOL, son analyse et ses critiques peuvent être retrouvées dans le manuel de J. AUBERT, J. FLOUR et E. SAVAUX, *Droit civil : les obligations*, 14ème éd., Sirey, Université, 2011, n° 244.

[126] « Les premiers déniant à cette notion toute utilité, les seconds en exaltant le rôle » : F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11ème éd., Dalloz, 2013, n° 331, p. 377.

58. Conceptualisation de la cause – Il n'existe pas de concept juridique qui revêt autant de significations que la cause[127]. Sans doute parce que la polysémie du terme « cause » renvoie à plusieurs sens[128], mais c'est aussi en raison de l'absence de définition, même partielle, dans le Code civil. Généralement, la cause est désignée de manière simpliste, parfois dans un souci de pédagogie, comme le but de l'engagement des parties[129], la raison pour laquelle elles se sont engagées[130], en somme la raison d'être du contrat.

D'emblée, cette définition paraît bien insuffisante, notamment parce qu'il existe inéluctablement de multiples raisons de conclure un seul et même contrat, pour une seule et même partie. Ce qui caractérise le mieux la cause est son côté pluridimensionnel. Se côtoient, par exemple, des raisons immédiates, et d'autres plus éloignées[131]. Ainsi, pour un vendeur, la raison immédiate de contracter correspond à la perception du prix, alors que cette même raison, pour l'acheteur, consiste à devenir propriétaire du l'immeuble (par exemple) vendu. Cette raison immédiate est donc la même dans chaque type de contrat identique[132], alors qu'elle peut différer[133] dès lors que la cause est recherchée d'un point de vue plus lointain (V. *infra*, à propos de la cause subjective). Ce but, pour le vendeur, peut par exemple être constitué par l'obtention de fonds nécessaires pour lancer un commerce qui peut aller de la revente de bibelots, à celle de produits de contrebande. Quant à l'acheteur, il peut tout autant avoir racheté l'immeuble afin d'héberger sa famille que pour loger des prostituées afin d'exercer une activité de proxénète. Les variantes dans la conception de la cause s'avèrent donc toutes

---

[127] Notamment, H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 1927, par D. MAZEAUD, *La mémoire du droit*, D. 2012 ; D. MAZEAUD, *La cause, in* Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, D. 2004, p. 451 s. ; J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat,* LGDJ, 2006, Hors collection ; J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, th. Paris, 1971, p. 230 s., n° 134 ; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, th. Paris I, LGDJ, 1999 ; E. MOUIAL-BASSILAN, *Du renouveau de la cause en droit des contrats*, th. Nice, 2003.

[128] J. ROCHFELD, V. « Cause », *in* Rép. civ., Dalloz, 2016.

[129] F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, *op. cit*., n° 332, p. 378.

[130] R. CABRILLAC, *Droit des obligations, op. cit.*

[131] R. PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques,* th. Paris, 1947, n° 1 : « Nos actions volontaires tendent à réaliser un but qui constitue la cause des mouvements de notre volonté… Dans le monde des êtres animés, la cause n'est donc plus une cause efficiente, mais une cause finale qui appartient au futur et non plus au passé. La volonté est toujours orientée vers la représentation d'une fin à atteindre parce qu'elle cherche la cause de ses actes dans l'avenir. Autrement dit il n'y a pas d'action consciente sans un but ».

[132] F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, *op. cit*., n° 333, p. 378.

[133] *Ibid.*

légitimes puisqu'elles permettent de contrôler aussi bien sa licéité que son existence.

59. Ce qui ne fait aucun doute c'est que la cause a été prise au piège dans un imbroglio doctrinal entre certains auteurs qui la considèrent comme inutile et complexe[134], et d'autres qui, au contraire, estiment qu'elle est opportune et limpide[135]. Cela étant dit, cette complexité « tient pour l'essentiel à un excès de sophistication doctrinale[136] », notamment par ceux qui ont plaidé en faveur de sa disparition « après s'être employés, comme à plaisir, à l'obscurcir[137] ». Ce phénomène est également souligné par Philippe Malaurie, qui considère ces discussions doctrinales comme étant « admirables mais souvent décevantes, à défaut de véritables enjeux concrets et pratiques[138] ». Comme a pu le souligner Bertrand Fages, suite à la réforme, « pour peu que chacun fasse un petit effort (les étudiants pour comprendre, les professeurs pour ne pas compliquer, les juges pour maintenir le cap), cette notion n'était pas si obscure[139] ».

Pour cette raison, ainsi que l'entière suppression, par la réforme, de la notion de cause du Code civil, les propos suivants porteront directement sur la fonction dualiste de la cause[140], celle retenue par une majorité de la doctrine et le

---

[134] V. Notamment, L. AYNÈS, *La cause inutile et dangereuse*, *in* Réforme du droit des contrats, Le débat, Dr. et patr. oct. 2014, n° 240, p. 40 ; C. GRIMALDI, *Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots*, D. 2015. 814 ; X. LAGARDE, *Sur l'utilité de la théorie de la cause*, D. 2007, Chron. 740 ; B. FAGES, *Autour de l'objet et de la cause*, RDC. 2006/1, p. 37 s. (à propos de l'avant-projet Catala).

[135] Notamment, R. BOFFA, *Juste cause et injuste clause. Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats,* D. 2015. 335 ; O. TOURNAFOND, *Les mauvais penchants de la réforme du droit des contrats*, Dr. et Patr., 2015, n° 247 ; T. GENICON, *Défense et illustration de la cause en droit des contrats*, D. 2015, 1551 ; F. CHÉNEDÉ, *L'utilité de la cause de l'obligation en droit contemporain des contrats : l'apport du droit administratif*, CCC, 2008, Étude n° 11.

[136] F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, *op. cit*., n° 335, p. 382.

[137] *Ibid.*

[138] PH. MALAURIE, V. Cause, *in Dictionnaire de la culture juridique*, Dir. A. ALLAN et S. RIALS, PUF, 2003.

[139] B. FAGES, *Droit des obligations, op. cit.,* p. 144.

[140] Les auteurs se sont demandés si, s'agissant de son existence et de sa licéité, la cause devait être conçue de manière unitaire ou selon deux branches distinctes. Au départ, prédominait la vision moniste de la cause. Toutefois, le débat quant à son contenu était divergent au point de devoir imposer la conception dualiste qui d'une part, vérifie l'existence de la cause, d'autre part, contrôle sa licéité (V. F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, *op. cit*., n° 334, p. 379).

droit positif[141], avec la cause objective d'une part, et la cause subjective d'autre part[142]. D'autant plus que le propos ne concerne pas « la cause »[143] dans toute sa splendeur, sa conceptualisation pouvant à elle seule faire l'objet d'une thèse toute entière[144], mais essentiellement la manière dont elle peut fonder la correction salvatrice du contrat.

60. La cause subjective : *causa remotae*, cause lointaine, concrète – Également considérée comme la *cause du contrat*, elle correspond à sa licéité qui était exigée par deux fois au sein du Code civil (articles 1108[145] et 1131[146], anciens). Autrement dit, selon l'ancien 1133, le contrat ne doit pas contrarier « l'ordre public et les bonnes mœurs », sous peine d'être frappé d'une nullité absolue[147]. Le XIXe siècle était marqué par une hostilité à l'égard du contrôle de la moralité du contrat. On estimait tout d'abord que le juge n'avait pas à s'immiscer dans les motifs personnels et intimes du contractant. En outre, ceux-ci étaient d'une très grande diversité selon le contrat et les contractants[148], au point de devoir procéder à un contrôle au cas par cas. Pour ce faire, il a suffit de s'éloigner de la vision abstraite de la cause et de se tourner vers les mobiles déterminants des parties, qui peuvent, en effet, présenter un caractère illicite ou immoral[149] (V. *supra*, l'exemple de la vente d'immeuble).

---

[141] Conception dualiste consacrée par la Cour de cassation : Cass. civ. 1ère, 12 juillet 1989, D. 1989. IR. 216 ; JCP 1990. II. 21546, note Y. DAGORNE-LABBE ; RTD civ. 1990. 468, obs. J. MESTRE ; Defrénois, 1990 art. 34750 p. 358, obs. J.-L. AUBERT.

[142] Comme l'ont souligné certains auteurs, il est loisible de préférer « les expressions de cause de l'obligation et de cause du contrat qui ont leur racine dans le Code civil (art. 1131 et 1132 (anciens)) et sont employés par la jurisprudence » (F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, *op. cit.*, n° 333 *in fine*, p. 382). Néanmoins, pour notre part, seront usités les expressions de « cause objective » et de « cause subjective » car les dispositions précitées ont disparu, et surtout parce que ce sont les termes les plus éclairants et les plus répandus dans les ouvrages généraux.

[143] Ou le « contenu » licite et certain du contrat.

[144] Par ex. : J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, th. Paris I, LGDJ, 1999 ; E. MOUIAL-BASSILAN, *Du renouveau de la cause en droit des contrats*, th. Nice, 2003.

[145] Art. 1108 C. civ., ancien : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une *cause licite* dans l'obligation ».

[146] Art. 1131 C. civ., ancien : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une *cause illicite*, ne peut avoir aucun effet ».

[147] Comme le prévoyait l'art. 1131, cité *supra*.

[148] P. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, 13ème édition, LexisNexis, 2014, n° 285, p. 218.

[149] *Ibid.* p. 219.

Alors que la cause objective ou abstraite permet de mesurer et d'ajuster l'équilibre des contrats (envisagé ci-après), sa conception subjective ou concrète fait figure « d'instrument de moralisation du contrat[150] ». Dès lors que la *contrepartie* (terme envisagé à l'article 1169) stipulée est illicite de par son objet, la cause revêt la même caractéristique[151]. Pour définir à quoi correspond l'illicite de la cause, la plupart des auteurs fournissent plus d'exemples que de définitions[152] ; il semblerait qu'à l'instar de l'ordre public[153], il est plus aisé d'en indiquer le contenu que la définition. Cet aspect des choses est légitime puisque *l'illicite* ne correspond pas uniquement la violation des textes de loi, c'est bien plus, il regroupe toute contradiction à l'ordre public (et aux bonnes mœurs)[154]. Ce qui diffère de la conception de Jacques Ghestin qui, subtilement, fait confondre lois impératives et ordre public[155]. Quoi qu'il en soit, dès lors que le juge considère que la cause est illicite, il prononce la nullité du contrat.

61. Typologie des causes illicites – Concernant tout d'abord les actes à titre onéreux, les juges ont pu considérer qu'est illicite la cause au sein d'une convention de mère porteuse[156], d'un contrat de vente de matériel d'occultisme[157], ou encore de présentation de clientèle d'un astrologue[158]. De même, dans un versant plus affairiste, concernant le contrat de franchise mettant à la charge du

---

[150] *Ibid.*

[151] A. SÉRIAUX, *Droit des obligations, op. cit,* n° 53, p. 79.

[152] P. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, *op. cit.,* n° 285, p. 218.

[153] Notamment dans les ouvrages généraux suivants : P. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, *ibid ;* A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, *op. cit. ;* F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, *op. cit*., n° 362 s., p. 409.

[154] PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5ème éd., Defrénois, 2011, n° 626, p. 315 et n° 648, p. 320 ; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, n° 286, p. 219.

[155] J. GHESTIN, *La formation du contrat*, n° 110.

[156] Cass. civ. 1ère, 13 déc. 1989, D. 1990 273, rapport J. MASSIP ; JCP, 1990, II 21526, note A. SÉRIAUX – Cass. ass. plén., 31 mai 1991, D. 1991 417, rapport Y. CHARTIER et note D. THOUVENIN ; JCP 1991, II, 21752, concl. J. BERNARD, H. DONTENWILLE, note F. TERRÉ.

[157] Cass. civ. 1ère, 12 juill. 1989, Gaz. Pal. 1991, 374, note F CHABAS ; JCP 1990, II, 21546, obs. Y. DAGORNE-LABBÉ ; Defrénois, 1990, 1, 358, art. 34750, obs. J.-L. AUBERT.

[158] Cass. civ. 1ère, 10 fév. 1998, JCP 1998. II, 10143, note B. FAGES ; D. 2000. 442, note L. GANNAGÉ ; RTD civ. 1998. 669, obs. J. MESTRE.

franchisé des pratiques qui procèdent à un exercice illégal de la médecine[159]. Pour ce qui est des actes à titre gratuit, la cause qui est constituée par l'intention libérale a pour but de gratifier une personne. La cause concrète ne présente donc aucune anormalité s'agissant de son illicéité. Néanmoins, de la même manière que pour les contrats à titre onéreux, ce peut être le cas pour les mobiles déterminants. À titre d'illustration – puisque cette règle a été abandonnée par un arrêt de 1999 selon lequel « n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire[160] » – autrefois, les juges considéraient qu'était potentiellement illicite la cause de la donation faite à la concubine. Elle pouvait, en effet, être licite si celle-ci était dictée par la volonté de respecter un devoir moral, tel que celui de subvenir à l'entretien des enfants communs[161]. En revanche, si le but de la libéralité était d'entretenir la relation immorale (considérée comme telle à cette époque), la cause était jugée illicite[162].

Cette présentation de la cause subjective, ainsi faite, nous permet de l'exclure de notre recherche d'un fondement pour le sauvetage du contrat. Il en va autrement pour la cause objective, présentée ci-après, dont la réforme a repris certains aspects.

62. La cause objective : *causa proxima,* cause immédiate, abstraite – Également considérée comme la *cause de l'obligation*, elle est toujours la même pour un type donné de contrat, puisqu'elle se réfère au « but immédiat et direct qui conduit le débiteur à s'engager[163] ». On la considère également comme la cause abstraite car elle ne porte pas sur les considérations subjectives qui ont motivé les parties, mais sur la raison d'être de leur engagement. La cause

---

[159] Cass. civ. 1ère, 11 juin 1996, RTD civ. 1997. 116, obs. J. MESTRE ; CCC 1996 n° 166, note L. LEVENEUR ; D. 1997. 57, obs. D. FERRIER.

[160] Cass. civ. 1ère, 3 février 1999, JCP 1999, II, 10083, note BILLIAU et LOISEAU ; D. 1999. 267, rapport X. SAVATIER, note LANGLADE-O'SUGHRUE ; Dr. fam. 1999, n° 54 ; Defrénois 1999. 680, obs. MASSIP, 738, obs. D. MAZEAUD - L. LEVENEUR, *Une libéralité consentie pour maintenir une relation adultère peut-elle être valable ?*, JCP 1999, I, 152 ; C. LARROUMET, *La libéralité consentie par un concubin adultère*, D. 1999, chron. 351.

[161] Cass. civ., 16 oct. 1967, RTD civ. 1968. 178, obs. R. RAVATIER – Cass. civ. 2ème, 10 janv. 1979, JCP 1979, IV, 88 – Paris, 19 nov. 1974, D. 1975. 614, note CABANNES, JCP 1976, II, 18412, note H. SYNVET.

[162] Cass. civ. 26 mars 1860, DP 60, 1, 255 ; Cass. civ. 8 oct. 1957, D. 1958. 317, note P. EISMAN.

[163] Lexique des termes juridiques, Dalloz.

objective s'apprécie également au moment de la formation du contrat[164] et conduit à la nullité relative du contrat, à l'inverse de la cause subjective, car elle ne résulte pas d'une contrariété à l'ordre public (et ne protège donc pas l'intérêt général), mais d'une atteinte aux droits d'un des contractants (et donc à un intérêt particulier)[165]. Pour pouvoir retenir une absence de cause, il faut d'abord déterminer les contours de cette notion, qui se construisent à travers chaque type de contrat.

63. Notion et limites de la cause objective – Pour les *contrats à titre gratuit*, il s'agit principalement des donations. Dans ces actes, selon Domat[166], le « motif raisonnable et juste » peut être un « service rendu, ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien ». Ces actes se caractérisant par l'absence volontaire de contrepartie, cette variété de motivations peut être regroupée en une cause formée par l'intention libérale[167], l'*animus donandi*, de sorte que la cause de ce type d'actes semble se confondre avec les motifs et, sous certains aspects, avec le consentement. Cet instrument de contrôle s'est toutefois révélé très imparfait car le défaut d'intention libérale ne peut renvoyer qu'à un défaut de consentement[168], voire même à l'inexistence de toute libéralité[169] (alors que la recherche ne porte pas sur l'absence de l'acte mais l'absence de cause). Au surplus, une libéralité, en soi, ne peut pas présenter de caractère illicite[170]. Afin de valider ou non la présence d'une cause dans les actes à titre gratuit, il a été

---

[164] Cass. civ. 3ème, 17 juill. 1996, Bull. civ. 1996, III, n° 193 ; Defrénois, 1996, 1, 1357, note PH. DELEBECQUE (sur un engagement à verser à un locataire évincé une indemnité pour perte de sa clientèle, alors qu'en réalité il avait pu la conserver en se réinstallant à proximité). Néanmoins, des arrêts remarqués avaient admis que l'on puisse tenir compte d'une absence de cause (et donc de sa disparition) lors de l'exécution du contrat, et cela avait permis de fonder la nullité ou la caducité prononcée : Cass. civ. 1ère, 30 oct. 2008, JCP 2009, II, 10000, note D. HOUTCIEFF ; RDC 2009, p. 49, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2009, 118, obs. B. FAGES ; Lamy dr. civ. févr. 2009, p. 7, note A. CERMOLACCE – Cass. com., 29 juin 2010, JCP 2010, 1056, note T. FAVARIO ; D. 2010, 2480, note D. MAZEAUD.

[165] P. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, *op. cit.,* n° 320, p. 240 ; Cass. civ. 3ème, 29 mars 2006, RDC 2006, p. 1072, obs. D. MAZEAUD.

[166] DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre II, Titre I, sec. 1, n° 5.

[167] F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, *op. cit*., n° 349, p. 399.

[168] P. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, *op. cit.,* n° 328, p. 247.

[169] J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, th. Toulouse, 1955, n° 161 s.

[170] P. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, *op. cit.*

nécessaire de voir au-delà de la cause abstraite et s'enquérir de la réalité des motifs qui ont guidé l'auteur de la libéralité. Ce contournement a été retenu par la jurisprudence puisqu'elle a, par exemple, déjà retenu que le motif peut être érigé en cause dès lors qu'il concerne la qualité ou le comportement du gratifié, qui en réalité n'existait pas de sorte que la libéralité reposait sur une fausse cause[171].

Dans les *contrats réels*, qui se forment par la remise d'une chose (et non par le seul échange des consentements), autrement dit, pour l'essentiel, les contrats de dépôt et de prêt, la cause est constituée par la remise de la chose. Pour le contrat de dépôt, cette cause se retrouve être également ce qui fait naître le contrat, la forme requise à peine de nullité. En faisant confondre ce qui fait naître le contrat avec la cause, Planiol a pu argumenter sur l'inutilité de la notion de cause. Dans les *contrats synallagmatiques*, s'ils sont aléatoires, la cause réside dans l'aléa, mais il en va différemment pour les contrats commutatifs[172] qui ont pour cause la contre-prestation convenue[173] (ce qui renvoie à la « contrepartie » qu'exige dans les contrats à titre onéreux l'article 1169 du Code civil). Les juges ont, par exemple, estimé que la cause de la cession d'un brevet, frappé de déchéance, était illusoire[174]. Les exemples au sein de la jurisprudence sont très nombreux. Finalement, « l'analyse de la cause de l'obligation ne présente d'intérêt que dans les contrats synallagmatiques », comme ont pu le souligner MM. Mazeaud[175].

64. Sur le plan de la cause de l'obligation, dans sa conception objective, elle fait office « d'instrument au service de la qualité du contrat, tel que les parties ont entendu le conclure. Selon le type de contrat, une contrepartie est (ou n'est pas) attendue. Si cette attente est frustrée parce que, d'emblée, cette contrepartie

---

[171] B. GRELON, *L'erreur dans les libéralités,* RTD civ., 1981, p. 288, n° 37 s.

[172] *Dictionnaire juridique*, de Serge BRAUDO : « "Commutatif", est l'inverse d'"aléatoire". Un contrat est dit commutatif lorsque les prestations que chacune des parties s'est engagée à fournir à l'autre, sont d'une valeur équivalente. Dans un arrêt de la Cour de cassation a jugé "qu'est nul tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur, résultant de ce seul contrat et appréciées à la date de sa conclusion, excèdent notablement celles de l'autre partie"(chambre commerciale, 10 déc. 2002, n° de pourvoi : 01-11279) ».

[173] P. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, *op. cit.,* n° 322, p. 241.

[174] Bordeaux, 23 nov. 1986.

[175] H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, t. 2, vol. 1, 9ème éd., par F. CHABAS, Montchrestien, n° 255.

n'existe pas, le contrat est nul pour défaut de cause[176] », étant précisé que la fausse cause (prévue à l'article 1131 ancien) se confond avec l'absence de cause[177]. En effet, le problème est que de cette fausseté résulte une absence[178], de sorte que « nous avons affaire ici à une simple variation sur la notion d'absence de cause, envisagée sous l'angle de l'erreur[179] ».

2. L'adaptation de la cause à la correction salvatrice du contrat : le phénomène de subjectivisation

65. La subjectivisation de la cause au service de la correction salvatrice du contrat – À titre de première illustration du sauvetage du contrat par le biais de la cause de l'obligation, nous pouvons nous pencher sur une décision rendue par la Cour de cassation en 2003[180], à propos de la fausse cause que nous venons tout juste d'évoquer. Cet arrêt avait été particulièrement remarqué car il mettait en œuvre une restauration judiciaire de l'équilibre contractuel, basée sur le caractère partiel d'une fausse cause. Son attendu de principe relevait, en effet, que « la fausseté partielle de la cause n'entraîne pas l'annulation de l'obligation, mais sa réduction à la mesure de la fraction subsistante ».

Partant, le juge s'était éloigné de la sanction classique, prévue par le législateur, en évitant de prononcer la nullité de l'acte et en préférant procéder à sa révision, à travers une réduction de l'engagement souscrit proportionnellement à la fraction de la cause qui existe. Le caractère remarquable de ce remède réside dans le fait de trouver une alternative à la nullité même si elle implique une révision de l'acte, et donc une immixtion, par le juge. Bien au-delà, tel qu'a pu le relever Denis Mazeaud, « il ouvre grande la porte au juge, qui se voit ici confirmé

---

[176] A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, *op. cit,* n° 50, p. 74.

[177] Comp. J.-R. BINET, *De la fausse cause,* RTD civ. 2004, 655, considérant que la fausse cause ne se confond pas avec l'absence de cause si elle n'est que partielle. Toutefois, ce point de vue n'a pas été celui appliqué par les juges. L'avant projet Catala de réforme du droit des obligations et de la prescription, du 22 sept. 2005, avait lui même abandonné la fausse cause puisqu'à l'art. 1124 n'est exigée que la « cause réelle et licite ».

[178] J.-R. BINET, *De la fausse cause*, RTD civ. 2004, p. 655 s.

[179] A. SÉRIAUX, *Droit des obligations, op. cit,* n° 52, p. 77.

[180] Cass. civ 1ère, 11 mars 2003, Bull. civ., I, n° 67 ; RDC 2003, p. 39, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2003, p. 287, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

dans son rôle de gardien de *l'équilibre contractuel* » ; une ouverture qui d'après lui « ne suscitera (toutefois) pas un enthousiasme débordant en doctrine[181] ».

Cette solution interroge sur le fait de savoir si la cause dispose du potentiel suffisant pour fonder la recherche par le juge de l'équilibre contractuel et la correction des contrats qui ne respectent pas ce critère. D'aucuns se sont même demandés si cette décision n'était pas un signe de la consécration d'un principe de proportionnalité en droit privé des contrats français[182]. À défaut d'une généralisation tangible, il est difficile de se positionner en ce sens.

66. L'aspect de la cause qui intéresse particulièrement la correction salvatrice du contrat réside donc dans sa subjectivisation qu'a fait naître la jurisprudence aux côtés de sa conception traditionnelle qui a continué à perdurer. Cette nuance particulière et supplémentaire de la cause lui a conféré un rôle beaucoup plus dynamique. Ce phénomène, et c'en est un, avait été amorcé au début des années 1990 avec le célèbre arrêt *Chronopost*[183]. Une société avait remis un pli, contenant sa participation à une adjudication, à la société Chronospost. La publicité de cette dernière et les mentions inscrites sur l'enveloppe utilisée promettait une réception par le destinataire, au plus tard le lendemain avant midi. « Maître de son temps[184] », Chronopost avait pris cet engagement de ponctualité et de célérité en contrepartie du versement d'un surcoût. Le pli n'était arrivé au destinataire qu'après le délai convenu et à un moment où il était devenu impossible pour l'expéditeur de pouvoir être retenue dans la procédure d'adjudication. Chronopost refuse d'indemniser ce préjudice en se retranchant derrière une clause contenue dans les conditions générales prévoyant qu'elle « s'engage à déployer tous ses efforts pour livrer ses clients dans les délais » mais qu'en la présence d'un « préjudice justifié, le non respect

---

[181] D. MAZEAUD, obs. préc., p. 41.

[182] C. JAMIN, *Le renouveau des sanctions contractuelles : pot-pourri introductif*, *in* Le renouveau des sanctions contractuelles, F. COLLART et C. COULON (dir.), Economica, 2007, n° 27, p. 22.

[183] Cass. com. 22 oct. 1996, Bull. civ. IV, n° 261, p. 223 ; D. 1997. 121 note A. SÉRIAUX, D. 1997 ; Defrénois, 1997. 333, obs. D. MAZEAUD ; CCC 1997, n° 24, note L. LEVENEUR ; JCP 1997. II. 22881, note D. COHEN ; Grands arrêts, H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, t. 2, 13ème éd., Dalloz, 2013, n° 157, p. 105 s.

[184] Expression utilisée dans les publicités de Chronopost.

des délais de transport ne l'engage qu'à payer le prix du transport », qui s'élevait à 122 francs. Puis l'affaire a été portée en justice, et lorsqu'elle a été soumise à la Cour de cassation celle-ci a estimé que la clause limitative de responsabilité devait être réputée non écrite puisqu'elle contredit l'engagement souscrit pas Chronopost qui s'était engagée à offrir un service rapide et fiable. En d'autres termes, les juges ont considéré que la limitation de responsabilité « prive de cause l'engagement de l'expéditeur, car le supplément de prix payé pour l'envoi du pli avait pour contrepartie l'obligation pour un professionnel du transport rapide de livrer en temps et en heure[185] ».

Il ressort de cette jurisprudence, et des nombreux autres arrêts similaires[186] qui ont suivi, une nouvelle conception de la cause dépassant la conception traditionnelle qui ne sanctionnait que le seul déséquilibre *absolu,* autrement dit

---

[185] F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, *op. cit*., n° 342, p. 387.

[186] *Cass. com. 9 juillet 2002, « Chronopost 2 »* : il a été jugé que la mise à l'écart de la clause limitative de responsabilitÈÏ opÈrÈe par Chronopost 1 en 1996 n'avait pas pour effet l'absence totale de plafond d'indemnisation. Certes ce n'est plus le plafond prÈvu par la clause qui a ÈtÈ ÈradiquÈe qu'il convient d'appliquer mais un plafond qui prévu par une loi spéciale (décret du 4 mai 1988 qui avait créer un contrat-type messagerie qui devait s'appliquer en l'absence de clauses contractuelles spécifiques prévues par les parties) qui a vocation à régir le transport, justement applicable en l'espèce, puisque les juges ont réputé non écrites la clause qui avait été prévues par les parties. Ainsi, la Cour de cassation estima que l'éradication de la clause limitative de responsabilité figurant dans le contrat de la société Chronopost ne faisait pas obstacle à une limitation de réparation, d'origine légale ou réglementaire, prévue en droit du transport, cette limitation ne pouvant céder que devant la preuve d'une faute lourde commise par la société Chronopost – *Cass. Ch. mixte, 22 avril 2005 « Chronopost 3 »*, deux arrêts : en réponse au pourvoi en cassation et en raison de la règle posée par Chronopost 2, les juges ont dû déterminer si Chronopost avait commis une faute lourde ou une faute simple en livrant les plis avec un jour de retard. Par la même occasion, c'est dans ces arrêts que la Cour de cassation a donné une définition précise de ce qu'est la faute lourde qui se caractérise « par une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle » ; étant précisé que le manquement à une obligation essentielle du contrat ne peut constituer une faute lourde permettant d'évincer la limitation d'indemnisation prévue par le contrat-type messagerie, « mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur » (*Cass. com. 13 juin 2006, « Chronopost 5 »).* Dès lors, le seul retard dans la livraison d'un pli par une société de transport rapide ne suffit pas en lui-même à démontrer une faute lourde commise par le transporteur. – *Cass. com., 13 février 2007, « Faurecia 1 » :* la clause limitative de responsabilité doit être écartée lorsqu'elle couvre le manquement à une obligation essentielle. – *Cass. com. 18 décembre 2007* : la clause qui dans un contrat de fourniture d'électricité, limite l'indemnisation pour la seule coupure inopinée de courant, sauf en cas de faute lourde du fournisseur, n'a pas pour effet de vider de toute sa substance l'obligation essentielle de fourniture d'électricité. – *Cass. com., 9 juin 2009* : toute clause susceptible de contredire l'obligation essentielle du contractant doit être réputée non écrite. – *Cass. com. 29 juin 2010, « Faurecia 2 »* : remettant en cause la décision « Faurecia 1 », le juge a décidé qu'est seule réputée non écrite, la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur. Ce qui ne peut être le cas d'une clause qui ne vide pas de *toute* sa substance l'obligation essentielle du contractant puisque le montant de l'indemnisation prévu dans ladite clause tenait compte de la répartition du risque et que dès lors, la limitation de responsabilité qui en résultait, n'était pas dérisoire.

l'engagement souscrit en échange d'une contrepartie totalement absente ou dérisoire. Pour y parvenir les juges se sont penchés sur *l'économie générale* du contrat, de sorte que la cause s'était transformée en un instrument de restauration de la *cohérence* du contrat, en substituant « à l'appréciation abstraite de la prestation contrepartie, une analyse concrète de *l'utilité* et de *l'équilibre* des obligations contractuelles[187] ». Comme le souligne Denis Mazeaud, à juste titre, ces nouvelles solutions ont permis à la cause de « garantir que le contrat présente et conserve bien *l'utilité* et *l'intérêt* en considération desquels le cocontractant, victime de l'inexécution, s'était engagé[188] ».

67. Le phénomène de subjectivisation de la cause avait été encore plus marqué lorsque la Cour de cassation a rendu le fameux arrêt « Point club vidéo », du 3 juillet 1996[189]. Puisqu'en principe seul le caractère illicite peut être contrôlé à travers la cause subjective, et que l'absence de cause ne peut être appréciée qu'objectivement (tel que nous l'avons déjà souligné), il est ressorti de cette jurisprudence un nouvel infléchissement de la cause objective ; il s'agit même, pourrait-on dire, d'une subjectivisation de la cause objective. Dans cette affaire, les hauts magistrats ont prononcé la nullité d'un contrat de création d'un point club vidéo (location de cassettes vidéos) dans un village de 1314 habitants. Au visa de l'article 1131 ancien du Code civil ils avaient décidé que : « s'agissant de la location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce, l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible ». L'économie voulue par les parties dans ce contrat étant impossible, le juge a considéré que ce contrat était : « dépourvu de cause » (dès lors qu'il était constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes).

La cause de l'obligation est ici appréciée au-delà de la seule contrepartie pour intégrer d'autres éléments qui constituent pour les parties la « raison d'être » du contrat (d'où le terme de subjectivisation de la cause). Néanmoins, il ne faut pas omettre de signaler que la pérennité de cette jurisprudence avait été mise à

---

[187] F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, *op. cit*., n° 342, p. 387.
[188] Defrénois, 1997. 336, obs. D. MAZEAUD.
[189] Cass. civ. 1ère, 3 juillet 1996, D. 1997. 500, note PH. REIGNÉ ; RTD Civ. 1996 p. 901, obs. J. MESTRE.

mal, bien avant la réforme du droit des contrats, par plusieurs arrêts ultérieurs[190]. Les juges ont notamment estimé que le requérant devait supporter le « risque économique du contrat » qu'il avait mal évalué « par manque de clairvoyance et de compétence[191] ».

B) La carence des nouveaux fondements de la correction du contrat : entre l'insuffisance de la consécration des anciennes fonctions de la cause et l'abandon de tout fondement général

68. La cause subjectivisée avait le mérite de justifier, d'une manière générale, la correction salvatrice du contrat mais elle était mal conceptualisée. Si la pluralité de ses fonctions était indispensable, en revanche l'unicité de sa notion, qui présente davantage de rigueur au niveau juridique, parvenait difficilement à se réaliser. Plusieurs auteurs avaient proposé d'assimiler la cause à la notion « d'intérêt », parfois a même été proposé une substitution de l'intérêt à la cause par une partie de la doctrine et certains avant projets de réforme (1). Pourtant, la réforme s'est contentée de codifier l'exigence d'un contenu contractuel et certaines consécrations jurisprudentielles qui auparavant étaient fondées sur la cause, dont on peut se demander si elles peuvent suffire à justifier, de manière générale, durable, et souple, la correction du contrat (2).

1. L'insuffisance d'intérêt : un fondement idéal du sauvetage du contrat rejeté par la réforme

69. L'abandon approuvé de la cause – Désormais pour que le contrat soit valable, en plus de la capacité de contracter et du consentement des parties, il doit disposer d'un « *contenu* licite et certain[192] ». Cette dernière formule a donc remplacé l'« objet certain » et la « cause licite » qui étaient inscrits à l'article 1108

---

[190] Cass. com 27 mars 2007, D. 2007. Somm. 2970, JCP 2007. II 10119, note Y.-M. SERINET ; Contrats, conc. cons. 2007, n° 196, note L. LEVENEUR ; RDC 2008. 231, obs. D. MAZEAUD ; D. 2007. 2966, obs. S. AMRANI-MEKKI – Cass. com. 9 juin 2008, RDC 2009. 1345, obs. D. MAZEAUD – Cass. com. 18 mars 2014, n° 12-29453.

[191] D. MAZEAUD, RDC 2009, p. 1347.

[192] Art. 1128 C. civ. : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain ».

ancien du Code de 1804. Si la notion d'objet a été considérablement simplifiée et modernisée, la cause subit en revanche un changement des plus radicaux puisqu'en ce qui la concerne le terme a totalement disparu. Ce n'est pas rien de le souligner car elle faisait l'objet de grands débats et constituait une grande caractéristique du droit français, notre particularité, pour certains même, une tradition[193].

70. Paraît-il que la cause faisait beaucoup de bruit (pour rien ?) et conduisait à une alternance de passion et lassitude, pourtant elle n'a pas réellement bénéficié de défenseurs lorsqu'il a été question que la réforme conduise à sa disparition[194], tout du moins que le terme soit supprimé au profit du maintien de ses fonctions dans des textes spécifiques. Pour commencer, les protestations doctrinales n'ont été que très minoritaires[195]. Ensuite, aucune objection ne s'est manifestée lorsque cette suppression a été examinée par le groupe ministre, présidé par Madame Alliot-Marie, le 21 septembre 2010[196]. Il en va de même[197], pour finir, de la loi habilitant le gouvernement à réformer le droit des obligations par voie d'ordonnance qui semble avoir émis un souhait en ce sens, puisqu'elle requiert du gouvernement une simplification des conditions de validité du contrat[198].

71. L'abandon nécessaire de la cause – Il faut avouer qu'hormis « l'amour-habitude »[199], le maintien de la cause n'était pas permis. Malgré son

---

[193] G. WICKER, *La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ?,* D. 2015.1557 ; T. GENICON, *Défense et illustration de la cause en droit des contrats,* D. 2015. 1551 ; D. 2015. 1557 ; D. MAZEAUD, *Pour que survive la cause en dépit de la réforme, op. cit.* ; Y. LEQUETTE, *Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ?,* RDC 2015, p. 616, spéc. p. 618 s.

[194] F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Essai, Dalloz, 2017, n° 25.84, p. 168.

[195] *Ibid.*

[196] *Ibid.*

[197] *Ibid.*

[198] L. n° 2015-177, 16 fév. 2015, relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, Art. 8 : « 2° Simplifier les règles applicables aux conditions de validité du contrat, qui comprennent celles relatives au consentement, à la capacité, à la représentation et au contenu du contrat ».

[199] J.-M. DELPÉRIER, et G. DURAND-PASQUIER, *L'équilibre du contrat*, JCP N, 2015, 1209, n° 26 : « La loi peut-elle interdire l'amour ? L'idée est saugrenue, mais elle permet d'affirmer que

utilité certaine, seule la conception dualiste était parvenue à s'imposer, or si elle fonctionnait la plupart du temps elle avait tout de même démontré des limites ayant conduit à sa subjectivisation comme nous l'avons évoqué précédemment. D'autant plus que ce phénomène avait eu lieu à de nombreuses reprises, dans des domaines très variés (éradication des clauses limitatives ou élusives de responsabilité contredisant l'obligation essentielle, interdiction de la pratique des dates de valeur en matière bancaire, justification de l'interdépendance dans les groupes de contrats, sanction des contrats aléatoires dépourvus d'aléas[200], etc.), démontrant l'impossibilité pour cette notion – entendue comme telle – de prospérer sans être malmenée.

72. Dans l'arrêt *Point club vidéo*, le juge a analysé la cause objective à travers le profit réalisable par le couple de locataires alors qu'elle est censée correspondre à la seule mise à disposition des cassettes. De même, dans l'arrêt *Chronopost*, les juges avaient rattaché l'obligation essentielle souscrite à la notion de cause objective en considérant davantage la rapidité que le simple envoi, de sorte qu'ils ont pris en compte les motifs normalement exclus de ce contrôle[201]. Autant la première jurisprudence présentait un caractère excessif car l'absence de cause avait été déduite du fait que le contrat n'était pas avantageux, mais elle a été abandonnée, autant les autres cas de subjectivisation de la cause présentaient une certaine légitimité.

L'utilité du remodelage de la notion de cause ne l'a pas empêchée de glisser doucement vers l'incohérence. Certains auteurs considèrent même que les distorsions de son concept ne sont que des dérives[202]. On craignait notamment que le contractant souhaitant se délier d'une affaire, qui se révèle insatisfaisante et qui est devenue encombrante, puisse arguer que le contrat est nul pour absence de cause[203]. De manière plus générale, le fonctionnement tentaculaire de la cause a

---

les idées comme les sentiments n'obéissent pas aux lois. Dès lors, la cause ne peut pas être supprimée par la loi ».

[200] F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, *op. cit*., n° 342, p. 387.

[201] S'agissant de ces deux arrêts, V. *supra*.

[202] C. GRIMALDI, *Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots*, D. 2015. 814 ; L. AYNÈS*, La cause, inutile et dangereuse*, Dr. et patr., oct. 2014. 40.

[203] L. AYNÈS, *ibid.* : « la cause est une auberge espagnole dont le seul mérite est d'ouvrir au débiteur récalcitrant une occasion supplémentaire de revenir sur son engagement ».

été considéré comme une entrave à la fois à l'autonomie de la volonté et à la sécurité juridique[204].

Au demeurant, la cause n'existe pas dans les grands pays européens, notamment en Allemagne, en Angleterre, aux Pays-Bas, ou encore en Écosse. D'ailleurs, les modèles de texte à dimension internationale, comme les Principes Unidroit, les Principes du droit européen du contrat et les Principes contractuels communs, ne se réfèrent pas à la notion ambigüe de « cause »[205]. Concernant les projets de réforme ayant précédé l'ordonnance de 2016, la notion de cause avait été conservée par le projet Catala qui lui avait consacré dix articles rédigés par Jacques Ghestin[206]. En revanche, le groupe de travail dirigé par François Terré, auquel s'est rallié la Chancellerie dès 2008[207], avait opté pour sa suppression tout en préservant ses fonctions grâce à d'autres moyens[208].

73. La cause : conjugaison d'intérêts patrimoniaux et psychologiques selon une doctrine avisée – Cela étant, nous pouvons regretter que la réforme ait substitué le vague « contenu » à la cause, alors qu'elle aurait pu tirer un grand bénéfice de la notion « d'intérêt ». La notion de « cause » étant elle-même floue, dans un souci d'accès à la justice et de meilleure visibilité de la loi, était envisagé initialement de la remplacer par celle « d'intérêt du contrat ». L'illustre doyen Carbonnier, avait lui-même considéré que malgré les deux aspects de la cause, « à un certain niveau de généralité », l'unité peut être rétablie puisque « dans les deux cas, c'est à l'arrière-plan du consentement que se trouve la cause, elle est un pourquoi, un but, une raison ; elle est, pourrait-on dire encore *l'intérêt* (en particulier économique) du contractant au contrat[209] ». Il précisait par ailleurs qu'il arrive de rencontrer des situations dans lesquelles « pour faire équilibre à

---

[204] C. GRIMALDI, *Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots, op. cit.* ; L. AYNÈS, *La cause, inutile et dangereuse, op. cit.*

[205] F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Essai, Dalloz, 2017, n° 25.74, p. 165.

[206] Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Catala (dir.), remis au Garde des Sceaux en 2005, art. 1124 à 1126-1, p. 25 à 30.

[207] Exposé des motifs du projet de loi : « Il est proposé de ne plus faire appel à la notion de ''cause'' » mais de préciser les différentes fonctions régulatrices ou correctrices jusqu'à présent assignées à cette notion par la jurisprudence ».

[208] *Pour une réforme du droit des contrats*, F. Terré (dir.), Dalloz, 2009, p. 203 s.

[209] J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 4, Les obligations*, 22ème éd., Droit privé, PUF, coll. Thémis, 2000, spéc. p. 2017.

l'obligation litigieuse, on trouve bien en apparence une contre-prestation, mais qui n'est pas sérieuse (…) de sorte qu'il est sans *intérêt* pour le débiteur de s'engager[210]. Rares sont les auteurs qui ont émis une conception s'opposant à celle du doyen Carbonnier, ou alors selon un raisonnement isolé et qui ne satisfait pas entièrement[211]. Au contraire, les auteurs ayant défini, ou redéfini, la cause comme un intérêt sont très nombreux[212].

74. Selon le doyen Carbonnier, la cause est un intérêt moral dans les actes à titre gratuit et un intérêt patrimonial dans les actes à titre onéreux[213]. Cependant, il appréhendait le droit économique et avait pour but d'unifier la conception de la cause, de sorte que sa démonstration tenait compte essentiellement des actes gratuits[214]. Un auteur s'est servi de cette base et l'a enrichie afin de développer un point de vue remarquable qui tout à la fois unifie le concept de cause et dissipe le brouillard qui empêchait d'en percevoir le sens le plus tangible et les contours.

En confrontant, ou plutôt en combinant les aspects les plus intéressants de plusieurs visions de la cause-intérêt, il finit par proposer de la retenir comme étant une combinaison interactive d'intérêts patrimoniaux et psychologiques[215]. Il définit l'intérêt patrimonial comme un « avantage estimable économiquement »

---

[210] *Ibid.*

[211] Pour exemple, dans sa thèse, M. Cabrillac affirme que la cause ne « puise sa définition (que) dans celle d'objet », de sorte que c'est plutôt l'objet qui est relié à l'intérêt et non la cause (R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français,* th. Montpellier, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1990, t. 213, n° 83), ainsi qu'a pu le relevé M. Piette, dans sa propre thèse : G. PIETTE, *La correction du contrat*, th. Aix Marseille, PUAM, 2004, n° 562, p. 298.

[212] Notamment, J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat,* th. Paris, LGDJ, 1999, p. 258 : la cause y constitue « l'attente d'un intérêt raisonnable que poursuit chaque partie au contrat » qui aurait le mérite de ne pas la concevoir de façon restrictive et inopportune comme une simple contrepartie ; J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, th. Paris, 1971, n° 34 : présente l'intérêt comme « le manteau juridique de la cause » ; J.-M. BAHANS, *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, th. Bordeaux, 1998, p. 532 s. : où la cause est notamment considérée comme étant « l'intérêt moral ou économique du sujet, exprimé par la volonté, accepté et protégé par l'ordre juridique » ; E. MOUIAL-BASSILANA, *Du renouveau de la cause en droit des contrats* (Essai de mise en lumière d'une cause objective du contrat), th. Nice, 2003, n° 323 ; PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit*., n° 227 : dans les paragraphes dédiés à la cause, il est indiqué que pour celui qui s'engage « le contrat doit présenter un intérêt » ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1) Contrat et engagement unilatéral*, 1ère éd., PUF, 2004, p. 397 : où l'auteur propose de définir la cause objective comme « l'intérêt retiré au contrat » ; H. CAPITANT et G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 2009, V. « Cause » qui est présentée comme « l'intérêt du contractant au contrat ».

[213] J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*

[214] G. PIETTE, *La correction du contrat, op. cit.,* n° 566, p. 300.

[215] *Ibid.,* n° 567 s., p. 301.

qui la plupart du temps correspond à la « contrepartie objective » attendue de l'autre partie (une somme d'argent en guise de paiement ou la propriété d'un bien, par exemple) ; celui-ci pouvant également « se composer de certains mobiles du contractant, qui ont une connotation directement économique et patrimoniale » (un mobile fiscal, par exemple[216]).

Ensuite, M. Piette continue à améliorer la conception de Carbonnier, lorsqu'il se réfère à l'intérêt psychologique, qu'il a pris le soin de définir comme étant un mobile personnel détaché de tout aspect lucratif (installer sa famille, par exemple), puisqu'il le perçoit comme potentiellement présent aussi bien dans l'acte à titre gratuit, que dans celui à titre onéreux (alors que le doyen Carbonnier cantonnait l'intérêt psychologique, dénommé intérêt moral, aux actes à titres gratuits, et l'intérêt patrimonial aux actes à titre onéreux). De même, s'agissant de l'intérêt patrimonial précédemment exposé, il peut être retrouvé dans les actes gratuits ; si nous prenons l'hypothèse d'une donation, en plus de la volonté de gratifier, peut se greffer un intérêt fiscal et donc économique, patrimonial.

75. L'auteur finit par mettre en garde sur la précipitation qui consisterait à traiter la cause comme la simple réunion d'un intérêt psychologique et patrimonial, car il s'agit d'un contenu bien plus subtil[217]. Il a ainsi démontré que « l'essence de la notion de cause en elle même ne varie pas selon le type de contrat. Mais s'agissant d'une combinaison interactive[218], la cause peut, dans une convention donnée, comporter différentes nuances d'intérêt patrimonial et d'intérêt psychologique[219] ». Finalement, « à l'instar d'un curseur, la démarcation entre intérêt patrimonial et intérêt psychologique se déplace, dans le sens d'une prépondérance, soit du premier, soit, au contraire, du second[220] ». L'intérêt se présente donc comme une alternative opportune, pleine de clarté, et qui n'a pas

---

[216] *Ibid.*

[217] *Ibid.,* n° 571, p. 302.

[218] Ce qu'il reconfirme dans les paragraphes suivants (n° 573 s.) : « il est permis de soutenir que la cause, quel que soit le contrat, est la combinaison interactive d'un intérêt patrimonial et d'un intérêt psychologique, selon des nuances différentes, suivant le type de contrat concerné. Dans les contrats à titre onéreux, l'intérêt patrimonial prévaut, tandis que dans les contrats à titre gratuit, c'est l'intérêt psychologique qui prime. Mais dans les contrats de chacune de ces deux catégories, l'autre aspect de l'intérêt existe, sous-jacent ».

[219] *Ibid.*

[220] *Ibid.*

vocation à diviser d'une manière inefficace comme cela était le cas avec la cause opposant une objective et une subjective. Au contraire, l'intérêt se veut unitaire, voire fédérateur.

76. L'application implicite de la cause-intérêt au sein de la jurisprudence – Au sein de la jurisprudence la cause en tant qu'intérêt s'illustre à de nombreuses reprises. Tout d'abord dans certaines décisions phares que nous avons déjà évoquées précédemment, avec tout d'abord l'arrêt Point club vidéo[221]. Dans son attendu de principe, la Cour de cassation avait retenu que le contrat était dépourvu de cause car son exécution « selon l'économie voulue par les parties était impossible (…) dès lors qu'était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix ». Pourtant, objectivement ce paiement avait pour contrepartie la mise à disposition des cassettes vidéo. C'est donc que la cause a été perçue plus subtilement qu'une simple contrepartie (bien qu'il s'agisse du terme employé par les juges dans cette affaire). Le terme pouvant définir ce qui faisait réellement défaut dans ce contrat est constitué par *l'intérêt.* La location de deux cents cassettes à un prix de quarante milles francs alors que leur sous-location est indéniablement impossible a pour caractéristique d'être dénué *d'intérêt.* Cette notion se révèle ainsi bien plus lipide que celle de la cause objective subjectivisée pour l'occasion.

Il en va de même concernant le premier arrêt Chronopost[222]. La clause limitative de responsabilité avait été réputée non écrite par les juges qui s'étaient fondés sur la cause prévue à l'article 1131 ancien du Code civil. La chambre commerciale avait considéré qu'en tant que « spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis (…) dans un délai déterminé, et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite ». Si nous en restons à l'essentiel, cette décision est justifiée par le fait qu'en l'absence de garantie de célérité, l'expéditeur n'avait aucun *intérêt* à subir

---

[221] Cass. civ. 1ère, 3 juillet 1996, D. 1997. 500, note PH. REIGNÉ ; RTD Civ. 1996 p. 901, obs. J. MESTRE.

[222] Cass. com. 22 oct. 1996, Bull. civ. IV, n° 261, p. 223 ; D. 1997. 121 note A. SÉRIAUX, D. 1997 ; Defrénois, 1997. 333, obs. D. MAZEAUD.

un surcoût sur le prix d'envoi. Quel serait *l'intérêt* de payer plus cher pour un service ne disposant pas d'une plus grande garantie que le service proposé à un bien moindre coût ?

77. Ce simple constat se retrouve dans de nombreuses autres décisions fondées sur la cause[223], par exemple, celles à propos des clauses dites de réclamation de la victime en assurance de responsabilité (*claim's made*). Les assureurs faisaient usage de celles-ci afin d'obliger toute victime à présenter sa réclamation à l'assuré pendant la période de validité du contrat d'assurance, sous peine de ne pas être indemnisée. Aussi choquant que cela puisse paraître, au départ, la légalité de ces clauses n'était pas contestée par la Cour de cassation[224] qui a fini par revoir sa position à la suite de critiques doctrinales[225]. Les juges ont réputé non écrites ces clauses, en poursuivant une jurisprudence constante, sur le fondement de la cause[226]. Si l'article 1131 a pu fonder cette solution, c'est parce qu'en raison d'un élément indépendant de la volonté de l'assuré (déclaration tardive de la victime), ce dernier ne retrouvait pas la contrepartie de son paiement. En somme, les clauses de *claim's made* privent d'intérêt le paiement des échéances d'assurance.

78. L'adoption de la cause-intérêt par les projets de réforme – L'avant projet Catala avait entrepris de conserver la notion de cause, néanmoins dans la présentation générale des nouvelles dispositions proposées, Jacques Ghestin relève qu'implicitement elle prend en considération « l'intérêt poursuivi » (*la cause finale*)[227]. Pour son aspect clair et intelligible[228], cette notion d'intérêt avait

---

[223] Notamment : Cass. com. 13 juillet 1966, Bull. civ. III, n° 358 ; Cass. com 21 décembre 1981, Bull. civ. IV, n° 450.

[224] Cass. civ. 1ère, 17 juin 1986, RGAT, 1986, p. 449, obs. J. BIGOT.

[225] Notamment, J. BIGOT.

[226] Cass. civ. 1ère, 19 décembre 1990 (sept arrêts), JCP 1991., II, 21656, note J. BIGOT.

[227] « L'article 1124 fait de la cause une notion unitaire. Elle est la justification de l'engagement, autrement dit la raison pour laquelle le droit positif lui reconnaît des effets juridiques (ce que certains auteurs dénomment, en lui donnant ce sens, cause efficiente). Conformément à la tradition du droit canonique l'obligation naît de la seule volonté de l'obligé à la condition de posséder une cause qui l'explique et la justifie. Nous verrons qu'en définissant la cause comme la contrepartie convenue, pour apprécier sa réalité dans les contrats à titre onéreux, le projet prend également en considération, au moins implicitement, la « cause finale » de l'engagement, qui est l'intérêt poursuivi. »

été reprise, d'une façon plus explicite, par le projet de la Chancellerie de 2008, afin de remplacer la cause[229]. Le contrat pouvant y être annulé « faute d'intérêt » en raison d'une contrepartie illusoire ou dérisoire (lorsqu'il est à titre onéreux), et la clause privant le contrat d'intérêt pouvant être réputée non écrite (articles 86 et 87). Seulement, une partie de la doctrine avait critiqué cette notion d'intérêt sous prétexte qu'elle n'opérait aucune remise en question de la cause[230], alors pourtant que le but n'était pas de faire en sorte que le droit français des contrats ne soit absolument plus causaliste. Ces critiques ont néanmoins obtenu gain de cause puisque le même projet de 2009, et les suivants[231] (jusqu'à celui de février 2015), ne reprennent ni la notion de cause, ni celle d'intérêt, et préfèrent consacrer ses fonctions, découvertes par la jurisprudence, dans des dispositions spécifiques[232].

79. L'intérêt : fondement général opportun du sauvetage du contrat – Le principe de bonne foi n'a pas pu constituer le fondement général du sauvetage du contrat, au contraire de la cause. Après avoir suffisamment décrit la cause dans sa conception d'intérêt, il nous faut déterminer de quelle manière sa mise en œuvre peut motiver le remodelage du contrat. Si le non-respect des exigences liées à la cause n'interroge pas en lui même[233], en revanche, l'adaptation du contrat, en particulier judiciaire, au lieu et place de la nullité du contrat, doit être justifiée.

---

[228] F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, n° 25.75, p. 166 : « En substituant le concept d'intérêt à la notion de cause, le projet de 2008 entendait reprendre une notion, inspirée d'une partie de la doctrine, qui semblait plus claire, plus simple, et plus intelligible, plus accessible que l'obscure notion de cause ».

[229] *§ 3 – L'intérêt au contrat :* Art. 85 : Chaque partie doit avoir un intérêt au contrat qui justifie son engagement.

Art. 86 : Un contrat à titre onéreux est nul faute d'intérêt lorsque dès l'origine la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire.

Art. 87 : La clause vidant le contrat de son intérêt est réputée non écrite.

[230] F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, n° 25.81, p. 167.

[231] Projets de réforme de 2009, 2010, 2011, et 2015.

[232] *Ibid.*

[233] En la présence d'une clause abusive, d'une clause léonine, d'une clause pénale ou encore d'honoraires excessifs, par exemple, c'est la règle juridique relative à la cause qui n'est. Tantôt clairement, tantôt de manière sous-jacente, mais invariablement.

80. Le défaut de cause conduit à la nullité du contrat - L'insuffisance de cause doit conduire à la correction salvatrice – La cause étant une condition de validité du contrat (article 1108 ancien et 1128 du Code civil), son manquement est censé conduire à la nullité de ce dernier. Or, le dessein poursuivi par le remodelage du contrat consiste justement à ne pas annuler le contrat tout en le justifiant par l'exigence de la cause, la manière dont il procède doit ainsi être envisagée. Lorsque la cause est suffisamment absente (autrement dit totalement) elle ne peut conduire qu'à la nullité de l'acte tout entier. En revanche, bien que le fondement juridique soit le même que dans la situation précédente, si nous sommes face à une absence de cause qui n'est que partielle, au lieu et place de l'anéantissement du contrat, l'équilibre sera restauré à travers l'éradication d'une clause abusive, ou une nullité partielle (ces deux remèdes devant être distingués, leur domaine sera exposé dans le second paragraphe, V. *infra*). L'insuffisance de cause étant « une situation *intermédiaire* entre l'engagement valablement causé et le contrat dépourvu de cause[234] », seul un remède intermédiaire, tel que la correction judiciaire du contrat, pouvait intervenir légitimement.

81. En la présence d'une contrepartie qui n'est que partielle, il n'est pas loisible de faire tomber l'obligation souscrite, tout d'abord, parce que cette contrepartie existe même si ce n'est qu'en partie (à l'inverse du défaut de cause)[235], ensuite, parce que la part de cause absente peut être compensée grâce à l'intervention du juge dans le contrat. La prééminence du contrat implique une faveur envers les éléments permettant sa survie plutôt que ceux qui le conduisent à sa destruction. La restauration de l'équilibre entre les prestations mise en œuvre par le juge peut laisser penser qu'il contrevient à l'interdiction, de principe, de réviser le contrat lésionnaire[236]. Ce n'est cependant point le cas puisque le remodelage du contrat auquel il procède, dans le cas de la cause partielle, corrige

---

[234] G. PIETTE, *La correction du contrat, op. cit.,* n° 658, p. 346.

[235] E. GAUDEMET, *Théorie générale des Obligations*, publié par H. Desbois et J. Gaudemet, Sirey, 1937 (Reprint 1965), p. 124 : référence à l'insuffisance de cause.

[236] Qui n'est pas consacrée en droit français, puisque la loi n'admet la révision pour lésion que de manière exceptionnelle pour des cas expressément, et limitativement, prévus par la loi. La réforme n'ayant pas modifié ce point de droit puisque l'art. 1168 C. civ. indique que : « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ».

« le déséquilibre (existant) par rapport à la consistance des obligations telles que les parties les avaient envisagées[237] ».

82. S'agissant de la lésion, le défaut d'équivalence concerne les prestations de manière objective (elle recherche une forme d'égalité économique), alors que dans le contrat subissant une cause partielle le déséquilibre est subjectif puisqu'elle a empêché de répondre aux attentes particulières du contractant, autrement à ses mobiles ou à l'intérêt qu'il poursuit. Dans cette dernière hypothèse, il s'avère que même si « l'une des parties a formellement exécuté son obligation (…), l'exécution donne un résultat différent de ce qui avait été prévu (…). Sans que l'on puisse parler d'inexécution (pour autant), le résultat n'est manifestement pas conforme aux attentes raisonnables du créancier, qui constate alors que la prestation exécutée avait une valeur nettement moindre que la sienne[238] ». Même si les décisions dans lesquelles le contrat a été corrigé au nom de la cause ont pour visa l'ancien article 1131 du Code civil, la situation « s'apparente plus à une absence partielle qu'à une absence totale de cause[239] ».

2. Le contenu contractuel et les dispositions spécifiques adoptés par la réforme : des fondements de déblocage contractuel suffisants ?

83. Les nouveaux fondements de la correction : « contenu » contractuel et dispositions spécifiques – « La nouveauté crève les yeux[240] », l'article 1128 du Code civil, remplaçant l'article 1108 ancien dans l'énumération des conditions de validité du contrat, exige le consentement des parties, la capacité de contracter et un « contenu licite et certain ». Cette dernière exigence a remplacé aussi bien la cause que l'objet, pour autant le terme de « contenu » doit-il s'entendre comme une notion qui se réfère tout à la fois à l'objet et la cause ?

---

[237] F.-X. TESTU, *Traduction juridique de l'économie de l'échange*, Dalloz, 2010, n° 13.05.
[238] *Ibid.*
[239] J.-M. GUÉGUEN, *Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle,* D. 1999. 352, n° 11.
[240] PH. SIMLER, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations,* LexisNexis, 2016, n° 26, p. 18.

84. L'article 1128 est considéré comme un simple texte d'annonce (des conditions qui suivent) et permettant de préciser le caractère cumulatif des prescriptions de chaque alinéa, il n'a donc aucune valeur normative[241]. Toutefois, ce n'est pas simplement un contenu qui est exigé, celui-ci doit en outre être « licite et certain ». Ces termes sont loin d'être neutres et pourtant ils ne sont relayés par aucune des dispositions qui suivent[242], de sorte que la rédaction de l'article 1128 paraît manquer d'une certaine rigueur. De surcroît, il s'avère impossible d'entrevoir dans ces caractères le concept d'existence de la cause, qui était primordiale pour justifier la correction salvatrice du contrat. Néanmoins, ce concept refait surface plus loin dans la troisième sous-section, prévoyant des dispositions censées préciser le contenu du « contenu du contrat ». Après l'illicéité du contrat (article 1162), est traité l'objet de l'obligation, puis la rubrique se termine par ce qui nous intéresse davantage, quatre dispositions relatives à l'équivalence des prestations (auparavant traitée sur le fondement de la cause objective)[243].

85. L'équivalence des prestations dans le Code civil – La lecture de l'article 1168 démontre que la lésion n'est toujours pas consacrée en droit français. En revanche, la cause de l'obligation dans les contrats à titre onéreux est reprise à travers l'exigence d'une « contrepartie » qui ne soit ni dérisoire, ni illusoire[244]. De même, est codifiée l'interdiction des clauses qui privent de leur substance l'obligation essentielle du débiteur[245], auparavant consacrée par la jurisprudence grâce à une modernisation de la notion de cause[246]. Enfin, la dernière disposition [247] de cette thématique opère une généralisation de l'interdiction des clauses abusives que le Code de la consommation en tout premier lieu, mais également le Code du commerce, consacraient déjà. Cette

---

[241] N. DISSAUX et C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil, Dalloz, 2017, p. 35.

[242] *Ibid.*

[243] PH. SIMLER, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations, op. cit.*, n° 35, p. 24.

[244] Art. 1169 C. civ.

[245] Art. 1170 C. civ. : qui répute ce type de clauses non écrites.

[246] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats*, Commentaire théorique et pratique, Dalloz, 2016, n° 284, p. 233.

[247] Art. 1171 C. civ.

interdiction étant toutefois cantonnée aux seuls contrats d'adhésion dans lesquels une clause « crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat[248] ».

86. Suffisance de la nouvelle codification pour fonder la correction du contrat ? – Il est courant d'indiquer que l'ordonnance du 10 février 2016 a supprimé le mot mais que les fonctions de la cause sont maintenues[249]. Comme l'a annoncé le rapport au Président de la République, les nouveaux textes remplaceraient suffisamment l'ancienne cause[250]. Autrement dit, la cause existerait toujours mais dans l'ombre, elle serait sortie par la porte pour se réintroduire par la fenêtre. Il est légitime de se demander si c'est réellement le cas et, encore plus précis, si lesdites fonctions sont aussi efficaces que la cause pour justifier la correction du contrat ? Concernant les dispositions spécifiques que la jurisprudence fondait auparavant sur la cause (notamment la solution issue de la jurisprudence Chronopost, précitée), la notion est devenue inutile, c'est incontestable[251].

Cela étant dit, au fil du temps, la vie contractuelle pourrait évoluer corrélativement aux évolutions économiques et sociales, de sorte que de nouvelles situations nécessiteront un traitement judiciaire ne correspondant à aucune des dispositions spécifiques promulguées par l'ordonnance. D'autant plus que la construction de ces nouveaux textes invite à un encadrement strict et semble

---

[248] *Ibid.*

[249] Comme le relève D. MAZEAUD, *La cause pour que survive la cause en dépit de la réforme !*, Droit et patrimoine, n° 240, 1er octobre 2014 : « L'examen des règles du projet révèle que le rôle joué par la cause en droit positif, que ce soit classiquement (protection de l'intérêt privé contre les déséquilibres structurels) ou récemment (protection contre les clauses de responsabilité abusives), est bel et bien maintenu, du moins pour l'essentiel. Mais le rôle de la cause perdure dans des règles dans lesquelles la notion dont elles sont l'expression, l'incarnation, n'apparaît pas...Tant et si bien qu'à la réflexion, on éprouve le sentiment que c'est moins la disparition de la notion de cause que le projet de réforme emporterait, que la suppression du mot "cause"... La réforme serait donc purement formelle... Des mots, des mots... » ; Et comme le regrette, L. AYNÈS, en faveur d'une éradication non pas de la seule notion de cause, mais également de ses fonctions, *in La cause, inutile et dangereuse*, *op. cit.*

[250] JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25, Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

[251] Cependant, le fondement théorique et originel est toujours constitué par la cause. La nouvelle disposition ne tire sa source que de cette dernière, et son effacement pour l'avenir ne supprime en rien le passé qui l'a fait naître.

tenter de rejeter les interprétations extensives[252]. Sur ce point, le nouveau droit des contrats offre une sécurité juridique plus importante, mais c'est au prix du sacrifice d'un fondement suffisamment général et fléxible pour perdurer dans le temps.

87. L'absence d'instrument général capable de s'ajuster – Une refonte était bien évidemment nécessaire afin que les notions sur lesquelles s'appuie le juge soient cohérentes, stables et accessibles[253] ; les fins utiles ne pouvant motiver à elles seules le désordre d'un concept. Seulement, et alors que des fonctionnements intermédiaires étaient possibles, il semble que la réforme a préféré à ce sujet adopter des dispositions restreignant le juge. Brimer l'étendue d'un concept par un enfermement législatif consiste à considérer que le juge n'est pas assez raisonnable pour décider de manière opportune et équilibrée le sort qu'il réserve à un contrat[254]. Cet état de fait contraste avec le reste des textes réformés, en effet, de manière globale ceux-ci présentent moins de défiance à l'égard du juge, ses pouvoirs étant même accrus dans biens des domaines[255]. Et précisément sur la thématique de la cause, le législateur a fait en sorte de couper court à la liberté du juge par l'anéantissement de la généralité de la notion, et par la consécration d'usages particuliers qui en découlaient[256]. Les solutions adoptées

---

[252] B. FAGES, *Droit des obligations*, 6ème éd., LGDJ, 2016, n° 170, p. 159 : « Par construction, ces cas sont limitatifs et doivent faire l'objet d'une interprétation stricte. Il y a eu là un changement majeur par rapport à la situation antérieure et, à la condition que la pratique, la doctrine et la jurisprudence jouent le jeu, un véritable gain de sécurité juridique pou le droit français ».

[253] *Ibid.*

[254] D. MAZEAUD, *La cause pour que survive la cause en dépit de la réforme !*, *op. cit.* : « La cause n'est pas le fossoyeur de volontés contractuelles pures et dynamiques, enterrées dans un cimetière surpeuplé par des juges trop vertueux et déconnectés des réalités économiques. (…) Cantonnée à la seule cause objective, le contrôle de celle-ci n'emporte, en effet, pas une atteinte intolérable à la liberté contractuelle, pas plus qu'elle ne fragilise immodérément la stabilité contractuelle. Pourtant, la critique anti-causaliste a manifestement séduit les auteurs du projet de réforme du droit français des contrats (…) puisqu'ils ont opté pour sa "disparition", tout en précisant, sans doute pour rassurer le bon peuple contractuel, que cette disparition programmée serait compensée grâce à la "précision et (au) maintien de ses différentes fonctions correctrices et régulatrices".

[255] V. note de bas de page *infra*.

[256] R. BOFFA, *Juste cause et injuste clause,* D. 2015, 335 ; O. TOURNAFOND, *Les mauvais penchants de la réforme du droit des contrats,* Dr. et Patr., 2015, n° 247 ; T. GENICON, *Défense et illustration de la cause en droit des contrats,* D. 2015, 1551 ; F. CHÉNEDÉ, *L'utilité de la cause de l'obligation en droit contemporain des contrats : l'apport du droit administratif*, Contrats conc. consom. 2008, Étude n° 11 ; P. ANCEL, *Existe-t-il une nouvelle conception du contrat, in* Le droit des obligations d'un siècle à l'autre, Dialogues autour de la réforme du titre III du livre II du Code civil, G. PIGNARRE (dir.), Institut Universitaire Varenne, 2016, coll. Colloques et

par l'ordonnance sacrifient les pouvoirs d'interprétation et d'adaptation du juge, « ne disposant plus désormais d'une disposition générale, (il) se trouve bien davantage encadré et lié[257] ».

88. Globalement, la réécriture du contrat avait été justifiée par la recherche d'un équilibre entre les prestations, d'une absence de contradiction avec l'obligation essentielle, d'une économie du contrat satisfaisante. En somme, la correction du contrat ne visait pas à rétablir une égalité objective mais le caractère raisonnable d'une situation contractuelle inadéquate. Comme indiqué précédemment, les corrections contractuelles invoquées, et bien davantage, avaient pour justification l'entrave causée à l'intérêt au contrat. La consécration par l'ordonnance de solutions anciennes fondées sur la cause, sans la cause, apaise les tensions entre causalistes et anti-causalistes, mais ne révèle rien de judicieux au niveau technique.

« Lorsque le monde réel se transforme, nos systèmes techniques, qui ne valent que dans la mesure où ils sont capables de s'ajuster à lui pour l'informer et l'orienter vers sa fin, ne peuvent rester perpétuellement fixes et immuables, sinon un jour vient où le désaccord entre la réalité et l'abstraction devenue la fiction est tel que l'édifice juridique tout entier menace d'être emporté[258] ». Combien de temps s'écoulera-t-il avant que le droit des contrats tel qu'il a été remanié ne nécessite une solution qui ne se trouve dans aucune des dispositions consacrées ? La société, les besoins juridiques, et les modèles de contrats sont loin d'être immuables. Plus d'un auteur[259] s'est inquiété des « autres fonctions ou

---

Essais, n° 12, p. 162 s., relevant les regrets de certains auteurs (notamment ceux précités) qui considèrent qu'« en remplaçant la notion générale par une série de solutions particulières figées par la réforme, on prive le juge d'un instrument lui permettant, comme cela a été le cas dans une période récente, de faire évoluer les solutions et notamment combler certaines « lacunes » dans la protection d'un contractant en situation de faiblesse » ; ceux-ci s'opposant à un autre groupement d'auteurs qui se félicitent de la primauté accordée à la sécurité juridique ; de manière intermédiaire il y a également ceux qui contestent le maintien des fonctionnalités de la cause dont la réforme n'aurait supprimé que le mot (notamment, L. AYNÈS, *in La cause inutile et dangereuse, in* Réforme du droit des contrats, Le débat, Dr. et patr. oct. 2014).

[257] V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Le contenu du contrat : le renouvellement de l'objet et de la cause*, *in* Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité, Colloque CRAJ Pau, 20 mai 2016, PUPPA, 2016, p. 114.

[258] E. GOUNOT, *Le principe de la volonté en droit privé : Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon, éd. Arthur Rousseau, 1912, p. 13.

[259] La suppression de la cause prive le juge d'un outil dont le flexibilité était très opportune selon D. MAZEAUD, *in Droit des contrats, réforme à l'horizon*, D. 2014, p. 291, n° 8 : « cette

applications de la cause, non encore découvertes par la jurisprudence au jour de la réforme, mais qui auraient pu naître sur le fondement de cette notion[260] ».

89. La notion générale de cause était prévue au sein du droit commun des contrats, or, le rayonnement de celui-ci résulte de son aptitude « à saisir l'imprévisible, à embrasser les assemblages les plus complexes nés de l'imagination des contractants[261] ». Giraudoux le souligne si bien lorsqu'il décrit le droit comme étant « la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité[262] ».

Il était important, au moment de la réforme du droit des contrats, de tenir compte de la créativité des praticiens et de l'accroissement des nouvelles figures contractuelles corrélatif aux évolutions économiques et sociales (la nécessité qu'a éprouvé le droit de s'adapter aux échanges contractuels réalisés au sein de plateformes – tel que AirBnb, BlaBlaCar, etc. – en atteste). Dans cette nouvelle ère, où le changement est accéléré comme il ne l'a jamais été auparavant, nous pourrions être face à une telle situation bien plus rapidement qu'il n'y paraît. Ce qui démarque particulièrement la société actuelle étant le progrès, la nécessité pour elle de disposer d'un arsenal juridique faisant preuve de souplesse, particulièrement lorsqu'il s'agit de dispositions générales, n'aurait pas dû être sacrifiée sur l'autel de la clarification et de la simplicité. C'est sans doute cette crainte qui a conduit certains sénateurs puis certains députés à proposer une réintroduction de la cause dans le Code civil lors de l'élaboration du projet de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016[263]. Bien que notre position ne

---

disparition privera, à l'avenir, le juge d'une notion flexible et performante à laquelle, au gré de l'apparition de nouveaux risques contractuels, il pourrait avoir recours pour les appréhender et les éradiquer » ; dans le même sens, V. : R. BOFFA, *Juste cause (et injuste cause),* D. 2015, p. 335, n° 14 ; M. FABRE-MAGNAN, *Critique de la notion de contenu du contrat*, RDC, 2015, p. 639.

[260] B. FAGES, *Suppression en trompe l'œil ou vrai changement de système*, Lamy droit du contrat, n° 1019, Juil. 2017.

[261] C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* th. Paris, LGDJ, 2009, Préf. Y. Lequette, n° 288, p. 366.

[262] J. GIRAUDOUX, *La Guerre de Troie n'aura pas lieu*, Acte 2, scène V, La Pléïade, Théâtre complet, Gallimard 1982, p. 552.

[263] Ces amendements ayant toutefois été rejetés, aussi bien en première qu'en deuxième lecture. *Première lecture, Amendement n° CL13 à propos de l'article 4, Assemblée nationale, 24 novembre 2017* : l'exposé accompagnant l'amendement proposé ne nie pas la complexité de la notion de cause contractuelle mais il considère que cet instrument de rétablissement de la justice contractuelle avait fait ses preuves. Malgré la codification des jurisprudences élaborées sur le fondement de la cause, faute de mieux, cet amendement insiste sur le fait que la cause demeure

regrette pas l'absence de maintien de la cause mais plutôt le fait de ne pas l'avoir remplacée par la notion d'intérêt, ces amendements démontrent à quel point le renoncement à la cause reste difficile malgré l'ancienneté du débat qui la concerne.

90. Souvent, la référence est faite à propos de législations étrangères qui se passent de la cause, tout en bénéficiant des mêmes bienfaits qu'elle est susceptible de produire, grâce à d'autres mécanismes (comme la lésion qualifiée, par ex.) et d'une législation d'ensemble qui compensent cette absence[264]. Le fait de n'intégrer que peu d'innovation majeure dans la réforme[265], tout en supprimant une notion multifonctionnelle qui permettait de compenser des manquements que l'on ne relève pas dans ces droits étrangers non causalistes, n'a rien de louable, même à l'égard de la sécurité juridique[266]. Afin d'illustrer, nous pouvons notamment relever que la lésion qualifiée, pourtant défendue par un certain nombre d'auteurs[267] et consacrée par beaucoup d'autres États, n'a pas été consacrée par la réforme, alors qu'elle constitue un des mécanismes permettant de se passer de l'usage de la cause. Il en ressort que l'ordonnance a éradiqué une notion qui se combinait efficacement avec le reste des dispositions du droit des contrats, sans véritable modification des autres règles applicables et ce n'est pas la consécration de la violence par abus de dépendance[268] qui peut suffire à corriger un tel déséquilibre.

---

disparue. La consécration de ses fonctions constitue une avancée mais la suppression de la notion prive pour l'avenir le juge « d'un outil juridique capable de garantir une justice contractuelle et d'appréhender un large spectre de situations, y compris nouvelles » - *Rapport sur le projet de ratification, Par le député Sacha Houlié, 29 novembre 2017* : un député ayant relevé en vain que la notion de cause « s'est révélée être un outil très riche à la disposition des juges pour développer une jurisprudence pertinente, et c'est pour cela que nous pensons qu'il serait utile de la réinsérer dans le code civil ».

[264] D. MAZEAUD, *La matière du contrat, in* P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), Les concepts contractuels français à l'heure des Principes européens du droit des contrats, Dalloz, 2003, p. 81 s. ; R. DAVID, *Cause et consideration, in* Mélanges offerts à Jacques Maury, Dalloz-Sirey, 1960, t. II, p. 112.

[265] La plupart des solutions avaient, en effet, été consacrées par la jurisprudence.

[266] Qui est utilisée un peu comme un joker pour justifier toutes les interrogations se rattachant aux nouveaux textes.

[267] V. G. CHANTEPIE, *La lésion*, th. Paris I, LGDJ, 2006, préf. G. Viney.

[268] Art. 1143 C. civ. : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ». Pour une définition

91. La nécessité d'une interprétation extensive des nouveaux textes – Quoiqu'il en soit, naîtront certainement des situations pour lesquelles aucun texte spécifique n'a été consacré, et qui exigeront du juge – justement en raison de leurs spécificités – de se fonder sur un texte général interprété de manière extensive. Ce qui en fin de compte, diffère peu de la subjectivisation de la cause à laquelle il avait été impossible d'échapper. Ainsi, la consécration des acquis jurisprudentiels qui se fondaient anciennement sur la cause ne sera qu'une solution momentanée, qui certes produira ses effets bénéfiques durant une longue période mais qui n'en sera pas moins un simple répit. À ce stade, la problématique peut être perçue, un peu à l'instar d'une intuition sans en être une, mais il est encore difficile, peut être trop tôt[269], d'indiquer précisément de quels cas il pourrait s'agir. N'est évoquée qu'une potentialité abstraite qui s'inspire du remodelage par le juge de la législation contractuelle passée. Pour autant, lorsque cela adviendra, quelle disposition sera susceptible de faire l'objet d'une interprétation extensive par les juges ?

92. La notion « d'intérêt » aurait pu s'atteler à cette tâche d'une manière tout à fait honorable. Malgré le caractère différent des difficultés et des carences à venir, l'intérêt avait déjà fait ses preuves en affrontant les difficultés de la conception dualiste de la cause, donc en démontrant sa souplesse (V. *supra*). Lorsque la réforme était encore à l'état de projet, certains auteurs ont tenté de défendre l'adoption de la notion d'intérêt afin de moderniser le concept de cause tout en conservant ses avantages. Madame Fabre-Magnan a notamment rappelé que nous sommes dans une phase où la validité du contrat est appréciée à travers un contrôle des clauses qu'il contient[270]. L'auteure considère que cette analyse « clause par clause et obligation par obligation[271] » ne peut pas porter uniquement

---

de la dépendance apportée avant la réforme, V. Cass. com. 3 mars 2004, Bull. civ. IV, n° 44, D. 2004. 1661, note Y. PICOD.

[269] Certains auteurs pensent qu'il est même encore « trop tôt pour dire si cette ablation va assécher la matière ou si les besoins nouveaux vont être assouvis par le recours à d'autres institutions dont la flexibilité permettra à la jurisprudence de retrouver la marge de manœuvre qu'elle était octroyée sur le fondement de l'article 1131 du Code civil » : O. DESHAYES, *La formation des contrats*, *in* Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, Colloque Paris, 16 février 2016, RDC hors série, Avril 2016, p. 27.

[270] M. FABRE-MAGNAN, *Critique de la notion de contenu du contrat,* RDC 2015, n° 3, p. 639.

[271] *Ibid.*

sur la contrepartie[272] qui en principe se réfère au contrat en général, elle requiert nécessairement un contrôle de l'intérêt des parties à stipuler les clauses en question. Elle confesse le caractère polysémique de la notion d'intérêt mais relève que c'est inhérent à toute notion juridique fondamentale[273]. « Ce manque de confiance dans les juges, qui est aussi un manque de confiance dans la capacité d'innovation du droit français, risque de conduire à une réforme tiède, qui n'aura aucun effet de stimulation. » La réforme semble avoir davantage pris le soin d'adopter des mots qui ne heurtent pas outre mesure, que des mots utiles. Ce qui ne peut être nié puisque le nouveau texte procède « en ''taillant le langage'' du droit commun des contrats ''jusqu'à l'os'', pour paraphraser la formule d'Orwell décrivant la novlangue de 1984 », tout en se gardant bien « d'introduire les innovations stimulantes du premier projet de 2008 telle que la notion d'intérêt ». Pourtant, il se pourrait que l'effet de cet appauvrissement du vocabulaire soit paradoxal car « loin de limiter le pouvoir des juges, (il) va les contraindre au contraire à interpréter davantage le peu de mots à leur disposition[274] ». De quels mots, quelles dispositions reprenant les fonctions de la cause, peut-il s'agir ?

93. La question se pose d'abord concernant les clauses interdites. D'un côté l'article 1170 du Code civil prévoit « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite », de l'autre, l'article 1171 répute non écrite « toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » dans un contrat d'adhésion. En étant expressément prévue, la sanction appliquée par ces deux dispositions apporte une restriction à toute généralisation, le réputé non écrit ne peut, en effet, convenir à une carence textuelle générale[275]. L'interdiction des clauses abusives est, en outre, expressément cantonnée aux contrats d'adhésion, pour ainsi accentuer davantage cette restriction.

---

[272] Exigée par l'art. 1169 C. civ.

[273] M. FABRE-MAGNAN, *Critique de la notion de contenu du contrat, op. cit.*

[274] *Ibid.,* Mme Favre-Magnan conclut ces propos en indiquant que pour éviter cet écueil, au contraire, « il aurait fallu enrichir le vocabulaire, en théorisant et conceptualisant ce qui s'est fait ailleurs, et en particulier dans les droits spéciaux », le nouveau texte « appauvrit et dessèche » les notions du droit commun des contrats, « prélude à l'appauvrissement de la pensée » : *ibid.*

[275] Ce constat sera cependant fortement tempéré dans la suite de cette thèse car l'art. 1184 al. 2 prévoit le mécanisme du réputé non écrit de manière générale.

À travers ces deux dispositions, il s'avère que la réforme n'a pas totalement ignoré l'équilibre des prestations et l'économie du contrat. Bien que leur champ d'action soit figé, elles démontrent que l'esprit du texte n'était pas de tirer un trait définitif sur ces exigences. Nous pouvons nous demander si cet état de fait conjugué à la prévisibilité de carences textuelles permettrait au juge de les interpréter extensivement.

94. Une autre fonction de la cause, un peu plus générale, est codifiée à l'article 1169 qui impose dans le contrat à titre onéreux (seulement) l'existence d'une contrepartie qui ne soit ni dérisoire, ni illusoire[276]. Cette préconisation ne contrôle pas suffisamment l'équilibre du contrat qui pourrait être corrigé, car il ne concerne que celui qui est « énorme »[277], au point que l'intérêt au contrat se retrouve totalement inexistant, puisque la contrepartie illusoire n'existe pas en réalité et que la contrepartie dérisoire « confine à l'inexistence »[278]. Il en résulte que malgré la généralité du terme « contrepartie » et la largesse du domaine (tous les contrats à titre onéreux), ce n'est pas sur cette base que le juge pourra trouver un fondement susceptible de remplacer la cause en cas de carence à venir.

La limitation des nouvelles dispositions étant choisie et garantie par une rédaction qui ne permet pas l'ouverture, il n'est pas possible de faire usage d'un texte qui de manière très claire « ne s'attache pas directement à l'équilibre des prestations entre les parties[279] ». Comment le juge pourrait-il sortir de cet état de fait alors qu'il est contraint à une interprétation stricte au vu de la manière dont le texte a été élaboré[280] et les revendications du législateur s'agissant de cette thématique qui s'est beaucoup réfugiée derrière la garantie de la sécurité juridique. Par ailleurs, cette disposition crée déjà une difficulté dans le sens où elle relie l'exigence d'une contrepartie aux seuls contrats onéreux, alors qu'elle a vocation à s'imposer dans les contrats synallagmatiques, et qu'il existe de surcroît

---

[276] À propos de ce texte, V. A. HONTEBEYRIE, RDC 2015, p. 757.

[277] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, n° 435, p. 357.

[278] *Ibid.*

[279] *Ibid* ; B. FAGES*, Droit des obligations*, 6ème éd., LGDJ, 2016, n° 181, p. 166 : l'auteur relève également que l'article 1169 ne couvre ni la rentabilité attendue du contrat, ni l'économie voulue par les parties, sacrifiant ainsi certaines solutions autrefois rendues sur le fondement de la cause, tel que l'arrêt Point club vidéo de 96 (V. *supra*).

[280] B. FAGES*, ibid.*, n° 170, p. 159.

des contrats onéreux unilatéraux. Au même titre que les contrats aléatoires, il semblerait que la réforme ait occulté ces derniers[281]. Pourtant l'ordonnance a supprimé la cause en ayant pour ambition de rendre les choses plus claires et plus intelligibles.

95. Enfin, il est possible d'envisager que le juge s'appuie sur l'article 1128 du Code civil qui prévoit qu'un contrat ne peut produire des effets que si son contenu est licite et certain, mais qui pour autant n'apporte rien de fondamental à défaut d'autonomie et d'apport utile vis-à-vis des autres dispositions (notamment celles prévues à la sous-section 3 relative au contenu du contrat)[282]. Ainsi, « le contenu n'est qu'un contenant »[283], selon M. Ghestin, « une sorte de fourre-tout où seraient placées les conditions nécessaires à la validité du contrat, autre que le consentement des parties et leur capacité à contracter[284] ».

96. Il a été relevé que la notion de contenu du contrat ne correspond pas seulement à la cause et l'objet, il serait large au point de pouvoir regrouper en outre, les obligations, les prestations, le prix, et les clauses du contrat[285]. A même été évoquée la possibilité de considérer que le contenu du contrat se réfère aussi bien aux obligations expresses des parties qu'à celles qui sont implicites, de sorte que même si la notion n'est pas « évoquée, le contenu du contrat renvoie peut être toujours à l'intérêt qu'il présente pour les parties (…)[286] » et à « l'équilibre du contrat[287] ». Cet aspect n'est pas dans le Code européen des contrats du groupe de

---

[281] PH. SIMLER, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations, op. cit.,* n° 42, p. 26.

[282] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 169 : « Si l'article 1128 fait mention du ''contenu'' pour en faire une condition de validité, c'est à dire pour énoncer qu'un contrat n'est valable que s'il a des effets licites et certains, l'avancée est minime. Pour produire valablement des effets, un contrat doit avoir des effets ! Chacun appréciera le progrès spectaculaire que l'ordonnance fait faire à la science juridique. Il est vrai que, bien conscient de la vanité de l'approche, le rapport au Président de la République explique » que les contours de la notion de contenu sont délimités à la sous-section 3.

[283] *Ibid.*

[284] J. GHESTIN et F. LABARTHE, *Observations générales (réforme)*, LPA, 4 sept. 2015, n° 177, p. 17.

[285] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats*, Commentaire théorique et pratique, Dalloz, 2016, n° 400, p. 326.

[286] *Ibid.*, p. 327.

[287] *Ibid.*

Pavie, évoqué par certains auteurs qui se sont demandé si la notion de contenu, intrinsèquement protéiforme et dépourvue de réelle délimitation légale, englobait l'utilité du contrat[288]. Son article 26 prévoyant, en effet, que le contrat n'est utile que s'il correspond à un intérêt, qui n'est pas forcément patrimonial, des deux parties ou de seulement l'une d'entre elles. « Contenu, intérêt, cause… Décidément, une tradition ne se raye pas d'un coup de plume[289]. »

L'idée selon laquelle la notion d'intérêt aurait été préférable à celle de contenu n'a de cesse de se confirmer. Les défauts de la cause paraissent avoir été remplacés par des défauts encore plus grands, elle était accusée « d'être devenue la bonne à tout faire ou le joker du droit des contrats[290] », mais « elle pourrait être amplement remplacée, et peut être même dépassée, dans cet office par la nouvelle arme du contenu insuffisant du contrat[291] ». Finalement, la délimitation incertaine du contenu contractuel offre au juge une brèche dans laquelle il pourrait s'immiscer pour davantage contrôler, et donc mieux corriger, le contrat[292]. Et cela ne pourrait pas être contredit par ceux qui prétendraient que rien ne justifie l'autonomie potentielle de l'article 1128, au vu de l'absence de portée normative de l'article 1108 anc. qui énumérait des conditions dont les points étaient suffisamment explicités dans les dispositions suivantes, contrairement au nouvel article 1128 à l'égard du contenu[293].

---

[288] N. DISSAUX et C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 36.

[289] *Ibid.*

[290] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 170.

[291] *Ibid.*

[292] *Ibid.*

[293] N. DISSAUX et C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 35 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats, op. cit.* : Après des regrets quant à l'absence de définition du contenu qui est censé reprendre l'objet et la cause, et même plus, son annonce est considérée comme « imparfaite et incomplète », de sorte qu'elle « pourrait, à terme, donner un contenu normatif autonome à ce texte, contre l'intention du législateur ».

SECTION II
LES AUTRES CONSIDÉRATIONS OCTROYANT UNE LÉGITIMITÉ À LA RÉÉCRITURE DU CONTRAT

97. Lorsque le juge modifie le contrat afin de le faire échapper à la nullité, il ne fait pas que restaurer le manquement à une condition aussi importante que celle de l'intérêt au contrat. Au-delà du fondement, il faut relever qu'il met en œuvre une sanction qui a l'avantage de l'efficacité à l'inverse de l'entière nullité (§1), auquel s'ajoute des considérations économiques et sociales (§2).

Paragraphe I – Le sauvetage du contrat au service de la justice contractuelle

98. Le remodelage du contrat conduit à une meilleure justice contractuelle en premier lieu parce qu'il autorise une sanction davantage mesurée et équitable (A). Par ailleurs, et c'est peut être le plus important juridiquement parlant, nous démontrerons que la correction salvatrice du contrat constitue contre attente une mise en œuvre de la volonté des parties, de sorte qu'il devient moins aisé de la réfuter en prétextant vouloir faire respecter le principe de l'autonomie de la volonté (B).

A/ Le caractère équitable de la poursuite du contrat induite par la recomposition du contrat

99. La survie du contrat supprime l'illégal – L'anéantissement du contrat ne traduit pas la meilleure justice qui se trouve plutôt dans la correction du contrat dans le cadre des nullités partielles ainsi que dans l'éradication des clauses interdites (en raison de leur caractère abusif ou parce qu'elles contredisent l'obligation essentielle). Ainsi, « les restes » du contrat sont préservés de sorte qu'il peut survivre, le contrat reste quasiment identique puisque, pour la bonne cause, il n'est que très partiellement « amputé ». Il en ressort que l'élément litigieux et contestable est supprimé, et que le contractant qui en est à l'origine

(celui qui en tirait un bénéfice quelconque) est réellement sanctionné pour cet abus.

100. L'efficacité supérieur de la correction du contrat comme sanction – La nullité de l'entier contrat ne le sanctionne pas davantage que l'obligation pour lui d'honorer un contrat qui sera plus équilibré en général, mais aussi moins avantageux que prévu à son égard. Il s'agit dès lors de la sanction idéale puisque d'un côté, elle efface le méfait que subissait le contractant « victime » et de l'autre, elle punit son co-contractant qui avait entrepris de bénéficier d'un avantage disproportionné ou illicite. À l'inverse, en cas d'annulation de la totalité du contrat, ce dernier se trouve libéré d'un fardeau, celui de devoir rester engagé dans un contrat qui ne surplombe plus les intérêts de l'autre partie, comme il le souhaitait initialement[294].

Il est vrai que la nullité peut être assortie d'une condamnation à verser des dommages et intérêts, mais leur impact paraît bien insuffisant comparé d'une part, au sauvetage du contrat dont bénéficie la partie lésée et d'autre part, à cette sorte de punition en nature que subit son cocontractant. Une conception qui d'ailleurs présente des similarités avec la punition de l'inexécution contractuelle puisqu'elle accorde la primauté à la sanction en nature[295] ; l'anéantissement du contrat et la compensation indemnitaire ne se mettant en œuvre qu'en cas d'impasse.

B/ La préservation de la volonté des deux parties malgré la recomposition du contrat

101. Poursuite de la volonté de la partie lésée – Certes, l'entière annulation du contrat permet au contractant lésé de ne plus être obligé dans un contrat qui lui causait un tort inacceptable. Néanmoins, celui-ci l'avait initialement conclu car telle était sa plus grande volonté, de sorte que l'anéantissement du contrat instaure une protection, mais ne préserve en rien sa première volonté qui consistait à bénéficier de cet échange contractuel.

---

[294] M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, th. Paris, LGDJ, 2004, Préf. J. Ghestin, n° 987, p. 583.

[295] L'exécution forcée en nature bénéficie, en effet, d'une primauté qui est envisagée de manière importante dans la seconde partie de cette thèse.

102. Poursuite de la volonté du contractant de la partie lésée – À cet égard, la critique considérant le sauvetage du contrat comme une atteinte au respect de la loi des parties peut être largement nuancée, et cette assertion demeure valable même s'il peut être rétorqué que telle n'était pas la volonté du contractant de la partie lésée[296]. Ce dernier n'avait, en effet, aucunement souhaité être engagé dans un contrat différent de celui qui comportait l'élément litigieux, mais plusieurs considérations neutralisent cette volonté. En premier lieu, il serait contestable d'accepter que la volonté individuelle dispose de la capacité de choisir entre faire survivre l'illégal dans le sillage juridique et tout détruire. Au surplus, cette allégation fait confondre la volonté factuelle et celle qui doit être entendue dans un sens juridique, autrement dit plus nuancée. En effet, c'est en toute connaissance de cause[297], que le contractant a accepté de s'engager dans un contrat qui présentait le risque d'une annulation, peu important le fait qu'elle soit partielle ou intégrale.

Selon ces considérations, démontrant que sa volonté est également toute préservée, il s'avère qu'il n'a pas accepté de conclure un contrat contenant des éléments litigieux de manière sine qua non (puisqu'il n'en dispose pas le droit), mais plutôt un contrat qui – de manière prévisible – était susceptible d'être modifié par une nullité partielle, ou par l'éradication d'une clause abusive. Si en matière de vices du consentement, c'est le caractère aléatoire qui empêche toute revendication, dans notre cas de figure – et dans bien d'autres en matière contractuelle – c'est le caractère prévisible qui l'entrave.

103. La renonciation à la correction du contrat – Pour finir sur ce point, nous pourrions nous demander si les parties seraient autorisées à intégrer dans leur contrat une clause qui empêcherait le remodelage du contrat au profit de l'annulation du contrat tout entier. Une telle clause pourrait-elle constituer elle-même une clause interdite, ou faut-il favoriser la liberté contractuelle,

---

[296] Comp. PH. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, th. Paris, LGDJ, 1969, Préf. A. Weill : n° 314, p. 183 : l'auteur considère que de manière générale, le respect de la volonté des parties interdit, au contraire, de procéder à une nullité partielle, cette dernière n'étant exceptionnellement appliquée qu'en la présence d'une atteinte à l'ordre public. Seule cette dernière permettrait au juge de procéder à une nullité partielle contraire à la volonté des parties.

[297] Que ce soit de manière consciente ou non, puisque nul n'est censé ignorer la loi.

constitutionnellement consacrée[298], et figurant parmi les principes directeurs depuis la réforme du droit des contrats[299] ? En tout état de cause, il est certain que même la volonté contractuelle la plus infaillible ne peut suffire à empêcher le juge de restaurer la légalité d'un contrat lorsque l'atteinte porte sur une considération d'ordre public[300].

104. Sans instaurer une quelconque nouveauté, l'article 1102 al. 2 du Code civil auquel nous devons nous référer pour cette question tempère très clairement la liberté contractuelle en indiquant qu'elle « ne permet pas (pour autant) de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ». En pareille occurrence, serait illicite une clause interdisant le traitement juridique d'une clause illicite. D'ailleurs, la préservation du lien contractuel permise par la confirmation de l'acte entaché d'une cause de nullité est exclue dès lors que cette dernière est absolue (article 1182).

105. L'indépendance de la correction des clauses vis-à-vis de l'intention des parties – À propos de la détermination des clauses susceptibles d'être corrigées, il existe une conception subjective et une autre objective. La

---

[298] Cons. Const.13 juin 2013, n° 2013-672 DC ; C. PERES, *La liberté contractuelle et le Conseil constitutionnel,* RDC, 1er oct. 2013 n° 4, p. 1285 ; J. GHESTIN, *La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle*, La Semaine Juridique, éd. Générale n° 37, 9 sept. 2013.

[299] La première disposition liminaire figurant dans le nouveau droit des contrats est constituée par la liberté contractuelle. L'art. 1103 C. civ. prévoit, en effet, que : « chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ». À ce propos, V. G. CHANTEPIE, *La liberté contractuelle : back to basics, in* blog Réforme du droit des obligations, Dalloz, 16 fév. 2016 ; N. DISSAUX et C. JAMIN, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Dalloz, 2015, p. 3 ; C. PÉRÈS, *Observations sur « l'absence » de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats*, RDC 2015, p. 647 ; M. MEKKI, *La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels*, RDC 2015.

[300] La réforme a repris cette exigence à l'art. 1162 C. civ. selon lequel le « contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». Sachant que l'art. 6 du même code prévoit par ailleurs depuis 1804 qu'il est impossible de « déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Sur la thématique évoquée, V. M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé,* op. cit., n° 991 s., qui retient la théorie de M. Gout selon lequel la correction du contrat (que M. Mekki regroupe sous le terme de « nullité partielle » incluant le réputé non écrit : n° 1001, p. 589) ne se fonde par sur la volonté subjective, comme a pu le souligner M. Simler (O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat,* th. Saint-Étienne, PUAM, 1999, n° 564 s., p. 394 s.).

première est décrite par M. Simler et conditionne le remodelage des clauses à « l'intention des parties ». Dans le cas où l'élément à corriger constitue la cause impulsive et déterminante des parties, c'est l'entière nullité qui s'impose, et ce n'est qu'en cas d'atteinte à l'ordre public qu'il est possible de s'opposer à cette volonté en corrigeant tout de même le contrat[301]. Le respect de la volonté des parties est honorable mais il ne doit pas restreindre la recherche de la plus efficace des sanctions dans le domaine de l'ordre public[302] dont tient compte la seconde conception. Celle-ci fait primer cet ordre sur l'intention des parties, quand bien même ces dernières ont considéré que la clause litigieuse avait un caractère essentiel, elle peut être corrigée dès lors qu'elle contrevient à l'ordre public[303]. Selon la doctrine majoritaire, la conception subjective et objective se combinent[304], mais un point de vue plus subtile est proposé par Monsieur Mekki qui considère que « le critère servant à déterminer l'étendue de la nullité est un critère purement objectif lorsque des intérêts extérieurs et supérieurs à ceux des parties au contrat sont en jeu. La volonté n'est pas, dans cette optique, un critère mais un élément d'appréciation utile à l'identification des intérêts en présence[305] ».

Paragraphe II – Le sauvetage du contrat au service de la vie sociale et économique

106. Le sauvetage du contrat ne fait pas que mettre en œuvre la justice contractuelle précédemment évoquée, il entraîne également des bienfaits économiques[306]. Les solutions appliquées sont parvenues à s'extirper du dogme de l'autonomie de la volonté, notamment grâce à des considérations liées à la vie

---

[301] PH. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, *op. cit.,* n° 314, p. 383 : évoqué par M. MEKKI, th. précitée, note de bas de page n° 538, p. 584 : selon cet auteur, la réflexion M. Simler se rattache pleinement à l'autonomie de la volonté.

[302] J. GHESTIN, *Les obligations, Le contrat : formation*, 2ème éd., LGDJ, 1988, n° 900 ; G. FARJAT, *L'ordre public économique,* Paris, LGDJ, 1963, n° 493 s.

[303] M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, op. cit.,* n° 993, p. 585.

[304] *Ibid.*, n° 990, p. 584.

[305] *Ibid.,* n° 996, p. 587

[306] M. MENJUCQ, préf. th. *La correction de contrat*, G. Piette, *op. cit.* p. 8.

sociale et économique[307]. La correction du contrat peut être favorisée par la prise en compte d'un ordre public économique (A) et de l'existence des autres contrats qui lui gravitent autour, parfois au point d'être interdépendants (B).

A/ La prise en compte d'un intérêt supérieur : l'ordre public économique

107. L'impact de la correction sur les « contrats de situation » – Les avantages extra-juridiques résultant de la correction du contrat sont particulièrement évidents lorsqu'elle appliquée aux « contrats de situation ». Dénomination qu'il faut attribuer à Monsieur Cabrillac et qui permet de nous référer à tous les contrats essentiels pour la vie d'une personne ou pour l'activité d'une entreprise[308]. Ainsi en est-il du contrat de travail permettant l'obtention d'un revenu qui lui même permet de subvenir à ses besoins, du bail d'habitation qui permet d'établir son logement familial, du bail commercial qui permet l'exploitation d'un commerce afin de dégager des revenus, etc. Les contrats dont la finalité répond à des besoins essentiels de l'individu sont nombreux, et pas seulement dans le droit spécial des personnes protégées. La finalité de ces types de contrat, qui répondraient presque à des besoins primaires, est si essentielle que la légitimité de leur correction se retrouve renforcée.

108. La protection de l'ordre public économique – C'est en premier lieu Ripert qui avait émis l'idée selon laquelle il incombait d'éviter de se baser sur la seule nullité totale de l'acte afin de tenir compte de l'ordre public économique[309]. Selon l'auteur « il faudrait pouvoir pétrir le contrat, serrer ou relâcher le lien suivant les circonstances » en fonction de cet ordre[310]. Ce point de vue a été repris par Monsieur Farjat selon lequel, dans ce cadre, c'est « davantage l'inefficacité

---

[307] M-.E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, th. Aix-Marseille, PUAM, 1996, Préf. J. Mestre, n° 2, p. 7.

[308] R. CABRILLAC, *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, *in* Mélanges dédiés à G. Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235.

[309] G. RIPERT, *L'ordre public économique et la liberté contractuelle, in* Recueil sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény, t. 2, Les sources générales des systèmes actuels, Sirey, 1935, p. 347 s.

[310] *Ibid.*

que la nullité » qui est organisée[311]. La politique de maintien du contrat est guidée selon certains auteurs par un souci de protection de certaines parties au contrat ou de certains droits primordiaux qui leur sont accordés[312]. Il existe, en effet, des contractants qui ne peuvent être protégés que par un remodelage du contrat mal formé[313] du fait que l'anéantissement leur causerait un tort considérable[314]. Il suffit d'imaginer les conséquences désastreuses de l'annulation d'un contrat de travail, ou encore, afin de ne se cantonner à ceux que le droit considère comme des parties faibles, de celle d'un bail commercial.

B/ Le maintien possible des contrats interdépendants

109. Anéantissement des contrats en cascade en cas d'interdépendance – En outre, l'acte juridique est presque toujours lié à d'autres contrats qui peuvent subir les conséquences, plus ou moins directes, de l'absence de correction du contrat au profit de l'entière nullité. À mesure que le lien est ténu, la situation est susceptible d'être qualifiée de groupe de contrats, dans lequel ils sont indivisibles[315]. Cette situation avait été prise en compte par la jurisprudence[316] qui, sur le fondement de la cause, avait permis la caducité de contrats interdépendants à un autre contrat frappé d'anéantissement, sous deux conditions cependant. La première étant l'existence d'une interdépendance réelle et objective, la seconde exigeant la connaissance par les parties de ce lien d'interdépendance[317].

Les juges avaient pu retenir l'existence d'un tel lien entre un contrat qui avait pour objet un logiciel de base et un autre, auprès d'un vendeur différent, qui

---

[311] G. FARJAT, *L'ordre public économique, op . cit.* , n° 455 s. ; G. COUTURIER, *L'ordre public de protection,* Études Flour, 1979, n° 471.

[312] S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite,* th. Paris, Économica, Recherches juridiques, 2006, Préf. Y. Lequette, n° 56, p. 34.

[313] D. MAZEAUD, *La révision du contrat*, *op. cit.,* n° 11.

[314] *Ibid.*, p. 104, n° 9.

[315] A. BÉNABENT, *Droit des obligations,* 15ème éd., LDGJ, Précis Domat, 2016, n° 330, p. 267.

[316] En prenant appui sur la doctrine, essentiellement : B. TEYSSIER, *Les groupes de contrats,* LGDJ, 1975 ; J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques,* Litec, 1999, Préf. R. Cabrillac ; S. PELLÉ, *La notion d'interdépendance contractuelle*, Dalloz, 2007, Préf. J. Foyer ; S. BROS, *L'interdépendance contractuelle,* th. Paris II, 2001.

[317] Cass. civ. 1re, 13 mars 2008, n° 06-19339, Bull. civ. I, n° 72.

concernait le logiciel d'application[318]. De même, a pu être jugé que l'achat de matériel est indissociable d'un contrat de crédit-bail[319], les exemples sont variés et nombreux car ce qui importe c'est l'existence, parfois la connaissance, de cette indivisibilité. Depuis, l'ordonnance de 2016 a consacré la caducité des contrats interdépendants. Si un contrat disparaît au lieu d'être corrigé, en vertu de l'article 1186 alinéa 2 du Code civil, les contrats qui participaient à la réalisation de la même opération juridique deviennent caduques[320], et disparaissent donc eux aussi. À certaines occasions, la correction du contrat présente donc le mérite de prévenir « l'anéantissement en cascade des contrats[321] ».

110. Privation de l'utilité des contrats dont l'interdépendance est ignorée – Mais encore faut-il que le cocontractant ait eu connaissance de cette opération d'ensemble, pour que la caducité puisse être infligée aux contrats interdépendants[322], dans la négative, l'impact de l'absence de correction peut être encore plus profond. Si le contractant contre lequel la caducité est invoquée n'avait pas connaissance de cette interdépendance, alors même que celle-ci existe objectivement, l'absence de correction est susceptible de causer l'inutilité des autres contrats liés. La caducité n'étant pas appliquée à ces contrats interdépendants dans les faits mais pas juridiquement, ils devront continuer à être exécutés alors même que leur but a disparu pour une des parties.

Comme l'a si bien souligné Monsieur Cabrillac « la théorie classique a traité le contrat comme un continent superbement isolé alors qu'il peut n'être que

---

[318] Cass. com. 8 janvier 1991, n° 89-15439, Bull. civ. IV, n° 20 : « Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt justifie l'indivisibilité retenue par lui entre les deux contrats, portant, l'un sur le matériel et le logiciel de base, l'autre sur le logiciel d'application, non pas par l'affirmation générale de *l'interdépendance nécessaire de telles prestations*, qui rendrait chacun de leurs fournisseurs toujours responsable de l'entière réalisation, mais par une analyse des circonstances de l'espèce, en relevant que les parties avaient, au cours des réunions préalables et dans divers écrits, envisagé globalement la réalisation du système informatique proposé à la SCP et admis que, dans l'esprit des membres de celle-ci, *leur accord portait sur un ensemble indissociable* ».

[319] Cass. com, 24 mai 1994, n° 92-14344, Bull. civ. IV, n° 184 ; RTD civ. 1995. 99, obs. J. MESTRE.

[320] Dès lors que la disparition du contrat a rendu impossible l'exécution des autres contrats et que pour cette dernière était déterminante du consentement l'exécution du contrat qui a disparu (art. 1186 C. civ.).

[321] S. AMRANI-MEKKI, *Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats,* Defrénois, 2002, p. 355.

[322] Art. 1186, al. 3, C. civ.

l'île d'un archipel animé d'une vie collective[323] », et cette réalité ne s'attache pas uniquement aux contrats indivisibles. Les contrats sont parfois liés entre eux sans pour autant atteindre le stade de l'interdépendance. La destruction d'un acte juridique pourrait produire un impact négatif à l'égard d'autres contrats qui lui gravitent autour. En cas d'annulation d'un contrat d'envergure, par exemple, les gains sont moindres par rapport à ce qui était prévu, ils peuvent alors faire baisser les investissements initialement envisagés. L'absence de correction du contrat a donc également la capacité de nuire aux contractants tiers, bien que ce soit d'une manière tout à fait indirecte.

[323] *Ibid.*, spéc. p. 248.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

111. De plus en plus courantes mais malgré tout encore décriées, les solutions de maintien du contrat - telles que la nullité partielle et le réputé non écrit - suscitent toujours la controverse auprès de certains auteurs. C'est pourquoi, avant de proposer de les renforcer davantage, par le biais d'une relecture de certains régimes juridiques qui y ont recours, la démonstration de leur parfaite légitimité et même de leur plus grande efficacité (par rapport à l'entière et destructrice nullité) s'est révélée nécessaire.

112. Justification théorique de l'intervention du juge dans les clauses du contrat – La correction[324] salvatrice du contrat n'a de sens que si elle est défendue au nom d'intérêts primordiaux. Les auteurs récalcitrants s'opposent à celle-ci car elle contredirait les principes du droit des contrats et obligerait le juge à rendre des décisions illégitimes en outrepassant ses droits. Or, il suffit d'orienter son regard différemment pour se rendre compte qu'à bien des égards, le sauvetage du contrat renforce la justice et les règles juridiques fondamentales du droit des contrats. Celui-ci empêche l'anéantissement du contrat mais il ne s'agit pas d'ignorer les principes juridiques en vigueur pour ne prendre en compte que les intérêts économiques et sociaux attachés au maintien des liens contractuels. Si la jurisprudence, suivie de la loi, a admis la correction judiciaire du contrat c'est parce que d'une certaine manière, celle-ci permet de renforcer le respect de certaines règles régissant la naissance du contrat (parfois bien plus efficacement que ne pourrait le faire l'entière nullité qui n'est pas forcément souhaitée par le contractant lésé).

La règle de droit dont la violation justifie de s'immiscer dans le contrat n'est pas l'obligation de bonne foi car même si elle est requise à tous les stades de la vie contractuelle, elle a une vocation restreinte et spécifique : contrôler le

---

[324] Terme issu de la thèse : G. PIETTE, *La correction du contrat,* th. Aix-Marseille, PUAM, 2004, qu'il reprend lui même de certains auteurs contemporains afin de désigner « le remède au déséquilibre qui entache le contrat », étant précisé qu'il s'agit de déséquilibrés variés, qui peuvent être tout autant objectifs (comme la lésion, par ex.) que subjectifs (tel que l'insuffisance de la cause basée sur les mobiles du contractants).

comportement des contractants[325]. Or, les clauses susceptibles de faire l'objet de la nullité partielle ou du réputé non écrit (clauses entraînant un déséquilibre significatif en droit commun[326], clauses abusives en droit de la consommation[327], clauses léonines en droit des sociétés[328], clauses pénales excessives, etc.) ne découlent pas forcément d'une faute de comportement. Il peut y en avoir une[329] mais pas nécessairement car les parties peuvent tout à fait prévoir ce type de clause sans en avoir conscience. Dès lors que la mauvaise foi ne peut pas se retrouver dans l'ensemble de ces situations, elle ne peut constituer le fondement général idoine.

En revanche, ce rôle pouvait être aisément endossé par l'absence partielle de cause avant que l'ordonnance du 10 février 2016 ne soit publiée. L'idée étant que si l'irrégularité concerne uniquement certaines clauses (qui ne déterminent pas l'existence du contrat), le défaut de cause n'est que partiel et par conséquent seule une sanction partielle / restreinte peut s'appliquer. L'étendue de la nullité serait ainsi fonction de l'étendue de l'irrégularité[330]. C'est le caractère général et large de la cause qui a permis au juge de créer des solutions novatrices en phase avec l'évolution qu'a connu la société où les contrats étaient soumis à des règles désuètes. Aujourd'hui, celles-ci font l'objet de dispositions spécifiques et il n'existe plus aucun fondement général similaire à la cause[331]. La pratique et

---

[325] B. FAGES, *Le comportement du contractant,* th. Aix-Marseille, PUAM, 1997, n° 552, p. 300 ; Du même auteur, *Droit des obligations*, 6ème éd., LGDJ, 2016, n° 36, p. 50.

[326] Art. 1171 C. civ. : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».

[327] Art. L. 212-1, C. cons. : « Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

[328] Art. 1844-1 C. civ. : « La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire ».

« Toutefois, la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites ».

[329] D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, *in* L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré, Paris, Dalloz, PUF et éd. Juris-Classeur, 1999, p. 603, n° 16.

[330] G. PIETTE, *La correction du contrat, op. cit.,* n° 658, p. 346 : évoquant à ce titre une « insuffisance de cause » s'opposant à une absence totale de cause.

[331] D. MAZEAUD, *La cause pour que survive la cause en dépit de la réforme !*, Droit et patrimoine, n° 240, 1er octobre 2014 ; *Contra* L. AYNÈS, *La cause inutile et dangereuse, in* Réforme du droit des contrats, Le débat, Dr. et patr. oct. 2014 : prônant bien plus qu'une

l'imagination des contractants évoluent de plus en plus rapidement, il ne faut donc pas se leurrer, tôt ou tard, nous serons confrontés à des situations rappelant la défunte cause mais ne figurant dans aucune des fonctions consacrées par l'ordonnance[332]. Le caractère flou de la cause empêchait son maintien mais il est regrettable qu'au lieu d'être remplacée par une notion plus éclairante (comme l'intérêt de contracter prévu au sein des avant projets de réforme)[333], elle ait été supprimée. Ainsi, on se paye une sécurité temporaire au prix de la perte d'un fondement général et flexible.

À ce titre, le « contenu » du contrat (article 1128) pourrait devenir plus qu'une annonce des règles qui suivent et bénéficier d'une certaine autonomie. On peut déjà imaginer que « le contenu » du contrat puisse servir de fondement pour régler des situations inédites. Sur le très long terme, ce n'est pas si improbable que cela. De manière plus évidente, on peut aussi imaginer que les juges fassent de l'article 1184 le fondement général de ces situations nouvelles qui ne parviennent pas à s'immiscer dans le domaine des dispositions en droit commun et dans les droits spéciaux. Ce dernier texte prévoyant aussi bien les nullités partielles (alinéa 1) que le réputé non écrit (alinéa 2), de manière générale, le champ des possibilités est large.

113. Justification pragmatique de l'intervention du juge dans les clauses du contrat – L'efficacité de ce procédé tient au fait que l'absence partielle de cause est restaurée. Ainsi, au lieu de sanctionner l'irrégularité par la destruction (comme le fait la nullité) on procède à un respect forcé de la règle violée. Le réputé non écrit et les nullités partielles ont donc l'avantage de l'efficacité comparé à la nullité dont on perçoit surtout le caractère à la fois punitif et résigné. L'entière nullité c'est ne rien pouvoir sauver de la dérive.

---

suppression de la notion de cause, M. Aynès défend l'idée d'une éradication de ses fonctions qui seraient inutiles puisque substituables par d'autres notions tout aussi efficaces.

[332] C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* th. Paris, LGDJ, 2009, Préf. Y. Lequette, n° 288, p. 366 : où il est rappelé que le rayonnement du droit commun dépend étroitement de son aptitude « à saisir l'imprévisible, à embrasser les assemblages les plus complexes nés de l'imagination des contractants ».

[333] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats*, Commentaire théorique et pratique, Dalloz, 2016, n° 400, p. 326.

En pratique, la correction du contrat ajoute à cela des bienfaits de nature économique. Le contrat étant essentiellement un instrument d'échanges économiques[334], le maintenir revient à faciliter l'échange des biens et services. Un droit pragmatique est utile ne peut faire fi du caractère fondamental de l'économie au sein de la société.

[334] J. GHESTIN, *Le contrat en tant qu'échange économique,* REI 2000, p. 81-100 ; M. VILEY, *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969, p. 241 s. : où l'auteur rappelle que l'instrument que constitue le contrat est né des opérations d'échanges et que cela est indépendant du consentement ; A. VON MEHREN, *A general view of contract, in* International Encyclopedia of comparative law, , n° 3 : « Le modèle contractuel classique correspond essentiellement à l'échange des biens et des services dont le contrat est l'instrument privilégié ».

CHAPITRE II

RENFORCEMENT DE LA RÉÉCRITURE PARTIELLE DU CONTRAT

114. Les analyses ne valent que par la démonstration. Il faut donc passer du théorique à la pratique, du général au particulier, afin de constater de manière concrète l'efficacité de la nullité partielle et du réputé non écrit. Volontairement, nous ne serons pas exhaustifs car il ne s'agit pas de lister toutes les applications de ce mécanisme mais plutôt de se rendre compte de tout leur potentiel en matière de déblocage du contrat. Les exemples choisis ne feront pas l'objet d'une simple description de ce qui est, l'intérêt est de proposer une relecture en faveur du déblocage du contrat (Section 2).

Avant cela, il nous emble fondamental de distinguer nullité partielle et réputé non écrit. Certes, chacun procède à un déblocage du contrat grâce à un dépeçage : la partie du contrat qui est régulière n'est affectée d'aucune sanction et peut survivre, l'autre partie du contrat qui est irrégulière fait l'objet de l'une de ces deux sanctions. Pour autant, ce serait manquer de rigueur que de les confondre, surtout qu'en faisant du réputé non écrit un mécanisme à part entière le déblocage du contrat est encore plus accru. Puisqu'à rebours de la nullité, qui fait l'objet d'un jugement constitutif, le réputé non écrit fait l'objet d'un jugement déclaratif, il bénéficie d'une application facilitée et ne peut pas être impacté par la prescription. Aborder ces deux instruments de déblocage du contrat sans mettre en relief leurs différences, alors même qu'elles présentent de véritables enjeux, n'est pas pensable (Section 1).

SECTION I
LA NÉCESSAIRE DISTINCTION
ENTRE NULLITÉ PARTIELLE ET RÉPUTÉ NON ÉCRIT

115. Le mécanisme du réputé non écrit constitue la technique de déblocage du contrat par excellence. Il ne doit donc pas être confondu avec la nullité partielle dont le régime est moins favorable à certains égards. Malgré leur grande similarité, d'ailleurs bien des auteurs les confondent, leurs régimes juridiques diffèrent grandement (§ 2) et cela s'explique par leurs natures différentes (§ 1).

Paragraphe I – Nullité partielle et réputé non écrit : une nature différente

116. Si le régime du réputé non écrit et de la nullité partielle n'est pas identique c'est parce que leur nature est différente. Or, s'agissant de la nullité partielle, la nature qu'on lui attribue aujourd'hui[335] résulte de l'évolution de la théorie des nullités. La nullité partielle reste en effet une nullité (A). Une fois cela établi, nous pourrons mieux démontrer la particularité du réputé non écrit qui opère de plein droit (B).

A/ L'impact de la théorie moderne des nullités sur le concept de nullité partielle

117. Hétérogénéité de la conception de nullité partielle – D'après Monsieur Simler, la nullité partielle renvoie aussi bien à la suppression d'une clause qu'à la réduction d'un quantum exagéré. Sa conception est tout à la fois extensive, puisqu'elle ne rejette pas le réputé non écrit, et restrictive, du fait qu'elle n'inclut pas la correction de stipulations contractuelles à la hausse, notamment par la substitution d'un minimum légal[336]. L'auteur justifie cette exclusion à travers la volonté des parties qui ne serait préservée que dans la

---

[335] C'est la théorie moderne des nullités qui était retenue dernièrement et qui a été consacrée par la réforme.

[336] PH. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques, op. cit.,* n° 174, p. 210.

réduction d'un quantum excessif. Bien qu'initialement les parties avaient souhaité davantage, « dans ce plus, le moins déterminé par le juge est nécessairement contenu[337] ». Cette distinction peut être discutée. Monsieur Mekki lui reproche d'être « bien trop subtile[338] », qu'il s'agisse de croître ou d'abaisser la correction aboutit invariablement à un résultat différent de ce que les parties avaient prévu[339]. De plus, cette catégorisation ne semble pas servir d'intérêt particulier, tel que la justification d'un régime ou d'effets différents. Alors que la grande subtilité et les contorsions intellectuelles poursuivent bien souvent une finalité précise, qu'il est bien difficile de percevoir dans le cas présent.

118. D'autres conceptions ont été établies, notamment par Monsieur Gout qui ne considère la nullité partielle que dans son aspect destructeur. La réduction n'entraînant pas d'anéantissement, il la distingue de la nullité partielle, et l'intègre dans la catégorie de la réfaction[340]. Cette vision est également rejetée par Monsieur Mekki qui préfère une conception unitaire à toute autre. Il estime que les distinctions précitées ne présentent aucune opportunité, et ont pour seule source la doctrine puisqu'elles ne s'appuient ni sur l'œuvre de la Cour de cassation, ni sur une règle de droit en particulier[341]. Il préfère ainsi traiter la nullité partielle comme une « sanction fédératrice » de l'ensemble des techniques « permettant de réintégrer le contrat dans l'ordre juridique, sans l'anéantir intégralement[342] », peu importe qu'il s'agisse d'une réduction, d'une réfaction, d'une modification ou encore d'une substitution.

119. La nullité partielle reste une nullité et rien qu'une nullité – Malgré la clarté que pourrait apporter le regroupement de toutes les techniques de correction du contrat dans une seule et même notion, il se révèle impossible étant donné la différence profonde qui existe entre au moins deux d'entre elles. Tous ces moyens ont leurs particularités, mais entre le réputé non écrit et les autres le

---

[337] *Ibid.*, n° 128, p. 156.
[338] M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, op. cit.,* n° 998, p. 586.
[339] *Ibid.*
[340] O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat, op. cit.,* n° 662, p. 451.
[341] M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, op. cit.,* n° 999, p. 588.
[342] *Ibid.*

seul point commun essentiel semble être constitué par l'effet de maintien du contrat malgré l'irrégularité. Cette situation dépasse la seule question des termes, puisque la différence se situe également au niveau de leur nature et de leurs régimes respectifs. Pour le comprendre, il nous faut revenir sur la vision de la théorie moderne des nullités.

Comme l'a habilement souligné Madame Gaudemet dans sa thèse entièrement consacrée à la clause réputée non écrite, « la nullité partielle est une nullité avant d'être partielle ; l'adjectif ne doit pas l'emporter sur le substantif, ni déformer la conception qui en est retenue »[343]. Dès lors, ce qui peut former une nullité partielle doit correspondre parfaitement à une nullité tout court. Donc avant de juger de ce qui peut être ou non une nullité partielle, il nous faut envisager ce qu'est la nullité de manière générale, peu important le fait qu'elle soit entière ou partielle. In fine, il sera possible de convenir ou non de l'appartenance du réputé non écrit aux nullités partielles.

120. De la théorie classique à la théorie moderne des nullités avant la réforme – Les prémices de l'opposition entre la nullité qui existe *ab initio,* de sorte que l'intervention du juge ne lui est pas nécessaire, et l'annulabilité qui permet seulement de demander au juge de la prononcer[344], remontent au droit civil romain. À l'époque, des carences résultaient du caractère limitatif des causes de nullité énumérées. Afin d'y remédier, le droit prétorien avait créé la procédure de la *restitutio in integrum*[345]. Cette procédure ne permettait aucunement à la personne lésée d'obtenir la nullité de l'acte mais elle l'autorisait à s'adresser au prêteur, qui en vertu de son imperium, pouvait déclarer cet acte non avenu à son égard[346]. C'est ainsi qu'apparaissait « l'idée d'un contrat provisoirement valable, mais qui peut être rendu inefficace par décision d'un magistrat », comme avait pu le relever Eugène Gaudemet, une des figures de la théorie moderne des nullités abordée ci-après[347].

---

[343] S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite, op. cit.,* n° 106, p. 59.

[344] De sorte que la nullité ne peut exister si le juge ne la prononce pas.

[345] P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8ème éd., Dalloz, 2003, n° 36, p. 1127.

[346] E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, p. 142-143. Il s'agissait presque d'une inopposabilité à l'égard du contractant lui même, et en tout cas très certainement d'une forme de fiction.

[347] *Ibid.*

L'avènement du Code de 1804 laisse penser, lorsque l'on se prête à une lecture littérale, qu'il convient de distinguer nullité et annulabilité[348], mais aucune théorie générale des nullités n'a été adoptée pour autant[349]. Celle-ci a été l'œuvre de la doctrine du XIXe siècle qui aboutit à un résultat aussi complexe que protéiforme, alors même que la distinction entre nullité et annulabilité paraissait classique, elle a « été déformée, principalement avec l'idée d'inexistence et la conception anthropomorphique[350] de l'acte[351] ». Le critère de l'inexistence a été introduit dans la théorie des nullités[352] afin de distinguer, selon Josserand, l'acte nul, qui existe malgré son caractère incorrect et inadmissible[353], de l'acte inexistant qui « est à peu près le néant[354] ». En cas d'inexistence, le juge éventuellement saisi ne ferait que constater la nullité, par ailleurs imprescriptible. Au contraire, cette nullité serait soumise à un délai pour agir, et ne pourrait

---

[348] Les dispositions antérieures à la réforme de 2016 laissaient, en effet, supposer la mise en œuvre d'une annulabilité qu'en cas de vice du consentement ou d'incapacité (l'article 1117 anc. prévoyait, par ex., que « la convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit ; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision »), à l'instar de ce qui est prévu actuellement en Espagne (O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, *op. cit*., n° 33, p. 45-46) et en Italie (P.-M. VECCHI, *Catégories juridiques et faux amis : le système des nullités dans les codes civils italiens,* in La théorie des nullités, LGDJ, Université Poitiers, 2008, n° 3, p. 106-107), qui sont loin d'appliquer la théorie moderne des nullités.

[349] S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite, op. cit.,* n° 114, p. 63 ; F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 84, p. 101.

[350] S. GAUDEMET, th. préc. : Japiot reprochait le traitement anthropomorphique de la nullité résultant de la comparaison entre l'acte juridique et l'organisme vivant. En cas de manquement à des conditions d'*existence* de l'acte : il serait mort-né. En revanche, si le manquement porte sur des conditions de *validité* : l'acte est malade mais peut être sauvé (R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, Rousseau, 1909, p. 123-124).

[351] S. GAUDEMET, th. préc., n° 116, p. 65.

[352] F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. 4, Bruylant, 1875, n° 450 et 451, p. 507-509 : sous prétexte de rendre moins obscure la notion de nullité, l'auteur opère une distinction entre le contrat nul et celui qui est inexistant ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Lahure, 1876, n° 27, p. 22 : qui considère qu'il serait contradictoire de « reconnaître que la convention est nulle de plein droit, c'est-a-dire qu'elle est légalement inexistante, et qu'il est néanmoins nécessaire de former, contre elle, une action en nullité, pour l'anéantir » ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 4, 4ème éd., Marchal et Billard, 1871, n° 334, p. 249 : étaient parmi les auteurs ayant élaboré cette théorie classique, mais se distinguaient par le statut qu'ils accordaient à la nullité judiciaire, qui selon eux est de principe ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 2ème éd., Pichon, 1902, n° 1271, p. 396-397 : concède qu'il y a bien une distinction entre « nullité véritable » (privant « l'acte de tout effet dès le premier moment ») et annulabilité (qui peut le détruire « si l'action triomphe »), mais il la considère comme « une bizarrerie qui a une origine historique », cette dernière ayant été évoquée lors des premières lignes consacrées à la théorie des nullités.

[353] Sachant que dans cette première catégorie d'actes, peuvent tout à fait figurer ceux qui relèvent de la nullité absolue.

[354] L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, Paris, Sirey, 1930, n° 151, p. 199.

résulter que d'une décision de justice, pour l'acte simplement annulable[355]. Cela étant dit, aucun consensus n'a pu être établi entre les auteurs, qu'il s'agisse de la notion d'inexistence ou du domaine de chacune de ces deux catégories. Les conceptions étant presque aussi nombreuses que les théoriciens[356], elles ont entraîné la décadence de la théorie classique[357].

121. Le désordre doctrinal fût tel, qu'une nouvelle conception des nullités s'imposait. La théorie moderne des nullités a été établie sous l'impulsion première de Drogoul[358] qui entrevoit la nullité comme une sanction appliquée à l'acte, et non pas comme un état de celui-ci. La refonte de la théorie des nullités, ayant conduit à l'avènement de la théorie moderne, revient néanmoins à Japiot[359] qui a le mérite d'avoir posé un raisonnement à la fois cohérent et limpide. Il ne se contente pas de reprendre l'idée de Drogoul, selon laquelle la nullité doit être conçue exclusivement comme une sanction, puisqu'il reconstruit le concept de nullité en la présentant comme un « droit de critique » des effets que l'acte produit[360]. Pour Japiot la nullité ne saurait donc être un état de l'acte qu'il serait possible de constater car elle n'existe qu'au moment d'avoir été prononcée par un juge, ayant décidé de faire triompher une action en nullité. La nullité résultant davantage d'une confrontation entre la loi et l'acte litigieux, il en déduit que la nullité ne peut être qu'extérieure à l'acte, « elle n'est pas *in actu* mais *in personis*[361] ». Ce qu'il faut en conclure c'est que la nullité de l'acte ne peut se produire sans un recours au juge, peu importe que cette nullité soit relative ou absolue car cela n'impacte pas sur sa nature[362]. Le caractère absolu ou relatif

---

[355] S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, *op. cit.,* n° 118, p. 66 s.

[356] *Ibid.*

[357] *Ibid.* n° 120, p. 68 : Mme Gaudemet souligne le fait que la théorie classique des nullités a été détruite par sa dénaturation. En se perdant dans la notion d'inexistence et dans une vision anthropomorphique de l'acte, qui n'ont guère convaincu tant les contradictions étaient nombreuses, elle a entraîné sa propre chute.

[358] F. DROGOUL, *Essai d'une théorie générale des nullités*, Étude de droit civil, Rousseau, 1902.

[359] R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, Rousseau, 1909.

[360] S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite, op. cit.,* n° 121, p. 68. Ce droit de critique étant constitué en pratique par l'action en justice exercée par la personne lésée.

[361] M. MIGNOT, *Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant reforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IV),* LPA, 22 mars 2016, n° 58, p. 16.

[362] R. JAPIOT, th. précitée, p. 536 et s.

découle plutôt de la nature de la règle violée, et plus précisément des intérêts qu'elle protège[363]. Une nullité est absolue si elle sanctionne la violation d'une règle de droit protectrice de « l'intérêt général ou de l'ordre public ou encore d'intérêts supérieurs aux intérêts privés[364] ». En revanche, elle n'est que relative lorsqu'elle sanctionne la violation d'une règle protégeant un intérêt privé[365].

Porté par Eugène Gaudemet[366], cet aspect de la thèse de Japiot a immédiatement convaincu une grande majorité de la doctrine[367], et a causé un essoufflement de la théorie classique[368]. Par ailleurs, la lecture des ouvrages généraux récents démontre qu'il existait, bien avant la réforme, un consensus en faveur de la théorie moderne et du caractère strictement judiciaire de la nullité[369]. Cette vision particulière est presque devenue une vérité puisqu'elle a été consacrée par la réforme du droit des contrats de 2016.

122. La consécration de la théorie moderne des nullités par la réforme de 2016 – Le consensus en faveur de la théorie moderne était encore plus important au sein des projets de réforme qu'ils la consacraient déjà unanimement. L'article 1130-1 de l'avant-projet Catala de 2005 prévoit que la nullité n'est prononcée que par le juge, à moins qu'elle ne résulte d'un commun accord des parties. Une disposition tout à fait identique avait été inscrite à l'article 98 de

---

[363] *Ibid.* p. 13 : Japiot rappelle que la sanction de la nullité « doit s'adapter au but de la règle dont elle tend à assurer l'observation, et au milieu où pratiquement elle intervient » ; F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, 11ème, Dalloz, 2013, n° 89, p. 118, *in fine*.

[364] R. JAPIOT., th. précitée, p. 583 ; M. MIGNOT, Commentaire précité.

[365] *Ibid.*

[366] E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, p. 147 s.

[367] V. notamment : A. COLIN ET H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1, 1ère eÏd., Dalloz, 1914, p. 74-75 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *TraiteÏ de droit civil*, t. 2, LGDJ, 1957, n° 711, p. 263-264 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil : Les obligations*, t. 1, Les sources, 2ème eÏd., Sirey, 1988, n∞ 217, p. 222.

[368] Le nombre de ses défenseurs avaient alors considérablement réduit. Elle persistait encore notamment sous la plume de Josserand : L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, 3ème éd., Sirey, 1938, n° 150, p. 109 s.

[369] V. Notamment : F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n° 390, p. 437 : « le recours au juge s'impose » dans la mise en œuvre des nullités ; PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.,* n° 697, p. 336 : « la nullité impose un recours au juge » ; J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 4, Les obligations, op. cit.,* n° 104, p. 204.

l'avant-projet diffusé par la Chancellerie en juillet 2008[370], et à l'article 85 de l'avant-projet dirigé par François Terré selon lequel « la nullité est prononcée par le juge, lorsque les parties ne la constatent pas d'un commun accord[371] ». Pour finir, c'est l'avant-projet de la Chancellerie d'octobre 2013 qui avait adopté le même point de vue à l'article 86, al. 1er qui reprenait presque exactement le même texte que le précédent.

123. Un des objectifs de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, était constitué par la clarification du régime des nullités. Comme indiqué précédemment, le Code de 1804 n'envisageait que des nullités particulières et éparses et n'édictait aucune théorie générale les concernant. Une réforme s'imposait donc. Cependant, les difficultés auxquelles elle devait remédier avaient évoluées au gré des modifications légales, jurisprudentielles et doctrinales, et ont fini par dépasser celles liées aux carences du Code civil. De nouvelles attentes ont, en effet, vu le jour suite au concept binaire consacré en droit positif, reprenant l'idéologie de la théorie moderne mais se distinguant par là de la théorie de Japiot qui prévoyait biens plus de nuances que les seules nullités relatives et absolues[372]. Cette prise en compte partielle n'a pas été sans conséquences car certaines dispositions légales prévoient des nullités spécifiques qui n'entrent ni dans la case des nullités absolues, ni dans celle des nullités relatives[373].

Un renouveau de la théorie des nullités, établi par la réforme, était donc bienvenu et attendu, mais les nouveaux articles 1178 à 1185[374] n'en feront rien puisqu'il s'agit essentiellement de codifications à droit constant[375]. Comme pour

---

[370] *Art. 98, Avant-projet Chancellerie, Juillet 2008* : « Les parties peuvent, d'un commun accord, constater la nullité. À défaut, la nullité est prononcée par le juge ».

[371] D. HOUTCIEFF, *Les sanctions des règles de formation des contrats, in* Pour une réforme du droit des contrats, F. Terré (dir.), Dalloz, 2009, n° 6 s., p. 224 s.

[372] J. CHEVALIER : *Rapport général, in Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Travaux de l'Assoc. H. Capitant, t. XIV, 1962, p. 515 : l'auteur souligne qu'entre l'intérêt général et l'intérêt particulier « on passe par des traces progressives et indiscernables ».

[373] A.-S. LEBRET, *Les nullités revisitées,* AJ Contrat 2017, p. 12, n° 1.

[374] Ce ne sont pas moins de huit articles que la réforme dédie aux nullités, pourtant n'apparaît aucune nouveauté.

[375] A.-S. LEBRET, *Article précité*. La nullité conventionnelle pourrait être considéré, dans une certaine mesure, comme une nouveauté. La première innovation est la consécration à l'article 1178 du Code civil d'une nullité conventionnelle. Elle s'applique aussi bien à la nullité relative

bien asseoir la conception moderne, il est prévu au sein du premier alinéa de l'article 1178, que le contrat ne respectant pas les conditions de validité encourt une nullité qui « doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord ». C'est ainsi que la réforme a consacré une théorie rappelant celle du droit de critique élaborée par Japiot et Gaudemet mais qui lui est « moins pragmatique en ce qu'elle se contente de deux catégories d'intérêts et deux types de nullités[376] : l'intérêt général face l'intérêt privé et la nullité absolue face à la nullité relative »[377].

B/ L'opposition entre la nullité partielle dépendant du juge et le réputé non écrit opérant de plein droit

124. Nullité partielle et réputé non écrit se distinguent par leur nature – Le rôle du juge étant inhérent au concept de nullité, la nullité partielle qui demeure une nullité ne peut être confondue avec le réputé non écrit[378]. C'était déjà le cas avant, c'est toujours le cas aujourd'hui[379], la nullité sanctionne le manquement à des conditions de *validité* du contrat, alors que le réputé non écrit sanctionne le manquement à des conditions de *formation* du contrat. Dans le premier cas, c'est le juge qui met un terme à l'existence de l'accord, dans le second, l'acte est mort-né, supprimé de plein droit selon Madame Gaudemet, dans

---

qu'absolue et dispose des mêmes effets que la nullité judiciaire. La nullité conventionnelle est de fait assez étendue, mais nécessitait-t-elle réellement d'être spécialement consacrée pour être envisageable ? La plupart des auteurs ont répondu à cette question par la négative, les parties étaient déjà autorisées à mettre un terme à un contrat en raison de la liberté contractuelle tant qu'elles ne contrevenaient pas à l'ordre public (C. RENAULT-BRAHINSKY, *Droit des obligations,* 14ème éd., Gualino, 2017). En vertu du parallélisme, les parties sont libres de détruire ensemble ce qu'elles peuvent construire conjointement. Dès lors, doit être relativisée la nullité conventionnelle en tant que nouveauté d'une part, et tant qu'ébranlement du caractère judiciaire de la nullité, d'autre part.

[376] Art. 1179 C. civ. : « La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général.

« Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé. »

[377] M. MEKKI, *La nullité entre tradition et modernité,* Fiche pratique, Gaz. Pal., 3 janv. 2017, n° 1, p. 21.

[378] S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite, ibid.*

[379] Puisque la réforme a entériné la théorie moderne des nullités qui était déjà celle appliquée auparavant.

sa thèse consacrée à l'élaboration d'une théorie autonome de la clause réputée non écrite[380].

125. Nullité partielle et réputé non écrit sont distingués par la réforme de 2016 – La théorie de Madame Gaudemet n'a pas été ignorée par l'ordonnance qui ne confond absolument pas ces deux sanctions. À cet égard, Monsieur Mekki regrette que la réforme n'ait pas repris la « nullité partielle » comme expression générique afin de regrouper l'ensemble des techniques permettant de remédier à l'irrégularité d'un acte, sans procéder à son anéantissement[381]. C'est d'ailleurs une suggestion qu'il avait déjà abordée, et même retenue, dans sa thèse sur l'intérêt général et le contrat[382]. Sa volonté de privilégier les termes les plus fédérateurs l'avait incité à considérer le réputé non écrit comme un cas particulier des nullités partielles[383]. L'auteur s'est toutefois félicité de la clarté instaurée par l'article 1184 du Code civil issu de la réforme[384], qui opère une distinction entre les deux sanctions[385].

126. La réforme de 2016 subordonne la nullité partielle à la volonté des parties – En vertu de l'article 1184, al. 1er, l'irrégularité n'emporterait la nullité de l'acte tout entier que si la ou les clauses litigieuses constituent un élément déterminant de l'engagement des parties. À l'inverse, selon le second alinéa, le réputé non écrit pour lequel le contrat est toujours maintenu, sans que

---

[380] S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite, ibid.*

[381] M. MEKKI, *La nullité entre tradition et modernité,* Fiche pratique, Gaz. Pal., 3 janv. 2017, n° 1, p. 21.

[382] M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, op. cit.,* n° 999, p. 588.

[383] *Ibid.,* n° 1001, p. 589 : la clause réputée non écrite « a pu être conçue comme une forme d'inexistence (« R. BAILLOD, *À propos des clauses réputées non écrites*, *in* Mélanges L. BOYER, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 15-38 ; J. CARBONNIER, *Les obligations,* 21ème éd., *op. cit.,* n° 104, p. 196 ; C. J. KULLMANN, *Remarques sur les clauses réputées non écrites*, D. 1993, Chr., p. 59-65 »). Elle est en réalité un type de nullité partielle ».

[384] Art. 1184 C. civ. : « Lorsque la cause de *nullité* n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. »

« Le contrat est maintenu lorsque la loi *répute la clause non écrite*, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien. »

[385] M. MEKKI, *La nullité entre tradition et modernité, op. cit. ;* Du même auteur, *L'incidence de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? Les clauses*, Rev. Sociétés 2016, p. 563, n° 22).

cette condition n'ait besoin d'être remplie. Monsieur Mekki apporte une nuance au critère requis dans le premier alinéa. Il considère que l'exigence de clauses déterminantes de l'engagement des parties n'a pas lieu d'être dès lors qu'il ne s'agit que d'une nullité partielle[386]. Un tempérament auquel nous adhérons car il est en accord avec le sens dont nous souhaitons revêtir la nullité partielle. Cette dernière devrait correspondre à une simple modification de la clause litigieuse (baisse ou augmentation d'un quantum, par exemple), qui par son essence même ne conduit pas à l'anéantissement du contrat. Un contrat modifié est forcément maintenu, autrement la rectification n'aurait strictement aucun intérêt. Ses effets sont donc tout aussi salvateurs vis-à-vis du contrat mais il ne faut pas la confondre avec les procédés dont l'impact est identique. La nullité (envisagée à l'article 1184, al. 1er) consiste en une entière suppression, soit d'une ou plusieurs clauses (si non déterminantes de la volonté des parties), soit de la totalité du contrat, prononcée par le juge. Le réputé non écrit, quant à lui, concerne la suppression automatique d'une ou plusieurs clauses, constatée par le juge (V. *infra*, n° XXX). Ainsi, la nullité partielle se contenterait de *modifier* une ou plusieurs clauses, alors que le réputé non écrit et la nullité (tout court) correspondraient à une *suppression* (d'une ou plusieurs clauses dans le premier cas ; de clauses ou de l'entier contrat dans le second cas), mais selon un régime qui diffère. Le contenu même de l'article 1184 conforte nos propos. Dès lors qu'il s'agit d'une suppression, il est impossible de lui attribuer un autre qualificatif que la nullité *tout court*, peu importe que celle-ci efface la totalité ou seulement une partie du contrat. Dans ces deux cas de figure, le critère auquel est soumis le maintien du contrat (art. 1184, al. 1er) reste en vigueur. En revanche, dès lors qu'il s'agit de la modification du contenu d'une clause, qu'on ne fait que procéder à une rectification de celle-ci, le procédé doit être dénommé *nullité partielle*. Une catégorie à part qui n'est pas évoquée par l'article 1184 (aussi bien l'alinéa 1er, que le second) et qui n'a donc pas à lui être appliqué.

---

[386] M. MEKKI, *La nullité entre tradition et modernité, op. cit.,* (« Pour une illustration, V. Cass. soc., 4 févr. 2014, n° 12-35.333, PB : JCP G 2014, act. 237, obs. N. Dedessus-Le-Moustier »).

127. Le critère supplémentaire que requiert le maintien du contrat dans le cadre de la nullité n'est absolument pas en faveur du déblocage du contrat. Il est cependant louable dans le sens où il préserve la volonté des parties. Au surplus, étant donné qu'il s'agit d'une exception, nous pouvons considérer que la solution est équilibrée (un juste équilibre entre ce que les contractants ont voulu considérer comme essentiel, et leur volonté de voir le contrat exister, et de manière plus générale entre la liberté et la justice contractuelle).

Paragraphe II – Nullité partielle et réputé non écrit : un régime général différent

128. Depuis la théorie de Merlin, on distingue les jugements déclaratifs, qui ne font que constater les droits préexistants, des jugements constitutifs, qui permettent la création de nouveaux droits. Durant une certaine période, la doctrine a remis en cause l'intérêt de ne pas les confondre mais ce point de vue a été de plus en plus dissipé par la doctrine contemporaine. Il est en effet devenu évident que le réputé non écrit opère de lui même alors que la nullité (qu'elle soit partielle ou totale) ne peut prendre naissance sans le pouvoir judiciaire. Dans le premier cas, le jugement déclaratif procède simplement à la vérification de la réalité du droit à une telle sanction sans le créer. Dans le second cas, le rôle du juge est plus crucial puisqu'il permet à la nullité d'exister[387] (A). Ce raisonnement conduisant à considérer que la clause réputée non écrite n'a jamais existé, qu'elle est morte-née, on se rend compte que le mécanisme du réputé non écrit opère indépendamment d'une action en justice[388]. Cette particularité rend ce dernier imprescriptible de sorte que c'est le déblocage du contrat qui, dans ce cadre précis, devient imprescriptible (B).

---

[387] Rép. pr. civ., V° « Chose jugée », n° 49, par C. BOUTY.

[388] S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite,* th. Paris, Économica, Recherches juridiques, 2006, Préf. Y. Lequette, n° 165, p. 90.

A/ La distinction entre le jugement constitutif de nullité et le jugement déclaratif de réputé non écrit

129. Attributs du jugement – Le changement que la décision de justice introduit dans la situation juridique des parties a une portée variable. La théorie de Merlin a marqué une distinction classique entre les jugements constitutifs et les jugements déclaratifs. Les premiers étant censés créer des droits nouveaux tandis que les seconds se borneraient à constater des droits préexistants[389]. Lorsque le juge prononce une adoption, un divorce ou une séparation de corps, une tutelle ou curatelle, et même un redressement judiciaire, il s'agit d'une situation juridique nouvelle qualifiant le jugement de constitutif[390]. Avant d'appliquer cette théorie aux différentes techniques de sauvetage du contrat, il convient de nuancer une polémique selon laquelle cette distinction entre les jugements ne possède aucune raison d'être.

130. Remise en cause de la distinction entre les jugements déclaratifs et constitutifs – Les auteurs ont tendance à ne pas être très convaincus de l'opportunité de ces deux catégories. Il est rapporté en premier lieu que le jugement déclaratif revêt nécessairement un aspect constitutif car même s'il ne s'agit que de la consécration de droits préexistants, il n'en demeure pas moins qu'une situation nouvelle est née[391]. Et comme l'effet d'un miroir, il a également été relevé que le jugement constitutif crée des droits nouveaux, ceux-ci tirent toujours leur source d'une situation préexistante de sorte que tous les jugements seraient déclaratifs de droit[392].

Cette relativisation a été remise en cause par Madame Gaudemet. Elle ne nie aucunement le fait que pour tout jugement la première étape porte

---

[389] L. MAZEAUD, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*, RTD civ. 1929. 17 ; P. ESMEIN, *Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits*, 1914, Librairie de la société du Recueil Sirey, p. 11.

[390] P. RAYNAUD, *La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs, Étude de droit contemporain*, Sirey, 1959, p. 377.

[391] C. BLÉRY, *L'efficacité substantielle des jugements civils,* th. Caen, LGDJ, 2000, Préf. P. Mayer, n° 143 ; X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, 1994, LGDJ, n° 253.

[392] H. MONTAGNE, *De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements en matière civile*, 1912, Limoges, Imprimerie P. Dumont, p. 115 et 122.

nécessairement sur la vérification des conditions d'application d'une règle de droit, notamment en fonction des éléments de faits. L'auteure considère même que cette partie de l'activité juridictionnelle est déclarative. Le raisonnement est néanmoins poursuivi et démontre une subtilité bien plus grande. Comme si elle fractionnait le déroulement du jugement, elle affirme que cet acte déclaratif, que l'on retrouve en toute situation, ne serait que la première partie de la construction du jugement, peu importe qu'il soit déclaratif ou constitutif par la suite[393]. La première étape est toujours déclarative, « on ne saurait, par conséquent, y trouver la clé d'explication de la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs », qui réside plutôt dans la seconde étape de l'activité juridictionnelle.

131. Après avoir retenu la possibilité d'appliquer une règle de droit au litige qui lui est soumis, en recherchant l'existence des conditions d'application dans le cas d'espèce, le juge détermine des effets juridiques qui peuvent être de deux sortes. Ils peuvent correspondre soit à une « situation de droit nouvelle », soit à une « situation de droit existante »[394]. Selon Madame Gaudemet, « c'est là que devrait résider la distinction du déclaratif et du constitutif : le jugement est déclaratif lorsqu'il ne fait que déclarer un état de droit existant ; il est au contraire constitutif lorsqu'il crée un état de droit nouveau[395] ». L'auteure finit par conclure que la seule chose qui importe est la création ou non d'un droit nouveau par le jugement, et appliquer cette constatation aux nullités et au réputé non écrit afin de les distinguer[396].

132. Le caractère constitutif du jugement de nullité – La création d'un droit nouveau peut découler de l'action du juge. Lorsque c'est la loi qui octroie au juge le pouvoir exclusif de créer une situation de droit, on dit que sa décision est constitutive de droit[397]. Or, concernant les nullités, le premier alinéa de l'article 1178 du Code civil prévoit bien qu'elle ne peut être prononcée que par le juge. Le droit constitué par le jugement est la nullité, et la situation qui lui préexiste n'est

---

[393] S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite, op. cit.,* n° 157, p. 87.
[394] *Ibid.* n° 158, p. 87.
[395] *Ibid.* p. 88.
[396] *Ibid.* n° 162, p. 89.
[397] Rép. pr. civ., V° « Chose jugée », n° 49, par C. BOUTY.

que l'annulabilité (un droit de critique). Il est également possible de concevoir que cet élément préexistant est plutôt constitué par la cause de nullité[398] mais en tous cas il ne s'agit en aucun cas de la nullité elle-même. Comme nous l'avons explicité précédemment, même partielle une nullité demeure une nullité et relève donc du pouvoir exclusif du juge. Dès lors, le jugement de nullité partielle doit également être qualifié de constitutif.

133. Le caractère déclaratif du jugement de réputé non écrit – À l'inverse, lorsque la situation de droit n'est pas judiciaire, mais peut requérir une intervention du juge afin d'« obvier à la résistance injustifiée d'une partie à la réalisation du rapport de droit considéré »[399], c'est un jugement déclaratif qui est mis en œuvre. Justement, le fait de réputer non écrite une clause consiste à la considérer comme inexistante dès la conclusion du contrat, la situation de droit était alors préexistante au jugement. Cette sanction « opère d'elle- même (…) indépendamment d'une action en justice[400] ». Le juge ne fait que constater l'absence de valeur contraignante de la clause réputée non écrite[401]. Cette différence de nature entraîne de facto une différence de régime notamment en ce qui concerne la prescriptibilité.

B/ L'opposition entre la prescriptibilité des nullités et l'imprescriptibilité du réputé non écrit

134. Prescriptibilité de la nullité – Étant prononcée par le juge, la nullité, qu'elle soit entière ou partielle, est soumise à une prescription quinquennale[402]. L'article 2224 du Code civil soumet, en effet, les actions personnelles ou mobilières à un délai de cinq ans à compter du jour où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits permettant de l'exercer.

---

[398] S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, *op. cit.,* n° 170, p. 93 : reprenant l'interprétation de Mme C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions, et responsabilité*, th. Paris, LGDJ, 1992, J. Ghestin, n° 542, p. 322.

[399] Rép. pr. civ., V° « Chose jugée », n° 49, par C. BOUTY.

[400] S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite, op. cit.,* n° 165, p. 90.

[401] *Ibid.*

[402] En principe. Un délai qui avait été aligné par la Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

135. La confrontation entre prescriptibilité et exception de nullité – La prescriptibilité de la nullité pourrait néanmoins être remise en cause par la perpétuelle exception de nullité qui s'applique en l'absence de commencement d'exécution du contrat. Application classique de l'adage *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, l'exception de nullité consiste en un moyen de défense contre un créancier ayant assigné son cocontractant en exécution d'une obligation invalide. Alors même que le délai d'action en nullité du débiteur est prescrit, celui-ci pourra soulever, par voie d'exception, cette nullité.

Introduite par une jurisprudence constante retenant que « si l'exception de nullité est perpétuelle, c'est à la condition qu'elle soit invoquée pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté[403] », cette possibilité a été consacrée au sein de l'article 1185 nouveau du Code civil[404]. Ce caractère perpétuel fait l'objet de vives critiques, y compris depuis qu'il a été légiféré[405], pour autant, il faut souligner qu'il « relève davantage de l'exception que du principe[406] ». Peu importe que la nullité soit relative ou absolue, l'exception de nullité est limitée aux seules situations dans lesquelles le contrat n'a reçu aucune exécution, de sorte que son champ se retrouve très restreint[407]. Une règle de droit générale ne pouvant se baser sur le résiduel, l'exceptionnel, les nullités demeurent prescriptibles.

136. Imprescriptibilité du réputé non écrit – La distinction opérée entre le réputé non écrit et la nullité partielle permet de ne pas faire confondre leur régime, bien que ces sanctions ont en commun le maintien du contrat. Ainsi, nous

---

[403] Cass. civ. 1ère, 1er déc. 1998, n° 96-17.761 ; V. également : Cass. civ. 1ère, 13 févr. 2007, n° 05-18.097, qui pose la solution similaire suivante : « l'exception de nullité peut seulement jouer pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté ».

[404] Art. 1185 C. civ. : « L'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution. »

[405] V. par ex. V. D. MAZEAUD, *Proposition de modification de l'article 1185 du Code civil : l'exception de nullité,* RDC 2017, n° 1, p. 184 : « contrairement à ce que suggère le texte, il est plus exact de considérer que l'action comme l'exception de nullité sont soumises à la prescription, à moins que l'exception de nullité ait pour objet d'anéantir un contrat n'ayant fait l'objet d'aucune exécution ».

[406] *Ibid.*

[407] Cass. civ. 1ère, 24 avr. 2013, n° 11-27.082 ; Cass. civ. 1ère, 30 oct. 2013, n° 12-24.448 ; Cass. civ. 1ère, 22 janv. 2014, n° 12-19.911.

pouvons relever que l'acte juridique a la possibilité d'être sauvegardé avec plus de facilité si une clause est réputée non écrite, son effet salvateur étant lui-même imprescriptible. Concernant l'exception de nullité, qui a pour effet de rendre inactive la prescription, elles sont cantonnées aux seuls cas où il y a eu un commencement d'exécution, alors que l'imprescriptibilité des clauses réputées non écrites est générale, elle constitue la règle de principe applicable en toute situation[408]. Le juge qui découvre dans le contrat une clause réputée non écrite peut la constater mais il ne fera que relever une situation juridique déjà existante. Ainsi, aucune prescription extinctive ne devrait être appliquée à l'action en constatation de la clause réputée non écrite[409].

---

[408] S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite, op. cit.,* n° 258, p. 136.

[409] *Ibid.* n° 243, p. 130 ; *V. aussi :* J. KULLMANN, *Remarques sur les clauses réputées non écrites*, D. 1993. 59 , spéc. p. 62 s. ; V. aussi, l'analyse des commentateurs de la loi « Pinel » n° 2014-626 du 18 juin 2014, citées par J. Lafond, in J.-Cl. Commercial, fasc. 116, n° 73. *Adde* quelques confirmations jurisprudentielles de cette position : Cass. civ. 3ème, 12 juin 1991, n° 89-18.331, Bull. civ. III, n° 170 ; D. 1992. 135, obs. C. GIVERDON ; RDI 1991. 379, obs. P. CAPOULADE et C. GIVERDON ; Cass. civ. 1ère, 1er avril 1987, n° 85-15.010, Bull. civ. III, n° 69.

SECTION II
RÉGIMES JURIDIQUES PARTICULIERS DE NULLITÉS PARTIELLES ET DE RÉPUTÉS NON ÉCRITS

137. Pour mettre en exergue de manière concrète les grandes vertus du réputé non écrit des nullités partielles, et s'apercevoir de quelle manière est-ce que ces sanctions permettent de débloquer le contrat, il convient d'envisager certaines d'entre elles. Il n'est pas question de les lister ni d'être exhaustif mais d'aborder en profondeur des domaines dans lesquelles ce type de sanction permet de débloquer le contrat de manière particulièrement pertinente. Dans certains cas, nous proposerons d'étendre encore davantage le mécanisme, non sans justifications. C'est donc une analyse, parfois critique, et non pas une description, à laquelle vont être soumis certaines applications de nullité partielle (§1) et de réputé non écrit (§2).

Paragraphe I – Illustrations de nullités partielles débloquant le contrat

138. Nous aborderons en premier lieu la nullité partielle que prononce le juge lorsqu'il modère les honoraires excessifs (A), puis - avec des propositions de déblocage inédites - celle mise en œuvre en matière de clause de non-concurrence (B).

A/ La révision judiciaire des honoraires

139. La question de la révision judiciaire des honoraires excessifs, certes devenue classique, continue de présenter un intérêt certain, que ce soit à un niveau pratique[410] ou théorique. Parmi les nullités partielles permettant de débloquer le contrat, celle-ci mérite d'être soulignée car elle constitue un des rares cas où le juge s'est auto-octroyé le droit de s'immiscer dans le contrat, d'autant plus que

[410] En atteste l'importance du contentieux auquel la révision des honoraires donne encore lieu.

c'est pour adapter un élément aussi essentiel que le prix. Un pouvoir aussi grand a dû être justifié d'un point de vue théorique ; alors que certains auteurs estiment qu'il relève de la bonne foi contractuelle, nous verrons que le contrôle du prix excessif est peut être trop objectif pour se fonder sur une norme de comportement. Le fondement idoine de la révision des honoraires pourrait donc être la défunte cause, aujourd'hui transformée en contrepartie (1). Mais peut être qu'il est moins important de déterminer le fondement spécifique depuis qu'a été adoptée l'ordonnance du 10 février 2016 qui intègre dans le Code civil une disposition permettant de sanctionner l'abus dans la fixation du prix des contrats de prestation de service[411]. Ce qui n'est pas sans créer un conflit puisque cette nouvelle règle ne prévoit en aucun cas que le juge puisse réviser le prix, seul l'octroi de dommages et intérêts étant permis et, dans une perspective de déblocage du contrat, cela est fort dommageable. Il ne faut toutefois pas se hâter de croire que la révision des honoraires ne sera plus possible à l'avenir car ce cas spécifique ne correspond pas toujours complètement à ce qui est envisagé par l'article 1165 du Code civil. Quoi qu'il en soit, il ne faut jamais considérer que les règles légales suppriment de facto les règles jurisprudentielles antérieures (2).

1. Une révision d'origine prétorienne fondée sur l'intérêt de contracter

140. La Cour de cassation a fréquemment refusé d'accorder le pouvoir aux juges du fond de rétablir l'équilibre entre les prestations[412]. Afin que soit préservée la sécurité juridique, l'interdiction générale leur est faite de « se comporter en ministres de l'équité »[413]. Ce rejet n'est cependant pas absolu puisque la jurisprudence a élaboré quelques tempéraments dans lesquels s'intègre,

---

[411] Art. 1165 C. civ.

[412] S'agissant de la vente de meubles : Cass. civ., 17 mai 1832, S. 32.1.849 ; Cass. com. 9 oct. 1990, RTD. Civ. 1991. 113, obs. J. MESTRE – Du contrat de louage : Paris, 18 oct. 1984, Rev. Trim. Dr. civ. 1985.726, obs. J. MESTRE – De la cession de parts de société : Paris, 11 oct. 1984, Rev. Trim. Dr. civ. 1985.726, obs. J. MESTRE – Du contrat de travail, à une époque où le salaire n'était pas encore régi par la loi : Cass. civ., 20 déc. 1852, D. 1853.1.95.

[413] F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.,* n° 311, p. 348.

depuis la seconde moitié du XIXe siècle[414], la modération judiciaire des honoraires des mandataires et agents d'affaires[415]. Une pratique qui ne présente rien de réellement novateur puisque les juges s'étaient déjà octroyé le pouvoir de réviser la rémunération excessive proportionnellement au service rendu à l'époque de l'Ancien droit[416]. C'est ainsi une tradition de l'Ancien droit qui a été consacrée par la jurisprudence[417], puis étendue aux professions libérales[418] constituées par les avocats[419], conseils en gestion[420], notaires et banquiers[421], ainsi que par les généalogistes, experts-comptables, médecins[422] et architectes[423].

Le fondement de la modération judiciaire des honoraires excessifs est discuté. Certains auteurs ont estimé que ce contrôle judiciaire était justifié par le caractère exceptionnel du prix puisque le mandat se caractérise en principe par la gratuité[424]. Néanmoins, la loi permet expressément que le mandat puisse être rémunéré, et de surcroît, comme ne venons de l'indiquer, le juge ne régule plus

---

[414] G. PIETTE, *La correction du contrat, op. cit.,* n° 701, p. 368 ; H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale, op. cit.*,n° 213, p. 208 ; F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n° 311, p. 348.

[415] En revanche, la Cour de cassation refuse de contrôler les honoraires des mandataires dès lors que la prestation a été effectuée et que le contractant avait accepté le montant : Cass. civ. 1ère, 3 juin 1986, Bull. civ. I, n° 150, JCP 1988. 29791.

[416] S. DRAPIER*, Les contrats imparfaits*, th. Nancy, PUAM, 2001, Préf. G. Goubeaux, n° 237, p. 288 ; E. et G. VAN DIEVOET, *Le pouvoir du juge de réduire le salaire contractuellement fixé de l'agent d'affaires. Histoire d'une jurisprudence*, Mélanges J. Dabin, t. 2, p. 911 s.

[417] Cass. civ. 29 janv. 1867, DP 67.1.53, S. 67.1.245, Grands arrêts, t. 2, n° 280 ; Cass. civ. 9 mai 1866, D. 1866.1.246 et Cass. req. 28 mai 1913, S. 1913.1.116 : au bénéfice d'un client qui avait conclu une transaction, en dehors de son avocat, afin de mettre un terme à un procès ; Cass. civ. 27 déc. 1944, Gaz. Pal. 1945. 1. 77 ; Cass. com. 23 mai 1978, Bull. civ. IV, n° 146, p. 125.

[418] M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel, op. cit.,* n° 122, p. 112 : alors même que ces professionnels n'ont pas une activité de mandataires comme l'a souligné cet auteur ; F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.,* n° 311, p. 348.

[419] Cass. civ. 1ère, 3 mars 1998, JCP 1998, n° 15, actualités, p. 637, obs. R. MARTIN, Defrénois, 1998.734, obs. J.-L. AUBERT, RTD civ. 1998. 404, obs. P.-Y. GAUTHIER ; Cass. civ. 1ère, 7 juill. 1998, CCC 1998, n° 159, obs. L. LEVENEUR ; Pour un point de vue plus développé V. R. MARTIN, *La réduction des honoraires de l'avocat par le pouvoir judiciaire*, JCP 1999.I.110 ; B. BOCCARA, *Du pouvoir judiciaire de réduction de l'honoraire de l'avocat (Libre critique et dialectique judiciaire)*, Gaz. Pal., 1998, doc. 5. – Notons que la Cour. de cassation n'avait pas pour autant autorisé le juge à accorder un remboursement au client de la partie excessive des honoraires versés sans contrainte : Cass. civ. 1ère, 17 juin 1970, D. 1970. Chr. 186, Gaz. Pal. 1970.2.81.

[420] Cass. com. 2 mars 1993, Bull. civ. IV, n° 83, D. 1994. Somm., p. 11, obs. J. KULMANN, RTD civ. 1994, p. 346, obs. J. MESTRE.

[421] Cass. civ. 1ère, 14 mai 1969, Bull. civ. I, n° 181, p. 146 ; Douai, 25 juill. 1952, D. 1953. 47.

[422] Rouen, 12 nov. 1959, D. 1969. 164.

[423] Cass. civ. 1ère, 4 mars 1958, D. 1958. 495.

[424] F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.,* n° 311, p. 349.

seulement le prix du contrat de mandat. Peut être légitimement posée la question de savoir si le fondement peut alors être constitué par la lésion[425]. Cette dernière consiste en un déséquilibre concernant la valeur, or, lorsque les juges procèdent à une réduction des honoraires, le déséquilibre se situe entre l'importance des services réellement rendus et celle des services escomptés au moment de la conclusion du contrat[426].

Empreinte de subjectivité, cette disharmonie fait songer à la cause, certains auteurs n'ont d'ailleurs pas hésité à affirmer que « c'est certainement sur l'absence partielle de cause que se fonde implicitement la jurisprudence[427] ». D'autres auteurs rétorquent que « celle-ci prouve trop[428] » et qu'il faut éviter la généralisation de ce type de révision. Il s'agirait plutôt, selon ces mêmes auteurs réfractaires au fondement de la cause, d'une mise en œuvre de l'équité prenant appui sur l'ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil sanctionnant l'exécution du contrat de mauvaise foi.

141. Cependant, il semblerait que ce genre de situation ne soit pas tant lié au comportement des parties, lequel constitue le véritable objet de la bonne foi. L'obligation de bonne foi ne pouvant être détachée de l'attitude assumée par les parties, l'absence partielle de cause à l'obligation de payer le prix pourrait constituer un fondement plus convaincant[429]. Le juge ne procède à une révision des honoraires qu'après avoir comparé les intérêts du client avec l'intérêt patrimonial que le professionnel devrait tirer de ce contrat. « Il apparaît ainsi que c'est bien de l'équivalence entre l'objet et la cause dont il est question. Si les honoraires sont excessifs en considération du service rendu, la cause, au regard du client, est insuffisante »[430]. En outre, la crainte qu'un tel fondement puisse un jour

---

[425] PH. SIMLER, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, LexisNexis, 2016, n° 43, p. 27.

[426] *Contra* : M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel, op. cit.,* n° 122, p. 113 : l'auteur estimant que la révision des honoraires consiste à sanctionner une lésion dans le « sens technique du terme ».

[427] H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale, op. cit.,* n° 276, p. 288.

[428] F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.,* n° 311, p. 349.

[429] G. PIETTE, *La correction du contrat, op. cit.,* n° 701 s. , p. 368 s. ; H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale, op. cit*., n° 215, n° 248 et n° 276.

[430] G. PIETTE, *ibid.,* n° 701, p. 368.

aboutir à la généralisation de la révision des rémunérations est excessive car celle-ci ne peut s'appliquer qu'aux honoraires en raison de la grande difficulté, parfois l'impossibilité, de fixer un prix dès la formation du contrat.

2. L'incidence incertaine de la consécration du contrôle du prix dans les contrats de prestation de service

142. L'impact de la réforme sur la révision des honoraires – En vertu du nouvel article 1165 du Code civil, l'abus dans la fixation du prix, dans le cadre des contrats de prestation de service, permet de saisir le juge d'une demande en dommages et intérêts[431]. Il convient de se demander si cette nouvelle disposition remet en cause la révision des honoraires permise par la jurisprudence antérieure. Des commentateurs de la réforme soulignent l'importance de ces nouvelles règles du fait de leur origine légale et de leur vocation générale. S'agissant d'une disposition de droit commun, elle pourrait venir influencer ce droit spécial qui n'était pas légiféré. Le juge disposant de nouveaux instruments de contrôle du prix au sein du droit commun, il pourrait les appliquer aux contrats relevant du droit spécial dès lors qu'il est question d'une prestation de service[432]. Des propos que les auteurs ont confortés par l'article 1168 qui rejette fermement la révision pour lésion.

Il nous semble, pour notre part, que cette remise en cause pourrait être tempérée. Tout d'abord l'absence de consécration de la révision pour lésion était déjà existante avant la réforme, et donc lorsque le régime prétorien de révision des honoraires a été admis. Au surplus, le champ de ce nouveau système créé par la réforme est restreint puisqu'il ne correspond qu'aux seuls cas où la rémunération

---

[431] Alors même qu'à l'état de projet, la réforme envisageait de permettre au juge de procéder à une révision du prix en fonction des prix généralement pratiqués, des usages, et des attentes légitimes des parties.

[432] F. LABARTHE, *La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service, in* Libre propos sur la réforme du droit des contrats, LexisNexis, 2016, p. 64 s. ; T. REVET, *Le juge et la révision du contrat*, Colloque : *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats* », RDC/2, 2016, p. 373 : « La non codification de la règle prétorienne permettant au juge de réviser le prix initialement convenu d'une prestation de service quand ce prix n'est pas en harmonie avec la valeur réelle du service fourni suggère que le Gouvernement a entendu la neutraliser, même s'il est indéniable que les raisons qui justifient le maintien de cette jurisprudence demeurent après l'entrée en vigueur de la réforme » ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, op. cit.,* n° 431, p. 353.

est fixée de manière unilatérale après l'accomplissement de la prestation, « et non du cas – très différent par le problème qu'il soulève – d'un prix arrêté entre les parties avant que cette prestation n'ait eu lieu »[433]. Enfin, plus généralement, la prudence invite à ne pas considérer que « le silence de la loi » entraîne de facto l'« abrogation d'une règle prétorienne[434] ».

B/ La révision judiciaire des clauses de non-concurrence

143. La rupture du contrat de travail ne conduit pas nécessairement à la libération du salarié. C'est notamment le cas lorsqu'il doit se soumettre à une obligation de non-concurrence prévue dans une clause. Une obligation qui d'ailleurs peut aussi naître sous l'impulsion de la vente d'un fonds de commerce, d'une location-gérance, d'une franchise, d'une agence commerciale, d'une cession de clientèle, ou encore d'une cession de parts sociales. L'obligation de non-concurrence consiste en une obligation de ne pas faire, puisqu'elle contraint le débiteur de non-concurrence à s'abstenir d'exercer une activité professionnelle susceptible de concurrencer le créancier de non-concurrence, pendant la durée du contrat ou après sa rupture[435]. À ce titre, la clause de non-concurrence permet, par le biais de l'unique volonté des parties, de restreindre le principe de la libre concurrence censée gouverner le marché[436]. L'atteinte qu'elle porte, de surcroît, à la liberté de travail[437] ainsi qu'à la liberté du commerce et de l'industrie[438], et

---

[433] C. GIJSBERS, *La révision du prix,* RDC 2017, n° 3, p. 564.

[434] F. LABARTHE, *La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service, op. cit.*

[435] Y. SERRA, *L'obligation de non concurrence dans le droit des contrats*, Bibl. dr. com., Sirey, 1970, t. 23 ; Y. PICOD et S. ROBINNE, V. *Concurrence (obligation de non concurrence),* Rép. trav., Mai 2009 (actu. oct. 2016), n° 1 ; D. VIDAL, *Les clauses de non concurrence, in* Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, Coll. IDA Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990, PUAM, 1990, p. 83.

[436] *Ibid. ;* Renvoyant pour l'étude du principe de la liberté de la concurrence à la bibliographe suivante : M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit interne et communautaire de la concurrence*, 4ème éd., 2008, Sirey U ; n° 202 ; D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, 2007, Sirey U, n° 536 ; L. VOGEL, *Droit français de la concurrence*, 2006-2007, Lawlex, n° 2 ; Y. AUGUET, *Droit de la concurrence*, 2002, Ellipses, p. 30 ; Y. SERRA, *Le droit français de la concurrence*, 1993, Dalloz, p. 11 s. ; J. AZÉMA, *Le droit français de la concurrence*, 2ème éd., 1989, PUF, coll. Thémis, n° 84.

[437] La liberté du travail a été affirmée dans un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de Cassation en date du 19 novembre 1996. Il ne s'agit pas d'une consécration pour autant puisqu'elle constitue en tant que tel un principe constitutionnel, fondé sur l'art. 7 de la loi des 2 et17 mars 1791.

[438] Le principe de liberté du commerce et de l'industrie titre sa source du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 selon lequel « il sera libre à toute personne d'exercer telle profession, art, ou métier

donc à des libertés fondamentales, avaient alimenté une réelle méfiance de la part de la doctrine et de la jurisprudence[439].

144. L'admission de telles clauses n'avait donc rien d'évident, mais elle a pu voir le jour grâce à l'exigence de conditions de validité permettant de compenser les atteintes causées au marché ainsi qu'à la liberté de travail et d'industrie. Parce que leur manquement peut conduire à l'entière nullité de la clause de non-concurrence, il ne faut pas se contenter de les décrire et étudier la légitimité de leur existence et, plus particulièrement, de leur mise en œuvre. La nullité totale de la clause de non-concurrence est-elle prononcée trop facilement ou cantonnée à des manquements présentant un caractère fondamental et irrémédiable ? Notre approche vise, en premier lieu, à vérifier si chacun des critères exigés ne constitue pas une source de blocage du contrat. Cela ne peut être le cas que si les remparts posés par la jurisprudence ne sont pas justifiés (1).

En second lieu, nous mettrons l'accent sur les possibilités dont dispose, ou pourrait disposer, le juge pour réparer les cassures que subit la clause de non-concurrence. La question est loin de concerner uniquement la sanction réductive appliquée à la clause insuffisamment limitée dans le temps et l'espace. Notre point de vue portera sur l'opportunité de l'immixtion du juge réécrivant les termes de l'accord conclu. L'objectif consiste surtout à démontrer que la correction salvatrice de l'élément litigieux permet bien plus que le maintien de l'existence de la clause de non-concurrence. Elle lui permet également de produire des effets efficaces et utiles, sans pour autant léser l'un ou l'autre des contractants. La protection de la concurrence à laquelle le créancier peut légitimement prétendre n'est pas supprimée et le débiteur est restauré dans ses droits. Le sauvetage de la

---

qu'il trouvera bon ». Le Conseil d'État ayant précisé en 1988, qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution ("la loi fixe les règles concernant (…) les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques"), la liberté du commerce et de l'industrie est au nombre des libertés publiques pour lesquelles il appartient au seul législateur de fixer les garanties fondamentales (C.E. ass. 16 déc. 1988, Association des pêcheurs aux gilets et engins Garonne). Cette liberté dispose en outre d'une valeur constitutionnelle (Cons. constit., 16 janv. 1982 : décision relative aux lois de nationalisation consacrant la liberté d'entreprendre ; *Adde* Cons. constit., 20 mars 1997).

[439] G. PIETTE, *La correction du contrat, op. cit.,* n° 1011, p. 537 ; D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale,* th. Paris, LGDJ, 1992, n° 445, p. 253 : l'auteur considérant que la restriction à la liberté du travail, et à la liberté du commerce et de l'industrie, qu'occasionne la clause de non-concurrence rendrait légitime le fait de la frapper d'une nullité d'ordre public. Les lois protégeant ces libertés étant, en effet, des dispositions d'ordre public.

clause de non-concurrence n'étant pas une fin en soi puisque l'équilibre et la proportionnalité de la sanction sont les buts recherchés (2).

1. Les conditions de validité de la clause de non-concurrence à travers le prisme du blocage contractuel

145. La clause de non-concurrence constitue une manifestation de la volonté des parties. Grâce à la liberté contractuelle dont ces dernières bénéficient, elles se sont créé leur propre loi, une loi restreignant la concurrence sur un marché[440]. Et pourtant, il serait inimaginable aujourd'hui de remettre en cause leur validation, qui a eu lieu très tôt, à partir de l'année 1900[441], et qui a été érigée en principe[442]. Cette obligation contractuelle de non-concurrence est même devenue indispensable dans la gestion de l'après-contrat de travail élaborée par la pratique[443]. La jurisprudence ayant souhaité établir un équilibre, une conciliation, entre le droit des contrats et le droit du travail, mais aussi entre la liberté contractuelle et la libre concurrence, elle a évidemment soumis la validité de telles clauses à des critères très stricts.

146. Il ne fait aucun doute que la discussion ne porte plus sur la validation elle-même mais sur les conditions qu'elle requiert : sont-elles alternatives ou cumulatives ? La condition relative au paiement d'une contrepartie est-elle toujours exigible ? Et celle concernant la légitimité est-elle opportune ? Alors que la réponse à certaines de ces interrogations n'est pas si bien arrêtée que cela, la loi « Macron » est venue perturber un peu plus les choses, puisqu'elle amène à

---

[440] D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale, op. cit.,* n° 445, p. 253 : décrivant l'admission de la clause de non-concurrence comme « un sacrifice conditionnel de la liberté du travail et de la liberté d'entreprendre (qui) a eu lieu au nom de la liberté contractuelle et sur l'autel de l'article 1134 (ancien) du Code civil » ; M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, 1ère éd., 2006, Dalloz, coll. Précis, n° 540 ; Y. PICOD et S. ROBINNE, V. *Concurrence (obligation de non concurrence),* Rép. trav., n° 1.

[441] Cass. civ., 2 juill. 1900, D.P. 1901, 1, p. 294 ; conf. -26/3/1928, D. 1930, 1, Jur. P. 145, note M. PIC.

[442] D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale, op. cit.,* n° 446, p. 253 : l'auteur regrettant que la jurisprudence ait érigé « en principe la validité des clauses de non-concurrence », alors qu'elle aurait revêtir le statut d'exception vu les restrictions de liberté qu'elle engendre et la crise économique et sociale.

[443] J. AMIEL-DONAT, *Les clauses de non-concurrence en droit du travail,* Litec, 1988 ; G. PIETTE, *La correction du contrat, op. cit.,* n° 1011, p. 537.

s'interroger de nouveau sur la validité tout court de la clause de non–concurrence intégrée dans certains contrats de distribution[444]. Nous ne traiterons pas spécialement de la question relative à l'admission de la clause de non-concurrence, que ce soit généralement ou spécialement, pour nous concentrer plutôt sur les pouvoirs dont dispose le juge pour corriger, de manière salvatrice, les manquements aux critères exigés par la jurisprudence. Certains d'entre eux permettent de respecter des dispositions d'ordre public auxquelles on ne peut déroger, tel est le cas lorsque la Cour de cassation exige que la clause de non-concurrence soit indispensable à la protection des intérêts légitimes du créancier (b). Il existe également des critères sous la forme de limitation : l'une spatiale, l'autre temporelle. En cas d'excès, ces deux limitations peuvent être facilement corrigées puisqu'il s'agit d'un quantum (a). Enfin, pour ce qui est de la contrepartie pécuniaire, nous démontrerons que sa fixation ou sa modulation judiciaire est empêchée surtout en raison d'une qualification erronée. L'obligation de non-concurrence contractuelle pouvant davantage être apparentée à un service non salarié, il semble plus opportun de soumettre la contrepartie financière au régime des prestations de service plutôt qu'à celui du salariat (c).

a. Le regrettable abandon du caractère alternatif des limitations spatiale et temporelle

147. De critères alternatifs bloquant moins facilement le contrat – Le premier critère imposé par la Cour de cassation est constitué par la limitation de la clause dans le temps et l'espace. Dans l'arrêt de principe rendu en 1900, elle avait estimé que « la liberté de faire le commerce ou d'exercer une industrie ne peut être restreinte par des conventions particulières que si ces conventions n'impliquent pas une interdiction générale et absolue, c'est-à-dire illimitée tout à la fois quant au temps[445] et quant au lieu[446] ». C'est à cet égard que s'est posée la question,

---

[444] F. BUY, *Loi « Macron » : focus sur les clauses restrictives d'après-contrat,* D. 2015, p. 1902.

[445] S'agissant de la limitation temporelle, un auteur estime qu'elle tire sa source de l'article 1780, al. 1er, du Code civil, selon lequel « on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée », qui conduit à interdire à quiconque de souscrire à un engagement perpétuel de ne pas exercer une activité professionnelle donnée (Pour une application de cette analyse, l'auteur renvoie à une des premières décisions rendue à ce sujet : Cass. civ. 11 mai. 1858, S.1858, 1, p. 747 ; V. aussi : Cass. civ., 28 juin 1887, S. 1887, 1, p. 380 ; Cass. civ., 20 mars 1929,

difficilement résolue, notamment en raison de la divergence des chambres, du caractère cumulatif.

Classiquement, était retenu le caractère alternatif : la clause de non-concurrence devait seulement être limitée dans le temps ou l'espace. Une position remontant aux origines de l'admission de ce type de clause puisque l'arrêt de principe, rendu en 1900[447], prévoyait déjà la possibilité de stipuler une clause de non-concurrence perpétuelle dès lors qu'elle est assortie d'une limitation spatiale ou, corrélativement, une telle clause illimitée dans l'espace mais qui n'a été prévue que pour une certaine durée[448].

148. À des critères cumulatifs plus sévères – Après que la chambre sociale ait perturbé encore un peu plus les choses en décidant, dans certains arrêts[449], de soumettre la clause de non-concurrence à un critère supplémentaire, constitué par la possibilité laissée au salarié d'exercer normalement son activité professionnelle[450], les limitations spatiale et temporelle ont fait l'objet d'une exigence cumulative[451]. Ce durcissement des conditions de validité de la clause de non-concurrence a ensuite été rejoint par la troisième chambre civile qui, de la

---

D.P. 1930, 1, p. 13, note P. VOIRIN) : M. GOMY, *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence,* th. Perpignan, PUP, 2000, Préf. Y. Serra, n° 153.

Depuis, l'ordonnance du 10 février 2016, réformant le droit commun des contrats, prohibe expressément les engagements perpétuels (art. 1210, al. 1er). Une nouvelle disposition qui constituera désormais le fondement de l'exigence de la limitation temporelle des clauses de non-concurrence.

[446] Cass. civ., 2 juill. 1900, D.P. 1901, 1, p. 294.

[447] Cass. civ., 2 juill. 1900, *Ibid.*

[448] Dans le même sens, la Cour suprême avait déjà décidé, auparavant, que « la restriction (de concurrence) est valable lorsque, librement consentie, elle est *perpétuelle mais limitée à un lieu déterminé*, comme aussi lorsque, *s'étendant à tous les lieux, elle ne doit être observée que pendant un certain temps* » : Cass. civ., 18 mars 1886 ; Cass. com. 19 mai. 1987, Bull. civ. IV, n° 121, D.1990. Somm 177, obs. Y. SERRA.

[449] Cass. civ. 2 août. 1938, D.H.1938.513 ; Cass. soc. 18 oct. 1952, D.1952.795 ; JCP G. 1953.II.7519 ; RTD civ. 1953. 124, obs. J. CARBONNIER : « pour être valable, une clause de non-concurrence doit laisser au salarié la possibilité d'exercer normalement l'activité qui lui est propre » ; Y. PICOD et S. ROBINNE, V. *Concurrence (obligation de non concurrence),* Rép. trav., n° 53. *Adde* Paris, 25 oct. 1994, D. 1995, Somm. com., p. 207, obs. Y. SERRA (précisant que la clause de non-concurrence ne doit pas empêcher le salarié d'exercer normalement son activité professionnelle compte tenu de ses diplômes, de sa qualification, et de son expérience professionnelle) ; Cass. soc. 18, fév. 1997, D. 1998, Somm. com., p. 220, obs. Y. SERRA.

[450] M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel, op. cit.*, note de bas de page n° 352, n° 138, p. 125.

[451] Consacrant le caractère cumulatif : Cass. soc., 4 mars 1970, Bull. civ. V, n° 155 ; Cass. soc., 21 janv. 1972, Bull. civ. V, n° 35.

même manière, a décidé du caractère cumulatif des deux limitations en question[452]. Peu à peu, le caractère cumulatif avait toutefois été abandonné ; majoritairement[453], mais pas systématiquement, c'est une exigence alternative qui était retenue, laissant ainsi la pratique et la doctrine dans une grande incertitude[454]. Le 10 juillet 2002, par de nombreux arrêts rendus le même jour, la chambre sociale finit par affirmer de manière très nette le caractère cumulatif des limitations dans le temps et l'espace[455], la finalité principale étant de préserver davantage la liberté professionnelle du salarié[456]. Quant à la chambre commerciale, elle avait affirmé sans ambiguïté sa préférence pour le caractère alternatif de ces limitations[457]. Elle a cependant rendu plusieurs arrêts en 2013[458], démontrant sa volonté de se rallier aux autres chambres sur ce point, et donc d'adopter une position davantage protectrice des libertés que vient restreindre la clause de non-concurrence[459].

En dépit de la sévérité du caractère cumulatif qui a été retenu, le déblocage contractuel à l'égard de ces limitations reste favorable. Chacune d'entre elles pouvant, en effet, être réduites par le juge (V. *infra*). Toutefois, la Cour de cassation ne s'est plus contentée de ces limitations et de la possibilité laissée au

---

[452] Cass. civ. 3ème, 18 mars 1987, Bull. civ. III, n° 59, D. 1988. Somm. 177, obs. Y SERRA.

[453] Notamment, Cass. com., 30 oct. 1989, Bull. civ. IV, n° 260 ; Cass. soc., 27 juin 1984, Bull. civ. V, n° 269.

[454] Y. SERRA, *Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du* travail, D. 2002. 2491, note ss Cass. soc., 10 juillet 2002 : « La question de savoir si ces limitations de temps et d'espace présentaient un caractère alternatif ou cumulatif a suscita l'hésitation. Mais on pouvait plutôt estimer que la jurisprudence était fixée dans le sens qu'il n'est pas nécessaire que la clause de non-concurrence obligeant le salarié soit limitée à la fois dans le temps et dans l'espace, une seule de ces limitations étant suffisante »; Y. PICOD et S. ROBINNE, V. *Concurrence (obligation de non concurrence),* Rép. trav., n° 52.

[455] Cass. soc., 10 juillet 2002 (3 arrêts) : « une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives » ; D. 2002. 2491, note Y. SERRA : rappelant que cette solution permet d'harmoniser le droit français avec la majorité des législations européennes, et même de se conformer à ce qui est préconisé par les autorités de la concurrence retenant également un caractère cumulatif.

[456] Y. SERRA, D. 2002. 2491, note ss Cass. soc., 10 juillet 2002 ; Y. PICOD et S. ROBINNE, V. *Concurrence (obligation de non concurrence),* Rép. trav., n° 52.

[457] Cass. com. 30 oct. 1989, Bull. civ. IV, n° 260.

[458] Cass. com. 12 févr. 2013, n° 12-13.726 ; Cass. com. 8 oct. 2013, n° 12-25.984, D. 2013, p. 2398 et p. 2741, note T. FAVARIO – Déjà en ce sens : Cass. com., 24 novembre 2009, n° 08-17.650.

[459] Y. PICOD, Centre de droit de la concurrence Yves Serra, D. 2013, Chron. Concurrence, p. 2812.

salarié d'exercer normalement son activité. Le régime de la clause de non-concurrence s'est véritablement durci avec le temps.

b. L'appréciation aléatoire et subjective du juge de l'indispensabilité de la clause de non-concurrence

149. La jurisprudence a très vite procédé à l'adjonction de nouveaux critères ne constituant ni un quantum, ni une étendue. Plus précisément, de par leur nature, ils ne peuvent pas faire l'objet d'une correction salvatrice de la part du juge. Ils ne peuvent qu'exister ou ne pas exister, il n'y a donc aucune alternative. Par l'effet de l'entière nullité, le manquement à l'un d'eux fait disparaître, inévitablement, la clause de non-concurrence. Avec une telle configuration, le seul élément susceptible de nous intéresser réside dans la légitimité de ces conditions. Si l'une d'elles présente un caractère contestable, elle entraîne un blocage de l'obligation de non-concurrence contractuelle[460].

150. La clause licite doit être indispensable aux intérêts légitimes du créancier – En 1992, la clause de non-concurrence avait franchi un nouveau palier suite à la décision rendue par la chambre sociale de la Cour de cassation qui l'a soumise à un contrôle de légitimité[461]. La clause n'est licite que si elle est indispensable aux intérêts légitimes du créancier de l'obligation de non-concurrence. Précisément, il faut pouvoir prouver que celle-ci constitue un mal nécessaire, que le créancier ne dispose d'aucune autre possibilité que la clause de non-concurrence pour bénéficier d'une protection nécessaire. À défaut, l'atteinte portée à la liberté du débiteur de non-concurrence ne pourrait se baser sur aucune justification. L'interrogation qui se pose concerne donc la légitimité exigée par la Cour de cassation. Étant donné qu'elle permet de justifier l'entrave causée à plus d'une liberté (celle du travail et de commerce, auxquelles s'ajoute la libre

---

[460] Le blocage du contrat ne correspondant pas à tout élément susceptible d'entraver l'existence ou la poursuite de celui-ci. En renvoyant à une situation (et non une définition) qui entrave l'efficacité du contrat et qui immobilise les parties dans une impasse qui n'a pas lieu d'être, le blocage contractuel ne peut se concevoir que s'il est illégitime.

[461] Cass. soc., 14 mai 1992, « Godissart c/ Siulhiol », Bull. civ. V, n° 309, D. 1992. 350, note Y. SERRA ; JCP 1992.II.21889, note J. AMIEL-DONAT – CA Douai, 30 nov. 1994, D. 1995, Som. com. p. 259, obs. Y. SERRA.

concurrence que le salarié est censé retrouver au moment de la rupture du contrat de travail[462]), ce n'est pas en elle même que se pose la critique relative à cette condition. Il en va autrement concernant la question, bien plus délicate, de sa mise en œuvre et de ses conséquences.

151. L'impossible appréciation objective des intérêts légitimes du créancier – L'appréciation du caractère indispensable de la clause de non-concurrence qu'effectue le juge semble relever de l'équité puisqu'elle le conduit à juger en opportunité, peut être de manière trop subjective[463]. Nous ne sommes pas contre l'introduction d'un soupçon d'équité pour rééquilibrer des décisions conduisant à une injustice contractuelle peu acceptable. Néanmoins, dans le cas présent, il est question d'un critère qui, faute d'obéir à une « norme précise », octroie au juge un pouvoir peut être trop important au vu des enjeux (notamment celui relatif à la privation du créancier du bénéfice d'une obligation de non-concurrence). Il semblerait que dans ce contexte, le juge dispose « d'un pouvoir de censure fondé sur sa propre sensibilité, (puisque) la clause ne sera légitime que s'il l'estime utile[464] ».

Le blocage de la clause de non-concurrence annulée en raison du manque de légitimité du créancier, et donc à cause du défaut d'une condition qui n'emporte pas totalement la conviction, constitue sans aucun doute un blocage contractuel. Dès l'instant où on constate que cette annulation excessive opère un sacrifice de la force obligatoire du contrat, il ne peut en aller autrement[465]. La

---

[462] Y. AUGUET, *La légitimité de la clause de non-concurrence en droit du travail,* LPA 1998 n° 75, p. 14 : l'auteur rappelant que pendant la durée du contrat de travail, le salarié est soumis, de plein droit, à une obligation de non-concurrence légale. Celle-ci est indiscutable et approuvée de manière unanime par la doctrine. Cette obligation de non-concurrence n'a cependant plus lieu d'être lors de la rupture du contrat de travail qui, sauf clause contraire, libère le salarié. À ce sujet, *Adde*, du même auteur : *Concurrence et clientèle. Contribution à l'Ètude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, th. Perpignan, LGDJ, 2000, Préf. Y. Serra, n° 353 s.

[463] Cass. soc. 1er mars 1995, D. 1996, Somm. com., p. 245, obs. Y. SERRA ; Cass. soc. 4 juin 1996, D. 1997, Somm. com., p. 100, obs. Y. SERRA ; G. PIETTE, *La correction du contrat, op. cit.,* n° 1014, p. 538 ; S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats,* th. Paris XI, LGDJ, 2000, Préf. H. Muir-Watt, n° 502, p. 194.

[464] S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats, ibid.,* n° 503, p. 195.

[465] S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats, ibid.,* n° 501, p. 194 : l'auteur relevant, par ailleurs, en ces lignes le démenti qu'apporte cette nouvelle règle à la suffisance de la volonté des parties pour créer une clause valable, puisqu'il ne peut en advenir ainsi que dans l'hypothèse de son utilité.

suppression de ce critère, quitte à la compenser en appréciant plus sévèrement les autres, pourrait donc constituer un moyen de déblocage de la clause de non-concurrence. L'annulation de cette dernière présente de graves conséquences à l'égard de la personne du créancier et, objectivement, à l'égard des principes directeurs du droit des contrats. La négligence absolue des intérêts du créancier causée par l'appréciation du caractère indispensable de la clause par les juges, peut être illustrée par l'affaire de 1992[466]. Dans cet arrêt, l'annulation de la clause de non-concurrence prononcée par les juges a permis au débiteur de se réinstaller en exerçant, en toute impunité, une activité identique chez un concurrent de la même ville qui n'était alors composée que de 22 000 habitants[467]. Avec une telle configuration, le manquement à ce critère peut causer préjudice à plus d'un créancier puisque, contrairement à ses prévisions, il ne bénéficie d'aucune protection de la concurrence. Lorsqu'il est question d'une condition de validité de la clause de non-concurrence qui ne renvoie pas à une donnée réductible, le déblocage que permet la nullité partielle est exclu. Il n'est donc pas permis que ladite condition soit mal assise.

152. Tout cela étant dit, tel n'est pas le cas du critère de la légitimité car il repose sur bien plus tangible et objectif que l'équité. Son fondement se trouve, en effet, dans la théorie modernisée[468] de la (défunte) cause[469]. Pour être licite, la restriction conventionnelle de concurrence ne peut se contenter de l'accord mutuel

---

[466] Cass. soc., 14 mai 1992, « Godissart c/ Siulhiol », Bull. civ. V, n° 309, *op. cit.*

[467] G. PIETTE, *La correction du contrat, op. cit.* n° 1014, p. 538.

[468] La modernisation de la cause étant le mouvement qui l'a menée vers la prise en compte de l'équilibre. La volonté des parties n'étant plus, depuis longtemps, une considération suffisante.

[469] Y. AUGUET, *La légitimité de la clause de non-concurrence en droit du travail, op. cit.,* : « D'un point de vue technique, (…) il semble que le fondement de l'exigence de légitimité repose sur l'affirmation de la théorie moderne de la cause. »

Le fondement restant valable malgré la suppression de la cause par la réforme. Elle n'a, en effet, pas abrogé l'article 6 du Code civil selon lequel « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », et elle a par ailleurs conduit à l'adoption de l'article 1162 du Code civil qui soumet expressément le contrat au respect de l'ordre public, autant en ce qui concerne ses stipulations que le but poursuivi. En outre, le Code du travail prévoit, depuis longtemps, un texte qui consacre une manifestation spéciale de la licéité de la cause, et qui se suffit donc à lui même. Ce code contient, en effet, une disposition (art. L. 1121-1) en vertu de laquelle « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché » (Y. AUGUET, *La légitimité de la clause de non-concurrence en droit du travail, ibid. :* l'auteur citant sur ce point l'ancien article L. 120-2 du Code du travail).

des parties puisque sa conformité dépend étroitement de la présence d'une fin légitime[470]. Ne peut être licite que le contrat conforme à l'ordre public et aux dispositions prévues par la loi[471]. Or, le libre jeu de la concurrence est rattaché à l'ordre public économique[472] et protégé par les lois prohibant les pratiques restrictives de concurrence, de sorte qu'est illicite l'obligation de non-concurrence contractuelle qui n'est pas indispensable à la protection des intérêts légitimes du créancier. La portée de cette condition est telle que le juge doit la contrôler avant toute autre, son défaut conduit inévitablement à la nullité de la clause et prive donc de tout intérêt l'examen des autres critères[473].

153. Le contrôle ne s'arrête pas à la constatation de l'existence d'un intérêt légitime puisque ce dernier doit, en outre, répondre à un critère de proportionnalité[474]. Plus précisément, la jurisprudence requiert le respect d'une proportionnalité [475] « entre les intérêts légitimes de l'entreprise qu'il est indispensable de protéger et l'atteinte apportée par la clause de non-concurrence à la liberté professionnelle du salarié [476], mais aussi éventuellement entre l'importance de cette atteinte et le montant de la contrepartie financière versée par l'employeur au salarié[477] ». Il n'y a rien à redire à propos de cette exigence

---

[470] Y. AUGUET, *La légitimité de la clause de non-concurrence en droit du travail, ibid.*

[471] Il s'agit là de la définition de la « licéité » (Vocabulaire juridique, G. CORNU, *op. cit.)*

[472] Sur cette question : V. Cons. const., décision n° 2012-280 QPC, 12 octobre 2012, Société Groupe Canal Plus et autre, § n° 11 ; Cons. const., décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, Société Système U Centrale Nationale et autre ; T. PEZ, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel,* n° 49, dossier : l'entreprise, oct. 2015, p. 44 à 57, n° 6 s.

[473] Y. PICOD et S. ROBINNE, V. *Concurrence (obligation de non concurrence),* Rép. trav., *op. cit.,* n° 73.

[474] Cass. com., 9 nov. 1993, Bull. civ. IV, n° 399, D. 1994. 399, note M. LOMBARD ; Somm. com. p. 220, obs. Y. SERRA – Cass. soc. 4 janv. 1994, D. 1995. 205, note Y. SERRA ; RTD civ. 1994. 349, obs. J. MESTRE – Cass. soc., 16 déc. 1997, n° 96-10.859, D. 1998, somm. 213, obs. Y. SERRA – Cass. soc. 10 juill. 2002, Bull. civ. V, n° 239, D. 2002. 2491, note Y. SERRA ; Contrats, conc. consom., 2002, n° 141, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; D. 2002. Somm. 3111, obs. J. PÉLISSIER ; *Les grands arrêts de droit du travail*, 3ème éd., n° 45.

[475] Qui, en droit du travail, est fondé sur l'article L. 1121-1[475] Cod. trav. (anc. art. L. 120-2). Étant précisé, néanmoins, que la chambre sociale de la Cour de cassation ne s'est référée expressément à ce texte qu'à partir des arrêts rendus le 10 juillet 2002.

[476] *Adde,* M. TEXIER, *La désorganisation, Contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise,* th. Perpignan, PUP, 2006, Préf. Y. Picod, n° 395, p. 299.

[477] Y. PICOD et S. ROBINNE, V. *Concurrence (obligation de non concurrence),* Rép. trav., *op. cit.,* n° 71 ; *Adde* S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats, op. cit.* n° 526 s., p. 203 s. ; Y. AUGUET, *Au nom de la cause (...), vive la généralisation du critère de proportionnalité*, Dr. et patr., mars 2001, n° 91, p. 33 s.

supplémentaire, elle permet de combler les craintes liées à la trop grande subjectivité dont pourrait faire preuve le juge lorsqu'il contrôle les intérêts légitimes du créancier vis-à-vis de la clause de non-concurrence. Concentrée sur l'équilibre entre les droits et les obligations des parties, l'exigence de proportionnalité a pour vertu une objectivisation du contrôle de licéité de la clause de non-concurrence[478]. La proportionnalité ne se base en effet ni sur l'intérêt des parties, ni sur leur rapport, mais sur les obligations échangées[479].

c. L'opportune requalification de la contrepartie financière comme rémunération d'un service non salarié

154. Plus récemment, en droit du travail[480], la jurisprudence a érigé comme nouvelle condition l'existence d'une contrepartie financière[481]. Sous peine de nullité, l'employeur doit donc verser une certaine somme au salarié en contrepartie de la restriction à sa liberté de travail. Ce type d'obligation de non-concurrence étant de source contractuelle, il a fallu se conformer également aux conditions générales de validité du contrat, parmi lesquelles figure la cause[482]. La contrepartie financière a donc permis de revêtir l'engagement du débiteur de non-concurrence d'une cause[483].

---

[478] S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats, op. cit.,* n° 533, p. 205.

[479] *Ibid.*

[480] Et seulement en droit du travail, puisque les débiteurs de non-concurrence qui ne sont pas salariés ne peuvent en aucun cas prétendre à une contrepartie financière. Par ex., à propos d'un associé, V. : Cass. com., 8 oct. 2013, n° 12-25.984, Rev. sociétés, 2014, p. 102, note J.-F. BARBIÉRI ; Dr. sociétés 2014, n° 2, note R. MORTIER ; BJS 2014, p. 17, note B. SAINTOURENS.

[481] Cass. soc. 10 juill. 2002, Bull. civ. V, n° 239, D. 2002. 2491, note Y. SERRA ; LPA, 22 août 2002, p. 10, obs. G. PICCA et A. SAURET ; Contrats, conc. consom., 2002, n° 141, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; D. 2002. Somm. 3111, obs. J. PÉLISSIER – Cass. soc., 23 janv. 2003, D. 2003. IR. 531 – Cass. soc. 18 mars 2003, D. 2003. IR. 1107 (les deux derniers arrêts ayant procédé à une confirmation de ceux rendus en 2002).

[482] Art. 1131 anc. C. civ.

[483] Y. SERRA, *Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail*, D. 2002. 2491 ; M. TEXIER, *La désorganisation, Contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise, op. cit.,* n° 396, p. 299 ; Y. PICOD et S. ROBINNE, V. *Concurrence (obligation de non concurrence),* Rép. trav., *op. cit.,* n° 60 : relevant le « respect du principe fondamental du droit des obligations concernant l'existence de la cause, c'est-à-dire de l'intérêt à contracter. »

155. La nécessité indiscutable de la contrepartie financière de l'engagement de non-concurrence – Avant 2002, la jurisprudence n'imposait pas de contrepartie financière mais l'exigence d'une cause à tout engagement contractuel (anc. art. 1131) était déjà en vigueur[484], de sorte que cette nouvelle condition a pu bénéficier d'une rétroactivité[485]. Ainsi, les clauses de non-concurrence dépourvues de contrepartie financière, conclues avant la naissance de cette jurisprudence, encouraient également l'annulation[486]. C'est dire à quel point, en droit du travail, cette dernière condition est fondamentale. La Cour de cassation lui a conféré la même nature que la compensation de salaire[487].

La Cour de cassation ne permet pas au juge de fixer judiciairement la contrepartie financière défaillante, peu importe qu'elle soit dérisoire[488] ou fasse

---

[484] Cette considération contredisant totalement la position jurisprudentielle antérieure à l'arrêt de 2002, puisqu'elle refusait de soumettre la validité de la clause de non-concurrence au versement d'une contrepartie financière en raison de l'absence de disposition en ce sens (que ce soit en vertu d'une loi, d'une convention collective, ou du contrat) : Not. Cass. soc., 1er juill. 1982, n° 80-40.479, Bull. civ. V, n° 438 ; Cass. soc., 9 oct. 1985, n° 83-46.113, Bull. civ. V, n° 442, p. 319 (convention collective), D. 1986. 420, note Y. SERRA – Cass. soc., 20 octobre 1993, n° 91-40.393 (loi, convention collective, contrat), Sem. soc. Lamy, 15 nov. 1993, n° 671, p. 14.

Il est vrai qu'aucun texte ne prévoit expressément une telle obligation mais hormis le versement d'une indemnité, aucune autre contrepartie n'est envisageable. Or sans contrepartie, pas de cause (il est d'ailleurs très significatif que la réforme ait remplacé l'exigence d'une « cause » par celle d'une « contrepartie »). Ce refus était d'ailleurs presque unanimement critiqué par la doctrine. Un auteur invoqua sa nécessité afin de « mettre fin à une atteinte grave à la liberté du travail, faite sans contrepartie, aussi juridiquement inacceptable que socialement injustifiée » (S. CHOISEZ, *La contrepartie financière de la clause de non-concurrence d'un contrat de travail*, Dr. soc. 1993. 662, n° 7, p. 673). Un autre avait souligné le « progrès social certain » que permettrait le versement d'une contrepartie (P. FIESCHI-VIVET, *Clauses de non-réembauchage et indemnité compensatrice,* D. 1976, chron., n° 2, p. 147). Enfin, de façon plus justifiée, Y. Serra avait fait remarquer qu'il est normal « que la restriction apportée à la liberté du travail et à la liberté du commerce de la personne de l'ancien salarié pour la conservation de cette valeur que représente la clientèle de l'entreprise reçoive une contrepartie » (Y. SERRA, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, D. 1991, n° 223, p. 160).

[485] Cass. soc., 17 déc. 2004, n° 03-40.008, D. 2005, IR p. 110, obs. F. GUIOMARD ; JCP E 2005, n° 5, p. 163 ; Contrats, conc., consom. 2005, n° 44, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; Lettre distrib. févr. 2005, p. 1, obs. P. MOUSSERON ; RTD civ. 2005, p. 159, obs. P.-Y. GAUTIER – Cass. soc., 25 févr. 2004, BRDA 2004, n° 10, p. 6 – Cass. soc., 7 janv. 2003, RDC 2003, p. 145, obs. C. RADÉ ; *Adde* du même auteur, D. 2005, Chron. p. 988.

Cette rétroactivité ayant été décrite par un auteur comme un mal nécessaire si l'on veut que la contrepartie devienne une condition indiscutable : S. ROBINNE, *La clause de non-concurrence : bilan 5 ans après le tsunami*, Sem. soc. Lamy, suppl. au n° 1352, 5 mai 2008, p. 23.

[486] Dans la pratique, cet écueil pouvait être évité par le biais d'un avenant au contrat permettant à employeur et salarié de convenir ensemble d'une contrepartie financière.

[487] Cass. soc., 23 juin 2010, n° 08-70.233, RJS 10/2010, n° 754, Y. PICOD et S. ROBINNE, Rép. trav., *op. cit.,* n° 68.

[488] Étant précisé que le caractère dérisoire de la contrepartie financière est soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond : Cass. soc., 22 mars 2006, n° 04-45.546, D. 2006. 1063, Dr. soc. 2006. 688, obs. J. MOULY – Cass. soc., 3 févr. 2010, Bull. civ. V, n° 32 : où a été jugée dérisoire la contrepartie, versée chaque mois pendant toute la durée d'exécution de la clause de non-

défaut, sauf si le débiteur en fait expressément la demande[489]. Ce dernier pouvant préférer l'annulation de la clause de non concurrence afin de retrouver sa liberté et concurrencer le créancier sans être accusé de faute[490]. Il peut, en outre, demander la réparation de son préjudice pour avoir respecté la clause de non-concurrence illicite[491]. Pendant une courte période, la Cour de cassation octroyait au salarié cette indemnisation même s'il ne respectait pas la clause[492], son préjudice reposait alors sur le simple fait qu'un engagement illicite ait été soumis à son acceptation. Bien heureusement, depuis le revirement du 25 mai 2016, les juges ne considèrent plus que la clause illicite lui cause nécessairement un préjudice, celui-ci doit être prouvé et soumis à l'appréciation souveraine des juges[493].

156. Quoi qu'il en soit, il ne nous viendrait pas à l'idée de remettre en cause le droit du salarié à bénéficier d'une contrepartie. D'un point de vue extra-juridique, la crise de l'emploi la rend inévitable. Puisqu'il s'agit par ailleurs de l'unique moyen d'octroyer un but (une cause) à la restriction de la liberté de travail que le salarié accepte de supporter, le droit n'est pas en reste. Étant précisé que la suppression de la cause par la réforme de 2016 ne retire en rien une telle obligation. Cette exigence se retrouve, sous une autre appellation, à l'article 1169 du Code civil selon lequel un contrat à titre onéreux est nul dès lors que la

---

concurrence, équivalente à 1/10ème du salaire brut mensuel. Cela a d'autant plus était le cas concernant une contrepartie équivalente à deux mois de salaire alors que la clause de non-concurrence était d'une durée de 24 mois : Cass. soc., 23 juin 2010, n° 08-44.160.

[489] Cass. soc., 15 nov. 2006, JCP S 2007. 1057, note I. BEYNEIX ; JCP 2007 II. 10039, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; Dr. soc. 2007. 241, obs. J. MOULY.

[490] Cass. soc., 6 oct. 2004, n° 02-44.446 – Le salarié débiteur peut d'ailleurs tout autant faire preuve de réactivité en saisissant le juge des référés afin de faire constater le défaut de contrepartie de la clause de non concurrence afin qu'elle lui soit inopposable : Cass. soc., 25 mai 2005, D. 2005. 2454, obs. S. ROBINNE, *in Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme : panorama 2004-2005* ; D. 2005. 2454, obs. E. CHEVRIER ; Dr. soc. 2005. 1061, obs. J. MOULY – Cass. soc., 16 mai 2012, Société TSAF, Dr. soc. 2012. 784, note C. RADÉ.

[491] « Le salarié, qui a respecté une clause de non-concurrence illicite en l'absence de contrepartie financière peut prétendre à des dommages-intérêts » : Cass. soc., 18 mars 2003, n° 00-46.358, D. 2003, IR 1107 – *Adde,* Cass. soc., 29 janv. 2003, n° 00-44.882, D. 2003. 1107 ; Cass. soc., 24 juin 2003, n° 01-42.339 ; Cass. soc., 19 oct. 2005, n° 04-40.803.

[492] Cass. soc., 11 janv. 2006, n° 03-46.933, D. 2006. 249 ; Dr. soc. 2006. 465, obs. J. MOULY ; RTD civ. 2006. 311, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; CCC 2006. Comm. 74, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; JCP E 2006. 1417, note P. GROSSER.

[493] Cass. soc. 25 mai 2016, n° 14-20.578 : « l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond » ; D. 2016. 2484, obs. S. ROBINNE, Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Dr. soc. 2016. 650, S. TOURNAUX ; D. 2017. 840, P. LOKIEC et J. PORTA ; Dr. soc. 2016. 773, note J. MOULY ; Rev. trav. 2016. 557, note L. BENTO DE CARVALHO.

contrepartie de l'engagement pris est illusoire ou dérisoire. S'il n'est en aucun cas loisible de revenir sur le droit à la contrepartie financière, il en va différemment s'agissant du rapport que le juge entretient avec elle. Plus précisément, les pouvoirs du juge à son égard seraient susceptibles d'être remaniés si la véritable nature de la contrepartie financière est réhabilitée.

157. Interrogations sur la véritable nature de la contrepartie financière – La contrepartie financière revêt deux fonctions distinctes. Elle permet tout d'abord d'indemniser l'atteinte à la liberté de travail du salarié (ce qui, incidemment, aboutit à injecter un minimum d'équité dans la clause de non-concurrence). Elle rémunère par ailleurs l'engagement souscrit, qui n'est alors point dénué de contrepartie (cause). Ainsi, la contrepartie financière est composée de deux volets : le premier est indemnitaire tandis que le second est rémunérant. La nature indemnitaire n'a pas été retenue par la Cour de cassation qui la considère comme un complément de salaire[494]. Il s'agirait donc d'une rémunération que la jurisprudence en vigueur considère précisément, et de manière critiquable, comme étant salariale. Être rémunéré dans le but de renoncer à une partie de sa liberté de travail ne peut faire partie de la même sphère que la rémunération octroyée en échange d'un travail exercé activement. Le fait que la Cour de cassation ait attribué à la contrepartie financière la nature de compensation de salaire n'enlève rien à cette réalité. Il est même critiquable de retenir une qualification qui sert un but précis au lieu de rechercher une qualification qui reflète davantage la réalité. Les concepts artificiels n'ont rien de juridique.

158. Les hauts magistrats se sont échinés à justifier cette position. À cette fin, ils ont eu recours à la théorie du salaire différé, applicable notamment aux

---

[494] Cass. soc., 26 sept. 2002, D. 2002, Somm. 905, obs. P. FADEUILHE : considérant que « la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence a, quelle que soit la qualification contractuelle que lui donnent les parties, la nature d'une *indemnité compensatrice de salaire* ».

Demeurait évidemment une hésitation entre d'un côté, la qualification d'indemnité (visant à réparer le préjudice subi du fait de la restriction à la liberté de travail), et de l'autre la qualification de complément de salaire. Et c'est finalement la seconde option qu'a retenu la Cour de cassation dans un arrêt de 2010 : Cass. soc., 23 juin 2010, n° 08-70.233, RJS 10/2010, n° 754), Y. PICOD et S. ROBINNE, Rép. trav., *op. cit.,* n° 68.

indemnités de congés payés[495]. Selon la Cour de cassation, bien que versée après la cessation du contrat, l'indemnité compensatrice trouve son origine dans le contrat de travail antérieur (elle serait versée en contrepartie des obligations qui continuent à incomber au salarié)[496]. Monsieur Serra justifiait également la nature salariale de la contreprestation par la survie du contrat de travail, au moins sur ce point[497]. Considérer qu'une fois éteint le contrat n'est pas susceptible de faire perdurer ses effets pour octroyer une cause à l'engagement de non-concurrence et l'admettre dès lors qu'il s'agit de qualifier la contrepartie financière faisant office de cause laisse perplexe. Le paradoxe est palpable puisque la Cour de cassation « s'efforce (laborieusement) de rattacher de manière indivisible l'obligation de non-concurrence au contrat de travail antérieur[498] », alors même que c'est, précisément, la divisibilité entre ces deux engagements qui a permis de pouvoir se fonder sur la cause pour exiger une contrepartie[499].

159. Avant le bouleversement jurisprudentiel de 2002, depuis lequel est admis le droit du salarié à une contrepartie, les juges ne niaient pas la nécessité de revêtir la clause de non-concurrence d'une « cause-contrepartie »[500]. La Cour de cassation refusait seulement de considérer la contreprestation comme une indemnité de non-concurrence devant suivre l'expiration du contrat de travail, ou une majoration de salaire versée pendant l'exécution de ce même contrat[501]. Autrement dit, elle ne souhaitait pas rattacher artificiellement deux actes

---

[495] Cass. soc., 21 juin 2010, n° 08-70.233, Dr. soc. 2010, p. 1254. V. W. GAUTHIER, *La rémunération du travail salarié,* th. Bordeaux, 2016, n° 364, p. 244.

[496] Cass. soc., 19 mars 1975, JCP 1975, II, 18067, note Y. SAINT-JOURS ; plus récemment, CA Bordeaux, 26 janv. 2017, n° 15/02980 : reprenant textuellement la solution précitée.

[497] Y. SERRA, « La non-concurrence », Dalloz, 1991, n° 229.

[498] J. MOULY, obs. s/s Cass. soc., 10 oct. 2007, Dr. soc. 2008. 250.

[499] A. MARTINON, *La cause au temps de la construction du contrat de travail, in* La cause en droit du travail, B. Teyssié (dir.), éd. Panthéon-Assas, 2013, p. 28.

Avant cela, comme nous l'avons déjà indiqué, la Cour de cassation refusait d'ériger en condition la contrepartie financière dès lors qu'aucune loi ou convention collective ne le prévoit, et que les parties n'ont rien prévu de tel dans le contrat (Cass. soc., 9 oct. 1985, D. 1986, p. 420, note Y. SERRA ; Cass. soc., 20 oct. 1993, Semaine sociale Lamy, n° 671, p. 14).

[500] M. GOMY, *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence, op. cit.,* n° 235 (Cass. soc., 9 oct. 1985, D. 1986.420, note Y. SERRA).

[501] M. GOMY, *ibid.*

juridiques, dont le contenu[502] est distinct, simplement parce que les deux parties se sont trouvées liées par ces actes pour une même raison factuelle (initialement, la rencontre d'une offre et une demande d'emploi).

Ce n'est qu'à partir du constat de la divisibilité entre le contrat de travail et la clause de non-concurrence que la contrepartie a pu être identifiée comme étant la véritable cause de cette dernière. Au vu des circonstances, l'indivisibilité prise en compte par les juges pour fonder la nature de la contrepartie paraît bien opportuniste, celle-ci devrait refléter la réalité au lieu d'être retenue pour servir quelque finalité que ce soit. Faire naître l'obligation d'une contrepartie en retenant une divisibilité entre les actes, puis se baser sur leur caractère indivisible pour déterminer la nature de celle-ci défie le bon sens[503].

160. Nous venons de démontrer que la nature salariale de la contrepartie financière ne convainc pas[504], et la finalité de cette interrogation consiste à déterminer les pouvoirs correctifs du juge à son égard. C'est pourquoi, en remettant en cause le fait qu'elle soit un complément de salaire, nous nous sommes contraints à découvrir la nature qui lui correspondrait davantage. Deux alternatives se présentent, soit on considère que la contrepartie financière est une indemnité[505] – destinée à réparer la restriction à la liberté de travail –, soit on la qualifie de rémunération non salariale. Le fait que la contrepartie financière soit

---

[502] En référence au « contenu licite et certain » exigé à l'article 1128 du Code civil (issu de la réforme). Lequel renvoie tout autant à la cause qu'à l'objet.

[503] J. MOULY, obs. s/s Cass. soc., 10 oct. 2007, Dr. soc. 2008. 250 : « La "clause" de non-concurrence n'est donc plus une véritable clause du contrat de travail. Elle devient, dans cette conception, consacrée par la Cour de cassation en 2002, une sorte de pacte adjoint au contrat, complémentaire de celui-ci, mais néanmoins distinct. Il est donc de plus en plus difficile de rattacher la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence au contrat de travail antérieur. Cette somme apparaît au contraire désormais comme la contrepartie de la seule obligation de non-concurrence souscrite par le salarié. Dès lors, il est bien difficile de qualifier de salaire une somme qui est la contrepartie, non d'un véritable travail, mais d'une inactivité imposée »)

[504] *Contra*, Y. SERRA, V. « La non-concurrence », Dalloz, 1991, n° 229 : l'auteur considérant qu'il s'agit de la « contrepartie d'une obligation dont l'exécution ne se réalise [cependant] qu'une fois que le contrat de travail a disparu ») ; M. GOMY, *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence, op. cit.,* n° 482 : relevant que « l'affirmation jurisprudentielle selon laquelle la contrepartie financière est indépendante du travail fourni par le salarié ne fait pas obstacle à la qualification de salaire, celui-ci étant compris comme la rémunération liée à un emploi plus que le prix du travail. Ceci permet d'affirmer que la nature salariale s'impose parce que la compensation pécuniaire existe en raison des relations contractuelles unissant l'employeur et le salarié ou plus précisément parce qu'elle représente une part de l'exécution du contrat de travail ».

[505] J. MOULY, obs. s/s Cass. soc., 10 oct. 2007, *op. cit.*

soumise au versement de cotisations sociales (cotisations de sécurité sociale, de chômage et de retraite complémentaire, charges patronales, CSG, CRDS) et à l'impôt sur le revenu des particuliers[506] n'empêche en aucun cas ce point de vue. Ce régime fiscal n'est que la résultante de la nature salariale pour laquelle la Cour de cassation a opté de manière péremptoire. Au surplus, cette qualification octroie au salarié une ouverture des droits aux congés payés que l'employeur est contraint d'assumer financièrement[507].On peut se demander si ce n'est pas la volonté de soumettre le salarié à des charges fiscales et sociales qui a dicté son choix.

Ce rattachement artificiel entre la nature de la contrepartie financière et le contrat de travail, qui a pourtant cessé d'exister, constitue davantage un choix en opportunité qu'une volonté conservatrice. L'évaluation des conséquences du changement de nature de la contrepartie financière permet de s'en rendre compte. Le premier cas de figure, considérant la contrepartie comme une pure indemnité (destinée à réparer le dommage occasionné par la restriction de liberté)[508], aboutirait à imposer une contrepartie financière dans toutes les clauses de non-concurrence, et non plus seulement dans celles intégrées dans un contrat de travail. La restriction au libre exercice d'une activité se trouvant dans touts les cas de figure et non pas seulement à l'égard du salarié, ce dénouement serait inévitable.

161. De surcroît, considérer cette somme comme une indemnité permettrait au juge de la moduler, voire de la fixer[509], et donc de remédier à toute clause de non-concurrence bloquée par une contrepartie financière absente, dérisoire ou disproportionnée. Une marge de manœuvre que la Cour de cassation refuse fermement d'accorder aux juges du fond. Ainsi entendu, ceux-ci pourraient corriger le montant de la contrepartie financière qui, sans atteindre un stade

---

[506] Art. 80 duodecies du Code général des impôts.

[507] Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-47.597 ; Cass. soc., 23 juin 2010, n° 08-702.33 : ayant jugé que « la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence ayant la nature d'une indemnité compensatrice de salaires, ouvre droit à congés payés ».

[508] En ce sens, J. MOULY, *Du nouveau sur la nature juridique de la contrepartie financière des clauses de non-concurrence ?*, Dr. soc. 2014. 288.

[509] J. MOULY, obs. s/s Cass. soc., 10 oct. 2007, Dr. soc. 2008. 250.

dérisoire, se révèle insuffisant, afin de l'amener à de plus justes proportions[510]. Dans la perspective du déblocage de la clause de non-concurrence invalide, en raison du critère de la contrepartie, ce remaniement est séduisant. Il ne faut cependant pas oublier que toute indemnisation est soumise à de strictes conditions : au dommage, constitué par la privation de liberté, doivent s'ajouter un fait fautif et un lien de causalité[511]. Or, il n'est pas certain que les lacunes liées à l'exigence d'une contrepartie pécuniaire révèlent une faute de la part de l'employeur.

162. Selon une toute autre interprétation – à laquelle nous adhérons davantage – la contrepartie financière pourrait être considérée comme une rémunération non salariale destinée à payer une obligation de ne pas faire, un service dénué de tout lien de subordination (contrairement au service que procure un salarié). Ainsi, nous serions bien plus proches de la réalité car le débiteur de la clause n'est soumis à aucun lien de subordination lorsqu'il exécute son engagement de non-concurrence. Si l'on opte pour une rémunération de nature salariale, il faut pouvoir retrouver un lien de subordination dans l'exécution de l'obligation de non-concurrence[512]. Le lien de subordination est une notion clef car c'est lui qui permet de distinguer entre le service exécuté dans le cadre d'un contrat de travail et celui exercé dans le cadre d'un contrat d'entreprise (et donc entre le service salarié et la prestation de service)[513]. La clause de non-concurrence étant parfaitement autonome, le lien de subordination attaché au contrat de travail ne peut servir à cette fin, c'est la relation au moment de

---

[510] Pour une étude globale du critère de proportionnalité appliqué aux conditions de la clause de non-concurrence, V. S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats, op. cit.* n° 526 s., p. 203 s.

[511] L'application de l'art. 1240 C. civ. étant, en effet, soumise à la présence cumulative d'un fait fautif, d'un dommage, et d'un lien causal entre eux.

[512] Cass. civ., 6 juill. 1931 (Arrêt *Bardou)* : « la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties ». En d'autres termes, le lien de subordination n'existe pas dans la dépendance économique du travailleur mais dans le lien juridique de subordination. Donc le fait qu'une forme de dépendance, en rapport avec le versement de la contrepartie financière, puisse perdurer ne suffit pas pour faire caractériser un lien de subordination.

[513] « Tous les travailleurs à titre onéreux ne sont pas salariés. Seuls les travailleurs subordonnés le sont » : E. PESKINE et C. WOLMARK, *Droit du travail 2019*, 12ème éd., Dalloz, Hypercours, n° 41, p. 30.

l'exécution de l'engagement de non-concurrence qui doit donc être analysée. Or, durant l'exécution de la clause, l'ancien salarié n'est pas soumis à un tel lien puisqu'il est même libre de travailler ailleurs, en atteignant le plafond horaire maximum[514], et donc d'être soumis à un lien de subordination avec un nouvel employeur, tant qu'il ne se rend pas coupable d'une concurrence interdite. Le salarié est même en droit de percevoir des allocations chômages en même temps que les versements de la contrepartie financière alors qu'il n'en a pas le droit lorsqu'il a un lien de subordination avec un employeur. Ainsi, le débiteur bénéficie de bien trop de libertés pour que l'on puisse considérer qu'il est soumis à un lien de subordination.

163. À vouloir considérer, à juste titre d'ailleurs, que la contrepartie financière constitue la cause de l'engagement de non-concurrence, elle apparaît de facto exigible pour tout engagement de ce type, peu importe qu'il s'agisse d'un salarié ou quelque autre catégorie que ce soit. L'ancienne cause, à présent dénommée « contrepartie » par l'article 1169, est intégrée dans le droit commun et fait donc partie des conditions de validité de tout type de contrat. Le droit commun est censé pouvoir combler les « lacunes » des droits spéciaux, le premier s'imbriquant avec les autres, et pourtant les chambres civile et commerciale continuent d'affirmer, de manière tautologique, que la contrepartie financière ne peut être accordée dès lors que les textes spéciaux ne la requièrent pas (étant précisé, et la nuance est de taille, que les textes spéciaux ne la rejette pas expressément, c'est seulement qu'ils ne la prévoient pas). Cette position refuse d'accorder cette contrepartie à certaines personnes soumises à une clause de non-concurrence, ainsi en est-il du mandataire d'assurance[515], de l'agent commercial[516], de l'associé[517], ou encore du franchisé[518]. Le droit permet-t-il

---

[514] Cette précision n'est pas sans importance car le lien de subordination du salarié ne lui permet pas de travailler ailleurs à moins de cumuler des contrats de travail à temps à partiel.

[515] Cass. civ., 1ère, 2 oct. 2013, n° 12-22.846, D. 2013. 2622, note C. BAHUREL ; D. 2013. 2812, obs. Y. PICOD, Centre de droit de la concurrence Yves Serra.

[516] Cass. com., 4 déc. 2007, n° 06-15.137 : « Mais attendu que le législateur n'a pas entendu que l'obligation de non-concurrence soit indemnisée lorsque la clause qui la stipule est conforme aux dispositions de l'article L. 134-14 du code de commerce », D. 2008. 2193, note D. FERRIER ; RTD com. 2008. 615 et RTD com. 2008. 409, obs. B. BOULOC ; D. 2008. 10, obs. E. CHEVRIER.

réellement de priver de contrepartie un engagement de non-concurrence qui n'est pas souscrit par un salarié[519] ? Avant que la clause de non-concurrence ne soit mise en œuvre, le statut du futur débiteur de non-concurrence diffère dans le sens où il peut être salarié ou non. Mais dès l'instant où la clause commence à être exécutée, le statut de tous les débiteurs est réunifié puisque l'obligation à laquelle ils sont soumis est strictement identique (ne pas concurrencer), et provient d'une même source (un accord contractuel). Faire dépendre l'octroi de la contrepartie financière du statut juridique que possédait le débiteur au sein d'un contrat antérieur, alors qu'à l'égard de la clause de non-concurrence ce dernier ne constitue pas un acte indivisible[520], heurte le bon entendement.

164. À force de procéder à ce rattachement indirect entre la contrepartie financière et l'existence d'un lien de subordination, la chambre sociale a décidé

---

[517] Cass. com., 8 oct. 2013, n° 12-25.984, Rev. sociétés, 2014, p. 102, note J.-F. BARBIÉRI ; Dr. sociétés 2014, n° 2, note R. MORTIER ; BJS 2014, p. 17, note B. SAINTOURENS – L'associé ne peut en revanche être privé du droit à une contrepartie financière s'il a été au surplus salarié de la société bénéficiaire de la clause : Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-13.824, Bull. civ. IV, n° 39 ; JCP E 2011, 1826, n° 5, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER ; D. 2011. 1261, obs. B. INES, note Y. PICOD ; D. 2011. 2758, obs. J.-C. HALLOUIN, E. LAMAZEROLLES et A. RABREAU ; D. 2011. 2961, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; D. 2012. 901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; JCP E 2011, 1409, note A. COURET et B. DONDERO ; Rev. sociétés 2011. 620, note L. GODON ; RTD com. 2011. 361, obs. A. CONSTANTIN ; Lexbase, n° 9606BR9, obs. G. AUZERO ; Dr. soc. 2011. 717, obs. J. MOULY ; RDT 2011. 306, obs. G. AUZERO ; RTD civ. 2011. 348, obs. B. FAGES – Pour un point de vue plus général sur ce thème, *Adde* A. CONSTANTIN, *Regard sur les clauses de non-concurrence en droit des sociétés*, RLDA 2011/60, n° 3407 ; P. LE CANNU, *La clause de non-concurrence dans les pactes d'actionnaires*, Bull. Joly 2011. 524.

[518] Cass. com. 31 janv. 2012, n° 11-11.071, D. 2012. 501, obs. E. CHEVRIER ; D. 2012. 2762, obs. M. GOMY, Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; CCC 2012. Comm. 83, obs. L. LEVENEUR. – Toutefois, s'agissant du contrat de franchise, l'article L. 341-2 du Code de commerce, issu de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (loi « Macron »), dispose que « toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1, de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant qui a précédemment souscrit ce contrat est réputée non écrite ». La clause de non-concurrence est donc en principe réputée non écrite sauf si, comme la suite du texte le permet, elle vise à protéger in savoir-faire substantiel. Suite à l'adoption de ces nouvelles dispositions régissant les contrats de distributions, un auteur s'est demandé si la question des contreparties financières allait être rediscuté (F. BUY, *Loi « Macron » : focus sur les clauses restrictives d'après-contrat*, D. 2015. 1902, n° 5).

[519] Contre une telle solution, notamment, A. COURET et B. DONDERO, JCP E 2011. 1409 ; J. MOULY, Dr. soc. 2008. 250 ; C. BAHUREL, *Clause de non-concurrence : refus d'une contrepartie financière réclamée au nom de la cause*, D. 2013. 2622.

[520] A. MARTINON, *La cause au temps de la construction du contrat de travail, in* La cause en droit du travail, *op. cit.*

que même le gérant de succursale non salarié peut bénéficier d'un tel droit[521]. Un auteur a estimé, à juste raison, que cette solution se justifie par la soumission du gérant à une forme de lien de subordination : quand bien même, « juridiquement, les deux situations sont différentes, économiquement, elles sont proches »[522]. Le motif de cette extension ne doit pas nous faire ignorer pour autant que, fondamentalement, la chambre sociale attribue une contrepartie financière afin que l'acceptation de la privation de liberté soit revêtue d'une finalité. Elle n'a pas édicté ce critère en raison du lien de subordination qui existait dans le contrat - antérieur - mais pour octroyer un but à l'engagement de non-concurrence. En d'autres termes, même si à première vue le régime juridique du salarié est appliqué au gérant de succursale en raison d'une situation de subordonné, en filigrane, cette extension permet de faire respecter l'article 1169 du Code civil[523].

165. Un service non salarié : véritable nature de l'engagement de non-concurrence – Le fait que l'obligation de verser une somme d'argent au débiteur permette de répondre à l'exigence d'une contrepartie dans les actes à titre onéreux n'est pas le seul point à mettre en lumière. Comme nous l'avons déjà indiqué, brièvement, il convient aussi de rejeter la nature salariale qui lui a été attribuée et de considérer, afin d'être proche de la réalité, qu'il s'agit de la rémunération d'un service (éloigné de tout lien de subordination). Si cette assertion était retenue, les nouveaux textes issus de l'ordonnance du 10 février 2016 ne seraient pas sans conséquence à l'égard de la clause de non-concurrence. Avant de préciser le contenu de ces dispositions et leur impact à l'égard de la clause de non-concurrence, il faut prendre la peine de vérifier si la clause de non-concurrence peut être intégrée dans la catégorie des prestations de services, étant entendu

---

[521] Cass. soc., 5 oct. 2016, n° 15-22.730, D. 2016. 2070 et D. 2017. 840, obs. J. PORTA ; AJ Contrat 2017. 43, obs. Y. PICOD ; JCP E 2017. 1006, n° 13, obs. J.-B. SEUBE – Déjà en ce sens : Cass. soc., 8 déc. 2009, n° 08-42.089 – Cass. soc., 9 janv. 2013, n° 11-26.418 et 27 mars 2013, n° 12-12.892, D. 2013. 924 et D. 2013. 2812, obs. S. ROBINNE, Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; D. 2014. 893, obs. D. FERRIER ; Dr. soc. 2013. 558, obs. M. POUMARÈDE.

[522] Y. PICOD, *in* AJ Contrat 2017. 43, où il cite par ailleurs un autre auteur ayant relevé les difficultés de la mise en œuvre du critère de la subordination juridique résultant du fait que « le gérant salarié comme le gérant mandataire reçoivent des instructions et se trouvent soumis à un contrôle, de sorte que la différence tient moins à la nature qu'au degré de leur autonomie respective » (N. FERRIER, J.-Cl. Commercial, Contrat de gérance mandat, fasc. 323, n° 76)

[523] Selon lequel, dans tout contrat à titre onéreux, il doit exister une contrepartie.

comme celles qui ne sont pas exécutées par un subordonné. Tout du moins, il faut déterminer si l'engagement de non-concurrence peut être plus justement assimilé aux prestations de services qu'au salariat.

166. La définition de la « prestation de services » diffère selon la question abordée[524], cependant, revient toujours l'idée qu'il s'agit d'un « terme générique qui désigne toute activité déployée à titre onéreux ne correspondant pas à la fourniture d'un bien[525] ». En atteste l'article 1127-1 du Code civil[526] qui, à l'instar de la conception traditionnelle, oppose les contrats portant sur la fourniture de biens aux contrats de prestation de services. Tout ce qui ne porte pas sur un bien matériel est un service[527], tel est le cas de la clause de non-concurrence puisqu'est offert une inaction immatérielle. Bien entendu le travail salarié est un service, mais il se distingue considérablement du service exécuté en toute indépendance. C'est sur ce point que l'erreur d'interprétation réside, la jurisprudence n'ayant pas assimilé l'engagement de non-concurrence au type de service adéquat. Comment pourrait-on affirmer le contraire alors que le débiteur, quel qu'il soit (même l'ancien salarié), exécute son obligation de ne pas concurrencer sans être soumis à un lien de subordination ? En tout cas, cette réorientation n'est pas sans conséquence.

167. Impact de la requalification en tant que service non salarié à l'égard des textes spéciaux qui ne prévoient pas l'obligation de verser une contrepartie financière – En considérant l'engagement de non-concurrence

---

[524] À propos du caractère aléatoire de la définition du contrat de prestation de services, V. P. BERLIOZ, *La notion de fourniture de service au sens de l'article 5-1 b) du règlement Bruxelles I*, JDI 2008, doct. 6 ; F. LABARTHE, *La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service*, JCP 2016, éd. G, 642.

[525] S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques 2017-2018,* Dalloz, 25ème éd., 2017, p. 875, V. « Prestation de services » ; *Adde* F. COLLART DUTILLEUL et PH. DELEBECQUE*, Contrats civils et commerciaux*, 9ème éd., Précis Dalloz, 2011, n° 625.

[526] Art. 1171-1, C. civ. : « Quiconque propose à titre professionnel, par voie électronique, *la fourniture de biens ou la prestation de services*, met à disposition les stipulations contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction. »

[527] Il faut relever que même si « cette distinction (entre les contrats portant sur des services et les contrats portant sur un bien) n'est pas absolue, elle fournit de précieux indices pour savoir si l'on se trouve en présence d'un contrat de prestations de services ou d'un contrat de vente » : X. DELPECH, *Financement par la vente de biens ou de services,* Juris Corpus Droit des associations et fondations Droit des associations et fondations, 2016, P.-H. DUTHEIL (dir.), Étude 30.

contractuelle comme un service non salarié, le premier impact important serait constitué par l'extension de l'obligation de verser une contrepartie financière. En supprimant la nature salariale de la contrepartie financière, les arguments, déjà bien maigres, justifiant le refus d'accorder une contrepartie financière au débiteur dès lors que la loi d'où découle l'engagement de non-concurrence ne le prévoit pas, devraient s'effondrer. Cela aurait été impossible si ces textes spéciaux prévoyaient expressément que le débiteur n'a droit à aucune contrepartie mais puisqu'il ne s'agit que d'un silence de la loi, on peut admettre que le droit commun et la jurisprudence viennent combler la loi en imposant son versement. Ainsi, le mandataire d'assurance, l'agent commercial, l'associé et le franchisé pourraient tout autant que le salarié recevoir la contreprestation de leur obligation de non-concurrence. Pour résumer en quelques mots, si la contrepartie financière est qualifiée de service non salarié, elle pourra être généralisée.

168. Impact de la requalification en tant que service non salarié à l'égard de l'article 1165 régissant le contrôle du prix des prestations de service – La qualification de prestation de services entrainerait l'application de certains textes auxquels devrait se conformer la clause de non-concurrence, particulièrement la publication de l'ordonnance du 10 février 2016. S'agissant du contrat de prestation de services, elle permet de déterminer le prix postérieurement à la formation du contrat[528] (à l'instar de ce qui est permis pour les contrats cadre, selon la disposition qui précède)[529]. D'aucuns se sont demandés si ne sont concernés que les contrats d'entreprise (conformément à la jurisprudence antérieure) ou s'il faut appréhender les contrats de prestation de services de manière plus large[530]. Pour notre réflexion, nous faisons le choix de rester fidèle à la lettre texte et de ne pas restreindre la catégorie des contrats de

---

[528] Art. 1165 C. civ. : « Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts ».

[529] V. C. AUBERT DE VINCELLES, *La fixation unilatérale du prix*, RDC 2015. 752 ; R. BOFFA, *La validité du contrat,* Gaz. Pal. 30 avr. 2015, n° 120, p. 18 ; M. LATINA et G. CHANTEPIE, *La détermination du prix, in* Projet de réforme du droit des contrats, du régime général, et de la preuve des obligations – Analyse et propositions, Dalloz, 2015, p. 44 ; J. GHESTIN, *Observations générales*, LPA, 4 sept. 2015, n° 177, p. 17.

[530] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 277-278.

prestation de services[531] dans laquelle peut alors figurer la clause de non-concurrence.

169. Le fonctionnement de cette tolérance est prévu à l'article 1165 du Code civil selon lequel le prix, qui n'a pas été fixé au moment de la formation du contrat, est déterminé par le créancier de manière unilatérale. Dans le cas de la clause de non-concurrence, le prix serait donc fixé par le créancier de l'obligation de non-concurrence et cela peut légitimement faire craindre un abus de sa part (comme c'est déjà le cas). Un mécanisme de contrôle a cependant été instauré afin d'éviter ce genre de situation. En cas de contestation, le créancier a l'obligation de « motiver le montant » et s'il s'avère que la fixation du prix est abusive, le juge peut accorder des dommages et intérêts au débiteur lésé.

170. L'impact de la requalification de la clause de non-concurrence proposée serait donc considérable et, de surcroît, conforme à notre quête consistant à éviter ou corriger les blocages contractuels. Tout d'abord, la contrepartie financière pourrait être fixée par le créancier postérieurement à la formation de la clause sans que celle-ci n'encoure la nullité. En outre, contrairement à l'état actuel de la jurisprudence[532], le juge pourrait corriger les montants des contreparties financières qui, sans être dérisoires, manquent de proportionnalité. Certes cela ne passerait pas par une révision de la contrepartie mais, dans les faits, les dommages et intérêts accordés par le juge permettent bien de compenser un prix trop bas. L'action du juge serait en tout cas plus efficace que celle qui actuellement lui interdit de fixer ou réviser la contrepartie sans l'accord des parties. Les juges considèrent que « si une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence équivaut à une absence de contrepartie rendant la clause nulle, le juge ne peut, sous couvert de l'appréciation du caractère dérisoire de la contrepartie pécuniaire invoquée par le salarié, substituer son

---

[531] Si le législateur avait eu la volonté de restreindre l'art. 1165 C. civ. aux seuls contrats d'entreprise, cela aurait été indiqué expressément. L'usage des termes « contrats de prestation de services » et non pas « contrats d'entreprise » n'est sans aucun doute pas anodin.

[532] Un arrêt assez récent démontre marque particulièrement l'interdiction pour le juge de déterminer la contrepartie pécuniaire : Cass. soc. 16 mai 2012, n° 11-10.760, D. 2013. 1026, note P. LOKIEC ; Dr. soc. 2012. 784, note C. RADÉ ; JCP S 2012. 1329, note G. LOISEAU ; D. 2012. 2760, obs. S. ROBINNE, Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; RDT 2012. 488, obs. B. GÉNIAUT.

appréciation du montant de cette contrepartie à celle fixée par les parties et, après avoir décidé de l'annulation de la clause, accorder au salarié la contrepartie qu'il estime justifiée[533] ».

171. Le déblocage salvateur de la clause de non-concurrence à travers la fixation judiciaire d'une contrepartie financière[534], dont le montant serait inspiré de ceux fixés habituellement par la pratique, présenterait pourtant plus d'efficacité. Le juge ferait honneur au principe de la force obligatoire du contrat, puisque l'acte juridique conclu demeure et que les obligations qui en découlent, ou devraient en découler, sont respectées. Le juge sait se servir d'indices de référence pour réviser, à quelques occasions, certains montants, il pourrait tout à fait envisager une action similaire à l'égard de la contrepartie prévue dans une clause de non-concurrence. Il est bien connu que les employeurs la fixe généralement à la moitié (parfois au tiers) de la rémunération mensuelle brute, sur la moyenne des 12, 6, ou 3 derniers mois[535]. À titre d'exemple, la convention collective des industries textiles prévoit une indemnité mensuelle minimum égale à la moitié du salaire mensuel. Ces références sont si précises que les juges pourraient se baser systématiquement dessus afin de ne pas imposer de contrepartie financière insuffisante ou excessive[536]. L'harmonie qu'a créée la pratique dans la fixation des montants de la contrepartie financière permet aux juridictions du fond de disposer d'indicateurs largement suffisants.

---

[533] *Ibid.*

[534] Il faut d'ailleurs noter que l'avant projet de réforme de 2015 sanctionner l'abus dans la fixation du prix des prestations de services par une révision judiciaire du prix. Ce n'est qu'au moment de l'adoption définitive du texte, le 10 février 2016, que cette révision a été remplacée par l'octroi d'une indemnisation. Le but ayant sans doute été de ramener le juge a la position qui lui été accordée traditionnellement : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats, op. cit.,* n° 419 s., p. 342 s.

[535] G. DAMY, *La clause de non-concurrence dans les relations de travail,* JCP E, 2008, n° 20, p. 39.

[536] À ce sujet, un indicateur utile relatif au mode de calcul de l'indemnité a été fourni par la Cour de cassation très récemment (Cass. soc. 28 sept. 2017, n° 15-29.047, Concurrence interdite, Concurrence déloyale et parasitisme, Centre de droit de la concurrence Yves Serra, D. 2017. 2444). Dans les faits, la convention collective prévoyait qu'elle « sera au moins égale au tiers des appointements mensuels lorsque l'interdiction visera un produit ou une technique de fabrication pouvant s'appliquer à un ou plusieurs produits, aux deux tiers des appointements mensuels lorsque l'interdiction visera plusieurs produits ou plusieurs techniques de fabrication ». En l'espèce, la Cour de cassation approuve la cour d'appel qui a décidé prendre pour base de calcul uniquement le salaire mensuel de base, à l'exclusion des primes (prime annuelle d'objectif et prime de vacance). Cet indicateur pourrait servir au juge lui même afin qu'il fixe le montant de la contrepartie financière adéquat.

172. De plus, pourrait s'ajouter à la contrepartie financière fixée judiciairement une indemnité réparatrice qui ainsi retrouverait sa réelle vocation en étant strictement réservée au salarié ayant subi un préjudice. Celui-ci devrait être démontré[537] et il y aurait des cas où seule la fixation judiciaire du prix serait décidée par le juge. Juridiquement, cette solution présenterait plus de rigueur que celle qui indemnisait le débiteur de l'obligation de non-concurrence pour le simple fait d'avoir respecté une clause de non-concurrence nulle[538] (se contenter de la faute, sans rechercher concrètement le préjudice et le lien de causalité entre eux, est contestable).

173. En tout cas, le remaniement que nous proposons n'entraverait pas cet équilibre car même si le débiteur de non-concurrence qui n'est victime d'aucun préjudice n'est pas indemnisé, cela se compense par la contrepartie financière que le juge lui accorde. Les craintes doctrinales vis-à-vis de la suppression, par la jurisprudence, de l'indemnisation automatique du débiteur de la clause de non-concurrence dépourvue de contrepartie[539] seraient en outre dissipées. Enfin, il faut souligner que dans certaines hypothèses, le salarié pourrait cumuler la contrepartie fixée judiciairement et l'indemnisation d'un préjudice, à la condition que celui-ci soit suffisamment établi. Une fois de plus, nous pouvons nous rendre compte que le déblocage du contrat, à travers l'immixtion raisonnable et raisonnée du juge, ne permet pas seulement à l'acte de survivre. Le déblocage du contrat amène également à plus d'efficacité. Les jurisprudences élaborées en la matière avaient pour vocation de préserver le sort du salarié. Or, nous venons de démontrer qu'en autorisant le juge à fixer le montant de la contrepartie financière, absente ou dérisoire, celui-ci est encore plus protégé.

---

[537] La démonstration d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité étant indispensable à toute réparation.

[538] Cass. soc., 18 mars 2003, n° 00-46.358, D. 2003, IR 1107 – *Adde*, Cass. soc., 29 janv. 2003, n° 00-44.882, D. 2003. 1107 ; Cass. soc., 24 juin 2003, n° 01-42.339 ; Cass. soc., 19 oct. 2005, n° 04-40.803.

[539] En 2016, un revirement de jurisprudence a, en effet, mis fin à l'indemnisation automatique du salarié ayant été soumis à une clause de non-concurrence nulle. Par cet arrêt, la Cour de cassation adopte une solution plus orthodoxe puisqu'elle permet d'indemniser le préjudice réel et non supposé : Cass. soc. 25 mai 2016, n° 14-20.578, D. 2016. 2484, obs. S. ROBINNE, Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Dr. soc. 2016. 650, S. TOURNAUX ; D. 2017. 840, P. LOKIEC et J. PORTA ; Dr. soc. 2016. 773, note J. MOULY ; Rev. trav. 2016. 557, note L. BENTO DE CARVALHO.

2. Les mécanismes de déblocage de la clause de non-concurrence : de la traditionnelle nullité partielle au réputé non écrit

174. Traditionnellement, on évoque les nullités partielles pour désigner les modifications apportées à la clause de non-concurrence permettant de la maintenir malgré certaines irrégularités. Dans un premier temps, elles ont été facilitées puis la jurisprudence a fini par décider qu'elles ne pouvaient s'appliquer qu'à la demande du débiteur, le contrat ne pouvant alors être débloqué si celui-ci requiert l'entière nullité du contrat. Ci-après, nous indiquerons les raisons pour lesquelles il est contre-productif de ne pas laisser aux juges le pouvoir de décider de l'opportunité des nullités partielles et le cas échéant des les imposer aux parties (a). Si, sur ce point, la Cour de cassation a entamé une marche arrière défavorable, elle a en revanche procédé à une avancée favorable à l'égard du mécanisme du réputé non écrit. Alors qu'elle aurait pu décider d'annuler l'engagement de non-concurrence contenant une clause de modulation de la contrepartie irrégulière, elle a décidé de l'éradiquer et de faire survivre l'obligation de non-concurrence. De surcroît, l'article 1171 du Code civil, potentiellement applicable aux clauses de renonciation, ne sanctionne pas la « clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » par la nullité du contrat, mais par l'éradication des clauses abusives (b).

a. La nécessaire réhabilitation de la réduction des stipulations excessives fondée sur l'absence partielle de contrepartie

175. Sur le fondement de l'absence partielle de cause, le juge disposait de la possibilité de réduire les stipulations excessives[540], parfois désignée comme étant une « réfaction »[541]. C'est à partir de cette considération que la jurisprudence l'a autorisé, à partir des années 1998, à réduire l'étendue, la durée, ou toute autre

---

[540] Au sujet de la sanction spécifique (la nullité partielle) à l'absence partielle de cause, V. G. PIETTE, *La correction du contrat, op. cit.,* n° 701 s. , p. 368 s. ; D. MAZEAUD, *La réduction des obligations contractuelles, in Que reste-t-il de l'intangibilité contractuelle ?*, Dr. et patr., mars 1998, p. 58 ; H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale, op. cit*., n° 215, n° 248 et n° 276.

[541] K. DE LA ASUNCION PLANÈS, *La réfaction du contrat,* th. Perpignan, LGDJ, 2006, Préf. Y. Picod.

modalité accessoire, stipulées dans les clauses de non-concurrence[542]. Alors que le défaut de contrepartie financière conduit à la nullité de la clause de non-concurrence, lorsque l'illicéité est causée par un manque de limitation, la clause fait seulement l'objet d'une révision[543]. Par ce procédé, la clause se révèle « inefficace que pour ce qu'elle a d'excessif »[544]. À l'égard de la finalité poursuivie par le déblocage contractuel, cette solution est opportune. Simultanément, elle ne supprime rien à la protection que mérite le débiteur (protection assurée par la révision à laquelle procède le juge) et tient compte des intérêts légitimes du créancier. À ce parfait équilibre, il faut ajouter que la force obligatoire du contrat n'est pas heurtée du fait de la survie de la clause de non-concurrence. Pourtant, la jurisprudence a ajouté des modalités amoindrissant la portée de ce remède.

176. Le renoncement au pouvoir du juge d'imposer la nullité partielle – Alors que la question de savoir si le juge dispose du pouvoir d'imposer cette réfaction se posait encore[545], une décision rendue en 2011 a mis fin à cet espoir[546]. Dans l'espèce de 2011, une clause de non-concurrence imposée à un VRP prévoyait une interdiction de travailler auprès de la concurrence dans un secteur plus grand que celui qu'avait prospecté le salarié, et contredisait ainsi les dispositions prévues à l'article 17 de l'accord national interprofessionnel des VRP. Le pourvoi reprochait aux juges du fond d'avoir procédé à l'annulation de

---

[542] Cass. soc., 25 mars 1998, n° 95-415.43, Dr. soc. 1998. 534, note R. VATINET ; D. 1999. 107, obs. Y. SERRA – Cass. soc., 18 sept. 2002, n° 00-42.904, Bull. civ. V, n° 272 ; JCP 2002, Actualité n° 418 ; D. 2002. 3229, note Y. SERRA ; Defrénois 2002, art. 37644.1619, obs. R. LIBCHABER ; Dr. soc. 2002. 1007, note R. VATINET : le juge « peut, lorsque cette clause ne permet pas au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle, en restreindre l'application en en limitant l'effet dans le temps, l'espace ou ses autres modalités ».

Étant précisé que « cette révision judiciaire intervient aussi bien en ce qui concerne la nature de l'activité interdite que la durée de l'engagement de non-concurrence ou encore son champ d'application géographique » : Y. PICOD et S. ROBINNE, V. « *Concurrence (obligation de non concurrence) »,* Rép. trav., n° 78.

[543] Y. PICOD et S. ROBINNE, *Ibid.*

[544] *Ibid.,* citant pour référence : G. COUTURIER, *Droit du travail, t. 1, Les relations individuelles de travail*, 3ème éd., PUF, Droit fondamental, 1996, n° 192.

[545] S. ROBINNE, *in Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme : panorama 2011-2012*, D. 2012. 2760.

[546] Cass. soc., 12 oct. 2011, n° 09-43.155, JCP S 2012, 1005, note J.-F. CESARO ; D. 2012. 2760, obs. S. ROBINNE, Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Dr. soc. 2012. 198, obs. J. MOULY ; D. 2012. 2622, obs. P. LOKIEC.

la clause au lieu de la réduction du périmètre qu'elle prévoyait proportionnellement à celui prévu dans la convention collective. Jusqu'ici, de manière constante, la jurisprudence imposait la réduction de la clause excessive, le cas échéant contre la volonté du salarié[547]. Dans le litige en question, il en va différemment puisque la Cour de cassation rejette le pourvoi en énonçant que la Cour d'appel « ne pouvait réduire le champ d'application de la clause de non-concurrence dès lors que seule sa nullité était invoquée par le salarié ». Il semble ressortir de ce revirement que la réfaction ne peut être prononcée qu'à la demande du salarié qui peut choisir d'emprunter la voie de la nullité.

177. D'aucuns se sont félicités de ce changement de position de la Cour de cassation. Parmi eux, Monsieur Mouly[548], lequel considère qu'« en réalité, l'atteinte à une liberté fondamentale est suffisamment grave pour que la sanction ultime, la nullité de la clause, soit encourue ». Sauf que cet argument convainc moins lorsque l'on tient compte du fait que la réduction efface complètement l'atteinte portée à ces libertés. L'entière nullité doit découler de l'entière illicéité laquelle découle de l'illicéité des clauses les plus déterminantes. Corrélativement, l'illicéité partielle ne devrait pas conduire à plus qu'une nullité partielle et donc se contenter d'une sanction réductive. Il n'est point logique de déduire qu'une nullité totale s'impose parce que l'élément illicite engendre une atteinte trop grave, d'autant plus lorsqu'il existe la possibilité que le juge efface aussi bien l'imperfection que ses effets indésirables. La nullité totale et destructrice doit dépendre de l'ampleur de l'élément illicite, ce qui est bien différent[549].

178. Le caractère inopportun du renoncement au pouvoir du juge d'imposer la nullité partielle – Pour notre part, il nous semble à l'inverse de

---

[547] Une restauration de validité vraisemblablement recherchée pour pouvoir opposer la clause de non-concurrence au travailleur qui a méconnu ses dispositions régulières : Cass. soc., 1er décembre 1982, D. 1983, IR 418, obs. Y. SERRA – Cass. soc., 25 mars 1998, n° 95-41.543, Bull. civ. V, n° 174 – Cass. soc., 18 sept. 2002, n° 00-42.904, Bull. civ. V, n° 272, Dr. soc. 2002. 1007, obs. R. VATINET. *Adde* C. CHARBONNEAU, *Renouveau des clauses de non-concurrence*, CSB 2002, D 17, n° 144, p. 434.

[548] J. MOULY, Droit social 2012. 198, obs. s/s Cass. soc., 12 oct. 2011.

[549] En ce sens, mais à propos des stipulations modulant le montant de la contrepartie pécuniaire selon les circonstances de la rupture, J. MOULY, Dr. soc. 2010. 718 : « Ce n'est plus la nature de la nullité qui est en cause, mais son étendue ».

l'affirmation de Monsieur Mouly que c'est l'annulation totale de la clause de non-concurrence qui présente une gravité peu admissible. Il ne pas faut ignorer qu'elle permet au débiteur de n'être soumis à aucune obligation de non-concurrence et prive par la même occasion le créancier d'une protection légitime. Justice doit rimer avec équilibre. L'entière nullité n'est justifiée que si l'ampleur de l'illicéité dans le contrat est trop vaste ou si le juge ne dispose d'aucune marge de manœuvre pour procéder à une correction de l'illicite. Le respect du principe de l'autonomie de la volonté et de la force obligatoire du contrat ne se réalise pas à travers l'inertie du juge alors que la validité du contrat peut être restaurée. Appliqué de manière disproportionnée, générale, et « robotisée », le principe de non-immixtion du juge n'a plus rien d'un principe. Lorsque le juge s'immisce dans la loi des parties pour débloquer une clause de non-concurrence ne respectant pas les critères limitatifs, il le fait en tant que professionnel de la justice, soumis à un code de déontologie et à un devoir d'impartialité. La révision de clause de non-concurrence, dans ce cadre, paraît tellement opportune que l'idée d'un juge s'immisçant dans une sphère qui ne le concerne pas doit être rejetée. Le débiteur de la clause de non-concurrence retrouve ses droits qui avaient été bafoués ; le créancier ne perd pas le bénéfice légitime que lui procure la clause de non concurrence ; enfin, le juge ne se rend pas coupable d'un acte assimilable à un déni de justice. Le déblocage de la clause de non-concurrence, et même du contrat en général, constitue un « trio gagnant ».

Surtout, il faut relever la forte probabilité que l'article 1184 alinéa 1er puisse s'appliquer. Il prévoit que lorsque la cause de nullité ne concerne qu'une ou plusieurs clauses du contrat, comme dans le cas étudié, la nullité de l'acte tout entier ne peut être prononcée que si ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement de l'une des parties. Le juge ne pourra donc plus décider de la nullité totale ou partielle en fonction de la sanction demandée par le requérant mais en analysant le caractère déterminant ou non des clauses litigieuses.

b. L'applicabilité de l'article 1171 du Code civil pour réputer non écrite la faculté de renonciation abusive

179. Aux nullités partielles que la jurisprudence applique aux clauses principales de l'engagement contractuel de non-concurrence[550], s'est ajoutée la sanction du réputé non écrit à l'égard de ses clauses accessoires[551]. La Cour de cassation permettant aux juges du fond d'éradiquer ces dernières lorsqu'elles se révèlent être abusives.

180. Le réputé non écrit appliqué aux stipulations modulant la contrepartie financière – La première sorte de stipulations que le juge peut réputer non écrite édicte la modulation de la contrepartie financière selon l'imputabilité de la rupture. Le 28 novembre 2013, la Cour de cassation a rendu une décision refusant au salarié le bénéfice de la nullité d'une clause de non concurrence à laquelle elle a préféré éradiquer les dispositions de la clause minorant la contrepartie financière en cas de rupture imputable au salarié[552]. En réputant non écrites les seules dispositions minorant la contrepartie financière[553], afin de faire survivre le reste de l'accord contractuel, la Haute cour « rend bien mince la frontière entre radiation d'une stipulation et réfaction du contrat »[554]. Cette position est audacieuse car, comme l'indiquait la question prioritaire de constitutionnalité posée dans le cadre de ce contentieux, la minoration du montant de la contrepartie pécuniaire l'avait rendu dérisoire. Or, nous savons qu'en

---

[550] Seulement à la demande des parties néanmoins, tel que nous l'avons indiqué précédemment.

[551] S'agissant de la création prétorienne du réputé non écrit, sans fondement textuel, V. Sur cette théorie, lire notamment la chron. de J. KULLKMANN, *Remarques sur les clauses réputées non écrites,* D. 1993. 59.

[552] Cass. soc., 28 nov. 2012, n° 11-17.941, QPC, D. 2012. 2899 ; D. 2013. 2812, obs. S. ROBINNE, Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Dr. soc. 2013. 173, obs. J. MOULY ; Dr. soc. 2013. 362, chron. G. DUMORTIER, P. FLORÈS, A. LALLET et Y. STRUILLOU ; RDT 2013. 269, obs. M. SCAGLIA ; Constitutions 2013. 78, obs. C. RADÉ et P. GERVIER.

[553] Précédents en ce sens : Cass. soc., 8 avr. 2010, n° 08-43.056, D. 2010. 1085, obs. L. PERRIN ; D. 2010. 2540, S. ROBINNE, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra, Bull. civ. V, n° 92 ; Dr. soc. 2010. 718 et la note ; JCP S 2010, n° 21288, note I. BEYNEIX ; Dr. contrats, 1er juin 2010. 5, note G. PILLET ; JCP E 2010. 1656, obs. J.-B. SEUBE ; JCP E 2010. 1667, note S. BEAL et P. KLEIN : « La Cour de cassation avait déjà décidé auparavant que « la clause de non-concurrence n'était pas nulle mais devait être réputée non écrite en ses seules dispositions minorant la contrepartie en cas de faute ».

[554] H. BARBIER, *Réputer non écrit (suite et fin) : ni défaire ni refaire le contrat,* RTD civ. 2013. 837.

pareille occurrence, le juge n'impose pas au salarié une révision judiciaire de la contrepartie et se contente de prononcer sa nullité (V. *supra*).

Cela étant dit, en y regardant de plus près, l'audace de cette solution doit être tempérée car elle tient simplement compte du fait que minorer ne revient pas à supprimer[555]. Cette nuance est davantage explicitée par Monsieur Pansier selon lequel « le salarié peut conserver les fonds qu'il a perçus et, de plus, réclamer le différentiel résultant de la minoration ; si la clause avait été considérée comme nulle, le salarié aurait dû tout restituer sauf à prétendre à des dommages-intérêts »[556].

181. Le potentiel réputé non écrit de la faculté de renonciation fondé sur l'article 1171 du Code civil – Les autres stipulations susceptibles d'être réputées non écrites sont celles qui permettent au créancier de renoncer à la clause de non-concurrence dès lors qu'elle laisse le salarié dans l'incertitude quant l'étendue de sa liberté de travailler[557]. Depuis que la contrepartie financière est exigée[558], l'enjeu des clauses de non-concurrence a été quelque peu altéré. Désormais, on considère que ces clauses présentent un intérêt commun et qu'en conséquence, l'employeur ne peut y renoncer si ce pouvoir n'est prévu ni dans une convention collective, ni dans le contrat de travail[559].

Au fur et à mesure du temps, la Cour de cassation a durci les modalités de mise en œuvre de la faculté de renonciation à la clause de non-concurrence. Elle est, en effet, passée de l'admission d'une renonciation émise dans un délai raisonnable suivant la cessation de l'activité[560], à celle d'une renonciation intervenant au plus tard à la fin du contrat de travail[561]. Sachant, toutefois, que

---

[555] S. ROBBINE, D. 2013. 2812.

[556] F.-J. PANSIER, *De la différence entre « clause nulle » et « clause réputée non écrite »*, CSB 2010, 221-A33.

[557] Une sanction appliquée durant une certaine période puis abandonnée en 2015 au profit de la nullité totale de la clause de non-concurrence (V. *infra*).

[558] Depuis le revirement du 10 juillet 2002.

[559] J. MOULY, Dr. soc. 2016. 187, obs. s/s Cass. soc., 2 déc. 2015, n° 14-19.029.

[560] Cass. soc., 13 juin 2007, n° 04-42.740, Bull. civ. V, n° 98 ; JCP S 2007. 1674, note G. BLANC JOUVAN ; Dr. soc. 2007. 1052, obs. J. MOULY ; RDT 2007. 579, obs. J. PÉLISSIER.

[561] Cass. soc., 13 juill. 2010, n° 09-41.626, Bull. civ. V, n° 174 ; JCP S 2010. 1410, note D. ASQUINAZI-BAILLEUX ; D. 2010. 1885, obs. L. PERRIN ; D. 2010. 2540, obs. S. ROBINNE, Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Dr. soc. 2010. 1118, obs. J. MOULY

durant ces deux périodes les dispositions contraires, prévues dans le contrat ou par convention, étaient admises. Dans un troisième temps, les juges ont fini par imposer à l'employeur d'exercer sa faculté de renonciation au plus tard au jour de la cessation effective de la relation de travail, quand bien même une disposition contractuelle ou conventionnelle en disposerait autrement[562]. La sévérité a été encore plus grande lorsque la faculté de renonciation mise en œuvre au cours de l'exécution du contrat a été soumise à l'existence d'une clause claire et précise à cet effet[563].

182. L'encadrement de la renonciation unilatérale à la clause de non-concurrence s'est durci encore une fois à la fin de l'année 2015[564]. Les dernières exigences, fondées sur l'interdiction de laisser le salarié « dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler[565] », sont toujours en vigueur, toutefois la sanction de leur non-respect a subi une conséquente modification. Les stipulations prévoyant une faculté de renonciation abusive étaient réputées non écrites de sorte que la clause de non-concurrence pouvait survivre[566]. Toutefois, depuis l'arrêt du 2 décembre 2015 ce n'est plus le cas[567]. Sans aucune mesure, les juges procèdent

---

– Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-41.583, Bull. civ. V, n° 85 ; D. 2011. 1086 ; RDT 2011. 390, obs. E. SERVERIN et T. GRUMBACH.

[562] Il avait été jugé que l'employeur dispensant le salarié de son préavis pouvait renoncer à l'exécution de la clause de non-concurrence au plus tard le jour de son départ effectif de l'entreprise, quand bien même le contrat ou une convention collective en disposait autrement, « nonobstant (les) stipulations ou dispositions contraires » : Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-21.150, Bull. civ. V, n° 72 ; D. 2013. 778 ; D. 2013. 2812, obs. S. ROBINNE, Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Dr. soc. 2013. 455, obs. J. MOULY ; Dr. soc. 2013. 576, chron. S. TOURNAUX ; RDT 2013. 326, obs. A. CHARBONNEAU – Cass. Soc., 21 janv. 2015, n° 13-24.471, D. 2015. 271 ; D. 2013. 829, obs. J. PORTA et P. LOKIEC ; D. 2013. 2526, obs. S. ROBINNE, Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Dr. soc. 2015. 206, chron. S. TOURNAUX.

[563] Cass. soc., 11 mars 2015, n° 13-22.257 ; D. 2015. 689 ; D. 2015. 2526, S. ROBINNE, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Dr. soc. 2015. 465, obs. J. MOULY ; D. 2015. 1384, chron. E. WURTZ, F. DUCLOZ, C. SOMMÉ, S. MARIETTE et N. SABOTIER ; D. 2016. 807, obs. P. LOKIEC et J. PORTA.

[564] Cass. soc., 2 déc. 2015, n° 14-19.029, Lexbase hebdo, éd. soc., 2015, n° 637, note C. RADÉ ; D. 2015. 2568 ; D. 2016. 807, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; Dr. soc. 2016. 187, obs. J. MOULY ; RTD civ. 2016. 98, obs. H. BARBIER ; Dr. soc. 2016. 650, S. TOURNAUX.

[565] Cass. soc., 13 juill. 2010, n° 09-41.626, Bull. civ. V, n° 174 : cité *supra*.

[566] *Ibid*., notamment.

[567] Cass. soc., 2 déc. 2015, n° 14-19.029, *op. cit.,* : « ayant relevé que la clause réservait à l'employeur la faculté de renoncer à tout moment, avant ou pendant la période d'interdiction, aux obligations qu'elle faisait peser sur le salarié, la cour d'appel qui a retenu que ce dernier avait été laissé dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler, en a exactement déduit que cette clause devait être annulée en son ensemble ».

désormais à l'annulation de la clause de non-concurrence alors qu'elle peut être débloquée par une simple amputation des stipulations incriminées. Le choix de la Haute cour de faire disparaître la clause de non-concurrence dans son intégralité n'est pas sans conséquences. Il en résulte, tout d'abord, un mépris de la force obligatoire du contrat à laquelel devrait être soumis l'employeur[568]. Au surplus, s'efface le droit à une contrepartie financière que le salarié avait espéré. Celui-ci peut, certes, agir sur le terrain de la responsabilité civile extra contractuelle[569] mais le résultat ne peut être garanti puisque, depuis 2016, la Cour de cassation rejette l'automatisme et exige de la part des salariés la démonstration d'un préjudice[570].

183. D'une manière générale, il nous semble que le traitement sévère de la faculté de renonciation est louable. Les juges font en sorte de ne pas bloquer la clause de non-concurrence et cela respecte parfaitement la théorie de l'autonomie de la volonté et le principe de la force obligatoire du contrat qui en découle. En revanche, ce principe ne peut être respecté que si l'existence de stipulations abusives est sanctionnée de manière équilibrée et proportionnée. Œuvrer afin de ne pas bloquer la clause de non-concurrence pour finalement ne pas la débloquer lorsque cela s'avère nécessaire relève du paradoxe. À cette fin, des auteurs[571] ont émis l'hypothèse d'une applicabilité de la sanction du déséquilibre significatif

---

[568] J. PORTA, D. 2016. 807, obs s/s Cass. soc., 2 déc. 2015, n° 14-19.029.

[569] *Ibid.*

[570] Cass. soc. 25 mai 2016, n° 14-20.578, D. 2016. 2484, obs. S. ROBINNE, Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Dr. soc. 2016. 650, S. TOURNAUX ; D. 2017. 840, P. LOKIEC et J. PORTA ; Dr. soc. 2016. 773, note J. MOULY ; Rev. trav. 2016. 557, note L. BENTO DE CARVALHO : « L'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ; que la cour d'appel, ayant constaté que le salarié n'avait subi aucun préjudice résultant de l'illicéité de la clause de non concurrence » – Antérieurement, Cass. soc. 7 juill. 2015, n° 14-11.580 : « La stipulation dans le contrat de travail d'une clause de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice au salarié ».

[571] L. BENTO DE CARVALHO, *L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou statu* quo ?, RTD civ 2016. 258 ; Y. PAGNERRE, *Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail*, Droit social 2016. 727, n° 13 ; G. LOISEAU, *Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats*, JCP S 2015. 1468 ; M. FABRE-MAGNAN*, La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail*, Sem. soc. Lamy 2016. 1715 ; C. RADÉ, *L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail*, Lexbase hebdo, éd. soc., 2016, n° 645 ; S. TOURNAUX, *Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail,* Dr. soc. 2016. 650.

introduite par la réforme du droit des contrats (article 1171 du Code civil[572]). Le droit commun étant un « droit résiduel », sur ce point, il peut en effet combler les carences du droit spécial, traitées jusqu'alors par la jurisprudence[573]. Malgré le caractère jurisprudentiel du régime de la clause de non-concurrence, il convient de faire preuve de prudence. Le Code du travail contient déjà une disposition – l'article L. 1121-1 – sur laquelle le juge peut se fonder pour contrôler l'atteinte causée « aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives à l'aune des principes de finalité et proportionnalité[574] ». Le requérant disposera-t-il d'une option entre les deux textes ou l'application exclusive de ces deux textes lui sera opposée ? Faudra-t-il faire primer le texte spécial sur le général ? D'aucuns ont estimé que le nouveau dispositif contenu à l'article 1171 du Code civil ne peut pas s'appliquer aux situations régies jusqu'alors par l'article L. 1121-1[575], mais la prudence doit rester de mise.

Le fait pour l'employeur de s'octroyer le pouvoir unilatéral de renoncer à la clause de non-concurrence, dans des conditions mettant le salarié dans une incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler, est sans doute la source d'un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. D'autant plus qu'aucune stipulation ne semble pouvoir rééquilibrer la faculté de renonciation abusive (même si le juge décide de soumettre le contrôle du déséquilibre significatif à l'étude de l'ensemble du contrat, on a du mal à imaginer que la stipulation prévoyant une faculté de renonciation unilatérale abusive puisse être compensée par une autre stipulation ou par un autre droit). Si la faculté de renonciation abusive entre dans la définition du déséquilibre significatif[576], alors

---

[572] Art. 1171 C. civ. : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. »

« L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »

[573] C. GRIMALDI, *Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats,* LPA, 2016, n° 215, p. 6, spéc. n° 9 ; R. BOFFA, *Article 1108 : le contrat d'adhésion,* RDC 2015, p. 736.

[574] Y. PAGNERRE*, Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail*, *op. cit.* ; V. également : L. BENTO DE CARVALHO, *L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou statu* quo ?, *op. cit.*

[575] *Ibid.*

[576] À propos du régime de droit commun du déséquilibre significatif, et des questions qu'il engendre : V. paragraphe n° 2, *infra* (n° 187 s.).

les juges ne pourront plus annuler la clause de non-concurrence et devront se limiter à l'éradication des stipulations litigieuses

184. En plus de la forte probabilité que la situation causée puisse être qualifiée de déséquilibre significatif, nous sommes bien dans le domaine d'application de l'article 1171 qui est exclusivement réservé aux contrats pour lesquels la négociation est exclue. Parmi les contrats d'adhésion par excellence, figure le contrat de travail. Quand bien même on souhaiterait se souvenir que la clause de non-concurrence et le contrat de travail ne sont pas indivisibles, que celle-ci constitue « un contrat dans le contrat[577] », nous ne sortirions pas du domaine d'application du déséquilibre significatif consacré dans le Code civil. Le salarié ne fait qu'adhérer aux clauses prédéfinies par l'employeur, qu'il s'agisse du contrat de travail ou de la clause de non-concurrence. Cette dernière est intrinsèquement un contrat d'adhésion.

185. Le résultat de l'application de l'article 1171 à la clause de non-concurrence n'est pas anodin. Elle permettrait de revenir sur la solution jurisprudentielle qui sanctionne la faculté de renonciation abusive de l'employeur par la nullité de la clause de non-concurrence, et donc de l'acte en entier. Vraisemblablement, le juge n'aura d'autre choix que de revenir à la solution antérieure au revirement de la chambre sociale du 2 décembre 2015 qui, tout comme l'article 1171 actuellement, préconisait de réputer non écrite la seule stipulation litigieuse. En outre, il nous faut préciser que ce ne sont pas toutes les facultés de rétractation qui seront réputées non écrites. Elles sont en principe licites en raison de la liberté contractuelle de principe et de l'admission des conditions résolutoires simplement potestatives[578]. Aussi, il ne serait pas cohérent

---

[577] A. MARTINON, *La cause au temps de la construction du contrat de travail, in* La cause en droit du travail, *op. cit.*

[578] Bien qu'unilatérale, la faculté de renonciation ne peut être rejetée en tant que telle sous le prétexte de l'interdiction d'exercer des volontés purement potestatives. Les conditions purement potestatives sont bien frappées de nullité (sur cette question : I. NAJJAR, *Le droit d'option : contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. Paris, LGDJ, 1967), mais la résolution dont peut disposer l'employeur n'est pas de cette envergure. La condition résolutoire dont est assortie la clause de non-concurrence « n'est pas purement potestative dès lors qu'elle impose un sacrifice à son titulaire ou que, même gratuite, elle s'exerce dans un délai raisonnable ou repose sur un motif légitime » (souligne Y. PAGNERRE*, op. cit.,* à l'appui des décisions de justice suivantes : Cass. Req., 21 janv. 1878, D. 1878. 1. 161 – Cass. com., 30 oct. 2000, n° 98-

de refuser une rétractation qui permettrait de restaurer la liberté de travail du salarié et la libre concurrence dont l'entrave n'est que tolérée. Ne devraient donc être déclarées illicites que les stipulations prévoyant une mise en œuvre abusive de cette faculté. La question devrait concerner pour l'essentiel le délai raisonnable pendant lequel le droit de rétractation de l'employeur peut être exercé afin que les droits du salarié soient préservés[579].

186. La mise en perspective de la faculté de renonciation unilatérale par rapport à l'article 1171 issu de la réforme du droit des contrats fait ressortir deux points essentiels sur lesquels nous pouvons clôturer ce sujet. En premier lieu, dès lors que le salarié est enlisé dans une incertitude relative à l'étendue de sa liberté de travail, on doit considérer qu'il subit un déséquilibre significatif créé par les stipulations abusives qui régissent la faculté de renonciation prévue dans la clause de non-concurrence[580]. En second lieu, lorsque les juges relevront le caractère abusif des facultés de renonciation, ils pourront uniquement constater que ces stipulations abusives sont réputées non écrites. Ils ne pourront donc pas aller à l'encontre de ce que prévoit l'article 1171 du Code civil en prononçant la nullité de la clause de non-concurrence toute entière.

Paragraphe II – Illustration d'un réputé non écrit débloquant le contrat : la sanction du déséquilibre significatif

187. Parmi les dispositions les plus emblématiques de la réforme du droit des contrats du 10 février 2016 figure l'article 1171 du Code civil[581] qui répute

---

11.224, D. 2001. 3241, obs. D. MAZEAUD – *Adde*, *L'extinction unilatérale des engagements*, th. Paris, éd. Panthéon-Assas, Préf. J.-M. Olivier, 2012, n° 677).

[579] En ce sens, la jurisprudence antérieure avait déjà précisé, qu'est nulle « la faculté de renoncer à tout moment, avant ou pendant la période d'interdiction, aux obligations qu'elle faisait peser sur le salarié », car il n'est pas admissible que ce dernier soit « laissé dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler » *:* Cass. soc., 2 déc. 2015, n° 14-19.029, cité précédemment.

[580] L. BENTO DE CARVALHO, *op. cit.* : « Le déséquilibre tient à l'incertitude dans laquelle est plongé le salarié, sa liberté de travailler dépendant de l'intérêt que l'employeur trouvera au maintien de la clause ».

[581] A. RIÉRA, *La réforme du droit des contrats : l'impact sur la franchise,* AJ Contrats d'affaires, Concurrence, Distribution 2016, p. 20.

non écrite, dans les contrats d'adhésion, « toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ». Pour autant, il ne s'agit pas d'une idée nouvelle puisqu'elle avait déjà émergée dans l'avant projet Catala de 2005[582], dans le projet de la Chancellerie à partir de sa version de 2009[583], et dans les projets de droit européen des contrats[584]. De surcroît, ce dispositif faisait déjà l'objet d'une application plus au moins concrète dans de nombreux contrats d'adhésion : contrats conclu avec un consommateur[585], de travail, de banque, d'assurance, etc[586]. S'agissant du droit de la consommation, c'est la loi du 1er février 1995[587] qui avait consacré les clauses abusives[588]. Par la suite, la loi du 4 août 2008[589] avait inséré dans le Code du commerce le fameux article L. 442-6 dans le but de sanctionner les clauses abusives entres professionnels. C'est ainsi, qu'avant l'ordonnance de 2016, seuls les contrats liant un professionnel avec un consommateur et ceux entre partenaires commerciaux bénéficiaient d'une protection contre le déséquilibre significatif[590]. L'introduction en droit commun d'une sanction à l'encontre des clauses abusives, et donc d'un dispositif permettant de « lutter contre les figures contractuelles inégalitaires », constituait une des grandes ambitions de la réforme[591]. L'adoption, malgré les atermoiements

---

[582] Art. 1122-2 : « La clause qui crÈe dans le contrat un dÈsÈquilibre significatif au dÈtriment de l'une des parties peut Ítre rÈvisÈe ou supprimÈe aÃ la demande de celle-ci ª.

[583] La version du projet de 2008 ne prévoyait aucune sanction du déséquilibre significatif, ce qui avait été critiqué : V., notamment, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Observations sur le projet de réforme de droit des contrats*, LPA n° 31, 12 févr. 2009, p. 54. Mais cette lacune a finit par être corrigée dans la version de 2009 contenant un art. 79 selon lequel toute clause non négociée et créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties « peut être supprimée par le juge à la demande » de la partie lésée.

[584] L'art. 4 : 110 des principes du droit européen des contrats (PDEC, Commission Landö) prévoyait aussi la possibilité pour une partie de faire annuler toute clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des contractants, dès lors que ces clauses, dites abusives, n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle.

[585] Il s'agit de l'application la plus marquante de la règle interdisant les clauses abusives.

[586] F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, n° 25.101, p. 169 s.

[587] Transposant la directive européenne Dir. 93/13/CEE, Conseil, 5 avr. 1993, « Concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ».

[588] À propos de ce dispositif : V. Y. PICOD, *Droit de la consommation*, Dalloz, Coll. Sirey Université, 3ème éd., 2015, n° 302 s.

[589] L. n° 2008-776, 4 août 2008 « Loi de modernisation de l'économie » (LME), JO 5 août 2008, p. 12471.

[590] F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, n° 25.101, p. 170.

[591] A. RIÉRA, *La réforme du droit des contrats : l'impact sur la franchise, op. cit.* Une codification qui avait été évoquée par le passé, notamment à l'occasion du bicentenaire du

dont elle a pu faire l'objet, de la règle prévue à l'article 1171 du Code civil démontre remarquablement le fait que le droit spécial « renforce, dynamise, réactive le droit commun des obligations »[592]. Par la même occasion, elle contrarie les propos des auteurs qui avaient réduit ce dernier à « une peau de chagrin[593] », du fait de la prolifération des régimes spéciaux qui lui auraient faire perdre son âme, sa « raison d'être[594] ».

188. L'article 1171 a fait l'objet de nombreuses interrogations en particulier en raison de son cantonnement au contrat d'adhésion car il est alors devenu fondamental de définir avec précision ce type de contrat (A). Il émane aussi quelques inquiétudes à propos de la notion de « déséquilibre significatif » entraînée par « toute clause », s'agit-il d'une reprise à l'identique de la notion prévue dans le Code de commerce et celui de la consommation ? Ou faut-il réajuster la notion afin de respecter la raison d'être de la distinction entre les droits spéciaux et le droit commun (C). La difficulté ne réside pas seulement dans la détermination de ces standards juridiques, puisqu'il est avant tout nécessaire de présager le conflit qui pourrait advenir entre ce nouveau dispositif de droit commun et l'interdiction des clauses abusives prévue dans les droits spéciaux. Nul doute que l'adage *specialia generalibus derogant* ne suffira pas à résoudre ce conflit, dès lors que le régime de droit spécial préexistait au droit commun et faisait l'objet d'une interprétation étendue afin de combler l'absence de dispositif général. Il faut s'interroger non seulement sur la répartition des différents régimes, leur articulation, mais aussi sur le resserrement des domaines du droit spécial. En effet, l'existence d'un tel dispositif dans le droit général contraint à ne plus interpréter de manière extensive le déséquilibre significatif prévu dans les textes spécifiques. En ce domaine précis, la réforme du droit des contrats à ainsi conduit à une nécessaire articulation entre droit commun et droit spécial, qui elle même

---

Code civil : V. J. MESTRE, *Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat, in* Le Code civil 1804-2004 - Livre du bicentenaire, 2004, Dalloz-Litec, p. 241 s.

[592] D. MAZEAUD, *L'attraction du droit de la consommation*, *in* Droit du marché et droit commun des obligations, RTD com. 1998, n° 20 s., p. 95 s.

[593] L. AYNÈS, PH. MALAURIE et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 9ème éd., Defrénois, 2017, n° 9.

[594] N. MOLFESSIS, *Le Code civil et le pullulement des codes, in* Le code civil, un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, n° 26.

redéfinit le domaine d'application de ce dernier : ne peuvent désormais relever du dispositif prévu dans le Code de la consommation que les véritables consommateurs, et uniquement les partenaires commerciaux dans celui prévu au sein du Code de commerce (B).

A/ Le contrat d'adhésion : une limitation propice à redéfinir

189. L'opportunité du cantonnement aux contrats d'adhésion – Le projet d'ordonnance de 2015, et ceux qui lui précèdent[595], prévoyaient une application du dispositif sanctionnant le déséquilibre significatif à toute clause, peu importe son caractère négocié ou non. Pourtant, il ne peut être nié que la mise en œuvre de cette protection ne s'avère particulièrement pertinente que dans les contrats d'adhésion, leur opposition avec les contrats de gré à gré a même été considérée comme un renouveau de la philosophie générale appliquée au contrat de droit commun dont la conception n'est plus unitaire. Selon Monsieur Revet, la distinction entre ces deux catégories, telle qu'instaurée par la réforme, « entame, pour une partie des contrats, l'équation traditionnellement absolue, entre volonté de contracter et contenu de la loi contractuelle ; il est désormais admis, de droit commun, que dans certains contrats une partie n'est plus irréfragablement présumée être l'auteur des stipulations contractuelles[596] ». Il s'agissait cependant, dans tous ces projets, de prendre en compte les craintes des associations de consommateurs qui avaient fait *remarquer* la distinction parfois difficile entre les clauses négociées et celles qui ne le sont pas[597]. D'aucuns avaient même considéré cette limitation comme une source de contentieux[598].

190. Finalement l'ordonnance de 2016 a préféré cantonner la sanction des clauses abusives aux seuls contrats d'adhésion afin de prendre en compte les inquiétudes des représentants du monde économique qui, selon le rapport de

---

[595] Notamment au sein du projet de 2011.

[596] T. REVET, *Une Philosophie générale ?, in* Réforme des contrats : quelles innovations ?, RDC 2016, Hors-série, n° 10, p. 9.

[597] F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, n° 25.112, p. 172.

[598] V. CCI Paris, Réponse, rapport adopté, 7 mai 2015, p. 17 ; Groupe de travail à la Cour de cassation, 15 juin 2007.

présentation au Président de la République, craignaient « une atteinte à la sécurité des transactions entre partenaires commerciaux et à l'attractivité du droit français[599] ». Une réticence qui avait en outre été confortée par de vives critiques doctrinales[600]. Les auteurs avaient tout d'abord relevé, à l'instar des opérateurs économiques[601], la dangerosité de l'absence de limitation vis-à-vis de l'attractivité économique[602] et de la sécurité juridique[603]. Selon des préoccupations plus juridiques, ils avaient également considéré que le déséquilibre significatif pouvait être appréhendé uniquement dans les contrats qui « recèlent un rapport de force inégalitaire[604] », autrement dit en matière de droit commun, exclusivement lorsqu'il s'agit de contrats comportant des clauses accessoires non négociables. Le rapport inégalitaire est évident et constant au sein des contrats liant un professionnel à un consommateur, ou encore un distributeur à un fournisseur dans le secteur de la grande distribution[605]. Cette asymétrie est en revanche bien plus hétérogène concernant le droit commun des contrats[606], de sorte que la limitation du domaine de l'article 1171 du Code civil se retrouve pleinement justifiée. « Il

---

[599] JORF n° 0035 du 11 février 2016, 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 ; CCI Paris, Réponse, rapport adopté, 7 mai 2015, p. 17 : où est souligné l'influence négative de cette généralisation pour le monde des affaires mais aussi pour le monde juridique car elle pourrait produire un « effet repoussoir » à l'égard du droit français. Dans cette réponse, la sanction des clauses abusives dépourvue de limitation aux contrats non négociés, avait même été décrite comme « l'expression inopportune de la dérive consumériste de notre droit commun ».

[600] T. REVET, *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés,* D. 2015, p. 1217 ; R. BOFFA, *Juste cause et injuste clause,* D. 2015. 335 ; F. BICHERON, *N'abusons pas de la clause abusive,* Gaz. Pal. 30 avr. 2015, p. 24.

[601] CCI Paris, Réponse, rapport adopté, 7 mai 2015, p. 17.

[602] PH. STOFFEL-MUNCK, *Les clauses abusives : on attendait Grouchy,* Dr. et patr. 2014, n° 240, p. 56 s.

[603] R. BOFFA, *Article 1108 : le contrat d'adhésion,* RDC 2015, p. 736.

[604] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats, op. cit.,* n° 442, p. 364 s.

[605] Étant précisé que ce n'est pas systématiquement le distributeur qui est placé dans cette situation de supériorité. Comme le souligne un auteur : « la relation de distribution offre, en effet, souvent l'image d'une relation caractérisée par la présence d'une partie forte et d'une partie faible, ou d'ailleurs le rôle de la partie forte ou de partie faible, au gré du type de distribution concerné, sera alternativement tenu par le fournisseur ou par le distributeur. Relation qui, dans la plupart des cas, se traduit par l'existence de clauses déséquilibrant le contrat à l'avantage de l'un et au détriment de l'autre » : F. LECLERC, *Les enjeux de la confrontation des contrats de distribution à la réforme du droit des contrats,* AJ Contrat, 2017, p. 152.

[606] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats, op. cit.,* n° 442, p. 364 s.

n'est en effet de lutte contre les clauses abusives qu'au service d'un besoin de protection identifié[607]. »

191. En tout état de cause, réserver le nouveau dispositif uniquement aux contrats d'adhésion semble avoir instauré un équilibre entre la volonté contractuelle et la justice commutative[608]. Au demeurant, plusieurs interrogations restent en suspens, parmi lesquelles la détermination de la notion de contrat d'adhésion, non seulement pour pouvoir circonscrire l'étendue de la sanction du déséquilibre significatif de l'article 1171, mais aussi pour orienter la manière dont le juge doit interpréter les stipulations qui ne sont pas claires et précises. Dans cette seconde situation, en vertu de l'article 1190, le juge a, en effet, l'obligation de procéder à une interprétation en faveur de l'adhérent dès lors qu'il ne s'agit pas d'un contrat de gré à gré. La réglementation issue de la réforme a rendu ses lettres de noblesses au contrat d'adhésion qui auparavant était conçu comme « une catégorie improductive, oisive sur le terrain des règles juridiques : elle en inspire peut être certaines ; mais elle n'en détermine concrètement aucune[609] ». Partant, la réforme du droit commun a procédé à un renouveau de la théorie générale du contrat[610], à partir de la consécration d'une « notion (auparavant) sans régime[611] ».

192. Aux sources du contrat d'adhésion – L'enjeu de la définition du contrat d'adhésion étant de délimiter le domaine de l'article 1171 du Code civil, il

---

[607] S. GAUDEMET, *Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil,* Contrats, conc. consom., 2016, dossier n° 5, spéc. n° 5 ; *Adde* J.-B. WALTER, *La clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties*, RRJDP 2011. 339 : pour un état comparatif du traitement du déséquilibre significatif par les différents projets de réforme du droit des contrats.

[608] D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives,* RDC/2, 2016, n° 3, p. 358 : qui considère plus encore que l'équilibre est trouvé entre les « piliers traditionnels du contrat » constitués par la liberté de contracter, la force obligatoire et la commutativité objective ; R. BOFFA, *Article 1108 : le contrat d'adhésion,* RDC 2015, n° 3, p. 736 ; F. ZENATI et T. REVET, *Cours de droit civil, Contrats,* PUF, coll. Droit fondamental, 2014, n° 4.

[609] J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat,* t. 1, Le contrat, 4ème éd., LGDJ, 2013, n° 696.

[610] T. REVET, *Une Philosophie générale ?, in* Réforme des contrats : quelles innovations ?, *op. cit.* ; L. AYNÈS, *Le juge et le contrat : nouveaux rôles ?,* RDC 2016. 15, Hors-série.

[611] P. MALAURIE, L. AYNEÃS ET P. SOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, 5ème eÏd., DefreÏnois, 2011, n∞ 426. Dans un sens similaire avait ÈtÈ soulignÈ l'absence de consÈcration en vue du contrat d'adhÈsion au sein du droit positif : J. FLOUR, J.-L. AUBERT ET E. SAVAUX, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, 14ème eÏd., Sirey, 2010, n∞ 189.

ne peut se révéler que déterminant[612]. Avant toute chose il n'est pas inutile de remonter aux origines de la notion découverte et nommée par l'éminent Raymond Saleilles[613]. Au XXe siècle, cet auteur avait déjà remis en cause la conception unitaire du contrat de droit commun élaborée jusqu'alors. Du point de vue de Raymond Saleilles, il se dégageait un type de contrat différent, censé faire l'objet d'un traitement particulier, « que l'on pourrait appeler, faute de mieux, les contrats d'adhésion »[614]. Ils ont pour particularité la « prédominance exclusive d'une volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà, par avance, unilatéralement[615] ». Une situation davantage proche de la *lex* que de l'accord de volonté[616], qu'il illustrait à travers les exemples du contrat de travail dans les grandes industries et du contrat de transport dans les grandes compagnies de chemin de fer[617].

Cet acte, dénommé contrat d'adhésion, n'avait pas préoccupé les rédacteurs du Code civil de 1804 car ce n'est que plusieurs années plus tard que le droit a été profondément bouleversé par les évolutions économiques et sociales, notamment dus à la révolution industrielle[618]. « La petite boutique de Rome et du Moyen Âge a fait place aux grands magasins à rayons innombrables et à succursales multiples ; la diligence d'antan aux puissantes compagnies de chemin de fer ; le petit voilier aux sociétés internationales de navigation ; l'atelier du

---

[612] Le caractère capital de cette définition n'est cependant pas réservé au dispositif des clauses abusives, d'autres règles sont réservées au seul contrat d'adhésion, notamment celle prévue à l'art. 1190 selon lequel ce type de contrat doit être interprété contre celui qui en a proposé les termes.

[613] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, Pichon, 1901.

[614] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand, ibid.,* p. 229-230.

[615] *Ibid.*

[616] J. DOLLAT, *Les contrats d'adhésion,* th. Paris, ÉLarose et Tenin, 1905, p. 133. La nature contractuelle du contrat d'adhésion constitue néanmoins celle unanimement retenue par la doctrine du XXe siècle : J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 4, Les obligations,* n° 39 s., p. 95 s. Seulement, en tant que contrat spécifique, il doit être distingué du modèle classique : G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion,* th., Paris, LGDJ, 1973.

[617] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand, op. cit.,* p. 229-230.

[618] Ce phénomène est encore plus accentué depuis la révolution numérique selon M. Boffa qui estime, à juste titre, que « la dématérialisation de l'échange des consentements conduit à ce que l'une des parties ait pré-rédigé l'entier contenu du contrat, tandis que l'autre se contente de cliquer, fût-ce deux fois, pour manifester son acceptation ». La lecture des conditions générales, dans ce cas de figure, n'est que très rarement réalisée de sorte que « l'adhésion dématérialisée est encore moins réfléchie » : R. BOFFA, Article 1108 : le contrat d'adhésion, *op. cit.*

maître, père de ses apprentis, aux usines formidables où les ouvriers sont moins que les machines ; les corporations, aux syndicats ; toute la vie simple, calme et stable d'autrefois à la vie complexe, fiévreuse et changeante d'aujourd'hui[619] ».

193. La prise en compte des spécificités du contrat d'adhésion par le législateur n'a pas débutée par la construction d'un droit commun des contrats d'adhésion mais à travers l'adoption de réglementations spéciales destinées à régir des contrats dans lesquels la négociation est exclue, afin de protéger les parties placées en situation d'infériorité structurelle. Il s'agit bien évidemment des contrats de travail, d'assurance, de transport, et enfin de consommation[620]. Le phénomène du contrat d'adhésion a subi une généralisation telle que la loi ne pouvait continuer à le reléguer au domaine des droits spéciaux. Les contrats non négociés constituant une très grande majorité, il avait même été souligné que le droit commun pourrait devenir un « droit résiduel » avec pour prédilection les actes conclus entre particuliers, et non plus un droit général, s'il persistait à ignorer les particularités de ce type de contrat[621]. Cet écueil n'est plus à craindre étant donné la place particulière que l'ordonnance du 10 octobre 2016 lui a accordée. Reste que la notion générale de contrat d'adhésion doit être définie.

194. Une nuance, non sans importance, réside entre le droit spécial et le droit commun dans la manière d'appréhender le concept de contrat d'adhésion. Dans le premier cas de figure, l'acte est protégé surtout parce que la volonté lie une partie faible à une autre plus forte. Dans le second, il s'agit d'une protection générale et objective liée au degré de négociation des conditions, sans considération pour la qualité des parties[622]. Plus précisément, dans le contrat d'adhésion consacré en droit commun, le consentement est davantage

---

[619] V. PICHON, *Des contrats d'adhésion, Leur interprétation et leur nature,* th. Lyon, éd. La Revue judiciaire, 1912, p. 9-10.

[620] F. CHÉNEDÉ, *Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2e partie),* RDC, 2012, n° 3, p. 1017.

[621] C. GRIMALDI, *Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats,* LPA, 2016, n° 215, p. 6, spéc. n° 9 ; R. BOFFA, *Article 1108 : le contrat d'adhésion, op. cit.*

[622] R. BOFFA, *ibid* ; S. GAUDEMET, *Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil, op. cit.* ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 64 : indiquant, par ailleurs, que l'indifférence de la qualité des parties, et donc la généralité de la règle, est justifiée puisque la disposition est intégrée dans le Code civil.

« imparfaitement éclairé », « qu'insuffisamment libre » en raison de la qualité de l'adhérent[623]. Cette situation souligne l'opposition entre la définition prévue à l'article 1110, alinéa 2, et le contrat qui a pour particularité une contrainte, un état de dépendance ou un état de nécessité que le contractant peut ressentir. Dans le dernier cas, ce sont les dispositions relatives au consentement qui ont vocation à s'appliquer[624], sans importance aucune de la catégorie du contrat, entendu objectivement[625]. Afin de construire la notion de contrat d'adhésion, il est nécessaire de revenir sur chacune des conditions requises par l'ordonnance de 2016 qui l'a consacrée. Le contrat de gré à gré est défini par l'article 1110, alinéa 1er, du Code civil comme « celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties ». Par opposition, le contrat d'adhésion est « celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties », conformément au second alinéa. Cette définition, qui manque de limpidité[626], impose une analyse approfondie des trois caractères du contrat d'adhésion général que requiert la loi.

195. Un contrat d'adhésion réservé - avant la loi de ratification d'avril 2018 - à l'absence de négociation des seules conditions générales à l'exclusion de toute autre clause – Il convient en premier lieu de se concentrer sur le contenu des conditions générales puisque n'est considérée que l'absence de négociation à leur égard. Celles-ci ont également été introduites par la réforme dans le Code civil, néanmoins, l'article 1119[627] n'a fait que codifier à droit constant les solutions antérieures. Cette reconnaissance ne signifie pas que la loi en fournit une

---

[623] F. CHÉNÉDÉ, *Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil,* JCP G 2016, 776 ; C. GRIMALDI, *Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats, op. cit.*

[624] Notamment les articles 1140 (sanctionnant la violence) et 1143 C. civ. (à propos de l'état de dépendance).

[625] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER*, Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 64.

[626] O. DESHAYES, *La formation des contrats*, RDC 2016, Hors-série, p. 28 ; F. LECLERC, *Quel impact est susceptible d'avoir la réforme du droit des contrats sur les effets des contrats de distribution ? in* Contrats de distribution et réforme du droit des contrats : perspectives nouvelles (II), AJ Contrat, Mai 2017, p. 202.

[627] Prévoyant que les conditions générales ne produisent d'effets que si elles ont été portées à la connaissance du cocontractant qui les a acceptées (al. 1er) et si elles ne contiennent pas de clauses incompatibles entre elles (al. 2). En outre, en cas de discordance entre les conditions générales et les particulières, ce sont ces dernières qui l'emportent.

définition pour autant, absente même des dispositions adoptées par l'ordonnance de 2016. Il est généralement admis qu'il s'agit de « l'ensemble des clauses contractuelles types rédigées avant la conclusion de contrats individuels dans lesquels elles sont destinées à s'intégrer[628] ». En des termes différents, elles peuvent être décrites comme des « clauses abstraites, applicables à l'ensemble des contrats individuels ultérieurement conclu, rédigées par avance et imposées par un contractant à son partenaire[629] ». Lorsqu'elles sont présentes, le contrat final est généralement composé de stipulations particulières (dénommées conditions particulières par la pratique) et de conditions générales, ces dernières profitant généralement à la partie les ayant rédigées unilatéralement[630]. Avec une telle définition, seuls les contrats standardisés devraient pouvoir être qualifiés de contrats d'adhésion[631], et donc bénéficier du contrôle des clauses créant un déséquilibre significatif dont il est question dans nos propos.

196. Dans les premiers temps, le projet de réforme n'avait pas lié l'absence de discussion aux conditions générales mais aux « stipulations essentielles[632] ». Cette modification « n'est pas seulement sémantique[633] », le but était de mieux se rapprocher de la préoccupation réellement envisagée[634]. L'élément déclencheur de cette nouvelle disposition consistait à protéger l'adhérent dont l'attention ne porterait que sur les clauses essentielles, au détriment des clauses accessoires portant, par exemple, sur la tacite reconduction,

---

[628] D. MAINGUY, *Conditions générales de vente et contrats-types,* J.-Cl. Cont. Distr., Fasc. 60, n° 1.

[629] A. SEUBE, *Les conditions générales des contrats, in* Études A. Jauffret, PUAM, 1974, p. 621 s.

[630] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats*, n° 228, p. 185.

[631] C. GRIMALDI, *Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats, op. cit.,* spéc. n° 9.

[632] Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, 2015, Art. 1108, al. 2 : « Le contrat d'adhésion est celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties. »

[633] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 65.

[634] Il en résultait que le domaine des dispositions cantonnées aux seuls contrats d'adhésion n'était pas correctement délimité : N. MOLFESSIS, *Amendements doctrinaux, in* Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Observations et propositions de modifications, JCP G, 2015, supplément au n° 21.

la responsabilité, la compétence juridictionnelle, la prescription, etc. De telles stipulations sont généralement intégrées dans les clauses générales[635].

En la présence d'une contrainte, telle qu'une dépendance, « ce ne sont pas seulement les stipulations accessoires, mais aussi les prestations principales, et notamment le prix[636], qui peuvent être arrachés au contractant dépendant[637] ». Or, dans le cadre du déséquilibre significatif de droit commun, l'enjeu consiste à protéger les parties faisant preuve d'un comportement irréfléchi en adhérant à des clauses accessoires sans leur prêter une attention suffisante. Il en ressort une opposition de source et d'objet ; le régime appliqué au contrat d'adhésion est justifié par l'inadvertance et non la contrainte en toute connaissance de cause, en outre, il ne s'applique pas à toutes les clauses (essentielles comprises), mais uniquement à celles qui sont secondaires[638]. De la sorte, quand bien mêmes les stipulations essentielles, constituant le reste du contrat, ont été négociées, l'acte est susceptible de faire l'objet de la qualification de contrat d'adhésion.

197. Le cantonnement du déséquilibre significatif au contrat d'adhésion est des plus légitimes. Cependant celui du contrat d'adhésion au défaut de négociabilité des seules conditions générales, comme le prévoyait le texte avant la loi de ratification de 2018, peut être source de difficultés. Quelle qualification aurions-nous pu retenir à l'égard du contrat ne renvoyant pas formellement à des conditions générales ? Comment aurait été considéré le contrat contenant des clauses reprises à l'identique dans différents contrats sans que ne soit évoquée l'existence de conditions générales ? Celles-ci auraient-t-elles été liées par la dénomination des parties[639] ? Etc. C'est dans le but de dissiper les interrogations entourant les conditions générales, que la Loi de ratification n°2018-287 du 20 avril 2018 a finalement décidé de réécrire l'article 1171 du Code civil.

---

[635] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid.*

[636] À l'inverse du régime des clauses abusives prévu dans le Code de la consommation.

[637] F. CHÉNÉDÉ, *Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil, op. cit.,* spéc. p. 1338.

[638] F. CHÉNÉDÉ, *Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil, ibid.*

[639] C. GRIMALDI, *Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats, op. cit.* ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 65.

199. Les sénateurs ont voulu procéder, en première lecture, à une ratification-rectificative de la définition prévue à l'article 1110. L'article 2 du nouveau du projet de ratification d'octobre 2017[640] a préféré définir le contrat d'adhésion comme celui comportant « des clauses » non négociables et déterminées à l'avance par l'une des parties. Un tel changement aboutirait à retenir la qualification de contrat d'adhésion dès lors que la négociation de *clauses* a été exclue, sans qu'il lui soit nécessaire qu'elles figurent dans les conditions générales. À cet égard, l'amendement rejoint la position et les termes employés dans la plupart des projets précédents, à savoir : l'avant-projet Catala[641], l'avant-projet Terré[642], le projet de la Chancellerie à partir de sa version de 2009[643], et même l'avant-projet déposé par le ministère de la Justice le 27 novembre 2013[644], qui tous sanctionnent le déséquilibre significatif causé par les *clauses* non négociées.

200. La crainte d'une généralisation trop grande de ce nouveau régime présente ne paraît pas légitime lorsque l'on sait que celui-ci ne permet pas de contrôler le déséquilibre portant sur l'adéquation du prix à la prestation, ou sur l'objet principal du contrat (article 1171, alinéa 2). De la sorte, la solution demeure équilibrée, à rebours du projet de réforme de 2015 qui prévoyait un contrôle du déséquilibre significatif dans tout le contrat. À présent que le domaine a été restreint aux contrats d'adhésion, ne seraient concernés que les actes

---

[640] Projet de loi de ratification de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Sénat, Première lecture du 11 oct. 2017.

[641] Avant-projet Catala, 2005, Art. 1122-2 : « Cependant, la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur ou encore *lorsqu'elle (la clause) n'a pas été négociée.* »

[642] Avant-projet Terré, F. TERRÉ (dir.) *Pour une réforme du droit des contrats*, 2008, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, art. 67 : « En outre*, la clause* non négociée qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à sa demande »

[643] Projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie, Mai 2009, art. 79 : « *Une clause* non négociée qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée ».

[644] Art. 77, al. 1er : une « *clause* qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée ». Pour un point de vue général sur ce projet, V. D. MAZEAUD, *Droit des contrats : réforme à l'horizon !,* D. 2014. Chron. 291.

contenant des clauses à la fois non négociables et sans lien avec l'objet principal ainsi que le prix, éloignant ainsi tous les dangers liés à la généralisation de ce dispositif. En outre, un domaine ainsi délimité est tout à fait respectueux de la raison d'être de la sanction du déséquilibre significatif : le défaut de négociabilité de toute clause accessoire et non pas uniquement des clauses prévues de manière formelle dans un corpus de règles dénommé explicitement « conditions générales ».

201. La vision des députés est autre. Suite aux auditions menées, le rapporteur de la commission des Lois considère que la modification apportée par le Sénat à la définition du contrat d'adhésion n'est pas assez restrictive. Elle entraînerait un élargissement trop important du champ des contrats susceptibles de revêtir une telle qualification, qui a causé une forte appréhension dans le milieu des affaires[645]. Les craintes rapportées portent sur la possibilité de considérer que constitue un contrat d'adhésion, soumis à la réglementation des clauses abusives, le pacte d'actionnaire, ou encore les contrats internationaux dans lesquels serait insérée une clause d'arbitrage non négociable[646]. « Dès lors que le choix politique était de maintenir la figure du contrat d'adhésion dans le Code civil, le retour du critère formel lié à l'existence de conditions générales dans le contrat pour le qualifier de contrat d'adhésion a donc été plébiscité[647]. »

202. Les situations problématiques pouvant être engendrées par la nouvelle définition du contrat d'adhésion, conditionnée par l'impossible négociation de clauses accessoires et non pas seulement de conditions générales, se résument à deux cas précis seulement. Il ne convient pas de les laisser pour compte bien évidemment, néanmoins, le fait que l'écriture d'une disposition des plus générales dépende de deux cas particuliers, qui risquaient d'être impactés, semble disproportionné. Il paraissait déjà plus simple de rajouter au texte, tel qu'amendé par le Sénat, un tempérament permettant de ne pas retenir la qualification de contrat d'adhésion dans les situations décrites.

---

[645] Rapport sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, Par le député Sacha HOULIÉ, 29 novembre 2017, p. 40.
[646] *Ibid.*
[647] *Ibid.*

203. La loi de ratification de l'ordonnance retien finalement « un ensemble de clause non négociables » pour définir le contrat d'adhésion - L'article 2 de la loi n°2018-287 du 20 avril 2018 décide finalement que le contrat d'adhésion est « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ». Ainsi toutes les clauses accessoires pourront être concernées et non pas seulement les clauses figurant dans les conditions générales et cela est louable. Il faut en tirer les conséquences nécessaires. Désormais, le contrôle du déséquilibre significatif pour être appliqué chaque fois que plusieurs clauses accessoires ont été soustraites à toute possibilité de négociation. Le domaine du déséquilibre significatif ne sera pas restreint à l'impossibilité de négocier des conditions générales.

204. Un contrat d'adhésion conditionné par la détermination à l'avance de cet ensemble de clauses non négociables – Venons-en à présent à la seconde condition permettant de caractériser le contrat d'adhésion, les clauses soustraites à la négociation doivent avoir « été déterminées à l'avance par l'une des parties[648] ». La référence semble être faite aux séries de contrats se basant sur un modèle pré-rédigé unilatéralement qui, contrairement à une conception passée, ne suffit pas à caractériser un contrat d'adhésion[649]. Sans plus de précision, les contrats d'adhésion et les contrats-types ne pourraient en aucun cas être distingués[650], au point que la condition de la pré-rédaction a été considérée comme superflue par un auteur[651]. Quoiqu'il en soit, les stipulations pré-rédigées du contrat d'adhésion ont pour particularité de ne pas être négociables et c'est ce qui constitue l'énième condition requise.

---

[648] Art. 1110, al. 2, C. civ.

[649] T. DOUVILLE (dir.) et *alii, La réforme du Droit des contrats, op. cit.,* p. 47 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 66 ; V. également : C. GRIMALDI, *Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats, op. cit.* : où est retenu bien plus que l'insuffisance du critère de la pré-rédaction puisque c'est son inutilité qui est soulignée. L'auteur considère qu'il n'apporte rien à la définition du contrat d'adhésion car « que l'on prenne les "conditions générales" ou toute clause non négociable, celles-ci sont déterminées à l'avance par l'une des parties ».

[650] V. J. LÉAUTÉ, *Les contrats-types,* RTD civ. 1953. 429 ; G. CHANTEPIE, *De la nature contractuelle des contrats-types,* RDC 2009, p. 1233.

[651] C. GRIMALDI, *Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats, op. cit.*

205. L'absence de négociabilité de cet ensemble de clauses – Pour finir, doit être précisé le caractère non négociable qui présente une double fonction puisqu'il permet de distinguer le contrat d'adhésion aussi bien du contrat de gré à gré que du contrat-type[652]. Il faut souligner que l'essentiel n'est pas l'absence de négociations mais leur impossibilité. À ce titre, l'article 2 de la loi de ratification n°2018-287 du 20 avril 2018 fait preuve d'une plus grande clarté puisqu'il préfère le terme « négociables » à celui de « négociées »[653]. Le contrat de gré à gré serait alors celui dont les stipulations sont librement négociables. En tout état de cause, la présence d'un ensemble de clauses n'ayant pas été négociées, alors que cela était envisageable, empêche de retenir la qualification de contrat d'adhésion. La finalité de la sanction du déséquilibre significatif ne consistant pas à ouvrir une seconde phase de négociation devant le juge[654]. Le droit a été de plus en plus incité à protéger le contractant de certaines situations, mais pour que l'équilibre entre les principes directeurs du droit des contrats soit préservé, le respect de la parole donnée ne peut être entravé outre mesure.

B/ La répartition nécessaire des textes traitant le déséquilibre significatif entre droits spéciaux et droit commun

206. L'introduction dans le Code civil de l'article 1171 entraîne une question des plus délicates : de quelle manière le juge mènera l'articulation des textes consumériste, affairiste, et civil ? Lorsque les conditions subjectives exigées par le droit spécial ne sont pas remplies la répartition sera facilitée (le recours au droit commun s'imposera dès lors qu'il ne s'agit ni d'une relation entre partenaires commerciaux, ni d'un rapport entre professionnel et consommateur /

---

[652] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats, op. cit., p. 127.*

[653] Le texte antérieur laissait planait un doute. Certains auteurs préconisaient de ne pas s'éloigner de la lettre du texte en considérant qu'il s'agit d'un contrat d'adhésion en l'absence de négociation des conditions générales, peu importe qu'elle eût été possible (V. par ex. M. MEKKI, *L'incidence de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? Les clauses*, Rev. Sociétés 2016, p. 563, n° 22). À l'inverse, d'autres défendaient une interprétation un peu plus éloignée de la lettre du texte mais plus proche de ce qui devrait être, considérant que le contrat ne peut être d'adhésion que lorsque les conditions générales n'ont pas pu être négociées (T. REVET, *Les critères du contrat d'adhésion*, D. 2016, p. 1771, n° 12).

[654] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 66 ; T. DOUVILLE (dir.) et *allii, La réforme du Droit des contrats, op. cit.,* p. 47.

non professionnel), ou que le contrat d'adhésion fait défaut (impliquant l'application exclusive de l'une des dispositions spécifiques)[655]. Le déséquilibre significatif faisant déjà l'objet d'une réglementation en droit de la concurrence (article L. 442-6, I, 2° Code de commerce) et en droit de la consommation (article L. 212-1 Code de la consommation), adviendront néanmoins des cas dans lesquels se confronteront les dispositions spéciales et l'article 1171 du Code civil[656].

207. Ces différents dispositifs ne se rejoignent pas uniquement par le biais du déséquilibre significatif, qui constitue leur épicentre commun, puisque dans les situations régies par les deux droits spéciaux, il est également question d'un contrat d'adhésion dans bien des cas. Nul doute que le consommateur ou le non-professionnel ne fait qu'adhérer au contrat conclu avec un professionnel l'ayant rédigé unilatéralement et en dehors de toute négociation[657]. En outre, la jurisprudence commerciale[658] démontre que même entre professionnels cette hypothèse est plus fréquente qu'il n'y paraît, notamment dans les contrats de distribution qui « méritent certainement dans la plupart des cas la qualification de contrat d'adhésion[659] ».

208. L'enjeu de la répartition du domaine de chaque texte est capital à plus d'un titre. Le droit commun sera tout d'abord en concours avec le dispositif du droit de la consommation disposant de listes réglementaires de clauses irréfragablement abusives[660] (liste noire) ou présumées abusives[661] (liste grise)[662]. Cette bienveillance probatoire ne se retrouve absolument pas dans l'application de

---

[655] D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives, op. cit.,* n° 57 s., p. 371.

[656] Pour un exemple de norme générale postérieure à une norme spéciale : V. Cass. com. 5 juil. 1971, D. 1972, jur. 135, note H. GROUTEL.

[657] F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, n° 25.101, p. 169 s.

[658] Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907.

[659] F. LECLERC, *Quel impact est susceptible d'avoir la réforme du droit des contrats sur les effets des contrats de distribution ? in* Contrats de distribution et réforme du droit des contrats : perspectives nouvelles (II), AJ Contrat, Mai 2017, p. 202.

[660] Art. R. 212-1 C. cons. (qui remplace l'art. R. 132-1 : depuis l'Ord. n° 2016-301, 14 mars 2016 : V. N. SAUPHANOR-BRUILLAUD et H. AUBRY, *Aperçu rapide*, JCP G 2016, act. 392).

[661] Art. R. 212-2 C. cons. (qui remplace quant à lui l'art. R. 132-2).

[662] S. GAUDEMET, *Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil,* Contrats, conc. consom. 2016, dossier n° 5, spéc. n° 11 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 301.

l'article 1171 du Code civil. Comparé au requérant relevant du droit commun, le consommateur bénéficie d'autres faveurs encore. Il peut s'appuyer utilement sur la liste blanche des clauses abusives élaborée par la commission de lutte contre les clauses abusives, non pas pour lier le juge puisque celle-ci n'est qu'indicative, afin de démontrer le déséquilibre significatif dont il est victime[663]. Sachant, précisons-le, que le juge doit relever d'office l'existence de toute clause abusive présente dans le contrat litigieux[664]. Enfin, cette partie faible dispose de l'avantage déterminant de ne pas avoir à démontrer qu'elle a conclu un contrat d'adhésion[665].

209. S'agissant à présent du concours entre le droit commun et le dispositif prévu dans le Code de commerce, la première difficulté qui retient l'attention est procédurale. L'article D. 442-3 de ce code attribue, en effet, une compétence exclusive à des juridictions spécialisées dont le nombre est délimité (huit juridictions[666] de première instance, ainsi que la Cour d'appel de Paris, seule habilitée à recevoir les recours exercés à l'encontre des juridictions de premier degré spécialisées[667]). En outre, à rebours du contrôle prévu à l'article 1171 du Code civil, le déséquilibre significatif prévu dans le Code de commerce porte tout autant sur les clauses accessoires que les principales[668]. Sur ce point, le conflit entre les textes est frappant : en droit commun, il est expressément prévu que le contrôle ne peut porter ni sur l'objet principal, ni sur l'adéquation du prix à la prestation ; en droit des affaires, le contrôle peut porter sur toute clause[669].

---

[663] K. LAFAURIE, *Clauses abusives : l'articulation du dispositif du Code civil avec les textes spéciaux,* JCP. E n° 35, 2017, 1453.

[664] CJUE, 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt.,* n° C-243/08, D. 2009. 2312, note G. POISSONNIER ; RTD civ. 2009. 684, obs. P. REMY-CORLAY ; RTD com. 2009. 794, obs. D. LEGEAIS. La solution figurant dans cet arrêt a été consacrée par la loi Hamon n° 2014-344 du 17 mars 2014 qui l'a intégrée au sein de l'art. L. 141-4, al. 2 du Code de la consommation.

[665] S. GAUDEMET, *Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil,* Contrats, conc. consom. 2016, dossier n° 5, spéc. n° 11.

[666] Marseille, Bordeaux, Tourcoing, Fort-de-France, Lyon, Nancy, Paris, et Rennes.

[667] La compétence exclusive de la Cour d'appel de Paris a cependant été tempérée dernièrement, Cass. com., 1er mars 2017, Messer France c/ Société Norgaz, n° 15-21.798 : désormais, seul le litige traité en première instance sur le fondement de l'art. L442-6 C. com., par un des tribunaux spécialisés, est soumis à la compétence exclusive de la Cour d'appel de Paris.

[668] Pour une illustration de la possibilité pour le juge de procéder à un contrôle du prix : V. CA Paris, 23 mai 2013, Ikéa, n° 12/01166, JurisData n° 2013-010560 ; CA Paris, 29 oct. 2014, GIE de radios, n° 13/11059 ; CA Paris, 1er juill. 2015, Le Galec, n° 13/19251, JurisData n° 2015-016920.

[669] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 301.

Une situation qui n'a pas manqué d'être critiquée à l'occasion de l'arrêt *GALEC* rendu par la chambre commerciale, le 25 janvier 2017[670], dans lequel les juges du fond ont été autorisés à soumettre au contrôle du déséquilibre significatif l'adéquation entre le prix et le bien vendu. Une décision qui, sans nul doute, fait fi de l'interdiction générale de sanctionner la lésion[671], mais aussi de la décision du Conseil constitutionnel de 2011[672], selon laquelle le déséquilibre significatif intégré dans le Code de commerce en 2008 doit trouver son inspiration dans le mécanisme déjà existant en droit de la consommation, lequel exclut le contrôle d'un tel déséquilibre à l'égard du prix[673]. Il semble, de surcroît, curieux qu'une même notion se révèle bien plus protectrice lorsqu'il s'agit de professionnels, qu'envers des consommateurs. Cette discordance ne proviendrait-elle pas du fait que, malgré l'unicité de la notion, elle aurait une vocation différente selon les régimes concernés ? À rebours du texte consumériste, l'article L. 442-6, pris dans son ensemble, ne concerne-t-il pas des thématiques tournant plus au moins autour du prix ? Selon Messieurs Ferrier, il n'est pas illogique que le contrôle du déséquilibre significatif puisse également porter sur le prix, puisqu'il ne s'agirait ni plus ni moins que de faire revêtir au texte son « effet utile »[674].

---

[670] Cass. com. 25 janv. 2017, n° 15-23.547, Bull. n° 135, D. 2017. 481, note F. BUY ; D. 2017. 1075, Chron. S. TRÉARD ; AJ Contrat 2017. 132, obs. D. FERRÉ et R. PIHÉRY ; RTD civ. 2017. 383, obs. H. BARBIER ; RTD com. 2017. 593, obs. M. CHAGNY.

[671] Un argument qu'il convient néanmoins de mitiger puisque l'absence de sanction pour lésion n'est que le principe qu'il est tout à fait possible de mettre de côté dès lors que la loi l'autorise (art. 1168, C. civ.). Faute d'interdire le contrôle du déséquilibre significatif relatif au prix, l'art. L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, permet, *indirectement*, de vérifier l'équivalence entre les obligations souscrites. Il s'agirait d'un des cas pour lesquels la loi en dispose autrement.

[672] Cons. const. 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC, D. 2011. 392, Chron. M. CHAGNY, D. 2011. 415, note Y. PICOD, D. 2011. 2823, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE, T. GARÉ, S. MIRABAIL et T. POTASZKIN, D. 2011. 2961, obs. N. DORANDEU, Centre de droit de la concurrence Yves Serra.

[673] A RIÉRA, Centre de la concurrence Yves Serra, *Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme,* D. 2017, Chron. Concurrence, p. 2444 : « Le régime du déséquilibre significatif s'éloigne ainsi nettement de celui de ses cousins, les articles L. 212-1 du code de la consommation et 1171 nouveau du code civil. Pour justifier la solution, la Cour régulatrice observe que l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce, au contraire des deux textes précités, ne contient aucune restriction quant au contrôle judiciaire du prix : *ubi lex non distinguit...* C'est néanmoins faire peu de cas de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui invitait à interpréter l'article L. 442-6, I, 2°, à la lumière de la jurisprudence consumériste et, partant, à oeuvrer à l'édification d'un régime commun aux différents textes, qui renvoient tous à une notion unique (…). Qu'une même notion renvoie à deux ou trois régimes juridiques différents est une première source de déception. »

[674] D. et N. FERRIER, *Droit de la distribution,* LexisNexis, 6ème éd, 2015.

210. En tout état de cause, il semble ressortir de ce conflit « la menace d'un désordre »[675], ou en tout cas une opposition entre les textes susceptibles d'être la source d'importants contentieux. En pareille situation, la maxime *specialia generalibus derogant* fait tout de suite écho mais il convient d'envisager son recours avec circonspection[676] puisqu'il se dégage un consensus doctrinal qui ne l'admet qu'en la présence d'une antinomie entre la norme générale et la norme spéciale[677]. Il nous faut indiquer précisément les critères généraux auxquels est soumise la règle de conflit (1), puis démontrer qu'elle conduit à une application exclusive des textes en matière de déséquilibre significatif. Le spécial pourra déroger au général en raison de l'antinomie qu'il existe entre les textes (2).

1. La soumission de l'adage *specialia generalibus derogant* au critère de l'antinomie

211. La plupart des auteurs ont conclu leur démonstration à ce sujet par l'admission de l'applicabilité de l'adage *specialia generalibus derogant*[678], désormais consacré au troisième alinéa de l'article 1105 du Code civil[679]. Selon un courant doctrinal, faisant l'objet d'un certain consensus, il est admis que la norme particulière n'exclut la norme générale que s'il existe une antinomie entre elles[680]. À défaut, les auteurs évoquent la possibilité d'un cumul, à tout le moins

---

[675] R. BOFFA, *Juste cause (et injuste clause),* D. 2015, p. 335.

[676] D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives, op. cit.,* n° 49 s., p. 358 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 301.

[677] C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* th. Paris, LGDJ, 2009, Préf. Y. Lequette, n° 383 s. ; N. BALAT, *Essai sur le droit commun,* th. Paris II, LGDJ, 2016, n° 804 ; C. GOLDIE-GENICON, *Droit commun et droit spécial*, RDA, févr. 2013, n° 17, p. 41. ; N. BALAT, *Réforme du droit des contrats et les conflits entre droit commun et droit spécial ?* : D. 2015, p. 699 ; S. GAUDEMET, *Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil,* Contrats, conc. consom. 2016, dossier n° 5, spéc. n° 12 ; D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives, op. cit.,* n° 50, p. 369.

[678] Notamment, S. GAUDEMET, *Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil, op. cit. ;* M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le déséquilibre significatif dans le Code civil,* JCP 2016. 391.

[679] Venant combler les lacunes de l'ancien article 1107 qui ne prévoyait aucune règle de résolution du conflit entre les règles générales et particulières. V. N. BLANC, *Contrats nommés et innommés, un article disparu ?,* RDC 2015, p. 810 ; N. BALLAT, *Réforme du droit des contrats : et les confits entre droit commun et droit spécial ?,* D. 2015, Chron., p. 699 ; *Essai sur le droit commun*, th. Paris, LGDJ, 2016, Préf. M. Grimaldi.

[680] C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude entre le droit commun et le droit spécial des contrats, op. cit.,* n° 383 s. ; V. également : F. BÉRENGER, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, th. Aix-en-

d'une option entre les deux actions[681]. En ce domaine, le critère de répartition qui convainc le plus a été développé par Madame Goldie-Genicon, dont la thèse est dédiée aux rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats[682]. Cet auteur a fait remarquer dans un premier temps qu'« il ne suffit pas, pour écarter une règle générale, de constater que le champ d'application de la règle spéciale avec laquelle elle entre en concours est inclus dans le sien » ; des strictes conditions doivent être vérifiées et pouvoir être retenues[683]. Selon la doctrine, les règles générales ne doivent céder devant les règles spéciales qu'en la présence d'une antinomie entre elles. Cette dernière renvoie à l'idée de contradiction, et c'est ce dont il s'agit, mais il faut préciser qu'elle ne se situe pas au niveau du fondement des règles[684]. Ce qui compte c'est une contradiction de leur contenu[685].

L'antinomie à laquelle est soumise l'application de l'adage *specialia generalibus derogant* présente deux caractéristiques. Il est nécessaire que les règles en conflit prévoient des directives incompatibles (second critère) alors

---

Provence, PUAM, 2007 ; A. SUPIOT, *La contribution du droit social au droit commun des contrats, in* Le Code civil entre ius commune et droit privé, A. Wijffels (dir.), Bruylant, 2005, p. 47 s. ; P. PUIG, *Pour un droit commun spécial des contrats, in* Mélanges Jacques Foyer, Economica, 2007, p. 825 s.

[681] J. CARBONNIER, RTD civ. 1961 : qui considérait qu'à l'égard de l'individu disposant de deux moyens juridiques différents, « le sens le plus élémentaire de ce double don est le cumul » ; C. GOLDIE GENICON, *Droit commun et droit spécial,* RDA n° 7, fév. 2013, p. 29 s., spéc. n° 15 : « Le principe devrait être celui de l'option, voire du cumul, entre règles communes et règles spéciales. Le droit commun doit, tant qu'aucune disposition n'y fait obstacle, conserver son empire et chacun des contractants pouvoir librement choisir entre les règles que lui offre le droit commun et celles que lui offre le droit spécial, ou même requérir leur application conjointe », excepté, souligne l'auteur, si une raison impérieuse, comme le concours de règles antinomiques, l'empêche. Rappr. F. POLLAUD-DULIAN, *De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires*, RTD com. 1997, p. 349 s.

[682] C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* th. Paris, LGDJ, 2009, Préf. Y. Lequette.

[683] *Ibid.,* n° 382, p. 491.

[684] Mme Goldie-Genicon soulignant que la prise en compte de ce genre de contradiction, entre les fondements ou les orientations des textes, trouve sa place dans le domaine des droits et libertés fondamentaux où le juge n'a pas pour rôle de faire primer une norme sur une autre mais à trouver un juste équilibre entre elles. Nous sommes en dehors du cas où une règle se retrouve effacée par l'application d'une autre : note n° 349, n° 385, p. 493. *Adde* CH. HUBERLANT, *Antinomie et recours aux principes généraux*, p. 208, *in* Les antinomies en droit, Travaux du Centre national de recherche de logique, Ch. Perelman (dir.), Bruylant, 1965 : l'auteur considérant que l'antinomie se caractérise autant par une contradiction des règles mêmes que par l'opposition de leurs orientations. « Là où viennent en concurrence deux règles de droit de tendance contraire : par exemple, la règle qui garantit la liberté, et celle qui confère à l'autorité un pouvoir de police ».

[685] C. GOLDIE-GENICON*, Contribution à l'étude entre le droit commun et le droit spécial des contrats, op. cit.,* n° 384, p. 492.

qu'elles portent sur un objet commun (premier critère)[686]. Avant d'expliciter ces critères, il convient d'indiquer brièvement ce qui justifie un tel mécanisme, sachant qu'il sera directement appliqué pour résoudre le conflit entre les textes traitant du déséquilibre significatif.

212. Une règle ne pouvant être appliquée sans en comprendre le fondement, il nous faut préciser celui de l'application exclusive des textes antinomiques est l'antinomie elle-même[687]. L'impossibilité de faire respecter sans contradiction des règles de droit incompatibles, alors que leur objet est identique, constitue à la fois le critère et la raison d'être. Dans sa thèse, Madame Goldie-Genicon réfute le fondement proposé par la majorité des auteurs, à savoir, celui de la volonté implicite du législateur. Ce dernier, en adoptant une règle nouvelle incompatible avec une autre, préexistante et traitant de la même question, manifesterait, indirectement, sa volonté d'écarter du domaine de la seconde ce qui peut relever de la première[688]. Un tel fondement ne peut cependant être que fictif puisque le législateur n'a pas toujours conscience du conflit de normes que suscitera le texte qu'il adopte. Plus particulièrement, cette assertion est contredite par le fait que de nombreuses règles, de plus en plus, sont d'origine communautaire en s'appliquent alors à l'ensemble des états membres. Il est difficile d'imaginer dans ce dernier cas de figure une volonté implicite d'impacter une règle nationale française[689]. Au surplus, ce raisonnement n'est pas valable dans les nombreux cas où la règle qui vient en conflit de celle adoptée par le législateur est jurisprudentielle[690], à moins de retenir une volonté implicite de la part du juge mais cela est peu probable.

213. L'identité d'objet – Cet objet identique constitue surtout un prérequis évident puisque face à deux règles qui ne traitent pas du même problème, la question du conflit ne se pose pas. Les normes ne peuvent s'affronter

---

[686] CH. PERELMAN, *Les antinomies en droit, Essai de synthèse,* éd. du Griffon, 1964, p. 393 ; C. GOLDIE-GENICON*, Contribution à l'étude entre le droit commun et le droit spécial des contrats, op. cit.,* n° 382, p. 491.

[687] C. GOLDIE-GENICON*, ibid.,* n° 391, p. 501.

[688] *Ibid.*, n° 388, p. 499.

[689] *Ibid.* n° 389, p. 500.

[690] *Ibid.*

sans se mouvoir dans le même champ de bataille. Une règle de droit ne peut ainsi être considérée comme spéciale qu'à la condition de fournir une « réponse à un problème (abstrait) qui est un cas particulier du problème (abstrait) résolu » par la règle générale[691]. Cette identité d'objet n'est pas entendue strictement puisqu'il peut s'agir également de règles ayant un « objet commun » ; le fait est que l'objet d'une règle (particulière) peut être inclus dans l'objet plus large d'une autre règle (générale)[692]. Enfin, comme le soulève fort bien Madame Goldie-Genicon, il est important de ne pas confondre l'objet et le but des règles en conflit[693]. La notion d'antinomie n'est pas censée tenir compte de la finalité des textes, elle « est plus étroite : l'objet est la question juridique traitée par la règle, le problème abstrait auquel elle fournit une réponse[694] ». Pour que des normes soient parfaitement antinomiques, elles doivent en outre prévoir des directives inconciliables.

214. L'antinomie – La caractéristique essentielle de l'antinomie se réfère à l'impossibilité de tenir compte ou d'appliquer simultanément les directives posées par les textes[695]. Cette application simultanée « doit se heurter à une impasse, conduire à un non-sens[696] ». Étant précisé qu'elle n'est en rien résolue par la présence d'une option entre les deux actions, car choisir les faveurs de la règle A en occultant la règle B qui la contredit prive cette dernière de tout intérêt.

---

[691] A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne,* th. Lyon III, éd. de l'A.G.E.L., 1975, n° 378, p. 674 ; *Adde* D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives,* RDC/2, 2016, n° 50, p. 369 ; B. SAINTOURENS, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, th. Bordeaux, 1986.

[692] L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes de droit international privé, Étude de droit international privé de la famille,* th. Paris, LGDJ, 2001, Préf. Y. Lequette, n° 125, p. 82.

[693] *Contra* K. LAFAURIE, *Clauses abusives : l'articulation du dispositif du Code civil avec les textes spéciaux, op. cit., n° 3* : « L'articulation de l'article 1171 du Code civil avec l'article L. 442-6, I, 2°, ne doit pas faire tomber dans ce piège qui consisterait à assimiler ces deux dispositions en perdant de vue que la règle de conflit ne s'applique que si la question traitée par les deux dispositifs est la même. Or l'article 1171 du Code civil et l'article L. 442-6, I, 2° ayant en réalité des buts très différents, il est douteux qu'une question de conflit se pose réellement ».

[694] C. GOLDIE-GENICON*, Contribution à l'étude entre le droit commun et le droit spécial des contrats, op. cit.,* n° 386, p. 495. L'auteur prenant à ce sujet l'exemple de la nullité pour défaut de cause et la nullité pour défaut de consentement. La finalité qu'est la nullité est identique mais puisqu'elle ne traite pas la même question juridique (l'existence d'une contrepartie dans le premier cas et l'intégrité du consentement dans le second), leur objet ne peut être commun.

[695] G. BOLAND, *Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif*, *in* Les antinomies en droit, *op. cit.* p. 185 ; CH. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique,* 2ème éd., Dalloz, 1979, reprint Dalloz, 1999, n° 27, p. 39.

[696] C. GOLDIE-GENICON*, Contribution à l'étude entre le droit commun et le droit spécial des contrats, op. cit.,* n° 386, p. 497.

Admettre la possibilité de choisir une action différente ou contradictoire au détriment d'une autre action qui traite de la même question juridique n'est pas concevable[697]. Tel est par exemple le cas de la situation juridique traitée d'un côté par une résolution et de l'autre par une exécution forcée en nature, ou encore de la coexistence de deux délais de prescription distincts, portant sur un objet commun[698].

215. La situation dans laquelle les critères de l'antinomie ne seraient pas remplis empêche le spécial de déroger au général. C'est une conception stricte de l'adage qui doit être retenue, « il ne suffit pas, pour écarter une règle générale, de constater que le champ d'application de la règle spéciale avec laquelle elle entre en concours est inclus dans le sien, et que cette règle spéciale soumet à des conditions différentes l'obtention d'un résultat similaire ou conduit à un résultat différent [699]».

L'adage doit donc être entendu strictement dans le sens où seule une antinomie vérifiée et avérée est susceptible de le mettre en application. En son absence, par opposition, nous pouvons en déduire que le plaidant dispose de la possibilité de cumuler les actions, ou a minima d'un droit d'option entre elles. En la présence d'un conflit entre les textes, le principe serait donc l'option ou le cumul[700], l'exception serait constituée par l'application exclusive de la règle spéciale au détriment de la règle générale, dès lors qu'une antinomie est caractérisée[701].

Pour finir sur ce point, il nous faut préciser que le caractère inconciliable des actions n'est jamais expressément indiqué. Il n'existe pas de catalogue des

---

[697] *Ibid.*

[698] X. LAGARDE, *Questions autour de l'article 1171 du code civil,* D. 2016, p. 2174.

[699] *Ibid. ;* C. GOLDIE-GENICON*, Contribution à l'étude entre le droit commun et le droit spécial des contrats, op. cit.,* n° 386, p. 497.

[700] Comme l'avait affirmé Carbonnier, « lorsque le droit positif met deux moyens à la disposition du même individu, le sens le plus élémentaire de ce double don est le cumul. Si le législateur a agi délibérément, que sa volonté soit faite. Si c'est par inadvertance, ce n'est pas un mal qu'un peu de désordre vienne dénoncer la surabondance des lois » : J. CARBONNIER, RTD. Civ. 1961, p. 333.

[701] C. GOLDIE-GENICON*, Contribution à l'étude entre le droit commun et le droit spécial des contrats, op. cit.,* n° 382, p. 492 ; X. LAGARDE, *Questions autour de l'article 1171 du code civil, op. cit. ;* D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives, op. cit.,* n° 50, p. 369 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 301.

antinomies qui, d'ailleurs, peuvent évoluer en fonction des changements jurisprudentiels[702]. Le caractère antinomique des textes se découvre, sa révélation a lieu lors de procès où des actions différentes sont susceptibles d'être mises en œuvre pour traiter un même point de droit[703]. Les caractères de l'antinomie et son rôle dans le jeu de la règle de conflit ayant été décrits, il convient à présent de vérifier l'existence de ses critères à l'égard des différents textes traitant du déséquilibre significatif.

Avant cela, il faut préciser que la règle de conflit n'a rien d'obligatoire pour le juge qui, à certaines occasions, tranche le conflit entre les lois en fonction de choix politiques, plus globalement, selon des critères opportunistes[704]. Plus encore, en refusant d'élaborer une règle de conflit générale, la jurisprudence semble « se satisfaire d'un traitement casuistique des conflits entre droit commun et droit spécial[705] ». Lorsque la Cour de cassation décide ou non d'admettre l'option entre les actions ou leur cumul, elle ne le justifie par aucune démonstration, le choix est effectué en fonction du résultat à atteindre et s'impose en tant que tel. L'élaboration d'une règle générale de conflit prédéterminée fait craindre au juge de ne plus pouvoir choisir en fonction du résultat à atteindre. En raison de cette crainte d'être enfermée dans un carcan contraignant, « la Cour s'abrite derrière un argument d'autorité »[706]. Quand bien même l'adage serait appliqué, elle se préserve de le mettre en exergue dans les solutions qu'elle rend afin qu'aucune règle de conflit générale ne soit construite. Pour notre part, nous optons pour une application claire et nette de la règle de conflit élaborée par la doctrine et décrite précédemment. Faisant preuve d'une indéniable cohérence, elle

---

[702] CH. PERELMAN, *Les antinomies en droit, Essai de synthèse,* éd. du Griffon, 1964, p. 402.

[703] G. BOLAND, *Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif*, *in* Les antinomies en droit, *op. cit.*, p. 1.

[704] S. GAUDEMET, *Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil, op. cit.,* n° 12 : « Il a été montré combien aujourd'hui le désordre était grand dans les rapports entre droit commun et droit spécial, et les solutions régulièrement guidées par des considérations d'opportunité rendant souvent difficile l'anticipation ». *Adde* D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives, op. cit.,* n° 48, 51, 53, et 54 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 301 : « l'usage de *specialia generalibus*… doit se faire avec circonspection (…) parce que la jurisprudence est parfois opportuniste dans ses choix ».

[705] C. GOLDIE-GENICON, Contribution à l'étude entre le droit commun et le droit spécial des contrats, *op. cit.,* n° 211 s.

[706] *Ibid.* ; C. RADÉ, *L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés,* JCP G 1997, I. 4009, n° 4, p. 136 (à propos de l'arrêt Cass. civ. 1ère, 14 mai 1996, Chavanne c/ Société Lambert distribution).

contribue en outre à faire respecter la sécurité juridique déjà très délicate à garantir depuis que tout le droit commun des contrats à été réformé.

216. La règle mise en exergue par Madame Goldie-Genicon est donc celle retenue. Non seulement parce qu'elle fait l'objet d'un consensus légitime mais aussi en raison du rapport au Président de la République[707] selon lequel le dernier alinéa de l'article 1105 « introduit une nouveauté importante et attendue des praticiens, puisqu'il rappelle que les règles générales s'appliquent sous réserve des règles spéciales. Ainsi, les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera *impossible de les appliquer simultanément* avec certaines règles prévues par le Code civil pour régir les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres codes tels que le Code de commerce ou le Code de la consommation ». L'impossibilité d'appliquer simultanément différents textes rejoint bien l'idée d'incompatibilité requise dans la notion d'antinomie. Au moins en droit des contrats, il semble possible de se baser sur une règle de conflit fiable dont le déséquilibre significatif doit bénéficier afin que le déblocage du contrat ne soit source de difficulté et d'insécurité juridique.

2. L'application exclusive des textes traitant le déséquilibre significatif justifiée par leur antinomie

217. L'antinomie requiert un objet commun et une incompatibilité des directives posées par les règles en conflit. Concernant la première exigence, elle a déjà été explicitée précédemment lorsqu'il a fallu démontrer la nécessité de résoudre ce problème d'articulation entre les anciens textes de droit spécial et le nouveau droit commun. D'ailleurs, ce n'est généralement pas ce point qui est difficile à appréhender puisque ce n'est pas un objet identique au sens strict qui est requis, il peut s'agir de règles ayant un objet commun[708], un simple recoupement suffit[709]. Sachant de surcroît que seul l'objet de ces règles compte à

---

[707] Accompagnant l'ordonnance du 10 février 2016.

[708] L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes de droit international privé, Étude de droit international privé de la famille,* th. Paris, LGDJ, 2001, Préf. Y. Lequette, n° 125, p. 82.

[709] A. HONTEBEYRIE, *1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance*, D. 2016, p. 2180 : sur le fait de savoir si la règle prévue à l'art. 1171 et à L. 442-6, I, 2° ont exactement le

l'exclusion de leurs finalités, comme l'a souligné Madame Goldie-Genicon[710]. En tout état de cause, les textes spéciaux et l'article 1171 traitent de la même question de droit qui est constituée par la prohibition du déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. L'autre caractéristique de l'antinomie, l'incompatibilité des directives, doit être envisagée de manière précise. C'est pourquoi le droit commun sera confronté à chacun des textes spéciaux distinctement. Les réponses étant fortement différentes, le propos n'en sera que plus clair.

218. La compatibilité avec les directives prévues dans le Code de la consommation – L'antinomie exige que les textes en conflit amènent à des directives inconciliables. Est-ce le cas s'agissant des solutions proposées par l'article 1171 du Code civil (droit commun) confronté à l'article L. 212-1 Code de la consommation ? Le concept est identique puisqu'en droit commun n'est pas sanctionné le contractant mais le contrat dans lequel un déséquilibre significatif a été introduit en l'absence de négociabilité des clauses accessoires ; le contrat est soumis à ce mécanisme pour ce qu'il est. La sanction est tout aussi objective en droit de la consommation où n'est plus sanctionnée la personne, particulièrement depuis 1995, date à laquelle a cessé l'exigence de la preuve d'un abus de puissance économique du professionnel[711]. Les directives ne sont donc pas inconciliables sur ce point, sans parler du fait que l'on peut se demander si ici l'interaction ne concerne pas les finalités plutôt que l'objet des directives[712]. Cela étant dit le droit de la consommation est susceptible de s'appliquer à tout type de contrat, peu importe qu'il ait été négocié ou non, à rebours du droit général réservé au seul contrat d'adhésion. Pouvons-nous y relever une incompatibilité ? En réalité, il s'agit davantage d'une mesure du domaine d'application, l'un étant

---

même domaine, « notamment en ce que la première exclut du sien l'objet principal du contrat et l'adéquation du prix à la prestation, alors que la seconde n'en dit rien, n'a guère d'incidence à cet égard. La question ici envisagée (la répartition des textes en conflit) n'a de sens que si et dans la mesure où il existe un recoupement du champ d'application respectif des deux dispositions. Or recoupement il y a. »

[710] C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude entre le droit commun et le droit spécial des contrats, op. cit.,* n° 386, p. 495

[711] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 302.

[712] Le but des directives ne devant pas être analysé dans l'étude du caractère inconciliable des solutions proposées (second critère de l'antinomie des textes) : V. *supra*.

plus restrictif que l'autre, que d'une réelle contradiction. Le litige portant sur un contrat d'adhésion pourrait être réglé par les deux textes (le plaideur disposerait potentiellement d'une option), alors que seules les dispositions du Code de la consommation pourraient traiter celui relatif à un contrat de gré à gré (à la condition sine qua non d'avoir la qualité de consommateur).

219. Le Code de la consommation exige de rechercher le caractère abusif des clauses selon une appréciation d'ensemble, le juge doit, à ce titre, se pencher sur tout le reste du contrat : les autres clauses, les circonstances, etc.[713], afin de vérifier que l'équilibre du contrat n'est pas rétabli par ailleurs (à travers une ou plusieurs autres clauses). Le déséquilibre provenant pratiquement toujours d'une absence de réciprocité. Il faut donc se demander si cette directive et l'appréciation du déséquilibre significatif fondé sur l'article 1171 du Code civil peuvent être conciliées. Si celle-ci est effectuée sur la base de la seule clause litigieuse, alors nous serions bien face à une antinomie, pour incompatibilité de normes. Il n'est en effet pas concevable d'apprécier le déséquilibre significatif occasionné par un contrat à partir de la clause isolément et dans le même temps en fonction d'un regard d'ensemble. En pareille occurrence, le résultat nous mènerait à une contradiction, cependant, il est fort probable que les modalités d'appréciation relevant du droit commun rejoignent celles prévues dans le Code de la consommation, et donc aussi celles retenues par la jurisprudence à l'égard des dispositions du Code de commerce[714].

220. La plupart des commentateurs ont, en effet, estimé que le déséquilibre significatif sanctionné à l'article 1171 du Code civil devrait être évalué de manière globale, au regard de toutes les clauses intégrées dans le contrat[715]. Une

---

[713] Art. L. 212-1, al. 2, C. cons. : « Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1188, 1189, 1191 et 1192 du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque les deux contrats sont juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution. »

[714] Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, Eurauchan c/ Ministre, AJCA 2015. 218, note G. CHANTEPIE ; D. 2015. 1021, note F. BUY.

[715] M. BEHAR-TOUCHAIS, *Un déséquilibre significatif à deux vitesses*, JCP G 2015, 603, n° 1 ; D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives, op. cit.,* p. 366, n° 33 ; S. GAUDEMET, *Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil, op. cit.,* n° 8 ; O. DESHAYES, T. GENICON,

position somme toute logique puisque le droit de la consommation, qui à rebours du droit commun fait office de droit surprotecteur, ne le permet pas. L'impossibilité de retenir l'existence d'un déséquilibre significatif dès lors que d'autres éléments du contrat contrebalancent la clause litigieuse restreint le champ matériel. La sévérité de ce mécanisme ayant été admise par la loi consumériste, nul doute qu'elle intégrera aussi le régime prévu dans le droit général des contrats qui n'a aucune vocation à protéger des personnes en particulier. Sur ce point précis, l'incompatibilité de directives ne peut donc être caractérisée.

Peut-on au moins relever une contradiction relativement au mécanisme punitif prévu par la loi ? La clause ayant entraîné un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est réputée non écrite selon l'article 1171 du Code civil. Or, en droit de la consommation on procède aussi à l'éradication de ce type de clause abusive puisqu'il est expressément prévu, à l'article L. 241-1 du Code de la consommation[716], de les réputer non écrites, sans préjudice pour la continuité de tout le reste du contrat.

En fin de compte, la recherche de solutions inconciliables entre le déséquilibre significatif de droit commun et celui du droit de la consommation, requise pour caractériser l'antinomie de normes, est vaine[717]. L'application de l'adage doit donc être exclue mais ce conflit de textes peut être résolu d'une autre manière faisant appel au bon sens. Le principe, à défaut d'antinomie (et donc de directives inconciliables) étant l'option (parfois le cumul). Il faut donc réfléchir à l'intérêt pour le consommateur[718] de se prévaloir des dispositions du droit commun. Il est très difficile de le faire ressortir sachant qu'à son égard, le Code de

---

Y. M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 307 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats, op. cit*. p. 368 s.

[716] Créé par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016. Le réputé non écrit était avant cela inscrit dans le même texte que celui interdisant les clauses entraînant un déséquilibre significatif.

[717] D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives, op. cit.*, p. 370, n° 53 : l'auteur précisant à ce sujet qu'il ne « semble pas (malgré le potentiel impact du nouveau texte à l'égard du traitement des clauses déjà encadré par la Commission des clauses abusives) pour autant qu'il y ait là à proprement parler une antinomie de textes imposant de fermer l'option pour éviter le désordre ».

[718] Ou le non-professionnel qui lui est assimilé.

la consommation prévoit un dispositif beaucoup plus avantageux et protecteur[719]. Un tel choix d'action serait aberrant[720].

221. En se fondant sur l'article L. 212-1 du Code de la consommation, le consommateur, ou assimilé, se retrouve soumis à un régime dans lequel les clauses abusives sont plus aisées à démontrer grâce à la liste noire[721] (où les clauses sont présumées abusives de manière irréfragable), à la liste grise[722] (où se trouvent des clauses soumises à une présomption simple du caractère abusif). La rupture entre les droits et obligations des parties étant inhérente aux clauses inscrites dans ces listes, c'est même la raison d'être de leur place au sein de celles-ci, le consommateur ne se retrouve pas encombré par l'obligation de prouver le déséquilibre significatif. Par ailleurs, ces listes n'étant pas limitatives, selon la Cour de cassation qui est au demeurant soumise à l'obligation de relever d'office les clauses abusives[723], le plaidant bénéficie de perspectives encore plus grandes. En outre, puisqu'aucune catégorie de contrat n'est exigée, la partie faible n'a pas l'obligation de démontrer qu'elle a conclu un contrat d'adhésion[724]. Enfin, son litige est éligible à une action collective[725] qui certes n'est pas toujours utile mais qui peut se révéler déterminante à certaines occasions.

---

[719] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, op. cit.,* n° 444, p. 366.

[720] D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives, op. cit.*, p. 370, n° 53 ; X. LAGARDE, *Questions autour de l'article 1171 du code civil*, *op. cit.,* p. 2175 ; S. GAUDEMET, *Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil, op. cit.,* n° 11.

[721] Liste noire et exceptions : art. R. 212-1, R. 212-3 et R. 212-4, C. cons.

[722] Liste grise et exceptions : art. R. 241-2, R. 241-3 et R 241-4, C. cons.

[723] Art. R. 632-1, al. 2, C. cons., Décret du 29 juin 2016 (reprenant la disposition anciennement prévue à l'art. L. 141-4, al. 2, C. cons.,, L. 17 mars 2014) : « Il (le juge) écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat ».

[724] D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives, op. cit.*, p. 370, n° 53 : « Le plus souvent, le consommateur se placera sur le terrain du droit spécial : il se soustraira ainsi aux incertitudes tenant à la notion (et donc à la preuve) de contrat d'adhésion. »

[725] Art. L. 621-2, C. cons., Ord. 14 mars 2016 (ancien art. L. 421-6) : « Les associations de consommateurs mentionnées à l'article L. 621-1 et agissant dans les conditions précisées à cet article peuvent demander à la juridiction civile (…) d'ordonner au défendeur (…) toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites ou à supprimer une clause illicite dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs ou dans tout contrat en cours d'exécution. »

« Elles peuvent également demander (…) de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques en cours d'exécution conclus par le défendeur ».

222. S'agissant à présent du contractant qui n'a pas la qualité de consommateur (et qui ne répond pas non plus aux critères exigés par le Code de commerce), son seul recours est constitué par l'article 1171 du Code civil. En plus d'être impacté par un déséquilibre significatif, le plaignant doit correspondre à des caractéristiques précises s'il veut pouvoir enclencher l'article L. 212-1 Code de la consommation. En pareille occurrence, le critère personnel ajouté par ce dernier texte facilite grandement la résolution du conflit de normes. Au final, le choix entre les dispositions prévues dans le Code de la consommation et l'article 1171 du Code civil n'est envisageable qu'à l'égard du véritable consommateur[726].

223. L'antinomie n'a pas pu être caractérisée entre le droit commun et le droit de la consommation, mais nous avons démontré qu'il s'agissait d'un conflit davantage théorique que pratique puisque dans le cas d'une option entre les deux actions l'une se révèle clairement plus avantageuse que l'autre. Il en va bien différemment concernant le conflit entre le déséquilibre significatif sanctionné par le Code de commerce et le droit commun, d'où se dégagent plusieurs contradictions entre les directives proposées. Pour aller à l'essentiel, ne seront abordés que les points faisant ressortir une incompatibilité, de la moins importante à la plus fondamentale.

224. La compatibilité avec les directives prévues dans le Code de commerce – Sur le plan procédural tout d'abord. À l'inverse du droit commun, le traitement du litige fondé sur l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce est réservé à des juridictions spécialisées[727] : huit tribunaux déterminés, coiffés par la seule Cour d'appel de Paris pour la seconde instance[728]. Cette procédure spécifique a été prévue car il s'agit d'un déséquilibre significatif qui s'inscrit dans

---

[726] L'appréciation de cette qualité devant être restrictive, à présent qu'il existe une sanction du déséquilibre significatif en droit commun des contrats, afin de ne pas retirer au texte spécial dédié aux parties faibles sa spécificité, et donc son efficacité. Le fait de tordre les textes, afin d'y intégrer des situations juridiques impactées par une carence légale, a un impact beaucoup plus important en droit spécial que dans le droit général dont la vocation est de s'adapter et de combler.

[727] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, op. cit.,* n° 444, p. 367.

[728] Les articles D. 442-3, du Code de commerce, pour les tribunaux de commerce et D. 442-4, du même code, pour les tribunaux de grande instance. Ces derniers étant compétents en matière de déséquilibre significatif créé par la clause d'un bail. Pour un ex. dans le cadre du renouvellement d'un bail commercial : V. Cass. com., 18 oct. 2016, n°14-27.212.

la sphère des pratiques restrictives de concurrence[729] à l'égard desquelles les juges doivent se spécialiser[730], et veiller à harmoniser leurs décisions. Sa finalité est donc importante et ne peut être entravée par le choix du plaidant de se soumettre au droit commun uniquement pour échapper à cette exigence[731]. Si l'option entre le droit des affaires et le droit général est permise, tout l'intérêt de cette compétence dérogatoire et spéciale, dont l'importance est telle que le juge doit relever d'office son incompétence, sera effacé.

Plus simplement, pour apprécier l'incompatibilité des normes, il convient, selon la doctrine, de vérifier la possibilité d'appliquer simultanément les textes en conflit, peu importe qu'il s'agisse d'ouvrir le droit à un cumul ou une option car là n'est pas la question[732], il s'agit de la méthode et non de la finalité[733]. Or, on ne peut retenir dans le même temps une compétence exclusive et son absence. La contradiction semble évidente. Un auteur a cependant retenu une position

---

[729] X. LAGARDE, *Questions autour de l'article 1171 du code civil*, *op. cit. ;* G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Ibid.*

[730] M. CHAGNY, *Restriction de la compétence matérielle et droit de la concurrence*, Procédures 2011, Comm. n° 10. Le but étant *in fine* de faciliter le traitement de ce type de contentieux. Selon cet auteur, l'objectif de simplification n'aurait pas été atteint puisque la spécialisation a fait, au contraire, naître de nouveaux contentieux : détermination de la sanction du non respect de la compétences exclusive (V., *infra*, arrêts du 29 mars 2017), efficacité des clauses dérogatoire à la compétence exclusive (depuis, la Cour de cassation a tranché. Concernant les clauses compromissoires, elles s'imposent aux parties (Cass. civ. 1ère, 13 juill. 2016, n° 15-19.389 ; CA Paris, 23 mai 2017, RG n°16/25311), en revanche, l'action autonome du Ministre de l'économie, visant à faire cesser les pratiques illicites et prononcer des amendes civiles, y échappe var il exerce son action « au titre d'une mission de gardien de l'ordre public économique pour protéger le fonctionnement du marché et de la concurrence est une action autonome dont la connaissance est réservée aux juridictions extatiques au regard de sa nature et de son objet » [Cass. civ. 1ère, 6 juill. 2016, n° 15-21.811]), sort des demandes portant à la fois sur un domaine soumis à la compétence des juridictions spécialisées et sur un tout autre domaine (depuis il a été décidé que l'exclusivité de compétence l'emporte dès lors qu'il y avait bien les deux fondements différents : Cass. com., 24 oct. 2013, n° 12-21.089, Bull. civ. IV, n° 138 ; D. 2013, 2819 s. obs. N. DORANDEU ; Contrats Conc. Consom. 2013, n° 267, obs. N. MATHEY ; Procédures 2014, chron. 1, B. RUY ; RDC 2014, 84, obs. C. PELLETIER – Cass. com., 6 sept. 2016, n° 15-12.230 et n° 14-27.085, obs. N. MATHEY, Contrats conc. consom., nov. 2016, comm. 234), etc. Cela étant dit, la mise en œuvre de nouveaux textes n'entraîne-t-elle pas systématiquement la construction d'une jurisprudence permettant d'interpréter et de combler les imprécisions de la loi ? Les difficultés liées à l'application de cette compétence exclusive durant les premières années ne doivent en aucun cas conduire à revenir dessus (il faut laisser le temps au temps), et ne peut donc servir d'argument au rejet de l'incompatibilité des directives procédurales.

[731] M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le déséquilibre significatif dans le Code civil,* JCP 2016. 391.

[732] C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude entre le droit commun et le droit spécial des contrats, op. cit.,* n° 386, p. 497.

[733] Visant à vérifier que la permission d'appliquer un texte n'aboutit pas à en enfreindre un autre, avec par exemple, d'un côté une disposition qui interdit, et de l'autre une disposition qui autorise.

contraire, rejetant l'antinomie relative à la compétence[734]. Il a considéré que l'application simultanée des articles 1171 et L. 442-6, I, 2° était possible car la compétence des juridictions spécialisées n'est obligatoire que si le second texte constitue le *fondement* de la demande, peu importe la réalité juridique des faits. À défaut, c'est à dire si le plaignant se fonde sur le droit commun, le litige pouvant relever de la compétence des juridictions ordinaires, quand bien même il devrait en réalité, au vu des faits, être soumis au texte spécial[735]. Un point de vue auquel nous n'adhérons pas entièrement car il fait fi de la contradiction qui ressort de l'interdiction et de l'autorisation simultanée. Quand bien même la question de la compétence juridictionnelle serait rattachée au seul fondement, et que rien n'empêcherait le titulaire de l'action de choisir ou non de se soumettre aux juridictions spéciales (pour l'éviter il lui suffirait de ne se fonder que sur l'article 1171 du Code civil), l'incompatibilité n'est pas résolue pour autant. Ce raisonnement ignore, en effet, les cas dans lesquels il pourrait, par choix ou maladresse, se fonder sur le déséquilibre significatif sanctionné par le Code de commerce et saisir malgré tout les juridictions ordinaires, qui ont l'obligation de

---

[734] *Contra,* M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le déséquilibre significatif dans le Code civil, in* Libres propos sur la réforme du droit des contrats, Analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016, LexisNexis, Hors collections, 2016, p. 79 : l'auteur relevant qu'« il serait étonnant que ce pouvoir juridictionnel exclusif de statuer sur les contredits formés contre les décisions rendues dans les litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6, du Code de commerce, est invoqué, et non dès lors que l'on est dans le champ d'application de ce texte ». Finissant par conclure que dans les cas où le juge non spécialisé ne dispose pas du pouvoir de juger (autrement dit dès lors que l'art. L442-6 a vocation à s'appliquer), il ne doit pas pouvoir le retrouver seulement parce que la demande est fondée sur l'art. 1171 du Code civil.

[735] A. HONTEBEYRIE, *1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance*, *op. cit.* : « En ce qui concerne la compétence, l'antinomie ne paraît pas caractérisée. (...) Un juge non spécialisé qui accepterait de connaître d'un litige engagé sur le seul terrain de l'article 1171 à propos d'une clause également susceptible d'être entreprise sur celui de l'article L. 442-6, I, 2°, enfreindrait-il ces dispositions ? Il semble que non. Le litige en question ne serait pas « relatif à l'application » de l'article L. 442-6. Plus techniquement, ce que la règle de compétence spéciale empêche, c'est seulement qu'une juridiction non spécialisée puisse valablement être saisie sur le fondement de l'article L. 442-6 et en faire application. Elle ne condamne donc pas la possibilité, pour une juridiction autre, de connaître d'un grief de déséquilibre significatif fondé non sur ce texte mais sur le code civil. Deux arrêts rendus par la chambre commerciale de la Cour de cassation laissent d'ailleurs bien entendre que la compétence spéciale prévue à l'article L. 442-6 est affaire de fondement de la demande (Cass. com. 6 sept. 2016, n° 14-27.085, D. 2016. 1812, obs. E. CHEVRIER ; 7 oct. 2014, n° 13-21.086, Bull. civ. IV, n° 143, à propos de l'art. L. 442-6, I, 5° ; D. 2014. 2329, note F. BUY, et 2015. 943, obs. D. FERRIER ; AJCA 2015. 86, obs. M. PONSARD ; RTD civ. 2015. 381, obs. H. BARBIER ; RTD com. 2015. 144, obs. B. BOULOC). Une perspective différente aurait pu être envisagée en présence d'une règle édictant une compétence spéciale pour tout litige mettant en cause des faits qui, avérés, seraient constitutifs de pratiques restrictives de concurrence. Mais celle de l'article L. 442-6 n'a pas été conçue ainsi. Du point de vue de la compétence juridictionnelle, l'application simultanée des articles 1171 et L. 442-6, I, 2°, semble donc possible ».

relever d'office leur incompétence. Les schémas pris en compte, pour rejeter l'antinomie relative à la compétence, ne peuvent pas se baser uniquement sur la mauvaise correspondance entre le fondement et la réalité des faits, et ignorer celle existant entre le fondement et la juridiction saisie, car en pareille circonstance il y a bien une contradiction[736].

225. Plus précisément, permettre d'échapper à une règle par une autre qui la contredit constitue exactement l'antinomie recherchée, dès lors qu'une norme se retrouve être la négation de l'autre, il y a incompatibilité[737], d'autant plus que l'option permettrait ici de déroger à une règle de compétence d'ordre public dont l'inobservation doit être relevée d'office[738]. Madame Goldie-Genicon cite

---

[736] V. note de bas de page précédente.

[737] M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le déséquilibre significatif dans le Code civil, in* Libres propos sur la réforme du droit des contrats, *op. cit*., p. 79 : l'auteur indiquant qu'il conviendrait « pour écarter le principal intérêt pour les parties de prétendre à un cumul électif entre les textes, à savoir tenter d'échapper aux juridictions spécialisées. Quand on est dans le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce, *le juge non spécialisé perd le pouvoir de juger* (…).

[738] Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-10.016, Bull. 2015, IV, n° 59 : « l'inobservation de la *règle d'ordre public* investissant la cour d'appel de Paris du pouvoir juridictionnel exclusif de statuer sur les appels formés contre les décisions rendues dans les litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce », constitue une fin de non-recevoir qui *doit être relevée d'office* ; *Adde* Cass. com. 24 sept. 2013, n° 12-21.089, Bull. IV, n° 138 ; Cass. com., 20 oct. 2015, n° 14-15.851 ; Com. 21 juin 2016, n°14-27.056 ; Com., 31 mars 2015, n° 14-10.016, Bull IV, n° 59.

Très récemment, plusieurs arrêts de la Cour de cassation (Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-15.337 ; Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-24.241 ; Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-17.659, JCP E, 27 avril 2017, 1238, note R. LOIR ; Contrats conc. consom., Mai 2017, n° 98, p. 29, obs. N. MATHEY) est venu atténuer cette exclusivité de compétence. On pourrait donc prétendre que l'incompatibilité procédurale est de facto atténuée, mais il n'en est rien, car ce monopole juridictionnel est toujours d'actualité. La seule chose que prévoit cet arrêt c'est la possibilité d'interjeter appel devant une cour d'appel non spécialisée en se fondant sur l'art. L. 442-6, mais seulement si en première instance la demande a été traitée par un tribunal non spécialisé (peu importe que celui-ci ait appliqué le droit commun ou, à tort, l'art. L. 442-6), et dans une optique très limitée puisque le nouveau pouvoir qui est lui est consacré se résume (contrairement à celui de la Cour d'appel de Paris) à constater l'excès de pouvoir des premiers juges. Ce revirement ne remet absolument pas en cause l'exclusivité de compétence des juridictions spécialisées car les cours d'appel non spécialisés ne disposent pas du pouvoir de trancher le fond d'un litige fondé sur l'article L. 442-6. Les arrêts du 29 mars 2017 n'opèrent un revirement que dans le sens où antérieurement (Cass. com., 7 octobre 2014, n° 13-21.086, D. 2014, 2329, obs. F. BUY ; JCP E 2014, n° 1640, obs. N. MATHEY ; Contrats conc. consom. 2014, n° 270, obs. N. MATHEY ; Cass. com., 1er mars 2017, n° 15-217.98), les cours d'appel non spécialisées ne pouvaient pas se déclarer incompétentes, elles avaient l'obligation de se contenter de déclarer irrecevable la demande fondée sur l'article L. 442-6, faute de disposer du pouvoir juridictionnel nécessaire. Pour quel avantage ? Il arrive fréquemment que les parties aient un doute sur la nature de leur litige, et donc sur la nécessité de saisir une des juridictions investies de la compétence exclusive. En pareil cas, si l'appel interjeté devant une cour d'appel non spécialisée était déclaré irrecevable, car le litige relève bien de l'art. L. 442-6, l'appelant devait procéder à un nouveau recours, devant la Cour d'appel de paris cette fois-ci. Seulement, c'était sous réserve que le délai pour agir ne soit pas expiré. Certains, par précaution, procéder de manière concomitante à un appel devant la Cour

d'ailleurs cet exemple dans sa thèse où elle indique que pour rechercher l'antinomie « l'application de deux règles doit se heurter à une impasse, conduire à un non-sens, *même si une option est offerte entre elles*. Il en serait ainsi (…) lorsque l'une des normes est (…) son versant opposé, mais aussi lorsque les deux règles soumettent à un régime divergent (…). *On ne peut*, par exemple, (…) *ouvrir une option entre une disposition interdisant une action et une disposition l'accueillant*[739] ». On ne devrait donc pas autoriser l'ouverture d'une option entre une règle qui interdit de faire son recours auprès de juridictions non spécialisées, et une autre règle qui l'autorise. Notre position peut d'ailleurs être confortée, pour finir, par la position de la Cour de cassation au sujet de l'action fondée à la fois sur une disposition du droit commun des contrats et sur l'article L. 442-6, devant une même juridiction. Dans cette hypothèse, il a été décidé que la compétence exclusive l'emporte, le litige à « double-face » devant être soumis aux juridictions spécialisées[740].

226. Un autre non-sens, portant sur le domaine respectif des régimes étudiés, peut être rapporté. Alors que l'article 1171, alinéa 2, du Code civil exclut expressément le déséquilibre portant sur l'adéquation du prix ou sur l'objet principal[741] (pour ne pas admettre la lésion), il se retrouve sanctionné en droit des affaires. Ce qui est légitime car c'est la contrainte qui oblige la partie placée en

---

d'appel de Paris et à une autre devant la Cour d'appel non spécialisée. Quoi qu'il en soit, cela aboutissait dans une certaine mesure à priver le justiciable de l'exercice d'une voie de droit.

Ce changement de jurisprudence ne revient pas sur la compétence exclusive, puisqu'au contraire il tient compte de l'exigence de sécurité juridique en décidant de ne pas priver les justiciables d'une seconde chance de soumettre leur litige aux juridictions spécialisées. La possibilité de se rattraper était fortement réduite avec le risque de forclusion qui était encouru, dès lors qu'ils étaient en proie au doute quant à la juridiction compétente.

Ce que l'on peut en conclure c'est que la spécialité de compétence de ces juridictions n'est pas amoindrie, au contraire elle en ressort renforcée, c'est la possibilité de leur soumettre les litiges initialement mal-fondés dont il est question. Il y a donc bien et toujours une antinomie procédurale, avec une incompatibilité qui en ressort même plus grande.

[739] C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude entre le droit commun et le droit spécial des contrats, op. cit.,* n° 386, p. 497.

[740] Cass. com., 24 oct. 2013, n° 12-21.089, Bull. civ. IV, n° 138 ; D. 2013, 2819, obs. N. DORANDEU ; Contrats Conc. Consom. 2013, n° 267, obs. N. MATHEY ; Procédures 2014, chron. 1, B. RUY ; RDC 2014, 84, obs. C. PELLETIER – Cass. com., 6 sept. 2016, n° 15-12.230 et n° 14-27.085, obs. N. MATHEY, Contrats conc. consom., nov. 2016, comm. 234.

[741] À l'instar de l'art. L. 212-1, al. 3, C. cons.

situation de dépendance à accepter un contrat lésionnaire[742]. Dès lors, sous peine de priver d'une majeure partie de son utilité l'article L. 442-6, I, 2°, l'exclusion du contrôle de l'adéquation du prix n'a rien d'envisageable[743]. Une situation à rebours de ce que prévoient le Code civil et le Code de la consommation qui ne visent pas à contrôler le déséquilibre résultant d'une contrainte mais plutôt d'une ignorance[744]. Pour finir, le plus important est de constater que l'on ne peut pas autoriser d'un côté et interdire de l'autre, il s'agit donc d'un trait supplémentaire de l'incompatibilité des directives entre le déséquilibre significatif du Code civil et celui du Code de commerce.

227. L'énième contradiction, la plus fondamentale[745], réside dans la sanction attribuée à chacun des régimes en question. Comme nous l'avons déjà indiqué dans l'étude du conflit avec le droit de la consommation, l'article 1171 du Code civil sanctionne le déséquilibre significatif en réputant non écrite la clause qui le crée. Quelle est, pour sa part, la sanction rattachée à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ? De prime abord, suivant la lecture, et même la finalité du texte, la sanction n'est autre que réparatrice[746] car il est prévu que le déséquilibre significatif « engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé[747] ». Le refus d'octroyer une action en nullité au contractant subissant le déséquilibre significatif ne fait aucun doute à la lecture de l'article L. 442-6[748]. En effet, ce texte opère une très nette distinction entre les pratiques restrictives de concurrence engageant la responsabilité de leur auteur (dont fait partie le déséquilibre significatif), qui sont énumérées au sein du premier

---

[742] R. AMARO, *Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation*, Contrats, conc. consom. 2014, étude n° 8, n° 6.

[743] *Ibid.*

[744] Le consommateur, placé dans une situation d'infériorité, ignore l'existence du déséquilibre significatif au moment où il contracte car il ne dispose pas de la capacité de le constater. Quant au contractant de droit commun, il n'a pas pu prendre connaissance de ce déséquilibre par mégarde. S'agissant de clauses accessoires soustraites à toute possibilité de négociation, ce dernier a été distrait et n'a pu s'apercevoir du déséquilibre significatif engendré.

[745] Qui peut être la plus fédératrice aussi, sachant que l'antinomie entre deux textes peut être caractérisée dès lors qu'il existe au moins une incompatibilité à l'égard des directives proposées. Celle relative à la sanction, associée à l'objet commun qui ne fait aucun doute, suffit pour considérer que le déséquilibre significatif du Code de commerce et celui du Code civil sont antinomiques.

[746] V. Cass. com. 3 mars 2015, n° 14-10.907, D. 2015. 996, chron. S. TRÉARD, et 2016. 964, obs. D. FERRIER ; RTD com. 2015. 486, et 2016. 81, obs. M. CHAGNY.

[747] Art. L. 442-6, I C. com.

[748] A. HONTEBEYRIE, *1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance*, *op. cit.*

paragraphe (I), et celles entraînant une nullité des clauses litigieuses, énumérées dans le second paragraphe (II). Or, la « purge » des clauses illicites n'est pas incompatible avec la réparation du préjudice, souvent[749], il s'agit même d'une association des plus fréquentes.

228. Le remède de la nullité paraît cependant pouvoir être envisagé d'après l'alinéa 2 du paragraphe III, mais en réalité il n'est accordé qu'à l'action, autonome par rapport à celle des parties au contrat, du ministre[750]. Alors que l'article 1171 vise essentiellement à supprimer la clause entraînant un déséquilibre significatif, par le biais du réputé non écrit, les dispositions du Code de commerce octroient une indemnisation à la victime et permettent au ministre de demander au juge la suppression des clauses litigieuses, la cessation de ces pratiques pour l'avenir, et la condamnation à verser des dommages et intérêts. Un droit d'option qui permettrait, en choisissant de se fonder sur le droit commun, d'échapper aux mesures que peut requérir le ministre serait regrettable car elles ont pour fonction de protéger l'ordre public économique et de lutter contre les fautes lucratives. L'article L. 442-6 du Code de commerce constitue un « instrument de pure régulation entre les mains du ministre de l'Économie et du juge[751] », permettant un assainissement d'envergure des relations contractuelles à préserver. Mais le fait de priver le ministre de telles mesures conduit-il réellement à une incompatibilité de textes ?

229. Il faut admettre que la contradiction porte sur les finalités et non que l'objet des directives comparées, or, l'étude de la norme de conflit, par application de l'adage *specilia generalibus degrogant*, nous indique l'indifférence des buts

---

[749] A. HONTEBEYRIE, *1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance*, *ibid. ;* D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats,* 2ème éd., Larcier, n° 498-1 ;

[750] Art. L. 442-6, III (extraits) : « L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article. »

« Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la *cessation des pratiques* mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la *nullité des clauses ou contrats illicites* et demander la *répétition de l'indu*. Ils peuvent également demander le prononcé d'une *amende civile* (…). La réparation des préjudices subis peut également être demandée. »

[751] M. BEHAR-TOUCHAIS, *Un déséquilibre significatif à deux vitesses*, JCP G 2015, 603, n° 1.

poursuivis par chacune des normes. La norme de conflit ne cherche pas à préserver l'application de la règle la plus protectrice, de l'intérêt général ou des intérêts particuliers, elle vise seulement à éviter l'impasse et la contradiction[752]. Cela relève d'ordres qui n'ont aucun lien entre eux. Le juge qui préfère l'application d'une règle en conflit avec une autre, opportunément, n'a nul besoin de tordre la règle de conflit. Cette dernière ne s'imposant pas à lui, et n'ayant rien d'évident, il se contente, sans que cela ne soit forcément apparent dans ses décisions, de faire un choix en opportunité. Comme nous l'avons souligné précédemment[753], les conflits de normes sont résolus au gré des décisions de justice, en se fondant sur le seul argument d'autorité, peu importe que l'adage ait été appliqué ou non[754]. Plus encore que cela, dans ce cas précis, l'application de l'adage n'a pas besoin d'être forcée puisque l'antinomie, entre l'article L. 442-6 et l'article 1171, est caractérisée dès lors que l'on tient compte d'autres éléments.

230. Il faut procéder à une application simultanée des textes en conflit, peu importe que l'on admette l'option ou le cumul, car c'est elle qui révèle leur incompatibilité. Ce à quoi nous nous sommes déjà attelés en ce qui concerne la réparation octroyée à la victime et l'action concurrente du ministre. Mais l'étude de la jurisprudence fait découvrir l'existence d'une extension de l'action dont dispose le contractant qui subit le déséquilibre significatif. En dépit de la variabilité de la jurisprudence, l'étude de l'antinomie des normes ne peut

---

[752] *Contra,* V. M. ALBY, J. BOUFFARD, et S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif, entre antinomie et autonomie des droits spéciaux et du droit commun*, Colloque : La réforme du droit des contrats, Montpellier, 1ère journée Cambacérès, 3 juillet 2015, Presse de la Faculté de droit de Montpellier, p. 260 s. Est avancé un point de vue qui, en conclusion, retient l'application exclusive de chacun des textes traitant du déséquilibre significatif, et qui opte par la même occasion pour une primauté du droit spécial sur le droit général (aussi bien en droit de la consommation, qu'en droit des affaires). Nous en arriverons à la même conclusion (V. paragraphes *infra*) mais en empruntant un raisonnement bien différent, et seulement en ce qui concerne le droit des affaires. À défaut d'avoir pu découvrir l'antinomie résidant entre le droit spécial et le droit commun du déséquilibre significatif, pourtant existante, au moins concernant le conflit portant sur l'art. L. 442-6, a été soulignée une incompatibilité des finalités (existant aussi, il est vrai, entre le droit commun et celui de la consommation). Celle-ci est évidente, mais elle est censée être sans incidence en ce qui concerne la question de la résolution du conflit de normes. Entre le droit commun et le droit des affaires, l'incompatibilité des directives (seule exigée par la norme de conflit élaborée par la doctrine) existe et n'a pas besoin d'être remplacée par une incompatibilité des buts poursuivis, pour que le spécial puisse déroger (opportunément) sur le général (V. paragraphes *infra*).

[753] C. GOLDIE-GENICON, *ibid.*

[754] C. GOLDIE-GENICON, *ibid.,* n° 211 s. ; CH. RADÉ, *L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés,* JCP G 1997, I. 4009, n° 4, p. 136 (à propos de l'arrêt Cass. civ. 1ère, 14 mai 1996, Chavanne c/ Société Lambert distribution).

l'ignorer, notamment en raison de son caractère normatif qui est de plus en plus affirmé selon la doctrine récente[755]. Seulement, dès lors qu'une disposition concurrente subit un revirement de jurisprudence, le caractère compatible des normes doit être réétudié[756].

231. S'éloignant de la lettre du texte, les juges ont permis au contractant lésé de ne pas se contenter d'une réparation et de demander la suppression des clauses illicites[757]. Le fait que cette suppression, *contra legem*, ne soit pas envisagée dans le Code du commerce a contribué à instaurer quelques tâtonnements de la part de la jurisprudence[758]. Dans certains cas, elle se réfère au mécanisme du réputé non écrit[759], et à d'autres occasions, il s'agit de la nullité[760]. Néanmoins[761], c'est bien une annulation qui est envisagée par une grande majorité de la doctrine, et que le Conseil constitutionnel semble évoquer[762]. Dans la décision du 13 mai 2011, ce dernier indique en outre que la partie lésée dispose d'un choix entre une action en nullité autonome ou un rattachement à l'action en nullité du Ministre[763]. C'est d'ailleurs aussi le choix censé de la Cour européenne

---

[755] À ce sujet, V. notamment, D. LANZANRA, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle,* th. Nice, LGDJ, 2017, Préf. Y. Strickler : « La Cour de cassation participe à la création du droit en développant sa jurisprudence. Si ce pouvoir normatif n'a rien de nouveau, ce qui est tout à fait inédit, c'est la capacité de la Cour à l'assumer au grand jour » ; D. MAINGUY, *Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats*, D. 2016. 1762 : un souhait que l'auteur fonde, notamment, sur le pouvoir normatif des décisions de justice.

[756] CH. PERELMAN, *Les antinomies en droit, Essai de synthèse,* éd. du Griffon, 1964, p. 402.

[757] A. HONTEBEYRIE, *1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance*, *op. cit.* ; M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le déséquilibre significatif dans le Code civil, in* Libres propos sur la réforme du droit des contrats, *op. cit*., p. 78 ; L. et J. VOGEL, *Le déséquilibre significatif,* 2ème éd., Bruylant, 2016, p. 35 et 101.

[758] A. HONTEBEYRIE, *1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance*, *op. cit*.

[759] Paris, 7 juin 2013, n° 11/08674, RTD com. 2013. 500, obs. M. CHAGNY ; CCC 2013. Comm. 208, note N. MATHEY – Paris, 16 déc. 2015, n° 13/11879, D. 2015. 943, obs. D. FERRIER ; AJCA 2015. 39, obs. C. PECNARD.

[760] Paris, 1er juill. 2015, n° 13/19251 ; Paris, 29 oct. 2014, n° 13/11059 ; Paris, 24 mars 2011, n° 10/02616.

[761] A. HONTEBEYRIE, *1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance*, *op. cit.* : V. note de bas de page suivante.

[762] Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC : « 8. Considérant, en premier lieu, que les dispositions contestées n'interdisent ni au partenaire lésé par la pratique restrictive de concurrence d'engager lui-même une action en justice pour faire *annuler* les clauses ou contrats illicites, obtenir la répétition de l'indu et le paiement de dommages et intérêts ou encore de se joindre à celle de l'autorité publique par voie d'intervention volontaire (…) » ; D. 2011. 2961, obs. N. DORANDEU ; Constitutions 2011. 507, chron. J. BARTHÉLEMY et L. BORÉ ; D. 2012. 577, obs. D. FERRIER.

[763] V. *supra.*

des droits de l'homme[764] et de la Cour de cassation[765] qui font toutes les deux usage du terme « annulation »[766]. La nullité constitue, en toute situation, la sanction appropriée dans l'application de l'article L. 442-6. Il convient ainsi de vérifier si cette nullité peut être conciliée avec le réputé non écrit prévu à l'article 1171 du Code civil. Sont-ils applicables simultanément, sans nous faire retrouver pris dans une impasse ou une contradiction ? Peuvent-ils être conciliés sans que nous soyons dirigés vers un non-sens ? Simplement, présentent-ils les critères de compatibilité requis ?

232. La clause frappée par la sanction du réputé non écrit est considérée comme étant morte-née[767]. On opère une fiction faisant de la clause illicite un élément du contrat n'ayant jamais existé[768]. Pour cette raison, elle est imprescriptible[769] et fait l'objet d'un jugement qui n'est que déclaratif[770]. Une situation complètement à rebours de la nullité qui n'empêche pas la clause d'avoir eu un passé révolu puisque ce n'est que son effet rétroactif, opérant après le prononcé d'un jugement constitutif[771], qui conduit à l'anéantir. L'annulation étant

---

[764] CEDH 17 janv. 2012, n° 51255/08, D. 2013. 732, obs. D. FERRIER.

[765] Cass. com. 11 sept. 2012, n° 11-17.458, JurisData n° 2012-020227 ; D. 2013. 732, obs. D. FERRIER : la solution évoquant indirectement la possibilité de se fonder une « *nullité* d'ordre publique économique ».

[766] A. HONTEBEYRIE, *1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance*, *op. cit.*

[767] S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite,* th. Paris, Économica, Recherches juridiques, 2006, Préf. Y. Lequette, n° 165, p. 90 : dont la thèse a été confortée par l'ordonnance de 2016 ayant consacré l'art. 1184 C. civ. qui n'assimile pas le régime des clauses réputées non écrites à celui des nullités.

[768] C. J. KULLMANN, *Remarques sur les clauses réputées non écrites*, D. 1993, Chr., p. 59-65 ; R. BAILLOD, *À propos des clauses réputées non écrites*, *in* Mélanges L. BOYER, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 15-38 ; J. CARBONNIER, *Les obligations,* 21ème éd., *op. cit.,* n° 104, p. 196 : où l'association est faite entre le réputé non écrit et l'inexistant.

[769] S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite, op. cit.,* n° 258, p. 136 ; A. HONTEBEYRIE, *1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance, op. cit.* : l'auteur estimant que l'incompatibilité provient principalement d'une question de prescription, car on considère de plus en plus la prescription comme étant imprescriptible (J. KULLMANN, *Remarques sur les clauses réputées non écrites*, D. 1993. 59, p. 62 s.).

[770] S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite, op. cit.,* n° 162 s., p. 89 s. ; Mme C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions, et responsabilité*, th. Paris, LGDJ, 1992, J. Ghestin, n° 542, p. 322.

[771] *Ibid.*

par conséquent soumise à la prescription[772]. L'application simultanée de ces deux directives différentes démontre une antinomie certaine. Tout d'abord parce que faire annuler une clause dont l'existence n'a jamais eu lieu, étant réputée non écrite, est impossible. En outre, il est contradictoire de considérer qu'un jugement puisse être déclaratif et constitutif à la fois, soit il constate une situation déjà existante, soit il en crée une nouvelle. Enfin, la prescription de l'action en nullité fondée sur l'article L. 442-6[773] constitue la négation de l'imprescriptibilité du réputé non écrit fondé sur l'article 1171[774]. Alors que l'action en nullité de clause « est exclue au-delà d'un certain délai sur le terrain de l'article L. 442-6, I, 2°, elle est permise *ad vitam aeternam* sur celui de l'article 1171. L'objectif de la prescription, qui tient notamment à la protection du statu quo, est préservé d'un côté et méconnu de l'autre. Cela ne rend-il pas impossible l'application simultanée des deux textes ? C'est bien ce qu'il semble, tant il est vrai que l'on ne peut tout à la fois maintenir un statu quo et le remettre en cause[775] ».

233. Que les arguments l'emportent ou non s'agissant de l'articulation proposée, la réponse sera quoi qu'il en soit connue avec certitude le jour où la jurisprudence se prononcera à ce sujet. La nouveauté pour les auteurs, les praticiens, et les justiciables ne réside donc pas uniquement dans le contenu des textes, mais aussi dans l'interprétation qu'en fera le juge. C'est donc d'une manière très juste que celui-ci a été décrit comme « auteur[776] et *acteur* de la

---

[772] S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite, op. cit.,* n° 165, p. 90. Cette prescription étant, en principe, celle édictée par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile (cinq années, en principe).

[773] Art. L.110-4-I C. com. : « Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants et non commerçants se prescrivent par 5 ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes ». L'article L.442-6 ne prévoyant pas de prescription spéciale, les pratiques restrictives de concurrence sont toutes soumises à un délai de prescription de cinq années.

[774] M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le déséquilibre significatif dans le Code civil, in* Libres propos sur la réforme du droit des contrats, *op. cit*., p. 79 : « La différence sera donc entre la sanction de la nullité et celle du réputé non écrit, ce qui pourrait être important pour la question de la prescription (la jurisprudence, non encore suffisamment claire, s'acheminant vers l'imprescriptibilité de l'action en constatation du caractère non écrit d'une clause. » ; A. HONTEBEYRIE, *1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance*, *op. cit.* : « Il est assez généralement admis que le réputé non écrit n'est pas susceptible de prescription extinctive. Au contraire, l'action en nullité, même absolue, se prescrit, en principe par cinq ans. »

[775] A. HONTEBEYRIE, *1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance*, *op. cit.*

[776] Ce qui ne peut être contesté vu les nombreuses dispositions ayant codifié, à droit constant, des régimes prétoriens.

réforme du droit des contrats[777] ». La consécration du déséquilibre significatif dans le Code civil n'amène pas à la seule question de l'articulation entre les textes, elle invite également à redessiner les contours du domaine des textes spéciaux qui, pour compenser les carences légales, ont fait l'objet d'une interprétation extensive qui, à présent, n'a plus lieu d'être.

234. Le resserrement du champ des dispositifs spéciaux permis par la consécration du déséquilibre significatif en droit commun – L'application exclusive des textes traitant du déséquilibre significatif ayant été retenue, grâce à la mise en œuvre de l'adage *specialia generalibus derogant*, il nous faut résoudre deux questions. Que reste-t-il pour relever du domaine de l'article 1171 ? Comment ce texte impacte-t-il les domaines des articles L. 212-1 du Code de la consommation et L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, leur ayant été attribués dans un passé où il n'existait aucune disposition générale sanctionnant le déséquilibre significatif. Comme le soulignait fort bien Vazeille au XIXe siècle, et comme c'est encore le cas aujourd'hui, « les lois spéciales ne présentent pas un régime si complet et si absolu sur tous les points, qu'il se suffise à lui-même, et ne permette jamais de recourir au droit commun[778] », rendant la consécration de l'article 1171 bienvenue contrairement à ce qu'ont affirmés plus d'un auteur qui le considèrent comme une coquille vide.

235. L'article 1171 du Code civil permet de contrôler désormais le déséquilibre significatif pouvant affecter les contrats conclus entre particuliers. En l'absence de conditions générales non négociables, nécessaires pour qualifier le contrat d'adhésion, le contrat est exclu de ce régime (article 1110, alinéa 2)[779]. Dans la plupart des cas, il s'agira de contrats-types façonnés par des tiers, puis reproduits par ces particuliers (Airbnb, BlaBlaCar, etc.)[780] ; ce type d'acte étant

---

[777] D. GUEVEL, *Propos introductifs*, Colloque : *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, RDC 2016/2, p. 352 s.

[778] F.-A. VAZEILLE, *Traité des Prescriptions,* Videcoq, 1832, n° 268, p. 97.

[779] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER*, Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 302 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats, op. cit.,* n° 444, p. 367.

[780] M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le déséquilibre significatif dans le Code civil,* JCP 2016. 391 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *ibid.,* n° 444, p. 367 s. : sont exclus cependant « les contrats instrumentés par les notaires ou rédigés par les avocats ».

bien inclus dans la notion de conditions générales[781]. En dehors des contrats conclus entre particuliers, la qualité de consommateur est aussi censée être rejetée dans les contrats impliquant les sociétés civiles et les associations[782]. De même, devraient être concernés par le dispositif, les contrats conclus entre certains professionnels qui ne sont pas censés avoir la qualité de partenaires commerciaux, tels que les professionnels libéraux, et les agents commerciaux s'étant engagés avec leur mandant[783]. Présenté ainsi, le champ de l'article 1171 paraît quelque peu limité[784], mais il ne faut ignorer les extensions textuelles opérées en droit spécial, qui avaient pu naître en raison du défaut de fondement général, sur lesquelles il faudrait revenir. De toute « évidence, l'article 1171 du Code civil reprendrait une importance considérable en cas de modification du texte spécial »[785]. C'est qu'en réalité « le droit spécial [...] ne [se] suffit pas toujours à lui-même ; il comporte des imprécisions, des lacunes, des failles, des imperfections qui l'empêchent de régir intégralement ou efficacement les situations qui entrent dans son champ d'application, d'où le recours nécessaire au droit commun[786] ».

236. Resserrement du domaine de l'art. L. 442-6, I, 2° ? – La généralité absolue du domaine du droit commun s'oppose à celui du droit spécial qui doit rester dans les limites qui lui ont été assignées. L'article L. 442-6, I, 2° ne peut s'appliquer qu'aux personnes expressément désignées par le texte : les partenaires commerciaux. Celle limitation *personae* est censée empêcher de considérer que tous les professionnels sont susceptibles de bénéficier de la protection envisagée.

Pour commencer, un partenariat commercial ne peut être évoqué si aucune réelle relation n'a été construite entre les professionnels, le vocable « partenariat » n'a rien d'anodin. Les contrats conclus de manière ponctuelle entre deux professionnels ne peuvent bénéficier de la protection contre le déséquilibre

---

[781] *Ibid.* n° 148, p. 128.

[782] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER*, Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 302.

[783] *Ibid.*

[784] En ce sens, M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le déséquilibre significatif dans le Code civil, op. cit.*

[785] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats, op. cit.,* n° 444, p. 367 ; *Adde* O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER*, Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, ibid.*

[786] D. MAZEAUD, *L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux, in* Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Dalloz, 2005, p. 73 s., spéc. n° 13, p. 81.

significatif édictée dans le Code de commerce[787]. Le partenariat doit donc s'inscrire dans la durée et avoir pour finalité le développement de l'activité des parties[788] (ce qui ne peut être le cas s'agissant d'un contrat conclu entre un auto-entrepreneur et une société ayant pour mission ponctuelle la création de son site Internet : Aix-en-Provence, 10 mars 2016[789]). Il est impératif qu'une relation soit née antérieurement au déséquilibre significatif[790]. Quelques décisions, sans doute pour pallier à l'absence d'autre texte permettant de sanctionner le déséquilibre significatif engendré, se sont toutefois abstenues d'exiger que la relation soit d'une telle qualité. Les juges du fond ont par exemple déjà considéré que même si « la qualification de partenaire commercial suppose en général une certaine continuité de la relation commerciale et que la SAS LOCAM n'est qu'un établissement de crédit qui ayant, de façon ponctuelle, réglé le prix d'acquisition du matériel commandé et choisi par A-B X, le lui loue de sorte que cette opération unique ne génère donc aucun courant d'affaires entre les parties, *cette considération est sans incidence depuis la réforme du 3 janvier 2008* »[791].

Les décisions de ce genre sont isolées mais cela n'enlève en rien le fait qu'elles existent et que ce qui pouvait les légitimer a disparu. L'adoption en droit commun d'une disposition visant à sanctionner le déséquilibre significatif comble certaines carences, des situations qui jadis ne pouvaient se fonder sur aucun texte sont encadrées aujourd'hui. En conséquence, la souplesse d'interprétation de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce n'a plus lieu d'être, les critères envisagés doivent désormais faire l'objet d'une lecture des plus strictes.

En outre, l'esprit du texte semble cantonner le texte aux seules situations de dépendance, vu les termes retenus par le législateur selon lequel est sanctionné

---

[787] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 303.

[788] CEPC, avis n° 15-03, 17 avril 2015 : « La notion de "partenaire commercial" implique un examen concret de la relation et de l'objet du contrat, qui doivent s'inscrire dans la durée et être destiné à développer l'activité des parties. En l'espèce, la notion de partenariat est présente dans le contrat d'une durée de 48 mois et destiné à développer l'activité des professionnels signataires ».

[789] Et ce n'est pas le cas non plus lorsque plus d'un contrat a été signé mais que la relation est marquée par la ponctualité et l'absence de développement de l'activité du professionnel : la qualité de partenaires commerciaux ne peut donc être retenue à l'égard d'un professionnel qui a souscrit à des contrats de financement d'équipements particuliers de surveillance : CA Lyon, 1ère ch. civ., sect. A, 10 mai 2012, n° 10/08302).

[790] CA Lyon, 1ère ch. civ., sect. A, 16 mai 2013, n° 11/07152 : « il n'est pas soutenu que les (contractants) auraient antérieurement entretenu quelque relation que ce soit ».

[791] CA Lyon, 3ème ch. civ., sect. A, 20 mars 2014, n° 12/00427.

le fait de « soumettre ou tenter de soumettre » à un déséquilibre significatif. Ainsi, en droit des affaires, en plus d'êtres stables, les relations doivent être de dépendance[792]. Cette soumission peut résulter de rapports de force s'exerçant dans un secteur marqué par une forte concentration[793]. De manière plus générale, cette soumission ne doit pas être assimilée à des pressions ou une contrainte (régis par la théorie des vices du consentement), elle s'identifie plutôt à un déséquilibre de rapport de force entre les parties[794]. Ainsi, si l'on veut appliquer l'article L. 442-6, I, 2°, l'état de dépendance doit lui aussi pouvoir être constaté, non seulement parce que la réforme a introduit le déséquilibre significatif en droit commun, mais aussi parce qu'elle a consacré la violence économique (article 1143 du Code civil)[795] qui permet désormais de sanctionner ce qui n'est pas « soumission » mais contrainte[796].

237. En fin de compte, seuls les partenaires commerciaux dont la relation d'affaires est à la fois durable et déséquilibrée en raison d'un état de dépendance doivent pouvoir faire usage de cette disposition. À défaut, les professionnels peuvent se rabattre sur l'article 1171 du Code civil, encore que les parties doivent avoir conclu un contrat d'adhésion. La consécration du déséquilibre significatif dans le Code civil invite le juge à une lecture stricte des textes spéciaux. C'est d'autant plus le cas s'agissant de l'article L. 212-1 du Code de la consommation.

---

[792] *Ibid.* p. 304 ; N. SOPHANOR-BROUILLAUD, *Observations sur l'article 1169 du projet,* LPA, 4 sept. 2015, n° 177, p. 70 ; S. GAUDEMET, *Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil, op. cit.,* spéc. n° 12.

[793] CEPC, avis n° 15-03, 17 avril 2015 : « La notion de "soumission ou tentative de soumission" a été précisée par la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris, qui a jugé que la soumission d'un opérateur peut être établie du fait des rapports de force existant dans le secteur caractérisé par une forte concentration, consiste à faire peser ou tenter de faire peser sur un partenaire commercial des obligations injustifiées et non réciproques et ne s'identifie pas à une contrainte irrésistible. »

[794] Cass. com, 27 mai 2015, n° 14-11.387 ; CA Paris, 29 oct. 2014, n° 13/11059 : « Mais considérant que la notion de "soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations" prévue à l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce consiste à faire peser ou tenter de faire peser sur un partenaire commercial, du fait du déséquilibre du rapport de force existant entre les parties, des obligations injustifiées et non réciproques ; qu'elle ne s'identifie pas à une contrainte irrésistible. » ; CA Paris, 25 nov. 2015, n° 12/14513 (affaire Darty).

[795] À propos de cette thématique, V. Colloque national H. Capitant, *La violence économique*, Dalloz, 2017, Y. PICOD et D. MAZEAUD (dir.).

[796] M. BEHAR-TOUCHAIS, *Un déséquilibre significatif à deux vitesses*, JCP G 2015, 603, n° 21 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 304.

238. Resserrement du domaine de l'art. L. 212-1 ? – L'adoption du déséquilibre significatif en droit commun des contrats pourrait également avoir un impact à l'égard des non-professionnels faisant partie d'une catégorie soumise au droit de la consommation, mais dont les contours sont difficiles à établir.

Vieux serpent de mer du droit de la consommation, le « non-professionnel » est « historiquement, une créature de compromis conçue dans un esprit de conciliation par la commission mixte paritaire à l'occasion de l'adoption de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978. Alors que le Sénat ciblait de façon stricte les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, l'Assemblée nationale avait une conception plus extensive de la protection élargie aux contrats entre professionnels et non-professionnels[797] ». S'il y a lieu de distinguer, c'est que les non-professionnels ne sont ni des professionnels, ni des consommateurs, et c'est ce qu'il y a de délicat à établir. La jurisprudence n'avait pas vraiment pris le risque de se positionner, le contenu de cette notion restait donc incertain[798]. Pour autant, avait commencé à émerger un consensus selon lequel il s'agirait d'une personne morale agissant à des fins non professionnelles[799] (à l'instar de tout syndicat[800], association[801], ou comité d'entreprise[802]). De manière indirecte, la loi a cependant entravé ce cheminement.

239. La loi Hamon (n° 2014-344 du 17 mars 2014) définit uniquement le consommateur qui est « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou

---

[797] G. LOISEAU, *À la rencontre du non-professionnel,* D. 2016. 1844.

[798] *Ibid.*

[799] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER*, Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 303.

[800] Cass. civ. 1ère, 25 nov. 2015, FS-P+B+I, n° 14-20.760 ; Cass. civ. 1ère, 25 nov. 2015, FS-P+B+I, n° 14-21.873, Dalloz actualité, 3 déc. 2015 obs. Y. ROUQUET ; Précédemment, V. Cass. civ. 1ère, 23 juin 2011, n° 10-30.645, Dalloz actualité, 6 juill. 2011, obs. X. DELPECH, D. 2011. 2245, note S. TISSEYRE, D. 2012. 840, obs. H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; RTD com. 2011. 627, obs. B. BOULOC. *Adde* Rép. min. n° 58752, JOAN Q, 15 déc. 2009, p. 11982 ; et pour un aperçu d'ensemble V. C. DREVEAU, *Droit de la consommation et des entreprises : les nouvelles sources du droit de la copropriété*, AJDI 2013. 481, spéc. 485.

[801] Cass. civ. 1ère, 1er juin 2016, n° 15-13.236, D. 2016. 1253, D. 2017. 539, note H. AUBRY, D. 2016. 2086, V. BRÉMOND.

[802] Cass. civ. 1ère, 15 juin 2016, n° 15-17.369, D. 2016. 1844, note G. LOISEAU, D. 2017. 539, note H. AUBRY ; Comp. Cass. com., 16 févr. 2016, n° 14-25.146, D. 2016. 476, D. 2017. 375, M. MEKKI, D. 2017. 539, note H. AUBRY.

agricole ». En revanche, l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 est venue identifier le non-professionnel[803] comme étant « toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ». La possibilité que cette disposition vise la personne morale qui a une activité professionnelle mais qui agit en dehors sa spécialité (sa compétence habituelle) n'était pas à exclure, c'était en tout cas ce que suggère la lettre du texte en dépit de la réelle intention de ses auteurs[804].

240. Une des craintes avancée par les auteurs était la possibilité pour une société, par exemple, de se prévaloir des dispositions du Code de la consommation, et donc de celle relative aux clauses abusives, du simple fait qu'elle agirait en dehors de sa compétence habituelle (tel un salon de coiffure qui ferait l'acquisition de matériel de surveillance : CA Amiens, 6 avril 2006, n° 05/00092)[805]. Cette appréhension n'était pas infondée puisque le 4 février 2016, la Cour de cassation a bel et bien rendu une décision allant dans ce sens[806] : il a été jugé qu'une « SCI, promoteur immobilier, était un professionnel de l'immobilier mais pas un professionnel de la construction » et devait donc être considérée comme non-professionnel et ainsi bénéficier du dispositif des clauses abusives prévu dans le Code de la consommation. Tel ne doit pas être le cas si en pareille situation clause abusive il y a, elle doit relever des nouvelles dispositions prévues en droit commun. Le droit spécial, en particulier lorsqu'il est protecteur, ne peut avoir un domaine élargi sous peine de ne pas servir sa propre cause, c'est par un domaine restreint qu'un droit spécifique plus sévère peut s'épanouir, autrement on se retrouve face à un déséquilibre entre les principes du droit du contrat qui ne doivent pas s'écraser les uns les autres mais être conciliés entre eux. L'importance d'un droit de la consommation efficient invite à protéger la sphère de l'article L. 212-1 en ne permettant pas à un professionnel agissant en dehors de sa spécialité

---

[803] V. R. LOIR, *Les nouvelles définitions du professionnel, du consommateur et... non-professionnel*, JCP E 2016. 1402.

[804] N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et H. AUBRY, *Recodification du droit de la consommation – À propos de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016*, JCP 2016, n° 14, p. 393 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 303.

[805] *Ibid.* ; G. LOISEAU, *À la rencontre du non-professionnel,* D. 2016. 1844 ;

[806] Cass. civ. 3ème, 4 févr. 2016, n° 14-29.347,

de s'en prévaloir. C'est précisément ce dont a tenu compte la loi de ratification de ladite ordonnance.

241. La loi du 21 février 2017, ratifiant l'ordonnance du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation a édicté une définition nouvelle du non professionnel, s'inspirant de celle qu'avait retenue la Commission des clauses abusives dans son rapport d'activité pour 2016, et servant à « lever les difficultés d'interprétation qui pourraient en découler[807] ». Depuis, l'article liminaire du Code de la consommation (article 3) le définit comme « toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles » (ce qui correspond bien aux exemples les plus courants cités précédemment : syndicats, associations, comités d'entreprise). En effaçant les brèches dans lesquelles aurait pu s'engouffrer une interprétation extensive, cette nouvelle définition va clairement dans le sens du resserrement que requiert le domaine des clauses abusives du droit de la consommation. Les auteurs ayant souhaité que « ces étalements déraisonnables du texte soient contenus, précisément à cause de l'introduction du nouvel article 1171[808] », peuvent être satisfaits.

C/ La réadaptation nécessaire de la notion de déséquilibre significatif pour le droit commun

242. L'influence du droit spécial sur la détermination de la notion de « déséquilibre significatif » – Le texte vise précisément, mais sans que cela ne puisse suffire, le déséquilibre significatif existant entre « les droits et les obligations des parties au contrat ». Hormis l'évidente nécessité de comparer les droits de chacun des contractants à leurs obligations respectives[809], un tel standard soulève naturellement de nombreuses interrogations[810]. Leur ampleur est néanmoins atténuée par les auteurs qui considèrent que le juge pourra se baser sur

---

[807] X. DELPECH, *Une nouvelle définition pour le non-professionnel*, AJ contrat 2017, p. 100.

[808] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 303.

[809] N. DISSAUX et C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.* p. 72.

[810] N. FERRIER, *La détermination par le juge du contenu du contrat, in* La réforme du droit des contrats, p. 121.

les développements dont le déséquilibre significatif a fait l'objet en droit spécial pour mieux en dessiner les contours[811]. Ce qui n'est pas sans rappeler le raisonnement du Conseil constitutionnel qui avait enjoint le juge d'interpréter le déséquilibre significatif entre professionnels à partir de toutes les précisions apportées par la jurisprudence, abondante, développée en droit de la consommation[812]. Dans sa décision du 13 janvier 2011[813], faisant suite à une QPC concernant la loi du 4 août 2008[814] ayant inséré dans le Code du commerce l'article L. 442-6, les sages en avaient déduit l'impossibilité pour les juges d'apprécier de manière arbitraire le déséquilibre significatif[815], la notion étant déjà bien connue de notre droit.

Selon Monsieur Mazeaud, et pas seulement[816], le déséquilibre significatif du droit commun pourra être appréhendé avec aisance puisque les juges sauront s'inspirer à la fois du droit de la consommation et de celui de la concurrence[817]. N'étant pas nouvelle, il est vrai que cette notion « présente l'avantage d'évoquer, par la seule magie d'un mot, une image mentale connue et commune »[818]. Pour autant, il convient de faire preuve de la plus grande circonspection dès lors qu'il s'agit d'appliquer une notion, certes identique, à deux droits fort distincts, « sauf à

---

[811] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats, op. cit.,* n° 447, p. 370.

[812] F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Essai, Dalloz, 2017, n° 25.101, p. 170 ; Pour un point de vue antérieur à la décision du conseil constitutionnel, V. M. MALAURIE-VIGNAL, *Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites aÃ la nÈgociation contractuelle ?*, Contrats Concurrence Consommation n° 11, Nov. 2008.

[813] Cons. const. 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC, D. 2011. 392, Chron. M. CHAGNY, D. 2011. 415, note Y. PICOD, D. 2011. 2823, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE, T. GARÉ, S. MIRABAIL et T. POTASZKIN ; D. 2011. 2961, obs. N. DORANDEU, Centre de droit de la concurrence Yves Serra.

[814] Loi n° 2008-776, 4 août 2008, LME.

[815] F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Essai, Dalloz, 2017, n° 25.101, p. 170.

[816] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats, op. cit.,* n° 447, p. 370 ; T. DOUVILLE (DIR.), AVEC C. ALLEAUME, A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, A.-S. EPSTEIN, T. LE BARS, L. MAUGER-VIELPEAU, G. RAOUL-CORMEIL, O. SALVAT et M. THIBERGE, *La réforme du Droit des contrats, op. cit.,* p. 140 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 305 : où est néanmoins relevé la nécessité de procéder à une adaptation au droit commun, sans quoi la spécificité du droit spécial n'aurait plus de sens, V. les propos qui suivent à ce sujet.

[817] D. MAZEAUD, *Synthèse, La réforme du droit des contrats,* Colloque, Montpellier, 1ère journée Cambacérès, 3 juillet 2015, Presse de la Faculté de droit de Montpellier, p. 195.

[818] D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives,* RDC/2, 2016, n° 32, p. 366, s'inspirant pour le vocabulaire de T. GENICON, *Notions nouvelles et notions abandonnées, Réflexion sur une révolution des mots,* RDC 2015, p. 625 s.

ruiner l'idée même d'une césure entre le droit spécial et le droit commun[819] ». D'ailleurs, même entre les deux réglementations spéciales, des décisions de justice [820] avaient tempéré l'analogie excessive opérée par le Conseil constitutionnel en 2011[821].

243. Dans le domaine du déséquilibre significatif ce sont des droits particuliers qui ont inspiré le droit général alors que dans la construction classique des normes, le droit spécial dérive du droit commun[822]. Cependant, rien n'empêche de reprendre cette notion par la base afin que puisse en jaillir un standard juridique pur, autrement dit « un concept suffisamment flou et adaptable »[823]. Pour ce faire, les préoccupations exclusivement adaptées au droit de la consommation ou de la concurrence ne peuvent être reprises par les juges qui construiront les contours de cette notion en droit commun. Cette intégration dans le Code civil conduit à la nécessité d'épurer la notion de déséquilibre significatif afin qu'elle soit suffisamment générale et qu'elle puisse constituer *le* standard juridique. Malgré l'existence, dans les droits spéciaux, d'indices permettant au juge de découvrir plus facilement le déséquilibre significatif en droit commun, nul doute qu'il faudra compter sur la sagesse de son appréciation[824] qui, inévitablement, devra être adaptée à un contexte différant du celui du monde consumériste et affairiste. Le premier étant plus rigoriste, le second plus libéral sur certains aspects.

---

[819] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 305.

[820] Notamment, CA Paris, 29 oct. 2014, n°13/11059, Radio Nova c/ TF1 : « si le juge peut s'inspirer des solutions dégagées sur le fondement de l'article L. 132-1 du code de la consommation (ancienne disposition remplacée par l'art. L. 212-1) pour interpréter les dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, il ne peut se contenter de raisonner par analogie, dès lors que le champ d'application des deux textes est distinct, l'article L. 442-6 précité ayant vocation à s'appliquer dans les rapports entre professionnels où les rapports de force sont différents de ceux existants entre professionnels et consommateurs ».

[821] D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives, op. cit.,* n° 59, p. 371.

[822] Quoique la capacité du droit spécial à alimenter le droit commun contenu dans le Code civil est de plus en plus reconnue, V. notamment : J.-P. CHAZAL, *Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux, in* Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2003. 280, p. 2, M. BOUMGHAR et V. DURAND (dir.), *Les nouvelles échelles du droit commun*, Larcier, 2013 ; A. BÉNABENT, *Droits des contrats spéciaux civils et commerciaux,* 12ème éd., LGDJ, Précis Domat, 2017, n° 83.

[823] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 306.

[824] N. DISSAUX et C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.* p. 71.

244. Certains auteurs ont relevé néanmoins quelques présupposés susceptibles de servir la qualification du déséquilibre significatif prévu à l'article 1171 Code civil. Tel est notamment le cas du défaut de réciprocité dans l'attribution d'un droit comme celui octroyant à un contractant la possibilité de réviser le prix unilatéralement et automatiquement[825]. De même, concernant l'octroi d'un pouvoir dont le champ serait trop étendu (ex. l'exclusion totale de la résolution pour inexécution), ou trop vague (ex. autoriser pour de « justes motifs » une modification unilatérale du contrat)[826]. Cet « énorme corpus accumulé en droit de la consommation servira, *mutatis mutandis,* à interpréter cette notion que lui a empruntée l'article 1171[827] », mais ce sont des indices, et rien que des indices.

245. Comme à chaque fois qu'il est nécessaire de se fonder sur un standard juridique[828], les décisions de justice à venir s'appuieront sans doute sur une sorte de « sentiment », d'« intuition », au point qu'a été évoqué le recours à l'équité dans ce type de jugement[829]. Cette assertion avait d'ailleurs été relevée par un commentateur de la décision du Conseil constitutionnel selon laquelle le déséquilibre significatif prévu à L. 442-6, I, 2° du Code de commerce devait prendre appui sur celui qui a été construit par le droit de la consommation. À cette période, Monsieur Picod avait déjà relevé qu'il s'agissait d'un « standard juridique ou une notion-cadre qui en appelle à la conscience du juge plus qu'elle ne définit ou décrit un comportement concret, au même titre que la disproportion

---

[825] V. Cass. com. 3 mars 2015, n° 14-10.907 (à propos d'un tel droit accordé à un distributeur), D. 2015. 996, chron. S. TRÉARD, et 2016. 964, obs. D. FERRIER ; RTD com. 2015. 486, et 2016. 81, obs. M. CHAGNY ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats, op. cit.,* n° 447, p. 370 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit*., p. 305.

[826] *Ibid.*

[827] PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8ème éd., LGDJ, 2016, n° 603, p. 346.

[828] F. VINEY*, Le bon père de famille et le plerumque fit. Contribution à l'étude de la distinction des standards normatifs et descriptifs,* th. Paris 1, 2013 ; A. TUNC, *Standards juridiques et unification du droit,* RIDC, 1970, Vol. 22, n° 2, p. 247-261 ; N. BLANC, *Le juge et les standards juridiques,* RDC/2, 2016, p. 394.

[829] D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives, op. cit.*, p. 366, n° 33 ; T. GENICON, RDC 2012, p. 278, au sujet de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

manifeste en matière de cautionnement (article L. 341-4[830] c. consom.)[831] ». En réalité, la difficulté à définir la notion de déséquilibre significatif est inhérente à sa mise en œuvre puisqu'elle « tient à son mode de caractérisation : elle ne se déduit pas de principes préexistants, mais se *décide* sur la base d'une appréciation pragmatique des intérêts en présence[832] ».

246. Pour finir sur ce point, quelques évidences à propos des contours du déséquilibre significatif méritent d'être soulignées. Il faut relever tout d'abord que compte tout autant celui qui fait l'objet d'une clause que celui créé par l'effet d'une clause. Le juge devra donc, à l'instar de ce qui est prévu par la loi dans le Code de la consommation[833], aller au-delà du déséquilibre théorique du contrat et procéder à une analyse concrète résultant de la mise en œuvre des différentes clauses[834]. Au surplus, seul le déséquilibre « significatif » est retenu, autrement dit celui qui est d'une « ampleur caractérisée », « manifeste », « important », de sorte que cette nouvelle norme présente encore une fois une forme de conciliation entre l'équilibre contractuel et la force obligatoire du contrat[835]. Le déséquilibre quelconque étant inhérent à la bonne marche des affaires[836].

247. L'appréciation globale du déséquilibre significatif entraîné par « toute clause » – L'article 1171 du Code civil vise le déséquilibre significatif résultant de « toute clause ». Le pouvoir du juge d'éradiquer les clauses abusives apparaît ainsi élargi car la référence est faite à n'importe quel type de clause[837],

---

[830] Depuis l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016, cette disposition a été abrogée et remplacée par les art. L. 332-1 et L. 343-4.

[831] Cons. const. 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC, D. 2011. 415, note Y. PICOD.

[832] PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.,* n° 603, p. 346.

[833] L'art. L. 212-1 C. conso. prévoit, en effet, que « sont abusives les clauses qui ont *pour objet ou pour effet* de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif ».

[834] D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives, op. cit.*, p. 366, n° 33 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats*, *op. cit*., n° 446 s., p. 368 s.

[835] N. FERRIER, *La détermination par le juge du contenu du contrat, in* La réforme du droit des contrats, p. 121.

[836] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats*, *op. cit*., n° 447, p. 370.

[837] M. CHAGNY, *Les contrats d'affaires à l'épreuve – des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif,* AJCA, Mars 2016, p. 113 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 305.

mais doit-il étudier la question à l'égard de la clause litigieuse prise isolément ou du contrat dans sa globalité, sachant qu'une clause peut en rééquilibrer une autre ? Cette problématique doit vraisemblablement être résolue suivant le droit spécial[838]. En premier lieu, l'article L. 212-1, alinéa 2, du Code de la consommation indique la nécessité d'apprécier le caractère abusif des clauses en se référant « à toutes les circonstances » et surtout « à toutes les autres clauses du contrat ». La jurisprudence a également fait son œuvre, bien que sa construction ne semble pas achevée, en droit de la concurrence puisqu'elle invite le juge à se baser sur un ensemble de clauses pour apprécier la réalité du déséquilibre significatif[839]. En droit commun, ce modèle reposant sur une « appréciation concrète et globale des contrats en cause[840] » devrait logiquement être appliqué[841]. Cette analogie avec le droit spécial peut d'ailleurs être confortée par la manière dont le droit appréhende, en général, la clause de manière globale, elle est « à la fois un morceau du contrat, *instrumentum*, et une disposition normative, *negotium*[842] ». Si l'application de l'article 1171 du Code civil n'est pas soumise à une analyse globale, et qu'on accorde de surcroît au plaideur une option entre le

---

[838] N. FERRIER, *La détermination par le juge du contenu du contrat, in* La réforme du droit des contrats, Colloque, Montpellier, 1ère journée Cambacérès, 3 juillet 2015, Presse de la Faculté de droit de Montpellier, p. 120.

[839] Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, Eurauchan c/ Ministre, AJCA 2015. 218, note G. CHANTEPIE ; D. 2015. 1021, note F. BUY ; JCP E 2015, 1207, note S. LE GAC-PECH ; LEDC 2015/5, 50, obs. N. LEBLOND ; RDC 2015. 523, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS ; RTD com. 2015. 486, obs. M. CHAGNY : « l'article L. 442-6, I, 2° invite à apprécier le contexte dans lequel le contrat est conclu et son économie », les hauts magistrats ayant estimé qu'en l'espèce, la Cour d'appel « ne s'est pas déterminée en considération des seules clauses litigieuses » et qu'elle a donc « satisfait aux exigences de l'article L.442-6, I, 2 » – Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387, Galec c/ Ministre, Bull. civ. IV, n° 87 : la Cour de cassation ayant approuvé les juges du fond d'avoir constaté le caractère abusif d'une clause générant une distorsion dans les délais de paiement au profit du distributeur. Ce dernier n'étant pas parvenu à justifier l'existence dans le contrat d'autres clauses permettant de rééquilibrer les obligations entre les parties.

[840] Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525.

[841] M. BEHAR-TOUCHAIS, *Un déséquilibre significatif à deux vitesses*, JCP G 2015, 603, n° 1 ; D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives, op. cit.,* p. 366, n° 33 ; S. GAUDEMET, *Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil, op. cit.,* n° 8 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 307 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats, op. cit*. p. 368 s.

[842] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats*, *op. cit*. p. 368 s.

droit spécial et le droit général, la tentation pourrait être grande d'invoquer le droit commun dans le but unique d'échapper à la possibilité d'un rééquilibrage[843].

248. Une autre problématique, dont la résolution paraît moins évidente, demeure. La clause abusive doit-elle impérativement figurer dans les conditions générales ? Une réponse affirmative ne serait pas infondée puisque seules ces dernières ne sont pas négociées dans le contrat d'adhésion qui est l'unique contrat concerné par la disposition étudiée. D'aucuns ont considéré cependant que le contrôle devrait s'étendre à toutes les clauses du contrat, donc aussi bien aux conditions générales que particulières en raison de la référence à « toute clause » dans le texte. *Ubi lex non distinguit* conduisant effectivement à exercer un contrôle sur la totalité du contrat[844].

249. Il semblerait que ce résultat découlait davantage d'un défaut de rédaction que d'une réelle volonté. Pour cette raison, la rédaction de l'article 1171 a été modifiée par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018. Désormais, selon cette disposition « dans un contrat d'adhésion, *toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties*, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ». Cet ajout est susceptible de modifier le domaine du déséquilibre significatif qui ne serait alors plus illimité. L'article 1171 ne semble plus circonscrit à n'importe quelle clause insérée dans le contrat d'adhésion mais seulement à celles déterminées en avance par un des contractants de manière unilatérale et dont la négociation était impossible pour l'autre partie. Il est par ailleurs certain que les clauses concernées par ce nouveau dispositif devront créer un déséquilibre significatif sans lien avec « l'adéquation du prix à la prestation » ou « l'objet principal du contrat » (article 1171, al. 2)[845]. Admettre le contraire consisterait

---

[843] M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le déséquilibre significatif dans le Code civil, in* Libres propos sur la réforme du droit des contrats, Analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016, LexisNexis, Hors collections, 2016, p. 79.

[844] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER*, Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 305.

[845] C. GRIMALDI, *Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats, op. cit.,* n° 17 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, op. cit.,* n° 446 s., p. 369 ; PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.,* n° 603, p. 346.

indirectement à admettre la sanction de la lésion[846], bannie de notre droit[847], « il ne s'agit donc pas d'une police de l'équilibre économique du contrat, mais plutôt du régime de son exécution[848] ». Enfin, si cette exclusion se retrouve également inscrite en droit de la consommation, ce n'est en revanche point le cas dans le Code du commerce qui a précisément pour finalité la prise en compte des contrats lésionnaires conclus en raison d'une situation de dépendance.

---

[846] *Ibid.*

[847] Interdiction renouvelée par l'ordonnance du 10 février 2016 et entérinée désormais à l'article 1168 du Code civil selon lequel, en principe, « le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat ».

[848] PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *ibid.,* n° 603, p. 346.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

250. Suggestion générale : respecter la distinction entre le réputé non écrit et la nullité partielle – Nous avons pris la peine de distinguer nullités partielles et réputé non écrit de manière intéressée. Si l'on souhaite que leurs régimes ne soient pas confondus, c'est parce que le réputé non écrit dispose d'une capacité de déblocage du contrat plus prodigieuse que la nullité partielle. Le juge devra tenir compte de leurs différences à présent très bien cernées par la doctrine qui considère le réputé non écrit comme « une sanction plus énergique que les nullités partielles »[849]. L'idée étant de concevoir la clause réputée non écrite comme un élément du contrat qui n'a jamais existé, elle est morte-née. C'est une forme d'inexistence qui cependant ne concerne pas tout le contrat. De cette nature particulière découle un régime particulier : la clause s'éradique automatiquement et si le juge est saisi en vue d'une contestation, son jugement ne sera que déclaratif[850]. Autrement dit, le juge se contente de constater que la clause a bien été réputée non écrite mais ce n'est en aucun cas le jugement qui lui fait revêtir cette caractéristique. Il en va différemment pour la nullité partielle qui n'opère jamais de plein droit. Puisque la nullité partielle reste une nullité, elle doit son existence au jugement qualifié pour cette raison de jugement constitutif[851]. À &partir de ces constations, on peut faire ressortir deux bénéfices du réputé non écrit : d'une part, il opère de plein droit et peut donc être invoqué sans forcément saisir le juge, d'autre part, la prescription ne peut éteindre son effet puisqu'il a déjà eu lieu (la clause n'est née que pour mourir immédiatement)[852]. La nullité

---

[849] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations,* LexisNexis, 2016, p. 298.

[850] S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite,* th. Paris, Économica, Recherches juridiques, 2006, Préf. Y. Lequette, n° 165, p. 90.

[851] P. RAYNAUD, *La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs, Étude de droit contemporain*, Sirey, 1959, p. 377.

[852] S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite, ibid.,* n° 258, p. 136 ; J. KULLMANN, *Remarques sur les clauses réputées non écrites*, D. 1993. 59, p. 62 s. ; A. HONTEBEYRIE, *1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance*, D. 2016, p. 2180 : où l'auteur indique que l'art.1171 et l'art. L. 442-6, I, 2 se distinguent principalement par la prescription qui ne s'applique qu'au second de ces textes qui envisage la nullité à l'inverse du premier qui prévoit la sanction du réputé non écrit.

partielle favorise d'une moindre façon le déblocage du contrat car elle n'a aucune existence en dehors d'une décision de justice et qu'elle est de surcroît soumise à un délai pour agir limité à cinq ans[853].

Les auteurs n'adhérant pas à cette distinction sont peu nombreux et de toute manière la bataille est déjà gagnée puisque l'ordonnance du 10 février 2016 a pris cette direction. L'article 1184 du Code civil distingue, en effet, les nullités partielles à l'alinéa 1er et les clauses réputées non écrites à l'alinéa suivant. En plus de ce que nous avons déjà indiqué à propos de leurs régimes distincts, cette nouvelle disposition précise que la nullité partielle ne peut porter que sur les clauses qui n'ont pas déterminé l'engagement de l'une des parties. Il y a là une restriction mais elle est nécessaire si l'on veut préserver un minimum la volonté des contractants.

251. Suggestions spécifiques : faire perdurer la révision judiciaire du prix des honoraires, favoriser amplement le maintien de la clause de non-concurrence, permettre la primauté du droit spécial sur le droit commun en matière de déséquilibre significatif – Le déblocage du contrat réalisé par la nullité partielle et le réputé non écrit a également été abordé de manière pratique puisque nous avons analysé plusieurs applications de ces mécanismes. Le but étant de proposer à chaque fois, une piste à exploiter en faveur du déblocage du contrat.

252. S'agissant de la *révision judiciaire des honoraires excessifs* (nullité partielle), nous avons proposé de ne pas revenir sur le pouvoir du juge de réviser le prix malgré la lettre de l'article 1165 du Code civil qui sanctionne la fixation abusive du prix des contrats de prestation de services uniquement par des dommages et intérêts. De manière générale, il faut rappeler que la doctrine n'a jamais considéré que la loi nouvelle constitue nécessairement un renoncement à la jurisprudence antérieure. Parfois, les deux sont compatibles ou alors peuvent se compléter. Dans le cas de l'article 1165, puisqu'il fait référence à tous les contrats

[853] La nullité partielle restant une nullité, il faut lui appliquer également la prescription quinquennale de droit commun.

de prestation de services, il a un domaine plus large que les seuls honoraires[854]. Ces derniers correspondent à la rémunération des professions libérales, or on peut tout à fait conclure un contrat de prestation de services avec une société commerciale par exemple. Pour cette raison, les juridictions pourraient considérer que l'article 1165 s'applique à tous les contrats de prestation de services à l'exception de ceux où le prix constitue des honoraires[855]. La jurisprudence antérieure autorisant le juge à réviser le prix continuerait ainsi à s'appliquer sans empiéter sur l'article 1165.

253. Concernant la *clause de non-concurrence* soumise au salarié, la plus importante de nos propositions ayant en ligne de mire sa correction salvatrice consiste à ne plus considérer la contrepartie financière [856] comme une rémunération salariale mais plutôt comme la rémunération d'une prestation de service. La discussion concernant la qualification de la contrepartie financière de l'engagement de non-concurrence n'envisageait que deux options : soit c'est une indemnité, soit c'est une rémunération de type salarial. Il est vrai que ces deux fonctions cohabitent puisqu'il s'agit à la fois d'indemniser l'atteinte à la liberté de travail du salarié et d'octroyer à son engagement de non-concurrence une contrepartie (autrement dit une cause, le terme « contrepartie » renvoyant ici à ce que préconise l'article 1169 du Code civil à l'égard des contrats à titre onéreux). Entre ces deux propositions, la Cour de cassation a choisi la seconde puisqu'elle considère que la contrepartie financière peut être assimilée à une compensation de salaire[857]. Que la contrepartie soit assimilée à une rémunération ne pose pas de difficultés mais il n'est pas réaliste de lui faire revêtir une nature salariale alors qu'on pourrait considérer qu'il s'agit de la rémunération d'un service non salarié. Selon les hauts magistrats, même si la compensation de l'engagement de non-concurrence est versée après que la relation de travail ait cessée, on doit

---

[854] F. LABARTHE, *La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service, in* Libre propos sur la réforme du droit des contrats, LexisNexis, 2016, p. 64 s

[855] Les juges disposent d'un tel pouvoir, V. T. REVET, *Le juge et la révision du contrat*, Colloque : *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats* », RDC/2, 2016, p. 373.

[856] Exigée depuis : Cass. soc. 10 juill. 2002, Bull. civ. V, n° 239, D. 2002. 2491, note Y. SERRA.

[857] Cass. soc., 26 sept. 2002, D. 2002, Somm. 905, obs. P. FADEUILHE : ayant jugé que « la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence a, quelle que soit la qualification contractuelle que lui donnent les parties, la nature d'une *indemnité compensatrice de salaire* » ; W. GAUTHIER, *La rémunération du travail salarié,* th. Bordeaux, 2016, n° 364, p. 244.

l'assimiler à un salaire car il s'agirait de la poursuite des obligations du salarié justifiées par le contrat de travail antérieur[858]. Ce que confirmait le spécialiste de la question, Monsieur Yves Serra, selon lequel le contrat de travail survit au moins sur ce point.

254. Pourquoi l'assimilation de la contrepartie financière à une rémunération salariale ne convainc pas ? Deux raisons peuvent être invoquées. La première étant que cette qualification ne s'intègre pas convenablement dans le régime d'ensemble de la clause de non-concurrence. En effet, pour pouvoir exiger que le créancier verse une contrepartie financière, la Cour de cassation avait été contrainte de détacher la clause de non-concurrence du contrat de travail. En rendant la clause complètement autonome, juridiquement, il est devenu possible d'exiger une contreprestation (un paiement) afin que l'engagement de non-concurrence soit causé[859]. Il n'est donc pas envisageable d'un seul coup de décider que finalement le contrat de travail n'est pas détachable de la clause dès lors qu'il s'agit de qualifier la contrepartie financière. En plus d'être paradoxale, l'assimilation de la contrepartie à un revenu salarié n'est pas censée si l'on compare la définition du salariat avec la situation réelle du débiteur de l'engagement de non-concurrence. Il paraît déjà « bien difficile de qualifier de salaire une somme qui est la contrepartie, non d'un véritable travail, mais d'une inactivité imposée »[860] mais s'il faut en outre considérer que c'est un travail salarié ça l'est encore plus. Depuis l'arrêt Bardou[861], la Cour de cassation ne retient une telle qualification qu'en la présence d'un lien de subordination[862] entre l'employeur et le salarié. Le débiteur de non-concurrence n'entre pas dans ce cas de figure car pendant l'exécution de la clause de non-concurrence (et non pas du contrat de travail puisque cette clause est assimilée à un contrat dans le contrat), il est en droit d'être salarié auprès d'un autre employeur et de percevoir des allocations chômages. Deux choses qui lui sont refusées lorsqu'il existe un lien de

---

[858] Cass. soc., 19 mars 1975, JCP 1975, II, 18067, note Y. SAINT-JOURS.

[859] A. MARTINON, *La cause au temps de la construction du contrat de travail, in* La cause en droit du travail, B. Teyssié (dir.), éd. Panthéon-Assas, 2013, p. 28.

[860] J. MOULY, obs. s/s Cass. soc., 10 oct. 2007, Dr. soc. 2008. 250.

[861] Cass. civ., 6 juill. 1931.

[862] E. PESKINE et C. WOLMARK, *Droit du travail 2019*, 12ème éd., Dalloz, Hypercours, n° 41, p. 30.

subordination entre lui et la personne à qui il fournit le service pour lequel il est rémunéré. Finalement, la qualification retenue par la Cour de cassation ne semble pas être un choix juridique mais un choix en opportunité. Si la contrepartie financière n'était pas assimilée à une compensation de salaire, elle ne pourrait pas être soumise aux mêmes obligations sociales et fiscales[863], il n'est donc pas improbable de concevoir qu'il s'agit d'une qualification plus rentable pour les caisses des institutions étatiques. En outre, cela permet au salarié de bénéficier d'une ouverture des droits aux congés payés que l'employeur se retrouve obligé d'assumer financièrement[864].

255. Quels sont les impacts positifs de la requalification de la contrepartie financière comme rémunération non salariale ? Cette requalification met fin à deux difficultés qu'une partie de la doctrine tente de résoudre. En premier lieu, l'obligation de verser une contrepartie financière pourrait être étendue aux débiteurs qui ne sont pas d'anciens salariés. Le droit actuel refuse, en effet, un tel droit aux débiteurs non salariés (mandataire d'assurance[865], de l'agent commercial[866], de l'associé[867], ou encore du franchisé[868]). Le prétexte avancé par la Cour de cassation est que la loi régissant l'obligation de non-concurrence à laquelle ceux-ci sont soumis n'impose pas de verser une contrepartie, mais la raison est plus fondamentale que cela car du silence on ne déduit pas forcément un rejet[869]. En réalité, la nature salariale de la contrepartie financière a empêché son extension aux débiteurs non salariés, donc si elle est enrayée, on met fin aux

---

[863] Art. 80 duodecies du Code général des impôts.

[864] Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-47.597 ; Cass. soc., 23 juin 2010, n° 08-702.33.

[865] Cass. civ., 1ère, 2 oct. 2013, n° 12-22.846, D. 2013. 2622, note C. BAHUREL ; D. 2013. 2812, obs. Y. PICOD, Centre de droit de la concurrence Yves Serra.

[866] Cass. com., 4 déc. 2007, n° 06-15.137, D. 2008. 2193, note D. FERRIER.

[867] Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-13.824, Bull. civ. IV, n° 39 ; D. 2011. 1261, obs. B. INES, note Y. PICOD ; JCP E 2011, 1409, note A. COURET et B. DONDERO – V., à ce sujet, P. LE CANNU, *La clause de non-concurrence dans les pactes d'actionnaires*, Bull. Joly 2011. 524.

[868] Cass. com. 31 janv. 2012, n° 11-11.071, D. 2012. 501, obs. E. CHEVRIER ; D. 2012. 2762, obs. M. GOMY, Centre de droit de la concurrence Yves Serra.

[869] La loi ne prévoit jamais tout, le rôle de la jurisprudence pour compléter les lois relève d'une banalité. Faute d'avoir exclu expressément la contrepartie financière, on ne peut pas estimer que ces lois la rejettent.

raisons profondes de cette exclusion qui conduit à priver de cause (de contrepartie doit-on dire désormais[870]) leur obligation de non-concurrence.

En second lieu, cela permet à la clause de non-concurrence de bénéficier des avantages de l'article 1165 du Code civil qui permet au contrat de prestation de service d'être maintenu malgré le défaut de fixation du prix au moment de la formation du contrat. Le prix peut ensuite être fixé unilatéralement lors de l'exécution du contrat et s'il se révèle être abusif, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts, sans que le contrat ne soit pour autant anéanti. Ainsi, on rendrait possible la fixation ultérieure de la contrepartie financière par le créancier sans que la clause ne risque d'être annulée. Le juge serait en outre autorisé à réviser, de manière indirecte, la contrepartie financière insuffisante en recourant aux dommages et intérêts[871]. La tâche ne serait pas difficile puisqu'il suffirait de s'inspirer des montants que prévoient la pratique et les conventions collectives.

Enfin, la dernière de nos propositions concernant la clause de non-concurrence consiste à soumettre la faculté du créancier de renoncer à la clause de non-concurrence à l'article 1171 du Code civil qui répute non écrite les clauses entraînant un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Depuis 2013[872], les juges imposent une règle d'ordre public[873] selon laquelle l'employeur ne peut exercer sa faculté de renonciation postérieurement à la cessation effective de la relation de travail[874]. Un arrêt rendu en 2015 ayant décidé de sanctionner les modalités de renonciation abusives par la nullité de la clause de non-concurrence toute entière[875], peut-être que l'article 1171 permettrait de chasser cette nullité en permettant de réputer non écrite la faculté de renonciation

---

[870] Art. 1162 C. civ.

[871] En réalité, plus loin dans cette thèse, nous proposerons un moyen permettant au juge de ne pas se contenter des dommages et intérêts et de recourir directement à la révision du prix, quand bien cela n'est pas expressément prévu à l'article 1165 C. civ.

[872] Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-21.150, Bull. civ. V, n° 72 ; D. 2013. 778 ; D. 2013. 2812, obs. S. ROBINNE, Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Dr. soc. 2013. 455, obs. J. MOULY ; D. 2013. 2526, obs. S. ROBINNE, Centre de droit de la concurrence Yves Serra.

[873] Seulement depuis 2013 puisqu'auparavant, les parties étaient libres de déroger conventionnellement à cette obligation.

[874] Pour ne pas laisser le salarié dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler.

[875] Cass. soc., 2 déc. 2015, n° 14-19.029, D. 2016. 807, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; Dr. soc. 2016. 187, obs. J. MOULY ; RTD civ. 2016. 98, obs. H. BARBIER ; Dr. soc. 2016. 650, S. TOURNAUX.

abusive. On peut en effet considérer que la faculté de renonciation abusive est source d'un déséquilibre entre les droits du créancier de l'engagement de non-concurrence et les obligations du débiteur (condition principale permettant l'application de l'article 1171).

256. Pour terminer, nos propos ont justement porté sur la sanction du *déséquilibre significatif* consacré à l'article 1171 du Code civil applicable aux contrats d'adhésion. Ce contrôle intégré en droit commun vient s'ajouter à ceux déjà prévus dans les droits spéciaux : Code de la consommation (article L. 212-1) et Code de commerce (L. 442-6, I, 2°). Au-delà de l'effet salvateur du réputé non écrit que prévoit ce texte, ce que nous avons remarqué de plus significatif concerne leur articulation. Par rapport à la vision que nous défendons, il est préférable que les textes spéciaux priment sur l'article 1171 du Code civil pour la simple et bonne raison que leur application est plus aisée et que c'est que nous recherchons à travers le déblocage du contrat (restaurer l'équilibre du contrat, sans toutefois empêcher sa poursuite, afin que le déséquilibre n'empêche l'exécution pérenne du contrat dans toutes ses dispositions). L'éradication du déséquilibre significatif est plus aisé par le recours aux textes du droit de la consommation parce qu'ils prévoient des listes réglementaires de clauses irréfragablement abusives [876] (liste noire) ou présumées abusives [877] (liste grise) [878]. Cette bienveillance probatoire ne se retrouve absolument pas dans l'application de l'article 1171 du Code civil. En ce qui concerne l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, son avantage comparé au droit commun réside dans l'étendue du contrôle puisqu'il peut porter tout aussi bien sur les clauses accessoires que sur les clauses principales[879].

257. La primauté des textes spéciaux est donc plus avantageuse mais elle est aussi permise par la règle de conflit. L'adage *specialia generalibus derogant*

---

[876] Art. R. 212-1 C. cons. (qui remplace l'art. R. 132-1 : depuis l'Ord. n° 2016-301, 14 mars 2016).

[877] Art. R. 212-2 C. cons. (qui remplace quant à lui l'art. R. 132-2).

[878] S. GAUDEMET, *Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil,* Contrats, conc. consom. 2016, dossier n° 5, spéc. n° 11.

[879] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations,* LexisNexis, 2016, p. 301.

ne s'applique pas nécessairement puisque le principe est l'option (voire le cumul des actions)[880] mais, en l'espèce, les critères de son application sont réunis. La théorie retenue a été celle développée par Madame Goldie-Genicon qui conditionne la primauté et l'exclusivité du texte spécial par une antinomie[881] entre les règles spéciales et générales[882]. Cette antinomie revêt elle-même deux caractères : l'objet doit être commun et les directives incompatibles/inconciliables[883]. Pour vérifier la seconde caractéristique, il faut tenter d'appliquer simultanément les textes et si l'on aboutit à un non-sens (c'est par exemple le cas de l'application simultanée d'une résolution et de l'exécution forcée du contrat)[884], alors il y a antinomie.

258. Dans le domaine étudié, l'objet est bien commun puisque les trois textes en conflit envisagés traitent du déséquilibre significatif. S'agissant de la compatibilité des solutions proposées, elles ne pouvaient être abordées que séparément. Nous avons ainsi pu nous rendre compte que les directives attachées à l'article 1171 du Code civil sont compatibles avec celles qu'envisage l'article L. 212-1 du Code de la consommation. Sur tous les plans, nous avons pu constater que les textes sont conciliables et donc finalement qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer l'adage *specialia généralibus derogant.* Il en résulte un droit d'option pour le consommateur mais il est très peu probable qu'il fonde son action sur l'article 1171 du Code civil, non pas que ce soit impossible mais parce que c'est moins avantageux. Il n'y a pas de raison de le voir se priver lui même du régime probatoire favorable que prévoit le droit de la consommation. En revanche, il est possible d'agir sur un autre point : dès lors que le droit commun dispose désormais de son propre texte pour fonder le contrôle du déséquilibre significatif, il n'existe plus aucune raison d'étendre outre mesure le domaine d'application subjectif de l'article L. 212-1 du Code de la consommation. Plus particulièrement,

---

[880] J. CARBONNIER, RTD civ. 1961 : qui considérait qu'à l'égard de l'individu disposant de deux moyens juridiques différents, « le sens le plus élémentaire de ce double don est le cumul ».

[881] CH. PERELMAN, *Les antinomies en droit, Essai de synthèse,* éd. du Griffon, 1964, p. 393

[882] C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* th. Paris, LGDJ, 2009, Préf. Y. Lequette, n° 382, p. 491 et n° 385, p. 493.

[883] C. GOLDIE-GENICON, *ibid.,* n° 382, p. 491.

[884] C. GOLDIE-GENICON, *ibid. ;* CH. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique,* 2ème éd., Dalloz, 1979, reprint Dalloz, 1999, n° 27, p. 39.

les professionnels agissant en dehors de leur spécialité ne doivent plus être admis à invoquer ce dernier texte car il ne subit plus de carence légale.

Concernant à présent la compatibilité entre les directives prévues à l'article 1171 et celles que préconisent l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, elle ne peut pas être retenue et conduit de ce fait à la primauté du texte spécial sur le général. Alors que le Code de commerce prévoit, parmi d'autres sanctions, la nullité des clauses entraînant le déséquilibre significatif, le Code civil a préféré opter pour le réputé non écrit de ces clauses. Or, lorsque nous avons procédé à la distinction de ces deux sanctions, nous nous sommes rendus compte de l'opposition de leurs fonctionnements respectifs. Pour décider du caractère conciliable ou non des directives, il a fallu tenter d'appliquer simultanément la nullité de la clause et le réputé non écrit pour nous rendre compte que cela est impossible. Comment pourrait-on annuler une clause qui n'a jamais existé et qui est morte-née ? Comment la sanction appliquée pourrait-elle faire l'objet à la fois d'un jugement constitutif et déclaratif ? D'aucune manière, les directives étant inconciliables, nous en avons conclu qu'il y a antinomie et donc primauté de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce sur le droit commun.

CONCLUSION DU TITRE I

259. Le lecteur attentif se demandera pour quelle raison a été abordée la chasse aux déséquilibres contractuels dans une thèse ayant pour objet le maintien efficace du contrat. Le fait est qu'en plus d'être indispensable pour un droit juste et cohérent, elle n'empêche pas le déblocage du contrat, bien au contraire. Il ne nous semble pas judicieux de rejeter la prise en compte des déséquilibres contractuels (hormis le cas très spécifique de la lésion) car s'ils ne sont pas traités, ils finiront par produire des effets néfastes et aboutiront tôt ou tard à un blocage qui, potentiellement, peut empêcher la poursuite pérenne du contrat.

260. Il y a d'autant moins de raisons de s'y opposer que les déséquilibres contractuels abordés conduisent à leur correction sans empêcher le maintien des liens contractuels. La relation entre les contractants peut alors se poursuivre mais de façon plus pérenne comparée à ce qu'aurait donné la poursuite du contrat sans correction. La nullité partielle et le réputé non écrit se sont donc révélés être des instruments phares du déblocage du contrat. L'article 1184 qui les prévoit se révélera très utile pour fonder d'autres solutions encore que nous aborderons dans les propos qui suivent, à commencer par une application aux vices du consentement incidents afin de fonder le recours à des sanctions alternatives à l'entière nullité (abordée ci-après).

TITRE II
LE DÉBLOCAGE DU CONTRAT
AFFECTÉ PAR UN CONSENTEMENT ALTÉRÉ

261. La première mention écrite de l'exigence d'un consentement apparaît dans le Talmud aux Ve-VIIe siècles dans le traité Baba Kama qui nous indique que le médecin ne peut exécuter aucune opération sans le consentement du malade [a885]. Il a ensuite fallu attendre le droit romain pour qu'apparaisse une notion plus générale du consentement, puis les juristes médiévaux ont, pas à pas, élaboré les prémisses de la théorie des vices du consentement[886]. Ce n'est qu'à la fin du XVIe siècle, qu'on considère que c'est le consentement qui fait le contrat[887].

Lorsque se termine l'Ancien régime, notre doctrine reprend l'idée du consentement comme fondement du contrat[888]. « Le mot a traversé les temps et le concept s'est modelé au fil de l'évolution des sociétés. Il en a suivi les mouvements et sa remarquable adaptabilité a été qualifiée de conservation par la transformation. Depuis, les formules sacramentelles du droit romain jusqu'au clic de souris sur Internet, le droit du consentement a connu une évolution »[889].

262. Aujourd'hui, on peut emprunter deux chemins différents pour arriver au thème du consentement, qui seront chacun confrontés au déblocage du contrat : le premier invite à se pencher sur la manière de prévenir l'intégrité du consentement, à travers l'obligation d'information (Chapitre 1), le second se tourne vers le traitement curatif du consentement altéré (Chapitre 2). La vision proposée consiste à assouplir chacune de ces préoccupations afin de favoriser la

---

[885] B. HOERNI et R. SAURY, *Le consentement : information, autonomie et décision en médecine,* Paris, Masson, Coll. Abrégés, 1998.

[886] J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, Coll. Droit fondamental, 1992, n° 153, p. 171 ; P. OURLIAC et J. DE LALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. 1, PUF, Coll. Thémis Droit, 2ème éd., 1969, n° 103, p. 125.

[887] J.-L. GAZZANIGA, *ibid.*

[888] J.-L. GAZZANIGA, *ibid,* n° 155, p. 172.

[889] L. ATTUEL-MENDES, *Consentement et actes juridiques,* th. Paris II, LexisNexis, Coll. Fédération Nationale pour le Droit de l'Entreprise, 2008, Préf. É. Loquin, n° 1, p. 1.

naissance et le maintien du contrat, sans pour autant sacrifier ce qu'il est nécessaire de préserver. Il ne s'agit évidemment pas de remettre en cause l'obligation d'information et le régime des vices du consentement puisque nous nous contenterons de proposer une plus juste mesure susceptible de favoriser sensiblement le déblocage du contrat.

CHAPITRE I

LA PROTECTION DU LIEN CONTRACTUEL FACE AUX MESURES PRÉVENTIVES DE PROTECTION DU CONSENTEMENT

263. L'obligation d'information serait « l'une des manifestations les plus éclatantes du devoir imposé à chaque contractant de sortir de son intérêt égoïste, et de contribuer, bon gré ou mal gré, à celui de son partenaire »[890]. Sans en arriver au point de bannir complètement un tel devoir, à l'instar du Common law (*Caveat emptor*)[891] qui, pour cette raison, fait primer les intérêts individuels sur la protection des parties[892], il convient de l'encadrer très strictement afin d'éviter une conception solidariste du contrat poussée à son paroxysme[893].

Cette nécessité doit passer par une délimitation restrictive des conditions d'application de l'obligation d'information (Section 1) et par une application mesurée des sanctions applicables. Plus précisément, la sanction qui consisterait à mettre fin au contrat ne peut être envisagée du seul fait qu'il ait été conclu sans que le devoir d'information ait été respecté. La présence concomitante d'un vice du consentement, en particulier d'un dol par réticence, peut entraîner l'annulation du contrat alors que le manquement à l'obligation d'information ne le permet pas en tant que tel (Section 2).

---

[890] M. FABRE-MAGNAN, *Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme*, JCP G 2016, p. 706 ; Adde M. FABRE-MAGNAN, Les obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral, PUF, Coll. Thémis Droit, 4ème éd., 2016, n° 40, p. 48 s.

[891] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 79-80 : consistant à ne préserver que ses propres intérêts en ne disant rien.

[892] M. FABRE-MAGNAN, *ibid.*

[893] C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, comme le souligne le rapport au Président de la République, cette disposition a été la plus discutée et a fait l'objet de très vives inquiétudes de la part des entreprises, des professionnels et plus largement du monde économique.

SECTION I

LE BLOCAGE DU CONTRAT ÉVITÉ PAR L'ENCADREMENT MESURÉ DE L'OBLIGATION D'INFORMATION PRÉCONTRACTUELLE

264. Un devoir d'information, que le Code de 1804 ne prévoyait aucunement, mais qui avait été largement propulsé par des lois spéciales[894] et la jurisprudence[895] (qui se fondait alors sur la bonne foi de l'ancien article 1134 alinéa 3)[896], est consacré à l'article 1112-1 du Code civil[897]. Le premier alinéa enjoint le contractant « qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre » de « l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant [a]. Il nous semble très excessif de considérer que peut être créancier d'une information « celui qui a besoin de cette information même si elle ne lui est pas juridiquement due » car, dans ce cas, il s'agirait plus d'un devoir moral que d'une obligation juridique[898]. C'est tout le contraire qui devrait être : dès lors que les critères précisément requis par la loi ne sont pas remplis, le cocontractant n'est

---

[894] Parfois d'origine légale (J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 3ème éd., n° 462 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Obligations, Contrat*, LexisNexis, Litec, 3ème éd., n° 270), l'obligation d'information était plus souvent issue de la jurisprudence la faisant peser sur le contractant professionnel plus particulièrement (P. LE TOURNEAU, *Les professionnels ont-ils du cœur ?*, D. 1990. Chron. 21 ; G. VINEY, *Traité de droit civil : La responsabilité : conditions,* J. Ghestin (dir.), t. 4, LGDJ, 1982, n° 503).

[895] Y. BOYER, *L'obligation de renseignement dans la formation du contrat*, th. Aix-en-Provence, 1977 ; M. FABRE-MAGNAN, *Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats,* th. Paris, LGDJ, 1992, Préf. J. Ghestin ; B. DABOSVILLE, *L'information du salarié*, Dalloz, 2013 ; M. FABRE-MAGNAN, *Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme, op. cit.* : « L'obligation d'information est sans doute la principale création jurisprudentielle du 20ème siècle en matière de droit des contrats ».

[896] Étant précisé que l'obligation d'information est toujours rattachée de manière générale à la bonne foi (R. BOFFA, *La validité du contrat*, Gaz. Pal. 2015, p. 18, n° 5) - Ex. d'un litige pour lequel les juges ont retenu une obligation d'information fondée sur la bonne foi : Cass. civ. 1re, 14 déc. 1982, Bull. civ. I, n° 361 - Pour une analyse de cette question, V. J. MESTRE, *L'évolution du contrat en droit privé français, in* L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées René Savatier, PUF, 1986, p. 41 s.

[897] J. GHESTIN, *Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations*, LPA 3-4 sept. 2015, p. 24 s. ; J.-F. HAMELIN, *Les devoirs de se renseigner et d'information*, *in* Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations - Analyse et propositions, G. CHANTEPIE et M. LATINA (dir.), Dalloz, 2015, p. 25 ; N. MOLFESSIS, *La formation du contrat - Articles 1111 à 1129*, JCP G 2015, supplément au n° 21, p. 6, n° 6 ; M. FABRE-MAGNAN, *Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme* », JCP G 2016, p. 706.

[898] A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2ème éd., PUF, Coll. Droit fondamental, 2014, note n° 165, p. 66.

débiteur d'aucune obligation d'information, peu importe l'utilité de celle-ci pour l'autre partie. Nous souhaitons par ailleurs proposer une lecture restrictive des critères de l'obligation d'information, amplement justifiée au sein du droit commun qui n'a pas vocation à protéger les parties faibles (Paragraphe I). Cependant, nous verrons après cela que même en droit de la consommation, il est possible d'appliquer cette vision stricte (Paragraphe II).

Paragraphe I – La restriction nécessaire de l'obligation d'information en droit commun des contrats

265. Puisqu'il s'agit de traiter une disposition relevant du droit commun, il nous semble que les critères faisant naître l'obligation d'information ne devraient pas faire l'objet d'une interprétation extensive. Les parties potentiellement en situation de faiblesse, comme les consommateurs, sont déjà protégées par dispositions spécifiques imposant une obligation d'informer. Il n'existe donc aucune nécessité d'ajouter en droit commun un devoir d'information entendu largement. L'altruisme imposé a ses limites, on ne peut concevoir de priver totalement les parties de la possibilité de négocier leurs affaires avec stratégie et de faire primer ses propres intérêts. Le devoir d'information ne bénéficie pas de la rareté de l'imprévision, bien qu'il soit conditionné par certains éléments il est généralisé et a vocation à s'appliquer couramment. S'il y a bien une norme française susceptible de faire fuir les opérateurs économiques, si elle n'est pas sévèrement encadrée, c'est l'article 1112-1 du Code civil.

D'ailleurs, la politique choisie par le rédacteur et le processus d'élaboration du texte ne peut conduire vers une autre direction que celle-ci. Le rapport au Président de la République souligne tout d'abord à quel point cette disposition peut impacter le monde économique si elle n'est pas suffisamment encadrée. Ensuite, il convient de « garder en mémoire » que cette consécration « s'est faite dans un esprit de grande mesure » qui a conduit à limiter l'élan initié

par le projet[899]. Il existe trois manières différentes d'encadrer la portée du devoir d'information de droit commun. Tout d'abord classiquement, en ne l'exigeant que pour l'information déterminante pour le créancier dont l'ignorance est légitime, ainsi que le prévoit le texte (A). Nous pouvons également interpréter le texte dans un sens favorable à notre point de vue en rejetant la théorie selon laquelle est débiteur d'une obligation d'information celui qui aurait dû s'informer pour informer[900] (B), puis en restreignant le domaine d'application du texte aux seuls contrats négociés, puisque qu'il est inséré dans une sous-section intitulée « Les négociations » (C).

A/ Un domaine d'application restreint à l'information déterminante légitimement ignorée par le créancier

266. L'article 1112-1 du Code civil prévoit que le contractant qui détient une « information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ». Le texte distingue deux cas de figure.

267. Pas de devoir de transmettre l'information qui n'est pas déterminante pour le consentement – La stratégie est inhérente à la négociation, il va donc de soi que la loi ne soumet pas toutes les informations au devoir d'information[901], n'est concernée que celle qui est déterminante pour le consentement du cocontractant[902]. La formulation choisie fait tout de suite écho à

---

[899] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 79.

[900] Ce qui est au contraire prescrit par certains auteurs, V. notamment J. GHESTIN, Y.-M. SERINET et G. LOISEAU, *Traité de droit civil* : *La formation du contrat : le contrat, le consentement,* t. 1, 4ème éd., LGDJ, 2013, n° 1713, p. 1391.

[901] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 81 : « Trop d'information tue l'information et le créancier n'y trouverait pas forcément son compte ».

[902] En ce sens récemment, Cass. com., 5 janv. 2016, n° 14-15.701, obs. D. FERRIER, D. 2017. 881 : où il a été jugé que la conclusion d'un contrat de franchise n'était soumise à une obligation d'information relative au marché local dès lors qu'il ne s'agit pas d'un « élément essentiel et déterminant ».

l'une des conditions applicables en matière de vices du consentement[903]. En ce domaine, la nullité du contrat ne peut être prononcée que si le consentement n'avait pas été donné si l'erreur, le dol ou la violence n'avait pas eu lieu[904]. Si on donne au critère prévu à l'article 1112-1 la même définition, la restriction recherchée pourrait être aisément obtenue mais ce pont de vue serait illogique. Autrement « l'article 1112-1 ferait inutilement double emploi avec les règles relatives aux vices du consentement », cette interprétation priverait totalement d'intérêt cet article puisqu'il existe déjà un texte destiné à régir le dol par réticence[905]. « Il faut donc se résoudre à interpréter la formule dans un sens différent du sens que l'on donne généralement au caractère déterminant d'un élément »[906].

268. On parvient aisément à imaginer qu'il s'agit en réalité de désigner le caractère pertinent de l'information qui doit autrement dit revêtir une certaine importance. Le troisième alinéa nous le confirme puisqu'il indique qu'« ont une importance déterminante *les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* ». Cette définition n'est pas digne de la plus grande clarté mais elle présente au moins le mérite de démontrer clairement qu'il ne faut pas reprendre la conception retenue en matière de vices du consentement. « Il aurait mieux valu alors parler d'information ''pertinente'', précisément pour la distinguer des informations déterminantes qu'elle inclut mais auxquelles elle ne se limite pas »[907].

---

[903] Art. 1130 C. civ. : « L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes ».

[904] F. DOURNAUX, *La réforme des vices du consentement,* Dr. et patr. n° 258, mai 2016, p. 57 ; G. LOISEAU, *Les vices du consentement*, Contrats, conc. consom. 2016, dossier 3 (n° 5, p. 16) ; J. GHESTIN, *Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations*, LPA 3 et 4 sept. 2015, n° 176-177, p. 26.

[905] Art. 1137, al. 2, C. civ. : « Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ». – À ce sujet, V. A. DENIZOT, *La réticence dolosive avant 1958,* RTD civ. 2015. 765.

[906] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit*., p. 81.

[907] M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Coll. Thémis Droit, 4ème éd., 2016, n° 238, p. 264.

269. Concernant l'appréciation de cette pertinence, elle sera bien évidemment appréciée par les juges du fond mais elle demeure bien insaisissable. D'autant plus à la lecture de l'alinéa 3 qui distingue l'information déterminante en deux types sans réellement définir ce à quoi elle renvoie[908]. On peut même considérer qu'elle introduit davantage de doutes car on ne peut ignorer les termes très précis qu'a choisi le rédacteur, à savoir « le contenu » et la « qualité des parties ». Concernant cette dernière, ne faut-il pas considérer que ce n'est applicable qu'à l'égard des contrats intuitu personae ? Et pour ce qui est du contenu (article 1128), on sait déjà que cette notion a fait couler beaucoup d'encre et qu'elle aura des contours encore très incertains à l'heure actuelle[909]. Nous avons longuement abordé cette question au début de cette thèse.

270. Pas de devoir d'information à l'égard de celui qui aurait dû se renseigner ou ne pas faire aveuglément confiance à son cocontractant – L'article 1112-1 du Code civil indique clairement que seul le contractant qui *légitimement* ignorait l'information dont il avait besoin ou a fait confiance à son cocontractant peut prétendre être créancier d'une obligation d'information. La loi prévoit ainsi deux hypothèses générales, ayant pour lien commun l'illégitimité, dans lesquelles le devoir d'informer est exclu. L'ignorance légitime et la confiance accordée au contractant constituent des notions à contenu variable laissant aux juges une marge de manœuvre assez importante[910]. Une direction devra donc être choisie qu'elle soit dans le sens de la restriction ou l'inverse, il nous semble cependant plus logique que les magistrats respectent la volonté du législateur de limiter la portée de l'obligation d'information en droit commun. À

---

[908] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 81 : cette phrase ne renseigne « nullement sur la caractéristique spéciale de la nature à la (l'information) rendre déterminante ».

[909] M. FABRE-MAGNAN, *Critique de la notion de contenu du contrat*, RDC 2015. 639 ; Y. LEQUETTE, Y aura-t-il en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ?, RDC 2015. 616 ; R. BOFFA, *La validité du contrat*, Gaz. Pal. 29 avr. 2015, n° 119-120, p. 18 ; C. GRIMALDI, *Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots*, D. 2015. 814 ; L. AYNÈS, *La cause, inutile et dangereuse, in* Réforme du droit des contrats, Le débat, Dr. et patr., n° 240, oct. 2014, p. 40.

[910] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 81 : où est relevé que « cette condition sera probablement la condition central, celle par laquelle le juge pourra doser l'équilibre des intérêts en présence, en fonction des circonstances, et ouvrir plus ou moins largement le flux d'informations dues ».

cette fin, l'appréciation *in abstracto* devrait être rejetée au profit de l'appréciation *in concreto* qui déjà auparavant avait la faveur des auteurs[911] et des dernières jurisprudences[912].

271. Ce mode d'appréciation présente l'avantage de refuser à certains particuliers, que l'on pourrait qualifier de personnes averties, le droit à être informés du fait de leur expérience ou leur connaissance suffisante de l'affaire et de ses enjeux. L'appréciation *in concreto* du caractère légitime de l'ignorance de l'information est de toute manière plus logique, davantage proche de la réalité elle semble en effet plus juste. Il se peut que deux juridictions n'apprécient pas de la même manière deux situations proches[913] mais la prise de ce risque est indispensable si l'on veut au contraire éviter qu'un contractant puisse bénéficier d'un droit à être informé alors qu'en réalité il dispose de tous les atouts pour s'informer lui même.

272. La limitation relative au devoir de se renseigner soi-même n'est pas nouvelle[914] et évoque clairement celle élaborée par la jurisprudence à propos du dol par réticence[915]. En matière immobilière, par exemple, a souvent été évoqué

---

[911] J. GHESTIN, Y.-M. SERINET et G. LOISEAU, *Traité de droit civil* : *La formation du contrat : le contrat, le consentement,* t. 1, 4ème éd., LGDJ, 2013, n° 1752 s.

[912] Récemment, V. CA Paris, 23 novembre 2017, n° 16/12350, 16/03188, 16/03312, 16/12347, 16/05681 et 16/03315 : où les juges retiennent que le franchiseur doit certes mettre le franchisé en mesure de s'engager « en connaissance de cause » mais qu'il faut tenir compte pour cela du degré d'expérience et de connaissance dont dispose le franchisé et du caractère novateur ou non de la franchise mise en place (entre autres). Le contenu de l'obligation précontractuelle d'information, que vise les articles L. 330-3 et R.330-1 du Code de commerce, dépend donc de la situation du contractant qui fait l'objet d'une appréciation *in concreto*.

[913] Ce qui rend les décisions bien moins prévisibles et peut susciter quelques craintes vis-à-vis de la sécurité juridique si la Cour de cassation n'établit pas des critères plus précis.

[914] V., à ce propos, P. JOURDAIN, *Le devoir de se renseigner*, D. 1983. Chron. 139 ; B. RUDDEN, *Le juste et l'inefficace : pour un non-devoir de renseignements*, RTD civ. 1985.91 ; P. LE TOURNEAU, *De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil,* D. 1987. Chron. 101 ; J. GHESTIN, Y.-M. SERINET et G. LOISEAU, *Traité de droit civil : La formation du contrat : le contrat, le consentement, op. cit.,* n° 1341 s.

[915] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil,* Dalloz, 2016, n° 187, p. 155 : « S'agissant de l'accessibilité de l'information, au terme d'une évolution tourmentée, la Cour de cassation avait fini par exclure toute obligation d'information lorsque celui qui s'en prévalait aurait pu aisément l'acquérir par ailleurs ».

l'obligation de faire preuve de diligence raisonnable[916]. Logiquement, on s'attend par exemple à ce que l'acquéreur d'un bien immobilier se situant à proximité d'une usine qu'il se renseigne sur les conséquences éventuelles de cet emplacement. L'ignorance illégitime c'est donc tout d'abord le fait de ne pas s'être renseigné soi-même alors que cette nécessité était évidente. Il faut ainsi être en droit de ne pas savoir car « il n'est pas question que l'obligation d'information soit utilisée pour suppléer à l'impéritie de celui qui s'apprête à contracter et qui, pour cette raison, doit veiller à ses intérêts et recueillir par lui-même tous les éléments de nature à nourrir sa réflexion »[917].

273. Celle-ci peut en outre se déduire du degré d'accessibilité de l'information[918]. Plus une information est aisée à obtenir moins elle pourra être ignorée légitimement et donc faire l'objet d'une obligation d'information. Tel n'est pas le cas si, par exemple, l'information se trouve uniquement entre les mains de l'autre partie. S'agissant de l'information dont l'obtention représente un certain coût, peut-elle aussi être ignorée légitimement ? L'appréciation devant se faire *in concreto,* il est impossible d'y répondre de façon générale car il faudra procéder au par cas en fonction des aptitudes économiques de celui qui prétend avoir été lésé par le défaut d'information. Ce mode de fonctionnement serait applicable à toutes les autres aptitudes : intellectuelles, matérielles, etc. « L'obligation d'information et l'obligation de s'informer fonctionnent sur le schéma des vases communicants » car l'aptitude et les compétences de chaque partie, que le juge doit analyser, diminuent le droit ou le devoir de l'autre[919]. Quelques généralités relatives aux diligences raisonnables peuvent cependant être admises, on devrait par exemple considérer que dans le cadre d'une cession d'actifs immobiliers, la vigilance la plus normale impose à l'acquéreur de procéder à un audit environnemental avant l'achat (en cas de manquement à cette

---

[916] V. not. Cass. civ. 3ème, 9 oct. 2012, n° 11-23.869 : où il a été retenu que l'acquéreur n'a pas su faire preuve d'une vigilance normale.

[917] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 82 : Classiquement, « le devoir d'informer ne commence [donc] que là où le devoir d'informer s'arrête ».

[918] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *ibid.* : la Cour de cassation excluait déjà l'obligation d'information dès lors que le contractant pouvait aisément acquérir l'information ailleurs.

[919] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 82.

précaution basique, le juge pourrait retenir que l'ignorance de l'acquéreur n'est pas légitime).

274. L'autre hypothèse qu'envisage l'article 1112-1 du Code civil pour rejeter la créance d'information est constituée par la confiance accordée à tort au cocontractant. Dans quelles situations peut-on estimer qu'une partie peut faire légitimement confiance à son cocontractant ? En tout premier lieu, en raison de la compétence spécialisée de l'une des parties, dès lorsqu'une personne contracte avec un professionnel spécialisé elle va très logiquement lui faire confiance. Cela pourrait renvoyer à un contrat conclu entre un particulier et un professionnel de l'immobilier ou encore entre un novice et un expert en art. Sauf que ces situations sont déjà soumises à des textes de droit spécial[920] de sorte que l'article 1112-1 n'aura pas vocation à s'appliquer.

275. On peut alors songer à la confiance résultant d'un lien préexistant entre les parties. Il peut en être ainsi dans le cas de la poursuite d'un contrat suite à une relation contractuelle de longue durée antérieure. Ce lien préexistant pourrait aussi être constitué en dehors de la sphère contractuelle si les parties au contrat sont des proches ou les membres d'une même famille[921] (cette confiance étant d'ailleurs la raison pour laquelle la loi permet dans ce genre de situation de prouver un acte juridique autrement que par écrit[922] alors qu'il s'agit du mode de

---

[920] Not. Art. L. 111-1 C. cons. pour le consommateur ; art. L. 514-20 C. env. pour l'acquéreur d'une ICPE ; art. L. 330-1 s. C. com. s'agissant de l'obligation d'information dans les contrats de distribution, etc.

[921] Dans un sens favorable à une telle prise en compte : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.,* n° 187, p. 156 : « Cette confiance légitime doit préexister aux relations contractuelles et être fondée sur des relations privilégiées, par exemple au sein d'une famille (Paris, 29 avr. 1994, RTD civ. 1994. 854, obs. J. MESTRE) ou d'une société (G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles,* 4ème éd., LGDJ, 1949, n° 48) » ; *Adde* G. GUERLIN, *Contrats et confiance familiale*, *in* E. Lenoir-Waymel et M. Livoir (dir.), Contrats et famille font-ils bon ménage ?, Larcier, Juin 2016.

[922] Art. 1360 C. civ. : « Les règles prévues à l'article précédent reçoivent exception en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit, s'il est d'usage de ne pas établir un écrit, ou lorsque l'écrit a été perdu par force majeure ». Avant la réforme, la jurisprudence avait déjà admis les liens étroits comme un cas d'impossibilité morale autorisant la preuve de l'acte juridique par tout moyen, car exiger d'un proche qu'il signe un écrit peut être très délicat : V. not. Cass. civ., 3ème, 14 janv. 2014, n° 12-28.777 : à propos d'une relation entre un père et son fils ; Cass. civ. 1re, 11 fév. 2010, n° 09-11.527 et Cass. civ. 1re, 7 mars 2000 : relation d'amitié.

preuve exigé pour tout acte juridique au-delà d'une certaine somme[923]). La vision restrictive du devoir général d'information qui est celle retenue par le rédacteur de l'ordonnance s'oppose cependant à admettre que ce genre de situation puisse légitimer l'ignorance d'une information utile. Du fait de la nature de l'engagement contractuel, quelque soit les relations préexistantes, on devrait s'engager avec méfiance et, si des liens de confiance préexistent, avec prudence. Pour cette raison, la situation devra être « suffisamment exceptionnelle pour considérer qu'il était légitime pour une personne de ne pas procéder à la vérification d'une information aisée à effectuer et pour s'en remettre à autrui ». « Le phénomène [de la confiance légitime] devrait [ainsi] être exceptionnel »[924] et ne pas concerner les liens préexistants dans lesquels la confiance n'est pas inhérente au type de contrat souscrit.

276. Il nous semble que la confiance légitime ne peut être retenue qu'en ce qui concerne les contrats qui font naître une relation contractuelle se caractérisant par une collaboration renforcée. C'est d'abord le cas des contrats qui ont tout simplement pour objet la réalisation d'un projet commun comme c'est par exemple le cas du contrat de société unissant les associés. Il existe nécessairement une confiance entre eux mais également, voire encore plus, entre eux et le dirigeant social[925]. Bien au-delà, cela peut renvoyer à ce que le juriste et philosophe du droit, Monsieur Oppetit, désigne comme étant les « nouvelles figures contractuelles », dans le sens où elles contredisent la vision classique selon laquelle le contrat traduit la conciliation des intérêts antagonistes des parties. Le contrat-organisation, le contrat-alliance, le contrat-coopération, ou encore le contrat relationnel entrent tous dans cette catégorie très particulière. Ceux-ci « permettent une combinaison des intérêts particuliers et d'un intérêt commun contractuel moins incompatible, sinon avec le principe, du moins avec l'idée de

---

[923] Art. 1359 C. civ. : « L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique » ; V. A. HONTEBEYRIE, *Admissibilité des modes de preuve : un dispositif clair et concis dont l'organisation pourrait être améliorée*, Dr. et patr. 2015, n° 250, p. 49.

[924] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 82.

[925] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid.*

solidarité »[926]. De ce fait, la négociation de tels contrats impose une transparence accrue.

277. Quoi qu'il en soit, s'agissant de l'appréciation de la confiance légitime, l'appréciation du juge devrait être encore plus sévère qu'à l'égard de l'ignorance légitime. Le contrat, en tant qu'instrument de réalisation de ses propres profits, lesquels augmentent bien souvent en proportion que ceux de l'autre partie baissent, invite nécessairement à faire preuve de la plus grande vigilance. Les cas retenus devraient donc être isolés et suffisamment spécifiques.

B/ Un domaine d'application restreint à l'information effectivement connue par le débiteur

278. Ne peut être débiteur d'une obligation d'information que celui qui connaît effectivement l'information dont la communication était loisible. A contrario, celui qui ignore ladite information n'a pas l'obligation de la fournir puisque cela lui est impossible. En ce sens, le texte est tout à fait équilibré, il prend en compte la justice contractuelle sans pour autant déresponsabiliser les contractants qui doivent assumer le fait de s'être engagés « tête baissée ». Comme le relevait fort bien Portalis, « un homme qui traite avec un autre homme, doit être attentif et sage ; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S'il en était autrement, la vie des hommes, sous la surveillance des lois, ne serait qu'une longue et honteuse minorité »[927].

279. La connaissance présumée en cas d'ignorance illégitime – Il faut cependant relever que l'ignorance illégitime a déjà été assimilée à la connaissance d'une information, c'est un raisonnement des plus classiques. Madame Fabre-Magnan estime que l'article 1112-1 devrait suivre une telle logique quand bien

---

[926] M. MEKKI, *Le contrat : entre liberté et solidarité, in* A. Supiot (dir.), Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité, éd. Collège de France, Mars 2018, p. 98.

[927] PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de code civil,* Joubert, 1844, p. 53-54.

même le texte ne le prévoit pas « volontairement »[928]. Elle considère que le retrait de cette possibilité entre le projet et le texte définitif « n'empêchera pas [pour autant] les juges de continuer à décider par exemple qu'un professionnel étant censé connaître les informations essentielles sur la chose qu'il fournit [et] qu'il sera tenu, s'il ne les connaît pas, de s'informer pour informer »[929]. Son ignorance blâmable serait ainsi sanctionnée par ce biais.

280. La nécessité de ne pas sanctionner l'ignorance du débiteur – Il nous semble logique de pouvoir estimer que la connaissance de l'information puisse être présumée en fonction des circonstances de l'affaire[930]. En revanche, considérer fictivement qu'un contractant avait connaissance de l'information, sous prétexte qu'elle aurait eu une utilité pour l'autre partie, ne peut être que préjudiciable. Le seul cas dans lequel incombe au professionnel un devoir aussi poussé est celui du contrat conclu avec une partie faible, tel un consommateur. Or, en la matière, les textes spéciaux régissent déjà amplement l'obligation d'information du professionnel. Une prescription générale ne peut présenter la même sévérité qu'une norme spéciale, d'autant plus lorsque cette dernière est destinée à la protection des contractants en situation d'infériorité. Imposer un devoir aussi ample peut être source de déséquilibre car l'information n'est pas seulement la connaissance de quelque chose, elle nécessite en général d'entreprendre des études et entraîne des coûts potentiellement importants[931]. Une solidarité aussi excessive à un stade qui n'est encore que celui des négociations ne

---

[928] M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Coll. Thémis Droit, 4ème éd., 2016, n° 238, p. 264.

[929] M. FABRE-MAGNAN, *ibid.*

[930] Pour un ex., V. Cass. civ. 3ème, 13 janv. 2010, n° 08-21.677, AJDI 2010. 581, note S. PRIGENT : où les juges ont présumé que le vendeur d'un immeuble avait forcément connaissance de la présence de termites car avant de repeindre, le plancher et les plinthes avaient été colmatés avec du plâtre. – *Adde* Cass. ch. mixte, 8 juill. 2015, n° 13-26.686, D. 2015. 2155, note D. MAZEAUD ; RDC 2015. 849, obs. O. DESHAYES : à propos du diagnostic erroné d'un diagnostiqueur.

[931] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 80 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil,* Dalloz, 2016, n° 182, p. 150 : « Économiquement, l'information est analysée comme une valeur dont la transmission permet au partenaire de bénéficier d'un avantage. Imposer juridiquement le transfert d'information n'est pas neutre, c'est l'économie des échanges marchands qui lui est attachée ». *Adde* J.-P. CHAZAL, *Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ?, in* La nouvelle crise du contrat, C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Dalloz, 2003, p. 111.

présente rien de judicieux vu que « l'obtention d'une information peut représenter un coût dont il n'est pas évident, au simple stade précontractuel, qu'il doive être assumé par celui qui ne sera peut-être jamais cocontractant et risque donc d'effectuer une dépense en pure perte. Il reste qu'il est aussi des hypothèses dans lesquelles l'obtention de l'information ne coûte rien […] mais on peut imaginer que dans ces cas les juges pourront emprunter le canal de la bonne foi[932] »[933].

281. Ce sont sans doute ces mêmes raisons qui justifient que le rédacteur ait renoncé à un tel pouvoir des juges entre le projet de réforme et le texte définitif. Les critiques des représentants du monde économique l'ont guidé en ce sens mais si cela n'est pas loisible juridiquement il n'aurait pas pu faire aboutir cette modification. Alors que l'article 1129 du projet de février 2015 soumettait au devoir d'information « celui des contractants qui connaît *ou devrait connaître une information* », l'article 1112-1 adopté le restreint à « celle des parties qui connaît une information ». Il ne s'agit donc en aucun cas d'une imprécision mais d'un choix politique, en remaniant de la sorte cette disposition le rédacteur a choisi de manière affirmée de ne pas soumettre à l'obligation d'information celui qui ne la connaît pas. Au vu des termes choisis par l'ordonnance du 10 février 2016, il serait paradoxal de considérer qu'un contractant puisse être sanctionné car il ne serait pas informé pour informer[934]. La formulation choisie est celle du tout ou rien. C'est donc que la réforme introduit un devoir d'information avec un esprit qui diffère quelque peu de celui consacré par la jurisprudence. L'article 1112-1 est plus axé sur l'interdiction de la malhonnêteté (une information connue pertinente et utile pour l'autre partie n'a pas été transmise délibérément) que sur le manque de professionnalisme (une information pertinente et utile n'a pas été recherchée et transmise par le professionnel). On peut ainsi affirmer que l'ordonnance soumet désormais le devoir d'information à une lecture différente.

---

[932] Désormais prévue à l'art. 1104 C. civ.

[933] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 80.

[934] « Imposer à une personne de délivrer une information qu'elle aurait dû avoir et donc qu'elle n'avait pas, n'a de toute façon pas de sens » : O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 80.

C/ Un domaine d'application restreint au stade des négociations

282. Une dernière exigence que l'on peut poser comme une condition d'existence supplémentaire de l'obligation d'information peut se déduire de l'emplacement du texte au sein du Code civil réformé. Au départ, le projet d'ordonnance de février 2015 avait intégré le devoir d'information dans la section relative à la validité, et il précédait les vices du consentement[935], mais cela avait été critiqué[936]. Le texte définitif a finalement choisi de le placer dans une sous-section 1 intitulée « Les négociations ». Il ne s'agit pas d'un simple changement d'organisation, il faut au contraire en tirer les conséquences qui s'imposent et considérer que dès lors que le contrat n'est pas négocié, l'obligation d'information n'a pas lieu d'être.

Madame Fabre-Magnan estime qu'il est « curieux de limiter le devoir d'information au seul cas où il y aurait des négociations, car même dans un contrat non négocié, l'une des parties ne pourra pas taire les informations qui pourraient déterminer le consentement de l'autre, et le régime de ces obligations sera le même »[937]. Il nous semble toutefois qu'en l'absence de négociations, le défaut d'information ne pourra être sanctionné qu'en cas d'abus caractéristique et que le fondement sera en outre différent. Au lieu du devoir d'information prévu à l'article 1112-1, le juge pourra faire usage de l'article 1104 relatif à la bonne foi désormais applicable à tous les stades de la vie du contrat (négociations, formation, exécution)[938].

---

[935] Ce qui n'était pas illogique étant donné que l'obligation d'information a pour vocation de favoriser l'intégrité du consentement, elle permet de s'engager en toute connaissance de cause.

[936] V. J. KLEIN, *Le consentement - Articles 1128 à 1143*, JCP 2015, supplément au n° 21, p. 14, n° 4 ; N. MOLFESSIS, *La formation du contrat - Articles 1111 à 1129*, JCP 2015, supplément au n° 21, p. 6, n° 6.

[937] M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Coll. Thémis Droit, 4ème éd., 2016, n° 237, p. 263 ; Du même auteur, *Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme*, JCP G 2016, p. 706.

[938] V. D. MAINGUY, *Le contractant, personne de bonne foi ?, in* C. Albigès et E. Négron (dir.) La réforme du droit des contrats et des obligations, Publications de la Faculté de droit de Montpellier, 2015, p. 83 ; M. MEKKI, *Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations*, D. 2015. 816.

Paragraphe II – L'application mesurée de l'obligation d'information en droit de la consommation

283. Puisque l'information octroie au marché davantage de transparence[939], le législateur s'en sert afin de protéger de manière préventive le consentement du consommateur. La loi vise à obtenir un consentement éclairé de sa part. Dans ce cadre, peu importe que le contrat ait pour objet une vente ou la réalisation d'une prestation de services car il s'agit de règles applicables communément à tous les contrats de consommation[940] (il existe toutefois certaines règles destinées et adaptées à l'une ou l'autre de ces catégories). On peut en tout cas compter trois formes différentes d'informations précontractuelles que le professionnel doit respecter lorsqu'il contracte avec un consommateur : une qui est générale et qui porte sur les caractéristiques essentielles des biens et des services ; deux autres, plus spécifiques, qui visent à l'informer préalablement sur le prix et les délais de livraison. Bien que nous soyons dans la sphère du droit de la consommation, dont on connaît la vocation protectrice face à la partie la plus forte, rien n'empêche de restreindre le droit à l'information à de justes mesures. La nécessité de protéger ne va pas jusqu'à justifier l'excès.

284. Depuis que l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 identifie le non professionnel comme « toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole », la détermination des personnes concernées s'est posée avec encore plus d'acuité. D'aucuns ont suggéré que la lettre du texte invitait à considérer aussi comme non professionnel la personne morale qui contracte pour son activité professionnelle dès lors que sa spécialité n'est pas concernée[941]. Cette aggravation des obligations du professionnel favorise le blocage du contrat et par la même les

---

[939] N. REICH, *L'information des consommateurs, condition de la transparence du marché, in* Y. SERRA et J. CALAIS-AULOY (dir.), Concurrence et consommation, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, p. 23.

[940] L'art. L. 111-1 C. cons. (modifié par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016) précisant que les informations utiles mentionnées doivent être communiquées au consommateur « lié [au professionnel] par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services ».

[941] N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et H. AUBRY, *Recodification du droit de la consommation – À propos de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016*, JCP 2016, n° 14, p. 393.

échanges économiques qu'il est de plus en plus crucial de favoriser. Nous n'adhérons donc en aucun cas à cette interprétation extensive. Notre position peut d'ailleurs être confortée par la réelle intention du législateur[942] et par la loi de ratification du 21 février 2017 (article 3) qui est venue préciser que seule la « personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles » peut être considérée comme un non professionnel. Il s'agit sans aucun doute de la définition à retenir malgré la volonté marquée de la jurisprudence pour s'en éloigner (A).

Nous souhaitons aborder un autre point qui concerne plus spécifiquement l'obligation d'information concernant les caractéristiques essentielles des biens et des services. L'obligation d'information n'étant due que si le débiteur ignore légitimement l'information, le droit de la consommation présume automatiquement que le consommateur est ignorant en raison du simple rapport inégalitaire existant entre lui et le professionnel. Cette présomption peut paraître excessive et déresponsabilise le consommateur (B).

A/ Le rejet de l'interprétation extensive de la qualification de non professionnel

285. De manière générale, il ne faut pas étendre outre mesure la qualification du « non professionnel ». Un professionnel agissant en dehors de sa spécialité ne doit pas être considéré comme un consommateur ordinaire car même s'il agit en dehors de sa compétence, il demeure un professionnel disposant de moyens matériels et intellectuels lui permettant de ne pas être dans la situation de grande infériorité du consommateur. Il est évident que le professionnel reste un contractant vigilant et capable de se renseigner personnellement quand bien même l'objet du contrat n'aurait aucun lien avec le domaine dans lequel il exerce.

286. Vieux serpent de mer du droit de la consommation, le « non-professionnel » est « historiquement, une créature de compromis conçue dans un esprit de conciliation par la commission mixte paritaire à l'occasion de l'adoption de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978. Alors que le Sénat ciblait de façon stricte les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, l'Assemblée nationale

---

[942] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 303.

avait une conception plus extensive de la protection élargie aux contrats entre professionnels et non-professionnels[943] ». S'il y a lieu de distinguer c'est que les non-professionnels ne sont ni des professionnels, ni des consommateurs, et c'est là que réside toute la difficulté. Et puisque la jurisprudence n'avait pas pris le risque de se positionner, le contenu de cette notion restait assez flou[944]. Cela étant dit, avait commencé à émerger un consensus selon lequel il s'agirait d'une personne morale agissant à des fins non professionnelles[945] (comme un syndicat[946], une association[947], ou encore un comité d'entreprise[948]). De manière indirecte, la loi a cependant entravé le concept qui commençait à se dessiner.

287. Le doute instauré par les récentes lois quant à la définition du non professionnel – La loi Hamon (n° 2014-344 du 17 mars 2014) définit uniquement le consommateur qui est « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ». En revanche, l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 est venue identifier le non-professionnel[949] comme étant « toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ». La possibilité que cette disposition vise la personne morale qui a une activité professionnelle mais qui agit en dehors sa spécialité (sa compétence habituelle) n'était pas à exclure,

---

[943] G. LOISEAU, *À la rencontre du non-professionnel,* D. 2016. 1844.

[944] G. LOISEAU, *ibid.*

[945] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 303.

[946] Cass. civ. 1ère, 25 nov. 2015, FS-P+B+I, n° 14-20.760 ; Cass. civ. 1ère, 25 nov. 2015, FS-P+B+I, n° 14-21.873, Dalloz actualité, 3 déc. 2015 obs. Y. ROUQUET ; Précédemment, V. Cass. civ. 1ère, 23 juin 2011, n° 10-30.645, Dalloz actualité, 6 juill. 2011, obs. X. DELPECH, D. 2011. 2245, note S. TISSEYRE, D. 2012. 840, obs. H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; RTD com. 2011. 627, obs. B. BOULOC. *Adde* Rép. min. n° 58752, JOAN Q, 15 déc. 2009, p. 11982. – Pour un aperçu d'ensemble V. C. DREVEAU, *Droit de la consommation et des entreprises : les nouvelles sources du droit de la copropriété*, AJDI 2013. 481, spéc. 485.

[947] Cass. civ. 1ère, 1er juin 2016, n° 15-13.236, D. 2016. 1253, D. 2017. 539, note H. AUBRY, D. 2016. 2086, V. BRÉMOND.

[948] Cass. civ. 1ère, 15 juin 2016, n° 15-17.369, D. 2016. 1844, note G. LOISEAU, D. 2017. 539, note H. AUBRY ; Comp. Cass. com., 16 févr. 2016, n° 14-25.146, D. 2016. 476, D. 2017. 375, M. MEKKI, D. 2017. 539, note H. AUBRY.

[949] V. R. LOIR, *Les nouvelles définitions du professionnel, du consommateur et... non-professionnel,* JCP E 2016. 1402.

c'était en tout cas ce que suggère la lettre du texte en dépit de la réelle intention de ses auteurs[950].

Une des craintes avancée par les auteurs était la possibilité pour une société, par exemple, de se prévaloir des dispositions du Code de la consommation, et donc de celle relative aux clauses abusives, du simple fait qu'elle agirait en dehors de sa compétence habituelle (tel un salon de coiffure qui ferait l'acquisition de matériel de surveillance : CA Amiens, 6 avril 2006, n° 05/00092)[951]. Cette appréhension n'était pas infondée puisque le 4 février 2016, la Cour de cassation a bel et bien rendu une décision allant dans ce sens[952] : il a été jugé qu'une « SCI, promoteur immobilier, était un professionnel de l'immobilier mais pas un professionnel de la construction » et devait donc être considérée comme non-professionnel et ainsi bénéficier du dispositif des clauses abusives prévu dans le Code de la consommation. Le droit spécial, en particulier lorsqu'il est protecteur ne peut avoir un domaine élargi sous peine de ne plus servir aussi efficacement sa cause. Ce n'est que sur la base d'un domaine d'application restreint qu'un droit spécifique et plus sévère peut s'épanouir. Pour favoriser l'effectivité du droit de la consommation, il est absolument nécessaire ne pas positionner le professionnel agissant en dehors de sa spécialité au même stade que le consommateur véritable. C'est précisément et à bon escient ce qu'a fait la loi de ratification de ladite ordonnance.

288. Le défaut de spécialité ne peut plus octroyer la qualité de non professionnel – La loi du 21 février 2017, ratifiant l'ordonnance du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation a édicté une définition nouvelle du « non professionnel », s'inspirant de celle qu'avait retenu la Commission des clauses abusives dans son rapport d'activité pour 2016, et servant à « lever les difficultés d'interprétation qui pourraient en découler[953] ». Depuis, l'article liminaire du Code de la consommation (article 3) le définit comme

---

[950] N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et H. AUBRY, *Recodification du droit de la consommation – À propos de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016*, JCP 2016, n° 14, p. 393 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 303.

[951] G. LOISEAU, *À la rencontre du non-professionnel*, D. 2016. 1844.

[952] Cass. civ. 3ème, 4 févr. 2016, n° 14-29.347.

[953] X. DELPECH, *Une nouvelle définition pour le non-professionnel*, AJ contrat 2017, p. 100.

« toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles » (ce qui correspond bien aux exemples les plus courants cités précédemment : syndicats, associations, comités d'entreprise). À n'en pas douter, la loi de ratification a restauré l'efficacité du droit de la consommation en mettant un terme aux « étalements déraisonnables du texte »[954].

B/ La possible restriction de l'obligation d'information portant sur les caractéristiques essentielles des biens et des services

289. La présomption contestable de l'ignorance du consommateur – Avant la codification de l'obligation d'information au sein du Code de la consommation, les juges appliquaient un régime prétorien un peu plus mesuré qu'il aurait été préférable de maintenir. L'existence du devoir d'information était en effet subordonnée à l'ignorance de l'information par le créancier et sa connaissance par le débiteur[955]. La plupart des auteurs considèrent cependant que ce n'est pas l'accessibilité de l'information qui permet de rejeter ou de retenir le devoir d'information du professionnel « mais bien la seule qualité des parties à la relation contractuelle »[956]. Selon cette conception, le professionnel est présumé sachant et le consommateur est présumé ignorant quand bien même ce dernier peut sans aucune difficulté s'enquérir de ce qu'il aurait voulu savoir avant de s'engager[957]. Le juge ne vérifie donc pas si le professionnel possède réellement l'information litigieuse et encore moins si le consommateur peut l'acquérir facilement. Ainsi, « le consommateur est, quelles que soient les circonstances, créancier de l'obligation d'information » et s'ajoute à cela que « le professionnel,

---

[954] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 303.

[955] Tout comme l'art. 1112-1 C. civ. issu de la réforme du droit des contrats, V. *supra.*

[956] F. BERENGER, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?,* th. Aix-Marseille, PUAM, 2007, Préf. C. Atias, n° 43 s. ; *Adde* N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, th. Strasbourg, PUAM, 2002, Préf. G. Wiederkehr, n° 67.

[957] F. BERENGER, *ibid* : « L'obligation d'information en naît pas de l'impossibilité pour le consommateur de rechercher par lui-même l'information, elle existe toujours même si ce dernier pouvait s'en enquérir par lui même » car la loi n'opère « aucune distinction ».

vendeur ou prestataire de services, est lui aussi, quelles que soient les circonstances, débiteur de l'information, qu'il est présumé connaître »[958].

290. Proposition d'une vision pragmatique – Il nous semble que l'exigence générale de protection des parties faibles n'est pas suffisamment apte à justifier le refus de procéder à l'analyse des circonstances de chaque espèce et de pouvoir retenir, le cas échéant, que le consommateur aurait pu aisément et personnellement éviter le préjudice qu'il invoque. On ne voit pas bien pour quelles raisons est-ce que le droit de la consommation devrait se passer de règles de droit davantage en phase avec la réalité. Certainement dans le but de protéger avec une plus grande acuité le consommateur présenté comme étant bien souvent démuni face au professionnel. Cette nécessité requiert-elle cependant d'appliquer une présomption générale potentiellement éloignée de la réalité des faits ?

---

[958] N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et *alii*, *Les contrats de la consommation - Règles communes,* LGDJ, Coll. Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, 2012, n° 268, p. 264.

SECTION II

LE DÉBLOCAGE DU CONTRAT FORMÉ MALGRÉ LE MANQUEMENT À L'OBLIGATION D'INFORMATION

291. L'obligation d'information doit être conçue comme un devoir détaché de l'échange économique que constitue le contrat. À ce titre, et c'est que prévoit expressément le texte de droit commun depuis la réforme (article 1112-1), le manquement au devoir d'information ne doit en aucun cas avoir de conséquences sur le contrat qui s'est formé. Pour éviter toute forme d'injustice et surtout l'effectivité de la loi qui édicte cette obligation, des dommages et intérêts, fondés sur la responsabilité extracontractuelle, peuvent en revanche être accordés. L'unique situation dans laquelle la victime peut solliciter l'annulation du contrat se justifie par la présence d'un vice du consentement. Dans ce cas, il ne faut pas s'y méprendre, la nullité est sans lien avec le manquement à l'obligation d'information en lui-même (Paragraphe I).

La nullité doit aussi être évitée en droit spécial dès lors qu'aucun texte ne la prévoit expressément en vertu de l'adage « pas de nullité sans texte », lequel ne peut être tempéré bien que certains auteurs préconisent le recours à une nullité virtuelle[959]. Il s'agit d'une position selon laquelle l'article 6 du Code civil[960] permettrait d'annuler la violation de toute règle d'ordre public de sorte que la nullité pourrait être prononcée même sans texte[961]. Il est vrai que le devoir d'information prévu dans le Code de la consommation est une norme d'ordre public puisque sa violation est sanctionnée pénalement. Ce point ignore cependant que seule la Cour de cassation dispose du pouvoir de faire naître une nullité virtuelle, celle-ci ne peut donc découler du seul fait que le texte violé est d'ordre public. Or, les juges n'ont pas admis à ce jour que le manquement à l'obligation d'information puisse faire l'objet d'une nullité virtuelle. La nullité, susceptible de bloquer le contrat, ne peut ainsi qu'être rejetée (Paragraphe II).

---

[959] S. BERNHEIM-DESVAUX, *Pas de nullité sans texte ? L'exemple de l'obligation générale d'information précontractuelle du droit de la consommation*, RDC 2018, p. 122.

[960] Qui interdit de déroger, par des conventions particulières, à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

[961] Y. PICOD, *Droit de la consommation,* Sirey, 3ème éd., 2015, n° 234.

Paragraphe I – Le rejet en droit commun de la nullité en l'absence de vice du consentement

292. Une indemnisation – L'article 1112-1 consacré par la réforme renvoie non pas à une « obligation » mais à un « devoir » d'information[962]. Par ce choix le rédacteur du texte a peut être souhaité faire apparaître le caractère moral que présente l'obligation d'informer utilement et honnêtement le cocontractant[963]. L'obligation et le devoir imposent pareillement l'accomplissement d'une prestation à un sujet mais ils ne sont pas pour autant parfaitement interchangeables. Sans que cela n'aboutisse à un cloisonnement étanche, l'obligation diffère du devoir car elle exige un lien contractuel[964]. Plus important encore, puisque « le contrat est la cause de l'obligation inexécutée », alors qu'« il n'est que l'occasion de la violation d'un devoir »[965], la sanction logique du manquement au devoir d'information est constituée par le versement de dommages et intérêts. On songe d'ailleurs plus précisément à une indemnisation

---

[962] F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, n° 25.11, p. 153.

[963] « La notion de devoir permet de teinter toute prescription d'une certaine coloration morale » : Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. Dijon, LGDJ, 1989, Préf. G. Couturier, n° 7, p. 14 - *Adde* G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil,* Dalloz, 2016, n° 180, p. 149 : où il est souligné que le nouveau texte ne suffit pas « à clarifier complètement la nature particulière de l'information dans le contrat, tiraillée entre des approches morale et économique. Sauf à adopter une conception purement formelle de la conclusion du contra, attachée à cet instant fictionnel où s'exprimerait la volonté commune des parties, l'information demeurera à cheval sur cette fragile frontière » ; M. MEKKI, *Les principes généraux du droit des contrats dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations*, D. 2015, p. 816, n° 41-44 et note de bas page n° 36 ; R. BOFFA, *La validité du contrat*, Gaz. Pal. 2015, p. 18, n° 5 : où les auteurs indiquent que le devoir d'information constitue le prolongement de la bonne foi exigée à l'article 1104 du Code civil, laquelle conforte sa « coloration morale ».

[964] Cass. civ. 3ème, 14 sept. 2005, n° 04-10.856, Bull. civ. III, n° 166 ; D. 2006. 761, note D. MAZEAUD ; RTD civ. 2005. 776, obs. J. MESTRE et B. FAGES – *Adde* N. HAGE-CHAHINE, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé,* th. Paris II, éd. Panthéon-Assas Paris II, 2017 ; H. BOUCARD, V. *Responsabilité contractuelle*, Rép. civ. Dalloz, n° 172-173 : « L'obligation est relative : elle ne s'impose qu'au débiteur et ne profite qu'au créancier ; elle permet à celui-ci de contraindre celui-là à fournir une prestation spécifique dont la privation ne frustre que lui. Le devoir est absolu : il astreint quiconque se trouvant dans une situation donnée à un comportement auquel nul ne peut le contraindre et dont le non-respect est susceptible de léser tout un chacun » ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 79 : Le texte désigne l'obligation précontractuelle d'information « comme un devoir d'information, pour marquer son rattachement au devoir général de prudence et de diligence que chacun doit observer en société ». Cependant, « cela ne doit pas masquer le fait que l'information prend bien la consistance d'une prestation ».

[965] H. BOUCARD, *ibid.*

de nature extracontractuelle, « détachée de l'échange économique des prestations contractuelles », puisque l'exigence d'informer le cocontractant a été insérée dans la sous-section relative aux négociations[966]. La sanction du défaut d'information précontractuelle est ainsi constituée par l'allocation de dommages et intérêts fondée sur la responsabilité délictuelle (article 1240 du Code civil)[967]. À l'inverse du dol par réticence, il n'est pas nécessaire de démontrer une tromperie pour que la faute du débiteur de l'obligation d'information soit retenue[968].

293. La poursuite du contrat en l'absence de vice du consentement concomitant – L'article 1112-1 prévoit, dans son alinéa 6, que, « outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ». La nullité n'a donc pas lieu d'être dès lors que le manquement au devoir d'information ne constitue pas un vice du consentement. La dualité de cette sanction se comprend aisément[969] car l'information qui n'a pas été transmise peut, mais pas nécessairement, provoquer l'erreur du contractant qui n'a pas pu en tirer profit. Selon que la rétention d'information a été intentionnelle ou non, il peut en découler une erreur ou un dol. Néanmoins, l'obtention de la nullité du contrat sur de tels fondements nécessite la réunion de toutes les autres conditions requises[970].

Il est nécessaire, en premier lieu, que le défaut d'information ait été déterminant du consentement (article 1130). En outre, l'erreur doit être excusable et porter sur les qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant s'il s'agit d'un contrat intuitu personae (article 1132). S'agissant du dol, le requérant doit démontrer qu'il s'est engagé suite à des manœuvres dolosives, des mensonges ou une dissimulation intentionnelle (article 1137). Contrairement à

---

[966] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil,* Dalloz, 2016, n° 180, p. 149.

[967] M. FABRE-MAGNAN, *Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme*, JCP G 2016, p. 706 ; Du même auteur, *Les obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Coll. Thémis Droit, 4ème éd., 2016, n° 40, p. 48 s.

[968] M. FABRE-MAGNAN, *ibid.*

[969] La jurisprudence appliquait déjà cette même solution auparavant.

[970] G. LOISEAU, *Les vices du consentement,* Contrats, conc. consom. 2016, dossier 3, n° 5, p. 16 ; C. GRIMALDI, *Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon…,* D. 2016, p. 1009.

l'article 1112-1, certaines obligations d'information prévues en droit spécial n'indiquent pas si un vice du consentement est nécessaire pour que la sanction de la nullité puisse être retenue. Il ne faut cependant pas interpréter outre mesure ce manque de précision et considérer, vraisemblablement, que « les textes spéciaux qui imposent des obligations déterminées d'information sans en préciser la sanction seront soumis à la même restriction », conformément et « à la lumière de la jurisprudence antérieure »[971].

Paragraphe II – L'application stricte de l'interdiction de la nullité sans texte en droit de la consommation

294. Pas de nullité sans texte – L'obligation générale d'information précontractuelle est présentée comme étant l'un des droits fondamentaux du consommateur, pour autant la loi ne prévoit pas que ce manquement puisse conduire à une sanction civile telle que la nullité[972]. L'ordonnance portant recodification du Code de la consommation ne prévoit aucune autre sanction que les amendes administratives face au non respect de l'obligation générale d'information précontractuelle[973]. Comme nous l'avons indiqué précédemment, dès lors que le consentement est vicié par une erreur ou un dol, le contrat peut être annulé mais c'est alors un fondement autonome qui la justifie[974], le défaut d'information permettant toutefois de la suppléer par des dommages et intérêts[975]. On peut même affirmer que le manquement à l'obligation d'information devient un élément factuel qui n'ajoute rien de nécessaire juridiquement (pour le juge il

---

[971] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 84.

[972] S. BERNHEIM-DESVAUX, *Pas de nullité sans texte ? L'exemple de l'obligation générale d'information précontractuelle du droit de la consommation*, RDC 2018, p. 122.

[973] S. BERNHEIM-DESVAUX, *ibid.*

[974] S. BERNHEIM-DESVAUX, *ibid. :* « L'obligation précontractuelle d'information du droit de la consommation ne bénéficie ici d'aucune sanction autonome, sa sanction étant prononcée par le canal de la théorie des vices du consentement » *;* O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER*, ibid. :* « Le devoir d'information ne bénéficie d'aucune sanction autonome, sa sanction étant en quelque sorte déléguée à la théorie des vices du consentement ».

[975] N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et *alii*, *Les contrats de la consommation - Règles communes,* LGDJ, Coll. Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, 2012, n° 281, p. 278.

n'en va autrement que lorsqu'il octroie des dommages et intérêts). Même si une obligation d'information n'a pas été respectée, le contrat est nul en raison d'un manquement à l'une des conditions de validité dans lequel le devoir d'information ne s'intègre pas en tant que tel[976]. Le consommateur se retrouve alors contraint de démontrer l'existence d'un vice du consentement s'il souhaite demander en justice l'annulation du contrat[977] car, en effet, il ne peut y avoir de nullité sans texte[978].

295. Souvent, lorsqu'un vice du consentement s'ajoute au non respect du devoir d'information que préconise l'article L. 111-1 du Code de la consommation, il s'agit d'une une erreur sur les qualités substantielles. La Cour de cassation s'est par exemple prononcée en ce sens dans un arrêt rendu le 28 octobre 2009[979], à propos d'un couple ayant acheté une plateforme élévatrice destinée à permettre l'accès au premier étage de leur maison à leur fille handicapée. Alors que le vendeur professionnel leur avait proposé de l'installer pour un coût de 1500 euros, les acquéreurs, qui ont préféré recourir à un installateur extérieur (pour des raisons financières), ont découvert qu'il était nécessaire de scier la dalle et que cela entraînait un coût d'installation évalué à 15 000 euros. Le contrat de vente est annulé par les juges de la Cour d'appel. La Cour de cassation rejette ensuite le pourvoi et relève que le vendeur « n'avait ni étudié la nature de la dalle, ni pris la mesure des travaux nécessaires ». Les juges du fond ont souverainement estimé qu'il n'avait de ce fait « pas rempli son obligation de renseignement » et que les acheteurs « étaient en droit d'invoquer le vice de leur consentement donné par erreur sur des informations erronées relatives

---

[976] N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *ibid.* : « L'obligation précontractuelle de renseignement traduirait l'exigence d'un consentement éclairé et, en l'absence de vice du consentement, la nullité ne serait pas encourue […]. Le manquement au devoir d'information sans intention de tromper ou sans que le créancier ait été victime d'une erreur, engage uniquement la responsabilité du débiteur. La nullité du contrat n'est encourue […] que sur le fondement des vices du consentement ».

[977] Cass. civ. 1re, 11 déc. 2008, n° 04-19.033 ; Cass. civ. 1re, 18 fév. 2009, n° 05-16.774 ; Cass. com., 11 oct. 2011, n° 10-21.698 : à propos d'une affaire où il a été reproché à un consommateur de ne pas prouver le caractère dolosif d'une information non délivrée par une Caisse d'épargne. *Contra,* V. CA Paris, 4 oct. 1996, Contrats, conc., consom. 1997, comm. 34, obs. G. RAYMOND : où les juges du fond ont prononcé la nullité du contrat afin de sanctionner la violation de l'article L. 111-1 du Code de la consommation qui prescrit l'obligation précontractuelle d'information.

[978] H. ROLAND H. et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4ème éd., 1999, Litec, p. 631.

[979] Cass. civ. 1re, 28 oct. 2009, n° 08-19.303.

aux qualités substantielles du matériel vendu en considération desquelles les parties avaient contracté ».

296. Pas de nullité virtuelle pour sanctionner le manquement à l'obligation d'information sans consécration par les hauts magistrats – On estime généralement que, contrairement au droit commun, la sanction de la nullité doit pouvoir être invoquée en droit de la consommation, quand bien même le texte ne l'indique pas expressément. Cette position est justifiée par le caractère d'ordre public de la règle prévoyant le devoir d'information qui permettrait de se fonder sur l'article 6 du Code civil, lequel interdit de « déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »[980]. Le défaut d'information étant une infraction que le Code de la Consommation sanctionne par des sanctions pénales[981], son caractère d'ordre public ne fait guère de doute[982]. Cette caractéristique nous révèle toutefois surtout le caractère impératif du texte, or « dans le bloc des normes impératives, il existe sans conteste des degrés qui n'appellent pas tous la sanction radicale de l'annulation globale du contrat »[983]. L'anéantissement du contrat ne permet pas après coup de rétablir l'effectivité de ce droit, la nullité n'a donc pas à être liée au caractère d'ordre public de la règle violée. En présence de règles d'ordre public positif, c'est à dire les règles qui imposent un comportement, et non qui en interdisent un, la nullité n'a plus de sens, faute d'objet »[984]. Un comportement obligatoire qui n'a pas été respecté ne peut évidemment en aucun cas être annulé. La conséquence

---

[980] J. CALAIS-AULOY, *Les sanctions en droit de la consommation, in* Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à B. Bouloc, Dalloz, 2006, p. 75 s., spéc. p. 86 ; *Adde* Y. PICOD, *Droit de la consommation,* Sirey, 3ème éd., 2015, n° 234 ; J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE*, Droit de la consommation,* Précis Dalloz, 9ème éd., 2015, n° 57 ; S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation,* Economica, 2008, passim : où l'auteur estime que la nullité du contrat de consommation s'applique de droit en cas d'inobservation d'exigences de forme.

[981] Pour un étude générale de ce sujet, V. T. AZNAR, *La protection pénale du consentement donné par le consommateur*, th. Perpignan, 2017 ; E. RASCHEL, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, th. Poitiers, LGDJ, 2014, Préf. M. Danti-Juan et R.-N. Schütz.

[982] N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et alii, *Les contrats de la consommation - Règles communes, op. cit*., n° 282, p. 279.

[983] J. MESTRE, *D'importantes précisions sur les cas de nullité du contrat*, RTD civ. 1999, p. 383 ; *Adde* B. BOULOC, RTD com. 1999, p. 485 : « Il n'est pas douteux que le droit de la consommation est d'ordre public. Néanmoins, on ne saurait vraiment considérer que toute disposition assortie d'une sanction pénale, est assortie d'une nullité de droit civil ».

[984] C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. Paris II, Dalloz, 2002, Préf. Y. Lequette, n° 234, p. 199.

inévitable du statut accordé au devoir d'information est constituée par l'impossibilité d'y déroger et non une nullité de plein droit[985].

297. D'autres auteurs sont plus précis et relèvent que « si la caractéristique est essentielle, on peut considérer qu'il y a nullité *virtuelle*, sanctionnant une violation manifeste de l'ordre public de protection »[986]. Une nullité qui ne serait donc que virtuelle mais susceptible de contrer l'adage selon lequel il ne peut y avoir de nullité sans texte. Il nous semble toutefois que la nullité virtuelle est plus restrictive que cela car elle s'applique, selon Ripert et Planiol, « lorsque l'intérêt qu'elle vise à sauvegarder est assez important pour justifier cette sanction et est mis assez gravement en danger par l'inobservation de la loi »[987]. Monsieur Ghestin suggère également de n'appliquer la nullité, que le texte ne prévoit pas, seulement si elle « constitue la sanction la plus efficace de la règle transgressée » et qu'elle est exempte d'effets pervers[988]. On ne peut pas dire que l'obligation d'information rejoint complètement cette hypothèse puisque la nullité ne garantit pas son effectivité, ce n'est que « pour la violation d'une règle d'ordre public négatif, [que] la nullité est une sanction justifiée et efficace, puisqu'elle supprime ce qui contrevient à la règle en rétablissant la situation qui aurait été celle des contractants si la règle avait été respectée »[989]. Une règle d'ordre public, telle que l'obligation précontractuelle d'information, « n'est [donc] pas nécessairement sanctionnée par la nullité du contrat, en l'absence de vice du consentement[990].

298. En réalité, il nous faut être plus précis. Lorsque le législateur prescrit une obligation sans indiquer si sa violation peut conduire à l'annulation du contrat, c'est la Cour de cassation qui décide si celle-ci est d'une « intensité telle qu'elle doit s'accompagner de la sanction de la nullité »[991]. Il apparaît même

---

[985] C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *ibid.*, n° 234, p. 200.

[986] Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, 2ème éd., Armand Colin, Coll. U.

[987] PLANIOL et RIPERT, *Traité de droit civil français,* LGDJ, 2ème éd., t. VI, par Eismen, n° 295.

[988] J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 3ème éd., n° 728.

[989] C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, op. cit.,* n° 234, p. 199.

[990] N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et *alii, Les contrats de la consommation - Règles communes, op. cit.,* n° 282, p. 282.

[991] J. MESTRE, *D'importantes précisions sur les cas de nullité du contrat, op. cit.,* p. 383.

clairement que la Haute juridiction entend exercer ce contrôle strictement[992] et en procédant au cas par cas[993]. La nullité, virtuelle donc, est décidée en fonction de la règle de droit bafouée. Par exemple, les hauts magistrats ont déjà pu décider que la violation de l'ancien article L. 121-26, alinéa 1er, du Code de la consommation[994] – qui interdit au professionnel d'obtenir du client démarché, directement ou indirectement, et à quelque titre que ce soit, une contrepartie ou un engagement quelconque, avant l'expiration du délai de réflexion de sept jours – peut entraîner la nullité du contrat, alors même que le texte ne prévoit pas expressément une telle sanction[995]. La Cour d'appel était restée fidèle à la lettre du texte mais la Cour de cassation en a décidé autrement dans un attendu de principe[996]. Cet arrêt nous éclaire fort bien, « la nullité du contrat peut très bien être encourue dans le silence de la norme impérative violée dès lors que celle-ci a une force intérieure qui le justifie, au regard par exemple du fort souci de protection de l'un des cocontractants qui l'anime »[997].

299. Il en va en revanche différemment de la solution retenue par la Cour de cassation à l'égard du non-respect d'une obligation d'information, puisqu'elle n'a pas admis que la nullité puisse être accordée sur ce seul fondement. C'est ce qui ressort notamment de la décision rendue par la Cour de cassation, en date du 15 décembre 1998, qui avait relevé que « c'est à bon droit que la Cour d'appel […] a écarté la sanction de la nullité du contrat, laquelle ne pouvait résulter du seul manquement aux exigences d'information sur les prix formulées par

---

[992] J. MESTRE, *ibid.*

[993] N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et *alii, ibid.,* n° 282, p. 280 : « La Cour de cassation procède en la matière au cas par cas » pour décider si la nullité constitue le remède adapté au non-respect de la règle en question.

[994] Version en vigueur du 2 février 1995 au 27 juillet 2005.

[995] Cass. civ. 1re, 7 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 290 ; D. 2000.Somm.45, obs. J.-P. PIZZIO ; RTD civ. 1999, p. 383, obs. J. MESTRE ; JCP 1999.II.10039, note S. GERVAIS ; D. affaires, 1998.1850.

[996] « Vu les articles L. 121-26, alinéa 1er, du Code de la consommation et 6 du Code civil ; Attendu, selon le premier texte, qu'il est interdit au professionnel d'obtenir du client démarché à son domicile, avant l'expiration du délai de réflexion, directement ou indirectement, à quelque titre que ce soit, une contrepartie ou un engagement quelconque ; qu'il résulte du second texte que la méconnaissance de cette disposition d'ordre public est sanctionnée non seulement pénalement mais encore par la nullité du contrat ».

[997] J. MESTRE, RTD civ. 1999, p. 383.

l'article L. 113-3 du Code de la consommation »[998]. Monsieur Mestre résume la portée de cette décision ainsi : Cette motivation est assurément importante, et peut à notre sens se résumer ainsi : « 1) la sanction pénale, si elle révèle naturellement la dimension impérative de la norme, ne peut par elle seule justifier la nullité du contrat ; 2) il faut, au prononcé de cette dernière, de sérieuses raisons de fond que le juge doit trouver dans le contenu même de la norme et, à travers lui, dans les objectifs qu'elle poursuit »[999].

300. L'article 1178 du Code civil énonce désormais expressément que le contrat « qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul »[1000] et il était par ailleurs déjà admis, sous l'empire du Code de 1804, que le contrat puisse être annulé, même si le texte ne le dit pas, dès lors que la condition de validité d'un acte n'a pas été respectée[1001]. De ce fait, un auteur a récemment proposé de fonder la nullité virtuelle, permettant de s'opposer à l'adage « pas de nullité sans texte »[1002], « non pas en raison du caractère d'ordre public de l'obligation générale précontractuelle d'information mais en raison de la qualification de cette obligation », laquelle pourrait être considérée « comme une condition de formation du contrat de consommation, venant s'ajouter à celles posées par le droit commun »[1003]. Ce statut de condition de validité découlerait du fait l'article 5 de la directive 2011/83/UE24[1004], dont est issu l'article L. 111-1 du Code de la consommation, qui a généralisé l'obligation précontractuelle d'information désormais commune à presque (les contrats à distance et hors établissement étant exclus de la directive) tous les contrats de consommation.

---

[998] Cass. civ. 1re, 15 déc. 1998, n° 96-19.898, Bull. civ. I, n° 366 ; D. 2000, somm., p. 45, obs. J.-P. PIZZIO ; RTD civ. 1999, p. 383, obs. J. MESTRE ; RTD com. 1999, p. 485, obs. B. BOULOC.

[999] J. MESTRE, *ibid.*

[1000] Consacré par l'ordonnance du 10 février 2016.

[1001] J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat,* LGDJ, 4ème éd., n° 2019.

[1002] H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4ème éd., 1999, Litec, p. 631.

[1003] S. BERNHEIM-DESVAUX, *Pas de nullité sans texte ? L'exemple de l'obligation générale d'information précontractuelle du droit de la consommation*, RDC 2018, p. 122.

[1004] Directive n° 2011/83/UE du 25 oct. 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil ; V. à son sujet, C. AUBERT DE VINCELLES, *Adoption, enfin, de la directive sur les droits des consommateurs !,* RDC 2011, p. 1224, spéc. n° 4.

Cet auteur estime que cette généralisation du devoir d'information le transforme en une condition de validité spécifique au contrat de consommation et qui s'ajouterait aux conditions générales prévues en droit commun (la capacité, le contenu licite et certain ainsi que le consentement intègre). « Érigée au rang de condition autonome de formation du contrat », l'inobservation de l'obligation générale d'information pourrait fonder la nullité virtuelle du contrat de consommation « sans qu'il soit nécessaire pour le consommateur de prouver que ce défaut a vicié son consentement »[1005]. Il nous semble néanmoins que le manquement à la seule obligation d'information, en toute hypothèse, n'affecte pas le contrat lui même. En ce domaine, le contrat est l'occasion d'une infraction mais il n'est pas « l'élément constitutif de l'infraction »[1006]. Le défaut d'information est certes préjudiciable mais il n'est pas pour autant déterminant du consentement, dans le sens où même si l'information avait été communiquée le contrat serait tout de même né, à moins de déclencher un vice du consentement qui se traite de façon autonome.

[1005] S. BERNHEIM-DESVAUX, *ibid.* : qui ajoute à ce constat le fait que l'obligation d'information serait une condition de fond et non de forme (cela permettant d'invalider le contrat grâce à la nullité virtuelle).

[1006] A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. Cergy-Pontoise, LGDJ, 2011, préf. Y.-M. Serinet, n° 182.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

301. L'aggravation des obligations précontractuelles peut rendre difficile la naissance du contrat qu'il faut veiller à protéger car plus que tout autre chose il est un instrument d'échanges économiques[1007]. Le droit ne peut faire fi du caractère essentiel de l'économie au sein d'une société. La plus éclatante des obligations précontractuelles étant le devoir d'information[1008], celui-ci mérite certainement d'être mesuré à de justes proportions[1009] mais cela ne revient absolument pas à l'amoindrir ou à le nier à l'instar du Common Law[1010]. La réussite d'une négociation correspond au fait d'avoir su tirer des avantages conformes à son propre intérêt, on ne peut retenir une conception trop solidariste à ce stade. L'obligation de négocier de bonne foi s'impose toujours mais dans son versant qui consiste à être débiteur d'une information à fournir au contractant, il nous semble digne d'intérêt d'encadrer strictement les conditions permettant d'invoquer l'existence d'une obligation d'information et de refuser d'accorder une quelconque place à la nullité comme sanction.

302. Des conditions mesurées – *En droit commun* tout d'abord, puisqu'il ne s'agit pas d'un droit dédié à la protection des parties faibles et que sa vocation est générale, trois interprétations restrictives du nouveau texte[1011] peuvent être proposées. Premièrement, le devoir d'information doit être restreint à

[1007] J. GHESTIN, *Le contrat en tant qu'échange économique,* REI 2000, p. 81-100 ; M. VILEY, *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969, p. 241 s. : où l'auteur rappelle que l'instrument que constitue le contrat est né des opérations d'échanges et que cela est indépendant du consentement ; A. VON MEHREN, *A general view of contract, in* International Encyclopedia of comparative law, , n° 3 : « Le modèle contractuel classique correspond essentiellement à l'échange des biens et des services dont le contrat est l'instrument privilégié ».

[1008] M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Coll. Thémis Droit, 4ème éd., 2016, n° 40, p. 48 s.

[1009] Raison pour laquelle la consécration du devoir d'information au sein du droit commun constitue une des dispositions qui é fait l'objet de beaucoup de controverses lors de la rédaction de l'ordonnance du 10 février 2016.

[1010] La loyauté précontractuelle a été rejetée en 1992 par la House of Lords dans Walford v Miles. Les juges anglais estiment qu'il est contradictoire, par rapport à la pratique, d'exiger des parties d'être loyales au stade des négociations alors que leurs intérêts sont nécessairement divergents. Leurs négociations disposent ainsi d'une considérable liberté.

[1011] Art. 1112-1 C. civ.

l'information déterminante légitimement ignorée par le créancier. Le caractère déterminant n'est pas égal à celui qui est recherché en matière de vices du consentement mais il faudra tout de même veiller à exiger que l'information soit pertinente. Elle doit autrement dit être d'une certaine importance[1012]. Le droit d'être informé est par ailleurs exclu dès lors que le contractant aurait dû se renseigner lui même ou qu'il n'aurait pas dû faire confiance à son cocontractant. Afin de limiter la portée de l'obligation d'information de droit commun, les juges pourraient soumettre l'ignorance et la confiance illégitime à une appréciation *in concreto*. Ainsi, quand bien même le contractant est un particulier, dès lors qu'il s'agit d'une personne avertie[1013], le droit d'être informé pourrait lui être refusé. L'ignorance illégitime peut en outre découler de l'accessibilité de l'information, dès lors que cette dernière n'est pas impossible ou difficile, elle ne peut faire l'objet d'une obligation d'information. S'agissant de la confiance au cocontractant, elle ne peut être légitime en dehors des figures contractuelles qui se distinguent par une collaboration renforcée (contrat-organisation, contrat-alliance, contrat-coopération, contrat relationnel, etc.)[1014].

Deuxièmement, le texte cantonne ce devoir à l'information effectivement connue par le débiteur mais il ne permet pas de sanctionner le créancier qui l'ignore sous prétexte qu'il aurait dû s'informer pour informer. Telle est la volonté du rédacteur de l'ordonnance du 10 février 2016 puisque cette possibilité qui figurait à l'article 1129 du projet de février 2015 a finalement été retirée du texte définitif lequel soumet au devoir d'information uniquement « celle des parties qui connaît une information »[1015]. « Le législateur choisit clairement de limiter la portée du devoir d'information »[1016]. Alors « qu'une partie [le débiteur de l'information] n'est tenue d'informer que si elle a connu l'information, l'autre partie [le créancier de l'information] ne peut prétendre la recevoir que si elle ne

---

[1012] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 81.

[1013] Toute personne disposant d'une connaissance ou d'une expérience suffisante.

[1014] M. MEKKI, *Le contrat : entre liberté et solidarité, in* A. Supiot (dir.), Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité, éd. Collège de France, Mars 2018, p. 98.

[1015] Art. 1112-1 C. civ.

[1016] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 187, p. 155.

pouvait pas la connaître »[1017]. On « déplace le risque d'une déception contractuelle de celui qui l'a subit vers celui qui aurait pu - mais en y mettant les moyens - lui éviter de la subir »[1018].

Troisièmement, il faut relever que l'article 1112-1 du Code civil a été inséré au sein de la sous-section 1 intitulée « Les négociations » (alors qu'au moment du projet il figurait avec les autres textes protégeant le consentement). Il ne faut pas en déduire un simple « rangement » et en tirer les conséquences qui s'imposent : dès lors que le contrat ne fait l'objet d'aucune négociation, parce qu'elle était impossible (contrat d'adhésion) ou parce qu'elle a été refusée, aucune obligation d'information ne prend forme[1019]. La bonne foi prévue à l'article 1104 du Code civil sera tout à fait apte à saisir les situations exclues[1020] du domaine de l'article 1112-1.

303. *En droit de la consommation*, on peut aussi proposer une restriction raisonnable de l'obligation d'information. En premier lieu, et cela pourrait concerner tous les types d'obligations d'information prévues dans le Code de la consommation, le créancier doit être un véritable non professionnel dans le sens où il faut exclure le professionnel qui agit en dehors de sa spécialité. Un professionnel reste un professionnel disposant de moyens et de capacités lui permettant de veiller à ses propres intérêts. Il faut donc mettre un terme aux extensions admises par les dernières jurisprudences[1021] et revenir sur la qualification pertinente indiquée par la loi du 21 février 2017, ratifiant l'ordonnance du 14 mars 2016 (la même que nous avons suggéré)[1022].

[1017] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *ibid ; Adde* O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 80 : « Le texte définitif a opéré un resserrement substantiel de l'étendue sinon de l'obligation d'information, du moins de la responsabilité du débiteur d'information ».

[1018] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid.*

[1019] *Contra* V. M. FABRE-MAGNAN, *Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme*, JCP G 2016, p. 706.

[1020] D. MAINGUY, *Le contractant, personne de bonne foi ?, in* C. Albigès et E. Négron (dir.) La réforme du droit des contrats et des obligations, Publications de la Faculté de droit de Montpellier, 2015, p. 83

[1021] Cass. civ. 3ème, 4 févr. 2016, n° 14-29.347 : ayant jugé que la « SCI, promoteur immobilier, était un professionnel de l'immobilier mais pas un professionnel de la construction ».

[1022] X. DELPECH, *Une nouvelle définition pour le non-professionnel*, AJ contrat 2017, p. 100.

En second lieu, il nous semble que même s'il s'agit d'un droit dédié aux parties faibles, il n'est pas essentiel de présumer que le consommateur est toujours ignorant. Selon une vision pragmatique, l'ignorance de l'information due devrait être réelle et non pas découler d'un rapport inégalitaire intrinsèque aux parties.

304. Pas de nullité sans texte – Puisque l'obligation d'information se détache du contrat, elle ne fait que lui précéder, le manquement à celle-ci ne doit en aucun cas conduire à la destruction du contrat. Il est vrai qu'en la présence d'un vice du consentement concomitant, le droit commun autorise l'annulation du contrat[1023] mais celle-ci ne peut en aucun tirer sa force de la seule défaillance de l'obligation d'information. En l'absence de vices du consentement, la seule sanction permise est constituée par les dommages et intérêts extracontractuels. En droit spécial de la consommation, il existe quelques cas où la loi prévoit expressément la sanction de la nullité. En dehors de ces hypothèses, quand bien même la règle violée est d'ordre public, il n'y pas lieu à prononcer des nullités virtuelles. Celles-ci ne peuvent être admises du seul fait que l'obligation prescrite est d'ordre public puisque c'est le juge qui peut décider ou non de les consacrer. Or, en matière d'obligation d'information, le juge n'admet pas la nullité virtuelle qui reste donc une suggestion doctrinale.

[1023] C'est aussi bien ce que prévoyait la jurisprudence antérieure que ce que l'ordonnance du 10 février 2016 a expressément prévu.

CHAPITRE II

LA PROTECTION DU LIEN CONTRACTUEL

FACE AUX MESURES CURATIVES DE PROTECTION DU CONSENTEMENT

305. Les mesures curatives renvoient aux vices du consentement dont le régime et les sanctions sont prévues au sein du Code civil. Comme l'affirmait Ripert, « si la loi peut être impunément violée elle est inutile, et permet seulement le mauvais exemple d'une désobéissance impunie »[1024], mais il n'est en aucun opportun que la nullité détienne le monopole des sanctions applicables. L'efficacité consistant en un « mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leurs adéquation aux fins qu'elles visent »[1025] devrait être une finalité systématique. Pourtant, elle ne semble pas tant recherchée, que ce soit dans le domaine des vices du consentement ou dans d'autres domaines du droit des contrats, puisque la sanction choisie est souvent fonction de la gravité de la violation de la loi. On ignore ainsi le fait que la nullité ne fait pas que punir le contractant fautif, elle conduit également à priver le contractant victime du contrat dont il avait souhaité tirer un avantage. Dès lors qu'une sanction autre que la destruction du contrat est possible, n'est-il pas plus efficace de corriger le contrat, si cela est possible, et de forcer le contractant fautif à poursuivre le contrat sans l'avantage qu'il avait espéré et qui découlait de l'irrégularité ? Il s'agira ainsi d'analyser l'opportunité de la nullité du contrat et de rechercher des sanctions alternatives potentielles. Non pas celles qui seraient loisibles mais que la loi peut véritablement permettre au vu des textes figurant au sein du Code civil (Section 2). Cette démarche sera précédée d'une analyse des conditions requises pour pouvoir retenir un des trois vices du consentement prévus par la loi. Nous

---

[1024] G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2ème éd., n° 128.

[1025] A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit,* LGDJ, 1993, V° « efficacité ».

aborderons toutefois uniquement celles qui nous semblent mériter un ajustement, ou une lecture bien précise, allant dans le sens du déblocage du contrat (Section 1).

SECTION I
LE BLOCAGE DU CONTRAT ÉVITÉ PAR LA DÉTERMINATION STRICTE DU CONSENTEMENT DÉFAILLANT

306. Pour que l'existence du vice du consentement soit retenue dans de justes proportions, quelques relectures des textes - allant dans le sens d'une restriction - peuvent être envisagées. La première concernera certains critères de l'erreur spontanée et provoquée (Paragraphe I), la seconde portera sur les conditions de l'abus de dépendance nouvellement consacré par la réforme (Paragraphe II).

Paragraphe I – L'encadrement strict de la qualification de l'erreur

307. Globalement, le régime de l'erreur spontanée est suffisamment restrictif, et cela est logique car une personne doit faire preuve de prudence lorsqu'elle s'engage et en principe elle n'est pas censée faire supporter à autrui, particulièrement à son cocontractant, le fait qu'elle n'ait pas appréhendé de manière correcte la réalité. Quelques adaptations, allant dans le sens d'un régime plus sévère, peuvent toutefois être ajoutées. Certaines d'entre elles portent sur le caractère excusable de l'erreur spontanée, lequel devrait être soumis à une appréciation *in abstracto* (plus sévère) et être prouvé par celui qui se prétend *errans* (A). D'autres encore concernent les critères d'admission du dol émanant d'un tiers : dès lors que le cocontractant n'a pas participé activement à la tromperie invoquée, autrement dit qu'il n'a pas été de collusion avec le tiers, le dol – susceptible d'entraîner la nullité du contrat – ne devrait pas être admis (B).

A/ Propositions de restriction du caractère excusable de l'erreur spontanée

308. L'erreur spontanée est minoritaire par rapport à l'erreur provoquée. Lorsqu'elle est de cette nature, il est logique de faire en sorte qu'elle ne soit pas trop étendue car un contractant est en principe responsable de son propre sort et

ne peut faire supporter à l'autre partie son manque de vigilance. Bien entendu, le fait de s'être engagé en ayant une conception erronée de la réalité entraîne potentiellement une altération du consentement. Cependant, face à ce consentement qui n'est pas complet il faut également tenir compte, pour être plus juste, du cocontractant qui n'est responsable d'aucune manière en cas d'erreur. Pour concilier au mieux « ces deux intérêts, la prise en compte de l'erreur spontanée comme cause de sanction doit être limitée »[1026]. En particulier, il convient de faire preuve de sévérité lors de l'analyse de son caractère excusable en préférant une appréciation *in abstracto* [à rebours de la jurisprudence antérieure appliquant une appréciation *in concreto*] (1). Il conviendrait au surplus de faire subir la charge de la preuve du caractère excusable de l'erreur à l'*errans* qui, après tout, est le seul responsable de la situation litigieuse créée (2).

1. L'instauration d'une appréciation *in abstracto* plus juste

309. Selon l'article 1132 du Code civil, peut être invoquée une erreur de droit ou de fait, « à moins qu'elle ne soit inexcusable », elle doit autrement dit ne pas être facile à éviter. *De non vigilantibus non curant praetor,* « le juge ne s'occupe pas de ceux qui ne s'occupent pas de leurs affaires »[1027]. Cette caractéristique est fondamentale puisque c'est elle qui détermine si l'erreur spontanée relève ou non de la responsabilité de son auteur[1028].

310. L'exclusion de l'erreur illégitime ou inexcusable – Bien souvent l'erreur est jugée inexcusable car elle entre dans le cadre professionnel ou la compétence de celui qui l'invoque. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu estimer qu'il est inexcusable pour un architecte d'acheter un terrain sans prendre la peine de s'informer à propos de sa constructibilité[1029]. De même s'agissant d'un

---

[1026] C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. Paris II, Dalloz, 2002, Préf. Y. Lequette, n° 431, p. 335.

[1027] Plus familièrement, « la loi ne protège pas les imbéciles » : PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8ème éd., LGDJ, 2016, n° 506, p. 289.

[1028] C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *ibid.,* n° 433, p. 336 ; J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel,* LGDJ, 1963, Préf. J. BOULANGER ; J. DABIN, *Erreur inexcusable et nullité des conventions, in* Études de droit civil, Bruxelles, 1947, p. 30 s.

[1029] Cass. civ. 1re, 2 mars 1964, Bull. civ. I, n° 122 ; RTD civ. 1965.112, obs. J. CHEVALIER : « en sa qualité d'architecte, il ne pouvait ignorer l'existence de tels plans ».

amateur d'art, issu d'un milieu social très élevé, qui affirme avoir cru qu'un tableau était authentique alors qu'il a été vendu avec la mention « attribué à Courbet »[1030]. Enfin, dernier exemple, il en fût de même concernant une entreprise ayant recruté un directeur, sans procéder à un minimum d'investigations qui auraient permis de découvrir que celui-ci est l'ancien président directeur général d'une société qui venait de déposer le bilan, alors même que cette société était référencée sur son curriculum vitae[1031]. De manière moins subtile, sont également inexcusables les erreurs grossières, ridicules ou particulièrement naïves[1032]. Dans ce cas il s'agit, en effet, d'une faute de négligence que le contractant est obligé d'assumer[1033].

311. L'opportunité de l'appréciation *in abstracto* du caractère inexcusable de l'erreur – Avant la réforme, la Cour de cassation avait retenu une appréciation *in concreto* de la légitimité de l'erreur. Pour estimer si l'erreur est excusable ou non, autrement dit que l'*errans* a réellement et légitimement pu croire ce qu'il affirme, le juge se référait à sa personnalité (l'âge, la profession, les aptitudes, les connaissances, etc.)[1034].

Comme l'a fort bien relevé un auteur, ayant consacré sa thèse aux deux modes d'appréciation (*in concreto* et *in abstracto*), la mise en œuvre des règles de droit doit tenir compte du fait que la société a besoin d'être protégée des actes blâmables en eux-mêmes. Dès lors que ceux-ci résultent d'une volonté, il importe peu que leur auteur soit une personne maladroite ou médiocre au point d'agir dans un sens défavorable à ses propres affaires. L'appréciation *in concreto* n'a plus sa

---

[1030] Cass. civ. 1re, 16 déc. 1964, Bull. civ. I, n° 575 ; D. 1965, p. 136.

[1031] Cass. soc., 3 juillet 1990, Bull. civ. V, n° 329, D. 1991, p. 507, note J. MOULY ; RTD civ. 1991, p. 316, obs. J. MESTRE.

[1032] « Si l'erreur a été grossière, inexcusable, on n'y croira pas ; sa grossièreté même fait douter de sa réalité. Alors tant pis pour celui qui s'est trompé ; aussi bien n'a-t-il de reproches à adresser qu'à lui-même, quand il lui a été facile de s'assurer de la vérité (…) ; la loi vient au secours de l'erreur et non de la folie ou de la sottise » : M.-L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, n° 6 (au sujet de l'ancien article 1110 du Code civil).

[1033] C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, op. cit.,* n° 433, p. 337.

[1034] C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *ibid.,* n° 433, p. 336 et 337 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations,* Dalloz, 2016, n° 312, p. 254.

place[1035] au sein d'un régime dédié à l'erreur spontanée dans lequel il vaut mieux privilégier l'appréciation *in abstracto*. Il semble, en effet, plus logique d'analyser la légitimité de ce type d'erreur en comparaison avec l'attitude qu'aurait eu une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances, et non pas en fonction des aptitudes concrètes de l'*errans* (ces dernières pouvant tout à fait être médiocres de leur propre fait). Sachant, qui plus est, que le standard de référence que constitue la personne raisonnable n'est pas unique. Si, par exemple, le contractant est une jeune personne de dix huit ans, les juges apprécient le comportement qu'aurait eu une personne raisonnable de dix huit ans et non pas n'importe quelle personne de manière générale.

D'ailleurs, à ce sujet, Madame Ouerdane-Aubert de Vincelles a proposé une variante dont on peut considérer qu'elle poursuit la même idée. Sans renoncer à l'appréciation *in concreto* de la légitimité de l'erreur, cet auteur suggère de limiter cette appréciation qui est fonction « de la personnalité, du caractère et des connaissances de l'*errans* » par « le caractère raisonnable de l'erreur »[1036]. En revanche, elle propose, à l'inverse de la jurisprudence en vigueur, de soumettre à une appréciation *in abstracto* le caractère déterminant, « permettant de présumer l'influence sur le consentement d'une erreur de nature à produire un tel effet »[1037]. Ainsi, l'erreur ne serait admise non pas si elle a effectivement influencé son consentement mais si elle est de nature à influencer une personne raisonnable[1038]. Chaque type d'erreur serait alors soit admis soit réfuté pour toutes les personnes correspondant à un même type de personne raisonnable, et de ce fait l'*errans* y trouverait un intérêt puisque l'altération du consentement pourrait être présumée « sans que l'*errans* ait à prouver cette influence sur son propre consentement »[1039].

[1035] N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français,* LGDJ, 1965, Préf. H. MAZEAUD.

[1036] C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, op. cit.,* n° 433, p. 337.

[1037] Sous l'influence d'autres auteurs : PH. MALINVAUD, *De l'erreur sur la substance*, D. 1972, chron. 215 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, L'acte juridique*, Armand Colin, n° 206 ; H., L. MAZEAUD et F. CHABAS, *Obligations, Théorie générale,* Montchrétien, 9ème éd., 1998, n° 173.

[1038] C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *ibid*., n° 436, p. 339 : ainsi en irait-il de « l'authenticité d'un tableau », de la « constructibilité d'un terrain », de la « santé d'une entreprise » dont les actions ont été vendues, etc.

[1039] C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES*, ibid.*

Ce remaniement serait sans aucun doute bénéfique au déblocage du contrat puisqu'il aboutit à appréhender l'erreur de façon plus restreinte et mesurée. À moins que l'*errans* n'ait indiqué expressément à son cocontractant que certains critères sont déterminants pour lui (condition exigée pour que l'erreur sur les motifs soit prise en compte), il n'y a pas de retenir une approche personnelle de l'erreur. D'ailleurs, il s'agit sans doute de la raison pour laquelle les juges du fond ont eu tendance à résister en jugeant l'influence de l'erreur sur le consentement abstraitement. Cependant, sur ce point, la marge de manœuvre des juges risque d'être moins aisée que pour l'appréciation du caractère inexcusable car la réforme a pris soin de préciser au second alinéa de l'article 1130 du Code civil que le « caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné ». Ces précisions semblent aller dans le sens d'une appréciation *in concreto*[1040].

312. Puisque l'appréciation *in abtracto* peut s'adapter, sans qu'il ne soit pour autant nécessaire de se baser concrètement sur la personnalité, on ne peut pas dire qu'elle soit trop générale. Il s'agit, en tout cas à l'égard de l'erreur, d'un mode d'appréciation juste et équilibré. L'article 1132, consacré par la réforme, ne prévoyant rien à ce sujet, les juges restent libres de procéder à un revirement qui aurait pour effet de renoncer à l'appréciation *in concreto* du caractère inexcusable de l'erreur au profit d'une appréciation *in abstracto*. Ce n'est que si le caractère déterminant ne peut être apprécié abstraitement, car l'influence capitale de certains éléments sur le consentement a été communiquée expressément au contractant, que les juges pourraient retourner à une appréciation *in concreto*[1041].

2. La soumission de l'*errans* à la preuve de la légitimité de l'erreur

313. Le caractère inexcusable de l'erreur : un moyen de défense du cocontractant ? – D'aucuns estiment que le caractère excusable de l'erreur ne

---

[1040] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, op. cit.,* n° 297, p. 243 : « Quel que soit le vice, l'appréciation de son caractère déterminant doit aujourd'hui se faire *in concreto*. Le profane, le fragile et le naïf peuvent donc espérer une protection adaptée ». Cette protection nous paraissant quelque peu excessive pour notre part.

[1041] Qui ne serait donc que ponctuelle et fonction de ces circonstances précises.

doit pas être considéré comme une condition pour l'admettre afin que l'*errans* ne soit pas contraint de le démontrer lorsqu'il invoque son erreur. Selon eux, il s'agirait plutôt d'un moyen de défense à la disposition du cocontractant de l'*errans* qui peut démontrer le caractère inexcusable de l'erreur afin que celle-ci soit rejetée[1042].

314. Le caractère excusable de l'erreur : une condition d'admission de l'erreur qui doit être démontrée par l'*errans* – Faire peser la charge de la preuve sur le cocontractant et non sur le requérant ne doit pas être totalement exclu mais ce procédé n'a rien de légitime lorsque le demandeur compte se prévaloir d'un fait qu'il ne peut imputer qu'à lui même. Tenir compte de l'erreur légitime constitue déjà une faveur accordée par le droit. Il n'y a rien qui justifie que l'*errans* bénéficie en plus d'un régime probatoire favorable. Nous ne sommes pas dans un droit dédié aux parties faibles et il ne s'agit pas non plus d'une sanction dont la vocation est de punir le cocontractant pour un acte ou un comportement blâmable (comme ce peut être le cas s'agissant du dol). De ce fait, il paraît plus logique d'exiger de l'*errans*, qui ne doit pas faire supporter sa propre erreur à l'autre partie, de démontrer le caractère légitime de son erreur car il s'agit de sa propre affaire. Il nous semble particulièrement injuste de faire supporter la charge de la preuve au cocontractant de l'*errans* alors qu'il n'est pas responsable de la situation à l'inverse de celui qui s'est trompé.

B/ L'appréciation restrictive de l'erreur provoquée par un tiers

315. En principe l'erreur provoquée[1043] n'est cause de nullité que si elle émane de l'autre partie[1044]. L'article 1137, alinéa 1er, précisant à présent que les manœuvres ou le mensonge, constituant le dol, sont le fait « d'un contractant ».

[1042] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations,* LexisNexis, 2016, p. 185 ; Y.-M. SERINET, *in* Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations, J. Ghestin (dir.), LPA, 4 sept. 2015, n° 177, p. 59.

[1043] P. CHAUVEL, *Le vice du consentement,* th. Paris II, 1981, n° 565 s. ; F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11ème éd., Dalloz, 2013, n° 220, p. 249.

[1044] En ce sens, Cass. com., 1er avr. 1952, D. 1952, p. 380 et 685, note J. COPPER-ROYER. – Cass. com. 26 avr. 1971, JCP 1972.II.16986, note BERNARD. – Cass. com. 27 juin 1973, D. 1973, p. 733 (2ème espèce), note PH. MALAURIE (à propos de manœuvres dolosives imputables au débiteur principal, en matière de cautionnement). – Cass. com. 22 juill. 1986,

316. Le rejet de principe du dol du tiers – Cette règle s'explique aisément. En matière de dol, l'annulation du contrat constitue « non seulement un moyen de réparer un vice du consentement mais encore une façon de sanctionner un comportement répréhensible »[1045]. Dès lors qu'une telle attitude ne provient pas du cocontractant lui-même, l'annulation du contrat ne sanctionnerait d'aucune façon le comportement blâmable du tiers qui en est l'auteur. La condamnation à verser des dommages et intérêts constitue la seule manière de punir le tiers à l'origine du dol. Il serait en outre injuste de faire subir au cocontractant l'anéantissement du contrat alors qu'il n'est coupable de rien[1046]. Le refus d'annuler le contrat lorsque le dol émane d'un tiers permet d'instaurer un certain équilibre entre les intérêts de chacune des parties.

317. La limitation du dol du tiers exceptionnellement admis – La Cour de cassation avait néanmoins atténué cette règle et tenu compte du dol émanant du tiers dans des situations bien déterminées. Il en est ainsi lorsque le dol émane d'un représentant[1047], d'un gérant d'affaires ayant ratifié la gestion[1048], ou encore d'un porte-fort[1049]. Sur ce point, l'article 1138, alinéa 1er selon lequel « le dol est

---

D. 1987. Somm. com., p. 445, obs. L. AYNÈS ; RTD civ. 1988, p. 338, obs. J. MESTRE – Cass. com., 27 nov. 2001, Contrats, conc., consom. 2002, n° 45, obs. L. LEVENEUR (à propos de manœuvres dolosives d'un franchiseur lors de la fourniture des informations au franchisé pour la négociation de ses contrats avec un crédit-bailleur).

[1045] M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Coll. Thémis Droit, 4ème éd., 2016, n° 365, p. 396 ; *Adde* F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.,* n° 235, p. 262 : « À s'en tenir à l'aspect psychologique, le dol vicie le consentement de la victime de la même façon, qu'il émane d'un cocontractant ou d'un tiers. Mais l'annulation pour dol est aussi une peine qui ne doit frapper que celui qui en est personnellement responsable ».

[1046] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *ibid.*

[1047] Cass. com., 24 mai 1994, Bull. civ. IV, n° 184, p. 147 ; RTD civ. 1995, p. 99, obs. J. MESTRE : à propos d'un dol émanant du représentant d'un vendeur chargé par un établissement de crédit-bail de contacter les clients potentiels. Le représentant d'une personne ou d'un établissement n'est donc pas considéré comme un tiers. – Cass. com., 13 juin 1995, n° 93-17.409, LPA, 12 juill. 1996, note Y. DAGORNE-LABBÉ : où les juges ont considéré que le représentant de l'une des parties ne peut pas être assimilé à un tiers. – Cass. civ. 3ème, 29 avr. 1998, n° 96-17.540, RTD civ. 1998, p. 930, obs. P.-Y. GAUTHIER ; RTD civ. 1999, p. 89, obs. J. MESTRE.

[1048] Cass. com. 27 nov. 1972, Gaz. Pal. 1973, p. 1, n° 259, note G. DELAISI– Cass. civ., 7 juill. 1960, Bull. civ. I, n° 371, p. 305.

[1049] Cass. com., 27 fév. 1996, Bull. civ. IV, n° 65, p. 50 ; Defrénois 1996. 1205, note Y. DAGORNE-LABBÉ (s'agissant du porte-fort à l'égard de la convention conclue par le bénéficiaire).

également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé[1050] ou porte-fort du contractant », n'a guère fait plus que codifier à droit constant. En outre, ces exceptions ne peuvent être remises en cause. Puisqu'il ne s'agit pas de prendre en compte le dol d'un tiers mais plutôt le dol d'une personne qui n'agissait pas en son propre nom, ces limitations sont évidentes. Il en va différemment dans le cas où les juges admettent la tromperie du tiers en raison de la complicité du cocontractant[1051].

318. Le Code civil allemand (article 123 du BGB) retient le dol et permet l'annulation du contrat même si le cocontractant n'a pas connaissance du dol et n'est complice d'aucune manière[1052]. Une telle solution semble très excessive car elle ignore complètement les intérêts du cocontractant et tient uniquement de ceux de la victime. On ne peut pas considérer qu'il s'agit d'une solution juste et équilibrée. Dans notre droit, la Cour de cassation avait déjà admis le dol d'un tiers dans une situation où le contractant n'était pas complice mais avait eu connaissance de la tromperie et en avait profité[1053]. La position retenue par cet arrêt n'était cependant pas généralisée. Puis elle a failli être consacrée au moment de la réforme du droit commun des contrats puisque l'avant-projet de 2015 prévoyait que le dol soit une cause de nullité même lorsque le cocontractant a simplement tiré un avantage du dol dont il a eu connaissance. Il y a une certes une sorte de mauvaise foi de sa part, qui d'ailleurs pourrait être réparée par une indemnisation[1054], mais n'ayant été d'aucune manière acteur de ces manœuvres, la nullité du contrat serait une sanction disproportionnée. En tout cas, le texte définitif n'a pas retenu une rédaction aussi ouverte puisque, selon l'article 1138, le dol est admis « lorsqu'il émane d'un tiers de connivence »[1055]. Ces nouveaux

---

[1050] Le dol du préposé est le seul cas nouveau ajouté par la réforme par rapport au droit antérieur : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations,* Dalloz, 2016, n° 325, p. 265.

[1051] Cass. req. 20 mars 1883, S. 84.1.417 ; Cass. com. 25 mars 1974, Bull. civ. IV, n° 104, p. 83 ; D. 1974. IR 132.

[1052] A RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand,* LGDJ, 1961, n° 155.

[1053] Cass. com. 23 nov. 1993, D. 1993, Somm. 234, obs. O. TOURNAFOND.

[1054] En admettant que ce soit le cas, la victime pourrait cumuler l'indemnisation du tiers avec celle du cocontractant.

[1055] O. DESHAYES, *La formation des contrats,* RDC 2016, n° Hors-série d'avril 2016, p. 21, spéc. p. 24.

termes exigent une complicité active et non pas simplement la connaissance du dol et un comportement passif. S'il ne s'agit pas d'une véritable collusion frauduleuse[1056], le juge ne devrait pas pouvoir prononcer la nullité du contrat sur ce fondement car, comme le veut l'adage, il n'y a pas de nullité sans texte[1057]. D'autant plus que la situation n'est pas pour autant cadenassée car, si les conditions sont remplies, la victime peut se prévaloir de l'erreur [1058]. Notre position est sans aucun doute confortée par le rapport de présentation de l'ordonnance du 10 février 2016 selon lequel c'est le dol du « tiers complice »[1059] que l'article 1138 prévoit.

Paragraphe II – L'encadrement restrictif de l'abus de dépendance consacré en droit commun

319. L'article 1143 du Code civil, consacrant les arrêts[1060] rendus entre le XXe et le XXIe siècle « qui avaient porté la violence économique sur les fronts baptismaux »[1061], énonce qu'« il y a également violence lorsqu'une partie, abusant

---

[1056] Selon le dictionnaire de l'académie française, la « connivence » fait référence à « une entente secrète ou tacite » (Dictionnaire de l'académie française, 9ème éd.). Il n'est donc pas nécessaire que les personnes se soient expressément mises d'accord, cela dit il faut impérativement une entente. Il est donc impossible de la caractériser dans les situations où le cocontractant a simplement eu connaissance de l'existence des manœuvres du tiers.

[1057] Comp. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations,* Dalloz, 2016, n° 325, p. 265 : « Alors qu'il était en mesure de détromper la victime, il s'est abstenu sciemment de le faire », c'est pourquoi « la mauvaise foi du cocontractant de la victime devrait le rendre éligible à la sanction de la nullité ».

[1058] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations,* LexisNexis, 2016, note de bas de page n° 284, p. 206 : « En pratique, l'innocuité du dol du tiers ne se fait sentir que lorsqu'il a conduit à commettre une erreur indifférente », telle que : l'erreur sur la valeur, l'erreur sur les mobiles, et l'erreur inexcusable. Encore une fois, on s'aperçoit de l'équilibre d'une solution qui ne soit pas trop ouverte.

[1059] La complicité est d'ailleurs le terme qu'utilisait la Cour de cassation avant la réforme.

[1060] Cass. civ. 30 mai 2000, n° 98-15.242, Bull. civ. I, n° 169 (qui avait précisé que ce vice doit être rattaché à la violence et non à la lésion) ; Cass. civ. 1re, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, D. 2002, p. 1860, note J.-P. GRIDEL et J.-P. CHAZAL ; Defrénois 2002. 1246, obs. E. SAVAUX ; RTD civ. 2002, p. 502, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; D. 2002. Somm. comm. 2844, obs. D. MAZEAUD ; Contrats, conc. consom. 2002, n° 89, obs. PH. STOFFEL-MUNCK.

[1061] D. MAZEAUD, *La violence économique à l'aune de la réforme du droit des contrats, in* La violence économique à l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique, Journées nationales H. Capitant, t. XXI, Perpignan, Y. PICOD et D. MAZEAUD (dir.), Dalloz, 2017, p. 25.

de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ». Ce qui est plus restrictif que les projets[1062] Catala[1063] et Terré[1064] ainsi que certains droits internationaux[1065] et étrangers[1066] puisque seul l'état de dépendance est pris en compte. Plus précisément, le domaine de l'article 1143 est plus étroit dans le sens où il ne protège pas le contractant « en situation de détresse économique, d'imprévoyance, d'ignorance, d'inexpérience, d'inaptitude à la négociation d'un contrat, de détresse économique, de besoin urgent, d'état de nécessité, de vulnérabilité »[1067].

320. Le cantonnement du texte à l'état de dépendance est souvent relevé de manière critique sous prétexte qu'il ne protégerait pas assez le contractant. Sauf que plusieurs textes spéciaux, en droit de la consommation, en droit de la concurrence et en droit de la distribution le protègent déjà de ce vice[1068]. Puisque l'article 1143 a une vocation générale et qu'il s'inscrit dans les règles du droit commun des contrats, il n'était pas loisible d'appréhender un trop grand nombre de difficultés[1069], subjectives la plupart du temps. Contracter ne doit pas être transformé en un acte de charité[1070], d'autant plus au sein d'un droit qui n'est

---

[1062] D. MAZEAUD, *La violence économique à l'aune de la réforme du droit des contrats, ibid.,* p. 27.

[1063] Art. 1114-3, avant-projet Catala : visant plus largement la « situation de faiblesse ».

[1064] Art. 66, avant-projet Terré : visant, en plus de l'état de dépendance, l'état de nécessité et « la situation de vulnérabilité caractérisée ».

[1065] J. JULIEN, *La violence économique dans le cadre commun de référence, in* La violence économique à l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique*, ibid.* p. 39 s.

[1066] V. R. CABRILLAC, *La violence économique : perspectives de droit comparé, in* La violence économique à l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique*, ibid.,* p. 31 s.

[1067] D. MAZEAUD, *ibid.*

[1068] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11ème éd., Dalloz, 2013, n° 248, p. 273 ; V. *La violence économique et les droits spéciaux (2ème partie), in* La violence économique à l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique*, op. cit.,* p. 51 s.

[1069] Comp. avec des plaidoyers pour une consécration plus poussée de l'abus de dépendance : D. MAZEAUD, *Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance économique*, Mélanges Paul Didier, 2008, p. 324 s., B. EDELMAN, *De la liberté et de la violence économique*, D. 2001, p. 2315 ; O. RIVOAL, *La dépendance économique en droit du travail,* D. 2006, p. 891.

[1070] C. NOURISSAT, *La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien*, D. Affaires, 2000, Chron., p. 369 ; J. MESTRE, obs. RTD civ. 1989, p. 538.

pas spécifiquement dédié aux parties intrinsèquement faibles[1071]. Il est indispensable de garder à l'esprit que l'inégalité, y compris économique, est consubstantielle au marché[1072] dans lequel « il n'est pas rare de voir le pot de fer s'associer avec le pot de terre »[1073]. Pour toutes ces raisons, nous suggérons une restriction encore plus poussée de l'application de ce texte, ne serait-ce que pour ne pas freiner l'élan contractuel envers les personnes placées en situation de dépendance[1074]. Premièrement, en invitant le juge à ne pas tenir compte des autres formes de dépendance que celle de nature économique, conformément à la jurisprudence élaborée avant la réforme, car dans l'absolu rien ne lui interdit de soumettre l'article 1143 à une interprétation restrictive. Le pouvoir d'interprétation du juge est suffisamment large[1075] pour que l'on puisse imaginer une telle orientation (A). Deuxièmement, parmi les conditions que prévoit le texte, nous suggérons l'idée que soit exigé un abus, autrement dit l'usage de « méthodes ou de procédés répréhensibles »[1076], tel que des menaces par exemple. Le texte n'est pas explicite sur ce point, les auteurs s'interrogent, mais puisqu'il s'agit d'un vice du consentement, cette position serait justifiée car hormis dans le cas de l'erreur spontanée il paraît logique de rechercher l'existence d'un acte blâmable de la part du cocontractant. C'est l'abus caractérisé, que l'on peut déduire par l'existence de menaces ou de pressions, qui doit être sanctionné et non pas simplement le fait d'avoir profité de la situation pour en tirer un avantage excessif (B).

[1071] L'article 1143 a bien vocation à protéger les personnes d'une certaine vulnérabilité (l'état de dépendance) mais celle-ci n'est pas générale.

[1072] J.-P. CHAZAL, *La contrainte économique : violence ou lésion ?*, D. 2000, p. 879.

[1073] D. CUBA et J. DUGNE, *L'abus de faiblesse, in* La réforme du droit des contrats, 1re Journée Cambacérès 3 juillet 2015, Montpellier, Presse de la faculté de droit de Montpellier, 2015, p. 233.

[1074] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 225 : « La condition [l'abus] vise également à éviter que les parties en état de dépendance soient victimes d'un phénomène d'exclusion par précaution. On songe notamment aux grands donneurs d'ordre qui pourraient être incités, critère de *compliance* oblige, à se détourner de certaines petites entreprises si le risque de conclure avec elles un contrat nul pour vice de violence est trop sensible ».

[1075] V. D. MAINGUY, *Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats*, D. 2016, p. 1762 : où ce pouvoir des juges est évoqué.

[1076] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 226.

A/ La restriction nécessaire de l'abus de dépendance à la seule dépendance économique

321. L'admission critiquable de toute forme de dépendance – Il ne fait aucun doute que la lettre du texte ne renvoie pas uniquement à la dépendance économique puisque l'article 1143 du Code civil vise la violence qui consiste à abuser « de l'état de dépendance [tout court] dans lequel se trouve son cocontractant ». La majorité des auteurs se positionnent en ce sens[1077] mais c'est surtout parce que le rapport de présentation de l'ordonnance au Président de la République le confirme. Ce rapport indiquant que le texte « n'est pas circonscrit à la dépendance économique (article 1143). En effet toutes les hypothèses de dépendance sont visées, ce qui permet une protection des personnes vulnérables et non pas seulement des entreprises dans leurs rapports entre elles »[1078]. Pour répondre aux craintes des représentants du monde économique, le rapport précise que la loi a soumis l'application de l'article 1143 au critère relatif à l'avantage manifestement excessif, lequel permettrait « d'objectiver l'appréciation de cet abus » et « d'encadrer l'application de ce texte ». Sauf qu'en décidant qu'il peut s'agir de toute sorte d'état de nécessité, la porte est complètement ouverte aux considérations subjectives. Le juge peut procéder à une objectivation bien plus grande que celle annoncée dans le rapport et qui semble se dégager de l'article 1143.

322. La possible réinterprétation de la dépendance – Sans vouloir renier l'importance de prendre en compte la volonté du législateur pour interpréter les textes, le juge reste libre d'ajuster utilement la loi, il s'agit là d'un rôle habituel qui lui est reconnu. D'autant plus que le rapport de présentation de l'ordonnance est censé être dépourvu de valeur contraignante. « Sans doute les juristes y trouveront-ils matière à une meilleure compréhension de l'intention du législateur. Mais il ne possède pas de portée normative particulière et ne saurait donc être

---

[1077] Y. PICOD, *Rapport introductif, in* La violence économique à l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique, *op. cit.,* p. 5 : « La ''dépendance'' étant susceptible de différentes acceptations (économique, sociale, psychologique…) » ; D. MAZEAUD, *La violence économique à l'aune de la réforme du droit des contrats, op. cit.,* p. 27.

[1078] 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.

considéré comme une interprétation officielle du texte de l'ordonnance »[1079]. Le rapport de présentation de l'ordonnance ayant une « faible force normative »[1080] qui ne saurait excéder celle d'une circulaire[1081], le juge peut passer outre l'indication claire selon laquelle il faut tenir compte de toute forme de dépendance.

323. Il ne serait donc ni impossible, ni dépourvu d'intérêt que de revenir sur la solution adoptée par la jurisprudence avant la réforme, laquelle visait seulement la violence de nature économique. Dans son arrêt de 2002, la première chambre civile avait décrété que « seule l'exploitation abusive d'une situation de *dépendance économique*, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement »[1082]. Les juges peuvent sans aucune difficulté décider que cette jurisprudence continue de s'appliquer et que la réforme n'a pas eu pour effet de revenir sur cette exigence. Il s'agit là d'un mal nécessaire qui permettrait de revenir à la réelle volonté du législateur. En effet, le projet de 2015 se référait initialement à la « faiblesse », or le législateur a finalement décidé d'y renoncer (suite à de vives critiques) car elle renvoie à une protection excessive du contractant et peut porter gravement atteinte à la sécurité juridique[1083]. La « faiblesse » a finalement été retirée du texte définitif mais en décidant que l'abus de dépendance peut être de toute nature, il permet finalement à la faiblesse d'être

---

[1079] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, op. cit.,* n° 34, p. 27-28 : où le rapport y est décrit simplement comme « une technique de clarification extérieure à la norme elle même » destinée à favoriser l'accessibilité de la loi. Ce constat est relevé par un autre auteur qui évoque un « élément d'interprétation parmi d'autres » dont « l'autorité, déjà relative, déclinera comme celle de tout outil exégétique, au fil du temps » (C. PÉRÈS, *Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats*, JCP 2016. 454). – Ce point de vue est quasi-unanime au sein de la doctrine qui considère que ce rapport est sans « valeur juridique particulière » (L. LEVENEUR, *Présentation générale de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Contrats, conc. consom. 2016, Dossier 2, n° 11), ou encore dépourvu « de force normative et de légitimité démocratique » (O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 13).

[1080] M. MEKKI, *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations,* D. 2016. 494.

[1081] F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, coll. À savoir, 2016, n° 62.11.

[1082] Cass. civ. 1re, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *op. cit.*

[1083] Il serait trop aisé et tentant pour les contractants de se défaire de leur engagement en invoquant la faiblesse. Les annulations de contrats injustes pourraient être trop nombreuses.

prise en compte car il peut tout à fait s'agir de « dépendances psychique (emprise psychologique) ou sentimentale »[1084]. C'est donc qu'avec l'interprétation de l'article 1143 proposée, le juge serait bien plus proche de la volonté du législateur que s'il suivait scrupuleusement celle préconisée dans le rapport de présentation de l'ordonnance. Autrement, il faut s'attendre à ce que le vice d'abus de dépendance « déborde sur la fonction des nullités pour incapacité »[1085].

B/ L'exigence nécessaire d'un abus caractérisé[1086]

324. L'abus requiert une pression à l'instar de la violence en général – L'abus de dépendance est inscrit au sein de la violence qui constitue un « instrument de police des comportements »[1087]. De ce fait, quand bien même il s'agit d'une violence circonstancielle, il ne peut y avoir de sanction sans la présence d'un abus caractéristique[1088], car il ne faut pas l'oublier, la violence constitue un délit civil qui nécessite la démonstration d'une faute[1089]. « L'abus au sens de l'article 1143 est une faute et une faute est la violation d'une règle de

---

[1084] O. DESHAYES, *La formation des contrats,* RDC 2016, n° Hors-série d'avril 2016, p. 21, spéc. p. 27.

[1085] H. BARBIER, *La violence par abus de dépendance, in* Libre propos sur la réforme du droit des contrats, Analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016, LexisNexis, 2016, p. 47 ; *Adde* F. CHÉNEDÉ, *L'équilibre contractuel dans le projet de réforme,* RDC 2015, p. 655, n° 6 : où l'auteur tire le même constat.

[1086] Le simple fait d'avoir profité de la situation de dépendance pour en tirer un avantage manifestement excessif ne suffit pas à caractériser l'abus. Il faut en outre avoir cédé à une pression exercée par l'autre partie (éventuellement par un tiers, la question n'étant pas encore tranchée sur ce point). « C'est justement parce-que la pression fautivement exercée participe de l'essence de la notion que la Cour de cassation veille à ce qu'elle soit toujours caractérisée » (O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* p. 226 : avec notamment pour référence l'arrêt Cass. com., 28 juin 2014, n° 13-10.292 : où la violence n'a pas été admise « faute de preuve d'une pression exercée » par le cocontractant (un banque) ; Cass. 7 juillet 2009, n° 08-14.362 (même sens).

[1087] D. CUBA et J. DUGNE, *L'abus de faiblesse, in* La réforme du droit des contrats, 1re Journée Cambacérès 3 juillet 2015, Montpellier, Presse de la faculté de droit de Montpellier, 2015, p. 243 ; *Adde* H. BARBIER, *La violence par abus de dépendance, op. cit.,* p. 48 ; Y.-M. LAITHIER, *Remarques sur les conditions de la violence économique*, LPA 22 nov. 2004, n° 233, p. 6.

[1088] À propos des conséquences techniques du rattachement de l'abus de dépendance au vice de violence, V. G. LOISEAU, *in* Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations, J. Ghestin (dir.), LPA, 4 sept. 2015, p. 69 ; même auteur, *La consécration de la violence économique*, *in* Réforme du droit des contrats et pratique des affaires, Ph. Stoffel-Munck (dir.), Dalloz, 2015, p. 33.

[1089] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 225.

comportement »[1090]. Les circonstances ayant conduit à l'état de dépendance ne sont pas imputables au contractant contrairement aux autres types de violence, c'est donc par l'abus que celui-ci se retrouve être l'auteur d'un acte de violence. « L'abus visé par le texte spécial [l'article 1143] n'est autre que la *pression* décrite par le texte général [article 1140[1091]] », car le régime consacré diffère des législations étrangères dans lesquelles l'abus de faiblesse ne se confond pas avec le vice de violence[1092]. En étant intégré à la violence en général, l'abus de dépendance requiert nécessairement que soit caractérisé « la pression d'une contrainte », laquelle s'ajoute à la situation de dépendance. Enfin, il faut souligner que ce raisonnement n'aboutit pas à faire confondre l'abus de dépendance et la violence morale, plus générale, car cette dernière ne s'exerce pas spécifiquement dans le cadre d'une situation de dépendance[1093].

325. L'abus ne découle pas nécessairement de l'avantage manifestement excessif – Précisons encore que l'avantage économique manifestement excessif ne constitue pas un abus en soi, il s'agit de deux critères différents s'ajoutant à un troisième constitué par l'état de dépendance. Le contractant qui a su tirer du contrat un profit avantageux dans une situation de dépendance n'a pas nécessairement commis un abus[1094]. Donc, « conclure un contrat avec une personne en état de dépendance et en tirer un avantage, même très substantiel, n'est pas une violence en soi »[1095]. Comment caractériser alors

---

[1090] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid*., p. 226.

[1091] Art. 1140 C. civ. : « Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable ».

[1092] H. BARBIER, *La violence par abus de dépendance, op. cit.,* p. 48.

[1093] *Contra*, J. GHESTIN, Y.-M. SERINET et G. LOISEAU, *Traité de droit civil* : *La formation du contrat : le contrat, le consentement,* t. 1, 4ème éd., LGDJ, 2013, p. 1242 : où il est indiqué que l'exigence systématique de ce type d'agissements ne permettrait plus de distinguer la vice de violence classique et l'abus de dépendance (ou du vice de faiblesse).

[1094] H. BARBIER, *La violence par abus de dépendance, ibid.* : où l'auteur estime qu'il est essentiel de respecter « l'étanchéité des deux critères principaux de la faute du contractant, l'abus d'un côté, l'obtention d'avantages manifestement excessifs de l'autre. L'un ne peut faire présumer l'autre » ; Y.-M. LAITHIER, *Remarques sur les conditions de la violence économique*, *op. cit.* : qui s'oppose à la constatation du vice de violence à partir du seul constat d'un déséquilibre.

[1095] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations,* LexisNexis, 2016, p. 225 : cela évitant « le risque intempestif d'une annulation » mais également l'exclusion des personnes placées en situation de dépendance, sans cette nuance les contractants les fuiraient.

l'abus si ce n'est par des actes ou des comportements blâmables ayant suscité une crainte envers l'autre partie (menaces implicites ou explicites, pressions, etc.). Ce que sanctionne spécialement l'article 1143 c'est « l'emploi de moyens inacceptables sans lesquels la violence ne se conçoit même pas [1096]». « Le recours aux menaces et aux pressions pourrait constituer un élément d'appréciation » facilitant la démonstration du comportement illégitime[1097], autrement dit d'un abus. Sans cela, il pourrait être reproché au juge une analyse arbitraire de l'abus de celui qui a tiré un avantage manifestement excessif.

En tout cas, si l'abus est dépourvu de « circonstance propre » et réduit à la « pure description d'un état de fait », l'article 1143 ne serait pas loin de contredire l'article 1168[1098] dont l'objet consiste à rejeter la lésion[1099].

[1096] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid.,* p. 226.

[1097] D. CUBA et J. DUGNE, *L'abus de faiblesse, op. cit.,* p. 243.

[1098] Art. 1168 C. civ. « le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ».

[1099] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit. :* « En effet, admettre que l'abus n'est rien d'autre que la conclusion d'un contrat entre une personne en état de dépendance et un cocontractant qui en a tiré un avantage manifestement excessif revient à méconnaître le sens de l'article 1168 ».

SECTION II
LE DÉBLOCAGE DU CONTRAT FAVORISÉ PAR LE TRAITEMENT DU CONSENTEMENT VICIÉ

326. Dans les premiers temps du Code civil de 1804, Duranton qui distinguait les nullités selon la possibilité ou l'impossibilité de confirmer l'engagement irrégulier[1100], relevait déjà qu'il y a des conventions « quoique vicieuses sous certains rapports, sont néanmoins valables, en tant qu'elles ne sont pas nulles de plein droit, qu'elles peuvent seulement être annulées ou rescindées dans un délai fixé par les lois, et passé lequel, l'acte produit ses effets en Droit et en fait, comme s'il eût été régulier dès le principe, ou du moins comme s'il eût été régulièrement confirmé ou ratifié »[1101]. L'idée étant qu'il n'y a pas d'autres choix que de consolider certaines situations de fait[1102], ce qui est peut être le motif d'une confirmation et qui justifie en tout cas l'extinction de l'action en nullité par la prescription (Paragraphe 1).

327. Il existe une autre façon, plus active, d'échapper à la nullité du contrat. Tout simplement, des sanctions alternatives doivent et peuvent être proposées : non seulement les traditionnels dommages et intérêts mais également les nullités partielles et le réputé non écrit, particulièrement lorsqu'il s'agit de vices du consentement incidents. L'article 1184 du Code civil[1103] créé par la réforme ne le permet-il pas expressément dans une disposition générale et donc applicable dans une large mesure ? (Paragraphe II).

[1100] M. BOUDOT, *Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine, in* La théorie des nullités, M. Boudot et M. Vecchi (dir.), LGDJ, 2008, n° 4, p. 83.

[1101] DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code cixxvil*, t. 12, 1844, Réédition Hachette Livre BNF (2017), n° 519.

[1102] J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, L'acte juridique*, Armand Colin, n° 364 ; F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11ème éd., Dalloz, 2013, n° 392 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations,* par H. Desbois et J. Gaudemet, Dalloz, 2004 (réédition), p. 185 s.

[1103] Art. 1184 C. civ. « Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles.

Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien'.

Paragraphe I – Le maintien efficace du contrat par l'extinction de l'action en nullité

328. Il existe deux procédés privant d'effets le vice du consentement affectant le contrat. Le premier est absolument nécessaire à la sécurité juridique puisqu'il permet de ne pas faire craindre indéfiniment une annulation du contrat. Il s'agit de la prescription qui, comme nous le verrons, mériterait d'être réduite à un délai plus raisonnable que les cinq années suivant la découverte de l'erreur et du dol ou de la cessation de la violence (A). Le second consiste à renoncer volontairement au droit d'invoquer la nullité. Cela passe par la confirmation qui se définit comme « l'acte par lequel une personne renonce unilatéralement à se prévaloir de la nullité relative d'un acte juridique et qui, exprès ou tacite, peut résulter d'une exécution spontanée »[1104]. En cas de vices du consentement, la victime peut renoncer à son droit de critique car ceux-ci font l'objet d'une nullité relative. Plus particulièrement la confirmation tacite doit être facilitée, peu importe de quelle manière le consentement a été vicié. Cette tâche est cependant assez rude à l'égard de l'erreur-obstacle car certains auteurs estiment qu'elle ne peut conduire qu'à l'inexistence, un sort empêchant la victime de procéder à la confirmation qui sauvegarde et sécurise le lien contractuel (B).

A/ Le déblocage du contrat vicié par la neutralisation de l'action en nullité

329. En matière de vice du consentement, le début de la prescription est décalé puisqu'il ne commence à courir que lorsque la victime a eu connaissance de l'erreur (qu'elle soit spontanée ou provoquée) ou que la violence a cessé. Malgré cela, et contrairement à certains droits étrangers, la loi prévoit un délai assez conséquent de cinq années. C'est bien trop long pour décider d'enclencher une action en justice de sorte qu'elle pourrait être utilisée à d'autres fins si ce n'est que tardivement (1). La réforme n'a certes pas prévu un délai spécial plus court, même si cela était loisible, mais elle a en revanche permis aux contractants de neutraliser très efficacement ce délai par le biais d'une action interrogatoire

---

[1104] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, V° « confirmation ».

(article 1183). Celle-ci permettant de pousser la victime à agir en justice sous peine de voir son action éteinte dans six mois après l'interrogation (2).

1. La limitation insuffisante de la prescription de l'action en nullité

330. Le bref délai de prescription du droit allemand – Le délai de prescription d'une action insuffisamment limité est source d'insécurité juridique. Les vices du consentement sont soumis à la prescription de droit commun de cinq ans[1105]. La réforme sur les prescriptions de 2008 a bien entendu sensiblement amélioré cette problématique mais cela reste insuffisant. Il suffit de comparer avec le droit allemand qui exige un délai d'action plus rapide et plus cohérent. Plus précisément il prévoit un double délai en droit commun et pour qu'une action soit encore possible, ces deux conditions de délai différentes doivent être respectées[1106]. Pour le droit commun, peu importe que l'action soit d'origine légale, délictuelle ou contractuelle[1107], le § 195 du BGB la soumet à un délai d'exercice de trois ans. Comme en droit français, ce délai est suspendu par le § 199 du BGB selon lequel « le délai de prescription de droit commun débute à la fin de l'année durant laquelle 1. l'action est née, et 2. le créancier prend, ou aurait pris connaissance sauf négligence grossière, de l'identité du débiteur et des circonstances à l'origine de l'action » [1108]. Ce qui est louable car l'idée n'est pas de priver la victime d'un moment de répit et de réflexion mais plutôt de ne pas

---

[1105] Art. 2224 C. civ.

[1106] Qu'un auteur qualifie de délai d'exercice de l'action (pour le premier) et de délai de prescription de l'action (pour le second) : I. RIHM, *L'erreur dans la déclaration de volonté, Contribution à l'étude du régime de l'erreur en droit français*, th. Strasbourg, PUAM, 2006, Préf. G. Wiederkehr, n° 244, p. 195 ; Un auteur préfère quant à lui la distinction entre un délai subjectif et un délai plafond objectif : Y. LEVANO, *La prescription extinctive en droit allemand après la réforme du droit des obligations*, RIDC avril 2004, p. 947-958. Nous utiliserons la seconde distinction qui est plus éclairante.

[1107] Sauf si doit s'appliquer un autre délai de prescription spécial. En tout cas, s'agissant des vices du consentement, il s'agit bien des dispositions applicables.

[1108] C. WITZ et F. RANIERI (dir.), *La réforme du droit allemand des obligations,* Société de législation comparée, 2004.

cautionner les actions tardives[1109]. Ce délai s'exerce dans la limite d'un délai de prescription général plafonné à dix ans (§ 199, Abs 4, du BGB)[1110].

331. Le délai de prescription encore déraisonnable du droit français – Ces délais plus brefs qu'en droit français garantissent la sécurité juridique et empêche la victime d'instrumentaliser les vices du consentement en mettant fin au contrat sous des prétextes fallacieux. Au-delà d'un délai largement suffisant, on devrait pouvoir considérer qu'il y a eu une confirmation tacite. C'est en ce sens que le projet Catala de 2005 proposait d'amener le délai de prescription de la nullité relative à trois ans (au lieu du délai de droit commun de cinq ans pour la nullité absolue)[1111]. Sachant que les vices du consentement font l'objet d'une nullité relative[1112]. Mais hélas la réforme du droit des contrats n'a absolument rien changé à cette règle puisque les vices du consentement sont toujours soumis au délai de prescription du droit commun de cinq ans (article 2224 du Code civil). L'article 1144 du même code précisant que « le délai de l'action en nullité ne court, en cas d'erreur ou de dol, que du jour où ils ont été découverts et, en cas de violence, que du jour où elle a cessé », sous la réserve que ce jour n'arrive pas au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit (article 2232 du même code). La réforme s'est donc contentée de reconduire les mêmes solutions[1113].

332. Les cinq années pour décider d'annuler le contrat en raison d'un consentement vicié sont-elles réellement nécessaires ? Si la victime agit juste avant l'écoulement du délai de prescription, par exemple, plus de quatre ans après la connaissance de l'erreur, il se peut tout à fait que ce soit pour des raisons étrangères, comme un regret ou une volonté de se délier des obligations contractées. Hormis le cas à part de la violence, et encore pas nécessairement

---

[1109] En ce sens, M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, Coll. Droit des affaires, 2ème éd. 2004, n° 134, p. 106 : qui estime que l'action doit être exercée « immédiatement après que le déclarant a eu connaissance de l'erreur qui affecte son consentement ».

[1110] En droit français, il devient impossible d'agir au-delà de vingt ans conformément à l'art. 2232 C. civ.

[1111] Art. 1130 Projet Catala, 22 sept. 2005 : « L'action en nullité absolue se prescrit par dix ans et l'action en nullité relative par trois ans, à moins que la loi n'en ait disposé autrement ».

[1112] Art. 1131 C. civ. : « Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat ».

[1113] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 229.

(puisque le délai de prescription ne court pas tant que la violence n'a pas cessé), on imagine mal les raisons pour lesquelles une personne n'agirait pas rapidement si le vice a réellement été déterminant de son consentement.

2. La neutralisation efficace du délai d'action en nullité par l'action interrogatoire de l'article 1183

333. Mécanisme – La négativité de ce constat est largement tempérée par la possibilité pour le cocontractant de « bousculer » la victime du vice du consentement afin qu'elle agisse rapidement pour que la situation soit dénouée dans un sens ou dans l'autre. L'ordonnance a en effet consacré à l'article 1183 la possibilité pour « une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion ». L'efficacité de cette action interrogatoire est complète puisque le second alinéa de cette disposition ajoute que l'inaction de celui qui l'a reçoit à l'expiration d'un délai de six mois, plus précisément si aucune action en nullité n'est intentée, « le contrat sera réputé confirmé ».

334. Vertus – Ce pouvoir de contrecarrer l'action en nullité est pleinement justifié. Il n'était pas admissible de faire subir au cocontractant la poursuite d'un contrat précaire sans avoir la certitude qu'on lui inflige à un moment l'annulation du contrat et l'obligation de restituer ce qu'il a reçu[1114]. Même en la présence d'une cause de nullité, « la force obligatoire ne souffre, à son égard, d'aucune atténuation et il devra s'exécuter »[1115] peu importe l'existence d'un risque d'annulation du contrat qui peut d'ailleurs peser sur lui pendant de nombreuses années. Un tel mécanisme était donc indispensable à la justice.

L'action interrogatoire prévue à l'article 1183 participe grandement au mécanisme de déblocage du contrat et pas seulement en matière de vices du consentement puisqu'elle concerne toutes les causes de nullité. Peu importe de laquelle il s'agit, le lien contractuel peut être définitivement et rapidement

---

[1114] M. CAFFIN-MOI, *Nullité et caducité*, LEDC 2016, n° 3, p. 5.

[1115] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations,* Dalloz, 2016, n° 482, p. 403.

consolidé, sauf si le contractant qui en a le pouvoir répond à l'action interrogatoire en enclenchant l'action en nullité avant l'écoulement du délai de six mois. Il faut aussi logiquement exclure de ce dispositif les causes de nullité absolue puisqu'elles n'autorisent pas à renoncer à son droit de critique, que ce soit par la confirmation ou par quelque procédé que ce soit. Si le cocontractant répond positivement en acceptant une confirmation, ou en cas d'inaction avant l'écoulement du délai de six mois, on obtient finalement le même résultat que si la prescription était plus courte. L'action interrogatoire de l'article 1183 met un terme aux incertitudes des parties et permet à la situation litigieuse d'être dénouée très rapidement car en toute situation le délai pour agir ne pourra pas dépasser six mois. Il faut relever qu'en prévoyant un délai fixe, le législateur favorise la sécurité juridique qu'il aurait été moins aisé de garantir si le délai d'action en nullité avait été soumis à un délai raisonnable[1116].

Les nombreux bienfaits de ce dispositif expliquent leur existence au sein des législations européennes et même, à un niveau plus interne, en droit des sociétés où se met en œuvre une sorte de « chasse aux nullités »[1117]. Ceux-ci méritent d'autant plus d'être soulignés que même les contrats conclus avant la date d'entrée en vigueur de la réforme[1118] peuvent en bénéficier. L'article 9 de l'ordonnance autorise en effet l'application immédiate de toutes les actions interrogatoires[1119].

[1116] S'agissant des deux autres actions interrogatoires, relatives au pacte de préférence (art. 1123) et à la représentation (art. 1158), le délai est fixé par l'auteur de la demande. Ce choix octroie un pouvoir large à ce dernier mais il est source d'une insécurité juridique car il est assez difficile d'estimer son caractère suffisamment raisonnable. Sa charge est lourde puisqu'il n'est pas à l'abri que le juge décide ensuite que le délai octroyé est insuffisant. Alors que l'action interrogatoire est destinée à dénouer des situations problématiques, ce délai peut en amener une supplémentaire.

[1117] En droit des sociétés, pour consolider les situations déjà existantes, le législateur a grandement privilégié la régularisation (concernant cette dernière, V. C. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, th. toulouse, LGDJ, 1973, Préf. P. Hébraud), au point que la nullité y est devenue assez secondaire : V. PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 7ème éd., Précis Dalloz, n° 71.

[1118] Au 1er octobre 2016.

[1119] C'est donc aussi le cas des actions interrogatoires prévues aux art. 1123 et 1158 C. civ.

B/ Le déblocage du contrat vicié par la nullité relative laissant ouverte la voie de la confirmation

335. La nullité relative et non l'inexistence – La nullité d'un acte le fait disparaître rétroactivement, comme s'il n'avait jamais existé mais durant une période, la doctrine a proposé de considérer que dans certaines circonstances l'acte est inexistant et non pas simplement annulable. Le critère de distinction proposé par la théorie classique des nullités, élaborée au XIXe siècle[1120], est fonction de la gravité de l'irrégularité. Cette gravité était par exemple jugée suffisante pour aboutir à l'inexistence de l'acte en cas d'absence de consentement, d'objet, ou de cause[1121]. Le déblocage du contrat ne peut se faire dans le cadre de l'inexistence car rien n'est né et il ne peut donc y avoir confirmation. À l'inverse, lorsqu'il ne s'agit pas d'une condition d'existence mais simplement d'une condition de validité, l'acte existe, il est simplement « malade » et peut « guérir (confirmation) ou périr (annulation) »[1122]. Une possibilité de débloquer le contrat existe en tout cas dans la seconde hypothèse. Les vices du consentement ne font partie que des conditions de validité (seule l'absence totale de consentement est intégrée aux conditions d'existence) et il ne devrait donc y avoir aucune difficulté. Cependant, un cas spécifique de vices du consentement, l'erreur-obstacle, faisait l'objet d'une distinction l'intégrant dans les conditions d'existence. Autrement dit, en cas d'erreur-obstacle, cette théorie aboutissait à l'exclusion de la confirmation de l'acte[1123].

336. Très critiqué, le concept d'inexistence s'est essoufflé avec la théorie moderne des nullités, développée par Japiot et Gaudemet, qui n'envisage plus la nullité comme un état de l'acte mais comme un droit de critique de l'acte non

---

[1120] PH. BOURGEON, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques en droit romain et en droit français,* th. Dijon, 1885 ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 1, Paris, 4ème éd., 1869, § 37, p. 119 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, par H. Desbois et J. Gaudemet, Dalloz, 2004 (réédition), p. 142.

[1121] C. AUBRY et C. RAU, *ibid.* : En l'absence de tels éléments, ils considèrent qu'« il est logiquement impossible d'en concevoir l'existence ».

[1122] E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations, op. cit.,* p. 143.

[1123] I. RIHM, *L'erreur dans la déclaration de volonté, Contribution à l'étude du régime de l'erreur en droit français*, th. Strasbourg, PUAM, 2006, Préf. G. Wiederkehr, n° 207, p. 169.

conforme à une règle de droit (un droit *in personis* et non pas *in actu*). [1124]. Depuis cette théorie, on se penche davantage sur l'intérêt protégé afin de distinguer la nullité absolue, qui sanctionne la violation de toute règle de protection de l'intérêt général, de la nullité relative dont le but est de sanctionner le non-respect d'une règle protégeant un intérêt privé. C'est pourquoi on considère que c'est le type d'intérêt protégé et non la gravité de l'irrégularité qui distingue la nullité relative et absolue[1125]. Peu à peu c'est cette division entre nullité absolue et nullité relative qui est devenue la matrice du système des nullités et puisque l'ordonnance du 10 février 2016 a consacré la théorie moderne des nullités[1126], il faut se baser sur celle-ci[1127]. Or, selon certains auteurs, plus nuancés que d'autres, la théorie moderne ne rejette pas totalement l'inexistence qui doit simplement être limitée aux hypothèses exceptionnelles dans lesquelles le contractant a accepté une offre ne correspondant pas à la réalité en raison d'une description équivoque[1128]. Cette exceptionnelle inexistence est décrite par d'autres auteurs[1129] comme « un défaut

---

[1124] V. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une nouvelle théorie,* th. Dijon, 1909, spéc. p. 283 s. : « La nullité se traduit par l'ouverture d'un droit de critique. La nullité n'est point une manière d'être de l'acte » (p. 285) ; E. GAUDEMET, *ibid.*, p. 147 : « Abandonnant l'idée de nullité, et l'idée corrélative d'acte-organisme, on considère la nullité comme sanctionnant la violation d'une règle légale. Cette sanction consiste dans un droit de critique attribué à certaines personnes à l'encontre de l'acte. Dès lors, la théorie des nullités se ramène à la théorie du droit de critique ».

[1125] Malgré quelques résurgences minoritaires : V. Présentation des fondements de la nullité retenue par R. CABRILLAC, *in Droit des obligations*, Dalloz, n° 102.

[1126] F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Essai, Dalloz, 2017, n° 23.81, p. 118

[1127] Si le contrat n'est pas conforme à une règle de formation destinée à protéger l'intérêt général, alors la nullité est absolue ; s'il n'est pas conforme à une règle de formation destinée à protéger un intérêt particulier, alors la nullité est relative. Telle est la théorie moderne des nullités consacrée par la réforme (art. 1179 C. civ.), alors même qu'elle est source de difficultés, notamment à l'égard des nombreuses règles qui protègent un intérêt difficilement identifiable. L'art. 1179, al. 2, C. civ. facilite légèrement cette difficulté car il ne renvoie à la nullité relative uniquement si la règle violée a pour « *seul* objet la sauvegarde d'un intérêt privé ». Ainsi, dès lors que la règle sauvegarde à la fois un intérêt privé et l'intérêt général, la nullité ne peut être qu'absolue. – V. A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, *Les nullités*, Dr. et patr. n° 258, mai 2016, p. 64 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 1943, n° 818, p. 277.

[1128] J. GHESTIN, *Les obligations, Le contrat : formation*, 2ème éd., LGDJ, 1988, n° 741, p. 635 ; Comp. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. 2, vol. 1, Sirey, 1962, n° 196 : où les auteurs se sont contentés de la *summa divisio* nullités absolues / nullités relatives, en occultant complètement le cas des actes inexistants (la façon dont elles sont appréhendées par Japiot et Gaudemet est cependant rejetée).

[1129] X. BARRÉ, *Nullité et inexistence ou les bégaiements de la technique juridique*, LPA 30 juill. 1993, n° 91, p. 7 s., spéc. p. 10 ; V. PELTIER, *Contribution à l'étude de la notion d'inexistence en droit privé*, RRJ 2000, p. 937, spéc. n° 23 p. 950-951.

d'accord des volontés par suite d'un malentendu entre les parties au cours de la période précontractuelle »[1130].

Cette description ne renvoie pas aux vices du consentement excepté pour l'erreur obstacle[1131]. Selon ces auteurs, ce type d'erreur conduit à l'inexistence du contrat. L'erreur dans la déclaration de volonté est appréhendée par le droit alors même qu'elle n'est pas visée par le Code civil, que ce soit avant ou après la réforme. Il n'est en effet pas nécessaire de réglementer ce qui n'existe pas. Il faut donc en déduire que c'est bien l'inexistence qui résulte de l'erreur-obstacle. Le contrat n'ayant jamais existé, il ne peut faire l'objet d'un déblocage par le biais d'une confirmation. L'inexistence à laquelle conduit l'erreur-obstacle est conçue comme plus grave que la nullité absolue, ceci invite à ne la retenir que dans les cas où la volonté des parties est réellement est divergente et inconciliable. L'erreur portant sur un ou plusieurs points qui ne change pas totalement la donne n'est pas une erreur-obstacle, seul le malentendu profond répond à cette définition[1132].

En revanche, s'agissant des autres vices (l'erreur classique, l'erreur provoquée et la violence), ils n'ont pas empêché le contrat de naître, c'est seulement le procédé pour y parvenir qui est sanctionné (le vice du consentement sans lequel le contrat n'aurait jamais été conclu). Ceux-ci peuvent donc être sanctionnés par la nullité et puisqu'il ne s'agit pas de sauvegarder l'intérêt général mais de protéger l'intérêt privé des contractants, cette nullité est relative (article 1131). Les vices du consentement octroyant aux parties un tel droit de critique, le contrat conclu peut être débloqué par le procédé de la confirmation.

[1130] I. RIHM, *L'erreur dans la déclaration de volonté, Contribution à l'étude du régime de l'erreur en droit français, op. cit.,* n° 206, p. 168.

[1131] O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat,* th. St-Étienne, PUAM, 1999, Préf. P. Ancel, n° 92 s., p. 78 s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 2, Les biens, Les obligations, PUF, 2004, n° 956, p. 1990 ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Coll. Thémis Droit, 4ème éd., 2016, n° 339, p. 366 : « L'un des consentements n'a été donné que parce qu'il a été vicié [en cas d'erreur, de dol ou de violence] (…). Dans les hypothèses d'erreur-obstacle c'est bien plus grave que cela : il n'y a jamais eu concordance entre l'offre et l'acceptation. Les deux manifestations de volonté ont porté sur un contrat différent, et il n'y a donc en réalité jamais eu rencontre des volontés ». Dans ce cas l'erreur est réciproque mais seule une partie souhaite sortir du contrat car en général cette erreur profite à l'un des contractants ; I. RIHM, *ibid.,* n° 207, p. 169.

[1132] M. FABRE-MAGNAN, *ibid.*

337. L'éviction possible de la nullité relative grâce à la confirmation – « Le contrat qui ne remplit pas les conditions nécessaires à sa validité est nul »[1133] mais celui qui pourrait invoquer cette nullité peut tout à fait y renoncer par un acte de confirmation permettant au contrat de sortir de l'impasse causée par le vice qui l'affecte. Ce pouvoir permet non seulement au contrat de survivre mais aussi de consolider le déblocage puisque la confirmation constitue un acte irrévocable[1134]. « Une fois que la personne protégée a renoncé à la nullité, elle ne peut plus, ni agir en nullité, ni opposer une exception tirée de l'existence de l'irrégularité »[1135]. L'acte de confirmation solidifie les liens contractuels et contribue à la sécurité juridique.

338. La teneur de l'acte de confirmation a inévitablement évolué avec celle de la théorie des nullités. La doctrine classique, selon laquelle les vices affectent le contrat comme s'il s'agissait de pathologies, estimait que la confirmation est un acte permettant de « soigner » le contrat. Pour ses tenants, la confirmation est un « mécanisme purgeant l'acte juridique irrégulier de son vice »[1136]. Le jurisconsulte allemand Zachariae disait aussi de la confirmation du Code civil français qu'elle est « l'acte juridique par lequel une personne fait disparaître les vices dont se trouve entachée une obligation, contre laquelle elle eût pu se pourvoir par voie de nullité ou de rescision » et qu'on « ne peut confirmer ni les obligations naturelles, ni les obligations inexistantes. Toutes les obligations sujettes à la nullité ou à rescision sont en règle générale, susceptibles de confirmation, peu importe que la nullité à couvrir soit de fond ou de forme, relative ou absolue, d'intérêt privé ou d'ordre public »[1137]. Cette ouverture à la

---

[1133] Art. 1178, al. 1er, C. civ.

[1134] G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls,* th. Paris, LGDJ, 1972, Préf. J. Flour, n° 50, p. 35 : « L'acte nul confirmé par une seule personne ne sera, par la suite, efficace à l'égard de *tous* que si cette perspective se trouvait être, en fait, la seule susceptible d'invoquer la nullité » (le terme « tous » signifiant pour l'auteur que la confirmation s'impose également à son auteur. Il ne peut autrement pas revenir dessus).

[1135] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations,* Dalloz, 2016, n° 481, p. 403.

[1136] C. FRANÇOIS, *L'acte juridique irrégulier efficace,* th. Paris 1, 2017, n° 274, p. 168, citant D. D'AMBRA, *Rép. Civ. Dalloz*, V. « Confirmation », mai 2009, n° 2 : lequel envisage la confirmation comme « un acte juridique par lequel une personne fait disparaître les vices dont se trouve entachée une obligation », rendant « valable un acte qui aurait pu être annulé ».

[1137] ZACHARIAE, *Cours de droit civil français,* t. 2, trad. Aubry et Rau, 2ème éd., 1844, § 339.

confirmation est immense puisqu'elle s'envisage même pour les actes frappés d'une nullité absolue, quoique cette admission doit être nuancée car le critère de distinction entre les nullités relatives et absolues n'était pas le même qu'aujourd'hui.

339. Une nouvelle façon d'appréhender la confirmation a cependant suivi les pas de la théorie moderne des nullités. Comme nous l'avons déjà évoqué, cette dernière s'est écartée de l'acte en lui-même pour se concentrer sur le droit de critique octroyé à celui qui subit l'irrégularité. De fait, depuis cette théorie la doctrine contemporaine considère la confirmation comme un acte qui vise plutôt à renoncer au droit d'invoquer la nullité, elle « n'a qu'un effet abdicatif et n'a point pour conséquence de valider l'acte confirmé *erga omnes* »[1138]. De par sa logique, c'est cette analyse qui devait l'emporter car si on considère la confirmation comme la « réparation » d'un contrat invalide, il n'y plus aucune raison d'exclure son application à l'égard des nullités absolues[1139]. Pour ces dernières, la confirmation est exclue du fait que la nullité puisse être demandée « par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le Ministère public »[1140]. Cette différence ne se justifie donc pas par le degré de gravité[1141], celui-ci ne justifie d'ailleurs même pas la distinction entre les nullités relatives et absolues comme nous l'avons indiqué précédemment[1142]. En revanche, elle permet de préciser quels sont les titulaires du droit de critique. Ce droit étant restreint aux parties dans le cadre de la nullité relative, la confirmation – qui est donc une renonciation à ce droit – est envisageable. C'est exactement cette analyse qui a été consolidée par l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1182 prévoit désormais expressément que « la confirmation est l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce ».

[1138] G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls, op. cit.,* n° 16, p. 11.

[1139] Art. 1180, al. 2, C. civ. : prévoyant que la nullité absolue « ne peut être couverte par la confirmation du contrat ». Mais la règle n'est pas nouvelle, V. déjà Cass. soc., 25 juin 1996, n° 94-19.992, Bull. civ. V, n° 255, p. 179 : « L'acte nul de nullité absolue ne peut être rétroactivement confirmé ».

[1140] Art. 1180, al. 1, C. civ.

[1141] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations,* Dalloz, 2016, n° 477, p. 399.

[1142] V. *supra.*

340. La confirmation contribue déjà grandement au mécanisme de déblocage du contrat mais cette manière de l'envisager la renforce encore davantage. En effet, s'il ne s'agit plus d'une volonté de « réparer le vice » mais plutôt une volonté de ne pas s'en prévaloir, le contrat confirmé étant autrement dit « toujours objectivement défectueux »[1143], la confirmation tacite est grandement facilitée. La « réparation » du vice n'étant plus exigée[1144], il peut y avoir confirmation même si cette réparation fait défaut. Seule la volonté d'invoquer ou non la nullité détermine l'existence de la confirmation[1145]. Étant précisé que la confirmation tacite peut résulter de « l'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité »[1146], et il n'y a là rien de nouveau, le désintérêt du contractant à l'égard de la cause de nullité a toujours été considéré ainsi[1147].

Paragraphe II – Le maintien efficace du contrat par des sanctions alternatives à la nullité

341. Les vices du consentement doivent-ils conduire nécessairement à la nullité ? Dans certaines situations particulières, comme le vice du consentement incident, les remèdes alternatifs à la nullité ne présentent-ils pas une efficacité supérieure ? Et même s'il s'agit d'un vice du consentement principal et non incident, dès lors que la régularisation est possible et que le contrat demeure utile, n'est-il pas loisible de la préférer à la nullité ? L'accroissement significatif des sanctions palliatives, permettant de maintenir le contrat, « est à lui seul un aveu d'impuissance et d'inefficacité de la nullité du contrat, car si elle remplissait son

---

[1143] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *ibid. :* « La confirmation permet seulement d'éloigner l'action en nullité, sans que l'acte ne subisse quelque modification que ce soit ».

[1144] Contrairement au texte antérieur, l'ordonnance n'exige plus des parties qu'elles ont « l'intention de réparer le vice » (la confirmation n'exige ni de réparer concrètement le défaut du contrat, ni d'en avoir l'intention).

[1145] Le texte soumet cependant la confirmation expresse à des conditions formelles : « Cet acte mentionne l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat » (art. 1182, al. 1er, C. civ.).

[1146] Art. 1182, al. 3, C. civ.

[1147] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *ibid.*, n° 479, p. 402.

rôle, elle se suffirait à elle-même »[1148]. C'est en tirant le constat que d'autres remèdes réparent mieux la violation de l'obligation prescrite[1149] que ne peut le faire la nullité, que les lois promulguées se sont mises à prévoir des sanctions de plus en plus mesurées[1150]. Elles « sont aujourd'hui suffisamment nombreuses pour laisser à la nullité du contrat une place très réduite, laissant penser que le principe est devenu l'exception »[1151].

342. Les solutions permettant de débloquer le contrat grâce à une sanction bien plus utile et efficace que la nullité se sont multipliées et diversifiées surtout au sein des droits spéciaux : déchéance du droit aux intérêts, réduction proportionnelle, indemnisation, amendes [1152], éradication des clauses irrégulières[1153], nullités partielles, etc.[1154]. En droit commun, il semble établi que la loi ne permet pas autre chose que la nullité dès lors qu'elle est demandée au juge. Ce dernier n'est pas censé pouvoir substituer une autre sanction que celle-ci si la victime ne souhaite pas se contenter d'une indemnisation ou, d'ailleurs, de toute autre sanction alternative. Ces remèdes moins radicaux se retrouvent pour beaucoup dans des législations destinées à régir les relations entre plus forts et plus faibles. En droit de la consommation tout d'abord, de nombreuses clauses irrégulières[1155] ne conduisent pas à la nullité du contrat mais sont réputées non écrites, alors même que ce sont des dispositions d'ordre public qui ont été bafouées. En droit du travail, si les conditions restrictives[1156] du recours au contrat

---

[1148] C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *ibid.*, n° 75, p. 78.

[1149] C. FRANÇOIS, *L'acte juridique irrégulier efficace,* th. Paris 1, 2017 ; M. E. PANCRAZITIAN*, La protection judiciaire du lien contractuel*, th. Aix-Marseille, PUAM, 1996, n° 463 s., spéc. n° 365 ; P. DURAND et *alii*, *La Tendance à la stabilité du rapport contractuel : études de droit privé,* LGDJ, 1960.

[1150] C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD civ. 1997, p. 357, n° 7.

[1151] C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *ibid.*, n° 75, p. 79.

[1152] V. T. AZNAR, *La protection pénale du consentement donné par le consommateur*, th. Perpignan, 2017.

[1153] V. S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, th. Paris, Économica, 2006, Préf. Y. Lequette, p. 371 s.

[1154] V. « Les substituts de la nullité dans le droit spécial » *in* C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. Paris II, Dalloz, 2002, Préf. Y. Lequette, p. 114-127 :

[1155] Car entraînant pour le consommateur un désavantage abusif.

à durée déterminée[1157] ne sont pas respectées, pour ne pas faire subir au salarié l'annulation du contrat de travail qui ne serait pas dans l'intérêt du salarié, le législateur sanctionne cette situation par la requalification en contrat à durée indéterminée[1158].

343. « Qui peut le plus, peut le moins ». Ces solutions alternatives étant favorisées dans les droits destinés à la protection des parties faibles, elles devraient d'autant plus pouvoir être envisagées en droit commun des contrats, notamment dans le cadre des vices du consentement sous certaines conditions. L'ordonnance du 10 février 2016 a été une occasion vaine de rapprocher les conditions de validité du contrat de ce mouvement proche de la *favor contractus.* Certains pas en ce sens ont été franchis, en particulier à l'article 1170 qui répute non écrite toute clause « qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur », ainsi qu'à l'article 1171 qui sanctionne pareillement la clause « qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » au sein d'un contrat d'adhésion. En revanche, la réforme n'a que très peu fait évoluer le régime des vices du consentement où la seule véritable innovation que l'on peut constater est l'interdiction de l'abus de dépendance[1159]. Sur ce point, la diversité et l'efficacité des sanctions a totalement été occultée. Certes, la victime peut se contenter d'engager la responsabilité, sans demander la nullité du contrat, mais ce n'est pas le but notre analyse qui s'interroge sur la possibilité du juge d'imposer lui-même des solutions plus efficaces que la nullité pour sanctionner un consentement vicié. À première vue, les vices du consentement entraînent la nullité et rien que la nullité mais à l'appui de la jurisprudence antérieure et des nouveaux textes on peut dégager subtilement des sanctions alternatives dans des

---

[1156] L'art. L. 1242-2 C. trav. ne permet le recours au contrat à durée déterminée que « pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire » et seulement pour remplacer temporairement un salarié indisponible, le chef d'une entreprise ou d'une exploitation agricole, un associé ou encore une personne exerçant une profession libérale. De même, lorsque l'emploi temporaire à un caractère saisonnier ou qu'il est justifié par l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, ou encore pour recruter de cadres et ingénieurs en vue de la réalisation d'un objet défini.

[1157] Art. L. 1242-1 C. trav. : « Un contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ».

[1158] L'art. 1245-1 C. trav. répute à durée indéterminée tout contrat de travail à durée indéterminée ne respectant pas les prescriptions prévues notamment aux art. L. 1242-1 et L. 1242-2.

[1159] V. *supra*. à propos de cette consécration.

situations bien déterminées (A), et même leur attribuer des fondements juridiques très convaincants (B).

A/ Causes des sanctions alternatives à la nullité du contrat

344. Un auteur dont la thèse a été reconnue[1160] avait proposé avec pertinence de faire de la régularisation du contrat la sanction de principe des vices du consentement au lieu et place de la nullité qui deviendrait une sanction subsidiaire (2). Toutefois, la réforme du droit commun des contrats étant encore tiède, nous ne souhaitons pas proposer des innovations impossible à appliquer et trop éloignées de ce que permettent les textes en vigueur. Vouloir réformer juste après la réforme n'est pas raisonnable, en revanche, comme nous le faisons tout le long de cette thèse, on peut dicter une manière de lire les textes adoptés pour aboutir à la finalité poursuivie par le déblocage du contrat. À l'heure actuelle, les textes du Code civil n'autorisent pas à faire de la nullité la sanction subsidiaire de tous les types de vices du consentement. Toutefois, ils autorisent - même si c'est de manière très indirecte - la reconnaissance de la distinction entre le principal et l'incident qui, par la même occasion n'est plus réservée au seul dol mais étendue à tous les vices du consentement (1).

1. La possible construction d'un régime juridique régissant les vices du consentement incidents

345. La sanction traditionnelle des vices du consentement était et semble encore aujourd'hui être la nullité relative et aucune autre. C'est en tout cas ce qui ressort des textes, aussi bien avant qu'après la réforme, dès lors qu'on en fait une lecture sans nuance dont on ne peut accuser le droit prétorien antérieur puisqu'il a su poser une sanction intermédiaire à l'égard de l'erreur provoquée de nature incidente. Avec pour source première le Digeste[1161], la jurisprudence n'a pas tardé

[1160] C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. Paris II, Dalloz, 2002, Préf. Y. Lequette, n° 508 s., p. 394 s.

[1161] DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 24, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, t. 1, Lahure, 1877, n° 175.

à différencier le dol principal du dol incident[1162] dans le but de soumettre ce dernier à une sanction plus appropriée et plus mesurée que la destruction du contrat[1163]. Puisqu'en l'absence de dol incident la victime aurait tout de même contracté mais à des conditions différentes, il est contre-productif et absolument pas dans l'intérêt de celle-ci de la priver du bénéfice de ce contrat. Il semble plus efficace d'apporter des solutions ramenant la victime dans la situation qu'elle avait espérée et qui nepeut correspondre, en pareille hypothèse, à être privée du contrat envisagé.

346. C'est cette recherche d'efficacité des sanctions, amplifiée par le mouvement contemporain de sauvetage du contrat, qui a conduit la Cour de cassation à admettre le dédoublement utile du régime du dol. Pourtant, une partie non négligeable de la doctrine critique la prise en compte du dol incident qui selon elle devrait se confondre avec le dol principal et ne pas conduire à autre chose que la nullité. De ce point de vue, soit il y a un consentement, soit il n'y en a pas, et aucune autre situation intermédiaire ne peut exister de sorte que la distinction serait en réalité artificielle. Selon Ripert et Boulanger, « la volonté d'acquérir ne prend une valeur juridique que si elle est la volonté d'acquérir moyennant un prix déterminé »[1164], de sorte que si le prix plus particulièrement, mais cela est également valable pour n'importe quelle autre clause du contrat, n'est pas accepté tel quel, il n'y a en réalité aucune volonté. Cette dernière n'existerait pas dès lors que le contractant n'a pas consenti totalement au contrat. Une partie de la doctrine contemporaine, notamment Monsieur Ghestin[1165], a repris cette condamnation du caractère artificiel du dol incident qui ne pourrait être décelé tant il est impossible de s'immiscer dans la psychologie du contractant victime.

[1162] Cass. civ. 3ème, 5 avr. 1968, Bull. civ. I, n° 156 ; Cass. com. 23 nov. 1982, n° 81-10.802.

[1163] E. TRESCARTES, *De l'erreur dans les actes juridiques et spécialement dans les contrats*, th. Aix-Marseille, 1908, p. 116 : qui relevait déjà que si la « volonté est influencée par l'erreur, de sorte qu'elle n'eût pas contracté, on ne peut qu'obtenir la nullité. Il n'y a pas de milieu ». Mais si « eût-on fait le contrat tout de même ? Il est conservé. Ne l'eût-on pas fait ? Il est annulé ».

[1164] G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil,* t. 2, LGDJ, 1956, n° 185.

[1165] J. GHESTIN *in* D. 1972, jurispr. p. 653 ; même auteur, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 3ème éd.., n° 576 ; *Adde* A. COLIN et H. CAPITANT*, Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Dalloz, 5ème éd., 1928, p. 287.

347. Nous démontrerons que si la jurisprudence a pu élaborer une telle distinction (a) c'est parce qu'il existe une variabilité de situations intermédiaires qui ne méritent pas toutes la qualification de dol incident[1166]. Les critiques avancent des arguments qui généralisent excessivement les différentes situations susceptibles d'être qualifiées de dol incident. Il y a une part de vérité dans leur propos, effectivement on peut parfois constater que la victime aurait contracté mais à des conditions substantiellement différentes ou à des conditions qu'aucune régularisation ne peut lui faire obtenir. En pareil cas, le faussé entre ce que le contractant aurait voulu et ce qu'il lui offre ou peut lui offrir s'il est réparé[1167], impose bien évidemment l'entière nullité. Il nous semble néanmoins qu'entre ces hypothèses et le dol principal, il existe des situations intermédiaires dans lesquelles les conditions différentes souhaitées ne sont pas d'une grande ampleur, elles ne sont pas substantielles pourrait-on dire, et même d'autres hypothèses où cette différence est plus conséquente mais qui peut être atteinte par le biais d'une régularisation du contrat décidée par le juge.

Tous ces propos peuvent paraître très théoriques, voire contestataires vis-à-vis des nouveaux textes adoptés, puisque la plupart des auteurs estiment que l'ordonnance du 10 février 2016 a mis un terme à la prise en compte du vice du consentement incident[1168]. Vu que l'article 1130 du Code civil prévoit que « l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes », il faudrait en conclure que la loi rejette les vices du consentement incidents. Une lecture non pas orientée, mais moins précipitée, peut pourtant aboutir à un autre constat. Contracter à « des conditions substantiellement différentes » est quasiment équivalent au fait de ne pas contracter à de telles conditions, la différence est bien trop minime pour qu'il

---

[1166] V. D. BAKOUCHE, *La prétendue inconsistance de la distinction du dol principal et du dol incident*, JCP G 2012. 851.

[1167] Une fois le vice réparé par le procédé d'un régularisation quelle qu'elle soit : réfaction, dommages et intérêts, éradication d'une ou plusieurs clauses, etc. (V. *infra*, au sujet des sanctions alternatives à la nullité proposées).

[1168] En ce sens, not., G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 296, p. 242 et n° 330, p. 269 ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Coll. Thémis Droit, 4ème éd., 2016, n° 368 ; G. LOISEAU, *Les vices du consentement*, Contrats, conc. consom. 2016, dossier 3, n° 17, n° 5 ; D. FENOUILLET, P. MALINVAUD et M. MEKKI, *Droit des obligations*, 14ème éd., LGDJ, 2017, n° 209.

y ait lieu de distinguer, à l'instar de la contrepartie dérisoire que la loi assimile à la contrepartie absente[1169].

348. On peut donc adopter une position à contre-courant selon laquelle l'article 1130 n'a pas pour effet d'exclure les vices du consentement incidents qui bien au contraire sont consacrés même si le procédé est indirect. L'article 1130 indique que seul le vice du consentement principal et celui qui lui est tellement proche qu'il peut lui être assimilé sont sanctionnés par l'entière nullité. Par un raisonnement a contrario, ne peut-on pas en déduire que le dol qui est véritablement incident peut échapper à cette nullité ? Et puisque nous avons à présent la chance de bénéficier d'un texte général relatif aux nullités partielles et à l'éradication des clauses irrégulières (article 1184 du Code civil), n'a-t-on pas un fondement tout établi sur lequel le juge peut s'appuyer pour débloquer le contrat frappé par un vice du consentement incident ? Un fondement d'autant plus convaincant qu'il est suffisamment large pour englober une multitude de façons de régulariser le contrat qui pourraient s'ajouter aux dispositions relatives à la responsabilité permettant déjà l'octroi de dommages et intérêts à la victime (b).

a. Le régime prétorien critiqué par la doctrine dans le droit antérieur

349. Bien que la suite de nos propos concernera le caractère incident de tous les vices du consentement [mais dans une moindre mesure s'agissant de l'erreur spontanée comme nous le verrons ci-après], il faut savoir que la question s'est posée avec plus d'acuité à l'égard du dol. Avec pour source le Digeste[1170], la jurisprudence[1171] a opéré une distinction entre le dol incident sans lequel la victime aurait tout de même accepté de contracter, mais à des conditions différentes, qui bien souvent correspondent à un prix plus avantageux[1172]. Dans ce cas, la nullité est mise de côté au profit de sanctions plus mineures ayant pour

---

[1169] L'art. 1169 C. civ. énonce qu'« un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ».

[1170] DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, op. cit.*

[1171] Cass. com., 11 juill. 1977, n° 76-10.703, JurisData n° 1977-798001 ; D. 1978. 55, NOTE LARROUMET.

[1172] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11ème éd., Dalloz, 2013, n° 238, p. 265.

effet de maintenir le contrat. Pour une erreur d'appréciation des éléments du contrat, les juges ont pu estimer que l'allocation de dommages et intérêts suffit[1173]. Dans la majorité des cas, l'indemnisation fait office de réduction du prix[1174], bien que ce ne soit pas juridiquement rigoureux, mais parfois c'est celle-ci qui a été directement admise[1175]. Très tôt critiquée[1176], la distinction entre le dol incident et principal fait l'objet d'un rejet par une partie de la doctrine contemporaine[1177] qui était encore vive au moment précédant la réforme du droit commun des contrats. Ces auteurs estiment que la volonté de contracter ne peut exister dès lors que le souhait du contractant aurait été de contracter à des conditions différentes et de ce fait l'acceptation d'une partie du contrat seulement ne peut être distinguée du dol principal. Le résultat, constitué par l'absence de consentement, serait identique que le dol soit principal ou incident de telle sorte que la distinction entre les deux serait artificielle. Dans les deux cas, seule la nullité du contrat devrait être envisagée. À cela, la doctrine moderne ajoute un argument, qu'elle juge déterminant, selon lequel il est irréaliste de prétendre pouvoir différencier la volonté de contracter de la volonté de contracter à d'autres conditions[1178].

[1173] Cass. com., 11 juill. 1977, n° 76-10.703, JurisData n° 1977-798001 ; D. 1978. 55, NOTE LARROUMET – Cass. com., 23 nov. 1982, n° 81- 10.802, JurisData n° 1982-702730 ; RTD com. 1983, p. 220, obs. J. DERRUPPÉ – Cass. com., 8 juill. 2003, Contrats, conc., consom. 2003, comm. 153, obs. L. LEVENEUR. – *Contra*, Cass. civ. 1re, 22 déc. 1954, D. 1955, jurispr. p. 254.

[1174] C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 4, LGDJ, 6ème éd., 1871, par Bartin, § 143 bis. G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des Obligations*, Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1897-1902, t. 1, n° 116.

[1175] Cass. com., 27 mai 1997, n° 95-15.930, JurisData n° 1997-002505 ; JCP E 97. I. 710, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN – Cass. civ. 3ème, 6 juin 2012, n° 11-15.973, RDC 2012/4, p. 1180, obs. T. GENICON.

[1176] A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Dalloz, 5ème éd., 1928, p. 287 ; M. PLANIOL, G. RIPERT et P. ESMEIN, *op. cit.,* n° 207. *Contra* C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2ème éd., par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, T. VIII, par G. Lagarde, n° 142.

[1177] J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat, op. cit.,* n° 576 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, Sirey, 2ème éd., n° 156 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, Sirey, 12ème éd., n° 214 ; A. BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations*, Domat-Montchrestien, 12ème éd., n° 89 ; J. GHESTIN, D. 1972, jurispr. p. 653.

[1178] M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Coll. Thémis Droit, 2ème éd., p. 332 : « entre la tromperie sans laquelle de toute évidence le demandeur n'aurait pas conclu le contrat et la tromperie minime qui n'aurait sans doute rien changé à sa décision, il y a place pour toute une série de situations intermédiaires où il est difficile d'analyser les arcanes de la psychologie du contractant et de déterminer avec certitude si finalement il aurait ou non conclu le contrat ».

350. Il nous semble injustifié de rejeter une distinction permettant aux juges de prononcer des sanctions plus mesurées et efficaces sous prétexte qu'il est difficile de sonder l'esprit du contractant[1179]. N'est-ce pas déjà ce que font les juges du fond dès lors qu'il convient d'apprécier le caractère intentionnel de l'auteur du dol ? On ne voit pas bien pourquoi est-ce que d'un coup de baguette magique les magistrats devraient porter leur appréciation uniquement sur des éléments objectifs.

Par ailleurs, cette remise en cause fait fi de la nature distincte des différents éléments du contrat, essentiels pour certains, accessoires pour d'autres. Les obligations essentielles étant celles qui justifient l'existence même du contrat[1180], Pothier disait à leur propos que sans elles « le contrat ne peut subsister », que « faute de l'une de ces choses, ou il n'y a point du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat »[1181]. Dès lors qu'il s'agit d'éléments constituant le noyau dur intangible en l'absence duquel le contrat ne présenterait plus d'intérêt, ils sont considérés comme essentiels. Or, lorsqu'on évoque l'idée d'un vice incident, c'est précisément pour désigner les éléments accessoires auxquels n'a pas consenti la victime, sans que cela ait toutefois un impact à l'égard des éléments essentiels. Là est la différence entre le vice du consentement principal et celui qui n'est qu'incident. « Si l'on conçoit, ce qui est difficilement contestable, que c'est précisément l'accord sur les seuls éléments essentiels qui révèle le motif déterminant de l'engagement, alors on imagine mal qu'on puisse considérer, comme le font pourtant les partisans de la confusion du dol principal

---

[1179] D. BAKOUCHE, *La prétendue inconsistance de la distinction du dol principal et du dol incident*, JCP G 2012. 851 : « la recherche qui consiste à savoir quelle a pu être l'incidence des manœuvres dolosives sur le consentement de la victime, qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, comporte toujours, comme toute investigation psychologique, une part d'incertitude, qui n'est pas propre au dol incident ».

[1180] V. PH. JESTAZ, *L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale, in* Mélanges Pierre raynaud, dalloz-Sirey, 1985, p. 273, spéc. p. 276 ; Adde M.-P. BAUDIN-MAURIN, *Pour une approche empirique de la notion d'obligation essentielle du contrat*, RRJ 2002. 1859 ; X. THUNIS, *Une notion fuyante : l'obligation essentielle du contrat, in* Mélanges Marcel Fontaine, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 521 ; R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, LGDJ, 2000 ; C. DESLAURIERS-GOULET, *L'obligation essentielle dans le contrat*, Les Cahiers de Droit, vol. 55, n° 4, déc. 2014, p. 923-950 ; PH. DELECQUE, *Article 1168 : clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat*, RDC 20153, p. 759.

[1181] POTHIER, *Traité des obligations*, Reprint Dalloz, 2011, n° 6 : qui, sur la base du droit romain, avait opéré une classification des obligations qui distinguait les *essentialia*, les *naturalia* et les *accidentalia*.

et du dol incident, que le dol doive toujours pouvoir entraîner la nullité du contrat, que l'erreur provoquée par les manœuvres porte sur des éléments essentiels ou accessoires de l'accord »[1182].

C'est simplifier à l'excès que de considérer que le vice du consentement incident correspond à la situation dans laquelle la victime aurait contracté à des conditions différentes. Ces dernières sont d'une variété de degré qu'il est indispensable de prendre en compte pour pouvoir définir véritablement ce qu'est un vice incident. Dès lors que la victime aurait contracté à des conditions *substantiellement* différentes, autrement dit en la présence d'éléments essentiels différents, nous sommes en la présence d'un vice du consentement principal. La distinction entre ce cas de figure et celui dans lequel la victime n'aurait pas contracté étant bien trop minime pour recevoir un autre traitement, à l'instar de la confusion légale opérée entre la contrepartie absente et dérisoire. En revanche, dès lors qu'il apparaît que la victime aurait contracté à des conditions qui ne sont pas substantiellement différentes, ce qui signifie avec des éléments essentiels identiques mais des éléments accessoires différents, alors le vice du consentement peut être qualifié d'incident.

b. L'admission en filigrane des vices du consentement incidents par la réforme

351. L'absence de codification ne signifie pas nécessairement réprobation de la jurisprudence passée – Le législateur aurait pu prévoir expressément l'impossibilité d'annuler le contrat s'il s'avère que la victime du vice aurait tout de même contracté mais à des conditions différentes. Puisqu'il n'en est rien, il faudrait croire que l'ordonnance a mis un terme à la différenciation du dol construite par la jurisprudence. Sauf que l'absence de consécration d'une règle prétorienne ne signifie pas de facto qu'elle ne sera pas reconduite, n'est-il pas habituel pour la loi de ne pas tout prévoir dans le moindre détail ? Les textes ayant besoin de rester un minimum malléables, pour perdurer dans le temps et s'adapter à une diversité de situations, il n'est guère étonnant de

---

[1182] D. BAKOUCHE, *La prétendue inconsistance de la distinction du dol principal et du dol incident, op. cit.*

ne pas entériner dans la loi une jurisprudence sans pour autant la condamner. Cette problématique n'est d'ailleurs pas spécifique aux vices du consentement, les cas dans lesquels on s'interroge sur la continuité ou non de la jurisprudence antérieure concerne de nombreuses dispositions issues de la réforme du droit des contrats. En général, on ne se précipite pas pour affirmer péremptoirement que la jurisprudence n'est plus car la loi est survenue. Les commentateurs des dispositions nouvelles pèsent les arguments les uns contre les autres et finissent toujours par conclure que la décision finale reviendra aux juges et qu'il ne sera possible de se fixer que lorsque la Cour de cassation se sera prononcée sur la question[1183]. Ainsi en va-t-il de la révision judiciaire des honoraires consacrée par la jurisprudence[1184] et qui pose la question de son intégration à l'article 1165 du Code civil sanctionnant la fixation du prix abusif des contrats de prestation de service par des dommages et intérêts, alors que jusque-là les juges procédaient directement à une adaptation du prix[1185]. La loi « propose un contenu qui est normativement indéterminé, puisque ce contenu dépend de l'interprétation qu'en fera la Cour de cassation [et ce, indépendamment des diverses propositions d'interprétation que formule la doctrine]. La norme légale est donc une norme à interpréter, tandis que la décision de la Cour de cassation est une norme interprétée »[1186]. Après avoir été « l'auteur » de la réforme sur bien des points, le juge en sera « l'acteur » clé[1187].

[1183] D. GUEVEL, *Propos introductifs, Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats,* Colloque, RDC 2016/2, p. 352 s. ; D. MAINGUY, *Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats*, D. 2016. 1762 : où l'auteur traite du pouvoir autonome et normatif des juges ; D. LANZARA, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, th. Nice, LGDJ, 2017, Préf. Y. Strickler.

[1184] Cass. civ. 29 janv. 1867, DP 67.1.53, S. 67.1.245, Grands arrêts, t. 2, n° 280 – Cass. civ. 9 mai 1866, D. 1866.1.246 et Cass. req. 28 mai 1913, S. 1913.1.116 – Cass. civ. 27 déc. 1944, Gaz. Pal. 1945. 1. 77 ; Cass. com. 23 mai 1978, Bull. civ. IV, n° 146, p. 125 – Cass. civ. 1ère, 3 mars 1998, JCP 1998, n° 15, actualités, p. 637, obs. R. MARTIN, Defrénois, 1998.734, obs. J.-L. AUBERT, RTD civ. 1998. 404, obs. P.-Y. GAUTHIER – Cass. civ. 1ère, 7 juill. 1998, Contrats, conc. consom. 1998, n° 159, obs. L. LEVENEUR – V. M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, th. Aix-Marseille, PUAM, 1996, Préf. J. MESTRE n° 122, p. 112 ; B. BOCCARA, *Du pouvoir judiciaire de réduction de l'honoraire de l'avocat (Libre critique et dialectique judiciaire)*, Gaz. Pal., 1998, doc. 5.

[1185] V. S. PELLET, *Fixation unilatérale du prix : une prérogative bien obscure !,* LEDC 2016, n° 3, p. 5.

[1186] D. MAINGUY, *ibid.,* l'auteur ajoutant qu'il existe « deux sources certaines de normes juridiques, la loi et la jurisprudence. […] Seule la jurisprudence est une source véritable de norme juridique puisque c'est la Cour de cassation qui déterminera, en toutes circonstances, le sens objectif à un moment donné de la norme légale qu'elle interprète […]. On conclura donc ici, a

352. En somme, la fin de la distinction entre le vice du consentement incident et principal est loin d'être acquise et tout reste encore possible. La codification de règles nouvelles ne signifie pas en tant que tel un abandon des jurisprudences passées sauf, et cela est bien logique, si elles se révèlent inconciliables. Il s'agit là du second argument avancé par les auteurs ayant annoncé la fin de l'adaptation du droit au dol incident mais nous verrons que si l'article 1130 est interprété de manière plus approfondie, l'argument ne tient plus.

353. La compatibilité entre l'article 1130 et la jurisprudence antérieure relative au dol incident – L'article 1130 du Code civil prévoit que « l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes ». Le fait que la loi ait englobé les deux cas différents précités dans une seule et même catégorie, impliquant une sanction commune (la nullité), a fait dire aux auteurs contemporains[1188] qu'il s'agit d'une « condamnation implicite de la distinction entre le dol principal et le dol incident »[1189].

Cela étant dit, de notre point de vue, il ne ressort pas de l'article 1130 du Code civil un renoncement au dol incident mais au contraire une consécration implicite des vices du consentement incidents. Il ne peut ressortir d'autre constat que celui-ci si le dol incident et les « conditions substantiellement différentes »

---

minima, que les normes de source jurisprudentielle existent et qu'elles ont la même nature que les autres normes juridiques, les normes de source légale ».

[1187] D. GUEVEL, *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats, ibid.*

[1188] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations,* Dalloz, 2016, n° 330, p. 269 : « L'erreur [provoquée] doit avoir été telle que, sans elle, la victime n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. L'article 1130 du Code civil semble ainsi condamner la distinction entre dol principal et dol incident en mettant sur le même plan l'hypothèse de l'absence de conclusion du contrat, et celle d'une conclusion en des termes substantiellement différents » ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Coll. Thémis Droit, 4ème éd., 2016, n° 368 : « Ainsi [d'après l'article 1130], dès lors qu'il est démontré que la victime n'aurait pas conclu le contrat précis qu'elle a conclu, elle pourra en demander l'annulation » ; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis, 17ème éd., 2017, n° 209 ; G. LOISEAU, *Les vices du consentement*, Contrats, conc. consom. 2016, Dossier 3, n° 17 et n° 5 ; B. PETIT et S. ROUXEL, *Contrats et obligations*, JurisClasseur civil, Art. 1137 à 1139, Dol : « Cet abandon semble confirmé par le nouvel article 1130 du Code civil, duquel il résulte que le dol déterminant cause de nullité est celui qui est de telle nature que, sans lui, la victime du dol '' n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes'' ».

[1189] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *ibid.,* n° 296, p. 242.

envisagées par le texte sont rigoureusement définis. Le dol serait principal dès lors que la victime aurait contracté à des conditions substantiellement différentes mais il ne serait qu'incident si elle aurait contracté à des conditions qui ne sont pas substantiellement différentes. Ce qui est capital au sein de l'article 1130 ne serait plus la fusion de deux situations mais la distinction entre deux hypothèses dans lesquelles la victime aurait tout de même contracté mais différemment. « D'une part, le dol qui, ayant poussé le contractant à consentir à des conditions substantiellement différentes, a véritablement défiguré l'accord, qui n'est pas un dol incident mais une simple déclinaison du dol principal[1190] – et qui doit donc être traité comme tel (il doit permettre la nullité du contrat). D'autre part, l'hypothèse dans laquelle le dol n'a fait qu'infléchir le contrat à la marge, seule hypothèse du dol incident véritable qui ne peut conduire à la nullité entière du contrat mais dont on ne peut concevoir pour autant qu'il reste sans sanction. C'est à son égard, et à son égard seulement, qu'une allocation de dommages-intérêts, voire une réfaction du contrat (comme la suppression d'une simple clause), sera seule envisageable, à l'exclusion de la nullité »[1191]. Le caractère substantiel ou non des conditions litigieuses dépend de leur importance par rapport aux autres conditions sur lesquelles le vice ne porte pas, pour en juger – comme nous l'avons évoqué précédemment – on peut faire usage de la distinction entre les éléments essentiels et accessoires du contrat[1192]. Il y aurait donc un vice du consentement incident lorsque celui-ci n'a pas empêché la victime de consentir aux éléments essentiels du contrat mais qu'il a en revanche altéré son consentement à l'égard des éléments accessoires du contrat[1193].

[1190] Tout comme la contrepartie dérisoire qui n'est guère plus qu'une déclinaison de la contrepartie absente (Art. 1169 C. civ. : « un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire »).

[1191] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, p. 178.

[1192] V. les propositions en ce sens par D. BAKOUCHE, *La prétendue inconsistance de la distinction du dol principal et du dol incident*, JCP G 2012. 851.

[1193] En ce sens, PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8ème éd., LGDJ, 2016, n° 512, p. 295 : « La nullité peut être prononcée même si l'erreur provoquée par le dol n'a pas porté sur les qualités essentielles de la prestation ; mais il faut qu'elle ait déterminé le consentement (art. 1130), ce que l'on appelle le dol principal. Au contraire, le dol incident n'a pas déterminé le consentement parce qu'il ne porte que sur des parties secondaires du contrat ; il ne permet pas d'annuler le contrat […]. Bien que critiquée par quelques auteurs contemporains, la distinction s'impose » ; N. DISSAUX et C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, 2017, p. 39 : l'idée est évoquée de manière moins affirmée que les

354. L'extension du régime du dol incident aux autres vices du consentement par l'effet implicite de l'article 1130 – L'article 1130 du Code civil est commun aux trois vices du consentement, il y a là « une mutualisation du caractère déterminant dans un texte commun »[1194]. De fait, si l'on admet que cette disposition constitue la base du dol incident, seul consacré jusqu'alors par la jurisprudence, la distinction entre le principal et l'incident se retrouve avec un domaine plus étendu. On ne parlerait plus exclusivement de dol incident mais de vice du consentement incident puisqu'il pourrait tout autant s'agir de l'erreur spontanée que du dol ou de la violence. Une généralisation à tous les vices du consentement que d'aucuns estiment bienvenue car « quoique l'hypothèse du vice incident n'ait pas été étudiée en doctrine pour l'erreur et la violence, elle est tout aussi pertinente à leur égard »[1195].

355. S'agissant de la violence par abus de dépendance l'intérêt est palpable : l'article 1143 du Code civil condamnant le fait de tirer un avantage manifestement excessif, on s'interrogera légitimement sur la possibilité de réduire cet excès au lieu d'annuler le contrat[1196]. « Si le juge décide – comme en matière de dol – de prononcer une condamnation à des dommages et intérêts sans annuler le contrat, on aboutira à une forme de réfaction du contrat »[1197].

S'agissant de l'erreur spontanée, l'opportunité de lui appliquer une distinction entre celle qui serait principale et celle qui ne serait qu'incidente mérite d'être pondérée. En étant animé par un esprit de justice, il peut être difficile d'admettre l'erreur incidente car elle ferait subir au contractant de l'*errans* un désavantage en raison d'un vice dont il n'est en aucun cas responsable. Lui faire subir une diminution du prix ou des dommages et intérêts ou encore la suppression de clauses contractuelles rédigées à son avantage –

---

auteurs précédents, néanmoins la question du caractère déterminant du vice ayant pour objet une condition accessoire est posée.

[1194] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 176.

[1195] *Ibid.*, p. 177.

[1196] *Ibid.*

[1197] Y. PICOD, *Rapport introductif, in* La violence économique à l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique, Journées nationales H. Capitant, t. XXI, Perpignan, Y. PICOD et D. MAZEAUD (dir.), Dalloz, 2017, p. 5.

en raison de l'erreur spontanée de l'autre partie – paraîtrait injuste. À rebours du dol et de la violence où la responsabilité du cocontractant de la victime dans la survenue du vice justifie pleinement le déséquilibre que le juge lui infligerait par le biais des dommages et intérêts ou de la réfaction[1198]. La nécessité d'une exclusion de principe de l'erreur spontanée de la catégorie des vices du consentement incidents convainc sans difficulté. Il est revanche moins aisé de la justifier juridiquement car l'article 1130 du Code civil, à partir duquel nous avons déduit, par un raisonnement a contrario, que le juge peut continuer à distinguer le vice principal du vice incident, est censé être commun à tous les vices du consentement. Reste une solution qui consisterait à ce que la Cour de cassation établisse une règle jurisprudentielle selon laquelle, contrairement aux autres vices du consentement, l'erreur spontanée ne peut faire l'objet d'aucune autre solution que la nullité du contrat. Il s'agirait pour le juge d'une manière d'interpréter la loi : dans un premier temps de façon extensive afin de ne plus appliquer la distinction principal / incident au seul dol ; dans un second temps, de manière limitative, en excluant de cette distinction l'erreur spontanée. De ce point de vue, peu importe que l'erreur soit principale ou incidente, peu importe également qu'une régularisation puisse réparer le vice affectant le contrat, l'erreur resterait soumise au remède classique prévu à l'article 1131 du Code civil (la nullité relative).

2. L'efficacité supérieure de la régularisation du contrat comme sanction de principe des vices du consentement

356. Le propos abordé ci-après diffère du précédent relatif aux vices du consentement incidents. Alors que pour ces derniers, nous avons proposé une interprétation du droit positif, nous abordons à présent un point très théorique énonçant certains regrets vis-à-vis de la sanction des vices du consentement adoptée par l'ordonnance du 10 février 2016. Le but est donc simplement de prendre de la hauteur et non d'envisager des solutions pratiques.

[1198] C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. Paris II, Dalloz, 2002, Préf. Y. Lequette, n° 402-403.

357. La régularisation classique – Avant la réforme, une suggestion approuvée, tournée vers l'efficacité des sanctions, avait été proposée par Madame Ouerdane-Aubert de Vincelles qui faisait de la régularisation (dans un sens revisité) la sanction de principe des vices du consentement, peu important que le vice soit principal ou incident[1199]. L'effet inévitable mais opportun de ce changement étant le caractère subsidiaire de la nullité, permettant un déblocage du contrat plus efficient. Dans le sens traditionnel du terme, la régularisation renvoie à l'action de purger un acte ou une situation du vice formel qui l'entache en réparant celui-ci par une initiative positive qui consiste précisément, en général, en l'accomplissement de la formalité adéquate »[1200]. En cela, la régularisation ne doit pas être confondue avec la confirmation. Cette dernière n'a pas pour objet de réparer le vice, elle permet seulement à une des parties de renoncer à se prévaloir de la nullité qu'elle est en droit de demander[1201], alors que la régularisation « consiste à valider un acte initialement nul en lui apportant l'élément qui lui fait défaut »[1202]. La régularisation se retrouve essentiellement dans le rachat de la lésion sanctionnée, celui qui n'a pas payé assez paye le surplus manquant et celui qui a trop reçu restitue l'excès. Cela peut par exemple concerner la rescision pour lésion des 7/12ème en matière immobilière (article 1674 du Code civil). En droit des sociétés également, la loi permet la régularisation des conventions[1203] donnant naissance à une personne morale dont le fonctionnement doit perdurer notamment vis-à-vis des tiers en lien avec elle[1204]. La régularisation est considérée comme un acte volontaire mais il n'est admis « que lorsque la nécessité d'une consolidation apparaît particulièrement pressante »[1205].

[1199] C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *ibid.,* n° 508 s., p. 394 s.

[1200] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, V° « Régularisation ».

[1201] Il s'agit d'un renoncement au droit de critique : G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls,* th. Paris, LGDJ, 1972, Préf. J. Flour.

[1202] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11ème éd., Dalloz, 2013, n° 398, p. 444 ; *Adde* C. DUPEYRON, La régularisation des actes nuls, th. Toulouse, LGDJ, 1973, Préf. P. Hébraud, n° 7.

[1203] Art. 1844-11 C. civ. : « L'action en nullité est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, sauf si cette nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social ».

[1204] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *ibid,* p. 445.

[1205] *Ibid.*

358. La régularisation-sanction proposée – Sans remettre en cause la régularisation telle qu'on l'entend de manière classique, Madame Ouerdane-Aubert de Vincelles avait proposé d'élargir cette notion afin d'y intégrer des régularisations de même nature, mais qui auraient pour particularité d'être imposées par le juge à titre de sanction des vices du consentement[1206]. Ce que l'auteur dénomme comme étant une « régularisation-sanction » comprendrait une multitude de mécanismes : nullités partielles, clauses réputées non écrites, réfaction, indemnisation, etc. Le choix entre eux se ferait selon l'opportunité et les possibilités. L'avantage de la notion de régularisation c'est qu'elle est suffisamment générale pour faire office de terme générique[1207]. Quant au fond, il s'agirait d'une sanction plus efficace que la nullité car elle répare les conséquences que la violation de la loi a produites et ne prive pas la victime des bénéfices du contrat qu'elle avait espéré, tel qu'elle l'avait espéré. Et c'est sans parler de la clarté qu'apporte cette unification comparé à l'éparpillement des sanctions et aux incertitudes dans le droit actuel. « Permettant le maintien du contrat en modifiant les éléments déséquilibrés qui ont résulté du vice, la régularisation remplacerait la nullité partielle, les clauses réputées non écrites, les réductions diverses et les applications actuelles de la responsabilité à l'altération du consentement. Toutes ces sanctions n'étant que les multiples facettes d'une même notion »[1208].

359. La proposition de cet auteur est tellement affirmée qu'il envisageait cette régularisation-sanction comme la sanction de principe des vices du consentement, à la place de la nullité du contrat. Cette dernière devenant alors une sanction subsidiaire applicable, la régularisation est impossible en cas de dol ou de violence, et en tous les cas en cas d'erreur spontanée[1209]. Notre propos est plus modéré puisque nous adoptons ce point de vue, sans le terme « régularisation »,

---

[1206] C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, op. cit.,* n° 511 s., p. 396 s.

[1207] Puisque la régularisation consiste à réparer l'acte afin qu'il soit conforme à la loi initialement violée, le terme est tout à fait adapté, quand bien même dans certains cas il ne s'agira pas d'une réparation en nature mais par équivalent (tel est par ex. le cas si aucune autre sanction que les dommage set intérêts n'est possible).

[1208] C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *ibid.*, n° 514, p. 401.

[1209] Afin de ne pas surprendre le cocontractant de la victime par la régularisation alors qu'il n'est responsable d'aucune façon dans la survenue du vice.

mais uniquement en la présence d'un dol incident ou d'une violence incidente (l'erreur ayant été exclue précédemment)[1210].

B/ Fondements des sanctions alternatives à la nullité du contrat

360. En quoi détruire le contrat, au lieu de réparer l'irrégularité litigieuse, rend-il mieux service à la victime ? La sanction la plus efficace consiste-t-elle réellement à priver la victime du contrat qu'elle a nécessairement voulu ? La nullité du contrat dispose de certaines vertus – particulièrement lorsqu'aucune sanction intermédiaire n'est envisageable, parce qu'impossible ou source d'une trop grande injustice[1211] – mais la prévoir comme sanction principale, pire, comme unique sanction, nuit à l'efficacité du traitement judiciaire des conflits contractuels. En outre, permettre au cocontractant de la victime de se défaire du contrat, au lieu de le punir en l'obligeant à assumer un contrat régularisé à son désavantage, n'est pas plus efficace.

361. On retrouve cette préoccupation au sein de nombreuses règles de droit dans lesquelles sont proposées des sanctions alternatives à la nullité, y compris et particulièrement dans les droits consacrés à la protection des parties faibles. Les raisons de rejeter cette possibilité en matière de vices du consentement sont assez faibles. Les conséquences d'un défaut de conformité ou d'un vice caché peuvent être beaucoup plus graves qu'un vice du consentement incident et pourtant la loi (droit de la consommation et droit commun) admet qu'elles puissent être réparées par la réfaction et l'indemnisation permettant de maintenir les liens contractuels[1212]. Plus spécifiquement, en matière de vente d'immeuble à construire, l'article 1642-1 alinéa 2 du Code civil exclut la résolution du contrat et même la diminution du prix « si le vendeur s'oblige à réparer » les vices de construction et les défauts de conformité apparents.

[1210] V. *supra*.

[1211] Ce qui est le cas, comme nous l'avons vu précédemment, de l'erreur spontanée car il serait injuste d'infliger au cocontractant de la victime une régularisation du contrat, qui serait forcément à son désavantage, alors qu'il n'est pas responsable de la situation qu'il subie tout autant que la victime (si ce n'est plus). Dans ce cas, effectivement, la nullité s'impose faute de pouvoir appliquer une autre solution juste et équitable.

[1212] V. Y.-M. SERINET, *Les régimes comparés des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente*, th. Paris 1, 1996.

Cette disposition révèle une recherche de l'efficacité des sanctions qu'on ne retrouve pas dans le régime attaché aux vices du consentement.

362. Certes, le consentement constitue une condition de validité du contrat mais il faut rappeler qu'en la présence d'un vice incident le consentement n'est pas totalement absent, on pourrait même dire qu'il y a eu un consentement partiel valide. Le consentement partiel valide portant sur les éléments essentiels du contrat, le défaut de consentement partiel portant sur les éléments accessoires du contrat. Il est évident qu'une situation intermédiaire appelle un traitement intermédiaire mais la proposition de textes nouveaux alors que la réforme du droit commun des contrats est encore tiède n'aurait aucun sens. C'est pourquoi nous ne nous sommes pas trop attardés sur la régularisation en tant que sanction de principe de tous les vices du consentement, sans distinction aucune entre le principal et l'incident. Les sanctions alternatives que nous proposons concernent donc uniquement les vices du consentement incidents mais il ne suffit pas d'affirmer que cela est opportun, il convient de découvrir les fondements possibles de cette exceptionnelle régularisation. L'indemnisation, et même parfois – maladroitement – la réfaction, étaient déjà retenues sans mal avant l'ordonnance du 10 février 2016, il suffira donc de faire perdurer cette application (1).

L'indemnisation est loin de pouvoir corriger efficacement toutes les sortes de vices du consentement incidents. Bien au contraire, pour que la véritable vocation de l'indemnisation soit préservée (l'indemnisation d'un préjudice pouvant de ce fait être ajoutée à une sanction principale), il faudrait autoriser la modification des éléments du contrat : réduire le prix, éradiquer une clause irrégulière, etc. Or, cette modification est autorisée depuis que la réforme du droit des contrats a permis l'intégration dans le Code civil d'une disposition générale permettant de maintenir le contrat en réglant les irrégularités qu'il contient par des solutions alternatives. Celles-ci sont contenues à l'article 1184 du Code civil prévoyant les nullités partielles à l'alinéa 1er et le réputé non écrit au second alinéa. Comme nous le verrons, les conditions exigées par ce texte ne font pas défaut en matière de vices du consentement incidents, aussi bien pour les nullités partielles qu'en ce qui concerne l'éradication des clauses irrégulières (2).

1. La responsabilité civile cumulable avec les autres sanctions alternatives compatibles

363. Les dommages et intérêts constituent la sanction alternative de premier ordre, non pas qu'ils soient plus efficaces que les autres sanctions alternatives qui ensemble forment ce que nous appellerons la « régularisation », pour les raisons que nous venons d'invoquer, mais parce que leur légitimité est acquise en matière de vices du consentement. Une particularité néanmoins, l'indemnisation est toujours admise mais soit parce qu'elle s'ajoute à la nullité[1213], soit parce que c'est la victime qui a choisi de renoncer à la nullité et de compenser le vice par des dommages et intérêts. Dans la seconde hypothèse, l'indemnisation présente bien un caractère alternatif mais la différence avec ce que nous suggérons c'est le pouvoir du juge de l'imposer à la victime, à la place de la nullité, dès lors que le vice du consentement est incident (ce qui est plus large que la seule prise en compte du dol incident, à rebours de la jurisprudence passée).

364. Cette indemnisation serait alternative à la nullité mais pourrait être cumulée à toute autre sanction alternative compatible dès lors qu'il existe un préjudice indemnisable. Généralement, on considère qu'est réparable la perte de chance de ne pas avoir pu contracter à des conditions différentes[1214] mais il peut y

---

[1213] Se fondant alors sur la responsabilité extracontractuelle de l'art. 1240 C. civ. (1382 anc.) : Cass. civ. 1re, 4 févr. 1975, JurisData n° 1975-000043 ; JCP 75, II, 18100, note C. LAROUMET – Cass. com., 18 oct. 1994, n° 92-19.390, Bull. civ. IV, n° 293, p. 235 ; D. 1995, 180, note C. ATIAS – Cass. com., 4 janv. 2000, n° 96-16.197, JurisData n° 2000-000108 ; Contrats, conc. consom. 2000, 79, note L. LEVENEUR – Cass. com., 15 janv. 2002, JCP G 2002, IV, 1330 ; JCP E 2002, 1427, note M. KÉITA ; JurisData n° 2002-012533 ; Resp. civ. et assur. 2002, 127 ; RTD civ. 2002, 290, obs. J. MESTRE et B. FAGES (dans une affaire portant sur l'inexactitude des mentions portées à l'acte de cession d'un fonds de commerce).

[1214] V. Cass. com., 10 juill. 2012, n° 11-21.954 ; RDC 2013/1, p. 91, note O. DESHAYES ; JCP G 2012, I, 1151, obs. J. GHESTIN, et 1152, M. NUSSENBAUM ; LPA 11 oct. 2012, p. 17, obs. D. HOUTCIEFF ; Rev. Lamy dr. civ. 2012, p. 12, obs. C. LE GALLOU ; RTD civ. 2012, p. 725, obs. B. FAGES et p. 732, obs. P. JOURDAIN ; Bull. Joly Sociétés 2012, p. 767, note PH. STOFFEL-MUNCK ; D. 2012, p. 2772, note M. CAFFIN-MOI ; D. 2013, p. 391, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; Rev. sociétés 2012, p. 686, note B. FAGES ; RTD civ. 2012, 725, obs. B. FAGES (Au sujet d'un contrat maintenu à la demande du contractant, et non pas en raison d'une appréciation de l'opportunité des sanctions par le juge, mais cela ne change rien à la détermination de l'objet du préjudice qui est identique dans les deux cas). V. également,

avoir tout un tas d'autres causes d'indemnisation. Par exemple, si le vice du consentement implique un coût financier qui n'a pas été envisagé, comme la nécessité de faire des travaux, alors l'indemnisation accordée par le juge peut servir à les prendre en charge, de sorte que la victime se retrouve dans la même situation que si le vice n'avait pas eu lieu[1215]. Parfois, cette indemnisation est un trompe-l'œil dont se sert le juge pour réduire le prix en cas de dol incident. Ainsi que le souligne Madame Planes-De la Asuncion, dans ces hypothèses, « la jurisprudence ne procède pas à une réfaction mais plutôt à un simple octroi de dommages et intérêts qui se compensent parfois avec le prix initialement convenu ce qui crée une confusion avec le procédé de réfaction. Le versement de dommages et intérêts est justifié non pas par le vice du consentement mais par la faute qui a provoqué le dol ou l'erreur de sorte qu'il en résulte un préjudice qui doit être réparé »[1216]. Donc si l'indemnisation est détachée de la réfaction qui serait proposée à part entière, à ses côtés, les vices du consentement incidents ne feraient plus l'objet d'une telle confusion. Ainsi, il y aurait même certains cas où la victime pourrait obtenir des dommages et intérêts [dès lors qu'est prouvé non seulement la faute et le lien de causalité mais aussi l'existence d'un préjudice qui n'est pas réparé par la sanction principale] en plus d'une modification avantageuse du contrat. Il semble de plus en plus malaisé d'affirmer que les solutions alternatives sont moins efficaces que la nullité du contrat. Pour consolider cette affirmation, il ne reste plus qu'à trouver la base juridique sur laquelle les juges pourront s'appuyer pour pouvoir sanctionner les vices du consentement incidents par la modification des termes du contrat, qui s'ajouterait donc à leur pouvoir d'octroyer des dommages et intérêts à la victime.

---

pour approfondir sur la question, J. TRAULLÉ, *L'indemnisation du préjudice né de l'impossibilité de contracter avec un tiers après la conclusion d'un contrat vicié*, D. 2013, p. 2651.

[1215] Pour une illustration (condamnation à indemniser le coût des travaux de désamiantage), V. Cass. civ. 3ème, 16 mars 2011, n° 10-10.503, AJDI 2012. 220 note V. ZALEWSKI ; D. 2012. 459, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI : « ayant relevé qu'en dissimulant à Mme Y... [acquéreur] les informations dont ils disposaient quant à la présence d'amiante dans les murs et les cloisons, les consorts X... [vendeurs] lui avaient, par là même, dissimulé les risques auxquels elle serait exposée lors de la réalisation de travaux et la nécessité dans laquelle elle se trouverait de faire procéder préalablement au désamiantage de l'immeuble, la cour d'appel, qui a caractérisé la certitude du préjudice, a pu en déduire que les vendeurs devaient être condamnés à des dommages-intérêts correspondant au coût des travaux de désamiantage ».

[1216] K. DE LA ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat,* th. Perpignan, LGDJ, 2006, Préf. Y. Picod, n° 309, p. 198.

2. La création d'un fondement général de la régularisation par l'autonomisation de l'article 1184 du Code civil

365. L'inexistence de fondement dans le droit antérieur – Ponctuellement les juges avaient autorisé, en matière de vices du consentement, la réfaction au lieu et place de la nullité du contrat. De façon indirecte, en accordant la restitution de l'excès du prix[1217] mais aussi de manière plus directe en décidant, au visa des anciens articles 1116 et 1382 du Code civil, que « l'acquéreur pouvait invoquer le dol pour conclure seulement à une réduction de prix »[1218]. Bien entendu aucun de ces derniers textes ne prévoient la possibilité de modifier le contrat. Si dans le domaine des vices du consentement, la réduction du prix était auparavant fondée sur l'ancien article 1382, c'était faute de mieux. L'œuvre prétorienne ne peut se faire sans base textuelle et il est vrai que le lien entre les deux n'est pas toujours de la plus grande évidence. Lorsque l'on étend à ce point les textes, ce n'est que pour obtenir une solution indispensable, tel est le cas de la régularisation des vices du consentement excluant la nullité du contrat.

366. Le fondement général, permettant la modification du contrat à titre de sanction, consacré par la réforme – À présent, nous sommes dans une ère nouvelle où l'on peut recourir à des textes prévus à cet effet. L'article 1184 du Code civil prévoit en effet que « lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles ». L'alinéa second précisant que le contrat est aussi maintenu « lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien ».

[1217] Cass. com., 27 mai 1997, n° 95-15.930, JurisData n° 1997-002505 ; JCP E 97. I. 710, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN : « La victime d'un dol peut, à son choix, faire réparer le préjudice que lui ont causé les manœuvres de son cocontractant par l'annulation de la convention et, s'il y a lieu, par l'attribution de dommages intérêts, ou simplement par une indemnisation pécuniaire qui peut prendre la forme de la restitution de l'excès de prix qu'elle a été conduite à payer » (au visa de l'anc. art. 1116 C. civ.).

[1218] Cass. civ. 3ème, 6 juin 2012, n° 11-15.973, RDC 2012/4, p. 1180, obs. T. GENICON.

Il faut croire que Maury avait raison lorsqu'il affirmait « qu'il est possible que se crée peu à peu une théorie de la réductibilité d'obligations excessives pour vices du consentement »[1219], car il s'agit d'une disposition générale qui doit pouvoir s'appliquer aux vices du consentement dès lors que rien ne l'exclut. L'article 1184 peut être à lui seul un fondement général permettant au juge de sanctionner le manquement à des conditions de validité autrement que par la nullité totale. Ce texte pourrait faire l'objet d'une autonomisation et servir de fondement chaque fois que le juge souhaite sanctionner un manquement aux conditions de validité autrement que par l'entière nullité. Dès lors que celui estime que la nullité n'est pas la sanction la plus appropriée et la plus efficace. Ainsi, le pouvoir du juge serait immense mais au combien utile. Cette méfiance du droit des contrats à son égard, alors qu'il a pour mission de rendre la justice, comme il le fait dans n'importe quel domaine, ne peut perdurer. Qui d'autre que le juge peut tailler sur mesure des sanctions adaptées au litige, c'est en ce sens que les règles du droit des contrats doivent lui laisser plus de liberté ou plutôt une plus grande marge de manœuvre.

367. Il faut néanmoins lire le texte attentivement car des conditions semblent se dégager, particulièrement concernant les nullités partielles. Concernant ces dernières, l'article 1184 exige que la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses qui par ailleurs ne doivent pas constituer un élément déterminant de l'engagement du contractant. Puisque nous proposons la régularisation du contrat comme sanction principale uniquement à l'égard des vices du consentement incidents, ces critères seront toujours remplis puisque cela correspond à leur définition même. On a déjà défini le vice du consentement incident comme un défaut de consentement qui ne porte que sur les clauses accessoires, ce qui ne renvoie pas à la totalité du contrat et surtout ne correspond pas à des clauses déterminantes du consentement. Seules les clauses essentielles, pour lesquelles le consentement n'a pas été altéré, le sont.

[1219] J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, th. Toulouse, 1920, p. 166 ; *Adde* PH. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, th. Strasbourg, LGDJ, 1969, Préf. A. Weil, p. 286 s.

Quant à l'éradication des clauses abusives, que permet le second alinéa de l'article 1184, les possibilités sont encore plus larges. Il n'est en effet pas requis que la clause soit déterminante du consentement pour être réputée non écrite. Cette ouverture peut être bénéfique aux traitements d'autres cas juridiques mais en ce qui concerne le domaine des vices du consentement incidents, les clauses affectées ne sont de toute manière jamais déterminantes du consentement (la victime aurait tout de même contracté mais en exigeant la modification de certains éléments accessoires du contrat).

CONCLUSION DU CHAPITRE II

368. Des conditions plus exigeantes – S'agissant de la vision stricte des conditions requises pour qu'un vice du consentement puisse être retenu, des améliorations sont possibles à l'égard des trois vices, à commencer par *l'erreur spontanée*. Dans ce cas, le cocontractant n'étant d'aucune façon responsable de l'altération du consentement survenue, contrairement au droit en vigueur[1220], la charge de la preuve du caractère inexcusable de l'erreur devrait peser sur l'*errans*. En outre, ce critère pourrait faire l'objet d'une appréciation *in abstracto* qui produirait des résultats plus justes que l'appréciation *in concreto* qu'appliquent encore les hauts magistrats. De cette manière, au lieu d'apprécier la légitimité de l'erreur en fonction des aptitudes réelles (et potentiellement médiocres) de l'*errans,* le juge procéderait à une comparaison du comportement du requérant avec celui qu'aurait eu une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances. Ce standard de référence n'est pas unique puisqu'il faut envisager l'attitude qu'aurait eu une personne raisonnable du même type et non pas toute personne. Cette solution de restriction, permettant au contrat de ne pas être bloqué outre mesure, serait donc équilibrée.

Concernant *le dol*, nous suggérons simplement de rester fidèle à la lettre de l'article 1138 du Code civil en admettant le dol du tiers uniquement si le cocontractant est « de connivence ». Il ne fait aucun doute qu'à l'instar de la jurisprudence antérieure à la réforme, simplement connaître l'existence du dol ne suffit pas, c'est une collusion frauduleuse qui est requise[1221].

Enfin, une interprétation restrictive de *l'abus de dépendance*, ayant rejoint le vice de violence depuis la réforme (article 1143), peut participer à l'évitement du blocage contractuel que nous recherchons. Il est possible d'agit sur deux plans différents. Premièrement, en retenant la dépendance économique comme on

---

[1220] Qui le considère jusqu'à présent le caractère inexcusable de l'erreur comme un moyen de défense du cocontractant de l'errans et non comme un critère d'admission de l'erreur : Y.-M. SERINET, *in Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations,* J. Ghestin (dir.), LPA, 4 sept. 2015, n° 177, p. 59.

[1221] Autrement cette possibilité (admettre le dol du tiers sous prétexte que le cocontractant en a eu connaissance) n'aurait pas été retirée entre le projet de 2015 et le texte définitif.

l'entend traditionnellement et non pas tout type d'abus de dépendance, autrement ce serait admettre le vice de faiblesse pourtant supprimé du projet de réforme de février 2015. Deuxièmement, même si le texte est peu clair sur ce point et que les auteurs sont assez partagés, les juges pourraient exiger la démonstration d'un abus *caractérisé* de la part du cocontractant. Il nous semble que le simple fait d'avoir profité, passivement, de la situation, ne devrait pas entrer dans le cadre prévu à l'article 1143. Comme dans le cas du dol et des autres formes de violence, aucun vice du consentement ne devrait être admis s'il n'est pas prouvé que le cocontractant ait fait usage de « méthodes ou de procédés répréhensibles »[1222]. La violence économique étant déjà régie par de nombreux textes spéciaux[1223], une restriction de celle prévue en droit commun serait tout à fait acceptable.

369. La neutralisation de l'action en nullité – En la présence d'un vice du consentement, le contrat peut être débloqué en dehors d'un travail sur les sanctions qui lui sont attribuées. L'action en nullité peut en effet s'éteindre, tout simplement. Cela évoque dans l'esprit de chacun *la prescription* quinquennale[1224] dont le délai peut paraître excessif comparé à certains droits étrangers[1225]. Le délai de prescription ne commençant à courir qu'à partir de la découverte de l'erreur et du dol ou de la cessation de la violence, il ne semble pas suffisamment raisonnable de laisser à la victime cinq années pour décider ou non d'agir. Cette période de doute et d'insécurité juridique a cependant été traitée d'une autre manière, au demeurant très efficace, par l'ordonnance du 10 février 2016. L'article 1183 du Code civil octroie, en effet, au cocontractant le droit de « pousser » la victime à agir par le biais d'une action interrogatoire dont l'efficacité est redoutable puisque l'action en nullité est éteinte dès lors qu'elle n'a pas été introduire dans les six mois qui suivent la demande.

[1222] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 226.

[1223] *La violence économique et les droits spéciaux (2ème partie) in* La violence économique à l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique, Journées nationales H. Capitant, t. XXI, Perpignan, Y. PICOD et D. MAZEAUD (dir.), Dalloz, 2017, p. 51 s.

[1224] Art. 2224 C. civ.

[1225] Y. LEVANO, *La prescription extinctive en droit allemand après la réforme du droit des obligations*, RIDC avril 2004, p. 947-958.

Faciliter l'admission de *la confirmation*[1226] constitue également un moyen efficace de débloquer le contrat impacté par un consentement vicié[1227]. Le renoncement au droit de critique étant, en effet, permis dès lors qu'il s'agit d'une nullité relative. Le procédé peut être encore plus abouti si le juge accueille le plus favorablement que possible la confirmation tacite.

370. Des sanctions moins destructrices que la nullité en matière de vices du consentement incidents – D'autres remèdes réparent plus efficacement que la nullité l'existence d'un vice du consentement. Tel est le cas parce qu'ils remédient au vice tout en maintenant le contrat alors que la nullité a pour effet collatéral de priver la victime des avantages qu'elle avait espérée pouvoir tirer du contrat. Dans certaines hypothèses, la nullité peut presque être perçue comme une solution de facilité permettant d'éviter de construire une sanction plus élaborée et nécessitant une plus grande immixtion du juge.

Il en va ainsi en la présence d'un *vice du consentement incident* qui, contrairement à ce qui est avancé par de nombreux auteurs[1228], ne se distingue pas du dol principal de manière artificielle. Cette partie de la doctrine estime qu'il ne peut pas y avoir de situation intermédiaire méritant un traitement différent car soit il y a consentement sur le tout, soit il n'y a pas de consentement. L'idée qu'un consentement puisse être partiel, au même titre que ce qui avait été développé à l'égard de la cause (l'absence partielle de cause ayant fondé de nombreuses solutions prétoriennes)[1229], est totalement rejetée par ces auteurs. Il s'agit là d'une vision bien trop abstraite qui ne tient pas compte de la nature des différents éléments du contrat qui se partage entre des obligations essentielles et des obligations accessoires[1230]. Lorsque le défaut de consentement concerne les obligations essentielles, autrement dit celles sans lesquelles le contrat ne peut pas

---

[1226] Acte « par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce » selon l'art. 1182 C. civ.

[1227] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations,* Dalloz, 2016, n° 481, p. 403 : « Une fois que la personne protégée a renoncé à la nullité, elle ne peut plus, ni agir en nullité, ni opposer une exception tirée de l'existence de l'irrégularité ».

[1228] Not. J. GHESTIN, D. 1972, jurispr. p. 653 ; A. BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations*, Domat-Montchrestien, 12ème éd., n° 89.

[1229] V. *supra* n° 79.

[1230] M.-P. BAUDIN-MAURIN, *Pour une approche empirique de la notion d'obligation essentielle du contrat*, RRJ 2002. 1859

exister comme disait Pothier[1231], nous sommes confrontés à un dol principal. Si à l'inverse, le consentement n'est altéré qu'à l'égard des obligations accessoires du contrat, alors il s'agit d'un dol incident. Celui-ci ne correspond donc pas simplement à la volonté de contracter à des conditions différentes, quelles qu'elles soient, si ces dernières ne portent pas sur des éléments accessoires du contrat, le dol reste principal[1232].

Ce constat peut être présenté sous d'autres termes renvoyant cependant à la même réalité. On peut aussi dire, et cela revient au même, que le dol est principal dès lors que la victime aurait contracté à des conditions substantiellement différentes et qu'il n'est qu'incident si elle aurait contracté à des conditions qui ne sont pas substantiellement différentes. L'essence et la substance évoquant à peu près la même idée. La prise en compte de ce raisonnement impacte directement la façon dont a été interprété l'article 1130 du Code civil qui condamnerait, selon la plupart des auteurs[1233], le dol incident. Puisque ce texte prévoit qu'il y a erreur, dol ou violence dès lors que sans eux « l'une des parties n'aurait pas contracté *ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes* ». Ces auteurs se sont ainsi empressés de considérer que la seconde hypothèse envisagée par le texte correspond au vice du consentement incident et que le rédacteur de l'ordonnance aurait décidé de ne plus le différencier du vice du consentement principal (première hypothèse). En réalité, même avant la réforme, le deuxième cas prévu à l'article 1130 n'était pas un vice du consentement incident car celui-ci correspond au fait d'avoir voulu contracté à des conditions qui ne sont pas substantiellement différentes, autrement dit avec seulement des éléments accessoires différents. De ce fait, on peut totalement retourner l'interprétation qui a eu les faveurs de la doctrine et estimer qu'au

---

[1231] POTHIER, *Traité des obligations*, Reprint Dalloz, 2011, n° 6 ; Dans le même sens : PH. JESTAZ, *L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale*, *in* Mélanges P. Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985, p. 273, spéc. p. 276.

[1232] D. BAKOUCHE, *La prétendue inconsistance de la distinction du dol principal et du dol incident*, JCP G 2012. 851.

[1233] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations,* Dalloz, 2016, n° 296, p. 242 et n° 330, p. 269 ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Coll. Thémis Droit, 4ème éd., 2016, n° 368 ; G. LOISEAU, *Les vices du consentement*, Contrats, conc. consom. 2016, dossier 3, n° 17, n° 5 ; D. FENOUILLET, P. MALINVAUD et M. MEKKI, *Droit des obligations*, 14ème éd., LGDJ, 2017, n° 209.

contraire l'article 1130 consacre, de manière très indirecte, le dol incident[1234]. Par la même occasion, puisque ce texte a été mutualisé et qu'il régit les trois vices du consentement, la distinction entre le principal et l'incident pourrait ne plus concerner le seul dol. Cette extension serait d'un intérêt capital en matière d'abus de dépendance, où le juge sanctionne les avantages manifestement excessifs, car la réfaction et / ou les dommages et intérêts pourraient prendre la place de la nullité[1235].

371. Tout l'intérêt des vices du consentement incidents est la possibilité d'éviter la nullité en recourant à des solutions alternatives. Classiquement, le dol incident état sanctionné par la condamnation à verser des dommages et intérêts mais certaines fois, les juges ont procédé directement à une réduction du prix. La vocation correctrice de la réfaction et la vocation indemnitaire des dommages et intérêts étaient ainsi très confuses. Depuis l'ordonnance du 10 février 2016, nous détenons au sein de notre droit des fondements tout à faire propices à la correction du contrat qui pourrait s'ajouter à la traditionnelle responsabilité civile. En effet, l'article 1184, alinéa 1er, du Code civil prévoit un texte général autorisant le juge à recourir aux nullités partielles « lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat ». Le second alinéa ajoute à cela la possibilité de maintenir le contrat « lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien ». Le cas où le consentement n'est pas altéré à l'égard des éléments essentiels du contrat peut sans doute correspondre à la seconde hypothèse envisagée par le texte. Il n'existe en tout cas aucune raison dirimante susceptible d'empêcher l'application de ce texte aux vices du consentement incidents.

[1234] V. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, p. 178 : où c'est aussi une consécration des vices du consentement incidents qui est retenue.

[1235] Y. PICOD, *Rapport introductif, in* La violence économique à l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique, Journées nationales H. Capitant, t. XXI, Perpignan, Y. PICOD et D. MAZEAUD (dir.), Dalloz, 2017, p. 5.

CONCLUSION DU TITRE II

372. Nous n'irons pas jusqu'à affirmer que « l'accord des parties sur les éléments essentiels constitue un facteur d'incohérence pour le droit des contrats »[1236] mais son altération pourrait au moins être encadrée de manière plus affirmée. Cela permettrait à la protection préventive du consentement, exercée par le biais du devoir d'information, de ne pas brimer les parties dans leurs négociations et donc de ne pas mener au blocage du contrat. Cette préoccupation bénéficie d'une grande légitimité s'agissant du devoir d'information qui a intégré le Code civil car il est général et n'a pas pour vocation particulière la protection des contractants en situation de faiblesse.

Pour autant, cela ne veut pas dire que le devoir d'information prévu dans les dispositions du Code de la consommation doit être excessivement étendu. Le droit spécial, en particulier lorsqu'il est protecteur ne peut avoir un domaine élargi sous peine de ne pas servir sa propre cause. C'est par un domaine restreint qu'un droit spécifique plus sévère peut s'épanouir, autrement on se retrouve face à un déséquilibre entre les principes du droit du contrat qui ne doivent pas s'écraser les uns les autres mais être conciliés entre eux. Pour que le droit de la consommation demeure efficient, le professionnel ne doit pas l'invoquer sous prétexte qu'il agit en dehors de sa spécialité[1237]. De ce fait, l'article 3 de la loi du 21 février 2017, ratifiant l'ordonnance du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation, selon lequel le non professionnel « n'agit pas à des fins professionnelles »[1238] doit être scrupuleusement respecté.

373. S'agissant de la protection curative du consentement, dont le rôle est endossé par le régime des vices du consentement, il faut remarquer qu'en durcissant les conditions requises, on ne réduit en aucun cas la portée du

---

[1236] L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, th. Orléans, LGDJ, 2002, Préf. C. Thibierge, n° 686, p. 371.

[1237] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 303 : où sont évoqués des « étalements déraisonnables » qui ne devraient pas être « maintenus ».

[1238] Ce qui correspond essentiellement aux syndicats, aux associations, et aux comités d'entreprise.

consentement. L'exigence d'un consentement sain et valable n'est même pas diminuée puisque nous avons surtout proposé une interprétation des textes permettant d'exclure toute la légèreté qui pouvait subsister au sein du régime des vices du consentement. Tout est question d'orientation et nous avons opté pour celle qui permet au contrat de bénéficier du déblocage. Celui-ci ne fait pas que maintenir le contrat qui n'a été consenti que partiellement, incidemment pourrait-on dire, car il a pour vertu principale de restaurer l'efficacité des sanctions appliquées. Si grâce à la correction du contrat, complétée par la responsabilité civile, on place la victime dans la situation qu'elle avait espérée, et qu'elle se retrouve dans des circonstances proches de celles qu'elle aurait connues sans le vice du consentement, on peut oser affirmer qu'elle est la sanction la plus aboutie. La meilleure qui soit est celle qui efface l'irrégularité et non pas celle qui conduit surtout à punir le responsable par une privation du contrat.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

374. Il est loin le temps où le rôle du juge se résumait essentiellement à prononcer la nullité du contrat ou à constater son inexistence[1239]. Son immixtion dans le contrat permettant de le maintenir et donc de le débloquer est l'œuvre de la Cour de cassation, initialement. Depuis, l'ordonnance du 10 février 2016 a clairement assumé cette possibilité à travers trois dispositions retentissantes en rapport avec la validité du contrat. Nous disposons à présent d'un texte (article 1184 du Code civil) qui prévoit expressément que le contrat ne doit pas être annulé si l'irrégularité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses. À condition que ces clauses ne constituent pas un « élément déterminant de l'engagement », le juge pourra recourir à la nullité partielle (alinéa 1) ; chaque fois que la loi le prévoit ou que la finalité de la règle méconnue exige le maintien du contrat, le juge pourra être plus raisonnable en réputant non écrite[1240] les clauses litigieuses.

375. Comparé à la nullité de l'acte tout entier, les remèdes prévus à 1184 du Code civil peuvent se révéler plus efficace à deux égards. D'une part, ils consistent à ne pas libérer le contractant *turpis* qui sera contraint, contrairement à ce qu'il avait souhaité, d'exécuter un contrat conforme à la loi[1241]. D'autre part, ils permettent d'éviter de faire subir au contractant lésé le résultat contreproductif de la nullité. Il en irait ainsi, par exemple, en la présence d'une clause irrégulière au sein d'un contrat de travail (telle une clause privant le salarié de congés payés). La nullité du contrat conduirait, en effet, à priver le salarié des avantages qu'il avait espéré pouvoir en tirer : des revenus lui permettant de subvenir à ses besoins.

[1239] A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix-Marseille, PUAM, 1992, Préf. J. Mestre, n° 375 s. ; M. E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, th. Aix-Marseille, PUAM, 1996, Préf. J. Mestre, n° 11, p. 23.

[1240] S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite,* th. Paris, Économica, Recherches juridiques, 2006, Préf. Y. Lequette ; V. COTTEREAU, *La clause réputée non écrite*, JCP 1993, I, 3691 ; J. KULLMAN, *Remarques sur les clauses réputées non écrites,* D. 1993. Chron. 59.

[1241] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil,* Dalloz, 2016, n° 486, p. 406.

De tels bénéfices méritent d'avoir un domaine entendu élargi. Un des moyens d'y parvenir serait de considérer que l'alinéa 2 selon lequel une clause peut être réputée non écrite si « la loi » le prévoit renvoie non seulement aux textes de loi mais aussi à la jurisprudence de la Cour de cassation. Le pouvoir normatif de cette dernière étant clairement admis et identifié par la doctrine contemporaine[1242].

376. Les vertus de l'article 1184 sont accentuées par son caractère général. Il ne faudra, en effet, pas s'étonner de voir ce texte devenir la source de nouvelles formes de déblocage du contrat. C'est d'ailleurs grâce à cette généralité que nous avons pu proposer de faire de l'article 1184 le fondement des sanctions du vice du consentement incident. L'entière nullité était certes déjà exclue par la jurisprudence passée mais de la sorte il pourrait faire l'objet d'un traitement beaucoup plus abouti que ce que permet la seule responsabilité civile[1243]. Il ne s'agit cependant que d'une proposition qui nous est propre, il est encore trop tôt pour prévoir avec certitude quelles seront les nouvelles solutions que le juge fondera sur l'article 1184. Retenons en tout cas qu'il faut s'y attendre car le droit évolue tout autant que « le monde se transforme »[1244] et que c'est tout l'intérêt des textes généraux (l'ancienne cause par exemple tenait ce rôle à merveille) dont le Code civil ne peut se passer pour pouvoir disposer de règles flexibles et susceptibles de se pérenniser dans le temps.

377. Cela étant dit, on peut déjà connaître avec précision certains cas nouveaux auxquels renvoie l'alinéa 2 de l'article 1184. Le réputé non écrit, qui se

---

[1242] V. D. LANZARA, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, th. Nice, LGDJ, 2017, Préf. Y. Strickler ; D. MAINGY, *Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats*, D. 2016. 1762.

[1243] Les dommages et intérêts étant jusqu'à présent la sanction de principe du dol incident (la réduction directe du prix avait déjà été appliquée de rares décisions de justice mais elle se fondait de manière de manière peu convaincante sur la responsabilité civile extracontractuelle qui normalement ne peut être rattachée à autre chose que l'indemnisation).

[1244] « Lorsque le monde réel se transforme, nos systèmes techniques, qui ne valent que dans la mesure où ils sont capables de s'ajuster à lui pour l'informer et l'orienter vers sa fin, ne peuvent rester perpétuellement fixes et immuables, sinon un jour vient où le désaccord entre la réalité et l'abstraction devenue la fiction est tel que l'édifice juridique tout entier menace d'être emporté » (E. GOUNOT, *Le principe de la volonté en droit privé : Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon, éd. Arthur Rousseau, 1912, p. 13).

rencontrait déjà fréquemment en droit de la consommation[1245], est à présent inscrit comme sanction au sein des articles 1170 et 1171 du Code civil. Le premier de ces textes prévoit que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite », consacrant ainsi la jurisprudence antérieure qui fondait cette solution sur la cause[1246] (reprise des arrêts Chronopost et Faurecia II[1247]). Par rapport au régime prétorien, l'article 1170 opère quelques changements et pas seulement au niveau des termes employés. La plus importante modification favorise le déblocage du contrat puisqu'elle consiste à élargir le domaine d'application : ne sont plus concernées que les clauses limitatives ou élusives de responsabilité mais « toute clause ». À cela, le juge devrait ajouter la prise en compte des clauses ayant pour effet de priver l'obligation essentielle de sa substance et non pas seulement les clauses qui ont un tel objet (de la même manière qu'en matière de clauses abusives)[1248].

L'autre disposition consacrant le réputé non écrit en droit commun figure à l'article 1171 du Code civil et concerne les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties dans les contrats d'adhésion. La lutte contre les clauses abusives, contre le déséquilibre significatif plus particulièrement, constitue « l'un des meilleurs moyens de promouvoir la justice contractuelle »[1249]. Se féliciter de la consécration d'un traitement plus sévère de la validité des éléments du contrat peut paraître paradoxal dans notre défense du déblocage du contrat dont le but est de favoriser aussi la naissance que la poursuite du contrat. C'est qu'il nous semble que la présence dans le contrat de clauses entraînant un déséquilibre significatif fragilise la poursuite pérenne du contrat qui fait partie de ce mouvement de déblocage contractuel que nous prônons. Faciliter excessivement la validité du contrat ne peut conduire à autre chose qu'un déplacement du problème au moment de l'exécution. Même si le droit tolérait des clauses où l'équilibre n'est pas suffisant, elles compliqueraient la

---

[1245] Y. PICOD, *Droit de la consommation*, Dalloz, Coll. Sirey Université, 3ème éd., 2015, n° 302 s.

[1246] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats, Commentaire théorique et pratique*, Dalloz, 2016, n° 284, p. 233.

[1247] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *ibid.,* n° 437 s., p. 359 s.

[1248] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations,* LexisNexis, 2016, p. 297.

[1249] N. DISSAUX et C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2016, p. 71.

relation contractuelle à un moment ou à un autre et cela serait contreproductif par rapport aux finalités poursuivies par la politique de maintien du contrat. Le déblocage du contrat ne peut donc être résumé au sauvetage du contrat, il fait du maintien du contrat une préoccupation importante mais de manière concomitante il privilégie aussi l'efficacité des solutions apportées aux diverses problématiques contractuelles et la pérennité de la relation contractuelle.

378. Notre droit peut se féliciter des avancées que nous venons de décrire mais il ne faut pas se leurrer, le nouvel office du juge en droit commun des contrats est loin d'être uniforme. Après avoir relevé la confiance qui lui a été accordée en matière de nullités partielles et de clauses réputées non écrites[1250], on se retrouve dérouté par la grande méfiance que lui manifeste la loi lors du règlement des litiges en rapport avec l'exécution contractuelle[1251]. Dans la recherche de l'efficacité des sanctions, le pouvoir créateur du juge n'a pas d'égal, c'est la raison pour laquelle, au sein de la deuxième partie de cette thèse, nous proposons plusieurs solutions qui permettraient de ne pas l'évincer (dès lors que son action se révèle opportune).

PARTIE 2 - LE DÉBLOCAGE DES SOURCES D'ANEANTISSEMENT DU CONTRAT AU COURS DE SA VIE

[1250] Pour une vision générale des dispositions de l'ordonnance dans lesquelles la solution s'appuie sur l'action du juge, V. F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, n° 32.101 s., p. 208 s.

[1251] Pour un recensement des cas où le législateur a opté pour la méfiance en évinçant le juge, soit pour en faire « l'économie », soit pour encadrer strictement son office : V. F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, et J. GEST, *ibid.,* n° 32.51 s., p. 203 s.

Deuxième partie

LE DÉBLOCAGE DES SOURCES D'ANEANTISSEMENT DU CONTRAT AU COURS DE SA VIE

PARTIE II - LE DÉBLOCAGE DES SOURCES D'ANÉANTISSEMENT DU CONTRAT AU COURS DE SA VIE

379. La valeur patrimoniale du contrat et les intérêts économiques qui en découlent sont déjà pris en compte depuis longtemps par les juridictions qui ont développé une politique de défense de l'extinction du contrat de plus en plus vaste. Et il ne faut pas croire que cette œuvre est récente puisqu'en 1960, Paul Durand observait déjà cette tendance[1252]. Bien qu'entamée, cette orientation a cependant toujours été inachevée et même hétérogène. Sans qu'on ne puisse réellement en déceler les raisons, les juges appliquaient cette politique à certaines problématiques et en faisaient totalement abstraction dans d'autres cas. Par exemple, à partir des années 1990, le juge n'avait pas hésité à s'immiscer dans le contrat pour éradiquer les clauses abusives contredisant l'engagement souscrit (jurisprudence Chronopost) [1253] mais, dans le même temps, refusait catégoriquement de réviser le contrat dont l'exécution est impacté par une imprévision. Pourtant, c'est au cours de l'exécution du contrat, et non pas de la formation, qu'il est plus difficile de renoncer à maintenir les liens contractuels[1254]. Il n'existe donc aucune véritable explication à cette politique hétérogène. Sans doute que cette dernière n'était pas suffisamment assumée par les juges pour pouvoir jaillir de part et d'autre. D'aucuns diraient qu'il s'agit alors d'une position prônant l'équilibre mais on ne peut l'affirmer dès lors que les juges acceptent ou refusent de débloquer le contrat pour des raisons obscures. Dans certains cas l'immixtion du juge est admise pour favoriser l'efficacité et la proportionnalité

[1252] M. AZOULAI, J.-M. BISCHOFF, J. GUYENOT et J. TREILLARD, *La tendance à la stabilité du rapport contractuel,* P. DURAND (dir. et préf.), LGDJ, 1960.

[1253] Cass. com. 22 oct. 1996, Bull. civ. IV, n° 261, p. 223 ; D. 1997. 121 note A. SÉRIAUX, D. 1997 ; Defrénois, 1997. 333, obs. DENIS MAZEAUD ; CCC 1997, n° 24, note L. LEVENEUR ; JCP 1997. II. 22881, note D. COHEN ; Grands arrêts, H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, t. 2, 13ème éd., Dalloz, 2013, n° 157, p. 105 s.

[1254] J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 4, Les obligations*, 22ème éd., Droit privé, PUF, coll. Thémis, 2000, n° 187 s. : qui décrit la résolution comme un *ultimum subsidium* auquel il faut recourir avec prudence.

des sanctions, alors pourquoi devrait-on considérer d'un coup d'un seul que cela est impossible à l'égard d'autres problématiques en raison de l'inébranlable intangibilité du contrat ? Les variations peuvent exister bien entendu mais elles doivent être soumises à la cohérence.

380. En tout cas, le mouvement largement initié par les juges a été suivi par le législateur car les lois récentes prévoient de plus en plus fréquemment des sanctions mesurées et salvatrices. Dernièrement, l'ordonnance du 10 février 2016 a permis au droit commun des contrats de suivre ce pas, on peut même dire qu'il s'agit d'un grand pas mais pour parvenir à l'aboutissement nécessaire, il faut veiller à ce que l'interprétation des textes qui n'a pas encore eu lieu, excepté sur le plan doctrinal, n'aille pas dans un sens défavorable à la poursuite efficace du contrat. Ci-après seront analysées les deux problématiques contractuelles suivantes : l'imprévision (Titre 1), puis l'abus dans la fixation unilatérale du prix (Titre 2). Pour chacune d'entre elles, en nous appuyant à la fois sur la théorie du droit et une interprétation possible des nouveaux textes, nous pousserons au plus loin la possibilité de maintenir les liens contractuels impactés par de tels évènements.

Titre 1 - Le déblocage du contrat impacté par un changement de circonstances imprévisible

Titre 2 - Le déblocage du contrat impacté par un prix abusif fixé unilatéralement

TITRE I
LE DÉBLOCAGE DU CONTRAT IMPACTÉ PAR UN CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES IMPRÉVISIBLE

381. De multiples lois sont venues protéger les parties faibles aussi bien sur le plan national, qu'international[1255]. D'autres encore se sont occupés de protéger le contractant au sein du marché concurrentiel[1256]. Le refus obstiné de débloquer juridiquement le contrat confronté à une imprévision, au point que la question est devenue anachronique, démontre qu'il est plus aisé pour les juges et le législateur de prendre en compte la domination de l'homme sur l'homme[1257] que celle du système économique sur l'homme.

Difficile n'est cependant pas impossible. L'ordonnance du 10 février 2016 consacre a enfin consacré l'imprévision mais pour que le déblocage du contrat soit pleinement accompli lorsqu'elle survient, il convient de ne pas restreindre les cas d'application de l'article 1195 du Code civil. Ce qui passe par une interprétation extensive des conditions d'applications requises et par un encadrement très strict de la renonciation à ce texte (Chapitre 2). Avant cela, il est nécessaire d'indiquer les raisons pour lesquelles une interprétation aussi orientée doit être appliquée. Pour mieux convaincre de l'opportunité d'une application

---

[1255] F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux : étude de conflits de lois*, th. Stasbourg, éd. Bruylant, 1995 ; E. LOQUIN, *Abitrabilité et protection des parties faibles*, Travaux du Comité français de droit international privé, 2008, p. 136 : l'auteur rappelant que la qualité de partie faible ne peut être appréciée factuellement et qu'il s'agit d'une personne que la loi protège en raison de sa « faiblesse présumée ». Ce qui est le cas « du consommateur dans ses rapports avec le professionnel, du salarié dans ses rapports avec son employeur, dans une moindre mesure du locataire ou de l'assuré dans ses rapports avec son bailleur ou son assureur ». Une qualification qui vaut également en droit interne.

[1256] Bien que le but premier soit de protéger la libre concurrence, *in fine* ce sont les acteurs économiques qui en reçoivent le bénéfice. Sur ce sujet, un auteur avait déjà souligné que « la démonstration de l'anormalité d'un comportement concurrentiel suppose la démonstration d'une modification injustifiée de la capacité concurrentielle d'un partenaire économique. Or, si l'on démontre au stade de la qualification du comportement délictuel de marché cette modification, cette atteinte à sa capacité concurrentielle, autrement dit un dommage, il n'est pas illogique de conclure qu'il s'infère de cette démonstration un préjudice personnel qui apparaît comme la conséquence subséquente de l'atteinte » : N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel,* th. Perpignan, éd. PUP, 2000, Préf. Y. Serra, n° 292.

[1257] Cette domination pouvant être exercée par une partie forte et / ou par un concurrent déloyal.

étendue du régime prévu à l'article 1195, doit être démontrée avant toute chose la parfaite légitimité de la révision pour imprévision (Chapitre 1).

CHAPITRE I

LÉGITIMITÉ DU DÉBLOCAGE DU CONTRAT CONFRONTÉ À UNE IMPRÉVISION

382. Le difficile aboutissement de la réforme du droit des contrats aurait dû conduire à la création d'une norme jurisprudentielle destinée à régir le sort des contrats faisant l'objet d'un bouleversement économique[1258]. Apporter, sans plus attendre, des remèdes aux contrats qui subissaient un changement imprévisible rendant son exécution trop onéreuse pour l'une des parties (l'exécution devient

---

[1258] Dans un sens contraire, certains auteurs (notamment, E. SAVAUX, *L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision*, Rapport français, RDC 2010. 1057, spéc. 1066 ; T. GENICON, *Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ?*, D. 2010. 2485) ont estimé que le rôle naturel du juge n'est pas de créer des règles cruciales et qu'il ne peut donc établir lui même le régime d'envergure que requière l'imprévision. Deux constats s'opposent à une telle affirmation. Le premier étant que l'absence de modification du droit des contrats depuis le Code de 1804 a contraint la jurisprudence à créer plus d'une règle cruciale (il n'a, par ex., pas été nécessaire d'attendre la réforme pour que la jurisprudence procède à la neutralisation de certaines clauses abusives, à partir d'une subjectivisation de la cause servant sa cause). Comment expliquer que certaines règles fondamentales puissent faire l'objet d'un traitement jurisprudentiel et que dans d'autres cas, comme l'imprévision, celui-ci soit réfuté ? Le second constat concerne le principe même du pouvoir de légiférer du juge. Nul besoin d'approfondir sur la question car il s'agit d'un état de fait incontestable et incontesté. Ce qui n'est certes pas nouveau mais de plus en plus admis. La Cour de cassation elle même assume de plus en plus son rôle en tant que véritable source du droit. À ce sujet, V. D. LANZARA, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, th. Nice, LGDJ, 2017, Préf. Y. Strickler ; *Adde* D. MAINGY, *Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats*, D. 2016. 1762 : « La Cour de cassation dispose, par la loi, du pouvoir d'interpréter toutes les normes juridiques de son champ de compétence, y compris celles qui intéressent sa capacité à interpréter les lois de procédure. C'est donc de la loi, de l'article 4 du Code civil, par exemple, mais surtout des articles L. 411-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire et de l'article 604 du code de procédure civile, qu'elle tire son pouvoir : "(...) censurer (...) la non-conformité du jugement (...) aux règles de droit". C'est donc la Cour de cassation qui dispose du pouvoir de déterminer ce que sont les règles de droit de référence et, ce faisant, d'en déterminer le contenu réel. Par conséquent, les décisions de la Cour de cassation sont des normes juridiques réelles, c'est-à-dire la signification objective d'un énoncé préalable, en ce sens qu'on peut faire une différence entre les types de normes juridiques. La loi, par exemple, propose un contenu qui est normativement indéterminé, puisque ce contenu dépend de l'interprétation qu'en fera la Cour de cassation (et ce, indépendamment des diverses propositions d'interprétation que formule la doctrine). La norme légale est donc une norme à interpréter, tandis que la décision de la Cour de cassation est une norme interprétée (…). Il existe donc deux sources certaines de normes juridiques, la loi et la jurisprudence. On pourrait même ajouter que seule la jurisprudence est une source véritable de norme juridique puisque c'est la Cour de cassation qui déterminera, en toutes circonstances, le sens objectif à un moment donné de la norme légale qu'elle interprète.On conclura donc ici, a minima, que les normes de source jurisprudentielle existent et qu'elles ont la même nature que les autres normes juridiques, les normes de source légale. »

lourde au point que le contrat ne présente plus aucune utilité), n'avait rien de superflu[1259]. À présent, nous disposons au sein du Code civil d'un texte destiné à régir la survenue de l'imprévision mais pour justifier nos propositions permettant d'élargir au maximum son domaine d'application, nous démontrerons l'insuffisance des arguments en défaveur de la révision pour imprévision (Section 1). Nous verrons que bien au contraire les arguments et même les fondements juridiques justifiant une telle révision ne manquent pas (Section 2).

[1259] F. LE FICHANT, *Loyauté contractuelle et contraintes externes*, Actes prat. ing. Sociétaire 2011, n° 116, dossier 7, spéc. n° 10, p. 28 : définissant l'imprévision comme un « changement imprévisible et brutal de circonstances entamant gravement la prestation de l'une des parties » ; J.-L. MOURALIS, V. *Imprévision*, Rép. civ., Dalloz : « L'imprévision correspond à la situation où à la suite d'évènements imprévus par les parties, au moment de la conclusion du contrat, l'équilibre qu'elles avaient établi entre leurs prestations se trouve gravement rompu au point que l'exécution du contrat devient beaucoup plus onéreuse voire ruineuse pour l'un des contractants ».

SECTION I
ANÉANTISSEMENT DES REMPARTS DE LA RÉVISION POUR IMPRÉVISION

383. Les défenseurs du rejet de l'imprévision avancent des arguments qui ne peuvent convaincre qu'en surface. Dès lors que la situation est étudiée de manière plus approfondie, on se rend compte que les grands principes de théorie du droit tels que la force obligatoire du contrat et le principe de non immixtion du juge ne sont pas piétinés par la révision pour imprévision (Paragraphe I). L'atteinte à la pérennité du contrat et à la sécurité juridique que produirait l'adaptation du contrat ne constitue pas non plus une justification suffisante (Paragraphe II).

Paragraphe I – Exégèse de la règle d'immuabilité de la loi des parties au prisme de la révision pour imprévision

384. Avant toute chose, même si notre point de vue peut paraître orienté, nous ne pratiquerons pas l'eiségèse[1260] pour défendre la théorie de l'imprévision. L'exégèse commencera par l'analyse de la force obligatoire du contrat car la jurisprudence passée rejetait la théorie de l'imprévision, principalement en se fondant sur l'ancien article 1134 alinéa 1er [1261]. Depuis l'arrêt Canal de Craponne[1262], la Cour de cassation n'a eu de cesse de répéter que la révision pour

---

[1260] À rebours de « l'exégèse », qui consiste à étudier les textes en prenant une certaine hauteur afin de rester critique et de ne négliger aucune considération utile, « l'éiségèse » est marquée par la subjectivité et aboutit à dégager des textes uniquement les considérations souhaitées. Ce mode d'interprétation est proche des procédés d'instrumentalisation.

[1261] Au sujet de ce principe, V. R. OUELHAZI, *Le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat*, th. Strasbourg, 1997 ; P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p. 771 ; R. LICHABER, *Réflexion sur les effets du contrat, in* Mélanges J.-L. Aubert, 2005, p. 211 ; G. WICKER, *Force obligatoire et contenu du contrat, in* Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats, Dalloz, 2003, p. 151.

[1262] Cass. civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne,* DP 73.1.195, note GIBOULOT, S. 76.1.161, Grands arrêts, t. 2, n° 165 : « La règle que consacre l'article 1134 du Code civil étant générale et absolue et régissant notamment les contrats à exécution successive, il n'appartient pas aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le

imprévision se heurte à cette disposition[1263]. « On ne peut rien contre l'effet du contrat, produit automatique et instantané de l'accord de volonté », soulignait Monsieur Lécuyer[1264].

Ce dernier principe est bien évidemment toujours en vigueur, désormais au sein de l'article 1103 du Code civil, et en parallèle la réforme a opéré une consécration du régime de l'imprévision. Il est erroné de croire que c'est la promulgation de l'article 1195 qui a fait disparaître la prétendue incompatibilité entre la force obligatoire du contrat et le traitement de l'imprévision. Nous souhaitons démontrer que ce nouveau texte ne vient en aucun cas consacrer une exception au principe de la force obligatoire du contrat puisque la révision pour imprévision ne lui causait pas de préjudice, même avant la réforme. C'est tout l'intérêt des propos qui suivront. En étudiant les concepts juridiques plus en profondeur et en les appliquant au cas de l'imprévision, la force obligatoire ne paraît pas s'opposer à la révision pour imprévision. La conviction associée à cette affirmation est telle que le débat ne semble plus consister en un choix de philosophie contractuelle. Le combat mené n'était-il pas guidé plutôt par des raisons et des impératifs économiques ?

385. Lorsque l'on confronte les finalités de la force obligatoire avec la révision pour imprévision, aucune contradiction n'apparaît. Il est capital de le souligner étant donné les motifs invoqués par les sénateurs lorsqu'ils ont émis la volonté, lors du projet de ratification de l'ordonnance, de supprimer la révision judiciaire prévue à l'article 1195. Il a, en effet, été souligné que « cette disposition issue de l'ordonnance, qui excède le champ de l'habilitation consentie par le Parlement au Gouvernement pour prendre des mesures dans le domaine de la loi, tend à revenir sur le principe de la force obligatoire du contrat, dans la mesure où

---

temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qu'elles ont librement acceptées ».

[1263] Au moment où la Cour de cassation a dû prendre position à nouveau, postérieurement à l'affaire Canal de Craponne, la première guerre mondiale avait causé une période de grande inflation. Consacrer un régime dédié à l'imprévision s'est révélé vital à cet instant et pourtant la Cour de cassation avait fermement maintenu son opposition : Cass. civ., 6 juin 1921, DP.1921.1.193, note L. HUGUENEY ; Cass. civ., 15 nov. 1933, Gaz. Pal. 1934. 1.58 (à propos d'un contrat qui, en 1845, avait fixé le prix de 100 kilos de charbon à 50 centimes) ; Cass. civ., 17 nov. 1925, S. 1926.1.37 ; Cass. com., 18 janv. 1950, Bull. civ. 1950, n° 26, p. 18 ; Gaz. Pal. 1950. 1.320.

[1264] H. LÉCUYER, *Le contrat, acte de prévision*, Mélanges F. Terré, 1999, p. 646.

le juge se voit conférer le pouvoir de révision du contrat à l'initiative d'une seule des parties, dans l'hypothèse de la réunion cumulative des trois critères de l'imprévision, et devient quasiment une troisième partie au contrat[1265] ». En fin de compte, nos représentants ont fait preuve de sagesse et ont permis la conservation de cette disposition dans la ratification définitive[1266]. La révision pour imprévision consiste en une conquête de haute lutte qui mérite, encore aujourd'hui, d'être justifiée au regard de la force obligatoire du contrat (A).

386. Un autre rempart, et pas des moindre, se dressait face à la théorie de l'imprévision : le principe de non immixtion du juge. Le déclin de la théorie de l'autonomie de la volonté a étiolé depuis longtemps l'idée d'une surpuissance des parties dont la loi ne pourrait être corrigée par le juge. La souveraineté absolue des parties n'est plus[1267]. Tout le « rigorisme contractuel fondé sur la volonté des contractants n'a pas une armature solide : il est même en contradiction avec le principe qui lui sert de base. Comment concevoir en effet une souveraineté qui, sans cesser d'être, pourrait se forger à elle-même un lien qui l'enchaînerait définitivement »[1268].

Le refus du juge de réviser le contrat impacté par une imprévision impactait de manière néfaste le débiteur et, peut-être encore plus, le créancier. Au surplus, si quelques arguments peuvent servir à son rejet, le Code civil de 1804 prévoyait bel et bien des règles de droit qui auraient dû inciter le juge à consacrer la théorie de l'imprévision. Entre la cause de l'ancien article 1131, la bonne foi de l'ancien article 1134, al. 3 et l'équité en matière contractuelle de l'article 1135, il disposait de multiples possibilités. Lorsque l'on se rend compte que le juge a délibérément choisi de les rejeter les unes après les autres, il ne semble pas

---

[1265] Projet de loi de ratification de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Sénat, Première lecture du 9 octobre 2017.

[1266] Au cours du mois de mars 2018.

[1267] G. MORIN, *Vers la révision de la technique juridique : le concept d'institution*, Arch. Philos., Dr. 1931, n° 1 2, p. 73 s., spéc. p. 78.

[1268] G. MORIN, *La désagrégation de la théorie contractuelle du Code*, Arch. Philos., Dr. 1940, p. 19.

exagéré d'évoquer l'existence d'un déni de justice à l'encontre des contractants qui devaient faire face à l'imprévision.

Une restriction du droit d'accès à la justice à laquelle s'ajoutait de surcroît un traitement inégal entre les justiciables de l'ordre administratif et ceux de l'ordre judiciaire. En la matière, l'inaction du juge causait tant d'atteintes que la règle lui interdisant, en principe, de s'immiscer dans le contrat devenait des plus lacunaire (B).

A/ L'opportunité de l'adaptation du contrat à l'égard des parties : la révision pour imprévision à l'épreuve du principe de la force obligatoire du contrat

387. La révision pour imprévision ne supprime pas l'effet de la force obligatoire – L'effet obligatoire du contrat s'éteint[1269] dès lors que survient une force majeure[1270] qui n'est pas que temporaire et il est – a minima – suspendu dans le cas contraire[1271]. Dans un moindre degré, en cas d'imprévision, cet effet contraignant doit non pas être supprimé mais atténué. Chaque mesure demeure ainsi proportionnée à sa cause. Il n'est pas pensable que la force obligatoire du contrat soit un principe qui contraint à exécuter son obligation envers et contre tout, et qui pousse à ignorer les bouleversements économiques de grandes ampleurs que peuvent subir les contrats. Ce n'est pas condamner la force obligatoire au bûcher que de permettre la révision pour imprévision alors que le contrat doit toujours être exécuté que ce soit avant ou après avoir procédé à cette dernière. Au mieux, il est possible de considérer qu'elle fait l'objet d'un assouplissement se révélant être un mal nécessaire face à la nécessité d'ajuster l'engagement qu'il est devenu excessivement difficile d'honorer.

[1269] V. PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 8ème éd., LGDJ, 2016, n° 898 s. ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations,* 15ème éd., LDGJ, Précis Domat, 2016, n° 344 s. ; B. FAGES*, Droit des obligations*, 6ème éd., LGDJ, 2016, n° 319 s.

[1270] Étant précisé que depuis l'ordonnance du 10 février 2016, il est acquis que la résolution libérant les parties d'un contrat dont l'exécution est empêchée par une force majeure, s'opère de plein droit (ce qui à la controverse qui entourait la nature de cette résolution. Désormais le débat est tranché, elle n'est assurément pas judiciaire puisque le « contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations », en vertu de l'article 1218 du C. civ.).

[1271] Cass. Req., 22 dec. 1922, DP, 1922. I. 186 : « la force majeure ne fait pas obstacle à l'exécution des obligations qu'autant qu'elle empêche au débiteur de donner ou de faire ce à quoi il était obligé ; il suit de là, que si l'empêchement était momentané, le débiteur n'est pas libéré et l'exécution de l'obligation est seulement suspendue jusqu'au moment où la force majeure vient à cesser ».

388. La force obligatoire du contrat limitée par l'utilité pour le débiteur – Le principe de la force obligatoire du contrat est fondamental au point d'avoir été placé parmi les principes directeurs par l'ordonnance du 10 février 2016[1272]. Cette importance ne signifie cependant pas une primauté résistant à toute épreuve. Lorsque survient un bouleversement économique du contrat, en raison d'une circonstance imprévisible, l'exécution du contrat par le débiteur lésé relève presque de l'impossible[1273]. Dès lors que cette exécution devient excessivement onéreuse, elle ne présente plus d'intérêt et risque fort de ne pas être honorée. De plus, le rejet de la révision pour imprévision peut, contre toute attente, malmener le principe de la force obligatoire du contrat. Il serait en effet, contre-productif de considérer que ce principe octroie le droit d'imposer une exécution devenue inutile[1274], et surtout vouée à un inéluctable échec[1275]. Comme le relève fort bien Monsieur Houtcieff, « la force obligatoire des contrats n'impose pas une sclérose de la convention ; l'admission par l'article 1195 du Code civil d'une révision judiciaire du contrat en cas de changement imprévisible des circonstances achève de convaincre que l'intangibilité ne bénéficie pas d'une invariabilité absolue »[1276].

389. S'il veut rester un principe digne de ce nom, celui de la force obligatoire du contrat ne doit pas permettre d'imposer au débiteur une exécution dépourvue d'utilité. Dès lors que la stricte application d'un principe directeur ne présente plus de cohérence, un ajustement est nécessaire. Il ne faut pas croire que le contrat est « une chose respectable en elle-même, parce qu'elle est un accord de volontés (…). Le contrat est respectable en fonction de la solidarité humaine (…). Une convention qui ne peut plus aboutir qu'à des conséquences en contradiction certaine avec l'intérêt général [ou l'intérêt *minimum* auquel peut prétendre le

---

[1272] Art. 1103, C. civ. : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. »

[1273] Le terme « presque » permettant de démarquer ladite situation de celle de la force majeure dont la survenue rend l'exécution totalement impossible.

[1274] Puisqu'excessivement onéreuse.

[1275] À une échéance plus ou moins brève mais avec certitude.

[1276] D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats,* Larcier, 2017, n° 785 ; *Adde* POTHIER, *De la vente,* Paris, 1825, n° 202 : « s'obliger à faire quelque chose c'est s'obliger à le faire utilement ».

débiteur] cesse telle qu'elle est de mériter une force obligatoire »[1277]. C'est ainsi que Demogue présentait le contrat, comme un acte conciliant des volontés qui se sont unies pour le former et des limites posées par la société dans laquelle il vit. C'est dans ce même ordre d'idée que Monsieur Ghestin avait su initier, à travers les théories plus anciennes de Ripert[1278], un mouvement de moralisation des effets du contrat. Selon sa vision, le contrat n'est pas juste parce qu'il a été voulu, il est voulu parce qu'il est juste, « le juste et l'utile » seraient « les fondements mêmes de la force obligatoire du contrat »[1279].

390. La force obligatoire du contrat et la recherche de l'efficience – Madame Le Gac-Pech s'est judicieusement intéressée à la notion d'efficience qui apporte de la matière à la démonstration de certaines limites de la force obligatoire du contrat[1280]. Empruntée à la doctrine anglo-saxonne[1281], la théorie de « l'exécution utile » ne cherche pas à détruire les règles de droit mais au contraire à les rendre plus efficaces. Afin de poursuivre cette finalité, « l'économiste oblige le juriste à essayer de formuler le but social de la règle afin que la question puisse être posée de savoir si la règle est efficace pour atteindre cet objectif »[1282].

Comme l'a souligné Madame Le Gac-Pech, « l'utile ne peut se ramener à l'expression de la volonté initiale et l'objectif d'efficacité du contrat devrait conduire à tolérer certaines variations par rapport à la volonté exprimée »[1283]. En effet, le but essentiel de la force obligatoire du contrat consiste à garantir

---

[1277] R. DEMOGUE, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, RTD civ. 1907. 246.

[1278] G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4ème éd., 1949.

[1279] J. GHESTIN, *L'utile et le juste dans les contrats*, APD, 1981, p. 35 et s. ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le Contrat, Formation*, LGDJ, 2ème éd., 1988, n°174 ; *Adde* E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?,* th Paris, LGDJ, 1997, p. 212 s. ; G. MORIN, *La Révolte du Droit contre le Code, La révision nécessaire des concepts juridiques*, Libr. Rec. Sirey, 1945, p. 35 à 36. : « La force obligatoire de la promesse ne découle plus de la volonté du promettant. Elle est basée sur ces considérations de justice au regard du créancier, et sur les nécessités du bon ordre social qui exige que la confiance réciproque règne entre les hommes par l'observation des engagements. La force obligatoire reposant sur les exigences de l'équité et les nécessités de l'ordre social doit être sous leur dépendance ».

[1280] S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats,* th. Paris XI, LGDJ, 2000, Préf. H. Muir-Watt, n° 1036 s.

[1281] Citant à cet effet : D. R. HARRIS et C. G. VELJANOVSKI, *The use of Economics to Elucidate Legal Concepts : the law of Contract* (…), Eur. Univers. Institute, éd. Walter de Gruyter, 1986, n° 9.

[1282] S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats, op. cit.,* n° 1038 et note de bas de page n° 3.

[1283] S. LE GAC-PECH, *ibid.*, n° 1043.

l'exécution des engagements pris. Or, lorsque survient une imprévision, c'est le refus d'adapter le contrat aux circonstances nouvelles qui précipite l'inexécution contractuelle. Cette notion d'efficience octroie une légitimité certaine à la révision du contrat dont l'exécution pérenne est entravée par une imprévision puisque sa finalité première consiste, paradoxalement, à servir le principe de la force obligatoire.

391. Corriger les effets pervers résultant de l'application brute d'une règle de droit en fonction du but qu'elle poursuit est d'une logique élémentaire. N'existe-t-il pas, pour cette raison, des règles et des exceptions au sein de tous les corpus juridiques ? La révision pour imprévision peut être présentée comme une de ces nécessaires exceptions. D'ailleurs, grâce à cette approche marquée par la cohérence, en droit anglo-saxon, le juge a toute latitude pour décider du remède de l'inexécution contractuelle le plus adéquat[1284].

Cela dit, la notion d'efficience n'est pas ce qui permet de fonder la révision pour imprévision, il ne peut s'agir que d'arguments en sa faveur. Elle participe à la légitimation de l'assouplissement de la force obligatoire du contrat. Ce sont la théorie des risques et la bonne foi qui constituent des fondements théoriques idoines.

392. La force obligatoire du contrat guidée par la cohérence de la volonté des parties – La force obligatoire ne peut dépasser les prévisions contractuelles : « ce qui a été voulu par les parties les lient ; mais puisque le lien a pour base unique la volonté, il ne peut dépasser celle-ci, et le surplus est sans fondement »[1285]. Tout ce qui ne peut avoir été voulu par les contractants se situe en « périphérie du contrat »[1286].

Au premier abord, il pourrait sembler que la révision pour imprévision se justifie essentiellement par le recours à la notion d'équité. Il est vrai qu'« en matière contractuelle, le législateur et parfois le juge, répondant à "une sorte

---

[1284] S. LE GAC-PECH, *ibid.*, n° 1042.

[1285] P. VOIRIN, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé,* th. Nancy, 1922, p. 64.

[1286] L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu,* th. Paris 1, Économica, 2011, Préf. L. Aynès, n° 733 ; Rappr. L. AYNÈS, *L'imprévision en droit privé*, RTD com. 2005, p. 397, n° 11 : l'auteur évoquant l'inapplicabilité de la force obligatoire dès lors que nous sommes « en marge de la loi contractuelle ».

d'évidence à la fois logique et sentimentale" n'hésiteront pas, dans certains cas, à écarter les effets normaux du contrat pour satisfaire à des considérations particulières dictées, de près ou de loin, par l'idée d'équité »[1287]. L'avant-projet de réforme Catala prévoyait d'ailleurs à l'article 1139 que « le contrat s'interprète en raison et en équité »[1288].

L'ancien article 1135 (1194 nouveau) constitua un instrument phare, parfois employé avec excès, du mouvement de forçage du contrat[1289]. Il est plus volontiers évoqué pour d'autres cas que l'imprévision, tel que l'éradication des clauses contredisant l'obligation essentielle[1290], ou encore l'obligation légale de non-concurrence aux côtés de l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi (article 1134, al. 3, ancien – 1104 nouveau)[1291], etc. Cela étant, l'article 1194 (1135 ancien) du Code civil ne permet pas seulement de moduler en fonction de l'équité. Associé au pouvoir d'interprétation contenu à l'article 1188[1292] (1156 ancien), il permet au juge d'appréhender le contrat en fonction de la volonté cohérente[1293] des parties, comme le souligne Madame Mouly[1294]. Un effet combiné qui, sans fonder la révision pour imprévision, s'ajoute aux arguments qui la justifient.

393. Pour en revenir à la notion de cohérence, rappelons tout d'abord que la théorie de l'autonomie de la volonté incite à ramener systématiquement le contrat aux volontés des parties, alors même qu'elles peuvent être appréhendées

---

[1287] Y. PICOD, *Effet obligatoire des conventions, Exécution de bonne foi des conventions*, Jcl civ. Art. 1134 et. 1135, fasc. unique, 2017, n° 54.

[1288] Y. PICOD, *ibid.*

[1289] Y. PICOD, *ibid.*

[1290] Aujourd'hui, l'art. 1170 C. civ. prévoit que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ».

[1291] M. GOMY, *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence,* th. Perpignan, PUP, 2000, Préf. Y. Serra, n° 65

[1292] 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.

Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation. »

[1293] L'interprétation dans « le sens que lui donnerait une personne raisonnable » ne peut mener qu'à la cohérence. Il ne s'agit pas simplement d'une question de sagesse, le paradoxe et l'illogique doivent être exclus.

[1294] C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 135 du Code civil, une nouvelle source du contenu contractuel*, th. Montpellier, LGDJ, 2006, Préf. D. Ferrier, n° 519 et note de bas de page n° 19.

selon différentes nuances. Se distinguent, notamment, les volontés déclarées et réelles. Ou encore, les volontés formalisées et raisonnables. Les émanations de la volonté s'apprécient différemment : « la volonté réelle est interprétée, la volonté déclarée est déterminée »[1295]. Selon, Madame Mouly, l'interprétation de la volonté réelle des contractants passe nécessairement par l'application d'un critère de cohérence. Dans sa thèse, l'auteur découvre toutes les émanations que l'ancien article 1135 peut dégager. Elle a notamment retenu la possibilité de manœuvrer la volonté des parties en fonction de la cohérence, de l'efficacité et même de l'équilibre[1296].

Ne peut donc être inclus dans la volonté des parties que ce qu'ils ont logiquement pu vouloir. Le juge ne fait pas qu'interpréter, il raisonne. La volonté « absurde » doit être exclue, fût-elle tacite comme ce peut être le cas en matière d'imprévision. Faute d'avoir indiqué expressément l'indifférence de la survenue d'une imprévision, autrement dit l'obligation de poursuivre le contrat initial en ne procédant à aucune adaptation salvatrice, il faut recourir à la volonté cohérente du débiteur lésé.

394. L'imprévision a pour effet de bouleverser l'économie du contrat, l'une des parties se retrouvant privée de rentabilité. Ce risque n'est-il pas d'une trop grande ampleur pour que l'on puisse raisonnablement considérer que le débiteur accepte à l'avance de l'assumer sans l'avoir consigné dans l'accord contractuel ? Dans le contrat ne contenant aucune stipulation régissant l'imprévision, on ne peut déterminer la volonté des parties puisqu'elle n'a pas été déclarée. La recherche de la volonté doit alors être interprétée, à partir d'un critère de cohérence afin de se rapprocher au mieux de la réalité. Il n'est absolument pas raisonnable de considérer qu'une partie accepte tacitement d'assumer un risque aussi capital que l'imprévision.

Ce constat laisse à penser que, durant la période qui précéda l'adoption de l'ordonnance du 10 février 2016, la révision pour imprévision était déjà possible.

[1295] C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 135 du Code civil, une nouvelle source du contenu contractuel, op. cit.*, n° 513 . C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat,* th. Paris, LGDJ, 2002, Préf. D. MAZEAUD, n° 463.

[1296] C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 135 du Code civil, une nouvelle source du contenu contractuel, op. cit.*, n° 512 s.

En s'appuyant sur la théorie du risque[1297] et en faisant usage du pouvoir d'interpréter les volontés insuffisamment claires et précises[1298]. Quoi qu'il en soit, l'article 1195 du Code civil, issu de la réforme, adopte la position que les remarques précédentes imposent. En effet, ce n'est qu'à la condition de l'avoir expressément prévu, que le risque d'imprévision doit être assumé par le débiteur qui en est victime, selon le nouveau texte[1299].

Le juge est contraint d'interpréter le silence des parties, à propos de l'imprévision, de manière raisonnable. Cette exigence doit le pousser à rechercher la cohérence qui semble-t-il invite à rejeter l'idée d'une acceptation tacite du risque d'imprévision. Autrement, la force obligatoire du contrat se transformerait en un instrument d'injustice. « Qui dit contractuel dit juste » disait Fouillée mais seul ce qui est juste peut être voulu tempère Monsieur Ghestin[1300].

395. Le respect de la force obligatoire du contrat est favorisé par la révision pour imprévision – Il faut se rappeler avant tout le choix cornélien qu'impose l'imprévision : « exécuter et perdre la vie, ou ne pas exécuter et survivre »[1301]. Le plus dommageable lorsque survient une imprévision ce n'est pas tant le fait que l'exécution devient excessivement onéreuse. Au-delà du déséquilibre créé, l'inexécution du contrat devient quasiment certaine si aucune renégociation n'est menée. Il est ainsi erroné de croire que le refus d'adapter le contrat, impacté par une imprévision, protège le créancier dans ses droits. La question n'est plus de savoir si le refus de renégocier du créancier est légitime mais s'il est opportun. Certes, c'est la personne du débiteur qui se retrouve confrontée à une exécution rendue difficile, mais l'impasse est telle que le créancier pâtira tôt ou tard d'un défaut d'exécution de l'obligation promise[1302].

[1297] V. *infra* à ce sujet.

[1298] Art. 1188 C. civ. (anc. art. 1156 s.).

[1299] Art. 1195 C. civ. : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie *qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque*, celle-ci peut demander une renégociation du contrat ».

[1300] J. GHESTIN, *L'utile et le juste dans les contrats*, APD, 1981, p. 35 s.

[1301] L. AYNÈS, *L'imprévision en droit privé,* RTD com. 2005, p. 397, n° 4.

[1302] F. PARAISO, *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle,* th. Aix-Marseille, PUAM, 2011, Préf. C. Atias, n° 133 s. : « En extériorisant la difficulté qui est la sienne économiquement, le débiteur indique au créancier que le paiement de son obligation n'est pas certain tant que subsistent, en l'absence d'une renégociation du contrat, les circonstances imprévisibles qui rendent

396. Considérer que la révision pour imprévision sert l'intérêt exclusif du débiteur est inexact. Elle permet de garantir – autant dans l'intérêt du débiteur que celui du créancier – que le contrat puisse être exécuté. « En acceptant de renégocier le contrat frappé par l'imprévu, le créancier minimise ainsi son préjudice : plutôt que de tout perdre, mieux vaut alors renoncer à une partie de la créance ou à un terme »[1303]. Or, qu'est-ce que le principe de la force obligatoire du contrat vise à garantir si ce n'est l'exécution du contrat ? Puisque le refus de corriger le contrat – alors qu'il est devenu ruineux pour le débiteur – conduit inéluctablement à une inexécution contractuelle, la révision pour imprévision ne paraît plus, suivant ces considérations, constituer une atteinte à la force obligatoire du contrat[1304].

397. Il peut être rétorqué que le créancier est libre de préférer prendre le risque que l'inexécution advienne puis invoquer les remèdes qui lui sont attachés. En pareille circonstance, il peut notamment demander des dommages et intérêts par équivalent[1305]. Sauf qu'un débiteur incapable de poursuivre l'exécution d'un contrat est souvent également dans une situation de faillite. Il faut donc se demander si ce dernier aura la capacité de les verser si le juge prononcerait une décision en ce sens. Il semble peu judicieux de tenter de faire payer un contractant qui a failli par manque de rentabilité. D'autant plus que d'autres inconvénients s'ajoutent à cette stratégie peu efficace : le coût de la procédure, et les aléas inhérents à toute procédure judiciaire[1306]. « L'économie en bénéficie également,

---

son exécution ruineuse ». L'auteur indique, en ces termes, que la survenance d'une imprévision est inopportune aussi bien pour le débiteur, que pour le créancier.

[1303] L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu,* th. Paris 1, Économica, 2011, Préf. L. Aynès, n° 731.

[1304] « L'affirmation selon laquelle les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ne constitue nullement un obstacle à leur adaptation » : J.-P. CHAZAL, *Tout n'est-il pas contractuel dans le contrat ?,* RDC 2004, n° 2, p. 237 :

[1305] Art. 1217 C. civ. « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; solliciter une réduction du prix ; provoquer la résolution du contrat ; demander réparation des conséquences de l'inexécution. »

[1306] F. PARAISO, *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle, op. cit*., n° 135.

les difficultés étant traitées à la source, avant d'avoir pu dégénérer en cessation de paiements »[1307].

B/ La légitimité de l'adaptation du contrat par le juge : la révision pour imprévision à l'épreuve du principe de non immixtion

398. L'article 1195 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, a mis un terme à l'atteinte que subissaient deux droits fondamentaux. Le refus du juge de tenir compte de la survenue de l'imprévision en débloquant la situation privait tout d'abord les parties de leur droit d'accès à la justice. Lorsque la Cour de cassation a décidé, dans l'arrêt Canal de Craponne, qu'« il n'appartient pas aux tribunaux, *quelque équitable que puisse leur paraître leur décision*, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qu'elles ont librement acceptées »[1308], elle sous-entendait l'obligation pour les juges du fond de ne pas substituer l'équité à l'absence d'autorisation légale spécifique. Puisqu'il n'est pas expressément prévu dans le Code civil de 1804 que le contrat peut être révisé en cas d'imprévision, il faudrait y renoncer quand bien même il en découlerait un résultat, et donc un jugement, inéquitable. Le juge doit rendre des décisions conformes à la loi (et même en l'absence de loi, comme le voudraient les tenants du célèbre attendu de l'arrêt Canal de Craponne) et non à l'équité. Cette règle générale, à laquelle les rédacteurs du Code Napoléon n'ont prévu que de rares exceptions (l'article 565 en matière successorale et 1135 ancien en matière contractuelle[1309]), est bien connue.

399. Puisqu'aucune règle n'autorisait la révision pour imprévision, le juge laissait les parties se diriger fatalement vers une impasse. En ce sens, l'opposition

---

[1307] L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu,* th. Paris 1, Économica, 2011, Préf. L. Aynès, n° 733.

[1308] Cass. civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne,* DP 73.1.195, note GIBOULOT, S. 76.1.161, Grands arrêts, t. 2, n° 165.

[1309] Soulignons, d'ores-et-déjà, à propos de cette disposition, qu'elle est plus apte à fonder le rajout de nouvelles obligations (le fameux forçage du contrat). L'imprévision nécessitant plutôt une adaptation du contrat, en raison de circonstances nouvelles, l'anc. art. 1134 al. 3 : P. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil,* th. Paris XII, Dalloz, 2005, Préf. F. Chabas, n° 169-4.

passée est sensiblement proche du déni de justice. Il faut, par ailleurs, se rendre compte que les droits légitimes du créancier étaient également bafoués puisqu'il est la première victime de l'absence de révision pour imprévision[1310]. Un contrat ruineux finit inexorablement par ne pas être exécuté, puis l'inaction du juge mène les parties vers un point de non-retour car le débiteur devient ensuite également incapable de compenser l'inexécution par le versement de dommages et intérêts. Il nous semble ainsi clairement établi, qu'avant la réforme, le juge négligeait le droit des parties à obtenir la résolution d'un problème insoluble (1).

L'inertie du juge bafouait un autre droit fondamental. En effet, en refusant d'appliquer les remèdes dont bénéficient les justiciables soumis au droit administratif, alors qu'il s'agit de traiter un problème identique, le juge civil leur faisait subir un traitement injuste susceptible d'être qualifié d'inégalité devant la loi (2).

400. Avant de démontrer la réalité de l'atteinte à ces droits, il faut préciser leur caractère fondamental. L'accès à la justice, tout d'abord, est garanti par l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 (DDHC) selon lequel toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi ». Quant à l'égalité devant la loi, c'est l'article 6 de la DDHC qui l'a consacrée : « la loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse (…) ». À l'instar de tous les corpus juridiques qui forment ensemble le fameux bloc de constitutionnalité[1311], l'intégration de ces

---

[1310] La faillite pourrait, par ex., libérer le débiteur qui se retrouverait ainsi moins impacté que le créancier une fois arrivé au stade de l'inexécution. Dès lors qu'une entreprise est liquidée, n'est distribué entre les créanciers que l'actifs restant (et encore puisqu'il faut tenir compte de la priorité de certains d'entre eux : les salariés, les créanciers disposant de sûretés, etc.), peu importe qu'il soit insuffisant (c'est d'ailleurs inévitablement le cas). Il n'y a pas de plus forte clémence que celle dont bénéficient les entreprises à l'ouverture d'une procédure collective.

[1311] Comme chacun le sait, la Constitution est placée au-dessus de la loi au sein de la pyramide de Kelsen. Le refus illégitime de traiter l'impasse que constitue l'imprévision causait ainsi une atteinte à des droits dont la valeur est supra législative. Or, c'est en se fondant sur des lois contenues dans le Code civil, comme l'article 1134 al. 1er, que le juge bafouait ces normes supérieures.

deux prérogatives à la DDHC leur confère une valeur constitutionnelle et donc une ampleur non négligeable.

1. La protection du droit d'accès à la justice des contractants subissant une imprévision

401. Dans le sens le plus général, le déni de justice peut s'entendre du manquement de l'État à son devoir de protection juridictionnelle, par exemple lorsque le délai raisonnable d'une procédure n'est pas garanti. Dans la conception restrictive que nous souhaitons aborder, le déni de justice prévu à l'article 4 du Code civil interdit au juge de refuser de juger « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ». Avant la réforme, les juges s'appuyaient sur l'ancien article 1134, al. 1er pour échapper à la révision demandée par le débiteur impuissant. Or, nous avons abondamment argumenté sur le fait que l'usage de ce fondement était abusif. Ce qu'il faut bien retenir c'est qu'aucun texte de loi n'empêchait le juge de traiter l'insoluble imprévision. Pour s'en convaincre, il faut au surplus éviter de confondre les fondements juridiques avec les arguments d'opportunité.

402. Débloquer une situation contractuelle qui le requiert constitue un devoir à l'égard du juge. Son rôle étant de rendre la justice, il n'a pas attendu la réforme pour s'immiscer dans la loi contractuelle et l'adapter lorsque cela se révélait opportun. La défunte cause, le devoir de loyauté, et même l'équité prescrite à l'ancien article 1135 ont permis à la jurisprudence d'atténuer tant de méfaits résultant d'une législation désuète, inadaptée et surtout incomplète. Ces mêmes fondements, qui ont notamment permis l'adoption d'un régime des clauses abusives de nature prétorienne, ont tous été rejetés, sans exception et délibérément, dès lors qu'il s'agissait de l'imprévision[1312]. Comment alors ne pas

---

Sur ce thème, de manière plus générale, V. L. AYNÈS, *Le contrat, loi des parties, in* Dossier : Loi et contrat, Cahiers du Conseil constitutionnel, Mars 2005, n° 17.

[1312] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11ème éd., Dalloz, 2013, n° 470 : « Les moyens juridiques susceptibles de fonder une révision du contrat ne font pas défaut. On aurait pu invoquer l'idée selon laquelle la théorie de la cause ne doit pas jouer seulement au moment de la formation du contrat, mais aussi lors de son exécution, ce qui obligerait au maintien d'une certaine équivalence entre les prestations des contractants. Il aurait pu

considérer que le rejet passé de l'imprévision était un choix mûrement réfléchi, assumé et fermement maintenu dans le temps ?

403. Seule l'imprévision demeurait soumise aux vieilles idéologies et il est très difficile d'en découvrir les raisons, pour celles d'ordre juridique en tout cas. Une certitude ressort cependant : la position de la Cour de cassation était un choix délibéré[1313]. L'acharnement de certains agents économiques et des sénateurs, lors du projet de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, pour revenir sur la consécration de la révision pour imprévision, laisse encore penser que le rejet de la Cour de cassation était basé sur des raisons essentiellement économiques.

404. Si les parties en arrivent à saisir le juge c'est qu'elles ne sont parvenues à aucun accord convenable ou que le créancier s'est refusé obstinément la renégociation. Partant, son action n'est sollicitée que de manière subsidiaire. Puisqu'aucune autre solution n'existe, le juge fait figure d'ultime espoir et se doit de débloquer la situation dans laquelle les parties se sont trouvées par malchance. L'imprévision ne résulte pas d'une faute ou d'une maladresse imputable au débiteur, il s'agit d'un évènement extérieur dont la survenue était impossible à prévoir, un coup du sort pourrait-on dire. Dans un État de droit, un juge n'est pas censé pouvoir blâmer un contractant en raison d'une infortune sur laquelle il n'avait aucune marge de manœuvre[1314]. À plus forte raison, lorsque cet abandon des parties est contraint par une disposition. L'obligation pour le juge de

---

encore être fait appel à la règle qui veut que les conventions soient exécutées de bonne foi (art. 1134 al. 3) ; n'est-ce pas, en effet, méconnaître celle-ci que d'exiger la stricte exécution d'un contrat alors que le changement des circonstances rend écrasante la charge de l'un et dérisoire la prestation de l'autre ? De même, la possibilité d'une révision aurait pu être déduite de l'article 1135 qui dispose que ''les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature'' ».

[1313] Comme l'avaient affirmé, dès le début, G. MARTY et P. RAYNAUD (*in Droit civil, vol. I, Les obligations,* éd. Sirey, 1963, n° 250) ; ainsi que J. CARBONNIER (*in Droit civil, t. 4, Les obligations*, 22ème éd., Droit privé, PUF, coll. Thémis, 2000, n° 149).

[1314] Il s'agit d'ailleurs certainement de la raison pour laquelle d'aucuns entouraient la question de l'imprévision de sentimentalisme : M. Mazeaud évoque un devoir « solidarité » et de « fraternité » (D. MAZEUD, *Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? in* L'avenir du droit, mélanges en hommage à F. Terré, Dalloz, 1999 ; M. Sériaux rattache quant à lui cette problématique à de « l'altruisme » (A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, PUF, 2ème éd., 1998, n° 55) ; et le doyen Carbonnier va jusqu'à l'associer à une marque « d'amour » (J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.,* n° 11).

permettre à quiconque d'accéder à la justice en cas de situation insoluble – et ce quand bien même aucun texte de loi ne la régirait[1315] – ne le permet pas.

2. L'inégalité devant la loi entre les contractants de droit public et de droit privé subissant une imprévision

405. À rebours de la Cour de cassation, dans l'arrêt Gaz de Bordeaux[1316], le Conseil d'État avait consacré la théorie de l'imprévision. Le régime de droit administratif n'a pas tardé à être très abouti puisque les conditions requises et les conséquences ont été rapidement découvertes[1317].

406. Le traitement inégal des contractants de droit privé – Lorsque « des circonstances indépendantes de la volonté du contractant et imprévisibles lors de la conclusion du contrat administratif viennent en bouleverser l'économie, sans pour autant rendre impossible son exécution »[1318], elles entraînent un déficit pour le contractant victime. C'est pourquoi, tout en demeurant strictement tenu de poursuivre l'exécution de ses obligations, ce dernier a droit à ce que l'administration vienne l'aider à surmonter la difficulté survenue en prenant à sa charge une partie du déficit provoqué par ces circonstances »[1319]. Ainsi, en droit administratif, ne peut être traité que le contrat impacté par des circonstances imprévisibles[1320], extérieures à la volonté des parties[1321], et qui ont eu pour

---

[1315] L'absence de texte dédié à la théorie de l'imprévision, antérieurement à la réforme, n'est donc pas apte à justifier l'abandon des parties.

[1316] CE, 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux*, D.P. 1916, 3ème partie, p. 25, Conclusions P. CHARDENET ; Sirey 1916, 3, p. 17, conclusions P. CHARDENET, note M. HAURIOU ; Revue du droit public 1916, p. 388, note G. JÈSE ; RTD civ. 1916, p. 517, note R. DEMOGUE ; P.-A. LECOCQ, *Les grands arrêts contradictoires*, Ellipses, 1997, p. 65 s.

[1317] F. LORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics, Contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif*, th. Toulouse, LGDJ, 1980, p. 283.

[1318] Puisqu'en pareille occurrence, la situation serait qualifiable de force majeure. À l'instar du droit privé, V. P. H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure,* th. Montpellier, LGDJ, 1992.

[1319] A. DE LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. 3, 1956, n° 950.

[1320] CE, 1er Juil. 1925, *Ministre de la guerre c./ Chenaud*, Rec., p. 634 ; CE, 1er Juil. 1949, *Ministre de la guerre c./ etabl. Viala*, rec., p. 318 ; CE, 8 fév. 1918, *Gaz de Poissy*, RDP 1918, p. 219 ; CE, 21 fév. 1919, *Houdry*, Rec., p. 194 ; CE, 3 déc. 1920, *Fromassol,* Rec., p. 1036 ; CE, 7 déc. 1932, *Dubois*, Rec., p. 1046.

résultat de causer un profond déséquilibre[1322]. Telles sont les trois conditions requises qui sont, soulignons-le, bien proches de l'actuel article 1195 du Code civil.

407. Pour remédier à l'imprévision, la solution proposée consiste à verser une indemnité au débiteur impuissant afin que le déficit qu'elle a entraîné soit supporté par les deux parties. Cette solution ne va cela dit que si le déséquilibre n'est pas définitif, sinon c'est la résiliation qui est encourue[1323]. Le régime adopté constitue, effectivement, « un moyen temporaire de rétablir un équilibre minimum qui empêche la fin du contrat. Il convient de souligner que les parties devront nécessairement renégocier leur convention au risque de voir prononcer la résiliation du contrat. En effet, l'indemnité ne couvre que la situation créée par le passé mais ne résout pas l'exécution future »[1324]. C'est de la sorte que le juge administratif a privilégié l'efficacité et la pérennité du contrat[1325]. Même la résiliation, alors qu'elle constitue un remède à l'imprévision grâce à son effet libérateur[1326], est placée en dernier recours.

408. La singularité du droit administratif a été excessivement justifiée par la nécessité d'assurer la continuité du service public, sauf que c'est le « droit du contractant à un certain équilibre financier » qui a incité le Conseil d'État à élaborer le régime prétorien de l'imprévision[1327]. L'indemnité qui vise à corriger l'imprévision « contribue à inciter le cocontractant à poursuivre l'exécution du contrat ; ses diligences doivent être compensées, pour ne pas dire récompensées

---

[1321] CE, 18 fév. 1921, *Cie générale d'éclairage de Castelnaudary*, Rec., p. 191 ; CE, 30 oct. 1925, *Mas-gayet*, rec. P. 836 ; CE, 20 janv. 1928, *Commune de Montaganc*, Rec., p. 90 ; CE, 10 fev. 1932, *Ministre de commerce et de l'air c./ Lavedan*, Rec., p. 163 ; CE, 11 déc. 1957, *Ministre de la défense nationale c./ Berthias*, Rec., p. 671 ; CE, 20 fév. 1974, *Sté Dumez*, RDP 1975, p. 305.

[1322] CE, 19 fév. 1936, *Sté THEG*, Rec., p. 224 ; CE 25 fev. 1949, *Ville de Melun*, Rec., p. 94 ; CE, 29 oct. 1956, *Sté Ets Graux*, RDP 1957, p. 191 ; CE, 17 janv. 1962, *Archimède*, RDP 1962, p. 1030.

[1323] CE, 9 déc. 1932, *Cie Tramways de Cherbourg*, DP 1933.3.17 ; F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.,* n° 469.

[1324] A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle,* th. Orléans, LGDJ, 2005, Préf. C. Thibierge, n° 177.

[1325] A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *ibid.* : « Le phénomène de pérennité contractuelle se réalise donc en droit administratif en considération des dimensions quantitative et qualitative de la durée du contrat ».

[1326] Pas le remède le plus raisonnable, ni le plus efficace, mais un remède tout de même.

[1327] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *ibid.,* n° 471.

rétrospectivement »[1328]. Une noble manière de traiter un contractant qui ne demande qu'à être placé dans la capacité d'exécuter ses engagements, parfaitement en adéquation avec la force obligatoire du contrat.

En tout état de cause, en droit administratif, les contractants sont protégés depuis longtemps du cataclysme que peut entraîner l'imprévision. Pour cette raison, ne peut-on pas considérer qu'avant 2016, le contractant soumis au droit privé subissait une inégalité devant la loi ?

409. En droit privé ou en droit public : la notion d'imprévision est identique – Les contrats administratifs disposent de leur propres règles, cependant la problématique est strictement la même : une imprévision rendant excessivement difficile l'exécution du contrat pour l'une des parties. Il s'agit d'une notion existant par elle-même qui ne nécessite pas d'être définie par un régime juridique[1329], autrement elle n'aurait pu être appréhendé de manière aussi unanime, par une multitude d'auteurs civilistes[1330], alors même qu'elle fait l'objet

---

[1328] *Ibid.,* citant : LAUBADÈRE, VÉNÉZIA et GAUDEMET, *Droit administratif*, t. 1, 12ème éd., n° 1076.

[1329] C.-E., BUCHER, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, Étude de droit comparé interne,* th. Paris 2, Dalloz, 2011, Préf. L. Leveneur, n° 195 ; *Adde* J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3ème éd., LGDJ, 2001, n° 323.

[1330] P. VOIRIN, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, th. Nancy, 1922 ; A. BRUZIN, *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle,* th. Bordeaux, 1922 ; J. MAGNAN DE BORNIER, *Essai sur la théorie de l'imprévision*, th. Montpellier, 1924 ; R. KHAN, *La notion d'aléa dans les contrats*, th. Paris, 1924 ; J. AUVERNY-BENNETOT, *La théorie de l'imprévision*, th. Paris, 1938 ; J. FOULON, *Le caractère provisoire de la notion d'imprévision*, th. Paris, 1938 ; C. STOYANOVITCH, *De l'intervention du juge dans le contrat en cas de survenance de circonstances imprévues, Théorie de l'imprévision*, th. Aix-Marseille, 1941 ; B. MARGO*, Lésion « a posteriori » et imprévision dans les contrats*, th. Paris, 1949 ; M. M. EL-GAMMAL, *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*, th. Paris, LDGJ, 1967 ; F. CHERIGNY, *La révision judiciaire des conventions en droit privé français*, th. Poitiers, 1994 ; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. Dijon, LGDJ, 1989, Préf. G. Couturier, n° 187 s. – Y. PICOD, *Contrats et obligations, Effet obligatoire des conventions, Exécution de bonne foi des conventions*, Jcl. civ., art. 1134 et 1135, fasc. Unique, n° 35 ; J. MOURALIS, V° « imprévision », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2003 ; J. SAVATIER, *La théorie de l'imprévision dans les contrats, in* Études de droit contemporain, Contributions françaises aux IIIe et Ive Congrès internationaux de droit comparé, Préf. L. Julliot de la Morandière, Sirey, 1959, t. 2 – J. BONNECASE, *Supplément au Traité de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, Rec., Sirey, 1924 ; MAZEAUD et CHABAS, *Leçons de droit civil,* t. 2, Montchrestien, 9ème éd., 1998, n° 737 et 741 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Obligations, Contrats*, t. 2, Litec, 3ème éd, 1998, n° 1415 et 1442 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations, op. cit., n°* 69 ; L. AYNÈS, *Cours de droit civil, Les obligations*, t. 6, CUJAS, 10ème éd., 2000, n° 621 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations,* t. 1. L'acte juridique, Sirey, 14ème éd., 2010, n° 410 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat, op cit.,*

d'un invariable rejet depuis le XIXe siècle[1331]. L'unité et la clarté de cette notion sont confortées par la possibilité dont disposaient les contractants de droit privé de prévoir des clauses destinées à traiter ses conséquences[1332]. La Cour de cassation aurait-elle pu autoriser de telles clauses si l'imprévision était protéiforme ?

Suivant la conception moderne, l'imprévision est appréhendée de manière très large car l'élément déclencheur (inflation, hausse des coûts ou de la main d'œuvre, etc.) est indifférent. Pour que l'imprévision puisse émerger, il suffit que la perturbation occasionnée, extérieure à la volonté des parties[1333], n'ait pas pu être anticipée[1334]et qu'elle aboutisse à bouleverser l'économie du contrat[1335]. Elle « se caractérise [donc] par ses effets sur le contrat peu importe l'origine de la

---

n° 317 s. F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 466 s.

[1331] PH. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, avant-propos A. Sériaux, Préf. R. bout, PUAM, 1994, n° 7, p. 17 s. « il est (…) remarquable que tous les manuels de droit civil contemporains réservent quelques pages, voire une section ou même un chapitre à l'embarrassante question de l'imprévision. Cet intérêt pour une idée qui est invariablement rejetée depuis 1876 aurait *a priori* de quoi surprendre. Ces ouvrages sont en effet pratiques, ils exposent le droit positif ; mais, dans le même temps, leurs auteurs ne peuvent s'empêcher, avec regret ou force explications, de signaler le problème de l'imprévision ».

[1332] R. FABRE, *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, RTD civ. 1983. 1 ; C. JARROSSON, *Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation*, *in* Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PUAM, 1990, p. 141 ; C.-E., BUCHER, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, Étude de droit comparé interne, op. cit.*, n° 195.

[1333] Comme a pu le retenir le Conseil d'État au sein de sa jurisprudence : CE, 16 juil. 1943, *Sieur Abd el Messih Azar*, Rec., p. 193 ; CE, 23 janv. 1952, *Compagno*, Rec., p. 774 ; CE, 27 mars 1926, *Ville de Montfort-l'Amaury*, Rec., p. 375. – Sur ce point, en droit privé : PH. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain, op. cit.,* n° 220 : « Ce qui importe est que le débiteur n'ait aucun pouvoir sur l'événement qui est directement la cause de ses difficultés ».

[1334] Elle ne peut être autre chose qu'une « inéquation entre l'aléa normal du passé […] et l'aléa normal de l'avenir », selon P. VOIRIN, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, *op. cit.,* p. 173. Ce qui ne peut être entendu qu'à l'égard de l'événement ayant « échappé aux prévisions *raisonnables* […] des parties » comme le souligne Y. PICOD, *in Contrats et obligations, Effet obligatoire des conventions, Exécution de bonne foi des conventions*, *op. cit.,* n° 99.

[1335] En droit administratif : CE, 25 nov. 1921, *Compagnie générale des automobiles postales*, RDP 1921. 500-50, concl. L. CORNEILLE : « l'entrepreneur est tenu d'exécuter son service et de subir les variations de prix résultant de circonstances économiques et constituant les aléas normaux du marché ». Autrement dit, seules les majorations qui « atteignent une proportion telle qu'elles dépassent toutes les prévisions extrêmes des parties, sont concernées par l'imprévision, comme l'a souligné le rapporteur. – En droit privé : « Comme en droit administratif, les privatistes estiment que l'économie du contrat doit être profondément déséquilibrée rendant extrêmement onéreuse son exécution » (C.-E., BUCHER, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, Étude de droit comparé interne, op. cit.,* n° 204). Ce critère étant posé d'ailleurs depuis longtemps depuis les toutes premières monographies portant sur la question, pour ex. V. P. VOIRIN, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, *op. cit.,* p. 148-149 : l'auteur soulignant la nécessité de ne pas prendre en compte « l'inégalité courante qui se présente avec un caractère de généralité tel qu'on peut dire qu'elle est le droit commun de la vie juridique ». Seul le déséquilibre conséquent est retenu aussi bien en droit public qu'en droit privé.

difficulté. Les difficultés d'exécution peuvent avoir différentes causes »[1336]. La possibilité d'inclure dans l'imprévision la survenue d'une multitude d'évènements participe à l'unité de la notion au sein des ordres administratif et judiciaire.

410. Il ne fait ainsi aucun doute que le droit administratif et le droit privé régissent une seule et même problématique. Ce point est essentiel dans notre démonstration puisque l'inégalité de traitement ne peut ressortir que de la confrontation de situations identiques. Comme le souligne le vice-président du Conseil d'état, « si le principe d'égalité impose ainsi de traiter de la même manière des personnes placées dans une même situation, il n'exclut pas des différences de traitement, à condition qu'elles soient justifiées par une différence de situation ou par un *motif d'intérêt général*[1337] en rapport avec l'objet de la loi qui les établit – elles doivent être objectivement fondées – que ces différences de traitement soient proportionnées à la cause qui les justifie et que, bien entendu, elles soient étrangères à toute discrimination »[1338].

411. L'interdépendance entre l'imprévision et le service public ? – Il se trouve justement que d'aucuns justifient la nette opposition entre le droit public et privé par la question centrale de la continuité du service public. Nous devons donc nous demander si le régime créé en droit administratif n'est pas propulsé uniquement en raison de l'intérêt général.

Il est vrai que dans l'affaire Gaz de Bordeaux, la continuité du service public était menacée car l'imprévision avait perturbé un contrat de concession[1339]. En tant que pierre angulaire du droit administratif français[1340], le service public

---

[1336] C.-E., BUCHER, *ibid.* n° 197.

[1337] V., par ex., en ce qui concerne les conditions de modulation des tarifs d'un service public selon le lieu de résidence des usagers : CE, Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, Rec. 274 ; ou encore en ce qui concerne les conditions d'accès à un service public communal non obligatoire, selon l'intensité du lien entre les usagers et la commune : CE, Sect., 13 mai 1994, *Commune de Dreux*, Rec. 233 ; ou les conditions de modulation des tarifs de ce type de service public, selon le niveau de ressources de la famille de l'usager : CE, Sect., 29 décembre 1997, *Commune de Gennevilliers*, Rec. 499.

[1338] J.-M. SAUVÉ, *Principe d'égalité et droit de la non-discrimination,* Colloque organisé par le Défenseur des droits, 5 oct. 2015.

[1339] Dans cette affaire, le litige opposait la ville de Bordeaux à la compagnie générale d'éclairage, concessionnaire du service public de distribution et de vente du gaz et de l'énergie électrique.

[1340] « Pilier indéfectible en droit public » (E. LABROT, *L'imprévision, Étude comparée droit public-droit privé des contrats*, th. Toulouse, L'Harmattan, 2016, Préf. F. Fraysse, p. 53), ni

peut sembler constituer la principale motivation du régime de l'imprévision consacré [1341]. Il « est un pilier indéfectible en droit public, une notion fondamentale autour de laquelle s'articulent les pans du droit administratif, indubitablement parce que le service public sert l'intérêt général, valeur suprême du droit administratif légitimant toute action publique »[1342]. Crucial en droit administratif, inexistant en droit privé, le service public a longtemps été le « coupable » idéal[1343].

Il est fort probable que l'imprévision ait été impérativement rattachée au service public car elle dispose d'une place de choix dans les contrats de concession[1344] qui consistent, justement, à déléguer un service public. Ce type de délégation se faisant généralement par le biais de contrats de grande envergure dont l'exécution est étalée sur de très longues durées[1345].Cela étant dit, il convient d'éviter la confusion entre le domaine d'application et le domaine de prédilection car l'imprévision et le service public ne sont absolument pas interdépendants[1346]. Il suffit de songer aux nombreux pays étrangers qui l'ont consacrée dans leur ordre judicaire pour s'en convaincre.

412. Les besoins du service public ne doivent pas être mis complètement de côté, puisqu'ils ont participé à influencer la décision du Conseil d'État, mais leur rôle causal au sein de la théorie de l'imprévision mérite d'être revu. Certes, la continuité du service public ajoute à la nécessité de traiter l'imprévision mais elle

---

agonisant, ni miraculeux, le service public, s'il affronte régulièrement des crises – dont celle de sa confrontation avec le droit communautaire – demeure la pierre angulaire du droit public. Critère des fins, il est complémentaire de la notion de puissance publique, critère des moyens, il aide à la reconnaissance du caractère public d'une activité » (J. MORAND-DEVILLIER, *Droit administratif*, Montchrestien, 12ème éd., 2011, p. 452).

[1341] G. VEDEL, *Droit administratif*, t. 2, PUF, Thémis Droit public, 1997, p. 781 s. ; R. CHAPUS, *Droit administratif général,* t. 1, Montchrestien, 13ème éd., 1999, n° 1385 s.

[1342] E. LABROT, *L'imprévision, Étude comparée droit public-droit privé des contrats, op. cit*., p. 53.

[1343] H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, t. 2, vol. 1, 9ème éd., par F. CHABAS, Montchrestien, p. 860.

[1344] Ce sont les « contrats par lesquels une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé dont la rémunération est substantiellement liée au résultat d'exploitation du service » (Art. 3, Loi « Murcef », n° 2001-1168, du 11 déc. 2001, modifiant la loi « Sapin » n° 93-122 du 29 janv. 1993).

[1345] E. LABROT*, L'imprévision, Étude comparée droit public-droit privé des contrats, op. cit*., p. 59.

[1346] E. LABROT, *ibid.,* p. 58.

n'en constitue pas le fondement. Au mieux, nous pouvons considérer que cet impératif agit comme un élément propulseur dans les litiges particuliers. Cette assertion peut être vérifiée de manière pragmatique car l'imprévision est loin d'être l'apanage des contrats de concessions : « l'évolution de la jurisprudence administrative en matière contractuelle s'est très largement diversifiée au cours des années qui ont succédé à l'arrêt *Gaz de Bordeaux*, et les situations d'imprévision sont également admises pour d'autres types de contrats, qui n'ont parfois aucun lien avec le service public »[1347].

L'absence de justification à ce traitement différent conforte l'idée d'un traitement inégal entre les contractants de droit privé et ceux de droit administratif.

Paragraphe II – La surestimation des risques d'atteintes à la pérennité du contrat

413. Les impératifs économiques et la dynamique des affaires justifient le rejet de la lésion qui est définie comme un « préjudice pécuniaire résultant d'un déséquilibre ou d'un défaut d'équivalence entre les prestations contractuelles »[1348]. La sécurité des transactions impose bien évidemment de ne pas s'immiscer dans les affaires des parties mais on ne retrouve pas cette légitimité dans le cas de l'imprévision. Bien qu'elle engendre aussi un déséquilibre financier, elle se situe dans un cadre bien plus complexe.

Le déséquilibre quantitatif initial ne peut être corrigé par le juge car il est issu de conditions portées à la connaissance des parties qui les ont volontairement acceptées, au moment de la conclusion du contrat. S'agissant de l'imprévision, il s'agit au contraire de corriger un déséquilibre impossible à anticiper résultant d'un évènement extérieur à la volonté des parties, survenu lors de l'exécution du

---

[1347] *Ibid.*

[1348] S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats,* th. Paris XI, LGDJ, 2000, Préf. H. Muir Watt, n° 786. Sur le thème de la lésion, *Adde* E. DEMONTÉS, *De la lésion dans les contrats entre les majeurs,* th. Paris 1924 ; J. MAURY, *La lésion dans les contrats,* RCDI 1936.373 ; G. RIPERT, *La règle morale*, 4ème éd., 1949, n° 61 s. ; H. DE MESMAY, *La nature juridique de la lésion en droit civil français,* th. Paris II, 1980 ; G. CHANTEPIE, *La lésion*, th. Paris I, LGDJ, 2006, préf. G. Viney.

contrat[1349]. À rebours de la lésion, l'imprévision n'a pas été acceptée de sorte que son remède n'est que justice. Pour cette raison, on ne peut pas estimer non plus que les solutions apportées à ce coup du sort portent atteinte à la sécurité juridique.

414. Celle-ci invite à ne pas gêner les prévisions des parties conformes à la volonté qu'elles ont exprimées au moment de la conclusion du contrat. C'est uniquement dans ce cadre, que la proportionnalité ou l'équivalence ne peut être imposée. En revanche, la survenance *imprévisible* de circonstances *nouvelles,* au milieu de l'exécution du contrat, ne rééquilibre pas le contrat selon ce qui doit être mais en fonction de l'équilibre initial, qui existait au moment où se sont jointes les volontés des parties. En ce sens, la sécurité juridique ne paraît en aucun cas sacrifiée (A). Cette insécurité juridique est souvent associée à un risque de révisions en cascade[1350]. En plus d'être excessif, ce constat ne tient pas compte du fait que le déséquilibre généralisé peut bien davantage être entraîné par le refus d'adapter le contrat déjà gravement malmené. Le refus de consacrer l'imprévision fait encourir un risque dont la probabilité est bien plus importante : celui d'inexécution en cascade (B).

A/ Retour à une plus juste mesure du besoin de sécurité juridique

415. Définition – Derrière le paradigme de l'autonomie de la volonté, on découvre la sécurité juridique. Les contractants ayant un besoin crucial de prévisibilité au moment où elles émettent leur accord de volonté, le juge, tout autant que le législateur[1351], doit veiller au respect de la sécurité juridique. Ce

---

[1349] S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats, op. cit.,* n° 786 s.

[1350] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11ème éd., Dalloz, 2013, n° 470, p. 521.

[1351] Qui doit d'ailleurs conjuguer avec la valeur constitutionnelle de ce principe, en matière répressive uniquement, et sur le fondement de l'article sur le fondement des articles 7 et 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ce qui a contrario lui permet de déroger à la règle dans les autres domaines ne relevant pas du droit pénal (J.-G. HUGLO, *Le principe de sécurité juridique,* Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11, déc. 2001), à l'instar de la matière contractuelle : V. S. DRAPIER, *Réflexions sur la légitimité des lois de validation en matière contractuelle*, LPA, 9 fév. 001-4. ; B. MATHIEU, *Liberté contractuelle et sécurité juridique* : les oracles ambigus des sages de la rue Montpensier, LPA, 1997, n° 29.

principe, fondamental[1352], consiste à ne pas surprendre outre-mesure les sujets de droit dans leur connaissance des règles applicables, leur pratique ou encore leurs prévisions[1353].

À rebours de la force obligatoire et de la bonne foi, la sécurité juridique ne dispose pas véritablement d'assise textuelle car elle est plus un besoin qu'un droit. Elle constitue un « besoin juridique élémentaire et, si l'on ose dire, animal »[1354]. Affirmer qu'elle est nécessaire est un truisme puisqu'elle ne fait que tenir compte « *des intérêts et objectifs sociologiques légitimes* »[1355] des personnes concernées. Le juge agit en conformité avec les dispositions régissant le droit des contrats et il les concilie avec le besoin de sécurité juridique[1356].

416. La sécurité juridique doit conjuguer avec des intérêts supérieurs – Si elle permet de pondérer les règles de droit générales, elle ne peut en revanche servir de support pour les renier, à l'instar de l'opposition à la théorie de l'imprévision. Précédemment, nous avons démontré à quel point la révision pour imprévision favorise, contre toute attente, la force obligatoire du contrat. En outre, le refus du cocontractant d'œuvrer avec le débiteur afin de débloquer la situation constitue un manquement flagrant à l'obligation d'exécuter le contrat en toute bonne foi. À l'appui d'un principe pondérateur, étaient donc bafouées deux règles phares du droit du contrat, expressément prévues dans le Code civil.

[1352] En ce sens : F. POLLAUD-DULIAN, *À propos de la sécurité juridique*, RTD civ. 2001, p. 487.

[1353] J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Droit civil : introduction*, 3ème éd. LGDJ, 1990, n° 339 ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil : introduction*, 9ème éd., Montchrestien par F. Chabas, 1989, n° 10-11 ; A. WEILL, *Droit civil : introduction générale*, 3ème éd. Précis Dalloz, 1973, n° 131 et n° 138 ; CE rapport 1991, *De la sécurité juridique*, Doc. fr. p. 15.

[1354] J. CARBONNIER, *La part du droit dans l'angoisse contemporaine*, *in* Flexible droit, LGDJ, 9ème éd. 1998, p. 193-194.

[1355] F. POLLAUD-DULIAN, *À propos de la sécurité juridique*, RTD civ. juil.-sept. 2001. p. 487.

[1356] P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, p. 47 ; J. CARBONNIER, *La pulvérisation du droit en droits subjectifs in* Droit et passion du droit sous la Ve République, Flammarion, 1996, p. 121 s. ; Rappr. Cons. const. 9 avr. 1996, décis. 96-373, AJDA 1996-371, not. O. SCHRAMECK ; RFD const. 1996.584, obs. J. TREMEAU, A. ROUX ET T.-S. RENOUX ; RD publ. 1996.953, obs. T.-S. RENOUX ; D. 1998. Somm. 153, obs. T.-S. RENOUX ; B. PACTEAU, préc. p. 154 s. ; A ce propos, il convient tout de même de préciser qu'une doctrine influente considère que ce principe serait tout de même sous-jacent, ou bien en voie de reconnaissance, notamment dans certaines décisions du Conseil constitutionnel : V. L. FAVOREU, *Droit des libertés fondamentales,* Précis Dalloz, 2000, n° 391 ; B. MATHIEU, *La sécurité juridique, un principe clandestin mais efficient*, Mélanges Gélard, Montchrestien, 1999, p. 301.

417. Bien que l'interdiction de la rétroactivité de la loi nouvelle soit justifiée par la sécurité juridique[1357], le juge s'est auto-octroyé le droit d'y déroger s'il estime que la règle qui vient d'être posée mérite le statut d'ordre public[1358]. Il en va de même en matière contractuelle : lorsque survient une imprévision, la nécessité et les effets bénéfiques de l'adaptation du contrat sont tels, que la sécurité juridique peut être sacrifiée. Demogue soulignait déjà que « 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

---

[1357] Art. 2 du Code civil : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ». G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, éd. Brussel Bruylant, 1983, p. 9, A propos du discours de Portalis, devant le Corps législatif en 1803, présentant l'article 2 du Code civil : « C'est un principe général que les lois n'ont point d'effet rétroactif. À l'exemple de toutes nos assemblées nationales, nous avons proclamé ce principe. Il est des vérités utiles qu'il ne suffit pas de publier une fois, mais qu'il faut publier toujours, et qui doivent sans cesse frapper l'oreille du magistrat, du juge, du législateur, parce qu'elles doivent constamment être présentes à leur esprit. L'office des lois est de régler l'avenir. Le passé n'est plus en leur pouvoir. Partout où la rétroactivité des lois serait admise, non seulement la sûreté n'existerait plus, mais son ombre même. La loi naturelle n'est limitée ni par le temps, ni par les lieux, parce qu'elle est de tous les pays et de tous les siècles. Mais les lois positives, qui sont l'ouvrage des hommes, n'existent pour nous que quand on les promulgue, et elles ne peuvent avoir d'effet que quand elles existent. La liberté civile consiste dans le droit de faire ce que la loi ne prohibe pas. On regarde comme permis tout ce qui n'est pas défendu. Que deviendrait donc la liberté civile, si le citoyen pouvait craindre qu'après coup il serait exposé au danger d'être recherché dans ses actions, ou troublé dans ses droits acquis, par une loi postérieure. Ne confondons pas les jugements avec les lois. Il est de la nature des jugements de régler le passé, parce qu'ils ne peuvent intervenir que sur des actions ouvertes, et sur des faits auxquels ils appliquent des lois existantes. Mais le passé ne saurait être du domaine des lois nouvelles, qui ne le régissaient pas. Le pouvoir législatif est la toute-puissance humaine. La loi établit, conserve, change, modifie, perfectionne. Elle détruit ce qui est ; elle crée ce qui n'est pas encore. La tête d'un grand législateur est une espèce d'Olympe d'où partent ces idées vastes, ces conceptions heureuses, qui président au bonheur des hommes et à la destinée des empires. Mais le pouvoir de la loi ne peut s'étendre sur des choses qui ne sont plus, et qui, par là même, sont hors de tout pouvoir. L'homme, qui n'occupe qu'un point dans le temps comme dans l'espace, serait un être bien malheureux, s'il ne pouvait pas se croire en sûreté, même pour sa vie passée : pour cette portion de son existence, n'a-t-il pas déjà porté tout le poids de sa destinée ? Le passé peut laisser des regrets ; mais il termine toutes les incertitudes. Dans l'ordre de la nature, il n'y a d'incertain que l'avenir, et encore l'incertitude est alors adoucie par l'espérance, cette compagne fidèle de notre faiblesse. Ce serait empirer la triste condition de l'humanité, que de vouloir changer, par le système de la législation, le système de la nature, et de chercher, pour un temps qui n'est plus, à faire revivre nos craintes, sans pouvoir nous rendre nos espérances. Loin de nous l'idée de ces lois à deux faces, qui, ayant sans cesse un œil sur le passé, et l'autre sur l'avenir, dessécheraient la source de la confiance, et deviendraient un principe éternel d'injustice, de bouleversement et de désordre. Pourquoi, dira-t-on, laisser impunis des abus qui existaient avant que la loi que l'on promulgue pour les réprimer ? Parce qu'il ne faut pas que le remède soit pire que le mal. Toute loi naît d'un abus. Il n'y aurait donc point de loi qui ne dût être rétroactive. Il ne faut point exiger que les hommes soient avant la loi ce qu'ils ne doivent devenir que par elle ».

[1358] J. TUROT, *La vraie nature de la garantie contre les changements de doctrine*, RJF 5/92, p. 379 – Au niveau communautaire : V. CJCE, 14 mai 1975, Comptoir national technique agricole, aff. 74/74, Rec. p. 533 ; 3 mai 1978, Firma August Töpfer, aff. 112/77, Rec. p. 1019 ; CJCE, 20 sept. 1990, Commission c/ Allemagne, aff. C5/89: Rec. I, p. 3437 ; J.-P. PUISSOCHET, *Vous avez dit confiance légitime? Le principe de confiance légitime en droit communautaire*, *in* L'État de droit, Mélanges en honneur de Guy Braibant, Dalloz, 1996, p. 581.

circonstances s'exécute. Tout cela appelle un assouplissement des contrats aux circonstances, mais un assouplissement relatif, car autrement on irait à la destruction de la notion même de contrat qui implique celle de sécurité[1359] ».

L'illustre auteur nous invite ainsi à respecter un certain équilibre entre l'interventionnisme judiciaire et le besoin des parties de sécuriser leurs actes. Or, si la Cour de cassation refusait la révision pour imprévision, c'est en grande partie par crainte que « l'arbitraire du juge favorisant l'instabilité du contrat ne se retourne contre la sécurité juridique »[1360]. La mise en balance des bénéfices-risques attachés à la théorie de l'imprévision révèle-t-elle une intolérable atteinte à cette dernière ?

D'un côté, de nouveaux termes sont imposés au créancier qui ne les avait pas anticipés ; de l'autre, le contrat peut se poursuivre de manière pérenne, durable et équilibrée. La sécurité juridique en ressort perdante mais le devoir de loyauté a été honoré et l'exécution du contrat – finalité première de la force obligatoire – est rendue possible[1361]. Ce constat démontre que l'équilibre entre les différents paramètres qui entrent en jeu est assuré de manière bien plus efficace par la théorie de l'imprévision.

418. L'exclusion de l'insécurité juridique dans l'exceptionnel – La tolérance qui a fini par être instaurée à l'article 1195 du Code civil est accordée uniquement aux contractants subissant une imprévision au sens strict. Elle ne bénéficie pas à tous ceux qui ont le malheur de voir leur rentabilité s'amoindrir en raison d'un changement de circonstances. Comme nous le verrons plus tard, les critères de l'imprévision sont stricts et ne permettent pas d'englober toute perturbation dans les prévisions des parties.

Présentée comme étant exceptionnelle, le risque de subir son traitement est trop infime pour que le besoin de sécurité juridique puisse la limiter. L'imprévision correspond à une situation suffisamment restreinte[1362] pour estimer

---

[1359] R. DEMOGUE, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale,* RTD civ. 1907. 246.

[1360] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11ème éd., Dalloz, 2013, n° 470, p. 521.

[1361] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *ibid.*

[1362] Seuls les bouleversements soudains et imprévisibles, qui aboutissent en outre à l'absence de rentabilité, ou presque, peuvent être soumis au régime de l'imprévision. À propos de la notion d'imprévision, V. i*nfra.*

que l'assouplissement de la force obligatoire qu'entraîne l'adaptation du contrat n'est pas généralisé.

419. Prévisions et imprévisions – L'idée voulant que la sécurité juridique soit piétinée par la révision du contrat doit être observée avec un œil particulier lorsqu'il s'agit de remédier à une imprévision. Peut-on réellement considérer que la correction d'un élément imprévisible puisse perturber les prévisions des parties ? L'imprévision est imprévisible, par définition, donc comment parvient-on à en déduire que sa correction impacte la sécurité juridique ? Dans les prévisions des parties ne figurait ni l'imprévision perturbatrice, ni la révision correctrice. La force obligatoire et la sécurité juridique ne peuvent se mouvoir que dans le cadre des prévisions contractuelles [1363], « le surplus est sans fondement »[1364].

Puisque la sécurité juridique vise à ne pas faire subir aux contractants des changements qui brusqueraient leurs prévisions, ne peut-on pas considérer que la sécurité juridique est ébranlée par l'imprévision elle-même et non par la révision qui vise plutôt à la réhabiliter ?

420. Enfin, à présent que le remède de l'imprévision est consacré à l'article 1195 du Code civil, celui-ci fait automatiquement partie des prévisions des contractants. Nul n'étant censé ignorer la loi, elles doivent prévoir la nécessité d'adapter ou de résilier le contrat en cas d'imprévision[1365]. Le contractant n'est pas censé prévoir uniquement l'exécution mais également les risques et la façon dont la loi les appréhende. « L'imprévisible n'est jamais que l'arrière-petit-fils du prévisible », comme le souligna Achille Chavée[1366].

421. En réalité, « droit et volonté des parties entrent rarement en concurrence, de sorte que si le droit s'impose effectivement aux parties, il ne

---

[1363] L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu,* th. Paris 1, Économica, 2011, Préf. L. Aynès, n° 733.

[1364] P. VOIRIN, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé,* th. Nancy, 1922, p. 64.

[1365] À moins de prévoir le contraire au sein d'une clause.

[1366] M. HAMBURSIN, *Anthologie de littérature en langue française*, Textes en Archipel, éd. de Boeck Duculot, 3ème éd. 2000, p. 204.

contrarie nullement leurs prévisions[1367] ». Dès lors que l'article 1195 du Code civil prévoit qu'une révision puisse advenir en raison d'une imprévision, cette possibilité fait partie des prévisions de tous les contractants, à moins de la présence d'une clause contraire. Les obligations des parties devant s'entendre comme celles prévues dans le contrat auxquelles il faut ajouter celles prévues par la loi. L'adaptation du contrat, en de telles circonstances, ne nuit pas à la garantie de prévisibilité. Même à l'égard des contrats conclus avant le 1er octobre 2016, cette assurance ne peut être contredite puisque l'article 9 de l'ordonnance[1368] ne les soumet pas à l'article 1195[1369].

B/ Retour à une plus juste appréciation du risque de révisions en cascade

422. Des craintes excessives – D'aucuns estiment qu'« admettre la révision dans un cas, c'est risquer de mettre le cocontractant dans l'impossibilité d'exécuter les obligations assumées par lui dans d'autres contrats et par la même provoquer un déséquilibre généralisé ''par un jeu de réactions en chaîne impossible à limiter et même à prévoir''[1370] ». Est-il tout d'abord raisonnable d'imaginer de telles proportions ? Au surplus, cela ne revient-il pas à faire primer un risque dont la réalisation est peu probable sur un blocage contractuel grave qui lui est sans aucun doute advenu. Il nous semble, en tout état de cause, que la multitude de révisions qu'entraînerait la correction occasionnelle du contrat est très anecdotique[1371]. L'application d'une politique de la peur, permettant parfois d'adopter des règles liberticides, est tout aussi condamnable lorsqu'elle vise à empêcher l'adoption de règles protégeant les contractants des fluctuations du marché.

[1367] M. OUDIN, *L'exécution du contrat en bon père de famille,* th. Tours, 2000, n° 188.

[1368] Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

[1369] Sur ce point, il s'agit cependant d'une préoccupation qui n'est que transitoire.

[1370] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11ème éd., Dalloz, 2013, n° 470, p. 521 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique,* t. 1, 16ème éd., Sirey, coll. « Université », 2014, n° 410.

[1371] D'ailleurs, les opposants à la théorie de l'imprévision appuyaient leurs propos sur des décisions critiquables dans lesquelles il ne s'agissait pas d'imprévisions mais de changements défavorables de la conjoncture, par ex. Cass. com., 31 mai 1988, Bull. IV, n° 189, cité par J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le Contrat, Les effets du contrat*, LGDJ, 1992, n° 276.

423. Le contrat ne peut faire l'objet d'une adaptation que si les critères de l'imprévision sont réunis. Un changement de conjoncture défavorable ne suffit pas puisqu'il faut prouver que l'exécution est devenue ruineuse pour le débiteur[1372]. De surcroît, la cause doit être extérieure et imprévisible. Présentée ainsi l'imprévision constitue une situation bien trop rare pour engendrer un tel chaos et estimer que « le juge est mal placé pour apprécier si sa décision, particulière par définition, sera au regard de l'économie nationale, bonne ou mauvaise »[1373]. Si jamais l'imprévision n'était pas un acte isolé, cela ne pourrait provenir que d'une fluctuation extrême et invivable du marché. Dès lors, quand bien même une telle situation adviendrait, le fait que des déséquilibres puissent se succéder ne justifie absolument pas la nécessité de rejeter le régime de la révision pour imprévision. Bien au contraire, ce constat, au demeurant exagéré, dramatise l'ampleur des circonstances imprévisibles susceptibles de bouleverser l'économie du contrat, et rend encore plus nécessaire le régime de l'imprévision.

424. Des craintes démenties par les expériences étrangères – Quand bien même nous voudrions croire à la crainte d'une généralisation des révisions, le droit comparé nous contredirait avec force[1374]. La prise en compte juridique du changement de circonstances bouleversant l'économie du contrat existait déjà dans de nombreux pays d'Europe : Allemagne[1375], Italie[1376], Pays-Bas[1377],

---

[1372] S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats,* th. Paris XI, LGDJ, 2000, Préf. H. Muir Watt, n° 457 s.

[1373] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit*., n° 470, p. 521.

[1374] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *ibid.*

[1375] L'article 313 du Code civil allemand (Bürgerliches Gesetzbuch, B.G.B.) traite le changement de circonstances depuis le 1er janvier 2002 (date à laquelle a été entreprise une grande réforme du droit des obligations). La disparition de ce qui fonde le contrat (Wegfall der Geschäftsgrundlage) permet aux parties de demander l'adaptation ou la résiliation du contrat ; V. CL. WITZ et F. FURKEL, *Chronique du droit civil allemand,* RTD civ. 1994, p. 451 s. – Étant précisé que le juge n'a pas attendu que la loi soit modifiée pour tenir compte de l'imprévision, comme l'a souligné M. Picod : « C'est la doctrine suivie par la jurisprudence qui a tracé la voie vers la conception actuelle du juge allemand. Cette conception est le fruit d'une longue évolution dont le point de départ fut l'inflation consécutive à la première guerre mondiale. Le juge a été contraint de trouver un compromis entre force obligatoire et justice contractuelle. Dans une première étape, la jurisprudence a étendu le concept de force majeure au-delà des limites légales. Par une extrapolation des termes du B.G.B concernant la force majeure, le juge allemande a utilisé la notion ''d'impossibilité économique'' ». Dans un second temps, les juges allemands s'étaient même tournés vers le fondement idoine : la bonne foi (treu und glauben) qui était alors prescrite par l'art. 242 du B.G.B (Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. Dijon, LGDJ, 1989, Préf. G. Couturier, n° 199).

Portugal[1378], Grande-Bretagne, Espagne, Suisse[1379], etc. Des expériences nombreuses qui ont toutes démontré que l'insécurité juridique généralisée constitue une crainte excessive. La survenue de révisions en cascade n'ayant par ailleurs jamais pu être constatée[1380].

[1376] L'article 1467, al. 1er, du Code civil italien indique que dans les contrats à exécution successive « si la prestation de l'une des parties est devenue excessivement onéreuse en raison des circonstances imprévues d'une nature telle que, d'après les critères de la raison et de l'équité, l'autre partie ne peut s'attendre au maintien intégral du contrat. La modification ou la résiliation peut être accordée avec effet rétroactif ».

[1377] C'est l'article 6.258-1 du Code civil néerlandais qui envisage l'imprévision : « le juge peut, à la demande de l'une des parties, modifier les effets du contrat ou le résilier en tout ou partie, 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. La modification ou la résiliation peut être accordée avec effet rétroactif ».

[1378] En vertu de l'art. 437 du Code civil portugais « si les circonstances dans lesquelles les parties ont fondé la décision de conclure un contrat ont subi un changement anormal, la partie lésée a droit à la résolution du contrat ou à une modification de ce contrat par le juge selon l'équité, si l'exécution forcée des obligations assumées conformément à ce contrat heurte gravement le principe de bonne foi et ne correspond pas à un risque spécifique assumé par le contractant ».

[1379] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit*., n° 470, p. 521.

[1380] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *ibid., à* l'appui des références suivantes : R. DAVID, *L'imprévision dans les droits européens,* Mélanges Jauffret, 1974, p. 211 ; D. TALLON, *La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé*, *in* Mélanges Sayag, 1997, p. 406 ; D. MAZEAUD, *La politique contractuelle de la Cour de cassation*, *in* Mélanges Jeztaz, 2006, p. 395-396.

SECTION II
CONSOLIDATION DES FONDEMENTS GÉNÉRAUX DE LA RÉVISION POUR IMPRÉVISION

425. La consécration d'un régime dédié à l'imprévision au sein du Code civil (article 1195) ne supprime en rien ses fondements originels. Quand bien même les textes sont spécifiques, ils demeurent paramétrés par des règles directrices communes dont le but est de soumettre les contractants à un système juridique cohérent. Les fondements généraux sur lesquels la révision pour imprévision s'appuie méritent toujours d'être explicités, afin de démontrer que la consécration de la théorie de l'imprévision ne perturbe pas la cohérence de l'ensemble des règles du droit commun des contrats. Une démarche qui ne peut être que bienvenue étant donné l'intense lutte qu'a dû mener l'imprévision pour être consacrée[1381]. Le bienfondé de ce changement de taille, qui n'a pas encore refroidi et qui est regretté par certains, reste digne d'intérêt.

426. D'aucuns ont estimé qu'il était « vain de chercher dans le Code civil un prétendu fondement à la reconnaissance de la théorie de l'imprévision »[1382] alors qu'en réalité, « si la Cour de cassation avait jugé de bonne politique d'admettre cette théorie de l'imprévision, elle n'aurait eu que l'embarras du choix quant aux moyens »[1383]. Cela dit, la doctrine, en faveur de la consécration de l'imprévision, n'était pas unanime quant au fondement général sur lequel il est plus juste qu'elle soit assise. Majoritairement, et à l'instar de la plupart des droits étrangers[1384], elle se réfère à la bonne foi régissant l'exécution contractuelle[1385]

[1381] Entre la persévérance du refus des juges entre 1804 et 2016, la pseudo-consécration lors de l'avant projet de 2015 et la lutte des sénateurs pour supprimer la révision judiciaire lors de la ratification de l'ordonnance, le régime de l'imprévision adopté fait sans doute, à l'heure actuelle, l'objet de beaucoup de regrets.

[1382] J. MAGNAN DE BORNIER, *Essai sur la théorie de l'imprévision*, th. Montpellier, 1924, p. 98.

[1383] J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, 22ème éd., Droit privé, PUF, coll. Thémis, 2000, n° 150 ; *Adde* D. MAZEAUD, *La révision du contrat,* LPA, 30 juin 2005, n° 129, p. 4 : « cause, équité, utile et juste, clause *rebus sic stantibus*, bonne foi, ce ne sont pas les concepts flexibles qui manquent ! ».

[1384] Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. Dijon, LGDJ, 1989, Préf. G. Couturier, n° 197-199.

mais le recours à d'autres fondements a été fréquemment évoqué. L'équité contenue à l'ancien article 1135[1386], la force majeure entendue de manière élargie[1387] et la cause d'autrefois[1388] ont chacun était soumis au prisme de l'imprévision. Dans une moindre mesure, voire de manière très isolée, d'aucuns sont allés jusqu'à évoquer l'ancien article 1150 relatif à la prévisibilité du dommage[1389], ainsi que les délais de grâce que le juge peut accorder[1390].

[1385] V. not. Y. PICOD, *ibid.,* n° 188 s. : « Parmi les fondements proposés par la doctrine pour justifier la théorie de l'imprévision, seule la bonne foi contractuelle doit être retenue (…). L'intervention du juge en matière d'imprévision ne peut être expliquée qu'à partir d'une obligation préexistante, incombant aux parties et découlant de la loyauté contractuelle. Il s'agit de l'obligation de négocier en cas de déséquilibre consécutif à une modification de circonstances économiques qui constitue la plus haute manifestation de la solidarité contractuelle » (n° 190) ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, 22ème éd., Droit privé, PUF, coll. Thémis, 2000, n° 150 : lequel ajoute à la bonne foi, l'anc. art. 1156 qui octroie au juge le pouvoir d'interpréter les conventions dans le sens que lui auraient donné les parties ; A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle,* th. Orléans, LGDJ, 2005, Préf. C. Thibierge, n° 734 s. ; B. FRELETEAU*, Devoir et incombance en matière contractuelle*, th. Bordeaux, LGDJ, 2017, Préf. L. Sautonie-Laguionie, n° 134 s., spéc. n° 137 s. ; M. E. PANCRAZI-TIAN*, La protection judiciaire du lien contractuel*, th. Aix-Marseille, PUAM, 1996, Préf. J. Mestre, n° 463 s., spéc. n° 365.

[1386] V. C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 135 du Code civil, une nouvelle source du contenu contractuel*, th. Montpellier, LGDJ, 2006, Préf. D. Ferrier, n° 514 s. ; V. toutefois, P. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, th. Paris XII, Dalloz, 2005, Préf. F. Chabas, n° 169 s. : qui a relevé à juste titre que « l'article 1134, al. 3 pourrait entraîner une modification de ce dont les parties ont convenues, non l'article 1135 » car « dans son office le plus radical, l'article 1134, al. 3 aurait un rôle correcteur, au moins modérateur. En cela, il permettrait d'aller à l'encontre de la volonté exprimée des parties, de retrancher à leur accord ou de paralyser certains de ses effets, quand l'article 1135 n'envisage que d'ajouter aux effets de cet accord, en harmonie avec ce que les parties y ont exprimé. Ce dernier texte a pour conséquence l'adjonction, l'intégration selon la terminologie italienne, l'amplification, non la modification : par principe, son jeu ne saurait affecter le contenu de l'accord. Certains seront peut être surpris d'entendre que l'appréciation du contenu des accords de volontés, action propre de l'article 1135, n'entraîne ni révision, ni modification de ce contenu ».

Intégrée, aujourd'hui, à l'art. 1194 C. civ., selon lequel « les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi », l'équité ne doit, en outre, « jamais servir pour éluder l'application d'une règle de droit (…). L'équité ou les besoins ne doivent entrer en compte que si la loi les consacre », elle n'est donc pas apte à servir la révision pour imprévision en toute autonomie (F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique,* t. 2, 1ère éd., 1919, LGDJ, Réédition 2016, n° 23).

[1387] Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *op. cit.,* n° 189, *Adde* n° 199, où est évoquée la construction de la théorie de l'imprévision en droit allemand : avant d'être fondée de manière adéquate sur la bonne foi (treu und glauben), celle-ci se basait sur une « extrapolation des termes du B.G.B. concernant la force majeure » ; L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu,* th. Paris 1, Économica, 2011, Préf. L. Aynès, n° 430 s.

[1388] A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle, op. cit.,* n° 642 s. ; D. MAZEAUD, *La révision du contrat, op. cit.*

[1389] L. FYOT, *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision à l'égard des contrats portant sur des objets autres qu'une somme d'argent*, th. Dijon, 1921, p. 199, cité par L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu, op. ci*t., n° 294 : reprenant l'idéologie de Pothier relative à la prévisibilité du dommage contractuel, Fyot estime que la « raison d'être » de l'anc. art. 1150 n'est pas l'inexécution du contrat mais le caractère prévisible ou non de la « valeur pécuniaire de la prestation », dépassant ainsi « le cadre étroit d'une fixation de dommages et

427. Il n'est pas insensé de considérer l'imprévision comme la disparition, partielle mais conséquente, de la contrepartie[1391] au stade de l'exécution. L'admettre comme fondement, afin de débloquer le contrat en dehors de la période de formation du contrat présente toutefois un désavantage important à l'égard de la sécurité juridique. Le besoin de cette dernière n'est pas entravé par la révision pour imprévision elle-même, cependant si les juges avaient étendu le contrôle de l'existence de la cause à l'exécution, cela aurait occasionné l'ouverture de possibilités dépassant la seule imprévision. Et c'est ainsi que l'insécurité juridique aurait été provoquée. Nous souhaitons donc démontrer qu'il n'est ni raisonnable, ni loisible, pour l'imprévision de prendre appui sur la cause ou la contrepartie (Paragraphe I).

Il nous semble qu'il convient plutôt de se tourner vers la théorie des risques dont les spécificités s'accordent mieux avec l'évènement que constitue l'imprévision. L'obligation d'exécuter le contrat ne pouvant se mouvoir que pour ce qui a été voulu, elle ne peut être qu'exclue à l'égard des risques qui n'ont pas été acceptés. À défaut de l'avoir exprimée, la volonté ou non d'assumer individuellement le risque d'imprévision doit faire l'objet d'une interprétation générale, qui aurait vocation à s'appliquer à tous les contrats dépourvus de clause d'imprévision[1392].

En recourant au concept de cohérence déjà évoqué précédemment[1393] : est-il logique que le débiteur ait entendu assumer la pleine responsabilité d'un risque aussi délétère que l'imprévision, sans que cela n'ait été consigné par écrit ? Peut-on concevoir, par ailleurs, qu'un contractant accepte tacitement le risque

---

intérêts ». À son sens, l'art. 1150 n'aurait pas vocation à s'appliquer uniquement pour fonder l'indemnisation dont peut être assortie l'inexécution du contrat, il accordait aussi la possibilité « de limiter au maximum prévisible » les droits du créancier « sur la plus value éventuelle de la chose qui lui est due, parce que c'est seulement à cette portion prévisible que le débiteur est raisonnablement censé avoir consenti à s'obliger.

[1390] Not. R. VIPREY, *Vers une relative généralisation du principe de l'imprévision en droit privé ?,* D. aff. 1997, n° 29, p. 918. Un autre auteur ayant souligné, à très juste titre, que cette disposition permet seulement de différer l'exigibilité de la dette, alors que l'imprévision nécessite bien souvent une modification des termes du contrat entraînant un partage des pertes entre le débiteur et le créancier (L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu, op. cit.* n° 295).

[1391] Qu'on désignait alors comme étant la cause.

[1392] À moins que des circonstances très précises, liées exclusivement à une affaire en particulier, apportent des indices dans un sens ou dans l'autre.

[1393] La cohérence de la volonté des parties, dans le cadre de l'imprévision, ayant déjà été évoquée *supra*.

d'imprévision sans rechercher d'avantage réciproque, alors même que cela pourrait occasionner un déséquilibre significatif[1394] ? En somme, nous souhaitons démontrer le caractère erroné du raisonnement de la Cour de cassation qui consistait à rejeter la révision pour imprévision dès lors qu'aucune clause n'a été prévue à cet effet. Le bouleversement économique du contrat, résultant de circonstances extérieures aux parties, revêt des caractéristiques incompatibles avec l'acceptation tacite. La théorie des risques invite donc, au contraire, à refuser l'adaptation du contrat seulement si les parties l'ont expressément prévu. À défaut, il est plus logique de considérer que les parties ont voulu que le contrat soit débloqué pour l'exécution puisse se poursuivre de manière pérenne, quitte à faire intervenir le juge s'il s'agit du seul moyen d'y parvenir. Telle est la raison du procédé adopté par l'article 1195 du Code civil qui prévoit que l'interdiction du juge de réviser le contrat ayant subi une imprévision ne peut découler que d'une clause prévue en ce sens (Paragraphe II).

Paragraphe I – L'absence de contrepartie : un fondement juridique inadéquat

428. L'ordonnance du 10 février 2016 n'impose plus « l'objet » et « la cause » comme conditions de validité du contrat. Ils ont été fusionnés afin de former une notion unique dénommée « contenu du contrat[1395] ». D'autre part,

---

[1394] Qui a été étendu au droit commun depuis la réforme du droit des contrats. L'article 1171 du Code civil répute non écrites les clauses insérées dans les contrats d'adhésion qui entraînent un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. L'expérience tirée du régime du déséquilibre significatif issu du droit spécial (Code de la consommation et Code du commerce) démontre que celui-ci est en général exclu dès lors que la clause désavantageuse est compensée par un l'octroi d'un autre avantage. La réciprocité chasse le déséquilibre significatif, pourrait-on dire (V. *supra*).

[1395] Art. 1128, C. civ., exigeant aux côtés du consentement des parties et de la capacité de contracter, un « contenu licite et certain ». – V. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil,* Dalloz, 2016, p. 232 s. ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 168 s. ; M. FABRE-MAGNAN, *Critique de la notion de contenu du contrat*, RDC 2015. 639 ; R. BOFFA, *La validité du contrat*, Gaz. Pal., 29 avr. 2015, n° 119-120, p. 18 ; C. GRIMALDI, *Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots*, D. 2015. 814 ; C. GRIMALDI, *La validité du contrat, in La réforme du droit des contrats, Le débat,* Dr. et patr., n° 240, oct. 2014, p. 38 ; L. AYNÈS, *La cause inutile et dangereuse, in réforme du droit des*

l'article 1169 du Code civil prévoit qu'« un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la *contrepartie* convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire », ce qui renvoie à l'exigence de la défunte cause. Le mot aurait été supprimé mais ses fonctions seraient maintenues. Pour autant, il convient bien d'appréhender la notion de « contrepartie » de façon plus restrictive que la « cause »[1396]. La cause-contrepartie peut-elle correspondre au fondement originel de la théorie de l'imprévision ? Il nous semble que la réponse devrait être négative. L'idée d'une permanence de la cause convainc mais elle entraînerait une insécurité juridique trop importante si elle était consacrée. Que l'on ne s'y trompe pas, si le fondement de la persistance de la cause avait été retenu à l'égard de l'imprévision, la brèche aurait été ouverte pour tout un tas d'autres situations susceptibles d'entrer dans ce cadre.

429. En revanche, il ne peut être nié que l'imprévision a pour conséquence la disparition de l'élément qui constituait la cause-contrepartie au moment de la formation du contrat. Cette disparition constitue toutefois *un fait* dont il est possible de tenir compte, il s'agirait autrement de « passer par la cause, au-delà de la cause »[1397] (A). Mais à défaut de pouvoir constituer un fondement juridique, il

---

contrats, Le débat, Dr. et patr., n° 240, oct. 2014, p. 40 ; S. PELLET, *Le contenu licite et certain du contrat*, Dr. et Patr., mai 2016, p. 61.

[1396] V. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, p. 355 s. ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 286 s. ; C. COUSIN, H. GUIZIOU, M. LEVENEUR-AZÉMAR, B. MORON-PUECH, A. STÉVIGNON*, Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations,* D. 2015. 1115 ; C. GRIMALDI, *Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots, op. cit.*, ; R. BOFFA, *Juste cause (et injuste clause),* D. 2015. 335 ; G. WICKER, *La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ?,* D. 2015. 1557 ; D. MAZEAUD, *Pour que survivre la cause, en dépit de la réforme,* Dr. et patr. oct. 2014, p. 40 ; T. GENICON, *Défense et illustration de la cause en droit des contrats,* D. 2014. 1551 ; A. HONTEBEYRIE, *Article 1167, La contrepartie illusoire ou dérisoire*, RDC 2015. 757 ; E. SAVAUX, *Le contenu du contrat – Article 1127, 1161 à 1170*, JCP 2015, supplément au n° 21, p. 20 ; L. AYNÈS, *La cause inutile et dangereuse, in réforme du droit des contrats, Le débat,* Dr. et patr., n° 240, oct. 2014, p. 40.

[1397] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution,* th. Paris II, LDGJ, 2007, Préf. L. Leveneur, n° 194 s., p. 140 s. : ces termes ayant été employés par l'auteur pour analyser le rôle de la cause à l'égard de la résolution pour inexécution. Il recommande de « se garder de mettre complètement à l'écart la théorie de la cause » qui doit être appréhendée de façon intermédiaire, en la remettant « à une place plus modeste ». Il estime qu'on ne doit pas ignorer que le juge peut apprécier ce qu'elle est, son contenu, afin de mieux juger de l'inexécution et de sa sanction. « Le juge mettra bien souvent au premier rang de ses investigations, la recherche de la cause de l'obligation dont un contractant demande à être libéré, ''le nier serait nier la lumière''. Elle est donc une *justification* possible de la décision du juge […], parmi d'autres […]. La cause n'est [en

convient de lui en associer un d'une autre nature, à l'instar de toutes les autres situations dans lesquelles la contrepartie convenue a, totalement ou partiellement, disparu en cours d'exécution du contrat (tel est l'action du mécanisme de l'exception d'inexécution, de la réfaction, etc.) (B).

A/ La prise en compte matérielle de la disparition de la cause-contrepartie en cours d'exécution

430. La doctrine a évoqué, dans des domaines les plus divers, l'idée d'une permanence de la cause qu'il convient de décrire, car elle a également été rattachée à l'imprévision par certains auteurs. Nous verrons que la genèse de la persistance de la cause n'a pas su dépasser le seuil doctrinal (1) et que cela est bienheureux. En plus d'être très éloignée du droit positif, qui est très clair sur la période à laquelle doit être contrôlée la cause-contrepartie, accepter sa permanence ferait encourir de trop grands risques à la sécurité juridique du contrat en général. Par ailleurs, la logique de l'imprévision se calque mal avec celle de la cause qui ont des objets et des finalités différentes (2).

1. Irréalité de la persistance de la cause-contrepartie

431. Doctrine – Au sujet du contrôle de la cause au stade de l'exécution du contrat, la doctrine est très partagée avec d'un côté, les auteurs qui souhaitent le cantonner au jour de l'échange des consentements[1398] ; de l'autre, les auteurs[1399]

---

revanche] pas le *fondement* de la résolution ». La « justification » que M. Genicon évoque se rapproche de ce que nous décrivons comme un élément de fait sur lequel le juge peut se baser.

[1398] M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, th. Paris 1, Dalloz, 2004, Préf. J. GHESTIN, n° 894 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Le rapport d'obligation*, t. 3, 5ème éd., Armand Colin, 2007, n° 241 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, 22ème éd., PUF, coll. Thémis, 2000, n° 59 : « après le contrat, il semblerait rationnel que la cause n'est plus de rôle à jouer, puisque l'article 1108 ne l'envisage que comme une condition de formation du contrat ».

[1399] A. CERMOLACE, *Cause et exécution du contrat,* th. Aix-Marseille, PUAM, 2001, n° 109 s. ; L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, th. Paris 2, Économica, 1984, n° 123 ; A. ROUAST, *À propos d'un livre sur la cause des obligations*, RTD civ., 1923, p. 395 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 2, A. Rousseau, 1923, n° 745, p. 536 s. ; H. DESBOIS et J. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1965, t. 2, n° 745 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Les obligations*, t. 6, Partie I, par P. ESMEIN, n° 253 ; CH. LAROUMET, *Droit civil, Les obligations, le contrat*, t. 3, Économica, 4ème éd., 1998, n° 469.

estimant qu'elle doit « se doubler d'une persistance de la cause[1400] ». Parmi ces derniers, figure Capitant selon lequel « il est bien évident que si le contractant s'engage, ce n'est pas seulement pour obtenir que l'autre s'oblige de son côté » et que « les deux obligations corrélatives ne sont qu'un premier stade destiné à préparer le résultat définitif qui est l'exécution des prestations promises »[1401]. Madame Lavefve-Laborderie va encore plus loin dans sa défense de la permanence de la cause puisqu'elle va jusqu'à affirmer qu'aucune disposition du Code de 1804 n'empêche l'extension de la cause au stade de l'exécution[1402], sauf que par un raisonnement a contrario il est permis d'en douter. L'intégration claire et nette de la cause parmi les conditions de validité démontre la volonté des rédacteurs du Code civil de ne pas en faire un outil de contrôle applicable à l'exécution du contrat.

En réalité, comme le souligne Monsieur Sériaux, la seule fin qui mobilise la volonté des parties, « c'est la prestation envisagée et non encore réalisée : la prestation future »[1403]. La cause resterait donc que dans « la sphère de l'idée »[1404]. Comme le fait ressortir la position de Capitant, le but correspond à la réalisation de l'effet, cependant « la cause n'en est qu'une anticipation qui se fige dans une réalité tangible, dans un ensemble de données réelles, dans une technique composée des obligations nécessaires, typiques ou non, à la réalisation du but »[1405].

432. Jurisprudence – Très ponctuellement, il est vrai que la Cour de cassation a eu recours à une pareille extension en retenant que « la cause fait

---

[1400] L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu,* th. Paris 1, Économica, 2011, Préf. L. Aynès, n° 122.

[1401] H. CAPITANT, *De la cause dans les obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, Legs)*, Dalloz, 1ère éd., 1921, n° 14, p. 30.

[1402] A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle,* th. Orléans, LGDJ, 2005, Préf. C. Thibierge, n° 648 : « Les trois articles du Code civil consacrés à la cause se contentent certes d'envisager cette notion au regard de la formation de l'acte juridique, mais ils n'en déduisent pas l'impossible extension de son appréhension dans le temps. Les juges peuvent ainsi participer à mettre en évidence la permanence de la cause ».

[1403] A. SÉRIAUX, *Le futur contractuel, in* Le droit et le futur, PUF, 1985, p. 78.

[1404] J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat,* th. Paris 1, LGDJ, 1999, n° 318, p. 282 : car, souligne l'auteur, la cause « se fige à la formation de l'acte en tant que contenu, en tant que rapport technico-instrumental qui doit permettre de mener chacune des parties à l'intérêt escompté ».

[1405] J. ROCHFELD, *ibid*., n° 318, p. 281.

défaut quand la promesse de l'une des parties n'est pas exécutée ou s'avère soit nulle, soit de réalisation impossible »[1406]. Mais on ne peut juger de la position de la Haute Cour sur la base de ces cas très isolés, alors que l'ensemble des autres décisions[1407] démontre que la Cour de cassation réfute sans aucun doute la permanence de la cause[1408].

433. Loi – Il faut donc admettre que la théorie de la persistance de la cause-contrepartie n'est que doctrinale puisque la jurisprudence attache toujours cette notion à la période de formation du contrat, et que le droit positif – qu'il soit postérieur ou antérieur à la réforme – n'envisage en aucun cas de l'étendre au-delà de sa fonction de validité du contrat.

2. Le rattachement inadéquat de l'imprévision à la persistance de la cause-contrepartie

434. La vaste étendue du champ d'action de la permanence de la cause impliquerait une perturbation généralisée de la sécurité juridique – Intellectuellement parlant, rien ne s'oppose à fonder la théorie de l'imprévision sur le maintien de la cause-contrepartie en cours de contrat. Celui-ci peut même paraître plus aisé, et donc plus séduisant, comparé à l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi qui fonde généralement la révision pour imprévision. La

---

[1406] Cass. civ., 30 déc. 1941, D.A. 1942, p. 98. – Bien avant cette date, la Cour de cassation avait décidé en ce sens que « l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre, et réciproquement, en sorte que, si l'obligation de l'une n'est pas remplie, quel qu'en soit le motif, l'obligation de l'autre devient sans cause » : Cass. civ., 14 avril 1891, S. 1894, I, p. 391, D.P. 1891, I, p. 329, note M. PLANIOL ; H. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11ème éd., par F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, Dalloz, 2000, n° 176. – Plus récemment, *Adde* Cass. civ., 11 fév. 1986, Bull. civ. I, n° 25 : « En déclarant nulle pour *absence de cause* une donation-partage, parce-que l'application rétroactive d'une loi de finances promulguée postérieurement à l'acte avait eu pour conséquence que celui-ci ne se trouvait *plus justifié par le mobile* qui avait incité les parties à y recourir, les juges du fond ne portent aucune atteinte à l'ordre public » ; Cass. civ., 17 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 29, JCP 1995, I, p. 3843, n° 4, obs. M. FAVRE-AGNAN : « Si le mandat immobilier n'était pas, en raison de cette inexécution, initialement entachée de nullité pour *absence de cause,* il demeure que le paiement de la commission se trouvait désormais dépourvu de cause ».

[1407] Not. Cass. com., 21 oct. 1974, Bull. civ. IV, n° 255 ; Cass. civ. 3ème, 8 mai 1974, D. 1975, jur. p. 305, note CH. LAROUMET ; Cass. civ. 3ème, 16 nov. 1977, Bull. civ. III, n° 391 ; Cass. civ., 3ème, 17 juil 1996.

[1408] L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, *op. cit.,* n° 122 ; PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 8ème éd., LGDJ, 2016, n° 619.

permanence de la cause-contrepartie semble, en effet, dégager un caractère plus impératif que l'obligation de loyauté qui correspond, dans un certain sens, à une simple une obligation de moyens. Cela étant, l'acceptation d'une permanence de la cause-contrepartie au cours de la vie du contrat consisterait à ouvrir la boîte de pandore.

L'admission d'une persistance de la cause-contrepartie pourrait conduire à des excès dans des domaines autres que le bouleversement économique du contrat. Le plus à craindre serait l'instauration d'un contrôle de l'équivalence des prestations durant toute la vie du contrat. Dans un marché, la réalisation de profits, aussi importants soient-ils, ne peut être considérée comme une faute morale. Ils sont même, en général, le but essentiel du contrat, les contractants cherchent à faire de bonnes affaires et non à « entrer en religion, ni même communier dans l'amour de l'humanité »[1409]. C'est la prise en compte de cette réalité par notre droit qui lui fait rejeter la lésion[1410]. Réfutée au moment crucial de l'échange des volontés, la permanence de la cause la réhabiliterait lors de l'exécution du contrat[1411]. Cela n'aurait pas de sens et impacterait considérablement le besoin de sécurité juridique des contractants. Bien souvent l'insécurité juridique ne découle pas de la correction du contrat elle-même mais de l'insuffisante restriction de cette possibilité. La puissance de la cause-contrepartie a pour limite de devoir être contrecarrée, à rebours de la bonne foi qui oblige seulement « à ne pas s'enrichir des dépouilles de son contractant »[1412]. En cela, la bonne foi présente moins de risques et sert mieux l'imprévision que l'extension temporelle des fonctions de la contrepartie[1413].

435. Au début de cette thèse, nous avions défendu utilement le concept d'absence partielle de cause-contrepartie, il s'agissait cependant de remédier à des blocages contractuels intervenus au stade de la formation du contrat. Il serait très

---

[1409] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n° 42.

[1410] Art. 1168, C. civ. : « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement. »

[1411] L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu, op. cit.,* n° 133.

[1412] M. PLANIOL et P. EISMEN, *Traité pratique de droit civil français, Les obligations,* t. 6, n° 396.

[1413] *Contra*, X. LAGARDE, *De l'utilité de la théorie de la cause,* D. 2007. 740, spéc. n° 12 : l'auteur estimant que l'équilibre des prestations fondé sur l'absence partielle de cause pourrait être « le relais de la théorie de l'imprévision ».

imprudent de confondre la situation précédente avec celle que nous étudions à présent et qui se situe au cours de l'exécution du contrat. La persistance de la contrepartie tout le long de la vie du contrat, qui entraînerait une ouverture excessive à la possibilité de rééquilibrer le contrat, ne permettrait plus de canaliser le souhait des contractants de voir leur contrat adapté à des circonstances diverses et sans aucun lien avec un bouleversement économique. Ainsi que nous l'avons déjà précisé, l'adaptation du contrat au cours de l'exécution du contrat n'atteint pas la sécurité juridique dès lors qu'il s'agit d'une imprévision, mais cette assertion ne tiendrait plus si elle était basée sur fondement général aussi vaste et tentaculaire que la cause-contrepartie.

436. La logique de l'imprévision rejoint difficilement celle de la cause – À commencer par l'origine. La cause-contrepartie corrige les déséquilibres résultant de la volonté des parties – une volonté certes inadéquate mais une volonté tout de même – et elle peut être « violente » à cet égard. Tandis que la théorie de l'imprévision a pour optique de remédier à la survenue d'un élément extérieur, imputable ni à l'une ni à l'autre des parties[1414]. L'indulgence liée à l'imprévision résulte pour beaucoup de son extériorité, elle n'est pas autre chose qu'un coup du sort.

Leur nature est également différente. En tant qu'aléa extérieur, l'imprévision constitue un fait. On met à son service des instruments juridiques afin de tenter de l'amortir mais « elle s'inscrit dans un cadre extracontractuel »[1415]. Cela diffère de la cause-contrepartie dont l'objet est substantiellement contractuel. Les premières raisons pour lesquelles « les deux mécanismes doivent être distingués »[1416] convainquent déjà.

[1414] L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu, op. cit.,* n° 133.

[1415] E. LABROT, *L'imprévision, Étude comparée droit public-droit privé des contrats*, th. Toulouse, L'Harmattan, 2016, Préf. F. Fraysse, p. 144 ; *Adde* F. PARAISO, *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle,* th. Aix-Marseille, PUAM, 2011, Préf. C. Atias, n° 137, p. 108 : lequel distingue par ce postulat l'imprévision de la lésion (« La lésion suppose un déséquilibre des prestations à l'origine du lien de droit ce qui n'est pas le cas à propos de l'imprévision. Par hypothèse, en effet, l'imprévision suppose que le contrat n'est pas en lui même la source du déséquilibre des prestations, puisque la difficulté relève de circonstances extérieures aux parties. L'assimilation de la révision à la lésion dans un tel cas conduit donc logiquement à son rejet »).

[1416] L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu, ibid.*

437. Enfin, il faut constater que leurs finalités sont antinomiques. La cause-contrepartie dispose de la capacité de justifier le régime de l'imprévision, cependant elle permettrait seulement de libérer le débiteur lésé de ses obligations grâce à la caducité du contrat. Ce fonctionnement n'est pas compatible avec le but que poursuit la théorie de l'imprévision qui, en premier recours, consiste à faire survivre le contrat par le biais d'une révision[1417]. La résiliation n'intervenant que de manière subsidiaire[1418], et même plutôt par dépit lorsque la révision ne présente aucune opportunité ou qu'elle s'avère impossible.

438. Quand bien même il est raisonnable de ne rattacher la contrepartie qu'à la naissance du contrat, sa disparition en cours de contrat ne peut être niée. Plusieurs régimes juridiques, y compris en matière d'imprévision depuis la réforme, tirent les conséquences de cette disparition. Seulement, les solutions proposées ajoute à cet évènement un fondement juridique autre et approprié. La disparition de la contrepartie peut ainsi être appréhendée comme un fait au sein de la question de l'imprévision. Il s'agirait d'un élément de fait contraignant les parties à renégocier le contrat si elles ne veulent pas être accusées d'un manquement à leur devoir de loyauté. L'imprévision causerait la disparition de la contrepartie et les parties auraient le devoir d'y remédier, et ne serait alors sanctionné que le manquement à ce dernier. La disparition de la contrepartie serait donc la cause du traitement de l'imprévision et l'obligation de bonne foi constituerait le fondement juridique permettant d'imposer la renégociation ou révision judiciaire destinée à la pallier.

[1417] E. LABROT, *L'imprévision, Étude comparée droit public-droit privé des contrats, op. cit.,* p. 145. Comme l'a rappelé cet auteur, la perte d'un élément aussi essentiel que la cause ne peut avoir d'autre effet que de rendre caduque les obligations souscrites. L'événement extérieur intervenu postérieurement à la conclusion du contrat et faisant disparaître cet élément essentiel renvoie effectivement à la caducité (S. AMRANI-MEKKI, *Droit des contrats. Oct. 2009-Nov. 2010*, D. 2011, n° 7, p. 472).

[1418] Et c'est aussi ce que préconise l'art. 1195 C. civ.

B/ Le besoin d'un fondement juridique complémentaire à la prise en compte de la disparition matérielle de la contrepartie

439. « La cause continue [quoi qu'il en soit] de jouer un rôle dans l'exécution du contrat »[1419], elle doit cependant être appréhendée comme un fait et non pas comme fondement de droit. Capitant avait suggéré une permanence de la cause afin de la rattacher à l'exception d'inexécution, à la responsabilité pour inexécution ainsi qu'à la théorie des risques[1420]. Il semblerait toutefois qu'elle n'en soit pas « la matrice nécessaire » puisque « le *synalagma* ou l'interdépendance des obligations, peuvent utilement être avancées »[1421], au moins à l'égard des deux premiers remèdes qu'évoque Capitant qui peuvent même, au surplus, tirer simplement leur source de l'inexécution contractuelle que le Code civil condamne. Concernant la théorie des risques, conjuguée avec l'idée que la force d'obligation du contrat[1422] ne vaut que pour ce qui a été accepté, elle se suffit par elle-même[1423].

440. Il ressort de ce constat la nécessité – dans tous les cas où le contrat est soumis à la difficulté au cours de son exécution – d'ajouter un fondement juridique spécifique afin que puisse être traitée la disparition matérielle de la contrepartie. En matière d'imprévision, le fondement permettant à la disparition de la contrepartie, qu'entraîne l'imprévision, de déployer tous ses effets juridiques est constitué par la théorie des risques. Elle est la théorie qui permet de fonder efficacement le traitement du bouleversement économique du contrat. Elle impose aux parties d'assumer ensemble le risque qui s'est réalisé principalement par le biais d'une renégociation et c'est ensuite le manquement à cette dernière que vient

---

[1419] J. ROCHFELD, Rép. Civ. Dalloz, V. « Cause ».

[1420] A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle,* th. Orléans, LGDJ, 2005, Préf. C. Thibierge, n° 645, p. 362 ; L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, *op. cit.,* n° 125, p. 75.

[1421] L. THIBIERGE, *ibid.*

[1422] Qui constitue aussi un fondement juridique.

[1423] M. Thibierge estime quant à lui que c'est le cas des trois remèdes évoqués par Capitant, selon lui « exception d'inexécution, théorie des risques et résolution permettent déjà à la partie créancière de l'obligation inexécutée de ne pas avoir à s'exécuter elle même, s'appauvrissant de manière indue ». Les tenants de cette théorie, explique-t-il, ne seraient pas guidés par la nécessité mais par la volonté d'affiner le contrôle de l'équilibre (L. THIBIERGE, *ibid.,* n° 126, p. 75).

sanctionner la révision judiciaire[1424]. La justification juridique la plus appropriée de la révision pour imprévision, désormais codifiée à l'article 1195 du Code civil, se dédouble donc entre la théorie des risques et la bonne foi.

Paragraphe II – La théorie des risques : un fondement juridique idoine

441. La bonne foi seule ne suffit pas à fonder le régime attaché à l'imprévision. Il faut en premier lieu recourir à la théorie des risques afin d'exclure le fait que le débiteur ait entendu assumer seul la survenue d'une imprévision [en cas de silence des parties à cet égard] (A). Cela permet de théoriser la justification du partage des risques mais pour pouvoir en outre sanctionner le créancier qui impose au débiteur l'exécution du contrat sans ménagement, autrement dit sans tenter d'adapter la relation contractuelle à l'imprévision qui est survenue, il faut recourir à la mauvaise foi. C'est elle qui prend le relais afin de garantir l'effectivité de la sanction (B).

A/ La juste mesure des obligations du débiteur selon la théorie des risques

442. La révision pour imprévision équilibre les risques et non l'équilibre des prestations – La théorie des risques permet de mesurer le domaine d'application de la force obligatoire du contrat et de juger de son intangibilité. On ne peut reprocher au débiteur d'avoir manqué à son obligation d'exécuter le contrat si son manquement provient d'une imprévision, alors que le contrat ne contient aucune acceptation en ce sens. Au même titre que les dommages et intérêts ne peuvent excéder ce que le débiteur pouvait prévoir et donc vouloir[1425], l'imprévision ne constitue pas un risque qu'il doit assumer. Cette réalité fait de l'imprévision un risque « bien plus près de la force majeure, de ce

---

[1424] Puisqu'elle n'intervient qu'en cas de refus ou d'échec de la renégociation (art. 1195 C. civ.).

[1425] En ce sens, I. SOULEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, th. Paris 2, 1979 : « C'est bien parce qu'il n'a pas pu vouloir s'engager au-delà de ce qu'il pouvait prévoir, que le débiteur contractuel bénéficie d'une telle circonspection de l'étendue du préjudice réparable ». La volonté des parties devient alors une mesure permettant « d'ajuster la réparation au contenu exact de l'obligation ». *Adde* Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice,* D. 1983, n° 61 ; L. FYOT, *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision à l'égard des contrats portant sur des objets autres qu'une somme d'argent*, th. Dijon, 1921, p. 199 : qui est allé jusqu'à estimer que l'anc. art. 1150 du Code civil pouvait constituer le fondement de la théorie de l'imprévision.

que paraît rendre compte le risque d'inexécution »[1426], la nuance se situe dans la subtilité entre l'impossible et le complexe.

443. C'est ainsi que s'appréhende la théorie de l'imprévision, non pas comme un contrôle de l'équilibre des prestations, mais de « l'équilibre des risques »[1427]. Ces derniers ne sont assumés par l'une des parties que s'ils ont été acceptés, fût-ce tacitement, ou encore en raison d'une loi qui l'impose. C'est, par exemple, en vertu de textes spécifiques qu'est assumée la garantie contre les produits défectueux[1428], les vices cachés[1429] et la non-conformité[1430], ou encore la perte de la chose vendue[1431], etc. L'absence de volonté exprimée invite le juge à l'interpréter et c'est la raison pour laquelle d'aucuns estimaient que la révision pour imprévision pouvait être fondée sur l'ancien article 1156 du Code civil. Ce pouvoir étant désormais inscrit à l'article 1188 selon lequel « le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes » et qu'à défaut de pouvoir déceler cette intention « le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ».

[1426] F. PARAISO, *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle,* th. Aix-Marseille, PUAM, 2011, Préf. C. Atias, n° 131, p. 104.

[1427] F. PARAISO, *ibid.,* n° 137, p. 108.

[1428] Art. 1245, C. civ. : « Le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime. »

[1429] Art. 1641, C. civ. : « Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus ».

[1430] Art. L. 217-4, C. cons. (issu ord. 14 mars 2016) : « Le vendeur livre un bien conforme au contrat et répond des défauts de conformité existant lors de la délivrance. »

« Il répond également des défauts de conformité résultant de l'emballage, des instructions de montage ou de l'installation lorsque celle-ci a été mise à sa charge par le contrat ou a été réalisée sous sa responsabilité. »

[1431] Art. 1196, C. civ. (issu ord. 10 fév. 2016) : « Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat. »

« Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi. »

« Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1. »

444. La force obligatoire ne s'applique qu'à l'égard des risques acceptés – Afin de satisfaire au critère du raisonnable, il faut interpréter la volonté des parties, n'ayant exprimé aucune clause d'imprévision, avec une certaine cohérence. Il nous semble qu'un risque qui a pour effet de bouleverser l'économie du contrat, plus précisément de priver l'un des contractants de toute rentabilité, ne peut avoir été accepté tacitement. Le fait de ne rien prévoir signifie, à rebours de la conception admise par la Cour de cassation avant la réforme, que le risque n'est pas assumé. Les conséquences de la survenue d'une imprévision ont une envergure telle qu'elles ne peuvent être subies individuellement que si une volonté claire a été exprimée en ce sens. Cette même logique est poursuivie par l'article 1195 puisqu'il ne met ses remèdes qu'à la disposition de la « partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque ».

445. La théorie des risques [applicable implicitement avant la réforme – explicitement depuis que l'article 1195 a été consacré] empêche donc de contraindre le débiteur d'assumer l'imprévision qui est survenue. En effet, la force obligatoire du contrat ne naît que pour la part réellement acceptée – c'est le concept même de la loi des parties[1432] – peu importe qu'il s'agisse du contenu du contrat ou des risques extérieurs ayant néanmoins un impact sur lui. Lorsqu'il n'a pas été prévu que le risque d'imprévision soit assumé individuellement, il doit l'être collectivement, sous peine de faillir à l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi. Ce devoir, inscrit dans une disposition dont le statut est d'ordre public, contraint le créancier à renégocier le contrat frappé par une imprévision.

[1432] « Le principal effet de toutes les conventions est de conférer à chaque contractant le droit réciproque de contraindre l'autre à les exécuter, de lier les parties, de les obliger aussi fortement que la loi même aurait fait » (M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, t. 6, Waree, Paris, 1821, p. 168, n° 190).

B/ L'obligation d'adapter le contrat entravé par une imprévision dont le risque n'a pas été implicitement assumé

446. Si « l'on considère qu'il y a – ou, à tout le moins, qu'il devrait y avoir – un esprit d'association entre les deux parties au contrat successif[1433], il n'est pas absurde de soutenir que toutes deux doivent coopérer, pour surmonter la crise survenue dans l'exécution du contrat[1434] ». C'est en ces termes que le doyen Carbonnier évoquait l'idée d'un devoir de renégocier le contrat fondé sur l'obligation de bonne foi qui constitue le « garde-fou » de l'exécution contractuelle. Dans la situation de refus de ladite renégociation, la révision judiciaire du contrat, prenant le relai, s'exerce à titre de sanction en nature de la mauvaise foi. L'obligation d'exécution de bonne foi fonde alors doublement puisqu'elle justifie, d'une part, l'obligation de moyens de renégocier le contrat, d'autre part, la révision du juge qui pallie à cette dissidence (1).

447. Le juge détient le pouvoir d'adapter le contrat, ou d'y mettre fin, même en cas d'échec de la renégociation. Il doit alors « procéder non pas à un rééquilibrage mathématique du contrat, mais à un règlement équitable, transactionnel, où les deux intéressés seront appelés à contribuer aux pertes »[1435]. Les adaptations inéquitables doivent être évitées grâce à un procédé qui répartit les conséquences entraînées par l'imprévision « sans préjudice disproportionné pour l'une ou l'autre des parties[1436] ». Ce qui n'est pas sans rappeler le cas de la force majeure[1437]. Malgré le comportement loyal du créancier, le juge a le devoir d'intervenir. L'imprévision étant une voie sans issue, le droit d'accès à la justice ne lui permet pas de laisser les parties bloquées dans une impasse. D'autant plus

---

[1433] Bien que l'article 1195, issu de la réforme, ne cantonne pas le régime de l'imprévision aux contrats à exécution successive, cette référence est loisible étant donné que ce sont les principaux contrats concernés. Pour qu'une imprévision puisse venir perturber le cours de l'exécution d'un contrat encore faut-il que celle-ci ait été échelonnée dans le temps.

[1434] J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, 22ème éd., Droit privé, PUF, coll. Thémis, 2000, n° 150.

[1435] J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligation*s, t. 4, 22ème éd., Droit privé, PUF, coll. Thémis, 2000, n° 150.

[1436] M. FONTAINE, *Les clauses de Hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme,* DPCI, 1976, p. 32.

[1437] C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat,* th. Paris, LGDJ, 2002, n° 462, p. 428.

que la force obligatoire du contrat ne permet pas de contraindre le débiteur à assumer le risque d'imprévision qui n'a pas été accepté, dès lors que la théorie des risques n'est pas ignorée. Les justifications de l'intervention du juge, malgré la recherche honnête de solutions de déblocage par le créancier, ne manquent donc pas (2).

1. L'obligation de renégociation imposée par la bonne foi

448. La bonne foi doit être retenue à l'exclusion de l'équité – Avant d'expliciter de quelle manière la révision pour imprévision peut se fonder sur le devoir de bonne foi qui paramètre toute l'exécution du contrat, il convient d'évacuer l'idée d'un autre fondement mis en avant par certains auteurs. Avant la réforme, d'aucuns avaient envisagé de justifier cette révision par l'ancien article 1135, selon lequel « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Le nouvel article 1194[1438] reprenant presque à l'identique cette disposition, la confusion mérite toujours d'être dissipée. Désormais, l'article 1195 suffit à lui seul puisqu'il instaure un régime dédié à l'imprévision mais cela ne signifie pas pour autant qu'il faille balayer d'un revers de la main les principes fondamentaux qui innervent tout le droit des contrats.

449. Au premier abord, l'article 1194 (1135 anc.) semble pouvoir fonder la révision pour imprévision mais ce n'est point le cas puisqu'en réalité il n'offre aucune autre possibilité que celle de rajouter de nouvelles obligations[1439]. Il ne permet pas de justifier la révision du contrat alors qu'en ce domaine il s'agit du remède par excellence[1440]. En revanche, l'article 1104 (1134, al. 3 anc.) permet, à

[1438] Art. 1194 C. civ. : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. »

[1439] P. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil,* th. Paris XII, Dalloz, 2005, Préf. F. Chabas, n° 169-4.

[1440] P. JACQUES, *ibid. ;* F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.,* n° 442 : « L'équité joue un rôle croissant dans le droit français des contrats. Si la jurisprudence ne se reconnaît pas le pouvoir de réécrire en son nom le contrat, elle puise de plus en plus dans celle-ci, celui d'adjoindre au contrat des conséquences que les parties n'avaient pas voulues » ; B. FRELETEAU*, Devoir et incombance en matière contractuelle*, th. Bordeaux, LGDJ, 2017, Préf. L. Sautonie-Laguionie, n° 140, p. 114 : « Il est vrai que l'article 1135 ne permet pas de fonder la révision pour imprévision, en ce qu'il ne donne pas au juge la possibilité de

partir de la notion de bonne foi, d'adapter le contrat aux circonstances imprévisibles qui ont bouleversé l'économie du contrat. Enfin, il faut souligner que l'intervention du juge, qui est précisément l'action recherchée en cas d'imprévision, nécessite d'être justifiée par une obligation préexistante incombant aux parties[1441]. La bonne foi permet de respecter cette exigence, à rebours de l'équité ou de « tout autre concept à consonance morale »[1442].

450. Teneur générale de la bonne foi – L'article 1104 reprend l'obligation de bonne foi à laquelle est soumise l'exécution du contrat et l'étend même à la période de la formation et à celle qui la précède. Son renforcement est d'autant plus grand que l'alinéa 2 indique expressément que les contractants ne disposent pas de la liberté de déroger à ce devoir. Le devoir de renégocier contenu à l'article 1195 tire ainsi sa source originelle de l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi. Le doyen Carbonnier avait lui-même souligné que la crise survenue dans le contrat en raison d'une imprévision doit être traitée en priorité par une collaboration entre les parties concernées. À partir de ce constat, il avait relevé qu'« il y a pas lieu immédiatement à une révision autoritaire du juge ; (puisqu') il faut d'abord inviter les parties à rechercher entre elles un accord amiable[1443] », le juge n'intervenant que si ce dernier n'a pu aboutir[1444]. Précisons avant toute chose quelle est la teneur de la bonne foi dans l'exécution du contrat.

451. Son amalgame avec la morale est de plus en plus remarqué. Aujourd'hui, la bonne foi est appréhendée selon sa juste valeur, en tant que norme

---

modifier les termes du contrat » – À propos de la confusion à éviter entre la bonne foi et l'anc. art. 1135, V. R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat,* th. Paris 1, LGDJ, 2016, Préf. L. Aynès, n° 56 s., spéc. n° 70 s. : « C'est parce que la bonne foi et l'équité sont toutes deux liées à la notion de justice qu'elles ont été associées » mais, comme l'indique cet auteur, l'emplacement des textes au sein du Code civil révèle une association explicite entre l'article 1134 al. 3 et l'exécution du contrat, alors que l'article 1135 renvoie plutôt aux questions relatives à l'interprétation des conventions (la bonne foi renvoyant, en effet, à la question de savoir « comment les parties doivent-elles remplir leurs obligations ? » : F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.,* n° 439, p. 487).

[1441] Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, op. cit.,* n° 190.

[1442] Y. PICOD, *ibid.,* n° 189.

[1443] J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligation*s, t. 4, 22ème éd., Droit privé, PUF, coll. Thémis, 2000, n° 150.

[1444] J. CARBONNIER*, ibid.*

juridique, et dispose ainsi d'une action plus percutante[1445]. Les discours qui instrumentalisaient les méfaits du solidarisme[1446] et le principe de liberté qui régit le marché[1447], pour contredire les vertus de la bonne foi, se minimisent. Cet affranchissement était inévitable pour mettre fin à la captivité que lui faisait endurer la force obligatoire du contrat. La bonne foi ne constitue pas simplement un tempérament à la force obligatoire du contrat, elle est une norme autonome qui cohabite avec celle qui oblige à exécuter le contrat[1448], « un impératif connexe à la force obligatoire du contrat entre les parties »[1449]. Ces dispositions coexistent et sont conciliées harmonieusement, sans que l'une n'ait la primauté sur l'autre.

[1445] R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat,* th. Paris 1, LGDJ, 2016, Préf. L. Aynès, n° 8 : « La bonne foi est traditionnellement envisagée comme un impératif irrigué par la morale, ce qui lui vaut les honneurs. Cette force d'attraction se conjugue pourtant mal avec l'exigence de précision d'une notion de droit. Loin de conférer à l'article 1134, alinéa 3, un sens déterminé, son amalgame avec la morale en déprécie la teneur juridique. En s'ordonnant à l'ordre du jugement de valeur, la bonne foi développe des virtualités menaçantes pour le droit des contrats. Vertueuse, elle devient source d'insécurité là où l'ordre juridique appelle la prévisibilité de la règle. Il importe donc de la libérer des forces extérieures au droit. L'enraciner au cœur de la norme juridique, lui restituer sa juridicité, c'est l'extraire de l'angle mort qui en interdit la stricte appréhension. »

[1446] Dont le terme a été popularisé par Léon Bourgeois : A. SUPIOT, *La contractualisation de la société, in* Qu'est-ce que l'humain ?, Y. Michaux (dir.), Travaux de l'université de tous les savoirs, Vol. 2, Odile Jacob, 2000, p. 157.

[1447] Sous l'impulsion de Demogue, une certaine doctrine faisait usage du concept de solidarité afin d'instaurer de l'harmonie sociale entre les contractants. Cette fraternité contractuelle affrontait la philosophie individualiste en s'appuyant sur l'article 1134, al. 3, de sorte que la bonne foi a pu être restreinte à une conception moraliste. À ce propos, V. C. JAMIN, *Demogue et son temps. Réflexions introductive sur son nihilisme juridique*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, Vol. 56, 2006, p. 5 s. ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd., LGDJ, 1949 ; PH. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie,* th Aix-Marseille, LGDJ, 2000, Préf. R. bout, n° 12, p. 23 ; J. CEDRAS, *Liberté, égalité, contrat, le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation, in*. Rapport public de la Cour de cassation, La documentation française, Paris, 2003, p. 215 ; D. MAZEAUD, *Le nouvel ordre contractuel,* RDC 2003, p. 285.

[1448] R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat, op. cit.*, n° 25 s., spéc. n° 31 : « La déformation de la bonne foi par la morale conduit à une confusion des systèmes normatifs. Il est bien évident que notre société est dominée par un florilège de normes, coexistant harmonieusement les unes avec les autres et ayant pour finalité de régir les comportements des individus. Ainsi, tout comme le droit, la morale codifie la vie sociale, en commandant aux Hommes ''une certaine unité de conduite''. En raison de finalités communes, leur voisinage a pu laisser penser à une interdépendance des systèmes, ne serait-ce que parce que la bonne foi, présentée comme la norme comportementale par excellence au sein de l'accord de volontés semblait faire la jonction entre les deux sphères. Cet empiètement est pourtant dangereux et trompeur. Dangereux, eu égard à la pluralités des définitions de la morale, différentes selon les lieux et les époques, ainsi qu'aux nombreuses dimensions qu'elle recouvre. Trompeur, car l'ordre juridique est […] spécifique et distinct des autres sphères normatives. Pour départir la bonne foi de son emprise, il convient de rappeler son indépendance. »

[1449] R. JABBOUR, *ibid.,* n° 109.

452. « Il est du devoir du législateur de forcer les hommes à voir des lois dans les contrats, et à les exécuter avec ponctualité : moyen infaillible de les ramener à la bonne foi la plus scrupuleuse »[1450]. En tant que « fin à atteindre »[1451], la bonne foi est toujours de mise et constitue le vecteur du respect de la parole donnée[1452]. Dès lors que la loyauté du comportement des parties favorise l'exécution du contrat il n'y a aucune raison de l'opposer à la force obligatoire. « La bonne foi est [donc] placée dans le prolongement de l'exécution de la promesse […]. Au final, en ce qu'elle impose le respect rigoureux de l'engagement, la formule de l'article 1134, alinéa 3, coïncide parfaitement avec celle de l'article 1134, alinéa 1er. La bonne foi se révèle même, dans la philosophie juridique des rédacteurs du Code civil, le stade ultime de réalisation de la promesse. C'est dire sa liaison avec l'exécution de l'engagement contractuel »[1453].

453. Au-delà de son caractère normatif, la bonne foi doit-elle être appréhendée comme une obligation[1454] ou comme un devoir[1455] ? La doctrine majoritaire a opté pour la seconde option. Monsieur Picod explique que la notion de devoir est « préférable à celle d'obligation, dans la mesure où le ''devoir'' teinte la prescription d'une plus grande coloration morale et correspond davantage à une directive qu'à une exigence prédéterminée »[1456]. Ce que prescrit cette

---

[1450] FAVART, *in* P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil,* t. 13, 1836, Hachette, Coll. droit, 2012, p. 336.

[1451] R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat, op. cit.,* n° 107.

[1452] R. JABBOUR, *ibid.*

[1453] R. JABBOUR, *ibid.*

[1454] En ce sens, S. DARMAISIN, *Le contrat moral,* th. Paris II, LGDJ, 2000, Préf. B. Teyssié, n° 302, p. 193 ; T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution,* th. Paris II, LDGJ, 2007, Préf. L. Leveneur, n° 281, p. 207.

[1455] Tel que l'ont préféré : Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. Dijon, LGDJ, 1989, Préf. G. Couturier ; PH. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.,* n° 145 s. (cet auteur ayant attribué une nature extracontractuelle à la bonne foi dont le manquement ne permettrait, comme pour tout manquement à une règle de civilité, seulement l'octroi de dommages et intérêts fondés sur la responsabilité délictuelle) ; F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.,* n° 439 ; PH. LE TOURNEAU et M. POUMARÈDE, Rép. civ. Dalloz, V. « *Bonne foi ».*

[1456] Y. PICOD, Jcl civ. Art. 1134 et. 1135, *op. cit.,* n° 5 ; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *op. cit.,* n° 7 : « Le devoir est une directive, une notion à contenu indéterminé. En cela, cette terminologie se conjugue parfaitement avec l'idée de loyauté qui suggère plus qu'elle ne définit. On parlerait sans doute d'obligation de loyauté si tout le monde s'accordait à donner le même contenu à cette notion, ce qui est loin d'être le cas ».

directive, c'est d'avoir un « comportement *loyal* et un comportement *coopératif* »[1457], correspondant aux circonstances[1458].

454. La bonne foi : fondement logique de l'obligation de renégocier – Le contrat est une chose vivante comme le soulignait Demogue. « S'accrocher à ses termes alors que surviennent des changements inattendus peut être, de la part de l'une des parties, un acte de mauvaise foi. Il était (donc) logique d'admettre l'imprévision parmi les causes qui font naître une obligation de renégocier en vue de permettre, autant que possible, une inexécution licite »[1459]. Dans sa thèse dédiée au devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, Monsieur Picod l'a posé clairement comme fondement, et même comme mesure, de l'obligation de négocier le contrat faisant face à l'imprévision[1460].

L'auteur relève tout d'abord la nécessité de justifier l'intervention du juge par une obligation préexistante. Or, tel est le cas de l'obligation de loyauté qui incombe aux parties. Les contractants seraient soumis, de façon générale, à l'obligation de renégocier les contrats foudroyés l'imprévision[1461]. Le non-respect de cette prescription constitue la réalisation d'un acte de mauvaise foi de la part du « créancier [qui] doit faire des propositions loyales permettant de remédier au déséquilibre »[1462].

455. Monsieur Picod démontre au surplus qu'il ne reste que la bonne foi, dès lors qu'on procède par élimination. Il évoque pour commencer l'impossibilité pour la force majeure de fonder l'imprévision pour des raisons identiques à ce que

---

[1457] B. FAGES, *Le comportement du contractant,* th. Aix-Marseille, PUAM, 1997, n° 552, p. 300. – *Adde* Y. PICOD, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat,* JCP 1988.I.3318 ; L. AYNÈS, *Bonne foi,* RDC, 1er oct. 2007, n° 4, p. 1107 ; PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5ème éd., Defrénois, 2011, n° 764, p. 378 : où la bonne foi est décrite comme étant « l'expression du devoir général de loyauté du comportement » ; F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11ème éd., Dalloz, 2013, n° 441 s.

[1458] B. FAGES, *ibid.,* n° 830 s.

[1459] C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat,* th. Paris 1, LGDJ, 2002, Préf. D. Mazeaud, n° 463.

[1460] Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *op. cit.,* n° 188-199 (comme « fondement de l'obligation de négocier ») et n° 200-207 (comme « mesure de l'obligation de négocier »).

[1461] Y. PICOD, *ibid.,* n° 190.

[1462] Y. PICOD, *ibid.*

nous avons précédemment évoqué au sujet de la cause-contrepartie. Elle ne peut « mener qu'à la disparition du contrat et non à sa modification (…) primordiale pour les parties »[1463] qui doivent conjuguer avec une imprévision. Le fondement constitué par l'abus de droit (que retient l'Italie) est tout autant rejeté. Estimer que le créancier abuse de son droit de créance contractuelle est censé mais inopportun car « bien qu'il soit possible d'abuser d'un droit que l'on tient du contrat, comment justifier une telle obligation de négocier et l'intervention du juge pour la sanctionner le cas échéant ? »[1464] Du reste, nous avons déjà souligné la manière dont la théorie des risques paralyse l'exigence de l'exécution du contrat par le créancier. La lésion est aussi balayée pour des raisons temporelles : elle s'appréhende, en effet, au stade de la naissance du contrat alors que l'imprévision survient en cours de la vie du contrat[1465]. Après toutes ces exclusions, que reste-il hormis la bonne foi ?

L'auteur finit par conforter, indéniablement, sa position en analysant l'expérience de systèmes juridiques ayant déjà consacré la théorie de l'imprévision : droit administratif français[1466], droit international privé[1467] et droits étrangers[1468] finissent de convaincre de son adéquation avec la bonne foi.

[1463] Y. PICOD, *ibid.,* n° 189.

[1464] Y. PICOD, *ibid.,* n° 191 ; Dans un sens similaire, A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle,* th. Orléans, LGDJ, 2005, Préf. C. Thibierge, n° 741 s. : où l'abus est décrit comme un « instrument éthique utile pour le juge lorsqu'il contrôle la renégociation » qui ne peut toutefois « servir pour réviser le contrat en cas d'échec de la renégociation ».

[1465] Y. PICOD, *ibid.*

[1466] Y. PICOD, *ibid.,* n° 193-194 ; *Adde* E. LABROT, *L'imprévision, Étude comparée droit public-droit privé des contrats*, th. Toulouse, L'Harmattan, 2016, Préf. F. Fraysse, p. 264-271 (au sujet de la bonne foi dont fait usage le juge administratif) et p. 131 (pour le droit civil, à propos de la bonne foi en tant que fondement idéal).

[1467] Y. PICOD, *ibid.,* n° 195-196 : « le besoin d'une clause de hardship se fait sentir à un point tel que l'on estime souvent que la lex mercatoria impose une clause de hardship implicite ». Dans les litiges relevant du droit inetrnational, dont le contentieux est généralement soumis à l'arbitrage, l'auteur relève qu'il est de plus en plus fréquent que « les préoccupations d'équilibre passent avant la volonté déclarée des contractants » puisque les arbitres ont tendance à retenir l'existence de clauses de révision tacites indétachables des contrats internationaux à long terme. Il en ressort que un fondement qui se tourne davantage sur l'intention des parties, pour autant ce qui pousse ensuite les parties à devoir négocier conformément à cette clause tacite c'est la l'obligation de loyauté. – *Adde* Sent. CCI n° 4761, 1987, JDI, 1987, p. 10 et 12 s., note S. J., dans laquelle st souligné qu'« il est manifestement contraire à la bonne foi et partant, abusif de maintenir des obligations imposées au débiteur par le contrat si les circonstances existant lors de sa conclusion se sont modifiées à un point tel que l'économie de ce contrat se trouve bouleversée » ; A RIEG, Juriscl. Civ., *Art. 1134-1135*, Fasc . 11, n° 38 ; I. DE LAMBERTERIE, *Rapport français*, *in* Le contrat aujourd'hui, comparaisons franco-anglaises, D. Tallon et D. Harris (dir.), LGDJ, 1987. 217, n° 33 ; L. AYNÈS, *Le devoir de renégocier,* RJ Com, nov. 1999, p. 11 : « Le devoir de renégocier les contrats à long

456. La voie ouverte par le fondement de la bonne foi a été empruntée par de nombreux auteurs qui ont par ailleurs trouvé en son sein la justification du caractère subsidiaire de l'intervention du juge. On ne peut songer directement à la révision judiciaire du contrat dont l'équilibre a été ébranlé par une imprévision car la loi des parties doit avant toute chose être réformée par les contractants eux-mêmes. L'objectif en ce domaine étant de « mettre à la charge des parties une obligation de négocier afin d'adapter le contrat aux changements de circonstances. Le juge interviendrait alors simplement afin de vérifier si le refus de négocier ne constitue pas un manquement à l'exigence de bonne foi susceptible d'être sanctionné sur le terrain de la responsabilité contractuelle[1469] ».

457. Madame Lavefve Laborderie avait aussi retenu la nécessité de s'appuyer sur ce devoir pour fonder jusqu'à « l'existence d'une obligation générale de renégociation entre les parties »[1470] que l'on devrait percevoir comme l'instrument d'une « exécution durable et efficace de la convention »[1471]. L'auteur remarque la « fonction adaptive de la bonne foi »[1472] et sa capacité à sanctionner « l'absence de coopération loyale »[1473].

De même, sous la plume de Madame Freleteau qui a pris soin de préciser le sens du devoir de coopération qui traduit selon elle « l'idée d'un travail en

---

terme, lorsque leur exécution bute sur une difficulté, apparaît aujourd'hui comme l'un des principes de la lex mercatoria ».

[1468] Y. PICOD, *ibid.,* n° 197-199 : L'art. 242 du B.G.B, contenant l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi (treu und glauben), fondait la théorie de l'imprévision développée par la jurisprudence avant que l'art. 313 du B.G.B ne la consacre spécialement en 2002 ; L'art. 437 C. civ. portugais propose un traitement du contrat en proie à un bouleversement économique afin d'éviter que « l'exécution forcée des obligations assumées conformément à ce contrat heurte gravement le principe de bonne foi » ; L'art. 388 du C. civ. grec en prévoit de même « eu égard à la bonne foi » ; La jurisprudence suisse se fondait aussi sur la bonne foi, avec la combinaison d'autres règles mais leur doctrine relevait fort bien la suffisance et l'adéquation de celle-ci .

[1469] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n° 446. Dans un sens similaire, Adde C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat, op. cit.,* n° 452 ; Y. PICOD, *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, in* Le juge et l'exécution du contrat, PUAM, 1993, n° 14 s. ; M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, th. Aix-Marseille, PUAM, 1996, Préf. J. Mestre, n° 465 ; D. TALLON, *La révision du contrat au regard des enseignements du droit comparé, in* Études à la mémoire d'Alain Sayag, p. 414.

[1470] A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle, op. cit.,* n° 735.

[1471] A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *ibid.*

[1472] C. MASSE, *Rapport général sur la bonne foi dans l'exécution du contrat*, *in* La bonne foi, travaux de l'association Henri Capitant, t. XLIII, 1992, p. 222 s.

[1473] A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *op. cit*., n° 745.

commun »[1474] correspondant, plus spécifiquement, à « un jeu de coopération où les deux parties peuvent perdre ou gagner conjointement »[1475]. Cet auteur souligne à quel point c'est le « devoir de renégocier à la charge des parties » qui est lié à la théorie de la révision pour imprévision »[1476], celui-ci résultant du devoir de coopération qui est appréhendé dans un sens « plus exigeant que le seul devoir de bonne foi » [1477] entendu strictement[1478].

Madame Jabbour a également fait ce choix dans sa thèse consacrée à la bonne foi dans l'exécution du contrat. Elle considère que « le contrat ne s'épuise pas dans son contenu obligationnel, et qu'il a aussi un effet obligatoire distinct. Transposée à la question de l'imprévision, l'adaptation du contrat par les parties serait, de ce point de vue, envisageable sans que la puissance obligatoire de l'engagement soit méconnue. Parce qu'aucun contractant n'a à l'origine souhaité une telle situation. La voie de la renégociation au nom de la bonne foi » s'impose[1479].

Enfin, Madame Pancrazi-tian, a pu affirmer qu'« aucune considération de justice proprement dite n'implique » de devoir renégocier le contrat, à rebours du « précepte de bonne foi » qui « prend une dimension toute nouvelle pour être entendu comme imposant un certain devoir de collaboration […] face au risque de l'imprévu »[1480]. « Sans grand péril », souligne-t-elle, « pour la sécurité des transactions si le recours [au] correctif judiciaire [se substituant au défaut de négociation contractuelle] [est] strictement délimité et circonscrit par l'application

---

[1474] B. FRELETEAU*, Devoir et incombance en matière contractuelle*, th. Bordeaux, LGDJ, 2017, Préf. L. Sautonie-Laguionie, n° 134, *Adde* G. PIETTE, *La correction du contrat,* th. Aix-Marseille, PUAM, 2004, Préf. M. Menjucq, n° 438 : qui retient aussi comme « idée maîtresse », « la communauté » d'intérêts.

[1475] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 42 s.

[1476] B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle, op. cit.,* n° 137, p. 110.

[1477] B. FRELETEAU, *ibid,* n° 135.

[1478] En ce sens, M. MEKKI, *Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations*, D. 2015, chron., p. 816-825, n° 53 : « Dans ces contrats où les parties poursuivent un intérêt commun, on peut comprendre que le degré de confiance soit plus fort. Le devoir de collaboration ou de coopération s'impose alors ; Y. PICOD, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat,* JCP G, 1988. I. 3318, n° 6.

[1479] R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat, op. cit.,* n° 286.

[1480] M. E. PANCRAZI-TIAN*, La protection judiciaire du lien contractuel*, th. Aix-Marseille, PUAM, 1996, n° 463 s.

d'un critère précis »[1481] : l'imprévision, qui ne peut être retenue qu'à de strictes conditions.

458. La mauvaise foi fonde l'intervention subsidiaire du juge – Si le créancier s'oppose au déblocage de la situation du débiteur en péril, l'article 1195 du Code civil octroie légitimement cette possibilité au juge, qui – en première intention – n'en avait pas le pouvoir. Il est à noter que ce mécanisme rejoint un arrêt rendu bien avant la réforme du droit des contrats. Dans cette décision rendue par la Cour d'appel de Paris[1482], il était ressorti que le juge peut réadapter le contrat, selon la formule la plus convenable et ne prononcer son annulation seulement si aucune de ces formules n'apparaît. Bien que l'immixtion que propose cette solution ne soit que secondaire, d'aucuns l'ont remise en cause[1483]. La subsidiarité de l'intervention du juge, qui « doit rester la phase ultime d'une renégociation conflictuelle et stérile[1484] », pondère efficacement les critiques qui peuvent être posées.

459. L'interventionnisme judiciaire visant à débloquer la situation d'imprévision est légitime et pas seulement parce qu'il se met en œuvre en dernier recours. Le juge se substitue aux parties uniquement parce que le créancier a refusé la renégociation ou tout autre remède salvateur. La mauvaise foi ne constitue que le garde-fou de l'obligation de renégociation des parties bloquées dans une situation d'imprévision. C'est bien elle qui permet au juge d'agir à leur place, et non la survenue de l'imprévision elle-même. Le juge s'accapare donc le pouvoir des parties afin de sanctionner leur refus de l'exercer à bon escient. Le créancier qui a refusé de renégocier, ou encore celui qui a fait mine d'accepter pour ensuite manquer à toute bonne foi durant la renégociation, octroie la

---

[1481] M. E. PANCRAZI-TIAN*, ibid.* n° 463, p. 370.

[1482] CA Paris, 28 sept. 1976, JCP, 1978, II, 18810, note J. ROBERT.

[1483] Not. A. SÉRIAUX, *in* Droit des obligations, PUF, 2ème éd., n° 45 ; J. ROBERT, note précédente.

[1484] C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat,* th. Paris 1, LGDJ, 2002, Préf. D. Mazeaud, n° 462, p. 428.

possibilité au juge, « au titre d'une réparation en nature du dommage, (d')imposer à la partie récalcitrante et fautive un nouveau[1485] contrat[1486] ».

460. L'effort que le créancier doit fournir est tel que l'on pourrait même considérer que c'est une obligation de moyens renforcée[1487] qui devrait lui incomber. Le devoir de loyauté doit l'inciter à œuvrer de toutes les façons possibles afin de parvenir à un rééquilibrage du contrat. Comme le souligne Monsieur Picod, « afin d'éviter le blocage de la situation, il appartiendrait au créancier de faire toute proposition permettant de libérer le débiteur d'une partie de sa dette. Cette obligation de négocier pourrait déboucher soit sur une réduction directe des obligations du débiteur, soit sur le versement d'une indemnité d'imprévision par le créancier au débiteur malheureux[1488] ». Une ampleur à laquelle certains auteurs n'adhèrent pas complètement, estimant que les parties devraient pouvoir « négocier sans contrainte »[1489]. Cette distinction entre l'obligation de moyens et l'obligation de moyens renforcée ne représente cependant qu'une différence de degré[1490]. Plus important encore, le choix entre l'une et l'autre présente peu d'intérêt puisque le défaut d'adaptation du contrat conduit inévitablement à une révision judiciaire.

[1485] Le terme « nouveau » peut conduire à un amalgame qu'il convient d'éviter. La révision du contrat, suite à la survenue d'une imprévision, ne constitue en aucun cas une novation. C'est un même contrat, adapté, qui continue à être exécuté.

[1486] Comme l'affirma un auteur (J. MESTRE, *Les clauses d'avenir, in* Les principales clauses des contrats conclu entre professionnels, colloque IDA, 17 et 18 mai 1990, PUAM, 1990, p. 162 s.), sur la base d'une décision rendue par les juges du fond : CA Paris, 28 sept. 1976, JCP, 1978, II, 18810, note J. ROBERT. - M. Mestre ayant toutefois estimé qu'il serait préférable pour les juges, si des contractants se sont opposés à la renégociation, de s'en tenir à « une simple réparation indemnitaire » (*Ibid*.). Ce qui est bien loin de la volonté des tenants de la consécration de la révision pour imprévision et de ce qui a finalement été adopté par l'ordonnance du 10 février 2016 qui permet au juge, en second recours, de réviser le contrat.

[1487] Dans le sens où ce serait au créancier qu'il incomberait de prouver qu'il a employé les moyens appropriés pour sortir de l'impasse résultant de l'imprévision.

[1488] Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. Dijon, LGDJ, 1989, Préf. G. Couturier, n° 178.

[1489] Par ex., C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat, op. cit*, n° 457.

[1490] Le plus fondamental étant de faire la distinction entre les obligations de moyens et de résultat, puisque les secondes entraînent une responsabilité en toute situation (sauf cause extérieure).

2. La révision judiciaire imposée par le défaut de renégociation

461. Opportunité et légitimité de la révision judiciaire – Si le fait d'accepter la tenue de négociations honnêtes constitue une obligation de résultat, leur réussite ne constitue en revanche qu'une simple obligation de moyens[1491]. À l'inverse du cas où le créancier les a refusées, la révision judiciaire n'intervient pas en tant que sanction en nature. Cependant, l'absence de renégociation par les parties est traitée d'une manière identique, peu importe qu'elle soit le résultat d'une opposition, d'insuffisances ou d'échec. À une nuance près, néanmoins. Les insuffisances de la négociation [si l'obligation de moyens renforcée est retenue] ou leur refus peuvent conduire à l'octroi de dommages et intérêts versés au débiteur lésé, afin de réparer un éventuel préjudice. En revanche, le simple fait de ne pas être parvenu à un accord, autrement dit l'échec de la négociation pourtant bien menée, ne devrait pas aboutir à une telle indemnisation dès lors qu'en pareil cas, le créancier est exempt de mauvaise foi. Le préjudice ne suffit pas à engager la responsabilité d'autrui, sont en outre requis une faute et un lien causal entre les deux[1492]. Sans mauvaise foi, aucun fait fautif ne peut être retenu.

462. Nonobstant l'importance des finalités de l'adaptation du contrat, qu'elles soient économiques ou liées à la justice, il faut donc veiller à ce que le recours judiciaire conserve une position subsidiaire. Ce qui n'est aucunement guidé par la préoccupation de l'engorgement des tribunaux : bien que cette position conduit à ne pas l'accentuer davantage, il ne s'agit là que d'un bienfait collatéral. La raison est plus profonde et se trouve au cœur des principes fondamentaux régissant le droit des contrats. On considère, en effet, que le contrat est la loi des parties. En toute situation, y compris celle de la survenue d'une imprévision, ce sont les contractants qui détiennent le pouvoir de faire, défaire, ou

---

[1491] C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat, op. cit.,* n° 457 : « Toutes les obligations de négocier se divisent en deux parties : il faut d'abord entrer en discussion, l'obligation est de résultat ; puis il faut négocier de bonne foi, l'obligation est de moyens », à l'image – dans le second cas – du comportement que doivent adopter les négociants en matière de pourparlers (l'ordonnance du 10 février 2016 a d'ailleurs permis l'adoption d'un texte prévoyant expressément l'application de la bonne foi à tous les stades de vie des contrats qui « doivent être négociés, formés et exécutés » dans le respect de cette prescription (art. 1104 C. civ.).

[1492] Art. 1240 C. civ.

refaire le contrat[1493]. L'action du juge demeure cependant inévitable lorsque les parties ne sont pas parvenues à se sortir par elles-mêmes de l'impasse qui bloque l'exécution de leur contrat.

463. Nous avions indiqué précédemment que la révision, ou la résolution qui peut lui être substituée, ne revient au juge qu'à titre de sanction de la mauvaise foi du créancier qui n'a pas souhaité leur mise en œuvre. Cela étant, même lorsque celui-ci ne manque pas à son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi et qu'il a réellement tenté de remédier à la situation, main dans la main avec le débiteur, le juge doit finir par intervenir. Cette fois-ci, la justification de la sanction en nature ne tient plus mais il tient ainsi l'engagement de débloquer le sort des parties qui ne disposent, véritablement, d'aucune alternative. À rebours de la révision dont le but est de sanctionner le créancier récalcitrant, la révision faisant suite à l'échec de la renégociation, permet au juge de ne pas priver les parties du droit d'accès à la justice. Le résultat est certes identique mais il n'a pas les mêmes raisons d'être et, pour des questions de clarté intellectuelle, cela mérite d'être souligné.

Ainsi, lorsque le juge révise le contrat dont l'économie a été bouleversée, il garantit aux parties le droit d'accès à la justice et favorise en outre la poursuite et donc l'exécution du contrat. Cette dernière étant la raison d'être du principe de la force obligatoire du contrat, celui-ci se retrouve tout autant garanti.

464. La liberté de choix de la sanction du juge – Selon le texte, le juge peut « réviser le contrat ou y mettre fin ». Le placement de la seconde option à la suite de la première n'est pas le fruit du hasard, il peut être un indicateur du caractère subsidiaire de la résolution. L'adaptation du contrat devrait toujours être favorisée et même recherchée en première intention car elle permet à l'obligation de pouvoir être exécutée, et fait ainsi honneur à la force obligatoire du contrat. L'engagement pris étant davantage respecté par l'exécution d'une obligation aménagée que par l'inexécution autorisée judiciairement, c'est bien ce que permet la résolution puisqu'elle libère totalement le débiteur de ses obligations à l'égard du créancier. Dans cette optique, est-il opportun que le juge soit lié par la

[1493] C. CHABAS, *ibid.,* n° 462.

demande des parties alors qu'elles pourraient être tentées de profiter de l'évènement pour se soustraire plus facilement de leurs obligations en demandant la résolution plutôt que la révision ? L'article 4 du Code de procédure civile indique que « l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties », et surtout l'article 5 du même code contraint le juge à « se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ».

465. Faut-il considérer que le juge ne peut pas réviser le contrat dès lors que le requérant ne demande que la résolution, en vertu du principe dispositif ? En vérité, ce principe qui veut que le juge soit lié par les conclusions des parties n'a pas une autorité absolue, il est « adaptable »[1494] lorsque la loi permet – de manière explicite ou implicite – au juge de substituer un remède à un autre. Il nous semble que les particularités attachées à l'imprévision invitent le juge à assouplir le principe dispositif. Comme l'a justement souligné Monsieur Stoffel-Munck, « les prétentions du demandeur ne lui serviront pas même de boussole car il ne semble pas dans la logique de la mission conférée au juge de se trouver contraint par le principe dispositif. C'est aux seules lumières du magistrat que la loi confie le contrat »[1495].

Il est clair que cela ajoute à la marge de manœuvre du juge qui, en tant que telle, est déjà très étendue du fait que l'article 1195 ne soit « assorti d'aucun garde-fou explicite »[1496]. Dans la mesure où la loi ne prévoit rien de spécifique, il pourra diriger la révision vers n'importe quel élément du contrat : la chose, le prix, les délais, la qualité, etc[1497]. Tant que l'adaptation judiciaire respecte les exigences de l'équité et qu'elle ne s'éloigne pas démesurément de l'équilibre du contrat initial, tout demeure possible.

[1494] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 412.

[1495] PH. STOFFEL-MUNCK, *L'imprévision et la réforme des effets,* RDC 2016, Hors série, p. 34 s ; *Contra,* T. REVET, *Le juge et la révision du contrat*, RDC 2016/2, p. 373 ; J.-F. FÉDOU, *Le juge et la révision du contrat,* RDC 2016/2, p. 382 : ces auteurs estimant, au contraire, que le juge devrait respecter scrupuleusement le principe dispositif et ne pas aller au-delà de la requête des parties à laquelle il serait lié.

[1496] PH. STOFFEL-MUNCK, *ibid.*

[1497] PH. STOFFEL-MUNCK, *ibid.*

466. La primauté de la révision possible et cohérente – Le libre choix de la sanction du juge est loisible, plus particulièrement lorsqu'il décidera de réviser le contrat plutôt que de le résilier mais il est tout de même nécessaire d'encadrer cette liberté par des garde-fous tirés de l'évidence. Existent-ils des critères connus qui lui permettraient, en toute légitimité, de mettre de côté la résolution au profit de la correction du contrat ? L'appréhension de cette question peut être mise en parallèle avec l'exécution forcée en nature qui bénéficie de la primauté sur celle par équivalent uniquement si elle est impossible ou excessivement onéreuse[1498]. L'article 1221 du Code civil permet désormais expressément au créancier de poursuivre l'exécution en nature, « sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ». La Cour de cassation n'avait pas attendu ce nouveau texte pour s'affranchir de la tutelle de l'ancien article 1142 qui, de façon plus restrictive, excluait l'exécution forcée en nature pour toutes les obligations de faire (et de ne pas faire). L'article 1142 était devenu pour ainsi dire une « coquille vide » puisque la jurisprudence accordait la primauté à l'exécution en nature qu'elle n'écartait qu'en cas d'impossibilité[1499] ou dans le cadre des contrats intuitu personae[1500].

[1498] V. D. MAZEAUD, *L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats*, D. 2016. 2477 ; M. MEKKI, *Fiche pratique : l'exécution forcée « en nature », sauf si...,* Gaz. Pal. 5 juill. 2016, p. 16 ; T. DOUVILLE et alii, *La réforme du droit des contrats, Commentaire article par article*, Gualino, 2016, p. 222 s. ; J. LE BOURG et CH. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Article 1121 : l'exécution forcée en nature des obligations,* RDC 2015. 782 ; Y.-M. LAITHIER, *Les sanctions de l'inexécution du contrat*, RDC hors série, avr. 2016, p. 39 ; Y.-M. LAITHIER, *Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles*, JCP 25 mai 2015, suppl. au n° 21, p. 47 ; D. MAINGUY, *Du « coût manifestement déraisonnable » à la reconnaissance d'un « droit d'option », in* Réforme du droit des contrats, Le débat, Dr. et patr. oct. 2014, p. 60 ; T. GENICON, *Contre l'introduction du « coût manifestement déraisonnable » comme exception à l'exécution forcée en nature, in* Réforme du droit des contrats, Le débat, Dr. et patr. oct. 2014, p. 63 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, op. cit.,* p. 546 s.

[1499] M. MEKKI, *op. cit.,* n° 8 ; B. FAGES*, Droit des obligations*, 6ème éd., LGDJ, 2016, n° 294 ; PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 8ème éd., LGDJ, 2016, n° 1129 ; L. ANDREU et N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations,* Gualino, 2016, spéc. n° 890.

[1500] D. MAZEAUD, *ibid.,* n° 6 : « Progressivement, la Cour de cassation avait réécrit ce texte et énoncé le principe de l'exécution en nature de toutes les obligations, qu'elles soient de donner, de faire ou de ne pas faire, à l'exception des cas dans lesquels le débiteur pouvait invoquer une impossibilité matérielle ou juridique, ou quand l'obligation qu'il avait souscrite présentait un caractère éminemment personnel et que son exécution forcée emporterait une atteinte frontale à ses droits et libertés fondamentaux. Ainsi, le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire ne disposait pas trop aisément d'une option entre l'exécution contractuellement promise et la

467. Il serait judicieux d'appliquer cette même cohérence en matière d'imprévision : la révision aurait la primauté et ne laisserait place à la résolution que si elle se révèle impossible ou complètement inopportune et dénuée d'intérêt. Sauf que – et la distinction est grande – le juge pourrait imposer la poursuite du contrat, adapté pour les circonstances, à l'inverse de l'exécution forcée en nature que le créancier est en droit de refuser[1501]. Celui-ci dispose, en effet, de la liberté de choix de la sanction de l'inexécution contractuelle et n'est pas obligé d'accepter l'exécution en nature que propose le débiteur défaillant[1502]. En cas de changement de circonstances, la défaillance est en quelque sorte excusable car elle provient de circonstances extérieures et imprévisibles, il n'est pas abusif de laisser le juge interférer bien plus qu'il ne peut le faire lorsque l'inexécution est aux torts du débiteur. L'immensité de l'horizon qui s'ouvre au juge dans le domaine de l'imprévision, qu'a relevé Monsieur Stoffel-Munck, a toute sa légitimité.

468. En somme, la théorie des risques a pour vocation de libérer le débiteur de l'obligation d'exécuter, sans aménagements, le contrat impacté par l'imprévision. Dans la mesure où celui-ci n'a pas entendu accepter, fût-ce de manière tacite, d'assumer seul le risque d'imprévision. Dès lors que le contrat ne prévoit aucune clause en ce sens, il faut en déduire un partage des risques entre le débiteur et le créancier. La théorie des risques présentée ne justifie cependant qu'en partie le régime de l'imprévision puisqu'elle permet seulement de ne pas contraindre injustement le débiteur. La négociation par les parties, ainsi que l'intervention du juge, doivent se rattacher à autre chose.

469. La cause-contrepartie disparaissant en cours d'exécution, invoquée par certains auteurs, n'est pas apte à endosser ce rôle, en raison de sa nature et de

---

simple indemnisation de son créancier. » ; F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11ème éd., Dalloz, 2013, n° 1113.

[1501] *Contra*, V. Cass. civ. 3ème, 27 mars 2013, n° 12-13.734 (ayant jugé que le créancier ne pouvait pas refuser l'exécution forcée en nature qu'offrait le débiteur), D. 2013. 910, et 2014. 1221, obs. N. DAMAS ; AJDI 2014. 203, obs. G. MAIRE ; RTD civ. 2013. 603, obs. H. BARBIER ; RDC 2013. 890, obs. T. GENICON, et 903, obs. G. VINEY ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1 - Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2016, n° 678.

[1502] Telle est majoritairement la position retenue par la doctrine et la jurisprudence. V. not. Cass. civ. 3ème, 28 sept. 2005, n° 04-14.586, RTD civ. 2006. 311, note J. MESTRE et B. FAGES ; RTD civ. 2006. 129, note P. JOURDAIN ; RDI 2005. 458, obs. P. MALINVAUD ; RDI 2005. 442, obs. B. BOUBLI.

ses finalités incompatibles avec l'imprévision. En général, la disparition de la cause ne fait qu'entraîner une autre disparition : celle du contrat. Comme la force majeure, la cause-contrepartie ne peut donc être rattachée au régime de l'imprévision qui nécessite d'être corrigée, en premier recours, par une adaptation du contrat. Au meilleur des cas, l'amenuisement conséquent de la contrepartie peut être pris en compte comme fait, de sorte qu'une autre norme juridique doit quoiqu'il en soit être ajouté afin de fonder l'adaptation du contrat.

À cet égard, nous avons procédé à la distinction nécessaire de deux cas de figure. Le premier correspond à un créancier faisant pression sur le débiteur pour qu'il exécute son obligation devenue excessivement difficile, tout en s'opposant à toute tentative de déblocage à l'amiable. Il faut considérer que celui-ci a commis une faute de comportement, un acte de mauvaise foi. C'est donc l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi qui fonde l'action du juge qui révise le contrat ou y met fin. On peut même aller jusqu'à considérer que l'immixtion de juge constitue une forme de sanction en nature de la mauvaise foi du créancier.

470. Il existe une autre situation dans laquelle le juge procède autrement. En vertu de l'article 1195 du Code civil, le juge peut également intervenir dans le contrat si la renégociation a simplement échouée. Pourtant, « le créancier ne saurait être […] tenu à obtenir un résultat, en ce sens qu'on ne pourrait l'obliger à sacrifier ses intérêts pour rééquilibrer le contrat. Sa seule obligation est de faire des propositions qui témoignent sa bonne foi, c'est-à-dire sa volonté de maintenir la communauté contractuelle »[1503]. La mauvaise foi ne permet pas d'habiller cette situation particulière qui doit alors revêtir un tout autre fondement. La force obligatoire du contrat n'étant activée que par la volonté, l'application de la théorie des risques empêche le juge de pouvoir contraindre le débiteur à assumer l'imprévision dont il n'a pas accepté le risque. Il s'agit du premier palier du raisonnement. Le second que nous avons invoqué se réfère au devoir du juge de rendre la justice : l'article 4 du Code civil le contraint à ne pas laisser les parties bloquées dans une situation périlleuse imputable à aucune d'entre elles mais à un coup du sort. En outre, la force obligatoire du contrat ayant pour finalité essentielle l'exécution du contrat, au contraire de ce qui a pu être affirmé, la

[1503] Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, op. cit.,* n° 190.

révision pour imprévision lui fait honneur. Le bouleversement économique du contrat entraînant inévitablement la défaillance, voire la faillite du débiteur[1504].

[1504] C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat, op. cit.,* n° 457, in fine : où est relevé la vertu préventive de l'inexécution licite : mieux vaut l'imprévision que la liquidation ».

CONCLUSION DU CHAPITRE I

471. L'intolérance des juges à la théorie de l'imprévision n'a quasiment jamais été atténuée depuis le XIXe siècle. Ce sentiment a été conservé au moment de la réforme puisque le projet de février 2015 ne la consacrait pas véritablement[1505] et une fois consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016, les représentants du monde économique et les sénateurs ont profité de la ratification pour tenter de faire marche arrière en la faisant disparaître[1506]. Puisqu'elle irrite toujours autant, notre analyse à propos de sa légitimité n'avait rien de superflu, elle permet d'orienter l'article 1195 afin qu'il fasse l'objet d'une application très aboutie. Il ne faudrait pas que les juges aillent dans le sens inverse en tentant de restreindre la portée du nouveau texte.

472. Levons les barrières : contre-arguments destinés aux opposants de la théorie de l'imprévision – Les opposants à la théorie de l'imprévision se fondent essentiellement sur la force obligatoire du contrat et le principe de non immixtion du juge. Par l'éxégèse, on a pu se rendre compte du fait qu'en matière d'imprévision, ces justifications sont insuffisantes à plus d'un titre.

[1505] Projet de réforme de février 2015, Art. 1196 : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

« En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. À défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

Un texte qui bien évidemment n'était qu'une « poudre aux yeux ». En réalité, il ne prévoyait rien de nouveau comparé à la situation antérieure. Avant la réforme, les parties pouvaient déjà faire, refaire ou défaire le contrat à leur guise, à la toutefois condition que ce soit d'un commun accord. Or, le souci attaché à l'imprévision est constitué par le refus du créancier de renégocier le contrat, et de faire preuve de loyauté envers le débiteur en évitant de le contraindre à respecter l'exécution d'un contrat qui est devenue extrêmement difficile (V., à ce sujet, Y. PICOD, *L'imprévision contractuelle*, Colloque : La réforme du droit des contrats, Montpellier, 1ère journée Cambacérès, 3 juil. 2015, Presse de la Faculté de droit de Montpellier, p. 165 s.).

[1506] Projet de loi de ratification de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Sénat, Première lecture du 9 oct. 2017.

473. La force obligatoire du contrat, fondamentale au point de figurer aujourd'hui au sein des principes directeurs du droit commun des contrats[1507], n'est pas sans limites et sans nuances, particulièrement dans le domaine de l'imprévision. Ce principe est tout d'abord limité par la *notion d'utilité*. En matière d'imprévision, l'utilité du contrat est présente au moment de la formation du contrat mais elle disparaît au cours de l'exécution en raison de la survenue de cet évènement. Or, comme l'avait si justement souligné Pothier, « s'obliger à faire quelque chose c'est s'obliger à le faire utilement »[1508], la force obligatoire du contrat doit donc être limitée dès lors que l'imprévision a supprimée l'utilité de l'exécution pour le débiteur. Nous avons pu ainsi relever à quel point il est insensé de contraindre une personne à agir sans intérêt alors qu'il suffit de faire revêtir à la force obligatoire du contrat des variations pour que cet intérêt soit restauré. Le contrat n'est pas juste parce qu'il a été voulu, il est voulu parce qu'il est juste disait Ripert[1509].

La seconde limitation de la force obligatoire que nous avons pu constater découle de la prise en compte de la *cohérence de la volonté des parties*. La théorie de l'autonomie de la volonté invite à revenir systématiquement à la volonté des parties au moment de contracter. Il était donc intéressant de définir avec pertinence cette volonté, non pas celle qui est déclarée mais celle qui est réelle et profonde[1510], car c'est uniquement cette volonté qui s'impose aux contractants et que le juge doit respecter (autrement dit la force obligatoire se paramètre en fonction de cette volonté et non pas uniquement en fonction de ce qui est prévu dans le contrat). À moins de le prévoir expressément, on ne peut imaginer que les parties aient eu la volonté d'assumer personnellement les conséquences dramatiques de l'imprévision[1511].

[1507] Art. 1103 C. civ. : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. »

[1508] POTHIER, *De la vente,* Paris, 1825, n° 202.

[1509] G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4ème éd., 1949.

[1510] C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 135 du Code civil, une nouvelle source du contenu contractuel*, th. Montpellier, LGDJ, 2006, Préf. D. Ferrier, n° 513.

[1511] L'art. 1195 C. civ. confirme cette logique puisque le silence des parties permet le traitement de l'imprévision, et ce n'est que si les parties ont expressément prévu une clause d'exclusion que le juge ne pourra pas débloquer la situation.

La troisième limitation que nous avons retenue s'est révélée par l'application de la *théorie de l'efficience* (développée en droit anglo-saxon)[1512] à la force obligatoire du contrat. Cette théorie invite à ne pas faire usage des principes juridiques de manière brute, c'est-à-dire sans prendre en compte la finalité qu'ils poursuivent. Le plus important ne serait pas le contenu même du principe mais la finalité qu'il poursuit, celle-ci devant être garantie en priorité. Grâce à la théorie de l'efficience, on peut se servir de la finalité poursuivie par une règle de droit pour la soumettre à des tempéraments, autrement dit pour corriger ses effets pervers[1513]. En l'occurrence, s'agissant de la force obligatoire du contrat, sa finalité consiste à garantir l'exécution du contrat aussi bien du côté du débiteur que du créancier. Or, c'est exactement ce que permet la révision pour imprévision puisque sans elle le contrat court à sa perte et se dirige sans suspense vers une inexécution. De ce fait, refuser d'adapter le contrat impacté par une imprévision, c'est accepter la future inexécution du contrat et donc finalement prendre une décision contre-productive à l'égard du principe de la force obligatoire du contrat. Bien que développée plus clairement en droit anglo-saxon, on ne peut pas dire que la théorie de l'efficience n'existe pas en droit français, en atteste l'article 1184, alinéa 2, du Code civil selon lequel « le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien ».

En toute hypothèse, lorsque survient une imprévision, c'est l'adaptation du contrat qui va lui permettre d'être exécuté et qui, de ce fait, fera profiter les contractants d'un principe de la *force obligatoire du contrat efficace*. On a pu s'apercevoir que cette acceptation sert tout autant l'intérêt du débiteur que celui du créancier car « en acceptant de renégocier le contrat frappé par l'imprévu, le créancier minimise ainsi son préjudice : plutôt que de tout perdre, mieux vaut alors renoncer à une partie de la créance ou à un terme »[1514].

[1512] D. R. HARRIS et C. G. VELJANOVSKI, *The use of Economics to Elucidate Legal Concepts : the law of Contract* (…), Eur. Univers. Institute, éd. Walter de Gruyter, 1986, n° 9.

[1513] S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats,* th. Paris XI, LGDJ, 2000, Préf. H. Muir-Watt, n° 1036 s., spéc. n° 1043.

[1514] L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu,* th. Paris 1, Économica, 2011, Préf. L. Aynès, n° 731.

474. Le principe de non-immixtion du juge doit tout autant être tempéré en matière d'imprévision sous peine de porter atteinte à deux droits fondamentaux[1515] bénéficiant d'une valeur supra législative (le respect de ces droits - par le biais de la révision judiciaire - est de ce fait supérieur à la loi antérieure qui s'opposait à la théorie de l'imprévision[1516]).

Lorsque le juge refuse de réviser le contrat impacté par une imprévision, les parties subissent pratiquement un *déni de justice* puisque le juge qui refuserait d'adapter le contrat, laisserait les parties dans une impasse où elles se sentent impuissantes. Chaque fois que le juge laisse les justiciables livrés à leur propre sort, il les prive en effet de leur droit d'accès à la justice (article 4 du Code civil). Le principe de non immixtion du juge peut alors être tempéré lorsque l'intervention du juge constitue la seule solution permettant au contrat d'être débloqué (le créancier pourrait accepter de modifier le contrat mais si les parties sont justement dans une impasse c'est parce qu'il le refuse).

S'agissant de l'*inégalité devant la loi*, elle est subie par les justiciables relevant du droit privé car ceux du droit public bénéficient de solutions face à l'imprévision[1517]. Bien sûr, il est normal que la loi ne soit pas la même pour tous mais dès lors qu'il s'agit de traiter des situations identiques, le traitement inégal devient injuste. Pour admettre une inégalité devant la loi, il est nécessaire que la situation régie soit identique et c'est ce que nous avons pu constater en matière d'imprévision. Pour commencer, la notion d'imprévision traitée en droit administratif est identique à celle abordée en droit privé[1518]. Ensuite, et c'est peut-être le plus important, on ne peut plus tellement distinguer le contrat administratif

---

[1515] Droit d'accès à la justice et égalité devant la loi.

[1516] À notre sens, un juge qui laisse les parties bloquées dans un contrat ayant subi un bouleversement économique les abandonne dans une voie sans issue et les prive ainsi du droit d'accès à la justice. L'absence de texte régissant l'imprévision n'est pas censée pouvoir justifier l'inaction du juge puisque l'article 4 du Code civil qualifie de déni de justice le fait qu'il adopte une telle position « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ». Le délaissement, avant la réforme de 2016, des contentieux dans lesquels il fallait traiter la survenance d'une imprévision n'avait donc rien de légitime. Le juge aurait dû rendre la justice quand bien même aucun texte ne l'autorisait à agir en ce sens.

[1517] CE, 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux*, D.P. 1916, 3ème partie, p. 25, Conclusions P. CHARDENET.

[1518] Dans les deux cas, il s'agit de traiter un événement imprévisible rendant excessivement difficile l'exécution du contrat pour l'une des parties (définition unanime).

et le contrat de droit privé qui tendent à se rapprocher de plus en plus[1519]. Enfin, et cela rejoint l'idée précédente, la notion de service public ne parvient pas nécessairement à les différencier. Comme l'a, en effet, révélé un auteur : « l'évolution de la jurisprudence administrative en matière contractuelle s'est très largement diversifiée au cours des années qui ont succédé à l'arrêt Gaz de Bordeaux, et les situations d'imprévision sont également admises pour d'autres types de contrats, qui n'ont parfois aucun lien avec le service public »[1520].

475. Consolidons la portée de l'article 1195 : l'existence d'un fondement juridique général autorisant la révision pour imprévision – Il est faux de croire que la recherche d'un fondement de la théorie de l'imprévision au sein du Code de 1804 serait vaine[1521]. Depuis l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1195 nous fournit un fondement spécifique mais il n'est que l'application particulière de ce qui était déjà possible sur la base de fondements plus généraux. La doctrine en avait même avancé plusieurs et n'était pas unanime : l'équité[1522], la force majeure entendue de manière élargie[1523] et la défunte cause[1524] ont toutes été envisagées. Une analyse approfondie a permis de rejeter un à un ces fondements pour ensuite nous tourner vers le fondement idoine : une combinaison de la théorie des risques et de la bonne foi contractuelle.

Il nous a semblé que la théorie des risques est apte à justifier l'absence d'obligation pour le débiteur lésé d'assumer seul l'imprévision. C'est uniquement

---

[1519] S. CLAMENS, *La distinction entre contrats administratifs et contrats de droit privé au regard du dualisme juridictionnel,* RAJF, 10 avril 2001 ; Y. GAUDEMET, *Droit administratif,* 21ème éd., LGDJ, 2015, V. Chap. 1er « La distinction des contrats administratifs et des contrats de droit privé de l'administration », n° 667 s.

[1520] E. LABROT, *L'imprévision, Étude comparée droit public-droit privé des contrats*, th. Toulouse, L'Harmattan, 2016, Préf. F. Fraysse, p. 58.

[1521] En ce sens, J. MAGNAN DE BORNIER, *Essai sur la théorie de l'imprévision*, th. Montpellier, 1924, p. 98 : « il est vain de chercher dans le Code civil un prétendu fondement à la reconnaissance de la théorie de l'imprévision ».

[1522] En ce sens, C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 135 du Code civil, une nouvelle source du contenu contractuel*, th. Montpellier, LGDJ, 2006, Préf. D. Ferrier, n° 514 s.

[1523] Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. Dijon, LGDJ, 1989, Préf. G. Couturier, n° 199 : où est retracé l'exemple du droit allemand qui à une certaine période avait extrapolé la force majeure pour finalement choisir le fondement de la bonne foi par la suite.

[1524] En ce sens, A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle,* th. Orléans, LGDJ, 2005, Préf. C. Thibierge, n° 642 s.

en admettant que, par son silence[1525], il n'a pas entendu assumer de façon autonome ce risque que la perte occasionnée par l'imprévision peut être partagée entre les deux parties. C'est de la sorte que peut être justifié le partage des risques qui d'ailleurs, en droit administratif, est concrétisé par le versement d'une indemnité au débiteur. C'est la théorie des risques qui fait de l'imprévision un problème à traiter à quatre mains. Cependant, en cas de récalcitrance du créancier, sa mauvaise foi[1526] est caractérisée et c'est alors celle-ci qui permet au juge de prononcer des sanctions effectives.

Ainsi légitimée à son plus haut niveau, nous pouvons à présent mettre en avant sans complexes les moyens de favoriser très largement l'application de l'article 1195.

[1525] Il est vrai que les rédacteurs du contrat se doivent d'avoir le réflexe d'un « hygiéniste » et non d'un « thérapeute », en anticipant « par une rédaction habile » toute la mesure des risques encourus (J. M. MOUSSERON, Technique contractuelle, 1ère éd., Paris, Francis Lefebvre, 1988, p. 17, n° 2). Cependant la négligence des parties à ce sujet ne justifie pas de les laisser livrées à leur propre sort. D'autant plus lorsqu'il s'agit de traiter des risques externes aux parties puisque liés à l'environnement dans lequel le contrat se meut.

[1526] Art. 1104 C. civ. (1134, al. 3, anc.).

CHAPITRE II

RENFORCEMENT DU DÉBLOCAGE DU CONTRAT CONFRONTÉ À UNE IMPRÉVISION

476. La portée juridique (Section 1) ainsi que le domaine d'application (Section 2) du régime de l'imprévision consacré à l'article 1195 du Code civil doit être le plus étendu que possible. C'est n'est que de cette manière que le déblocage du contrat peut arriver à son aboutissement dont l'intérêt a été pleinement justifié dans les propos qui précèdent.

SECTION I
DÉTERMINATION DE LA PORTÉE JURIDIQUE DE L'ARTICLE 1195 EN FAVEUR DU DÉBLOCAGE CONTRACTUEL

477. Pour favoriser le déblocage du contrat, il convient en premier lieu d'interpréter de manière extensive la portée juridique de l'article 1195. On peut relever deux manières d'y parvenir : tout d'abord en veillant à ce que le texte s'applique quasiment à tous les contrats de droit commun (Paragraphe I), puis en encadrant très strictement la possibilité de renoncer à l'application du texte (Paragraphe II).

Paragraphe I – La délimitation extensive du champ d'application de l'article 1195

478. Lors du projet de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, débattu à l'Assemblée nationale, il a été souligné « que le champ d'application de l'article [1195] concerne tous les contrats de droit commun et pas seulement les contrats à exécution successive régis par l'article 1111-1 du Code civil. Sont également concernés les pactes de préférence et promesses unilatérales respectivement régis par les articles 1123 et 1124 du Code civil »[1527]. Par principe, le régime de l'imprévision consacré s'applique donc à tous les contrats (A).

Il convient toutefois d'exclure de ce domaine les contrats financiers, conformément au texte de ratification de l'ordonnance, ainsi que les textes spéciaux qui permettant déjà la correction du déséquilibre par la révision, dès lors que *l'adage specialia generalibus derogant* a vocation à s'appliquer (B).

[1527] Rapport sur le 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 (n° 315), Assemblée nationale, 24 novembre 2017, par S. HOULIÉ, p. 76.

A/ Le déblocage du contrat favorisé par un large champ d'application du texte

479. Tous les contrats, y compris à exécution instantanée – Puisque l'article 1195, consacrant la théorie de l'imprévision, a été inscrit au sein du droit commun, il a vocation à s'appliquer à tous les contrats. Ce domaine est d'autant plus étendu que – contrairement à la plupart des législations étrangères et aux projets de réforme antérieurs – il ne propose pas un régime dédié aux contrats à exécution successive[1528], alors même que le problème de l'imprévision se pose plus spécifiquement en ce qui les concerne[1529]. Courant ne signifie pas exclusif, l'exécution peut en effet s'étaler dans le temps dans un contrat sans qu'il ne soit à exécution successive[1530].

480. Dès lors que le texte n'opère aucune distinction, les contrats à exécution instantanée, telle que la vente, sont donc admis mais il convient pour autant de ne pas manquer de nuances. En effet, « on ne concevrait pas que l'article 1195 trouve à s'appliquer à un contrat déjà achevé lorsque survient l'évènement imprévisible »[1531]. Le dispositif « ne peut concerner qu'un contrat qui n'est pas parvenu à ce que l'on appelle sa ''bonne fin'', c'est-à-dire son exécution complète »[1532]. On ne peut guère douter de cette interprétation dès lors que l'article 1195 prend en compte uniquement le changement de circonstances imprévisible qui « rend *l'exécution* excessivement onéreuse ». Il ressort de ce constat que l'exécution qui a déjà été consommée se retrouve exclue.

[1528] L'art. 1135-1 de l'avant-projet Catal réserve par exemple l'imprévision aux seuls contrats à exécution successive. – G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 523, p. 444 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 387.

[1529] Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *op. cit.,* n° 201, p. 224 : « C'est dans le contrat à exécution successive que le problème de l'imprévision se pose avec le plus d'acuité. Les contrats de longue haleine sont plus particulièrement soumis au hasard des circonstances : à la phase statique par nature de la formation du contrat, succède la phase dynamique d'exécution, l'exécution étant en quelque sorte à la formation ce que la biologie est aux mathématiques ».

[1530] J. ROCHFELD, *Les modes temporels d'exécution du contrat,* RDC 2004, n° 1, p. 47, spéc. n° 12.

[1531] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op cit.,* p. 388.

[1532] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid.*

481. Tous les contrats, unilatéraux compris – *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, on ne peut donc exclure par ailleurs les contrats unilatéraux. Ce qui n'est pas sans susciter certaines difficultés car la qualification de contrat en cours, à leur égard, peut se révéler très délicate. Pour s'en rendre compte, analysons en détail l'exemple de la promesse unilatérale de vente. Appelée également « pacte d'option », la promesse unilatérale[1533] confère à l'une des parties [appelée le bénéficiaire], le droit de décider « discrétionnairement » de la conclusion d'un contrat [de la vente, dans le cas de notre exemple], dont les éléments essentiels sont d'ores-et-déjà fixés, avec une autre personne [appelée promettant][1534]. À ce stade, le contrat est-il arrivé à sa fin ou est-il encore en cours ? Telle est la question. L'article 1195 du Code civil n'ayant vocation à s'appliquer que dans la seconde hypothèse. Un auteur relève que « d'un côté, techniquement, le promettant s'est exécuté pleinement (ce qu'il doit en vertu de la promesse, à savoir un droit d'option, est bien conféré au bénéficiaire) tout comme le bénéficiaire qui aura versé l'indemnité d'immobilisation »[1535]. Il finit cependant par considérer qu'il s'agit d'un contrat dont l'exécution est encore en cours car « d'un autre côté, on sait bien que le promettant est dans une position d'attente et ne doit rien faire qui puisse contrarier l'exercice de l'option, la convention étant toujours orientée vers le dénouement définitif qui tient au choix du bénéficiaire »[1536]. Ce choix revient à retenir la même approche que le droit italien qui ne cantonne pas le régime de l'imprévision aux contrats synallagmatiques[1537] et qui permet son application aux promesses unilatérales qui sont donc considérées, avant la levée d'option, comme un contrat en cours[1538].

[1533] Qui est « un véritable contrat » : B. FAGES, *Droit des obligations*, 6ème éd., LGDJ, 2016, n° 59, p. 71.

[1534] PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 8ème éd., LGDJ, 2016, n° 443, p. 239 ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations,* 15ème éd., LDGJ, Précis Domat, 2016, n° 84, p. 78 ; B. FAGES, *ibid.,* n° 59, p. 71. – Depuis la réforme du droit des contrats, le Code civil accorde désormais une définition à cette promesse. L'art. 1124 nous indique que « la promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ».

[1535] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-.M LAITHIER, *ibid.*

[1536] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid.*

[1537] Art. 1468 du Code civil italien.

[1538] V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2011, p. 1018.

482. En analysant de plus près la question, il nous semble que le sort du contrat ne doit pas être appréhendé de la même manière selon la partie dont il s'agit. Contrairement à l'offre, on considère généralement que le promettant donne son consentement définitif, quand bien même le contrat nécessite la levée d'option du bénéficiaire pour être formé[1539]. C'est même précisément la finalité de la promesse que de « figer le consentement du promettant »[1540] dont la « part contractuelle » est déjà formée puisqu'il ne lui est accordé aucun droit à un retour en arrière. Quand bien même il souhaiterait révoquer sa promesse ou vendre à un tiers, avec qui il serait de connivence, cela serait sans effet[1541]. Ainsi, seul le bénéficiaire demeure libre d'être lié ou non par cet acte. L'article 1124 du Code civil le précise d'ailleurs expressément qu'il s'agit d'un contrat « pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire »[1542].

483. L'auteur évoqué précédemment avait opté pour l'idée d'un contrat toujours en cours, même à l'égard du promettant, car il reste soumis à l'attente d'un dénouement et à l'obligation de ne pas perturber volontairement la levée d'option, comme il pourrait le faire, par exemple, en vendant le bien promis à un tiers. Cependant, le fait qu'une obligation persiste ne signifie pas forcément qu'il y a toujours une exécution en attente. Il suffit de prendre l'exemple de la vente instantanée pour s'en rendre compte : alors même que le vendeur reste soumis à de nombreuses garanties (d'éviction, contre les vices cachés, de conformité, etc.), on considère que le contrat a fait l'objet d'une exécution complète.

[1539] B. FAGES, *Droit des obligations*, *op. cit.,* n° 59, p. 71 : l'auteur soulignant qu'est accordé au bénéficiaire « un droit potestatif parfaitement licite » (V. I. NAJJAR, *La potestativité*, RTD civ. 2012.601), tandis que « le promettant donne immédiatement son consentement ». – Cass. civ. 3e, 8 sept. 2010 n° 09-13.345, Defrénois 2010, p. 2123, note L. AYNÈS ; JCP G 2010, p. 1051, note G. PILLET ; RDC 2011, p. 57, obs. T. GENICON ; RTD civ. 2010. 778, obs. B. FAGES.

[1540] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 262, p. 213.

[1541] Al. 2, art. 1124 : « La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis. »

Al. 3, art. 1124 : « Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul. »

[1542] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *ibid.,* n° 262 : où la situation est qualifiée de « contrat promis à moitié formé ». La promesse unilatérale de vente serait alors « une vente à moitié formée, n'attendant plus que le consentement de l'acheteur ».

484. Puisque même au stade de la promesse, tout est déjà entériné pour le promettant, si une imprévision lui nuit, il n'est pas certain qu'il puisse invoquer l'article 1195 du Code civil. À l'inverse, pour les raisons déjà évoquées, il faut estimer que le contrat est toujours en cours d'exécution du côté du bénéficiaire. La possibilité pour lui de se prévaloir des règles de l'imprévision ne fait donc guère de doute mais est-elle utile, sachant qu'il peut toujours décider de ne pas lever l'option ? Ce n'est que dans des circonstances très particulières et rares, ne permettant pas au bénéficiaire de refuser la levée de l'option, que les règles édictées par l'article 1195 pourraient lui être opportunes. Par exemple, pour illustrer une pareille hypothèse, il pourrait y avoir une personne bénéficiaire de la promesse de vente d'un parking destiné aux futurs clients d'un supermarché déjà acquis et pour lequel d'importants investissements ont déjà été réalisés.

Passons à présent à la recherche des cas d'exclusion du régime de l'imprévision consacrée.

B/ Le déblocage du contrat minoré par certaines exclusions du texte

485. Deux raisons valables peuvent justifier que l'article 1195 du Code civil soit exclu : lorsque la loi prévoit des exceptions (1) et lorsque des textes spéciaux régissent déjà l'imprévision survenue (2).

1. L'inapplication rattachée à des exceptions

486. Exception issue de la ratification – La ratification de l'ordonnance a été l'occasion pour les députés et les sénateurs, en premier lieu, de retoucher quelques points mis en avant par la doctrine[1543]. Le régime de l'imprévision a bénéficié de cette possibilité. Il n'est guère nécessaire de revenir sur l'abandon de la révision judiciaire proposée par les sénateurs, finalement rejeté par la ratification définitive, puisque seule l'exception ajoutée nous intéresse ici présent.

[1543] Pour un recueil de propositions, V. *Améliorer les textes issus de la réforme du droit des contrats,* RDC 2017, p. 165 s. ; *Adde* X. DELPECH, *Vers une « réforme de la réforme » du droit des contrats au nom de la finance ?*, AJ contrat 2017, p. 352. – *Contra*, N. MOLFESSIS, *Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats*, JCP 2017. 1045 : lequel avait défendu l'absence de nécessité de modifier les textes issus de l'ordonnance.

En séance publique, le gouvernement a « reconnu que les risques induits par l'application de la théorie de l'imprévision aux contrats sur instruments financiers étaient plus forts que les gains espérés, les opérations sur titres financiers ayant par nature pour objectif d'intégrer le risque dans leur valorisation et dans les caractéristiques retenues pour l'opération »[1544].

487. Exception liée à la finance – Le 10 mai 2017, avant la ratification, le Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris (HCJP)[1545] avis émis un rapport dans lequel il avait proposé des modifications de l'ordonnance[1546]. Concernant l'imprévision, il a relevé la nécessité d'exclure expressément de son régime les obligations résultant d'opérations sur instruments financiers. Étant donné que les « exigences de prévisibilité et de sécurité juridique sont inhérentes aux opérations sur instruments financiers, qu'il s'agisse de titres ou de contrats » et que ces dernières sont, en outre, « indispensables à l'attractivité de la place financière française »[1547], l'exclusion de l'article 1195 s'est révélée être impérative. Cet enjeu paraît encore plus crucial lorsque l'on tient compte du fait que la place financière de Paris profite de la période « post-Brexit » pour attirer les acteurs de la finance qui étaient installés à Londres[1548]. Il nous semble que le HCJP a vu juste car le juriste ne doit pas ignorer que dans ce domaine particulier, l'arsenal juridique proposé doit être attractif[1549]. A minima, il doit éviter d'être répulsif.

[1544] Rapport sur le 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 (n° 315), Assemblée nationale, 24 novembre 2017, par S. HOULIÉ, p. 78.

[1545] Une des missions du HCJP, présidé par Guy CANIVET, Premier Président Honoraire de la Cour de cassation et ancien membre du Conseil constitutionnel, consiste à proposer des projets de réformes favorisant la compétitivité juridique de la Place Financière de Paris.

[1546] Rapport du Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris (HCJP), Propositions d'amélioration de la rédaction des dispositions régissant le droit commun des contrats, Paris, 10 mai 2017.

[1547] Rapport du HCJP, *ibid.,* p. 26.

[1548] X. DELPECH, *Vers une « réforme de la réforme » du droit des contrats au nom de la Finance ?, op. cit.,*

[1549] X. DELPECH, *ibid.* : « L'une des clés du pouvoir de séduction de Paris réside dans sa capacité à proposer un droit attractif, c'est-à-dire qui favorise liberté contractuelle (nécessaire pour tirer le mieux parti de la créativité des praticiens) d'une part et prévisibilité et sécurité juridique d'autre part (ce qui suppose de limiter au maximum le nombre de dispositions d'ordre public et la possibilité d'une remise en cause trop facile des engagements juridiques souscrits). De ce point de vue, l'ordonnance de 2016 notamment, en ce qu'elle a consacré la théorie de l'imprévision, ne semble guère en phase avec ces objectifs ».

488. Le régime de l'imprévision n'ayant pas été édicté en tant que règle d'ordre public[1550], il est vrai que le risque invoqué peut être évité en insérant des clauses d'exclusion dans ces contrats financiers. Cela pourrait « certes constituer une solution pour l'avenir mais serait de nature à fragiliser l'ensemble des opérations sur produits dérivés en cours »[1551]. D'autant plus que certains auteurs militent pour l'application rétroactive des dispositions de l'ordonnance du 10 février 2016 et plus particulièrement de l'article 1195[1552].

Une mise en garde identique à celle du HCJP a été émise par les praticiens et la doctrine[1553] qui ont craint un impact négatif trop important à l'égard des titres de capital[1554], des titres de créance[1555] et des instruments financiers à terme[1556]. Cet appel unanime a en tout cas été entendu puisque l'exclusion proposée a été retenue du début du projet de ratification de l'ordonnance jusqu'à l'adoption définitive de la loi de ratification (Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018). Il a été décidé d'insérer dans le paragraphe 3, de la section 4, du chapitre Ier, du titre Ier, du livre II, du Code monétaire et financier l'article L. 211-40-1, selon lequel « nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui résultent des I à III de l'article L. 211-1 du présent code, se prévaloir de l'article 1195 du Code civil, alors même que ces opérations se résoudraient par le paiement d'une simple différence ». Le régime de l'imprévision ne peut donc en aucun cas être invoqué par le contractant dont les obligations résultent de titres financiers[1557].

[1550] C. PERES, *Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats*, JCP G 2016, p. 454 ; PH. STOFFEL-MUNCK, *L'imprévision et la réforme des effets,* RDC 2016, Hors série, p. 35 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *op . cit.,* n° 525, p. 446 ; PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 8ème éd., LGDJ, 2016, n° 764, p. 407.

[1551] Rapport du Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris, *ibid.,* p. 27.

[1552] Not. D. MAINGUY, *Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats,* D. 2016. 1762.

[1553] Not. H. LE NABASQUE, *L'imprévision et la cession de droits sociaux*, Bull. Joly Sociétés, Sept. 2016, p. 538 ; A. GAUDEMET, *Cession de droits sociaux : faut-il avoir peur de l'article 1195 du Code civil ?*, Éditorial, Bull. Joly Sociétés, déc. 2016, p. 685 ; X. DELPECH, *Vers une « réforme de la réforme » du droit des contrats au nom de la finance ?*, *op. cit.*

[1554] À l'occasion, notamment, de certaines cessions de droits sociaux.

[1555] Notamment les émissions obligataires.

[1556] D'une nature particulièrement aléatoire, il serait insensé – à l'égard des besoins de sécurité juridique et économiques – de les soumettre à l'art. 1195.

[1557] F. CHENEDÉ, *Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats,* D. 2017, p. 2214, n° 9.

2. L'inapplication rattachée à la primauté de textes spéciaux

489. *Specialia generalibus derogant* ne va pas de soi – Avant 2016, il existait déjà des textes spéciaux traitant de la révision des contrats devenus déséquilibrés[1558], leurs domaines étant très restrictifs cependant. Quelle démarche doit-on adopter si un cas relève à la fois d'un de ces textes et de l'article 1195 du Code civil ? Il nous faut déterminer si l'application de ces différents textes est exclusive ou cumulative et si le requérant dispose du droit de choisir lequel régira son litige. Afin de régler ce conflit entre norme générale et textes spéciaux, on songe immédiatement à l'article 1105 du Code civil[1559] et à l'adage *specialia generalibus derogant*. Pourtant, comme nous l'avons déjà souligné au moment de traiter le déséquilibre significatif édicté par l'article 1171, cette solution ne va pas de soi. On considère qu'« il ne suffit pas, pour écarter une règle générale, de constater que le champ d'application de la règle spéciale avec laquelle elle entre en concours est inclus dans le sien, et que cette règle spéciale soumet à des conditions différentes l'obtention d'un résultat similaire ou conduit à un résultat différent »[1560].

490. Selon un courant doctrinal[1561], qui a permis à la règle de conflit d'être recentrée, lorsque deux dispositions se juxtaposent, il doit être de principe que le

---

[1558] Art. 900-2 du C. civ. permettant de demander la révision judiciaire des « conditions et charges » des libéralités ; Art. L. 131-5 du C. propr. intell. qui permet dans le domaine des droits d'auteur la révision du prix dans la cession du droit d'exploitation ; Art. 441-8 du C. com. qui prévoit l'obligation de stipuler une clause de renégociation dans certains contrats commerciaux (V., à propos de cette dernière disposition, M. BEHAR-TOUCHAIS, *Quand la théorie de l'imprévision entre par la petite porte : la clause de « hardship » imposée sous peine d'amende administrative*, RDC, 2013, p. 1431).

[1559] Art. 1105, C. civ. : « Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre.

Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.

Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières. »

[1560] C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, th. Paris, LGDJ, 2009, Préf. Y. Lequette, n° 386, p. 497.

[1561] C. GOLDIE-GENICON, *ibid.* ; F. BÉRENGER, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?,* th. Aix-en-Provence, PUAM, 2007 ; A. SUPIOT, *La contribution du droit social au droit commun des contrats, in* Le Code civil entre ius commune et droit privé, A. Wijffels (dir.), éd. Bruylant, 2005, p. 47 s. ; P. PUIG, *Pour un droit commun spécial des contrats, in* Mélanges Jacques Foyer, éd. Économica, 2007, p. 825 s.

requérant dispose d'un droit d'option entre elles[1562]. Parfois même de les cumuler[1563]. Le recours à l'adage n'est pas la règle mais l'exception car il est soumis à de stricts critères[1564] qu'il nous est obligé de vérifier avant d'estimer si l'article 1195 doit effectivement être exclu dans les cas relevant du droit spécial.

491. *Specialia generalibus derogant dépend de l'antinomie* – L'application de l'adage *specialia generalibus derogant* est soumise à une antinomie entre les textes en conflit. Celle-ci présente elle-même deux caractères. Il est nécessaire que les règles en conflit prévoient des directives incompatibles (second caractère) alors qu'elles portent sur un objet commun (premier caractère)[1565]. Il faut donc, en premier lieu, pouvoir relever une identité d'objet car une règle de droit ne peut être considérée comme spéciale qu'à la condition de fournir une « réponse à un problème (abstrait) qui est un cas particulier du problème (abstrait) résolu » par la règle générale[1566]. Les règles en concours ont un objet commun seulement si elles traitent du même problème, l'exiger est donc un truisme car si les problématiques divergent il n'y a guère de conflit. Enfin, il faut préciser que cet objet ne doit pas être confondu avec la finalité[1567] car elle n'a

---

[1562] J. CARBONNIER, RTD civ. 1961 : qui considérait qu'à l'égard de l'individu disposant de deux moyens juridiques différents, « le sens le plus élémentaire de ce double don est le cumul » ; C. GOLDIE GENICON, *Droit commun et droit spécial,* RDA n° 7, fév. 2013, p. 29 s., spéc. n° 15 : « Le principe devrait être celui de l'option, voire du cumul, entre règles communes et règles spéciales. Le droit commun doit, tant qu'aucune disposition n'y fait obstacle, conserver son empire et chacun des contractants pouvoir librement choisir entre les règles que lui offre le droit commun et celles que lui offre le droit spécial, ou même requérir leur application conjointe », excepté, souligne l'auteur, si une raison impérieuse – comme le concours de règles antinomiques – l'empêche.

[1563] *Ibid.*

[1564] C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude entre le droit commun et le droit spécial des contrats, op. cit.,* n° 382, p. 491.

[1565] CH. PERELMAN, *Les antinomies en droit, Essai de synthèse, in* Les antinomies en droit, *op. cit*. p. 393 ; C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude entre le droit commun et le droit spécial des contrats, op. cit.,* n° 382, p. 491.

[1566] C. GOLDIE-GENICON*, ibid.,* A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne,* th. Lyon III, éd. de l'A.G.E.L., 1975, n° 378, p. 674 ; *Adde* D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives,* RDC/2, 2016, n° 50, p. 369 ; B. SAINTOURENS, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, th. Bordeaux, 1986.

[1567] *Contra* K. LAFAURIE, *Clauses abusives : l'articulation du dispositif du Code civil avec les textes spéciaux,* JCP. E n° 35, 2017. 1453, n° 3 ; M. ALBY, J. BOUFFARD, et S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif, entre antinomie et autonomie des droits spéciaux et du droit commun*, Colloque : La réforme du droit des contrats, Montpellier, 1ère journée Cambacérès, 3 juillet 2015, Presse de la Faculté de droit de Montpellier, p. 260 s.

rien à voir avec l'objet qui est tout simplement « la question juridique traitée par la règle, [autrement-dit] le problème abstrait auquel elle fournit une réponse[1568] ».

En second lieu, l'antinomie nécessite d'appliquer simultanément les deux textes en cours afin de vérifier l'absence d'incompatibilité[1569]. Pour que l'adage fasse effet, l'application simultanée « doit se heurter à une impasse, conduire à un non-sens[1570] ». En plus de l'objet en commun, l'article 1195 du Code civil doit donc se révéler inconciliable avec les textes spéciaux pour que ceux-ci aient la primauté. Vérifions-le.

492. L'antinomie entre l'article 1195 et l'art. 900-2 du Code civil – Si l'article 900-2 permet au gratifié de demander en justice la révision des conditions et des charges grevant les libéralités, ce n'est que « par suite d'un changement de circonstances » rendant l'exécution « soit extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable ». On peut d'ores-et-déjà considérer que cette norme traite de la même question juridique que l'article 1195, avec lequel elle partage donc une identité d'objet, car elle justifie la révision par une cause identique. À une nuance près, puisque le bouleversement ne nécessite pas d'être imprévisible en droit spécial[1571].

Cette distinction ne remet toutefois pas en cause l'identité d'objet que nous avons retenue car le caractère plus large, ou plus restrictif, de l'un des textes n'est pas de nature à l'exclure[1572]. Il suffit, en réalité, que l'objet des dispositions en

---

[1568] C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude entre le droit commun et le droit spécial des contrats, op. cit.,* n° 386, p. 495. L'auteur prenant à ce sujet l'exemple de la nullité pour défaut de cause et la nullité pour défaut de consentement. La finalité, qui est d'annuler le contrat, est la même mais puisque n'est pas traitée la même question juridique (l'existence d'une contrepartie dans le premier cas et l'intégrité du consentement dans le second), l'identité d'objet entre ces deux textes doit être exclue.

[1569] G. BOLAND, *Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif, in* Les antinomies en droit, op. cit. p. 185 ; CH. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, 2ème éd., Dalloz, 1979, Reprint Dalloz, 1999, n° 27, p. 39.

[1570] C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude entre le droit commun et le droit spécial des contrats, op. cit.,* n° 386, p. 497.

[1571] V. WITZ, *La révision des charges et conditions en matière de libéralités après la loi du 4 juillet 1984,* D. 1985. Chron. 101, n° 14 ; M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants,* Litec, 2000, n° 1411 ; F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, Droit civil, les successions, Les libéralités, Précis, Dalloz, 1997, n° 331-4.

[1572] Elle ne devra pas davantage être exclue à l'égard des art. L. 131-5 du Code de propriété intellectuelle et L. 441-8 du Code de commerce, lesquels permettent de corriger le déséquilibre créé même s'il résulte d'évènements prévisibles. « Le chevauchement des dispositions communes et spéciales n'est donc, pour ces dispositions, que partiel (dans l'hypothèse où ce changement de

conflit se rejoignent sur un certain point[1573]. Il suffit que les textes se recoupent dans certains cas, autrement dit qu'il puisse exister des cas susceptibles d'être régis par les deux textes à la fois. Évidemment, si la libéralité est impactée par un bouleversement économique prévisible, seuls les articles 900-2 et suivants peuvent être invoqués. Mais ce bouleversement peut tout autant être imprévisible et entrer alors à la fois dans le domaine de ces derniers textes et dans celui de l'article 1195. Ainsi, le conflit de textes ne nécessite pas d'être généralisé, dès lors qu'il peut advenir – au moins dans certaines hypothèses – l'identité d'objet entre les normes en concours peut être retenue.

493. Concernant la deuxième caractéristique que suppose l'antinomie, puisque, in fine, l'article 1195 permet de réviser l'acte judiciairement, il prescrit une solution parfaitement identique à celle que prévoit l'article 900-2. Sur ce point, aucune incompatibilité ne peut alors être caractérisée. Il convient cependant de se pencher plus précisément sur la procédure pour se rendre compte que, de manière sous-jacente, les révisions proposées par chacun de ces textes ne peuvent être conciliées. Alors que le droit commun peut être invoqué dès la survenue de l'imprévision, le recours au droit spécial est contrecarré par un délai spécifique : l'article 900-5 n'autorise pas l'action en révision des charges avant l'écoulement d'un délai de dix ans suivant le décès du disposant (au minimum)[1574]. En raison de cette spécificité, le cumul des textes priverait d'effet le délai d'action prévu en droit spécial, que le législateur n'aurait d'ailleurs pas expressément prévu s'il n'avait pas finalité importante. En tout cas, « il y aurait un non-sens à admettre l'option entre, d'un côté, un texte qui autoriserait l'action en révision pour imprévision contre le disposant avant son décès et, de l'autre, un corps de texte

---

circonstances serait imprévisible) » : O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article,* LexisNexis, 2016, p. 389.

[1573] L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes de droit international privé,* Étude de droit international privé de la famille, th. Paris, LGDJ, 2001, Préf. Y. Lequette, n° 125, p. 82.

[1574] Art. 900-5 C. civ. : « La demande n'est recevable que dix années après la mort du disposant ou, en cas de demandes successives, dix années après le jugement qui a ordonné la précédente révision ». Le second délai étant par hypothèse encore plus long que le premier car si une révision a déjà eu lieu c'est que les dix années suivant le décès du disposant se sont déjà écoulées.

qui interdit l'action en révision des charges avant le décès du disposant »[1575]. On ne peut admettre une autorisation et une interdiction à la fois, sinon il y a une antinomie à laquelle l'adage *specialia generalibus derogant* constitue le remède[1576]. L'application de ces deux corps de règles sera donc probablement exclusive[1577].

494. L'antinomie entre l'article 1195 et L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle – « En cas de cession du droit d'exploitation, lorsque l'auteur aura subi un préjudice de plus de sept douzièmes dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'oeuvre, il pourra provoquer la révision des conditions de prix du contrat »[1578]. Là aussi la norme vise à corriger le déséquilibre provoqué au cours de l'exécution du contrat et a donc un objet identique à l'article 1195.

À rebours de l'imprévision consacrée en droit commun, le texte spécial ne s'applique cependant que si le préjudice atteint un seuil de 7/12e et cela peut être à l'origine d'une incompatibilité. L'intérêt d'imposer légalement ce seuil serait très limité si l'on permettait aux requérants de le contourner en invoquant l'article 1195. Soit « on admet que l'hypothèse dans laquelle un auteur subirait un manque à gagner sans atteindre le seuil des 7/12e, entre dans le champ d'application de l'excessive onérosité de l'article 1195, et l'incompatibilité du texte spécial (qui exige un seuil des 7/12e) et du texte commun (qui ne l'exige) doit conduire à l'éviction du texte commun par le texte spécial »[1579], soit « on considère que cette hypothèse sort du champ d'application de l'article 1195, et l'absence de concours entre les deux textes efface la difficulté »[1580].

[1575] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 390.

[1576] F. SAUVAGE, *Principales incidences de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve de l'obligation sur le droit des libéralités,* AJ fam. 2016. 475.

[1577] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid.*

[1578] Art. L. 131-5 C. de la propr. intell.

[1579] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 389.

[1580] *Ibid.*

495. L'antinomie entre l'article 1195 et L. 441-8 du Code de commerce – L'article L. 441-8 du Code de commerce impose, dans les contrats commerciaux d'un certain type[1581] dont l'exécution est supérieure à trois mois, l'insertion d'une clause de renégociation du prix permettant de prendre en compte les fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires[1582]. Cette norme consiste bien à atténuer les effets d'évènements extérieurs causant un déséquilibre dans le contrat. En ce sens l'identité d'objet peut être retenue mais qu'en est-il des directives proposées ? Sont-elles conciliables ?

On constate en premier lieu une différence relative à la portée de la renégociation. Tandis que le texte commun oblige les parties à la mener que si les évènements survenus ont causé un bouleversement économique du contrat, le texte spécial l'impose pour toute fluctuation, l'ampleur de son impact étant donc indifférente[1583]. L'incompatibilité doit cependant être recherchée au niveau des solutions proposées. À l'absence de négociation, qu'elle soit le fruit d'un échec ou d'un refus, l'article 1195 substitue une révision judiciaire. Cette révision n'est absolument pas préconisée par le texte de droit commercial qui sanctionne l'irrespect des règles prescrites par « une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € pour une personne morale »[1584]. Le cumul d'une révision judiciaire, destinée à pallier au défaut de négociation des parties, et d'une amende ne présente en soi rien d'inconciliable. Il faut garder à l'esprit que l'antinomie ne résulte pas d'une simple divergence, leur application simultanée doit conduire à un non-sens qui ne

---

[1581] Il s'agit des contrats ayant pour objet la vente, la conception ou la production des produits figurant sur la liste prévue au deuxième alinéa de l'article L. 442-9 du Code de commerce.

Art. L. 442-9 C. com., al. 2 : « Engage également la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait pour tout revendeur d'exiger de son fournisseur, en situation de forte hausse des cours de certaines matières premières agricoles, des prix de cession abusivement bas pour *les produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasses, pour les produits de l'aquaculture, ainsi que pour les produits alimentaires de consommation courante issus de la première transformation de ces produits.* Les conditions définissant la situation de forte hausse des cours de certaines matières premières agricoles ainsi que la liste des produits concernés sont fixées par décret ».

[1582] L'al. 2 de l'art. L. 441-8 précisant, en outre, que la renégociation imposée par cette clause doit être conduite « de bonne foi, dans le respect du secret en matière industrielle et commerciale et du secret des affaires », et intervenir dans un délai inférieur à deux mois

[1583] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 389.

[1584] Le montant de cette amende maximale pouvant être doublé en cas de réitération du manquement.

paraît pas être caractérisé dans le cas présent. En somme, l'application exclusive de l'article L. 441-8 du Code de commerce, en vertu de l'adage *specialia generalibus derogant,* n'est pas garantie.

Paragraphe II – L'encadrement strict de la valeur supplétive de l'article 1195

496. Parmi les conditions posées par l'article 1195 alinéa 1er du Code civil figure l'absence d'acception du risque par la partie qui subit l'imprévision. Ce qui rend très claire la manière d'appréhender cette disposition : elle n'est pas d'ordre public et les contractants peuvent s'entendre pour y déroger par le biais d'une clause[1585]. Ce constat ne fait aucun doute mais pouvant être sujet à controverse, le rapport au président prend soin de préciser que « le texte revêt un caractère supplétif, et les parties pourront convenir à l'avance de l'écarter pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat »[1586].

Les considérations économiques et sociales liées à l'imprévision auraient dû conduire à en faire une disposition d'ordre public. Le « mal est fait » et on ne peut pas raisonnablement revenir dessus alors que le caractère supplétif de l'article 1195 est très clairement posé. Pour tenter toutefois d'amoindrir ce mal, il est envisageable d'encadrer très strictement les renonciations à l'article 1195 de deux manières. Il faudrait d'abord veiller à ce que les clauses d'exclusion ou d'aménagement soient interprétées strictement par le juge (A) et qu'elles soient en

---

[1585] En ce sens, G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit*., p. 445 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 387 ; N. DISSAUX et C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2016, p. 96 ; PH. STOFFEL-MUNCK, *L'imprévision et la réforme des effets*, RDC 2016, Hors série, p. 35 ; PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 8ème éd., LGDJ, 2016, n° 764, p. 408 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 6ème éd., LGDJ, 2016, n° 348, p. 295 ; X. DELPECH, *Vers une « réforme de la réforme » du droit des contrats au nom de la finance ?*, AJ contrat 2017, p. 352. – Rapport du Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris (HCJP), *Propositions d'amélioration de la rédaction des dispositions régissant le droit commun des contrats*, Paris, 10 mai 2017, p. 26 s.

[1586] JORF n° 0035 du 11 février 2016, 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.

outre soumises au contrôle du déséquilibre significatif, prévu à l'article 1171 du Code civil et en droit spécial (B).

A/ L'éloignement du blocage contractuel permis par l'interprétation stricte des clauses de renonciation à l'article 1195

497. La possibilité pour les parties de déroger à l'article 1195 du Code civil ne fait aucun doute, la loi le prévoit expressément. Cette renonciation pourrait être imposée à des parties en situation de dépendance et de manière générale, il faut reconnaître qu'elle n'est pas sans danger. De ce fait, nous proposons d'une part de restreindre les renonciations tacites (1), d'autre part, d'interpréter strictement les aménagements contractuels prévus à cet effet (2).

1. Le rejet nécessaire des renonciations tacites

498. L'affirmation nette de la valeur supplétive – Le caractère supplétif du texte ne fait pas l'objet de beaucoup d'hésitations. Un auteur a cependant estimé qu'« on ne peut exclure que la thèse contraire soit soutenue », « même si une franche tendance se dessine en faveur du caractère supplétif »[1587]. Défendre la thèse d'un statut d'ordre public, qui serait accordé à l'article 1195, est justifié idéologiquement mais certainement voué à l'échec[1588]. Cela invite à être plus raisonnable. Au lieu de tenter de remettre en question la portée supplétive du texte, il faut se contenter de relever les difficultés et les risques liés à cette caractéristique. Il nous semble que c'est plutôt dans la manière dont le juge interprétera les clauses d'exclusion ou d'aménagement qu'il réside un espoir d'atténuer le refus l'article 1195 au rang d'ordre public.

[1587] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 386.

[1588] « Qui peut le plus, peut le moins », l'article 1351 du Code civil prévoyant expressément la possibilité pour le débiteur de ne pas être libéré de son obligation d'exécuter le contrat si une force majeure survient, alors même que cette dernière revêt les caractères de l'imprévision auxquels s'ajoute l'irrésistibilité. Pour cette raison, « le système juridique ne pourrait pas, dans le même temps, autoriser une personne à se charger des cas de force majeure […] et lui refuser en revanche de se charger des cas d'imprévision » (O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid.*).

499. La principale difficulté tient à l'admission probable de clauses d'acceptation tacites. Majoritairement, la doctrine relève qu'il ne sera pas nécessaire d'exclure explicitement le jeu de l'article[1589], il suffirait alors au créancier de démontrer au juge, sur la base d'indices suffisants, que le débiteur a accepté d'assumer le risque d'imprévision en toute connaissance de cause[1590]. Le caractère implicite de cette acceptation pourrait résulter de la finalité ou de la nature du contrat[1591]. En toute hypothèse, l'acceptation tacite pourra aussi résulter d'une clause ambiguë pouvant être interprétée en ce sens[1592]. Ces différentes modalités de consentement tacite devront en tout cas obéir aux modes de preuves traditionnels. Plus précisément, puisqu'il s'agit de la preuve d'un acte juridique, elle devra être fournie par écrit aussi bien par celui qui invoque l'acceptation tacite[1593], que par celui qui conteste sa réalité[1594].

500. La renonciation tacite dans les contrats aléatoires réservée aux seuls contrats financiers – L'acceptation tacite peut notamment résulter de la nature aléatoire du contrat conclu. Lorsque l'aléa est inhérent au type de contrat l'imprévision semble difficilement conciliable[1595]. C'est précisément pour cette raison que les sénateurs ont proposé d'exclure l'article 1195 des instruments financiers lors de la ratification de l'ordonnance. Du fait de sa spécificité, indirectement, cette exclusion a restreint l'idée de l'inapplication de l'article 1195 à tous les contrats aléatoires. Si la volonté avait été de retenir une exclusion tacite d'une manière plus large dans les contrats aléatoires, le droit français aurait adopté une solution identique à celle que prévoit l'article 1467, alinéa 2, du Code civil italien en vertu duquel la résolution pour imprévision « ne peut être

---

[1589] B. FAGES, *Droit des obligations, op. cit.,* p. 295.

[1590] B. FAGES*, ibid.*

[1591] PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.,* n° 764 : l'auteur évoquant l'exemple du contrat à forfait (M. LAGELÉE-HEYMAN, *Le contrat à forfait,* th. Paris 1, IRJS, Bibl. A. TUNC, 2016, Préf. L. Aynès).

[1592] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit*., n° 525, p. 446.

[1593] Art. 1359, al. 1, C. civ. : « L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique. »

[1594] *Ibid.,* al. 2 : « Il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit établissant un acte juridique, même si la somme ou la valeur n'excède pas ce montant, que par un autre écrit sous signature privée ou authentique. »

[1595] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 401.

demandée si l'onérosité survenue rentre dans l'aléa normal du contrat ». La ratification de l'ordonnance offrait l'opportunité de rajouter une telle mention générale à l'article 1195 mais elle n'a pas été saisie. Si le droit français s'est contenté d'inscrire l'inapplication du régime de l'imprévision, pour les seuls contrats aléatoires financiers, au sein de l'article L. 211-40-1 du Code monétaire financier, ne faut-il pas en tirer les conséquences qui s'imposent ? Prévoir expressément une exception n'a de sens que si elle n'est pas admise dans le cas plus général. Une autre façon de voir les choses peut cependant être retenue. On peut considérer que dans les situations régies par l'article L. 211-40-1 du Code monétaire financier, la preuve de l'acceptation tacite du risque d'imprévision ne serait pas exigée, il s'agirait autrement dit d'une présomption irréfragable. À l'inverse, dans les contrats aléatoires autres que financiers, il n'y aurait aucune présomption et le requérant serait contraint de prouver l'existence d'une acceptation tacite, sans être certain d'y parvenir.

501. Restriction des renonciations tacites dans les contrats à durée déterminée – L'acceptation tacite pourrait selon certains résulter également de la durée du contrat. Il a été souligné que « dans un contrat-échange […] la durée de l'accord peut être un élément crucial. En effet, généralement le choix d'un contrat à durée déterminée, plutôt que celui d'un contrat à durée indéterminée, marque la volonté de ''verrouiller'' l'avenir », choisir le premier type de contrat serait « un choix délibéré pour se garantir, pendant un temps donné, une prestation donnée à un coût donné »[1596]. Quoique déterminée, la durée peut cependant s'étaler sur plusieurs années. Il faudrait donc faire la distinction entre les contrats à courte durée déterminée et ceux à dont la durée est plus longue et qui, tôt ou tard, finiront par rencontrer les mêmes problématiques que les contrats à durée indéterminée, avec les risques d'imprévision en premier plan.

502. La prudence doit cependant rester de mise même lorsque la durée déterminée du contrat n'est pas longue. En effet, la volonté des parties de rester liées ne doit pas être confondue avec celle d'assumer le risque d'imprévision. Que la durée du contrat soit déterminée ou non, l'imprévision ne reste-t-elle pas une

---

[1596] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid.,* p. 404.

imprévision ? Certes, celle-ci se rencontre plus souvent dans les contrats de longue durée mais il ne s'agit pas pour autant d'une condition requise par l'article 1195. L'acceptation tacite basée sur la durée du contrat devrait être restreinte. D'autant plus que la révision du contrat, dans un tel contexte, aurait moins d'impact pour le créancier qui ne la subirait que pour le temps qu'il reste à courir avant que le contrat n'arrive au terme convenu. Les désagréments sont plus importants lorsque le contrat initial est à durée indéterminée car s'il fait l'objet d'une révision pour imprévision, le contrat révisé est lui-même à durée indéterminée.

503. Soumission de la renonciation tacite à la preuve écrite – De manière plus générale, le juge pourra interpréter l'intention des parties, afin d'admettre une acceptation tacite, à partir des preuves fournies par les parties. Si la certitude ne peut être établie, alors qu'il s'avère fondamental – aussi bien juridiquement qu'économiquement – de traiter la survenue de l'imprévision, l'acceptation tacite doit être réfutée. « La volonté implicite des parties n'est pas – elle ne doit pas être – une fiction »[1597]. En tout cas, en la présence de doutes, le juge devrait pencher en faveur du déblocage du contrat impacté par l'imprévision plutôt que de laisser les parties livrées à leur propre sort. Lorsque l'on se souvient qu'il s'agit de traiter un évènement à la fois extérieur et imprévisible, l'interprétation *in favorem* n'a rien d'excessif.

2. L'opportunité de l'interprétation stricte des aménagements contractuels

504. Une autre source de difficulté résulte non pas du caractère supplétif en lui-même mais de ses conséquences. Si le rapport au Président autorise clairement la possibilité d'exclure l'article 1195, il garde en revanche le silence sur la question de l'aménagement du régime de l'imprévision. Pourtant, on ne peut se contenter de tenir compte de l'exclusion complète de la prise en charge des changements de circonstances, autrement dit du forfait[1598]. Les parties

---

[1597] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 401.
[1598] PH. STOFFEL-MUNCK, *L'imprévision et la réforme des effets,* RDC 2016, Hors série, p. 35.

disposent-elles du droit d'insérer des clauses d'aménagements dans leur contrat ? Peuvent-elles aménager le traitement de l'imprévision au lieu d'y renoncer complètement ? Monsieur Stoffel-Muck répond de manière convaincante par l'affirmative. Il indique que de façon générale, les clauses d'adaptation ne font pas l'objet de critiques et qu'il n'y a donc aucune raison que cette technique éprouvée soit critiquée à présent qu'elle concerne l'imprévision. Il ajoute à cela un argument lié à l'esprit du texte qui accorde une place prépondérante à l'indépendance des parties dans la gestion de l'imprévision. Celles-ci doivent, en effet, traiter le problème main dans la main avant de saisir le juge qui n'intervient donc que pour combler la carence des parties[1599]. « Que font les parties au travers d'une clause d'adaptation sinon cela ? »[1600].

505. À présent que les clauses d'aménagement ont été admises, il faut observer brièvement leur impact. Le rejet du statut d'ordre public du nouveau texte pourrait être compensé par une interprétation stricte de ce type de clause. Toutes les précisions contenues dans la clause d'aménagement, que ce soit la nature[1601] du risque ou sa mesure, devraient être interprétées strictement par le juge[1602]. Dès lors que survient une imprévision qui n'entre pas *parfaitement* dans le cadre stipulé par cette clause, l'application de l'article 1195 ne devrait-elle pas s'imposer ? Il nous semble que cette sévérité devrait même aller jusqu'à l'exclusion des prises en compte par analogie dans le sens où seuls les risques *précisément* et *expressément* considérés seraient soumis à l'aménagement prévu. Les interprétations extensives n'ont pas leur place dans un régime juridique traitant le bouleversement économique du contrat.

506. Finalement, les contractants qui souhaitent bénéficier d'une complète exclusion de l'article 1195 ont tout intérêt à faire preuve de sobriété en évitant de trop prévoir l'imprévisible. Même si les parties dressent une liste comportant le

---

[1599] PH. STOFFEL-MUNCK, *ibid.*

[1600] PH. STOFFEL-MUNCK, *ibid.*

[1601] La clause pouvant, par exemple, préciser qu'elle s'appliquer aux augmentations du prix des matières premières.

[1602] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 400.

plus de risques que possible, ils ne sont pas à l'abri de voir surgir un évènement qu'ils n'ont pas eu la capacité d'anticiper, d'imaginer. Après tout, nous sommes bien dans le domaine de l'imprévisible[1603].

B/ Le déblocage contractuel permis par le contrôle du déséquilibre significatif causé par les clauses de renonciation à l'article 1195

507. Le contrôle du déséquilibre significatif dans le régime de l'imprévision – La sanction du déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties - aujourd'hui étendue à tous les contrats d'adhésion par le droit commun[1604] - peut-elle entraîner l'éradication des clauses d'exclusion ou d'aménagement de l'imprévision ? Ainsi en va-t-il, notamment, face à un défaut de réciprocité dans l'attribution d'un droit, comme celui octroyant – par exemple – à un contractant la possibilité de réviser le prix unilatéralement et automatiquement[1605]. De même, concernant l'octroi d'un pouvoir dont le champ serait trop étendu (l'exclusion totale de la résolution pour inexécution, par exemple), ou trop vague (ex. autoriser pour de « justes motifs » une modification unilatérale du contrat)[1606].

508. S'agissant de l'imprévision, le contrôle du déséquilibre significatif est tout à fait envisageable alors même, qu'en droit commun[1607] et en droit de la consommation, il ne peut porter sur l'adéquation du prix à la prestation. Ce

---

[1603] PH. CHAUVIRÉ, *Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations*, Gaz. Pal., 30 avr. 2015, n° 120, p. 29 : cet auteur recommandait la suppression de la mention « qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque », au motif qu'il était – par définition – impossible de prévoir, et donc d'accepter, un risque imprévisible. Dès lors que l'événement est anticipé il n'a en effet plus rien d'imprévisible.

[1604] Alors qu'auparavant, elle n'était prévue que dans le Code de commerce (pour les partenaires commerciaux) et dans le Code de la consommation (pour les contrats conclu entre professionnels et consommateurs).

[1605] V. Cass. com. 3 mars 2015, n° 14-10.907 (à propos d'un tel droit accordé à un distributeur), D. 2015. 996, chron. S. TRÉARD, et 2016. 964, obs. D. FERRIER ; RTD com. 2015. 486, et 2016. 81, obs. M. CHAGNY ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats, op. cit.,* n° 447, p. 370 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit*., p. 305.

[1606] *Ibid.*

[1607] En vertu du second alinéa de l'article 1171 les clauses concernées par le nouveau dispositif devront créer un déséquilibre significatif sans lien avec « l'adéquation du prix à la prestation » ou « l'objet principal du contrat » (article 1171, al. 2).

contrôle est en revanche autorisé en droit des affaires car son dispositif vise précisément à sanctionner les contrats lésionnaires dans les situations de dépendance, à rebours des articles 1171[1608] et L. 212-1[1609] dans lesquels la prise en compte de la lésion est exclue[1610]. « Il ne s'agit donc pas d'une police de l'équilibre économique du contrat, mais plutôt du régime de son exécution[1611] » qui de fait peut s'appliquer pleinement à l'imprévision. Comme l'a fait remarquer Monsieur Revet, « la clause d'acceptation des risques consécutifs à un changement de circonstances qui n'a pu être prévu lors de la conclusion du contrat n'a pas pour objet l'évaluation de la prestation, mais l'intangibilité de l'évaluation initiale de la prestation malgré l'évolution du contexte économique, financier, commercial ou autre »[1612].

Les clauses d'acceptation du risque d'imprévision peuvent donc être soumises au contrôle du déséquilibre significatif, il faut toutefois éviter l'écueil d'une qualification abusive de principe. On ne peut ni trancher à l'avance, ni répondre de manière unitaire, car le déséquilibre significatif répond à des critères très précis qui devront être recherchés par le juge, au cas par cas[1613]. Quelques aspects généraux peuvent cependant être dégagés.

509. Déséquilibre significatif et clause unilatérale d'acceptation de l'imprévision – Pour commencer, il nous paraît évident qu'il est plus aisé de caractériser un déséquilibre significatif produit par une telle clause lorsqu'elle produit un effet unilatéral[1614]. Tel est le cas lorsque seul un des contractants est

---

[1608] C. civ.

[1609] C. cons.

[1610] C. GRIMALDI, *Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats,* LPA, 2016, n° 17 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA*, La réforme du droit des obligations, op. cit.,* n° 446 s., p. 369 ; PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit*., n° 603, p. 346. – Le rejet de la lésion a été renouvelé par l'ordonnance du 10 février 2016, il est désormais inscrit à l'article 1168 du Code civil selon lequel, en principe, « le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat ».

[1611] PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *ibid.,* n° 603, p. 346.

[1612] T. REVET, *Une Philosophie générale ?, in* Réforme des contrats : quelles innovations ?, RDC 2016, Hors-série, n° 14, p. 10.

[1613] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* note de bas de page n° 29, p. 387.

[1614] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid.*

privé des vertus de l'article 1195 du Code civil. Il convient de se calquer sur le mécanisme instauré d'où il ressort que le « contractant en position de force » ne peut pas s'en prévaloir. Le déséquilibre significatif ne pourra donc être constaté que dans les contrats comportant une clause d'exclusion au détriment du seul consommateur, adhérent ou partenaire commercial en situation de dépendance[1615].

De surcroît, même si la situation satisfait précisément à ce cadre, la présence d'un déséquilibre significatif reste incertaine puisque le juge ne peut la retenir que sur la base d'une appréciation globale du contrat. Cette précaution étant valable aussi bien en droit commun qu'en droit spécial. L'article L. 212-1 du Code de la consommation, tout d'abord, prévoit au second alinéa l'obligation d'apprécier le caractère abusif des clauses en se référant « à toutes les circonstances » et surtout « à toutes les autres clauses du contrat ». La jurisprudence a également fait son œuvre, bien que sa construction ne semble pas achevée, en droit de la concurrence puisqu'elle invite le juge à se baser sur un ensemble de clauses pour apprécier la réalité du déséquilibre significatif[1616]. Enfin, concernant le droit commun, la majorité des commentateurs estiment que le déséquilibre significatif sanctionné à l'article 1171 du Code civil devrait faire l'objet de la même évaluation[1617]. Une position somme toute logique puisque le droit de la consommation, qui à rebours des règles communes fait office de droit surprotecteur, ne le permet pas. Il serait impensable de pouvoir juger une clause isolément en droit commun alors que c'est expressément exclu à l'égard des consommateurs.

[1615] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid.*

[1616] Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, Eurauchan c/ Ministre, AJCA 2015. 218, note G. CHANTEPIE ; D. 2015. 1021, note F. BUY ; JCP E 2015, 1207, note S. LE GAC-PECH ; LEDC 2015/5, 50, obs. N. LEBLOND ; RDC 2015. 523, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS ; RTD com. 2015. 486, obs. M. CHAGNY : « l'article L. 442-6, I, 2° invite à apprécier le contexte dans lequel le contrat est conclu et son économie », les hauts magistrats ayant estimé qu'en l'espèce, la Cour d'appel « ne s'est pas déterminée en considération des seules clauses litigieuses » et qu'elle a donc « satisfait aux exigences de l'article L.442-6, I, 2 » – Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387, Galec c/ Ministre, Bull. civ. IV, n° 87 : la Cour de cassation ayant approuvé les juges du fond d'avoir constaté le caractère abusif d'une clause générant une distorsion dans les délais de paiement au profit du distributeur. Ce dernier n'étant pas parvenu à justifier l'existence dans le contrat d'autres clauses permettant de rééquilibrer les obligations entre les parties.

[1617] M. BEHAR-TOUCHAIS, *Un déséquilibre significatif à deux vitesses*, JCP G 2015, 603, n° 1 ; D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives, op. cit.,* p. 366, n° 33 ; S. GAUDEMET, *Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil, op. cit.*, n° 8 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 307 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des contrats, op. cit*. p. 368 s.

En somme, quelque soit le régime applicable, il est n'est pas envisageable de se contenter d'une analyse isolée de la clause d'exclusion de l'imprévision pour caractériser un déséquilibre significatif.

510. Déséquilibre significatif et clause bilatérale d'acceptation de l'imprévision – À l'inverse, lorsque la clause d'exclusion de l'imprévision a vocation à s'appliquer de la même manière aux deux parties, faut-il exclure d'office la présence d'un déséquilibre significatif ? D'aucuns ont relevés que cette égalité de traitement, du fait que chaque contractant soit « soumis pareillement à la force obligatoire ''classique'' »[1618], devrait éloigner le déséquilibre significatif. Dans un tel contexte, la situation serait « a priori équilibrée »[1619].

Sauf que tous les contrats dans lesquels le contrôle du déséquilibre significatif est ouvert ont en commun l'infériorité de l'une des parties. Dans le domaine régi par l'article 1171 du Code civil, il s'agit de l'adhérent qui – du fait de l'impossibilité de négocier – n'a eu d'autre choix que d'accepter ou de refuser la clause en question[1620]. Lorsque la situation relève de l'article L. 212-1 du Code de la consommation, le contrat est conclu avec le consommateur qui est une partie faible. Enfin, dans le cas de l'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, on peut relever la situation de dépendance dans laquelle se trouve l'un des partenaires commerciaux. Il est vrai que cette infériorité n'est pas de la même nuance en droit commun où l'adhérent est davantage « imparfaitement éclairé », « qu'insuffisamment libre » et que cela diffère de la situation de dépendance et de la contrainte. Quoiqu'il en soit, nous pouvons remarquer qu'il existe un rapport plus ou moins inégalitaire dans les trois dispositifs. Quand bien même les deux parties sont soumises à l'exclusion de l'article 1195, on peut tout à fait considérer que l'adhérent, le consommateur ou le partenaire commercial dépendant ne l'a pas réellement voulu. Au surplus, les conséquences de l'absence de traitement de

---

[1618] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid.*

[1619] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid.*

[1620] Le contrat d'adhésion définit à l'article 1110 s'oppose au contrat de gré à gré dont les stipulations sont librement négociables (la ratification de l'ordonnance ayant abouti au remplacement justifié du « négociables » par le terme « négociées ». L'essentiel n'étant pas l'absence de négociation mais l'impossibilité de cette dernière). L'alinéa second précisant que le contrat d'adhésion est « celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ».

l'imprévision qui survient sont-elles les même à l'égard de ces parties que vis-à-vis de leurs cocontractants ? N'est-il pas plus aisé de supporter l'imprévision pour la partie qui domine ? Celui qui a, par exemple, contracté avec un partenaire commercial placé en situation de dépendance pourra sans doute mieux se remettre de cette difficulté. Vraisemblablement, il devrait en aller de même s'agissant du professionnel et du cocontractant de l'adhérent.

SECTION II
DÉTERMINATION DU DOMAINE DE L'ARTICLE 1195 EN FAVEUR DU DÉBLOCAGE CONTRACTUEL

511. Le texte promulgué par l'ordonnance du 10 février 2016 n'est ouvert qu'aux contractants n'ayant pas accepté d'assumer le risque d'imprévision, il s'agit là de la première condition déjà traitée précédemment et sur laquelle nous ne reviendrons donc pas. Dès lors que la situation satisfait à ce prérequis, il faut pouvoir constater que le contrat a été touché par un « changement de circonstances imprévisible » dont l'effet a été de rendre « l'exécution excessivement onéreuse pour une partie ».

512. Le caractère restrictif des conditions prévues à l'article 1195 du Code civil vise à préserver la teneur du principe de la force obligatoire du contrat, l'équilibre entre celui-ci et la justice contractuelle serait ainsi favorisé[1621]. Sauf que nous avons démontré dans le chapitre premier de ce titre que, bien au contraire, la révision pour imprévision favorise le respect du principe de la force obligatoire du contrat. L'inertie du juge face au bouleversement économique du contrat conduit fatalement à l'inexécution, voire à la faillite, et à l'inverse, lorsqu'il se permet de réviser le contrat, l'exécution et la poursuite du contrat sont favorisées. Le but de la force obligatoire du contrat étant de garantir l'exécution du contrat, on ne peut affirmer sans nuances que la révision l'ébranle.

513. Le déblocage auquel procède le juge lorsqu'il adapte le contrat impacté par une imprévision étant tout aussi opportun que légitime, il nous semble que les critères requis – le changement de circonstance imprévisible (Paragraphe 1) et l'excessive onérosité qu'il a entraînée (Paragraphe 2) – ne doivent pas être soumis à une stricte interprétation. Le but des propos qui suivent ne consiste absolument pas à expliciter les conditions requises mais plutôt à guider la façon

---

[1621] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, op. cit.,* n° 524, p. 444-445 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 390.

dont elles pourraient être interprétées, dans la perspective du déblocage du contrat.

Paragraphe I – Un changement de circonstances imprévisible au sens large

514. Pour faciliter le déblocage du contrat par le biais de l'article 1195 du Code civil, il convient d'appliquer le texte à tout type de changement de circonstances (A) et d'interpréter de manière souple l'imprévisible afin de pouvoir le retenir plus facilement (B). Sans cela, les parties risquent de se retrouver dans l'impasse puisqu'elles ne disposeraient d'aucune solution pour remédier à la problématique rencontrée.

A/ L'inclusion de tout changement de circonstances

515. La prise en compte des changements de toute nature – Faute d'avoir mentionné le contraire à l'article 1195, tout changement de circonstances, de quelque nature que ce soit, doit pouvoir être retenu et cela est très varié : « donnée factuelle (évènement naturel), donnée économique (effondrement des cours), donnée technique (obsolescence d'une technologie comme celle des cassettes vidéos), donnée politique (un coup d'état), donnée juridique (changement de réglementation), etc. »[1622]. À la rigueur, puisque ce changement porte sur les « circonstances », implicitement cela peut se référer à l'extériorité, l'évènement devant être extérieur aux parties[1623], qui constitue de toute manière une condition dont l'exigence ne fait aucun doute.

Par ailleurs, si le texte faisait référence à un « bouleversement des circonstances », cela impliquerait une certaine ampleur ou une brutalité, mais en

---

[1622] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid.,* p. 391. Dans le même sens, B. FAGES*, Droit des obligations*, 6ème éd., LGDJ, 2016, n° 348, p. 294 : où il est indiqué que le changement peut être relatif à n'importe quel type de circonstances, qu'elles soient « économiques, juridiques, politiques, environnementales, etc. ».

[1623] J.-S. BORGHETTI, *La force obligatoire des contrats*, Dr. et patr. 2016, p. 68 ; PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 8ème éd., LGDJ, 2016, n° 764, p. 408 ; B. FAGES*, Droit des obligations*, *ibid.* : « même si cela n'est pas dit », l'événement doit être « extérieur à la sphère de contrôle de la partie qui l'invoque ».

optant pour un simple « changement de circonstances », l'ordonnance nous fait échapper à cette exigence[1624]. Les conséquences du changement doivent revêtir une certaine gravité mais s'agissant de sa nature il n'en est rien et le juge doit s'abstenir de soumettre cette dernière à davantage que ce qu'exige la loi. Ce « changement de circonstances », qui est donc suffisant, peut être défini comme la simple rupture d'une continuité[1625].

516. L'inclusion des changements survenus antérieurement à la conclusion du contrat mais inconnu des parties – Enfin, bien que la lettre du texte ne vise que les changements intervenus postérieurement à la conclusion du contrat, il faut éviter d'être rigoriste et ne pas rejeter ceux qui, à cette période, étaient déjà réalisés mais inconnus des parties. Il faudrait pouvoir soumettre au régime de l'imprévision l'évènement déjà advenu au moment de la signature du contrat mais dont les parties n'avaient pas encore connaissance, dès lors que cette ignorance est légitime. Dans cette situation, une « césure » s'impose entre l'évènement « normalement connaissable » par une personne raisonnable (qui ne pourra pas être régi par l'article 1195) et l'évènement qui ne l'est pas (qui pourra être soumis à l'article 1195)[1626]. L'important n'étant pas, au demeurant, l'évènement survenu en lui-même mais la manière dont il impacte l'équilibre contractuel qu'elles ont souhaité lors de la conclusion du contrat. L'évènement imprévisible peut ainsi être entendu d'une manière plus intellectuelle que matérielle.

En tous les cas, les seules caractéristiques que l'article 1195 rattache véritablement au changement de circonstances sont constituées par

---

[1624] PH. STOFFEL-MUNCK, *L'imprévision et la réforme des effets,* RDC 2016, Hors série, p. 32 ; *Adde,* PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *ibid.,* n° 764, p. 407 : « le texte n'exige pas un bouleversement ; un simple changement suffit, qu'il consiste en une circonstance nouvelle ou dans l'effet d'une ampleur imprévisible d'une circonstance prévisible » ; B. FAGES, *Droit des obligations*, *op. cit.,* n° 348, p. 294 : où l'auteur estime aussi que le changement dont il est question « n'est pas forcément un bouleversement ».

[1625] PH. DUPICHOT, *La nouvelle révision pour imprévision*, *in* Réforme du droit des contrats et pratique des affaires, Ph. Stoffel-Munck (dir .), Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 75.

[1626] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 391 ; V., à ce propos, L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu,* th. Paris 1, Économica, 2011, Préf. L. Aynès : où l'auteur opère une distinction entre, d'un côté, l'imprévu qu'il aborde d'une manière très large et générale et, de l'autre côté, l'imprévision qui doit être appréhendée de manière plus spécifique. « Imprévu » et « imprévisible » ne peuvent être confondus.

l'imprévisibilité et l'onérosité excessive, mais là encore il convient d'éviter de les interpréter de manière trop étroite.

B/ La souplesse nécessaire dans l'interprétation de l'imprévisible

517. Une appréciation *in abstracto* – « L'essence de la théorie de l'imprévision » est contenue dans la condition de l'imprévisibilité, c'est elle qui impose la renégociation et la révision du contrat car elle suppose que « le débiteur n'a donné son consentement qu'à la lumière de certaines circonstances sinon attendues du moins envisagées »[1627]. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faut l'enfermer dans un carcan trop strict. Pour commencer, doit-on simplement exiger que les parties n'aient pas prévu l'évènement ou une impossibilité objective de le prévoir ? Bien évidemment, c'est l'impossibilité de prévoir le changement de circonstances et non pas la négligence qui est régie par le nouveau texte[1628]. La question évoque sensiblement le cas de la force majeure – qui se distingue de l'imprévision principalement par son caractère non pas difficile mais impossible – qui peut nous éclairer davantage.

L'article 1218 du Code civil indique que la force majeure est « un évènement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être *raisonnablement* prévu lors de la conclusion du contrat », tandis que l'article 1195 se contente d'évoquer un évènement « imprévisible ». À rebours de l'imprévision, la loi invite expressément le juge à vérifier si la situation est susceptible de caractériser une force majeure *in abstracto*, en se référant aux prévisions qu'aurait eu une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances[1629]. Faut-il en conclure que l'article 1195, qui ne prévoit rien de tel, exige davantage qu'un évènement impossible à prévoir par une personne normalement diligente ? « Le mécanisme de l'imprévision ne pourrait être mis en branle que si la circonstance

---

[1627] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid.*

[1628] PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 8ème éd., LGDJ, 2016, n° 764, p. 408 ; PH. STOFFEL-MUNCK, *L'imprévision et la réforme des effets, op. cit.,* p. 32.

[1629] H. HOUCARD, *Article 1218 : La force majeure contractuelle*, RDC 2015/3, p. 779 ; Y.-M. LAITHIER, *Les sanctions de l'inexécution du contrat*, RDC hors-série avr. 2016, p. 39 ; M. MEKKI, *Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations*, Gaz. Pal. 30 avr. 2015, n° 120, p. 37.

était radicalement imprévisible au moment de la conclusion du contrat, et non pas seulement raisonnablement imprévisible »[1630] ? Si tel n'est pas le cas, dans quel intérêt le rédacteur de ces deux dispositions aurait choisi une formulation différente, à l'inverse des principes Lando[1631] qui se réfèrent à un évènement qui aurait pu être raisonnablement anticipé aussi bien s'agissant de la force majeure[1632] que de l'imprévision[1633]. Sauf que cela reviendrait à anéantir l'effectivité du texte ayant consacré la théorie de l'imprévision[1634] et, en cela, la différence de formulation semble constituer bien plus un défaut de qualité rédactionnelle qu'une volonté de distinguer. Presque tous les évènements sont en réalité prévisibles, les plus alarmistes anticipent bien les pires calamités (guerre, catastrophe naturelle, etc.)[1635] donc que resterait-il pour l'imprévision ? Rien si le juge ne se contente pas d'exclure de son régime les faits qu'un homme normalement avisé aurait dû normalement prévoir[1636].

518. C'est donc une appréciation *in abstracto* qui doit être retenue, le juge devra comparer le comportement du requérant avec celui qu'aurait eu, dans les mêmes circonstances, une personne normalement prudente et diligente[1637].

[1630] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, op. cit*., n° 524, p. 445.

[1631] Faisant partie de ses sources d'inspiration.

[1632] Art. 8:108, al. 1er : « Est exonéré des conséquences de son inexécution le débiteur qui établit que cette inexécution est due à un empêchement qui lui échappe et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences. »

[1633] Art. 6:111, al. 2 : « les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances […] qui ne pouvait être raisonnablement pris en considération au moment de la conclusion du contrat ».

[1634] G. CHANTEPIE et M. LATINA*, ibid.,* : « Se contenter de ce qu'une personne raisonnable aurait envisagé dans des circonstances identiques est la seule manière de donner une réelle effectivité au texte », à défaut, cela risquerait d'entraîner « sa désactivation ».

[1635] G. CHANTEPIE et M. LATINA*, ibid. :* « Si le pire n'est jamais sûre, il peut toujours être envisagé par les plus inquiets » ; F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11ème éd., Dalloz, 2013, n° 582, p. 627 : « La condition d'imprévisibilité doit être entendue d'une façon raisonnable, car presque tous les évènements sont prévisibles, y compris les pires catastrophes » ; PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit.,* n° 764, p. 408 : « Cette vue radicale est regrettable, car elle reporte la discussion sur ce qui était prévisible : *in abstracto,* par comparaison avec un contractant raisonnable, sans le secours du « raisonnablement » prévisible de la force majeure (art. 1218) ? Mais aujourd'hui, tout est prévisible ! »

[1636] Situation dans laquelle le contractant aurait dû faire preuve de vigilance et prévoir lui même le remède du changement de circonstances. En pouvant prévoir sa survenue, il pouvait aussi prévoir de manière anticipée une solution.

[1637] PH. STOFFEL-MUNCK, *L'imprévision et la réforme des effets, op. cit.,* p. 33.

L'analyse devant alors être réalisée au cas par cas puisque le modèle de référence sur lequel le juge s'appuiera ne sera jamais le même, l'appréciation de chacune des situations qui lui est soumise devra être guidée par la qualités des parties (professionnels ou non, par ex.), la nature du contrat, ou encore le domaine dans lequel le contrat a opéré (l'imprévision ne pourrait, par exemple, être retenue alors que la majorité des professionnels de ce même domaine avaient anticipé le changement de circonstances survenu)[1638]. D'aucuns pointent du doigt les dangers de ce mécanisme car le critère de l'imprévision serait ainsi « très largement dans la main du juge »[1639], il obligerait « à quitter le terrain ferme de la technique pour basculer vers celui de l'opinion (du juge) »[1640]. Il nous semble que cette appréciation amènera au contraire une souplesse nécessaire car pour ne pas exclure injustement certains cas du dispositif, les situations d'imprévision ne doivent faire l'objet d'aucune généralisation. L'imprévision constitue davantage un élément factuel qu'une notion juridique et, puisque tout changement quel qu'il soit est admis, elle peut revêtir une multitude d'aspects qui impliquent d'éviter l'automatisme des décisions judiciaires. Par exemple, le juge pourrait être face à un changement de circonstances complètement identique à un précédent dans lequel l'imprévision a été rejetée mais devrait cette fois-ci l'admettre car la qualité des parties est différente, ou encore parce que la nature du contrat l'invite à appréhender la situation d'une toute autre manière. En faveur de la révision pour imprévision et donc du déblocage contractuel, deux derniers points concernant l'imprévisibilité doivent être soulignés.

519. L'indulgence concernant le moment d'appréciation de l'imprévisibilité – En premier lieu, il faut noter qu'il importe peu que l'évènement devienne prévisible postérieurement à la conclusion du contrat, même peu de temps après. Le seul moment à prendre en considération étant le jour où le contrat a été formé comme l'indique l'article 1195 mais aussi comme le veut la logique car « la portée d'un engagement ne peut se mesurer qu'au moment

---

[1638] Autrement dit, « une interprétation contextualisée » : O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 392.

[1639] PH. STOFFEL-MUNCK, *ibid.*

[1640] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid.*, p. 392.

où il est pris »[1641]. Ce point pourrait être plus délicat à l'égard des contrats renouvelés[1642] ou reconduits tacitement[1643] pour lesquels on retient la création d'un nouveau contrat (et non pas simplement la poursuite du contrat initial)[1644]. Le juge doit-il se baser sur le degré de prévisibilité du jour de la conclusion du contrat inaugural ou sur celui – qui a pu être modifié – du jour de la reconduction tacite ? Est-il contraint de rejeter l'imprévision dans une situation où elle pouvait être caractérisée le jour de la conclusion du contrat initial mais que par la suite, lorsque le contrat a été reconduit, le changement de circonstances est devenu prévisible ? On a généralement répondu à cette question par l'affirmative[1645], la naissance d'un nouveau contrat y étant pour beaucoup, alors qu'il serait plus opportun de distinguer selon que le nouvel échange des consentements est explicite ou implicite. Lorsque le renouvellement ou la reconduction se réalise automatiquement, il n'est pas certain que la personne concernée ait procédé à une nouvelle lecture du contexte. Il ne serait donc pas abusif de lui permettre d'invoquer l'article 1195 dès lors que le changement de circonstances était imprévisible au moment de la conclusion du contrat inaugural.

520. L'admission de l'ampleur d'un évènement comme imprévision – En second lieu, le juge doit veiller à tenir compte du paramètre de l'ampleur lorsqu'il procède à la qualification de l'imprévision. Un évènement normalement prévisible peut tout à fait ne plus l'être à une ampleur supérieure et revêtir ainsi le critère de l'imprévisibilité[1646]. On peut, par exemple, « avoir prévu la chute du cours d'une matière première mais on peut ne pas avoir prévu l'ampleur de la chute (un effondrement de 1000% là où, dans l'histoire passée, le pire effondrement jamais connu fut de 100%) »[1647]. Il n'y a en tout cas aucune raison à

[1641] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid.,* p. 393.

[1642] Art. 1214 C. civ.

[1643] Art. 1215 C. civ.

[1644] À l'inverse de la prorogation : art. 1213 C. civ.

[1645] Not. J.-D. BRETZNER, *in Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Ph. Stoffel-Munck (dir .), Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 84 ; PH. STOFFEL-MUNCK, *L'imprévision et la réforme des effets, ibid.*

[1646] PH. STOFFEL-MUNCK, *L'imprévision et la réforme des effets, ibid. ;* O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* p. 393 ; PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit.,* n° 764, p. 408.

[1647] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* p. 393.

ce que la Cour de cassation ne retienne pas cette interprétation extensive, alors qu'elle a déjà permis à l'exécution contractuelle impactée par la force majeure d'en faire l'objet[1648]. Cela rejoindrait le souci de cohérence du législateur et du juge qui ont tendance à tenir compte de la nuance qu'implique l'ampleur, elle impacte par exemple l'analyse de la prévisibilité du préjudice qui doit être appréciée « au regard de la nature mais aussi de l'étendue du préjudice »[1649].

Paragraphe II – Une onérosité excessive à interpréter extensivement

521. Le dispositif prévu à l'article 1195 du Code civil n'est ouvert qu'au changement de circonstances imprévisible « qui rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie ». Le recours à l'onérosité excessive permet de ne pas confondre l'imprévision et la force majeure dont l'effet est plus grave puisqu'elle rend l'exécution, non pas difficile, mais impossible[1650]. Une telle exigence permet en outre de distinguer suffisamment l'imprévision des imprévus qui ne font que rendre l'exécution moins profitable[1651], sans qu'il n'y ait besoin de l'indiquer expressément comme le fait l'article 6.2.1 des Principes Unidroit[1652] qui ordonne aux parties de « remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse », excepté dans le cas du *hardship.*

522. En dépit de la restriction amenée par ce critère, il est toujours possible de l'appréhender dans un sens favorable au déblocage du contrat. Pour

---

[1648] PH. STOFFEL-MUNCK, *L'imprévision et la réforme des effets, ibid.* – Pour illustrer, Cass. com. 6 mars 1985, Bull. civ. IV, n° 90 : où une grève a pu revêtir un caractère imprévisible en raison de sa durée exceptionnelle alors que la grève elle même (dans une moindre ampleur) était prévisible.

[1649] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid. – Adde,* J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations,* t. 3, Le rapport d'obligation, Sirey, 8ème éd., 2013, n° 218.

[1650] H. HOUCARD, *Article 1218 : La force majeure contractuelle*, RDC 2015/3, p. 779 ; Y.-M. LAITHIER, *Les sanctions de l'inexécution du contrat*, RDC hors-série avr. 2016, p. 39 ; M. MEKKI, *Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations,* Gaz. Pal. 30 avr. 2015, n° 120, p. 37.

[1651] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, op. cit.,* n° 526, p. 446. – Sur la distinction entre l'imprévision et l'imprévu, V. L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu,* th. Paris 1, Économica, 2011, Préf. L. Aynès,

[1652] Relatif aux contrats de commerce international.

commencer, l'onérosité paraît devoir être interprétée de façon extensive et inclure la diminution de valeur de la contrepartie, l'esprit du texte ne permettant pas de retenir uniquement l'accroissement du coût de l'exécution (A). Au surplus, il nous semble que l'excessivité de cette onérosité devrait être appréciée à l'échelle du débiteur en difficulté plutôt qu'à échelle du contrat. Bien entendu cela aurait l'effet que nous recherchons, qui consiste à élargir le domaine de l'imprévision, mais dans la mesure où l'imprévision ne fait pas que bloquer l'exécution du contrat concerné, et qu'elle est aussi susceptible d'entraver la situation patrimoniale du débiteur, il paraît normal de ne pas l'ignorer. L'appréciation de l'impact de l'imprévision en toute connaissance de cause ne peut en ressortir que bonifiée (B).

A/ L'inclusion de la diminution de valeur de la contrepartie dans l'onérosité excessive

523. L'argument Canal de Craponne – L'étymologie[1653] employée par l'article 1195 du Code civil suggère d'interpréter strictement l'imprévision comme étant la cause « d'un renchérissement du coût de l'exécution »[1654], mais plusieurs arguments convaincants s'opposent à cette vision étroite. À commencer par les discussions doctrinales relatives à la théorie de l'imprévision dont il ne fait aucun doute qu'elles appréhendaient autant l'alourdissement de la dette que la dévaluation de la créance. Ce qui est somme toute logique, le célèbre arrêt Canal de Craponne[1655], à l'origine du rejet de l'imprévision jusqu'à nos jours, portait lui-même sur cette seconde hypothèse : depuis le XVIe siècle, le propriétaire d'un canal d'irrigation percevait la redevance de 3 sous pour l'entretien et la fourniture d'eau à la plaine voisine. Trois siècles plus tard, la dépréciation monétaire avait rendu cette redevance dérisoire au point de ne même plus couvrir les frais d'entretien du canal. Les juges avaient alors refusé la demande de revalorisation de la créance du propriétaire, non pas parce qu'ils avaient estimé que ces

---

[1653] Éty. « onéreux » : du latin *onerosus* – « lourd » – de *onus, oneris – « charge, fardeau »* – Le terme étant usité dans le langage courant afin de désigner les charges financières qui évoquent bien plus amplement les dettes que les créances.

[1654] PH. STOFFEL-MUNCK, *L'imprévision et la réforme des effets, op. cit.,* p. 33.

[1655] Cass. civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne,* DP 73.1.195, note GIBOULOT, S. 76.1.161, Grands arrêts, t. 2, n° 165.

circonstances ne constituaient pas une imprévision, mais guidés par la volonté de ne pas admettre la révision pour un tel motif. Or, l'hypothèse envisagée dans l'affaire Canal de Craponne « est si rattachée à la question de l'imprévision qu'on peut imaginer qu'elle fait partie de celles envisagées par le législateur »[1656].

524. L'argument textes internationaux – Les réglementations ayant inspiré la rédaction de l'article 1195 confortent par ailleurs cet aspect des choses. Il est notamment prévu à l'article 6.2.2 des Principes Unidroit que la qualification du *hardship* nécessite une altération fondamentale de l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué. Cette disposition prévoit clairement les deux manières dont l'onérosité peut s'exprimer. La première étant l'augmentation substantielle du coût, généralement subie par le contractant soumis à une obligation non pécuniaire (situation, par exemple, du fabriquant d'un produit contraint de passer à un processus de production extrêmement onéreux en raison de la promulgation de nouvelles règles de sécurité). La seconde – qui ne devrait pas être exclue du dispositif prévu dans le Code civil – est constituée par la perte totale ou la diminution considérable de la valeur de la contre-prestation (situation, par exemple, d'un débiteur qui doit supporter de ne recevoir que le prix convenu alors qu'il y a une hausse spectaculaire de l'inflation). Pareillement, au sein du droit européen des contrats (DCFR) qui inclut la dévalorisation de la créance dans l'onérosité.

525. Les auteurs n'hésitent que très peu à affirmer que l'onérosité doit s'entendre comme un « rapport coût/avantage devenu négatif »[1657], qui découle de « la différence entre la valeur de ce que l'on fournit et la valeur de ce que l'on reçoit »[1658]. Cette solution ne vise pas spécialement à étendre le domaine de l'imprévision, elle est des plus logique : toute opération économique correspond au bénéfice réalisé et non pas à un coût ou une recette considéré isolément. Ils constituent les deux versants d'une même procédure de sorte qu'aucun ne peut

---

[1656] PH. STOFFEL-MUNCK, *ibid.*

[1657] PH. STOFFEL-MUNCK, *L'imprévision et la réforme des effets, ibid. ;* PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit.,* n° 764, p. 408.

[1658] PH. STOFFEL-MUNCK, *ibid.*

être exclu de régime de l'imprévision[1659]. Il s'agit d'ailleurs, exactement de l'interprétation retenue par la jurisprudence italienne qui gère cette même difficulté à partir d'un distinguo entre « l'onérosité directe » (perte résultant de l'alourdissement des coûts) et « l'onérosité indirecte » (défaut d'enrichissement occasionnant une perte indirecte)[1660].

B/ L'appréciation de l'excessive onérosité à l'échelle du débiteur

526. La nécessité d'apprécier subjectivement l'onérosité en fonction de la situation du débiteur – L'appréciation de l'excessivité de l'onérosité soulève deux questions cruciales : comment les juges vont-ils déterminer le degré qu'elle doit atteindre ? Et à quelle échelle doit-elle être appréciée ? S'agissant de la première problématique, juger l'excès, le contrôle de la Cour de cassation ne peut être que minime car il s'agit d'une « pure donnée de fait »[1661]. L'appréciation de chaque situation, au cas par cas, par les juges du fond est incontournable. Encore faut-il savoir s'ils doivent analyser l'onérosité excessive à l'échelle de l'ensemble de la situation patrimoniale du débiteur[1662] ou, objectivement, à l'échelle du seul contrat.

Monsieur Stoffel-Munck estime que « le caractère excessif de cette onérosité paraît devoir être apprécié objectivement, comme en matière de clause pénale (art. 1231-5), et non en fonction de ce que peut supporter le débiteur »[1663]. Mais l'inexécution réparée par la clause pénale n'est pas indépendante de la volonté des parties à rebours de l'imprévision qui ne procède pas de la même logique. Dans le domaine de l'exécution fautive, l'indulgence n'a pas sa place mais à partir du moment où il s'agit de sortir les deux parties, et non pas le seul

---

[1659] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 396.

[1660] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid.*

[1661] PH. STOFFEL-MUNCK, *ibid.*

[1662] En ce sens, J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 4, Les obligations*, 22ème éd., Droit privé, PUF, coll. Thémis, 2000, n° 149, p. 287, lequel défendait une analyse de la force économique globale du contractant demandeur et donc une appréciation subjective ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid.*

[1663] PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit.,* n° 764, p. 408.

débiteur, d'une impasse qui a pour origine un coup du sort, il paraît normal de tenir compte de l'entière situation patrimoniale du contractant désarmé.

527. L'onérosité fonction du débiteur éloigne les rapports de force – L'évènement que constitue l'imprévision survient bien trop rarement[1664] pour que cette interprétation, qui se rapproche des mesures de grâce, ne vienne bafouer le principe de la force obligatoire du contrat. Il faut bien avoir à l'esprit que « si l'opération contractuelle est à considérer pour elle-même, sans égard aux situations économiques des parties, il ne fait aucun doute que le texte sera exploité par un contractant en position de force pour arracher une révision à son contractant faible dès lors qu'un évènement rendra le contrat moins rentable pour lui »[1665]. Cette crainte n'est pas divinatoire puisque ce phénomène s'est déjà réalisé avec les clauses de *hardship*, il faut donc s'attendre à son amplification. Au vu de tous ces paramètres, il ne paraît pas abusif d'intégrer dans l'appréciation de l'onérosité excessive que, par exemple, le contrat impacté concerne l'essentiel de l'activité du débiteur. Il ne s'agirait donc même pas de prendre en compte la situation financière du débiteur, laquelle dépend des procédures collectives, mais plutôt sa situation économique.

[1664] Dans certains droits étrangers, l'imprévision a été consacrée depuis de nombreuses années sans avoir pu encore être retenue. Ainsi en est-il du droit colombien : F. MANTILLA-ESPINOSA, *L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision, Rapport colombien*, RDC 2010, p. 1047, cité *in* O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid*, p. 398.

[1665] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid*, p. 399.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

528. Domaine de l'article 1195 : quasiment tous les contrats – Comme pour rattraper le temps perdu, c'est une application pleine et entière de l'article 1195 qui a été proposée. Ce texte pourra bénéficier à tous les contrats de droit commun[1666] et non pas uniquement aux contrats à exécution successive car ce n'est ni ce que prévoit la lettre du texte, ni la volonté du rédacteur de l'ordonnance.

529. La problématique liberté de déroger à l'article 1195 – En raison de son caractère supplétif, l'article 1195 aboutit bien plus au maintien de la liberté contractuelle au sein de l'imprévision qu'il ne modère la force obligatoire du contrat[1667]. Le régime instauré ne fait qu'inverser le mécanisme dans un autre sens : au lieu de devoir prévoir la révision pour imprévision[1668], désormais il faut convenir de son exclusion. Puisque les parties disposent toujours de la possibilité de déroger à l'article 1195, voire de l'aménager, c'est toujours la liberté contractuelle qui prédomine. Comme l'a souligné le conseiller à la Chambre commerciale de la Cour de cassation, c'est d'elle que « dépendra l'intervention ou non du juge en cas d'imprévision »[1669], cette liberté « demeurera [donc] le principe fondamental qui régit le contrat devenu profondément déséquilibré lors de son exécution en raison de la survenance de circonstances imprévisibles lors de sa conclusion »[1670].

On ne peut nier l'équilibre entre la force obligatoire du contrat et la liberté contractuelle que permet la valeur supplétive du texte. Cela induit néanmoins

---

[1666] Sauf l'exception expressément prévue par la loi (les contrats financiers : X. DELPECH, *Vers une « réforme de la réforme » du droit des contrats au nom de la finance ?*, AJ contrat 2017, p. 352) et l'exception logique (tous les textes spéciaux autorisant la révision des causes de déséquilibre du contrat, à la condition toutefois que l'adage *specialia généralibus derogant* s'applique).

[1667] JORF n° 0035 du 11 février 2016, Rapport au Président de la République : où l'article 1195 est présenté comme une « cause modératrice de la force obligatoire du contrat ».

[1668] Avant l'adoption de l'ordonnance du 10 fév. 2016, les contractants pouvaient prévoir conventionnellement un remède à la survenue d'une éventuelle imprévision. Cette dernière était indifférente, seulement dans les cas où les parties avaient manqué de prudence en ne s'armant pas d'un technique contractuelle adéquate.

[1669] J.-F. FÉDOU, *Le juge et la révision du contrat,* RDC 2016/2, p. 382.

[1670] J.-F. FÉDOU, *ibid.*

certaines problématiques. Le plus évident à craindre c'est que la clause excluant l'article 1195 pourrait devenir une clause de style et priver ainsi la consécration de la théorie de l'imprévision de l'effet escompté. « Tout l'intérêt de cette innovation importante tomberait alors à plat. Le remède aurait été pire que le mal »[1671]. Dans une moindre mesure, Monsieur Stoffel-Munck souligne le fait que l'article 1195 pourrait jouer « le rôle de voiture-balais des imprévoyants »[1672], en raison des avantages dont la pratique peut bénéficier en prévoyant des clauses d'aménagement[1673].

530. La soumission de la clause d'exclusion de l'article 1195 au contrôle du déséquilibre significatif de l'article 1171 – Il nous a alors paru important d'encadrer très strictement la possibilité d'exclure l'article 1195[1674]. Vraisemblablement, si un contractant consent à ne pas bénéficier de la protection légale du risque d'imprévision, c'est « dans l'espoir d'obtenir un gain »[1675]. Plus précisément, en contrepartie d'une clause en sa faveur (quelle qu'elle soit), il accepte la clause d'exclusion de l'article 1195 en sa défaveur. Lorsque la clause prévoit une exclusion de l'article 1195 à l'égard d'une seule des parties, et que celle-ci ne bénéficie d'aucun avantage en contrepartie, elle pourra être réputée non écrite dès lors qu'il s'agit d'un contrat d'adhésion. En pareille hypothèse, il s'agit en effet du déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties faisant l'objet de l'article 1171 du Code civil.

[1671] N. DISSAUX et C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2016, p. 96.

[1672] PH. STOFFEL-MUNCK, *L'imprévision et la réforme des effets,* RDC 2016, Hors série, p. 35, spéc. p. 36.

[1673] Dont le but ne serait pas d'exclure complètement l'article 1195 mais d'aménager à l'avance les modalités de traitement de l'imprévision.

[1674] PH. STOFFEL-MUNCK, *L'imprévision et la réforme des effets*, RDC 2016, Hors série, p. 35.

[1675] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.,* n° 525, p. 445.

CONCLUSION DU TITRE I

531. *« Loin d'être un dogme absolu, loin de constituer l'alpha et l'oméga de l'alphabet contractuel écrit à l'encre d'une idéologie libérale (…), la révision du contrat n'apparaît plus nécessairement comme une injure à la foi jurée, une entrave à la liberté contractuelle ou une arme contre la sécurité juridique. Elle se présente comme l'instrument de la pérennité contractuelle, le remède contre la précarité économique et même, parfois, comme la garantie de la paix sociale. Autant de raisons pour faire preuve aujourd'hui de bienveillance à l'égard de la révision du contrat»*[1676].

532. Les contractants doivent-t-ils être châtiés parce qu'ils n'ont pas prévu l'imprévisible ? De 1804 à 2016[1677], le législateur estimait – sans que les hauts magistrats ne le contredisent – que ce devait être le cas. La consécration tardive de la théorie de l'imprévision est née à un moment où les changements de circonstances imprévisibles susceptibles de rendre l'exécution excessivement onéreuse vont se multiplier. L'impuissance de l'homme pour contrôler le marché économique et anticiper ses fluctuations ne date pas d'aujourd'hui mais les économistes s'attendent à ce qu'elle soit bien plus accrue dans un futur proche. Le système économique n'est pas simplement cyclique, il est d'une instabilité redoutable qui doit impérativement être contrebalancée par une protection juridique suffisante. C'est d'autant plus le cas depuis son rattachement croissant avec la technologie dont l'évolution est exponentielle[1678]. En plus des trop nombreuses réticences que suscite encore la théorie de l'imprévision et de la crainte que les juges ne viennent amenuiser la portée de l'article 1195, ce sont ces changements de perspectives économiques qui nous ont incités à consolider et étendre le régime de l'imprévision créé par la réforme.

[1676] D. MAZEAUD, *La révision du contrat,* Rapp. Journée parisienne de l'assoc. H. CAPITANT, LPA, 30 juin 2005, n° 34.

[1677] Jusqu'à l'adoption de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit commun des contrats.

[1678] PH. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain,* Avant-propos A. Sériaux, Préf. de R. Bout, Collection du Labo. de théorie juridique, PUAM, 1994, p. 178, n° 16.

TITRE II
LE DÉBLOCAGE DU CONTRAT IMPACTÉ PAR UN PRIX ABUSIF FIXÉ UNILATÉRALEMENT

533. L'ordonnance du 10 février 2016 a pris le relais en consacrant, partiellement, la solution prétorienne issue des arrêts de l'Assemblée plénière de 1995[1679] aux articles 1164 et 1165 du Code civil qui dérogent à l'obligation de détermination du prix. Cette célèbre jurisprudence avait permis de passer du traitement de la détermination du prix comme condition de validité du contrat. Son défaut avait alors pour conséquence désastreuse la nullité de l'acte, dont les effets étaient délétères en matière de contrats cadre. La série d'arrêts rendus en 1995 avait entrepris de sortir de cette impasse en renversant le principe et l'exception attachés à la détermination du prix. Pragmatique, ce changement de bord avait néanmoins besoin d'être sécurisé en déplaçant le curseur de la sanction sur un autre objet : il n'est plus l'indétermination du prix mais l'abus de la fixation du prix[1680]. Il ne nous importe pas de traiter la question relative à la liberté de détermination du prix mais plutôt le sort du contrat en cas d'abus. Afin de nous y atteler avec clarté, l'évolution du droit antérieur, qui a permis de passer de la nullité de principe à une indemnisation-résolution, mérite d'être retracée car ce sont ces dernières que l'ordonnance du 10 février 2016 a retenu comme sanction.

534. Droit antérieur au revirement du 1er décembre 1995 : la détermination du prix comme condition de validité du contrat – Hormis

---

[1679] Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, D. 1996, Jur. p. 13, concl. M. JEOL, note L. AYNÈS ; JCP 1996, II, n° 22565, concl. JEOL, note J. GHESTIN ; RTD civ. 1996, p. 153, obs. J. MESTRE ; Lettre distribution, déc. 1995, note J.-M. MOUSSERON ; LPA, 27 déc. 1995, n° 155, p. 13, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS.

[1680] A. BRUNET et A. GHOZI, *La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat,* D. 1998. 1 ; F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2ème éd., LGDJ, 2012, n° 196, p. 125 : « Désormais, l'indétermination du prix n'entraîne plus la nullité du contrat sauf disposition légale particulière », ce qui avant la réforme faisait de l'obligation de déterminer le prix prévue à l'article 1591 du Code civil, relatif à la vente, « une exception ».

l'ancien article 1591 relatif à la vente[1681], le Code de 1804 ne comportait aucun texte prévoyant expressément que le prix doit être déterminé. L'autonomie de la volonté, qui est la théorie permettant au contrat de prendre naissance, suppose que les parties aient donné un accord libre et éclairé quant aux éléments du contrat. Puisque le prix constitue un élément essentiel au sein des échanges économiques, la Cour de cassation l'a intégré dans les éléments qui doivent être déterminés et acceptés au stade de la formation, afin de permettre au contrat d'être valide. Dès lors que l'accord des parties est bien arrêté concernant le prix, ce dernier ne peut être que juste, non pas parce qu'il respecte un équilibre qui devrait être mais parce que le prix est déjà dévoilé au moment de l'acceptation[1682]. Cette théorisation du problème est convaincante, sauf qu'elle se conjuguait très mal avec la réalité de certains types de contrats qui se forment à un moment où la prestation n'est pas encore précisément fixée, et dans un environnement économique et monétaire encore très flou. Tel est notamment le cas de la fourniture de biens et de services à une date lointaine[1683], pour laquelle la Cour de cassation avait admis que le prix puisse être seulement déterminable, selon un mode de calcul objectif et déterminé au moment de la conclusion du contrat. Cet assouplissement était loin de suffire car les juges exigeaient, de la manière la plus stricte, que le prix puisse être calculé « en vertu des clauses du contrat par voie de relation avec des éléments qui ne dépendent plus de la volonté ni de l'une ou de l'autre partie »[1684]. La détermination unilatérale du prix n'était donc pas encore admise puisque sa fixation ultérieure devait dépendre d'éléments extérieurs aux parties (ce qui est par exemple le cas du prix dont la détermination est confiée à un tiers au contrat : « l'estimateur »[1685]).

535. À l'appui de l'ancien article 1591, régissant pourtant la seule vente, et de l'ancien article 1129, ne prévoyant pourtant que la détermination de l'objet,

---

[1681] Et quelques dispositions particulières adoptées postérieurement au Code de 1804, telle que l'art. 3 de la loi du 6 juill. 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

[1682] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11ème éd., Dalloz, 2013, n° 284, p. 313.

[1683] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *ibid.*

[1684] Cass. req. 7 janv. 1925, DH 1925, p. 57, Grands arrêts, t. 2, n° 260.

[1685] R. MORTIER, *Le tiers estimateur, in* La sortie de l'investisseur, Litec, Coll. colloques et débats 2007, p. 99 s.

l'exigence d'un prix déterminé ou déterminable avait été érigé en principe[1686]. L'exception à cette règle, dont le non-respect faisait encourir la nullité du contrat, n'était alors accordée qu'à certains contrats de prestation de services du fait de la difficulté à quantifier à l'avance l'ampleur du service fourni[1687]. Ainsi en va-t-il du contrat d'entreprise, de la commande d'œuvre d'art et du mandat mais une grande difficulté demeurait car les contrats-cadre, en matière de distribution, étaient laissés pour compte car la Cour de cassation leur faisait subir l'obligation de détermination du prix qui se prêtait très mal à ces montages contractuels destinés à régir des échanges sur le long terme. Dans ce contexte, les produits pouvant être livrés, à travers les contrats de fourniture, des années après la conclusion du contrat-cadre[1688].

536. Droit postérieur au revirement du 1er décembre 1995 : l'abandon de la règle de détermination du prix de principe – Cette position a fait l'objet de vives critiques de la part de la doctrine qui accusaient la Cour de cassation de ruiner la sécurité juridique des contrats de distribution sur lesquels planaient presque toujours un risque de nullité. D'autant plus que bien souvent, elle n'était pas invoquée en cours de contrat en raison d'un prix injuste, mais à sa fin dans le but de se délier de certains engagements (comme une obligation de non-concurrence)[1689]. Le besoin de procéder à un revirement était devenu brûlant au moment où il a été réalisé par les deux arrêts Alcatel du 29 novembre 1994[1690]. Ces affaires ont permis à la première chambre civile de la Haute juridiction d'assouplir la règle de la détermination du prix, elle constituait alors toujours le

---

[1686] M.-A. FRISON-ROCHE, *L'indétermination du prix,* RTD civ. 1992. 269 s., spéc. p. 264.

[1687] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.,* n° 287, p. 317.

[1688] J. SCHMIDT, *Le prix du contrat de fourniture,* D. 1985. Chron. 117 ; D. FERRIER, *La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif,* D. 1991. Chron. 237 ; F. LEDUC, *La détermination du prix, une exigence exceptionnelle ?,* JCP 1992.I.3631 ; L. AYNÈS, *Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ?* D. 1993. Chron. 25.

[1689] M. A FRISON-ROCHE, *L'indétermination du prix,* RTD civ. 1992. 297 s. ; L. AYNÈS, *Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ?, ibid. ;* L. VOGEL, *Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution*, D. 1995. 155 ; F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11ème éd., Dalloz, 2013, n° 288, p. 319.

[1690] Cass. civ., 29 nov. 1994, D. 1995.122, note L. AYNEÃS ; JCP 1995.II.22371, note J. GHESTIN ; Contrats, conc., consom. 1995, n° 24, obs. L. LEVENEUR ; RTD civ. 1995. 358, obs. J. MESTRE ; RTD com. 1995. 464, obs. B. BOULOC ;

principe mais les juges ont autorisé les parties à déroger en prévoyant dans le contrat que le prix sera fixé unilatéralement. Cette admission a été assortie d'une réserve puisque le contractant qui profite de cette situation en déterminant un montant illégitime se rend coupable d'une exécution contractuelle de mauvaise foi[1691]. Un pas encore plus grand a été franchi par l'Assemblée plénière qui, dans les arrêts du 1er décembre 1995[1692], décidé que l'ancien article 1129 ne permet d'imposer la détermination du prix qui ne peut donc plus affecter les contrats-cadre dans leur ensemble, « sauf dispositions légales particulières », « l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu [par ailleurs] qu'à résiliation ou indemnisation ».

537. Droit en vigueur depuis l'ordonnance du 10 février 2016 : le retour de la règle de détermination du prix de principe ? – Il semblerait que la réforme du droit des contrats ait eu pour résultat une inversion du mécanisme antérieur. Indirectement, l'article 1163 du Code civil paraît repositionner la détermination du prix en tant que règle de principe, à rebours du droit positif qui a précédé[1693]. L'indétermination du prix demeure donc possible dans certains cas

---

[1691] « Ainsi, le centre de gravité du contrôle du juge se déplaçait-il de la formation du contrat vers son excéution » : F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.,* n° 288, p. 320.

[1692] Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, Bull. civ., n° 7 (deux arrêts) ; D. 1996, Jur. p. 13, concl. M. JEOL, note L. AYNÈS ; JCP 1996, II, n° 22565, concl. JEOL, note J. GHESTIN ; RTD civ. 1996, p. 153, obs. J. MESTRE ; Lettre distribution, déc. 1995, note J.-M. MOUSSERON ; LPA, 27 déc. 1995, n° 155, p. 13, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS. – M.-A. FRISON-ROCHE, *De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix*, RJDA 1996, p. 5 ; L. LEVENEUR, *Indétermination du prix : le revirement et sa portée*, Contrats-conc.-consom. 1996, chron. 1 ; A. LAUDE, *La détermination du prix dans les contrats de distribution : le changement de cap*, D. aff. 3 ; J. CALVO, *L'indétermination du prix dans les contrats : d'une indétermination à l'autre*, LPA 1996, n° 8, p. 20 ; J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, *in* Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 1996, n° 11193 ; F. COLLART-DUTILLEUL et PH. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 3ème éd., 1996 ; J. HUET, *Critique de la jurisprudence de l'Assemblée plénière sur l'indétermination du prix*, Mélanges en l'honneur d'Alain Sayag, Litec, 1997, p. 311 s. ; D. FERRIER et PH. SIMLER, *La détermination dur prix, nouveaux enjeux,* D. 1997, p. 37 s. ; A. BRUNET et A. GHOZI, *La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat,* D. Chron. 1998. 1.

[1693] Car le prix n'en est pas moins une prestation monétaire, or, l'article 1163 C. civ. exige désormais expressément que toute prestation, laquelle doit être étendue comme l'objet de toute obligation (comme le précise l'al. 1er), soit « possible et déterminée ou déterminable ». – En ce sens, O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 266 : « La fameuse jurisprudence du 1er décembre 1995, en ce qu'elle avait jugé que l'article 1129 n'est pas applicable à la détermination du prix, est renversée » ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil,* Dalloz, 2016, n° 415, p. 339 : « Les articles 1164 et 1165 du Code civil

mais l'ordonnance les a revêtus du statut d'exception. S'agissant des contrats-cadre, le nouveau droit autorise les parties à prévoir la fixation unilatérale et ultérieure du prix ; s'agissant des contrats de prestation de service, il en va différemment, le texte peut être perçu comme une tolérance car il permet le maintien de l'acte bien que les parties ne soient pas parvenues à se mettre d'accord sur le prix avant l'exécution, grâce à l'autorisation accordée au créancier de le fixer unilatéralement.

538. La dérogation à la détermination du prix facilite la naissance de nombreux contrats et leur permet donc – en amont – de ne pas être bloqués par un manque de souplesse de la règle de la détermination du prix. Cela dit, les développements traités ci-après portent sur une problématique se situant plus en aval et qui relève d'une impasse : l'efficacité des remèdes de la fixation unilatérale abusive. La finalité des propos qui suivent consiste à nous interroger sur la manière opportune de rééquilibrer le contrat subissant un prix abusif tout en préservant le plus possible la pérennité contractuelle. La méthode de déblocage contractuel la plus adaptée en ce domaine doit être envisagée à travers les sanctions expressément prévues dans le texte mais aussi en fonction de celles qui ne sont que potentielles. Contrairement au projet, l'ordonnance du 10 février 2016 a préféré la sanction indemnitaire à la fixation (pour les contrats de prestation de service) ou la correction du prix (pour les contrats-cadre), alors qu'il s'agissait à la fois du procédé le plus cohérent et plus efficient (Chapitre 1).

L'indemnisation étant en outre assortie d'une résolution susceptible « le cas échéant » de détruire le lien contractuel, il conviendra de nous interroger ensuite sur son encadrement qui, dans la perspective du déblocage contractuel, doit être envisagé strictement. La résolution est la plus grave des solutions, puisqu'elle est radicale et met fin à tout, nous verrons notamment qu'elle ne doit être retenue qu'en cas de défaillance des remèdes alternatifs (Chapitre 2).

---

traitent de cette prestation particulière qu'est le prix. Ces textes autorisent la fixation unilatérale du prix, dans certains types de contrat. La fixation unilatérale du prix n'est donc autorisée que par exception, ce qui éclaire rétrospectivement le sens de l'article 1163 du Code civil » ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 6ème éd., LGDJ, 2016, n° 175, p. 161. – *Contra,* J. MOURY, *La détermination du prix dans le nouveau droit commun des contrats,* D. 2016. 1013, spéc. n° 3 s.

CHAPITRE I

L'INDEMNISATION : UN REMÈDE INADAPTÉ

539. Les articles 1164 et 1165 du Code civil autorisent la fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre pour le premier et dans les contrats de prestation de services pour le second. Cet assouplissement est sécurisé par le contrôle du prix dont le montant doit pouvoir être justifié en cas de contestation. S'il en résulte que ce montant prévu dans un contrat-cadre est sérieusement disproportionné, il peut être remis en cause devant le juge dont l'action se résumerait à l'octroi de dommages et intérêts et une éventuelle résolution pour les contrats cadre. Le prix fixé unilatéralement par le créancier dans le contrat de prestation de service peut être contesté de la même manière mais en cas d'abus, le juge ne dispose pas de la faculté de fixer lui même le prix adéquat, le texte semble ne lui permettre que l'octroi de dommages et intérêts.

540. Il est opportun d'analyser cet état des choses. Recourir au mécanisme de l'indemnisation du préjudice, alors qu'il n'existe pas de motifs dirimants susceptibles d'exclure une définition judiciaire du prix (qu'elle procède par fixation directe ou par réduction)[1694], invite à la critique (Section 1). Une fois la présentation des risques attachés au remède indemnitaire établie, il faudra – bien que cette solution ne soit pas formellement prévue – s'interroger sur la réalité de l'exclusion de la définition judiciaire du prix et, dans une plus grande mesure, sur la possibilité d'interpréter opportunément le texte lacunaire dans un sens qui l'autorise (Section 2).

[1694] Dès à présent, il nous faut souligner un point utile sur les termes employés dans les développements qui suivront. Puisque nous traitons la réduction du prix (dans les contrats-cadre) et la fixation directe de celui-ci (dans contrats de prestation de service) sans les distinguer, ces deux mécanismes – qui ne diffèrent que très peu – sont réunis par les termes fédérateurs de la *« définition judiciaire du prix »*. Dans la manière que nous souhaitons aborder cette thématique, il n'est absolument pas nécessaire de faire la différence entre les deux procédés car leur origine, constituée par une fixation unilatérale du prix abusive, est strictement identique. Surtout, en pratique, le juge agirait de façon identique et pour atteindre un mêle résultat : il déciderait d'un montant précis en fonction de paramètres utiles et lui permettrait de constituer le prix du contrat peu importe que ce soit par une intégration directe ou par une correction. L'utilisation des termes « définition du prix » permet au propos d'être plus clair.

SECTION I

MISE EN CONCURRENCE DES REMÈDES : ENTRE L'INDEMNISATION ET LA DÉFINITION JUDICIAIRE DU PRIX

541. La tradition française n'admet que très peu l'immixtion du juge dans le contrat[1695]. C'est la raison pour laquelle l'ordonnance du 10 février 2016 a cédé aux critiques en supprimant du projet de réforme la possibilité pour le juge de fixer ou de réviser le prix soumis à une détermination unilatérale[1696]. Le texte adopté a finalement inscrit dans les articles 1164 (pour les contrats-cadre) et 1165 (pour les contrats de prestation de service) des sanctions identiques à celles que permettaient la série d'arrêts rendus par l'Assemblée plénière le 1er décembre 1995, puisque seules l'indemnisation et l'éventuelle résiliation sont envisagées. Ce rejet de la définition judiciaire du prix n'est pas sans conséquences négatives.

542. « En cas d'anéantissement rétroactif du contrat, la réparation aurait pour fonction de placer la victime dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat n'avait pas été conclu, alors que lorsque le contrat n'est pas résolu, la réparation aurait pour fonction de placer la victime dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été correctement exécuté »[1697]. L'indemnisation permet donc au contractant lésé d'obtenir soit la réparation du dommage qu'il a subi, soit l'équivalent de ce qu'il aurait obtenu si l'exécution du contrat avait été

[1695] T. REVET, *Le juge et la révision du contrat,* RDC 2016/2, p. 373 ; J.-F. FÉDOU, *Le juge et la révision du contrat,* RDC 2016/2, p. 382 ; D. MAZEAUD, *La révision de l'indemnité d'immobilisation (ou la loi contractuelle à l'épreuve du protectionnisme du juge)*, JCP éd. N., 1992, p 113, n° 19 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, op. cit.,* n° 421, p. 344.

[1696] Pour les contrats-cadre et ceux à exécution successive, il était prévu, à l'art. 1163 du projet de réforme, qu'« en cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à voir réviser le prix en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties, ou à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat ». – Pour les contrats de prestation de service, l'art. 1164 prévoyait en outre qu'« à défaut d'accord, le débiteur peut saisir le juge afin qu'il fixe le prix en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties ».

[1697] A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel,* th. Paris II, éd. LGDJ, 2007, Préf. P.-Y. Gauthier, n° 1, p. 1.

respectée[1698]. L'indemnisation envisagée aux articles 1164 et 1165 semble correspondre aux dommages et intérêts réparatoires. La responsabilité contractuelle se fonde désormais sur l'article 1231-1 du Code civil selon lequel « le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution ». Dans le texte il n'est pas prévu que le juge puisse s'approcher du prix mais le contractant victime de l'abus peut obtenir des dommages et intérêts « pourvu qu'il établisse le préjudice subi »[1699], ce qui suppose pour lui – comme pour engager toute responsabilité – de démontrer son existence. C'est dire que l'indemnisation de l'abus n'a rien d'automatique[1700]. (Paragraphe I).

Comme nous le verrons, l'indemnisation est difficile à obtenir mais en outre, lorsqu'elle est accordée – grâce à la démonstration de l'existence d'un abus et d'un dommage – sa mise en œuvre est susceptible d'entraîner des difficultés qui pourraient être évitées par la tolérance d'une immixtion du juge dans la détermination du prix [en lui permettant de réduire le prix abusif des contrats-cadre ou de fixer celui ayant fait l'objet d'un désaccord pour les contrats de prestation de service] (Paragraphe II).

Paragraphe I – Les difficultés générales d'obtention de la réparation du prix fixé abusivement

543. Les difficultés de preuve de l'abus – Dans le cadre étudié, la faute est constituée par l'abus dans la fixation unilatérale du prix[1701] qui, en fonction des circonstances, peut être difficile à caractériser. Lorsque l'abus s'inscrit dans

---

[1698] P. REMY-CORLAY, *Exécution et réparation : deux concepts ?,* RDC 2005-1, p. 13 ; PH. REMY, *Observations sur le cumul de la résolution des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat*, Mélanges en l'honneur de P. Couvrat, PUF, 2001, p. 121 s.

[1699] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 276.

[1700] Parallèle en ce sens : D. MAZEAUD, *Possibilité pour le juge de supprimer une clause pénale lorsque le créancier n'a subi aucun préjudice du fait de l'inexécution invoquée*, D. 1992. 365.

[1701] La faute correspondant, dans le domaine de la responsabilité contractuelle, à l'inexécution totale ou partielle du contrat (B. FAGES*, ibid.,* n° 315). Un contrat mal exécuté constitue une inexécution partielle.

un secteur où il existe un marché concurrentiel, le juge peut comparer le prix fixé avec les prix qui y sont couramment pratiqués, il dispose dans cette situation d'un modèle de référence[1702]. L'abus pourrait éventuellement résulter d'« un écart trop important entre le prix du marché et le prix non compétitif » car malgré le principe de la liberté des prix, « le droit de la concurrence interdit encore les pratiques discriminatoires, injustes et inéquitables » susceptibles d'empêcher une partie « d'affronter la compétition économique »[1703]. Quand bien même le prix fixé ne serait pas aligné sur ceux du marché, le juge doit tout de même vérifier si aucune circonstance ne justifie la surélévation des tarifs pratiquée. Même dans la manière la plus aisée de retenir l'abus, il n'y a donc rien d'acquis et cela est pire dans les autres situations dans lesquelles il n'existe pas de marché pertinent et donc aucun prix courant pouvant faire office de modèle de référence.

544. Face à « l'introuvable prix abusif », comme l'ont dénommé certains auteurs[1704], le juge peut, et même doit, se tourner vers des indicateurs moins objectifs[1705]. « L'abus subjectif pourrait résulter d'une intention de nuire, voire d'une légèreté blâmable, du détournement de la finalité d'une prérogative ou d'un pouvoir »[1706], qui s'apprécierait (notamment) en fonction des termes du contrat et de la pratique habituelle du fournisseur à l'égard de ses autres cocontractants[1707]. À l'instar des Principes Unidroit, le prix fixé peut également être apprécié en comparaison avec un prix raisonnable. Il avait même déjà été admis que le juge puisse tenir compte du rapport de force dans lequel se trouve une partie qui, en raison de la longue durée du contrat ou de son caractère exclusif, a été obligée de

---

[1702] M. THIOYE, *Recherche sur la conception du prix dans les contrats,* th. Toulouse, PUAM, 2004, Préf. D. Tomasin, n° 743, p. 335.

[1703] M. THIOYE, *ibid.,* p. 336. *Adde* A. FRISON-ROCHE, *Va-t-on vers une acceptation unitaire de l'abus dans la fixation du prix ?*, Contrats, conc. consom., n° 92, Août-Sept. 1996 ; V. SELINSKY, *Les limites à la liberté de fixer le montant du prix, in* Mélanges C. Mouly, Litec, 1998, t. 2, n° 13, p. 161 ; D. MAINGUY et *alii, L'abus de droit dans les contrats,* Cah. dr. entr., 1998/6, p. 29 s. : où M. Mainguy souligne la différence qu'il existe entre le standard de référence (permettant de caractériser l'abus) du droit de la concurrence qui a une nature économique, et celui du droit des contrats en général qui est davantage juridique.

[1704] A. BRUNET et A GHOZI, *La fonction du prix en droit de la concurrence, in* Mélanges en l'honneur de C. Mouly, *op. cit.,* p. 45 s.

[1705] Cass. civ. 1re, 30 juin 2004, n° 01-00.475, CCC 2004, n° 151, note L. LEVENEUR ; D. 2005.1828, note D. MAZEAUD ; RTD civ. 2005.126, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

[1706] M. THIOYE, *Recherche sur la conception du prix dans les contrats, op. cit.,* n° 745, p. 337.

[1707] M. THIOYE, *ibid.*

subir le prix fixé par son cocontractant[1708]. Cette manière de procéder est issue de la période antérieure à l'adoption de l'ordonnance du 10 février 2016, mais elle ne peut que perdurer face au silence des nouveaux textes à propos de la notion d'abus[1709].

545. Ce lot d'incertitudes s'ajoute à une nuance très subtile qui veut que ne soit pas sanctionné « le prix excessif » mais « l'abus dans la fixation du prix »[1710]. Ce mode d'appréciation strict est absolument nécessaire car c'est la seule façon pour les juges de respecter deux impératifs prépondérants. Le premier de ces impératifs est économique, le marché étant régi par la liberté des prix et de la concurrence (article L. 410-2 du Code de commerce[1711]), la maximisation des profits et la volonté de réaliser des bonnes affaires ne peuvent constituer en soi un abus[1712]. Celui qui détient le pouvoir de fixer le prix peut tout à fait « prendre ses cocontractants à la gorge, pourvu qu'il ne les étrangle pas ! »[1713]. Le second impératif avec lequel les juges doivent conjuguer est juridique, l'article 1168[1714] du Code civil rejetant fermement la prise en compte de la lésion, en dehors des situations où la loi l'autorise expressément, il va de soi qu'ils ne peuvent analyser

---

[1708] Cass. com., 21 janv. 1997, n° 94-22.034, D. 1997.414, note C. JAMIN.

[1709] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 274 : où il est relevé que la jurisprudence antérieure, l'analyse de l'abus pouvait varier afin « de tenir compte de l'esprit de la convention conclue (contrat de coopération ou contrat d'antagonisme) comme de ses stipulations propres », (récemment, Cass. com., 4 nov. 2014, n° 11-14.206, RDC 2015, n° 2, p. 233, note PH. STOFFEL-MUNCK).

[1710] L. AYNÈS, note sous Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, D. 1996, Jur. p. 13, concl. M. JEOL ; *Adde* M. THIOYE, *Recherche sur la conception du prix dans les contrats, op. cit.,* n° 750, p. 340, cet auteur a résumé efficacement cette exigence en soulignant que le critère déterminant « n'est pas tellement la conséquence (prix élevé) mais plutôt la cause de l'abus, ce n'est pas tant le fruit cuisant mais davantage le germe de cette amertume qui emporte ». – Soulignons au passage que les nouveaux textes issus de la réforme maintiennent cette façon de procéder : O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid.*

[1711] Art. L. 410-2, al. 2, C. com. : « Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1er janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence ».

[1712] B. FAGES, *L'abus dans les contrats de distribution,* Cah. dr. entr. 1998, n°6, p. 13 : l'auteur faisant remarquer qu'« il n'est pas abusif dans un contrat de distribution [notamment] d'agir au mieux de ses intérêts en cherchant à réaliser des profits ou, du moins, à éviter certaines mauvaises affaires ».

[1713] PH. SIMLER, Colloque, Paris, 17 déc. 1996, *La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, RTD. com. 1997.1, p. 75.

[1714] Qui n'a fait que reprendre le droit antérieur qui a toujours posé comme principe l'indifférence de la lésion dans le contrat formé.

objectivement l'équilibre du prix[1715]. Ainsi, « lorsque le juge contrôle l'exercice d'un droit de fixation unilatérale du prix, ce n'est pas la valeur objective du bien qu'il s'attache à découvrir, mais la loyauté de la pratique contractuelle »[1716]. Ce qui est loin de se résumer aux actes dictés par une intention de nuire, car est tout aussi abusif le fait de fixer le prix en ne prenant en compte que « ses seuls intérêts égoïstes » sans aucune considération pour les contraintes de son partenaire, contraintes exprimées au moins une fois lors de la formation du contrat »[1717].

546. Tous ces obstacles sont subis de plein fouet par la victime de l'abus présumé car c'est elle qui est soumise à l'obligation probatoire[1718] et parce que cela suppose plus que de simples allégations[1719]. Celle-ci doit, en effet, parvenir à démontrer l'existence d'un comportement déloyal de la part de son cocontractant. Plus précisément, le contractant lésé se doit de prouver suffisamment et sérieusement que le prix a été injustement fixé[1720], ce qui s'avère être bien plus lourd que la démonstration d'un prix déséquilibré. Cela aurait pu être facilité par un renversement de la charge de la preuve, lequel imposerait au contractant titulaire du pouvoir de fixer le prix qu'il l'a mis en œuvre correctement, autrement dit la conformité de son comportement par rapport à ses obligations, ainsi que l'ont suggéré de rares auteurs[1721]. Un tel point de vue est cependant très isolé, cela à juste titre car dans le cadre envisagé, rien ne permet de justifier l'instauration d'une présomption de mauvaise foi. Le principe étant que la bonne foi est

---

[1715] N. MOLFESSIS, *Les exigences relatives au prix en droit des contrats*, LPA, 5 mai 2000, p. 41, n° 23 : où l'auteur indique à très juste titre que « le contrôle du prix s'apparente à un contrôle procédural par opposition à un contrôle substantiel ».

[1716] L. AYNÈS, note sous Ass. plén., 1er déc. 1995, *op. cit. Adde*, T. REVET, *La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat, in* L'unilatéralisme et le droit des obligations, Études juridiques, Paris, Economica, 1999, spéc. n° 15 s., p. 42 s. : lequel invite à apprécier plus particulièrement le comportement subjectif du contractant mis en cause.

[1717] M. THIOYE, *Recherche sur la conception du prix dans les contrats, op. cit.,* n° 748, p. 338.

[1718] *Actori incumbit probatio.* – Art. 1353 C. civ. : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ».

[1719] Art. 146 C. pr. civ. : « Une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver.

En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve ».

[1720] F. KAMARA, *La question de la détermination du prix*, JCP E, Cah. dr. entr., 1997, n° 3-4, p. 18 ; M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Traité des contrats, Les contrats de la distribution*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 1999, n° 261, p. 132.

[1721] A. BRUNET et A. GHOZI, *La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat,* Chron., D. 1998. 1, p. 4.

présumé[1722] et en général on ne le voit battu en brèche que dans les réglementations destinées à protéger les parties faibles ou en matière répressive. Ainsi en va-t-il, par exemple, du vendeur professionnel dont on considère qu'il ne peut avoir ignoré les vices de la chose vendue à un consommateur. Le domaine que nous étudions ne se situe pas dans un cadre similaire qui lui permettrait de justifier de la nécessité de présumer la mauvaise foi. En outre, l'atteinte que causerait une telle présomption à l'attractivité du droit français serait dramatique[1723].

Les contraintes liées à la qualification de l'abus sont très conséquentes et présentes en toute situation car elles concernent la caractérisation de la faute, et non le remède que la loi autorise à lui apporter. Toutefois, en décidant que la sanction de l'abus ne peut aller au-delà d'une simple indemnisation, en rejetant donc la possibilité pour le juge de définir ou redéfinir le prix abusif, ces contraintes sont exacerbées. Dès lors que nous sommes face à un dispositif dont l'enclenchement n'a déjà rien d'évident, il paraît encore plus important de l'assortir de la sanction la plus efficiente qui n'est autre que la définition judiciaire du prix.

547. Les difficultés de la preuve du dommage prévisible – L'abus traité de la sorte ne bénéficie d'aucune autonomie car s'il ne constitue pas la cause à effet d'un dommage existant, il n'y a pas lieu d'indemniser[1724]. « Point de dommage, point de réparation »[1725], et il ne faut pas croire que l'abus entraîne nécessairement un dommage pour l'une des parties, ce dernier devant répondre à

[1722] P. FONTBRESSIN, *La question de la détermination du prix,* JCP E, Cah. dr. entr., 1997, n° 3-4, p. 20 ; M.-A. FRISON-ROCHE, *ibid.,* p. 21.

[1723] M.-A. FRISON-ROCHE, *ibid.* : qui relève qu'« il n'est pas question, dans une économie libérale où il est bon d'être puissant, de retenir des présomptions de prix abusif ».

[1724] La réparation ne peut être fondée par la seule inexécution d'une obligation contractuelle, ainsi qu'en a décidé la Cour de cassation : Cass. soc. 4 déc. 2002, Bull. civ. V, n° 368, RDC 2003. 54, obs. PH. STOFFEL-MUNCK ; RTD civ. 2003. 711, obs. P. JOURDAIN. – Cass. civ. 1ère 9 juill. 2003, RTD civ. 2003. 709, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; JCP 2003.1.163, n° 4, obs. G. VINEY. – Cass. civ. 3ème, 3 déc. 2003, JCP 2003.1.163, n° 2, obs. G. VINEY ; CCC 2004. 38, note L. LEVENEUR ; RDC 2004, 280, obs. D MAZEAUD ; RTD civ. 2004. 295, obs. P JOURDAIN. – Cass. civ. 2ème, 11 sept. 2008, RDC 2009. 77, obs. O. DESHAYES. – *Contra*, auparavant : Cass. civ. 3ème, 13 nov. 1997, Bull. civ. III, n° 202, RTD civ. 1998. 124, obs. P JOURDAIN ; : Cass. civ. 3ème, 30 janv. 2002, Bull. civ. III, n° 17, RTD civ. 2002. 816, obs. P. JOURDAIN ; JCP 2002.1.186, obs. G VINEY.

[1725] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.,* n° 561, p. 609.

des critères précisément définis. À rebours de la responsabilité extracontractuelle, le dommage même existant ne fait l'objet d'une indemnisation que s'il est prévisible[1726], la réparation intégrale n'ayant lieu qu'en cas de dol ou de faute lourde[1727]. Or, l'intention de nuire ou la malice ne ressortent pas aussi aisément qu'on pourrait le croire de la fixation abusive du prix, de sorte que dans certains cas les dommages prévisibles resteront sans réparation. Il ne peut en être autrement si le dommage prévisible ne constitue pas une faute lourde ou dolosive.

548. Le contractant contestant le prix fixé abusivement qui ne parvient pas à démontrer son préjudice prévisible ne sera pas indemnisé, et l'abus restera impuni. Cette éventualité n'est pas infime car, en général, c'est la partie qui détenait le pouvoir de fixer unilatéralement le prix qui détient les éléments de preuves et les informations nécessaires à une telle démonstration. Parce qu'elle détenait un tel pouvoir, on peut supposer qu'elle est mieux armée que son cocontractant s'agissant de la question du prix. Les rédacteurs de l'ordonnance ont ainsi fait le choix d'amoindrir la protection du cocontractant de celui à qui la loi accorde une faveur, pouvoir fixer unilatéralement le prix à une période postérieure à la formation du contrat n'étant pas autre chose que cela. Permettre à un contractant de déroger à la règle de principe *essentielle* de détermination du prix (article 1163 du Code civil)[1728], plus précisément, renoncer – pour des raisons pratiques – à une règle majeure de la formation du contrat devrait être relié à des sanctions plus sévères. D'aucuns suggèrent de remédier à cette difficulté par l'application systématique d'une réparation intégrale du dommage causé par le prix fixé abusivement[1729], mais ce procédé nécessite de passer de la responsabilité

[1726] B. FAGES, *Droit des obligations, op. cit.,* n° 326, p. 275.

[1727] Prévu à présent à l'art. 1231-3 C. civ. : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive ».

[1728] L'ordonnance du 10 février 2016 étant revenue sur la position adoptée par les arrêts de l'Assemblée plénière du 1er déc. 1195 qui avaient décidé que la détermination du prix n'est pas une condition de validité du contrat, de sorte que son indétermination ne peut pas entraîner la nullité du contrat (revirement). À présent, l'art. 1163 C. civ. impose la fixation d'un prix déterminé ou déterminable dès la formation du contrat. Les art. 1164 et 1165, permettant la fixation unilatérale du prix, étant présentés comme des exceptions à la règle de principe posée à l'art. 1163.

[1729] F. KAMARA, *La question de la détermination du prix,* JCP E, Cah. dr. entr., 1997, n° 3-4, spéc. p. 22 ; M. THIOYE, *Recherche sur la conception du prix dans les contrats, op. cit,* n° 776, p. 353.

contractuelle à la responsabilité extracontractuelle et cela ne semble pas être d'actualité. Surtout, même intégrale, l'indemnisation reste insuffisante comparée à la définition judiciaire du prix.

Paragraphe II – Les risques spécifiques du rejet de la définition judiciaire du prix

549. Vertus de l'immixtion du juge en matière de prix abusif – La garantie des droits des contractants ne peut se résumer au versement d'une somme d'argent destinée à réparer le préjudice subi, il est meilleur de favoriser l'exécution de l'obligation quitte à la forcer[1730]. L'indemnisation la plus utile pour le contractant lésé est celle qui s'ajoute à la réparation en nature, dès lors que cela est possible et opportun. Dans le domaine que nous étudions, le remède de la définition judiciaire du prix démontre une efficacité plus grande aussi bien à l'égard du contrat, que du contractant. Le premier voit le défaut qui l'impactait effacé et son existence maintenue, le second bénéficie de l'équilibre auquel il avait droit si le prix n'avait pas été fixé abusivement et éventuellement la réparation des dommages supplémentaires qui ont pu en découler[1731]. Ces bénéfices surpassent littéralement l'indemnisation de l'abus qui permet de réparer uniquement le passé, l'avenir lui n'est possible que si le juge fixe ou ajuste le prix qui devrait être (surtout pour les contrats-cadre). L'autorisation de l'indétermination du prix est née afin de laisser une chance au contrat d'exister au stade de la formation[1732], et elle lui est finalement retirée au stade de l'exécution car on empêche sa poursuite pérenne.

[1730] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *ibid.,* n° 594-595, p. 646-648.

[1731] Sur la possibilité de cumuler la correction d'une mauvaise exécution (notamment par la réfaction) avec la réparation du préjudice engendré par cette mauvaise exécution, V. P. GROSSER, *Les remèdes de l'inexécution du contrat*, *Essai de classification*, th. Paris 1, 2000, n° 118 s. ; Du même auteur, *Les sanctions de l'inexécution*, Dr. et patr. n° 258, mai 2016, p. 70 : à propos du maintien de la possibilité de ce cumul depuis l'adoption de l'ordonnance du 10 février 2016.

[1732] D. BUREAU et N. MOLFESSIS, LPA, 27 déc. 1995, p. 19, n° 32.

550. Ce sont ces bienfaits qui justifient sans doute le choix des droits étrangers[1733] consacrant autorisant la définition judiciaire du prix. L'Allemagne, l'Autriche, l'Italie[1734], le Portugal[1735] et les Pays-Bas permettent au juge de fixer lui même le prix, en fonction de ce qui est couramment pratiqué, dans le contrat de mandat et d'entreprise, et même dans le contrat de travail au sein du droit allemand. Les pays du Common law ne sont pas en reste, ils prévoient de manière très simple qu'à défaut d'accord entre les parties sur le prix, celui-ci est constitué par le « prix raisonnable ». Le droit français a ainsi choisi de s'éloigner des systèmes qui ont fait leur preuve et aussi de la voie prescrite par les projets et sources de droit européen et internationaux[1736]. Le juge pourrait cependant atténuer cet éloignement en alignant le montant des dommages et intérêts qu'il fixe sur la différence entre le prix fixé et le prix raisonnable[1737].

551. Le risque d'une indemnisation faisant office de correction déguisée du prix – Si la correction du prix « se fait en prenant pour étalon le prix juste, ce n'est pas le cas de l'indemnisation dont l'étendue est calculée par rapport au préjudice subi […], qui n'est pas nécessairement égal à la différence entre le

---

[1733] Des auteurs français ayant suggéré de reprendre utilement les solutions que ces droits étrangers consacrent, notamment : O. DESHAYES, *Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles,* Colloque « Les prérogatives contractuelles », Paris, *in* RDC 2011, p. 526, n° 28 ; C. AUBERT DE VINCELLES, *Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix*, D. 2006, chr., p. 2629, n° 29.

[1734] Art. 1474 du C. civ. italien.

[1735] Art. 400 du C. civ. portugais.

[1736] L'art. 6:106 des Principes du droit européen des contrats (PDEC) : « A défaut d'un prix déterminé ou déterminable selon les indications des parties, l'accord est réputé porter sur un prix raisonnable par référence au prix du marché en cours lors de la conclusion du contrat ». – L'art. 5.1.7 des Principes Unidroit permet quant à lui de remplacer le « prix manifestement déraisonnable » par un « prix raisonnable », et confère même à ce droit un statut d'ordre public puisque les parties ne peuvent y déroger. Cette disposition prévoit en outre de pallier à la carence des parties en fixant un prix raisonnable à leur place. De même, si le prix a été fixé par référence à un facteur qui n'existe pas ou a cessé d'exister, auquel le juge peut fixer un prix en s'appuyant sur le facteur le plus proche. – Enfin, la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises ne s'embarrasse pas avec le problème de l'indétermination du prix qu'elle résout en considérant que les parties sont réputées « s'être tacitement référées au prix habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat, dans la branche commerciale considérée, pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables ». –

[1737] On ne peut s'empêcher d'imaginer qu'« inévitablement, le quantum de l'indemnité devra presque toujours être calculé *à partir* de la différence entre le prix déclaré abusif et le prix ''normal'' aux yeux du juge, même si celui-ci pourrait s'écarter du solde ainsi obtenu pour une raison ou pour une autre » : M. THIOYE, *Recherche sur la conception du prix dans les contrats,* th. Toulouse, PUAM, 2004, Préf. D. Tomasin, n° 800, p. 364. (les termes « à partir » ayant été mis en italique par l'auteur afin de souligner qu'il ne s'agirait alors que d'une de base de réflexion probable et non un mode de calcul que le juge s'imposerait à lui même).

prix juste et le prix abusif »[1738]. Cela laisse présager la tentation qu'auront les juges de déterminer le montant des dommages et intérêts en faisant la différence entre le prix abusif et le prix qu'il aurait été raisonnable de fixer. Il pourra lui sembler nécessaire, à certaines occasions, de ne pas simplement redresser les torts des parties mais également d'apporter un remède à ce qui affecte le contrat. Si aucun préjudice prévisible n'est démontré par la victime de l'abus, « en quoi consistera l'indemnisation sinon en une forme de réduction du prix déjà payé (contrat exécuté) ? »[1739]. En théorie[1740], « il ne peut être question de calculer les dommages et intérêts de manière à parvenir, par compensation, au juste prix. Dès lors qu'il s'agit uniquement de sanctionner l'abus, c'est seulement dans la mesure de cet abus que le débiteur devra être indemnisé : il ne peut s'agir de remettre les parties dans une situation d'équilibre »[1741].

552. En réalité, le juge pourrait, sans que cela ne se voit, effacer l'abus constaté en passant par le masque de l'indemnisation. Comme l'ont souligné de nombreux auteurs, le contrôle du prix excessif imposé par le créancier aboutit souvent à un résultat identique à celui qu'entraîne la fixation du prix par le juge[1742]. Ce constat était déjà celui de Madame Frison-Roche, qui avait souligné à propos du droit antérieur que « l'indemnisation équivaut à une modification du prix par le juge de la même manière que l'annulation partielle d'un contrat »[1743]. De même, Monsieur Revet avait estimé « qu'il n'échappe à personne qu'elle

---

[1738] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil,* Dalloz, 2016, n° 421, p. 344.

[1739] M. THIOYE, *Recherche sur la conception du prix dans les contrats, op. cit.,* n° 798, p. 364.

[1740] « Indemniser l'abus ne revient pas, *en théorie*, à fixer le juste prix, mais à sanctionner le déséquilibre : F. LABARTHE, *La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service, Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du Code civil,* JCP G 2016, act. 642, Libres propos.

[1741] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 276.

[1742] F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, n° 24.44, p. 138-139 : « En pratique, l'octroi de dommages et intérêts conduit à un résultat proche de la révision du prix » mais « les deux démarches sont fondamentalement différentes : les dommages et intérêts constituent la sanction naturelle de l'abus de droit et relèvent de l'office traditionnel du juge tandis que la révision judiciaire du prix permet une véritable immixtion du juge dans le contrat ».

[1743] M.-A. FRISON-ROCHE, *De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix*, RJDA 1996, p. 10.

constitue une manière de réfaction »[1744] car, comme le souligna Monsieur Mazeaud, la personne lésée par l'abus « obtiendra pratiquement une réduction du prix litigieux, par l'effet de la compensation entre sa dette contractuelle et sa créance de dommages et intérêts »[1745]. Le fondement de la théorie de la responsabilité civile serait donc un « recours artificiel »[1746] mais il s'agit de l'unique manière de tenir compte à la fois de l'utilité de la correction du prix et de la nécessité de rester en phase avec le choix politique dont a fait l'objet l'ordonnance. De la sorte, le retrait de l'action du juge sur le prix, opéré entre le projet et le texte final, garde tout son sens[1747].

553. Le problème que nous soulignons a une étendue encore plus grande aujourd'hui. Dans le passé il était mis en avant surtout s'agissant des contrats-cadre car les arrêts rendus par l'Assemblée plénière en 1995 n'avaient pas autorisé la réduction judiciaire du prix fixé abusivement. Il avait notamment été souligné que la résolution, qu'il est naturel de vouloir éviter, était plus susceptible d'être éloignée par la définition judiciaire du prix que par l'octroi de dommages et

---

[1744] T. REVET, *La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat, in* L'unilatéralisme et le droit des obligations, Études juridiques, Paris, Economica, 1999, p. 44, n° 18.

[1745] D. MAZEAUD, D. 2002, somm. p. 2841. *Adde,* G. PIETTE, *La correction du contrat,* th. Aix-Marseille, PUAM, 2004, Préf. M. Menjucq, n° 995, p. 529 : qui relève que « les dommages et intérêts, par le jeu de la compensation, vont s'imputer sur la dette du débiteur, et opérer une réduction du prix » ; *Adde*, dans le même sens que tous les auteurs précédents : N. MOLFESSIS, *Les exigences relatives au prix en droit des contrats,* LPA, 5 mai 2000, p. 41, n° 90 ; L. LEVENEUR, obs. sous Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, JCP E 1996, 776, p. 19 s., spéc. p. 22 ; D. BUREAU et N. MOLFESSIS, LPA, 27 déc. 1995, n° 155, p. 11 s., spéc. n° 38 ; M. BRANDRAC, *Liberté et responsabilité nouvelles après les arrêts de l'Assemblée plénière du 1er décembre 1995*, Cah. Dr. Entr., suppl. 5/1996, 14 nov. 1996, p. 38 : où il est souligné que « l'allocation de dommages et intérêts ressemble fort à une révision du contrat » ; M. THIOYE, *Recherche sur la conception du prix dans les contrats, ibid.,* n° 799, p. 364 : où l'auteur indique de manière très affirmée que « ce serait faire la politique de l'autruche que de simuler d'ignorer que l'indemnisation – qui conduit à obliger l'un à verser à l'autre une somme d'argent – reflète, qu'on le veuille ou non, une réduction du prix. La variation dans le montant de l'indemnité – montant censé correspondre à la valeur de l'abus – équivaudra à une diminution du prix initialement fixé et payé » ; M.-E. PANCRAZI-TIAN*, La protection judiciaire du lien contractuel*, th. Aix-Marseille, PUAM, 1996, Préf. J. MESTRE, n° 78 s., p. 80 s., spéc. n° 84, p. 83 : où l'auteur estime qu'« il ne faut pas se méprendre sur la portée des sanctions préconisées par l'Assemblée plénière [dans les arrêts du 1er déc. 1995] », car le juge, « par le pouvoir qu'il a d'indemniser la victime de l'abus du préjudice qu'elle a subi, le juge dispose en fait, indirectement, d'un véritable pouvoir de révision des prix d'ores-et-déjà pratiqués ».

[1746] G. PIETTE, *La correction du contrat, ibid.*

[1747] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid.*

intérêts[1748]. Premièrement, le contractant lésé serait plus à même de renoncer à invoquer la résolution si on lui offre l'assurance d'être protégé de ce prix abusif pour l'avenir. Deuxièmement, le juge aurait beaucoup moins de scrupules à refuser la résolution sollicitée par la victime s'il détient le pouvoir de gommer la problématique invoquée. Quoi de mieux pour éviter les demandes en résolution opportunistes, lesquelles n'ont pas pour impulsion la réparation de l'abus mais l'occasion de se délier des obligations contractées.

Depuis que l'ordonnance a été publiée, la remise en cause de la fixation judiciaire du prix, auparavant autorisée dans certains contrats, est à craindre. Le droit passé était plus libéral que ce que prévoit l'article 1165 puisqu'il autorisait le juge à modifier le montant des honoraires fixés unilatéralement par le créancier. Tel était le cas à l'égard du contrat de mandat[1749], et même de façon générale des professionnels libéraux[1750]. La solution qui leur était consacrée va-t-elle perdurer ou faudra-t-il se contenter des uniques dommages et intérêts que permet l'article 1165 du Code civil ? Toutes les incertitudes demeurent.

Pour en revenir sur l'indemnisation faisant office de correction déguisée du prix, nous rejoignons l'avis de la plupart des auteurs qui estiment que le juge l'évitera afin de respecter la politique juridique choisie. Pour les premiers temps, seulement. Il n'est en revanche pas certain que cette orthodoxie perdure avec l'écoulement du temps. Que la réalisation de ce risque soit lointaine ou non, les critiques qu'elle amène méritent d'être soulignées sans attendre.

554. Ses conséquences dommageables – Au niveau théorique tout d'abord, il est peu louable de faire comme si le droit n'autorisait pas un remède et de l'appliquer en « sous-marin », on ne peut estimer que seul le résultat importe car le contenu des règles juridiques posées doit nécessairement respecter une honnêteté intellectuelle. La logique et la cohérence de nos règles de droit ne devraient jamais être sacrifiées dans l'optique d'atteindre un résultat, aussi noble qu'il soit. Quand bien même la fédération au vrai visage que revêtent certaines

---

[1748] M. E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, th. Aix-Marseille, PUAM, 1996, Préf. J. MESTRE, n° 78 s., p. 80 s., spéc. n° 85, p. 84.

[1749] V. Cass. civ., 3ème, 20 fév. 1973, n° 71-13.689, Bull. civ. III, n° 145.

[1750] V. Cass. com, 21 févr. 2006, n° 02-14.326, Bull. civ. I, n° 100 (s'agissant des généalogistes) ; Cass. civ. 1re, 3 mars 1998, n° 95-15.799, Bull. civ. I, n° 85 (s'agissant des avocats).

règles est difficile à obtenir, agir au grand jour est toujours préférable. Quel petit mérite il y aurait à s'immiscer dans la détermination du prix en se servant de l'incontestabilité de l'indemnisation, dans le but d'apaiser les esprits de ceux qui ne veulent pas se résoudre à renoncer à l'idée de principe selon laquelle l'immixtion de juge dans le contrat atteint forcément le principe de la force obligatoire du contrat.

555. D'aucuns interprètent l'action du juge en ce sens. Notamment, Monsieur Piette, après avoir rappelé la réticence classique de la jurisprudence à admettre la correction judiciaire du contrat, la doctrine ayant tendance à considérer que l'immixtion du juge dans les rapports contractuels privés est intolérable. Il remarque que « la technique de la correction par indemnisation lui permet de procéder à un ersatz de correction, sans pour autant s'exposer à ces critiques », l'immixtion paraissant « moins importante [et même plutôt absente] lorsque le juge accorde une indemnisation que lorsqu'il intervient directement sur le contenu du contrat »[1751]. La condamnation à des dommages et intérêts fondée sur la responsabilité civile n'étant pas, en effet, sujette à la controverse. Monsieur Thioye abonde en ce sens lorsqu'il affirme « qu'en dépit des troubles qu'une telle prérogative peut causer dans un système juridique qui, prétendument, proclame tout haut une interdiction faite aux tribunaux de s'immiscer dans les relations contractuelles privées », le pouvoir indirect de détermination du prix est on ne peut plus réel[1752].

556. Au niveau pratique, à présent. Comme nous l'avons déjà relevé, c'est uniquement la réparation du préjudice subi qui est censée être accordée par les nouveaux textes. Or, si la correction du prix injustement fixé advenait – et il y a fort à parier que ce sera le cas – la victime perd inévitablement le bénéfice de la réparation de son dommage. Nous pointons ici du doigt le principal écueil des sanctions prévues par l'ordonnance. En tolérant que le juge puisse définir raisonnablement le prix, on corrigerait le défaut du contrat tout en permettant au

---

[1751] G. PIETTE, *La correction du contrat, op. cit.,* n° 994, p. 529.

[1752] M. THIOYE, *Recherche sur la conception du prix dans les contrats,* th. Toulouse, PUAM, 2004, Préf. D. Tomasin, n° 801, p. 365.

contractant lésé d'être indemnisé si ce défaut a engendré pour lui d'autres conséquences dommageables. À défaut, le contractant lésé se retrouve moins bien protégé car si la définition judiciaire du prix est officiellement permise, il pourrait la cumuler avec le versement de dommages et intérêts (dès lors que qu'il a subi un préjudice et non dans tous les cas). L'indemnisation ferait office de « ballon d'oxygène », « aidant à surmonter passagèrement les difficultés financières »[1753], tandis que le contrat est « purgé du vice qui l'entachait, et peut reprendre son cours normal »[1754]. Si la victime ne bénéficie que d'une indemnisation – qui risque de faire office de révision déguisée – elle peut se retrouver privée de l'indemnisation de son préjudice qui méritait réellement d'être indemnisé. La réécriture du texte entre le projet et l'ordonnance est donc, sur ce point, contre-productive.

[1753] G. PIETTE, *La correction du contrat, ibid.* n° 997, p. 530.
[1754] G. PIETTE, *La correction du contrat, ibid.,* n° 1001, p. 531.

SECTION II
REMISE EN CAUSE DU REJET DE LA DÉFINITION JUDICIAIRE DU PRIX EN CAS D'ABUS

557. Lorsque la fixation unilatérale du prix se révèle abusive, le juge devrait disposer du pouvoir de le corriger. Pourtant, il semble que l'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas prévu autre chose qu'une simple et banale indemnisation. Le refus d'accorder un tel pouvoir au juge est peut être destiné à rééquilibrer la balance suite à l'admission de la révision pour imprévision. Ainsi, chaque politique dispose d'une portion en sa faveur au sein des nouveaux textes.

Néanmoins, tout n'est pas perdu, nous verrons que le juge pourra sans aucune difficulté, s'il le souhaite, définir lui-même le prix qui convient en cas de fixation abusive. D'une part, certains fondements théoriques généraux peuvent justifier une telle immixtion (Paragraphe I). D'autre part, il faut relever que même si les articles 1164 et 1165 n'octroient pas ce pouvoir au juge, la jurisprudence antérieure qui l'autorisait à réviser les honoraires excessifs pourrait continuer à s'appliquer. Par ailleurs, et c'est là une proposition bien plus conséquente, le juge pourrait faire usage de l'article 1217 du Code civil[1755] qui sanctionne l'exécution imparfaite par une réduction du prix (notamment). À cette fin, il faudra déterminer si la fixation du prix peut être assimilée à l'exécution du contrat (Paragraphe II).

Paragraphe I – Les fondements théoriques légitimes de la définition judiciaire du prix

558. Aucun motif dirimant ne semble empêcher de réparer les actes de mauvaise foi par une sanction en nature mise en œuvre par une immixtion du juge. Son action n'a rien de choquant lorsqu'elle se substitue – en dernier recours ou subsidiairement – à la décision d'un contractant de persister dans sa

[1755] Art. 1217 C. civ. : « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : […] solliciter une réduction du prix ».

malhonnêteté. Plus précisément, nous souhaitons vérifier si la définition judiciaire du prix peut être justifiée par la mauvaise foi (A).

De manière plus pertinente et subtile, nous pouvons aussi retenir la force obligatoire du contrat comme fondement général de reconstruction du prix par le juge. Les contractants se sont mis d'accord pour la fixation unilatérale d'un prix adapté aux circonstances futures et non pour une fixation unilatérale tout court. Par conséquent, fixer un prix qui ne tient pas compte de cette finalité consiste à mal exécuter ses engagements. Cette situation correspondant à un manquement à la force obligatoire du contrat, le juge devrait être autorisé à s'immiscer dans le contrat (B).

A/ La compatibilité entre le fondement de la bonne foi et la définition judiciaire du prix

559. Utilité de la référence à la bonne foi pour justifier la définition judiciaire du prix en cas d'abus – Les développements contemporains de la jurisprudence et de la doctrine ont une nette tendance à rapprocher l'exécution abusive de l'exécution de mauvaise foi. Il existerait ainsi une « inter-connexité » entre la notion d'abus de droit et la notion d'exécution de bonne foi[1756], car les parties sont obligées d'exécuter le contrat en étant animées par un comportement loyal[1757]. C'est le recours à la bonne foi ou au devoir de loyauté[1758] qui permet d'ailleurs d'appréhender l'abus sans le corréler à l'intention de nuire, le contrôle de l'abus dans la fixation du prix pouvant ainsi passer par un contrôle global du comportement des parties[1759]. Le visa des arrêts de l'Assemblée plénière de 95 qui se référait, accessoirement à l'ancien article 1135, et principalement à la bonne foi de l'ancien article 1134 du Code civil[1760], peut attester de l'exactitude de ce

---

[1756] S. DARMAISIN, *Le contrat moral,* th. Paris II, éd. LGDJ, 2000, Préf. B. Teyssié, n° 288, p. 183.

[1757] Pour une étude approfondie de ce sujet, V. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. Dijon, LGDJ, 1989, Préf. G. Couturier.

[1758] Un auteur ayant souligné que bien « que l'on utilise généralement la notion de bonne foi pour caractériser les relations qui se nouent entre les parties après la formation du contrat, il paraît préférable d'utiliser la notion plus adaptée, plus précise, de loyauté : Y. PICOD, *ibid.,* n° 6, p. 11.

[1759] M. THIOYE, *Recherche sur la conception du prix dans les contrats, op. cit.,* n° 733, p. 331.

[1760] Le visa ne précisant pas pour autant la référence au troisième alinéa, à propos de l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, cependant – en choisissant de ne pas non plus de référer au

phénomène mais il ne faut pas s'en contenter. Mettre en avant la solution de la définition judiciaire du prix nécessite de démontrer qu'elle est en adéquation avec l'abus de droit, et si l'on ne s'attache pas à caractériser ce qu'il est réellement, l'œuvre est impossible. Il nous semble nécessaire de dire ce qu'est l'abus, pour qu'apparaisse son « inter-connexité » avec la bonne foi et que nous puissions souligner, in fine, la compatibilité entre la mauvaise foi et la sanction de la définition judiciaire du prix (recouvrant à la fois la réfaction et la fixation judiciaire du prix).

560. La notion d'abus de droit n'est pas détachable de la notion de bonne foi – Le contrat n'est pas seulement un instrument destiné à créer des obligations à finalités économiques, il est de plus en plus perçu comme la « promesse d'un comportement en lien avec la réalisation du projet constituant le champ contractuel »[1761]. Puisqu'il est le « terrain de jeu du pouvoir »[1762], il est déterminant que le droit puisse contrôler la manière dont le pouvoir y est exercé. Peut-on vérifier l'abus autrement qu'en comparant l'attitude du contractant fautif avec celle qu'aurait eu une personne juste, loyal, autrement dit une personne raisonnable ? Les obligations contractuelles ne se résument pas à la prestation promise qui inclut nécessairement « la prévisibilité du comportement »[1763]. Les droits attachés à ces obligations sont donc contrecarrés par l'exigence d'une attitude adéquate laquelle renvoie sans aucun doute à la bonne foi. Plus simplement, puisqu'il s'agit, dans le domaine analysé, de sanctionner non pas le prix abusif, mais la fixation abusive du prix, la référence à un fait

---

premier alinéa, relatif à la force obligatoire du contrat, la Cour de cassation n'entend pas exclure la bonne foi de son visa. *Contra,* M. THIOYE, *ibid.,* n° 734, p. 331 : où l'auteur considère que l'Assemblée plénière a remplacé la bonne foi par la seule notion d'abus, comparativement aux fameux arrêts « Alcatel » qui avait le choix d'une terminologie se référant la bonne foi sans détour (Cass. civ. 1re, 29 nov. 1994, n° 92-16.267 et n° 91-21.009 (deux arrêts), D. 1995. 122, note L. AYNÈS ; JCP G 1995.II.22371, note J. GHESTIN ; Contrats, conc. consom. 1995, comm. 24, note L. LEVENEUR ; Defrénois 1995, p. 335, obs. PH. DELEBECQUE ; RTD civ. 1995, p. 358, obs. J. MESTRE).

[1761] L. AYNÈS, *Rupture unilatérale du contrat,* RDC 2004, p. 275. *Adde,* du même auteur, *Le contrat, loi des parties,* Cahiers du Conseil constitutionnel n°17/2004 : loi et contrat p.77-80, n° 17.

[1762] R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat,* th. Paris 1, LGDJ, 2016, Préf. L. Aynès, n° 162, p. 135.

[1763] R. JABBOUR, *ibid*., n° 162, p. 136. – Sur la question des prévisions légitimes du contractant, V. H. LÉCUYER, *Le contrat, acte de prévision, in* L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré, Dalloz, 1999, p. 643.

comportemental, et donc avec l'exécution de bonne foi, est évidente. La façon dont le prix est fixé n'étant pas une question relative au prix fixé. Ce lien étroit entre l'abus et la normalité de l'attitude du contractant empêche la distinction entre abus de droit et bonne foi. Que l'acte incriminé constitue un « abus par déloyauté » ou un « abus de prérogative »[1764], le contrôle de l'attitude des parties est une constante[1765] qui restitue l'unité de ce qui ne doit pas être considéré comme autre chose que des variantes. Dès lors que « la mauvaise foi et l'abus jouent dans la même cour et occupent des fonctions identiques, il serait cohérent de penser que l'utilisation de l'un ou l'autre ne constitue en réalité qu'une précision de langage sans portée juridique »[1766].

561. Hormis la clarté que permet la catégorisation, il ne ressort en outre aucun intérêt de la distinction entre mauvaise foi et abus de droit, c'est dire à quel point la distinction est artificielle[1767]. D'après Monsieur Pascal Ancel, « on ne peut pas être convaincu par la nécessité d'établir une distinction rigide entre les différents cas de manquement à la loyauté contractuelle, un même comportement pouvant, suivant le contexte, être qualifié de manquement à la bonne foi ou d'abus de droit, sans que cela semble déterminant de la nature de la sanction qui en découle »[1768]. Ce qui abonde dans notre sens, puisque nous souhaitons voir

---

[1764] Une distinction effectuée par M. Stoffel-Munck dans l'optique de les rattacher à deux régimes distincts. L'abus par déloyauté devrait être fondé, selon lui, sur la responsabilité civile extracontractuelle (et il en découlerait la sanction par indemnisation) ; l'abus de prérogative devrait quant à lui être rattaché à la force obligatoire du contrat (anc. art. 1134, al. 1er) qui pourrait être atténuée en conséquence (à travers la sanction de l'inopposabilité et même plus généralement de l'inefficacité) : PH. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie,* th. Aix-Marseille, éd. LGDJ, 2000, Préf. R. Bout, n° 8, p. 13.

[1765] P. ANCEL, *Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle,* Cah. dr. entr., 1998/6, p. 35 ; S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen,* th. Paris 1, PUAM, 2012, Préf. M. Fabre-Magnan, n° 110 s., p. 108 s.

[1766] R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat, op. cit.,* n° 164, p. 137 : l'auteur allant même jusqu'à critiquer l'usage des termes « abus de droit » pour se référer à une situation caractérisée par un manquement à la « bonne foi », alors que ce sont ces derniers termes que l'on retrouve inscrit au sein de la loi. L'abus étant au contraire « une construction jurisprudentielle sans fondement textuel prédéterminé ». Si un choix devait être fait pour désigner le contrôle des comportements fautifs des contractants, il serait préférable qu'il porte sur « le vocable prévu par la loi ».

[1767] R. VOUIN, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, th. Bordeaux, LGDJ, 1939, n° 50, p. 80.

[1768] P. ANCEL, *Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, Retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007, in* Mélanges en l'honneur de D. Tricot, Dalloz-Litec, 2011, p. 82. *Adde,* P. ANCEL et G. AUBERT, *Introduction en forme de*

appliqué à la fixation abusive du prix les sanctions de la mauvaise foi, celle de l'immixtion judiciaire en tout premier lieu.

562. La réfaction et la fixation judiciaire du prix peuvent constituer le remède du manquent à la bonne foi – Il a déjà été admis que la bonne foi peut offrir au juge « une double possibilité d'immixtion dans le contrat »[1769]. « Elle lui permet tout d'abord d'évaluer une conduite individuelle lors de l'exécution de la convention et de la sanctionner : sa fonction est alors évaluatrice ; elle lui permet ensuite de déterminer le contenu contractuel en se référant à une éthique de solidarité et de communauté d'intérêts : sa fonction est alors soit complétive, soit éventuellement adaptatrice, ce qui la place ici dans une double perspective par rapport au principe de la force obligatoire »[1770]. Il nous semble que la sanction de la fixation abusive du prix peut emprunter de façon cumulative ces deux fonctions. La première, que décrit Monsieur Yves Picod, permettrait à la victime de la fixation abusive du prix d'obtenir l'indemnisation de son *éventuel* préjudice. La seconde quant à elle autoriserait le juge à corriger le défaut qui affecte le contrat, à travers la réduction du prix (dans les contrats-cadre)[1771], et la fixation du prix adéquat (dans les contrats de prestation de service)[1772]. « Dans son office le plus radical, l'article 1134, al. 3 (anc.) aurait un rôle correcteur », permettant notamment de « retrancher à leur accord »[1773].

---

dialogue franco-suisse, in L'abus de droit, Comparaison franco-suisse, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2001, p. 15-28.

[1769] Y. PICOD, Jcl. civ., Fasc. 11, *Art. 1134 et 1135*, n° 7, p. 5.

[1770] Y. PICOD, *ibid. Adde*, K. DE LA ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat,* th. Perpignan, LGDJ, 2006, Préf. Y. Picod, n° 430, p. 263 : où l'auteur relève également que « la bonne foi agit sur deux plans : le plan objectif en permettant au juge de redonner au contrat le contenu qu'il doit avoir et sur le plan subjectif en donnant au juge la mission d'intervenir sur la conduite des contractants ». Ce premier plan ayant, selon nous, dans le domaine précis que nous traitons, aucun lien avec la moralité dont les excès ne permettent de fonder ici aucune critique. La définition judiciaire du prix ne fait que conformer le contrat à ce pour quoi les parties se sont entendues : non pas seulement fixer unilatéralement le prix, mais que soit fixé au moment venu un prix en adéquation avec des critères qui ont évolué entre le moment de la formation du contrat et le moment actuel. Le pouvoir de fixer unilatéralement le prix ayant été décidé dans le but de pouvoir s'adapter aux évolutions, notamment dans les contrats de longue durée, on ne peut exclure la prise en compte de ces dernières pour apprécier la façon dont le prix a été fixé.

[1771] Art. 1164.

[1772] Art. 1165.

[1773] P. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, th. Paris XII, Dalloz, 2005, Préf. F. Chabas, n° 169 s.

563. Il ne paraît pas loisible d'affirmer que le remède à l'abus de droit et/ou au manquement à l'obligation de bonne foi, ne peut en aucun se mettre en œuvre à travers l'immixtion du juge, alors que la réalité démontre le contraire[1774]. Des manifestations de cette possibilité peuvent être relevées, ainsi en va-t-il de la théorie de l'imprévision consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016. Le devoir de renégocier le contrat impacté par une imprévision tire sa source de l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, or l'article 1195 du Code civil va bien au-delà de la sanction indemnitaire puisqu'il autorise le juge à réviser le contrat au lieu et place des parties[1775]. En refusant la renégociation, le créancier manque à son obligation de bonne foi et c'est ainsi que le juge peut pallier à son refus, à titre de sanction en nature. La révision pour imprévision rejoint, par ailleurs, la problématique des remèdes au prix fixé abusivement car elle est en rapport avec la correction d'un déséquilibre dans le contrat. Ces deux formes de blocages se rejoignent autant par leur nature que par le fondement permettant de les sanctionner, et pourtant la réforme du droit des contrats a décidé de leur appliquer

---

[1774] Pour un aspect théorique démontrant que la bonne foi constitue, de façon générale, le fondement idoine de la réfaction, V. K. DE LA ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat, op. cit.,* p. 246-263. Après avoir écarté la cause, l'auteur retient pour fondement une combinaison de l'équité et de la bonne foi. De son point de vue, la réfaction serait, devrait être, fondée sur l'anc. art. 1134, al. 3 en complément à l'équité de l'anc. art. 1135. C'est même l'équité qui est désignée comme la justification essentielle de la réfaction (p. 222-245), la bonne foi étant présentée surtout comme un moyen de légitimer l'action du juge par un fondement textuellement bien assis et susceptible d'être contrôlé par la Cour de cassation (p. 260 s.).

Pour notre part, nous adhérons à la mise de côté de la cause (désignée aujourd'hui sous le terme de « contrepartie » ou plus largement comme le « contenu du contrat ») car elle ne peut régir les blocages contractuels intervenant au-delà de la formation du contrat (*Contra,* V. G. PIETTE, *La correction du contrat,* th. Aix-Marseille, PUAM, 2004, Préf. M. Menjucq : où la réfaction est fondée sur l'absence partielle de cause). Pour rester cohérent, il est nécessaire de rattacher les problématiques liées à l'exécution du contrat à un principe directeur qui a vocation à la régir, tel est le cas de la bonne foi qui s'applique à tous les stades de la vie du contrat (négociations, formation, exécution : art. 1104). En revanche, il nous semble que le fondement relatif à l'équité est inadapté car, à rebours de la bonne foi, celle-ci ne permet pas de modifier ce que les parties ont convenu. Un auteur ayant relevé, à juste titre, que « l'article 1134, al. 3 (anc.) […] permettrait d'aller à l'encontre de la volonté exprimée des parties, de retrancher à leur accord ou de paralyser certains de ses effets, quand l'article 1135 (anc.) n'envisage que d'ajouter aux effets de cet accord, en harmonie avec ce que les parties y ont exprimé. Ce dernier texte a pour conséquence l'adjonction, l'intégration selon la terminologie italienne, l'amplification, *non la modification* : par principe, son jeu ne saurait affecter le contenu de l'accord. Certains seront peut être surpris d'entendre que l'appréciation du contenu des accords de volontés, action propre de l'article 1135 (anc.), *n'entraîne ni révision, ni modification* de ce contenu » : P. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, *op. cit.,* n° 169 s.

[1775] Art. 1195, al. 2, C. civ. : « En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

une politique juridique différente. Le droit commun des contrats n'est-il pas censé être unifié par une même logique ?

564. Ce que certains considèrent comme un équilibre, entre tous les impératifs du droit des contrats, au sein de l'ordonnance, n'est-il pas simplement une peur de se positionner ? Les nouveaux textes, appréhendés dans leur ensemble, tendent plus à satisfaire tous les bords qu'à choisir de façon assumée une direction précise. L'hétérogénéité des positions pourrait être légitimée par la volonté, louable, de concilier tous les intérêts en présence mais encore faut-il que la répartition de ces positions soit mise en œuvre avec cohérence. Retrouver l'esprit de chacune des politiques juridiques au sein des nouveaux textes ne suffit pas, la façon dont la répartition est effectuée doit pouvoir être justifiée, en un mot celle-ci doit avoir du sens. Le processus de la réforme, et l'analyse comparée du contenu des textes entre le projet et l'ordonnance publiée fournit un indicateur précieux de cette satisfaction. Avec un projet qui autorise l'immixtion du juge pour sanctionner l'abus mais qui l'interdit pour l'imprévision, puis un texte définitif qui inverse les choses en autorisant cette immixtion pour remédier à l'imprévision mais qui la refuse en cas de prix fixé abusivement, comment peut-on y voir une répartition cohérente et non pas une simple volonté de satisfaire les contestations opposées ?

« On peut [qu'] être désorienté par la valse-hésitation du législateur qui n'a eu de cesse de tergiverser entre les deux visions incompatibles du rôle du juge »[1776]. L'attitude versatile et peu logique du rédacteur donne l'impression que tout ce qui compte c'est que chaque versant de politique juridique soit pris en compte alors que c'est la cohérence qui doit avant tout primer. La conciliation ne consiste pas simplement à juxtaposer des règles tenant compte de tous les intérêts mais à les répartir de manière utile et cohérente. On ne peut estimer que c'est le cas dès lors que l'ordonnance a causé un mal pire que le projet en accordant un traitement privilégié au contractant à l'origine de la fixation abusive du prix, alors qu'aucune faveur n'est accordée au créancier qui doit affronter une imprévision. Ce choix relève du paradoxe car la révision du contrat que le juge impose aux

---

[1776] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil,* Dalloz, 2016, n° 421, p. 344.

parties est censée être plus admissible dans le cas fautif de la fixation abusive du prix, que dans la situation non fautive de l'imprévision. Cette dernière est soumise à un régime plus dur alors qu'elle ne résulte pas du comportement des parties mais de circonstances extérieures. Certes, le refus de renégocier le contrat constitue un manquement à la bonne foi, et donc une faute susceptible de justifier l'intervention du juge, mais la loi permet bien plus que cela. Ce n'est pas seulement uniquement dans le cas du refus de négocier du créancier que le juge peut s'immiscer, mais également en cas d'échec de la négociation, autrement dit même en l'absence de comportement fautif.

B/ La suffisance de la force obligatoire du contrat pour fonder la définition judiciaire du prix

565. L'abus de prérogative dépend de la finalité du droit exercé – Le thème étudié peut être davantage précisé afin d'affiner le fondement de la définition du prix. Il nous faut reprendre la distinction développée par Monsieur Stoffel-Munck [1777] qui distingue « l'abus par déloyauté » et « l'abus de prérogative »[1778]. L'abus dans la fixation du prix appartient à la seconde catégorie car il s'agit de l'« hypothèse où un véritable droit [issu du contrat] est exercé selon sa lettre mais non selon sa finalité[1779]. Cet abus de prérogative n'a aucune chance d'être appréhendé s'il n'est pas tenu compte de la raison de son existence[1780], elle seule permet de déterminer si le droit exercé a fait l'objet d'un détournement.

[1777] Étant toutefois précisé que nous reprenons cette distinction dans un but différent de celui de l'auteur. M. Stoffel-Munck a développé cette dichotomie afin de scinder l'abus contractuel en deux régimes distincts. D'un côté, l'abus par déloyauté relèverait de la responsabilité civile extracontractuelle (p. 106-159), et serait sanctionné uniquement par des dommages et intérêts (p. 252-284). De l'autre, l'abus de prérogative aurait une nature contractuelle (p. 467-527), et serait sanctionné par l'inexistence [autrement dit pas l'inefficacité du droit exercé abusivement] (p. 577-582), laquelle ne serait remplacée par des dommages et intérêts que par dépit, parce que l'exercice abusif du droit « a déjà déployé tous ses effets utiles » (n° 794, p. 581). Nous souhaitons démontrer que le droit de fixer unilatéralement le prix ne peut être détaché de sa finalité, au point que le fait de la contredire constitue une inexécution contractuelle.

[1778] PH. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie,* th. Aix-Marseille, LGDJ, 2000, Préf. R. Bout.

[1779] PH. STOFFEL-MUNCK, *ibid.,* n° 694, p. 507.

[1780] PH. STOFFEL-MUNCK, *ibid.,* p. 496-527 et p. 532-582.

566. Le contrat étant « une construction intellectuelle, chaque clause sert une finalité qui n'apparaît peut-être pas dans sa lettre, mais qui a nécessairement été sous-entendue »[1781]. Le droit de fixer unilatéralement le prix a généralement pour finalité la volonté d'adapter le prix aux circonstances, celles-ci étant susceptibles de varier entre le moment de la formation et le moment de l'exécution du contrat (le temps écoulé entre ces deux périodes pouvant être assez conséquent dans les contrats-cadre et plus généralement dans les contrats de longue durée). Cela facilite l'appréciation du juge qui peut décider de l'existence d'un abus dès lors que la fixation du prix n'est pas conforme à la finalité de la clause ayant autorisé la fixation unilatérale.

567. La finalité du droit exercé abusivement permet de se fonder sur la force obligatoire du contrat – Monsieur Stoffel-Munck précise que « caractériser l'abus par détournement de finalité ne nécessite pas qu'on porte un jugement de valeur sur la qualité morale du comportement du titulaire du droit. Les deux problèmes appartiennent à deux ordres de réflexion différents : le premier relève d'une approche technique scrutant le contenu du droit, le second relève d'une approche éthique analysant les comportements en cause ». La question n'étant pas de savoir si le droit a été détourné injustement mais « s'il a été détourné tout court »[1782]. Caractériser et sanctionner l'abus de prérogative nécessite donc de passer par la recherche de la volonté des parties[1783], or comme on le sait, garantir celle-ci revient à faire respecter la force obligatoire du contrat[1784].

568. Si on estime que les contractants se sont mis d'accord pour la fixation unilatérale d'un prix adapté aux circonstances[1785], et non pour une fixation unilatérale tout court, le principe de la force obligatoire du contrat pourrait

---

[1781] PH. STOFFEL-MUNCK, *ibid.,* n° 736, p. 536.

[1782] PH. STOFFEL-MUNCK, *ibid.,* n° 731, p. 534.

[1783] PH. STOFFEL-MUNCK, *ibid.,* n° 735, p. 536.

[1784] Art. 1103 C. civ. : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

[1785] Les mobiles, dont la prise en compte est amplement discutée dans son lien avec la cause, sont en principe ignorés. Toutefois, dans le domaine analysé, la finalité est intégrée dans la sphère contractuelle, elle fait explicitement partie de l'obligation souscrite et n'en est détachée que pour mieux apprécier l'abus.

justifier l'immixtion du juge. Ainsi, la réduction du prix ou sa fixation par le juge aurait pour fondement une combinaison de la bonne foi et de la force obligatoire du contrat, pourtant si souvent présentées comme antinomiques. Les arrêts rendus par l'assemblée plénière le 1er décembre 1995 ne contredisent d'ailleurs pas ce point de vue. Ils se référent, en effet, à l'ancien article 1134 *en entier*, lequel prévoit la bonne foi au troisième alinéa, mais également la force obligatoire du contrat à l'alinéa 1er. La Haute juridiction ne peut pas s'être abstenue de préciser l'alinéa relatif à la bonne foi par pur hasard, elle a forcément entendu se référer dans le même temps à la force obligatoire des engagements. Ainsi que le soulignait Capitant, « les deux derniers alinéas de l'art. 1134 ne sont que le développement du principe formulé par le premier. L'article tout entier est dominé par cette règle que le contractant doit exécuter l'engagement qu'il a pris »[1786].

569. Le même constat a d'ailleurs été établi par Monsieur Thomas Genicon[1787] qui distingue les manquements à l'obligation contractuelle de bonne foi « à l'état pur », des cas où « le recours à la notion un peu fantasmatique de la bonne foi semble constituer un détour juridiquement inutile »[1788]. Dès lors que le manquement concerne une obligation du contrat aisément identifiable, il se trouve dans la seconde catégorie, dont fait évidemment partie la fixation abusive du prix[1789]. C'est qu'« il y a indéniablement violation de la loi contractuelle à chaque fois qu'un contractant fait obstacle à la bonne exécution de l'opération contractuelle »[1790]. Ces approfondissements font découvrir que « ce qui couve sous l'obligation contractuelle de bonne foi n'est rien d'autre que la force

---

[1786] H. CAPITANT, note sous Paris, 21 déc. 1916, DP 1917, 2, p. 34.

[1787] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution,* th. Paris II, LDGJ, 2007, Préf. L. Leveneur, n° 292-301, p. 215-222.

[1788] Citant : Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat,* th. Paris 1, LGDJ, 2004, Préf. H. MUIR-WATT, n° 235, p. 320.

[1789] D'ailleurs la possibilité même de déterminer unilatéralement le prix dans un contrat-cadre doit être expressément prévue dans le contrat, ainsi que le prescrit l'art. 1165 C. civ.

[1790] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* n° 302, p. 222. – D'ailleurs, par cette affirmation, l'auteur emprunte la même définition de l'inexécution que celle prévue à l'art. 1:301 des Principes de droit européen des contrats (PDEC), selon lequel « le terme "inexécution" dénote le fait de manquer à exécuter une obligation issue du contrat, qu'il bénéficie ou non d'une exonération, et s'applique aussi à une exécution tardive ou défectueuse et *au refus d'une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet* ».

obligatoire elle même : l'obligation de respecter la loi que les parties se sont faites »[1791], qui ne renvoie pas simplement à l'obligation souscrite[1792] mais également à la manière dont elle doit être normalement exécutée[1793].

Paragraphe II – L'autorisation légale de la définition judiciaire du prix

570. La volonté du rédacteur de retirer au juge la possibilité de réduire le prix fixé abusivement dans les contrats-cadre, et de fixer le prix litigieux dans les contrats de prestations de service, ne fait que peu de doutes. Autrement, elle n'aurait pas été retirée entre le projet et le texte définitif. Le juge n'est cependant pas lié par cette volonté qui se devine en filigrane, il faut donc déterminer s'il doit s'auto-enfermé dans une appréhension restrictive du dispositif ou s'il peut se permettre une large interprétation des textes qui l'autoriserait à sanctionner l'abus par une définition du prix. La seconde option pourrait sans doute être qualifiée de contournement, mais dès lors qu'elle est possible, utile et cohérente par rapport à la théorie du droit, il n'y aucune raison de la rejeter (A). Admettre un tel élargissement des sanctions implique de déterminer les moyens dont pourrait disposer le juge pour fixer le prix convenable, qu'il s'agisse d'y arriver par le biais d'une réduction ou d'une fixation (B).

A/ Arguments en faveur de la possible définition judiciaire du prix

571. La première habileté dont le juge pourrait faire preuve consiste à faire perdurer la jurisprudence antérieure qui l'autorisait à fixer le prix dans certains contrats particuliers. Ce qui reviendrait à faire du domaine de l'article 1165 une catégorie résiduelle (1). Une solution, d'une envergure encore plus grande, se trouve à sa portée. Il pourrait, en effet, décider de ne pas renoncer à appliquer les remèdes traditionnels de l'inexécution du contrat, prévus à l'article 1217 du Code civil. Le texte permettant expressément de sanctionner l'abus par une réduction du

---

[1791] T. GENICON, *ibid.*

[1792] Qui est la définition de l'inexécution la plus ample, la plus générale.

[1793] Qui constitue une définition plus précise, plus fine.

prix ou une exécution forcée serait alors tout trouvé. Par cette ouverture, il reconnaitrait tacitement que le manquement à la bonne foi, causé par l'abus, constitue une véritable inexécution contractuelle et non pas simplement une faute de comportement (2).

1. Continuité de la jurisprudence antérieure permettant la fixation judiciaire du prix

572. Pour les contrats de prestation de service, il est désormais bien établi par l'article 1165[1794] que la détermination du prix ne constitue pas une condition de validité[1795]. Le coût d'une prestation de service étant difficilement évaluable avant sa réalisation[1796]. Cette avancée est néanmoins assortie d'un net recul concernant les pouvoirs du juge qui ne peut plus fixer le prix sur lequel les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord[1797]. Le domaine concerné par cette restriction est large, il s'agit de tous les contrats de prestation de service de sorte que l'on s'interroge sur le maintien des solutions antérieures qui permettaient la fixation judiciaire des honoraires[1798]. Les doutes sur l'impact de la nouvelle législation sur le régime créé par la Cour de cassation restent entiers[1799].

573. L'adoption de nouvelles dispositions légales ne signifient pas en soi un abandon des jurisprudences applicables avant qu'elle n'intervienne, c'est le cas uniquement lorsque les règles antérieures et les nouveaux textes sont inconciliables. Le juge aura donc le choix et pourra être « auteur et acteur de la

---

[1794] Auparavant, V., notamment, Cass. civ. 1re, 28 nov. 2000, n° 98-17.560 (s'agissant d'un contrat d'entreprise).

[1795] En outre, contrairement aux contrats-cadre, l'accord des parties en ce sens n'est même pas requis, il suffit que le prix n'est pas été déterminé au moment de la formation du contrat pour que l'article 1165 ait vocation à s'appliquer.

[1796] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil,* Dalloz, 2016, n° 420, p. 343.

[1797] S. PELLET, *Fixation unilatérale du prix : une prérogative bien obscure !*, LEDC 2016, n° 3, p. 5.

[1798] Cass. civ., 3ème, 20 fév. 1973, n° 71-13.689, Bull. civ. III, n° 145 (concernant un contrat de mandat) ; Cass. com, 21 févr. 2006, n° 02-14.326, Bull. civ. I, n° 100 (concernant les généalogistes) ; Cass. civ. 1re, 3 mars 1998, n° 95-15.799, Bull. civ. I, n° 85 (concernant les avocats).

[1799] S. PELLET, *ibid.*

réforme »[1800], en décidant du maintien de la fixation judiciaire du prix pour les contrats où elle était autorisée jusqu'alors. Il pourrait décider que le point de l'article 1165 qui n'octroie que des dommages et intérêts à la victime, est destiné à s'appliquer à tous les autres contrats de prestation de service[1801]. Il en résulterait sans doute une catégorie résiduelle peu étendue mais aux grands maux les grands moyens, ce ne serait pas disproportionné vu les conséquences que nous avons décrites. Puisqu'il n'existe en outre aucun motif dirimant pouvant empêcher le juge de fixer le prix en cas d'abus, pourquoi ne pas faire perdurer les solutions passées.

2. L'application à l'abus des remèdes traditionnels de l'inexécution contractuelle

574. Imprécision ne signifie pas exclusion – Le fait que les articles 1164 et 1165 prévoient uniquement une indemnisation (en plus de la résolution pour le premier texte) signifie-t-il nécessairement que toute autre sanction est exclue ? L'imprécision équivaut-elle à l'exclusion ? Puisque le projet avait initialement autorisé l'immixtion du juge et qu'elle a finalement été retirée incite à répondre par l'affirmative. Par ailleurs, le rapport au Président de la République reprend les sanctions prévues dans ces dispositions sans en indiquer d'autres. Toutefois, sans vouloir renier l'importance de prendre en compte la volonté du législateur pour interpréter les textes, le juge reste libre d'ajuster utilement la loi, il s'agit là d'un rôle habituel qui lui est reconnu. D'autant plus que le rapport de présentation de l'ordonnance est censé être dépourvu de valeur contraignante[1802]. Il ne faut

---

[1800] D. GUEVEL, *Propos introductifs*, *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, Colloque, RDC 2016/2, p. 352 s.

[1801] Il a déjà été relevé que « les contrats de prestation de service » visés à l'article 1165 ne renvoient pas simplement aux contrats d'entreprise auxquels on aurait souhaité attribué une « nouvelle dénomination plus modern ». La volonté du rédacteur serait plutôt de désigner « une catégorie plus vaste qui les dépasse pour englober tous les contrats dont la prestation caractéristique n'est pas une obligation de donner ou de payer une somme d'argent » : O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 277. – L'art. 1127-1 du Code civil, qui oppose les contrats de prestation de service aux contrats de fourniture de biens » confirme ce point de vue.

[1802] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, op. cit.,* n° 34, p. 27-28 : où le rapport y est décrit simplement comme « une technique de clarification extérieure à la norme elle même » destinée à favoriser l'accessibilité de la loi. « Sans doute les juristes y

cependant pas se contenter d'affirmer que le juge peut appliquer d'autres remèdes sans rechercher les textes et les moyens sur lesquels il pourrait se baser pour y parvenir.

575. D'un contrôle à la *formation* à un contrôle à l'*exécution* – Passer de la nullité à la résolution a été rendu possible en déplaçant le contrôle qui ne se situe plus au stade de la formation mais à celui de l'exécution. C'est ainsi que les arrêts de l'Assemblée plénière de 95 ont mis fin à l'exigence de détermination du prix qui avait laissé place à l'appréciation à posteriori de l'abus. Certes, « la méconnaissance de l'obligation de bonne foi n'est pas tout à fait une inexécution contractuelle, mais « elle n'en est pas moins relative à l'exécution »[1803] et la contravention d'un devoir qui la gouverne. Si l'immixtion judiciaire n'avait pas fini par être retirée entre le projet et le texte définitif, il n'aurait pas été exclu – de façon aussi affirmative – que les remèdes traditionnels de l'inexécution, prévus à l'article 1217 du Code civil (exécution forcée en nature, réduction du prix et exception d'inexécution), puissent s'appliquer[1804].

576. Application des sanctions de l'inexécution contractuelle à la fixation abusive du prix – Le retrait délibéré de la fixation judiciaire du prix pour les contrats de prestation de service et de la réduction du prix pour les

---

trouveront-ils matière à une meilleure compréhension de l'intention du législateur. Mais il ne possède pas de portée normative particulière et ne saurait donc être considéré comme une interprétation officielle du texte de l'ordonnance ». Ce constat est relevé par un autre auteur qui évoque un « élément d'interprétation parmi d'autres » dont « l'autorité, déjà relative, déclinera comme celle de tout outil exégétique, au fil du temps » (C. PÉRÈS, *Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats*, JCP 2016. 454). – Ce point de vue est quasi unanime au sein de la doctrine qui considère que ce rapport est sans « valeur juridique particulière » (L. LEVENEUR, *Présentation générale de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Contrats, conc. consom. 2016, Dossier 2, n° 11), ou encore dépourvu « de force normative et de légitimité démocratique » (O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 13). Dans le meilleur des cas, on lui a attribué une « faible force normative » (M. MEKKI, *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations,* D. 2016. 494) qui ne saurait excéder celle d'une circulaire interprétative (F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, coll. À savoir, 2016, n° 62.11).

[1803] PH. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 2ème éd., Litec, 2009, n° 135.

[1804] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* p. 275.

contrats-cadre, signifie-t-il forcément qu'on a souhaité les exclure[1805] ? Un autre point de vue peut être retenu par la Cour de cassation qui aura pour rôle d'interpréter les nouveaux textes. Non pas qu'il convainc beaucoup plus, mais parce qu'il n'est pas illogique et qu'il permettrait d'utiliser une méthode bien plus louable que la définition judiciaire du prix déguisée. Nous pouvons, en effet, considérer que la réduction du prix fixé dans les contrats-cadre a été retirée car l'article 1217[1806] et 1223[1807] le permettent déjà. Il s'agit certes d'un procédé de réfaction unilatérale mais in fine c'est au juge de décider de son bienfondé et de proportionnalité, en cas de contestation.

Il en irait de même pour la fixation judiciaire du prix dans les contrats de prestation de service que l'article 1217 permet, indirectement, à travers l'exécution forcée en nature[1808]. Dans cette seconde situation, il faut comprendre que forcer le créancier à déterminer un prix exempt d'abus, en le soumettant par exemple à une astreinte afin de le dissuader de continuer à se soustraire à ses obligations, ne constitue pas autre chose qu'une exécution forcée en nature. Cette dernière ne devrait pas être rattachée uniquement à l'exécution de l'obligation principale mais à tout ce qui l'entoure, et lui permet d'être effective.

577. Au surplus, l'exécution forcée pourrait s'appuyer sur l'article 1222 qui permet de recourir à un tiers afin qu'il exécute l'obligation à la place du contractant défaillant. Il ne paraît pas si irrationnel que de laisser la partie lésée demander au juge de recourir à un expert susceptible de fixer un prix adéquat. Cette démarche serait sans doute moins irritante qu'une fixation directe du juge,

---

[1805] La majorité des auteurs répondent à cette question par l'affirmative : O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid.*

[1806] L'art. 1217 du C. civ. permet, notamment, à la partie victime de l'inexécution contractuelle de « poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation », « solliciter une réduction du prix », « provoquer la résolution », « demander réparation des conséquences de l'inexécution ». Cet article précisant par ailleurs que les sanctions peuvent être cumulées, tant qu'elles ne sont pas inconciliables.

[1807] Art. 1223 : « Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix ».

« S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais ».

[1808] Lorsque le juge le prix, on se retrouve dans la même situation que si le créancier avait fixé le prix sans abus. L'exécution forcée en nature ne consistant pas en autre chose que cela, elle permet « d'effacer » l'inexécution, à rebours de l'exécution forcée par équivalent. – À ce sujet : V. V. LONIS-APOKOURASTOS, *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature,* Aix-Marseille, PUAM, 2003, Préf. J. Mestre.

sachant en outre que le procédé est déjà admis pour remédier à l'abus de minorité[1809] dont peuvent souffrir les décisions sociales non conformes à l'intérêt social[1810], alors même que le juge n'est pas censé pouvoir s'immiscer dans la « loi des associés »[1811]. Le jugement valant décision sociale a été abandonné par la Cour de cassation[1812] malgré l'insistance des juridictions de fond et son approbation par la doctrine majoritaire[1813], mais elle avait ensuite admis que les juges puissent désigner un tiers afin qu'il vote, lors de la tenue d'une nouvelle assemblée, à la place des associés minoritaires de mauvaise foi[1814]. Une désignation qui peut d'ailleurs être sollicitée devant le juge des référés dès lors que l'abus de minorité met la société dans un péril imminent[1815]. Sur ce modèle, le juge pourrait tout à fait désigner un expert qualifié afin qu'il détermine le prix à la place du créancier fautif. Ce rapprochement est d'autant plus pertinent qu'il s'agit de sanctionner un abus de droit dans les deux cas.

[1809] Les décisions sociales doivent se conformer à l'intérêt social et préserver la pérennité du contrat social. Cette exigence peut être entravée par ce que l'on appelle une minorité de blocage. Celle-ci pouvant intervenir lorsque la décision est soumise à un vote à la majorité qualifiée (Ex. pour la modification des statuts la loi requiert un vote à la majorité des trois quarts pour la société à responsabilité limitée, et à la majorité des deux tiers pour la société anonyme). C'est cette majorité qualifiée qui octroie à des associés minoritaires le pouvoir de bloquer la décision d'une assemblée générale, quand bien même elle serait conforme à l'intérêt social

[1810] Sur cette notion, V. D. SCHMIDT, *De l'intérêt commun des associés,* JCP 1994, I, n° 404 ; A. COURET, *L'intérêt social,* JCP E, Cah. dr. entr., suppl. 1996, n° 4 ; PH. BISSARA, *L'intérêt social*, Rev. sociétés 1999, p. 5 . S. ROUSSEAU et I. TCHOTOURIAN, *L'intérêt social en droit des sociétés*, Rev. sociétés 2009, p. 735 ; D. MARTIN et G. BUGE, *L'intérêt social dans le contentieux des ordonnances sur requête, en référé et en la forme des référés*, RTD com. 2010, p. 481 ; D. PORACCHIA et D. MARTIN, *Regard sur l'intérêt social*, Rev. sociétés 2012, p. 475.

[1811] N. LAHNANE, *L'inflexion nécessaire du principe d'intangibilité du contrat : étude comparée entre droit des sociétés et droit commun des contrats,* AJ Contrat, Nov. 2017, p. 475.

[1812] Cass. com., 9 mars 1993, n° 91-14.685, Bull. civ. IV, n° 101, arrêt *Fladin* ; Rev. sociétés 1993, p. 403, note PH. MERLE, JCP E 1993, II, n° 448, note A. VIANDIER, JCP G 1993, II, n° 22107, note Y. PACLOT, RJDA 1993, n° 404, JCP N 1993, II, p. 293, note BARBIÈRI, Dr. sociétés 1993, n° 95, obs. H. LE NABASQUE, D. 1993, jur., p. 363, note Y. GUYON, BRDA 1993, n° 6, p. 15, LPA 24 mars 1993, p. 12, Bull. Joly Sociétés 1993, p. 547, JCP N 1994, II, p. 152, note A. VIANDIER.

[1813] V. LONIS-APOKOURASTOS, *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature, op. cit.,* n° 275 s., p. 240 s., spéc. n° 287 s., p. 248 s. ; J. MESTRE, *Rapport de synthèse, in* Colloque Deauville : La loi de la majorité, RJ com., p. 147 ; M. BOIZARD, note sous Cass. com. 5 mai 1998, Rev. sociétés, 1999, p. 344 : « Il est regrettable que les magistrats n'osent pas adopter la sanction du jugement valant acte qui paraît la mieux adaptée à l'urgence de la situation sociale dans la mesure où l'abus est restrictivement admis et où la nécessité de l'augmentation de capital a été expliquée au minoritaire […]. Il est encore temps d'espérer » (p. 349).

[1814] Com. 5 mai 1998, n° 96-15.383, Bull. civ. IV, n° 149.

[1815] CA, Rouen, 13 juin 2000, en l'espèce il s'agissait du refus d'un transfert de siège social pour des raisons d'ordre personnel exclusivement.

578. L'immixtion, tant redoutée, serait réelle mais juste[1816]. Il faut se souvenir qu'il s'agit de l'abus d'une prérogative, souvent réalisé avec malice et intention de nuire. L'ordonnance du 10 février 2016 permet cette immixtion dans le cadre de l'imprévision alors qu'elle provient d'un coup du sort et que sa survenue ne peut être imputée à l'une ou l'autre des parties. Il ne paraît pas cohérent de moins bousculer les contractants responsables sans aucun doute de la perturbation de l'exécution du contrat[1817]. Des arguments empêchant de recourir aux remèdes traditionnels de l'article 1217 sont aisés, on peut par exemple invoquer le fait que la défaillance ne porte pas sur l'obligation promise et qu'il s'agit plutôt d'une défaillance sur la manière d'exécuter le contrat. Ceux-ci ne sont pas contredits uniquement par les bienfaits que procurerait la définition judiciaire du prix car, en réalité, le manquement à la bonne foi opéré par l'abus peut tout à fait revêtir la qualification d'inexécution contractuelle.

579. La fixation abusive du prix constitue une véritable inexécution contractuelle – Se contenter d'affirmer que l'article 1217 est applicable à la fixation abusive du prix, sans démontrer qu'elle constitue une inexécution contractuelle, aurait été manqué de rigueur. À cette fin, nous nous appuyons sur la démonstration de Monsieur Thomas Genicon[1818] qui s'est attelé à cette tâche avec brio pour convaincre de la possibilité de sanctionner le manquement à la bonne foi contractuelle par la résolution. Nous poursuivons un but autre puisque ce n'est pas la résolution qui nous importe mais la réduction du prix, mais depuis que la réforme a intégré cette dernière parmi les sanctions de l'inexécution, aux côtés de la résolution, on peut lui appliquer un raisonnement identique. Les conditions d'application attachées aux différents remèdes de l'inexécution du contrat peuvent

---

[1816] Sur la fonction répressive de la réfaction, V. K. DE LA ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat,* th. Perpignan, LGDJ, 2006, Préf. Y. Picod, p. 337-338 (pour sa fonction dissuasive, en prévention, V. p. 339).

[1817] Un auteur a relevé, à juste titre, à quel point « on peut être désorienté par la valse-hésitation du législateur qui n'a eu de cesse de tergiverser entre les deux visions incompatibles du rôle du juge. Dans le projet d'ordonnance de février 2015 avait la possibilité de réviser le prix fixé abusivement. En revanche, il ne disposait pas de ce pouvoir lorsque le prix avait été déséquilibré par les circonstances. Dans l'ordonnance publiée, le législateur a fait un choix strictement inverse : le juge ne peut pas modifier le prix abusif, mais il peut modifier le prix déséquilibré par les circonstances » : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil,* Dalloz, 2016, n° 421, p. 344.

[1818] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution,* th. Paris II, LDGJ, 2007, Préf. L. Leveneur, n° 279 s., p. 206 s.

différer mais le prérequis nécessaire à leur enclenchement est le même pour tous : une inexécution contractuelle. Monsieur Thomas Genicon prend au préalable la peine – amplement nécessaire – de réfuter la thèse de Monsieur Philippe Stoffel-Munck[1819] selon laquelle les remèdes de la responsabilité contractuelle seraient inaptes à saisir la « simple déloyauté »[1820], car ils seraient attachées uniquement à la méconnaissance des obligations « de nature économique »[1821], autrement dit à la « frustration d'une créance patrimoniale promise »[1822]. Monsieur Genicon remet donc en cause la prétendue inapplication, à la mauvaise foi, des sanctions du manquement aux obligations spécifiquement attachées au contrat[1823].

580. L'auteur précité parvient à convaincre que la véritable distinction entre le comportement du débiteur et la prestation précisément promise est impossible, sinon difficile[1824]. Il relève, à juste titre, que « le comportement du débiteur participe de la définition de la prestation elle même et la compose pour une part, parfois considérable »[1825], puisque « dans la plupart des hypothèses, le créancier attend, pour être satisfait, que la prestation promise lui soit apportée d'une certaine manière et pas d'une autre »[1826]. Un important retard de livraison à l'acheteur de la chose vendue causé par une intention de nuire, voire par une négligence, évoque bien un défaut de comportement et pourtant la délivrance est

---

[1819] T. GENICON, *op. cit.,* n° 282-283, p. 207-209.

[1820] PH. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie,* th. Aix-Marseille, LGDJ, 2000, Préf. R. Bout, n° 158, p. 142 ; *Adde* H. LÉCUYER, *Le contrat, acte de prévision*, *in* Mélanges F. Terré, 1999, p. 653-654.

[1821] PH. STOFFEL-MUNCK, *ibid.,* n° 177, p. 164-165.

[1822] PH. STOFFEL-MUNCK, *ibid.*

[1823] M. Stoffel-Munck faisant la distinction entre un devoir spécial qui est contractuel, et un devoir général qui est extracontractuel. S'appuyant sur les travaux de Mme Geneviène Viney, l'auteur relève que « les obligations contractuelles ne traduisent pas en principe des normes de comportement à vocation sociale et de portée générale mais consistent simplement à déterminer le contenu et *les modalités d'exécution d'une prestation* ». La violation d'un devoir de comportement ne pourrait pas relever de la responsabilité contractuelle qui serait réservée à « l'inexécution d'une obligation *stricto sensu* » : PH. STOFFEL-MUNCK, *ibid.,* n° 153, p. 137-138. Pourtant, on peut déjà relever une incohérence à partir de l'objet de notre étude, car bien que la fixation abusive du prix soit un manquement à la bonne foi, elle concerne en outre « les modalités d'exécution » et constitue donc aussi un manquement à une obligation contractuelle. La défaillance peut donc tout à fait ne pas être strictement comportementale.

[1824] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* n° 284-286, p. 209-212.

[1825] T. GENICON, *ibid.,* n° 284.

[1826] *Ibid ; Adde,* dans un sens identique, D. MAZEAUD, *La nouvelle crise du contrat,* Colloque, Paris, Dalloz, 2003, p. 115.

attachée à l'obligation contractuelle. Le recoupement, dans un sens ou dans l'autre, du devoir social et du devoir contractuel est palpable. S'agissant de la fixation unilatérale du prix, elle contrarie l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi lorsqu'elle est abusive, mais il ne faut pas occulter que cette fixation constitue avant tout une modalité d'exécution du contrat, et pas des moindres puisqu'elle est absolument nécessaire (sans le prix, qui est un élément essentiel, rien n'est possible). L'exécution du contrat reposant *totalement* sur la fixation du prix, la défaillance qui la concerne ne peut pas être autre chose que l'inexécution d'un devoir contractuel[1827]. Ainsi, on ne peut nier le fait que les obligations de comportement peuvent être cumulativement contractuelles.

581. L'auteur précité s'est en outre demandé « pourquoi une prescription valable pour la vie sociale en général devrait se voir refuser, pour cette raison et par principe, le titre réservé d'obligation contractuelle ; ou alors, il faudrait en venir à considérer, en toute logique, que le simple fait de ne pas exécuter le contrat est aussi une faute purement délictuelle »[1828]. Honorer ses promesses constitue, il est vrai, un aspect important du savoir vivre en société, le respect de la parole donnée existe bien au-delà de la sphère contractuelle. Bien sûr, certains comportements peuvent être complètement détachés du contrat, tel serait par exemple le cas d'une violente altercation entre un vendeur et un acheteur mécontent de la délivrance tardive qu'il a dû subir. Dans ce genre de contexte, on peut estimer qu'il s'agit d'un manquement à un pur devoir de comportement et la pertinence de l'application de la responsabilité extracontractuelle ne fait aucun doute. Sauf que trop fréquemment, le manquement à une inexécution contractuelle est intégré précipitamment dans la catégorie des manquements extracontractuels dès lors qu'un défaut de comportement la caractérise.

582. C'est sans doute pour prendre en compte ces subtilités, que les Principes de droit européen des contrats intègrent dans l'inexécution l'exécution tardive ou défectueuse mais aussi et surtout tout comportement empêchant le

---

[1827] Et non pas simplement d'un devoir social ou d'une norme de comportement.
[1828] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* n° 287, p. 212.

contrat « de produire son plein effet »[1829]. La fixation abusive du prix n'aboutit pas à autre chose que cela.

B/ Technique de mise en œuvre de la possible définition judiciaire du prix

583. Opportunité de la tentative de conciliation préalable – L'immixtion du juge et, à un degré supplémentaire, la résolution constituent une forme de résignation. De par leur nature, elles ne sont mises en œuvre que par dépit. Il serait donc loisible pour le juge d'avoir le réflexe préalable de renvoyer les parties négocier, afin de ne pas passer à côté d'une conciliation qui aurait eu des chances de succès. Cette conciliation pourrait d'ailleurs être menée sous l'égide d'un médiateur afin de la faciliter. Par le passé, la Cour d'appel de Paris a déjà démontré l'opportunité de ce procédé, dans une affaire où la poursuite d'un contrat d'approvisionnement en fuel, liant EDF et SHELL, était menacée[1830]. Le bouleversement du marché pétrolier avait rendu inapplicable la méthode de détermination du prix initialement fixée par les parties. S'affrontaient devant la justice la requête de SHELL qui souhaitait voir prononcer la caducité du contrat, et la demande de détermination d'une nouvelle méthode de fixation du prix d'EDF. Alors que le tribunal avait retenu la caducité du contrat, sous prétexte qu'il n'incombait pas au juge de se substituer aux parties, la Cour d'appel a au contraire décidé de renvoyer les parties négocier sous l'égide d'un observateur, que l'on pourrait même qualifier d'expert puisqu'il était chargé de fixer lui-même la formule de détermination du prix applicable en cas d'échec de la négociation. Une nouvelle chance a été laissée aux parties de s'accorder et elles ont pu y parvenir grâce à la crainte de voir leur sort commun décidé par un tiers. Le rôle préventif des sanctions subsidiaires autorisant le juge à reprendre le contrôle devrait être davantage valorisé[1831].

[1829] Dans la Section 3 des PDEC (Commission Lando, 1994), dédiée à la terminologie, l'art. 1:301 précise que « le terme "inexécution" dénote le fait de manquer à exécuter une obligation issue du contrat, qu'il bénéficie ou non d'une exonération, et s'applique aussi à une exécution tardive ou défectueuse et *au refus d'une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet* ».

[1830] CA Paris, 28 sept. 1976, JCP 1978, II, 18810, note J. ROBERT.

[1831] M. E. ZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, th. Aix-Marseille, PUAM, 1996, Préf. J. MESTRE, n° 86, p. 85 : « Le recours à la médiation judiciaire, aujourd'hui expressément consacré par la loi, pourrait être plus fréquemment mis en œuvre […]. Avant de prononcer les sanctions les sanctions les plus radicales, « les juges seraient parfois bien inspirés de

584. Moyens de détermination du prix par le juge – La technique de définition judiciaire du prix peut être inspirée des droits européens et internationaux. Le modèle de premier ordre se trouve au sein de l'article 5.1.7, §1, des principes Unidroit qui prévoit que les parties n'ayant prévu aucune méthode de fixation du prix indéterminé sont réputées « s'être référées au prix habituellement pratiqué lors de la conclusion du contrat, dans la branche commerciale considérée, pour les mêmes prestations effectuées dans des circonstances comparables ou, à défaut d'un tel prix, à un prix raisonnable ». Il faut avouer que cette manière simple d'appréhender les choses donne l'impression d'un droit interne complexe, certainement parce que tourmenté par le principe d'intangibilité du contrat. Cette disposition prévoit en outre, dans le second paragraphe, une règle d'ordre public[1832] permettant de remplacer le prix fixé abusivement par « un prix raisonnable ». La convention de Vienne, relative à la vente internationale de marchandises traite la question de l'indétermination du prix de façon tout aussi pragmatique. Il est en effet prévu à l'article 55 que les parties sont réputées « s'être tacitement référées au prix habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat, dans la branche commerciale considérée, pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables », dès lors que le prix n'est pas déterminé.

Ce sont d'ailleurs ces moyens qui ont été suggérés par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris ainsi que le Conseil supérieur du notariat en 2010, lesquels défendaient l'idée d'une fixation judiciaire du prix[1833]. Sans doute que le texte à l'état de projet avait entendu cette requête puisqu'il permettait au juge de fixer le prix (pour les contrats-cadre et les contrats à exécution successive), ou de le réviser (pour les contrats de prestations de service) « en considération *notamment* des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties ».

---

tenter de dégager des solutions d'équilibre satisfaisant tout à la fois les impératifs de protection d'un contractant et de stabilité du lien contractuel ».

[1832] Puisque qu'il est interdit aux parties de déroger à ce dispositif par le biais d'une clause.

[1833] F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, n° 24.44, p. 138.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

585. Ainsi nous avons pu démontrer qu'il n'est pas judicieux de faire de l'indemnisation la sanction principale de la fixation abusive du prix, à l'instar de ce que prévoient les articles 1164 et 1165 du Code civil, et qu'il n'est pas totalement impossible pour le juge de fixer ou de réviser le prix litigieux, quand bien même ces derniers textes ne prévoient pas une telle option.

586. Le caractère mal aisé de l'indemnisation retenue par les nouveaux textes – L'indemnisation du préjudice engendré par l'exécution fautive du contrat, en tant qu'elle poursuit la même perspective que la responsabilité extracontractuelle, suppose la démonstration d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité[1834]. Ces conditions doivent répondre à des critères bien précis qui, dans le contexte de la fixation abusive du prix, rendent l'obligation probatoire de la victime difficile. Principalement, la victime peut avoir du mal à prouver son dommage et dans ce cas, même si le prix a été fixé abusivement (et donc qu'il y a eu une faute), elle ne peut être indemnisée puisque les trois conditions pour pouvoir engager la responsabilité d'autrui sont cumulatives[1835]. D'autant plus que nous sommes dans la matière contractuelle où seul le dommage prévisible est réparé[1836], donc même si la victime parvient à prouver la faute (l'abus), le dommage et le lien de causalité entre eux, dès lors que ce dommage n'est pas considéré comme prévisible, il n'y aura lieu à aucune indemnisation.

Les auteurs s'accordent pour dire que l'ordonnance n'a pas toléré que le juge puisse s'immiscer dans le contrat pour corriger directement le prix abusif. Il est vrai que ni l'article 1164, ni l'article 1165, ne prévoit une telle solution mais le fondement d'un tel pouvoir peut être trouvé ailleurs.

[1834] PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 8ème éd., LGDJ, 2016, p. 535 s. ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 6ème éd., LGDJ, 2016, n° 314 s., p. 267 s. ; F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11ème éd., Dalloz, 2013, n° 559 s., p. 607 s.

[1835] Cass. soc. 4 déc. 2002, Bull. civ. V, n° 368, RDC 2003. 54, obs. PH. STOFFEL-MUNCK ; RTD civ. 2003. 711, obs. P. JOURDAIN : l'inexécution du contrat ne permet pas à elle seule d'obtenir une réparation.

[1836] Art. 1231-3 C. civ. : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat ».

587. L'efficacité supérieure de la révision / fixation judiciaire du prix – Les dommages et intérêts n'ont pas notre préférence car ils apaisent le mal mais ne l'éradiquent pas[1837]. L'efficacité de la sanction attachée au prix est palpable à deux égards. Premièrement, le contrat est réparé et, s'il s'agit d'un contrat à exécution successive, il pourra faire l'objet d'une poursuite pérenne[1838]. Deuxièmement, le contractant lésé ne subit plus le prix abusif et s'il a été victime d'un dommage supplémentaire, celui-ci pourrait au surplus être réparé[1839]. D'ailleurs, cela permettrait aux juges de préserver la véritable vocation des dommages et intérêts car on peut déjà imaginer qu'ils s'en servent pour procéder à une réduction déguisée du prix. Les dommages et intérêts ne doivent pas faire office de réfaction, surtout qu'un texte - se situant en dehors des articles 1164 et 1165 - permet de fonder la réduction du prix.

588. L'admission légale potentielle de la définition judiciaire du prix comme sanction – *La mauvaise foi et la force obligatoire du contrat* constituent les deux fondements généraux que nous avons proposés, ils peuvent d'ailleurs être

---

[1837] « Mieux vaut [en effet] une révision des prestations, qui est un traitement constant du contrat, que le paiement d'une indemnité, qui n'est qu'un traitement ponctuel » : G. PIETTE, *La correction du contrat,* th. Aix-Marseille, PUAM, 2004, Préf. M. Menjucq, n° 996, p. 529. – Comp. C. JAMIN, *L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée*, D. 2001. 1568, où l'auteur estime que le problème peut être résolu si le juge accorde tout simplement des dommages et intérêts conséquents, à la hauteur de la perte subie, au nom de la force obligatoire du contrat : « en ne se réservant le droit d'intervenir qu'une fois celui-ci rompu, le juge se condamne le plus souvent à ne pouvoir accorder que des dommages et intérêts. Le pouvoir du créancier en ressort donc renforcé, bien que l'octroi éventuel d'une indemnité au profit du débiteur puisse constituer […] un sérieux instrument de dissuasion. Il faudrait néanmoins que le juge n'en use pas avec parcimonie quand il constate que la rupture du contrat par le créancier est fautive. S'agissant plus spécialement d'un contrat à durée déterminée, on peut ainsi imaginer qu'il puisse, à l'instar du droit du travail quand le contrat est rompu aux torts de l'employeur (cf. art. L. 122-3-8 c. trav.), accorder une indemnité équivalente au profit qu'en aurait tiré le débiteur jusqu'à son terme. Pour que la force obligatoire du contrat ne soit pas trop brutalement remise en cause, c'est donc une nouvelle fois la question du caractère punitif des dommages et intérêts qui doit être posée » (sur ce dernier point, en général, V. S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée,* th. Paris 1, LGDJ, 1995, préf. G. Viney ; N. CAYROL et *alii, La notion de dommages-intérêts,* Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Études, 2016).

[1838] Dans le domaine de la fixation abusive du prix, la question du maintien du contrat devrait être essentielle car c'est elle qui a justifié le principe même de l'indétermination du prix. C'est pour que le contrat n'encoure pas la nullité que les arrêts de l'Assemblée plénière de 1995 ont admis que le prix puisse être déterminé ultérieurement. Cette préoccupation devrait persister si le prix fixé a finalement fait l'objet d'une fixation abusive. Les contrats pour lesquels il était initialement prévu qu'ils se poursuivent, la correction du prix se révèle être capitale.

[1839] P. GROSSER, *Les remèdes de l'inexécution du contrat*, *Essai de classification*, th. Paris 1, 2000, n° 118 s. ; sur la possibilité de cumuler réfaction et indemnisation ; Même auteur, *Les sanctions de l'inexécution*, Dr. et patr. n° 258, mai 2016, p. 70 : sur le maintien de cette possibilité par l'ordonnance.

combinés pour que la correction judiciaire du prix bénéficie d'un fondement plus solide. Le recours au premier de ces fondements est évident (fixer abusivement un prix peut être considéré comme le non-respect d'une norme de comportement) et l'idée qu'il puisse offrir au juge « une double possibilité d'immixtion dans le contrat »[1840] (réduction du prix et indemnisation) n'est pas nouvelle. Un auteur considère même que la bonne foi constitue le fondement idoine de la réfaction[1841]. La théorie de l'imprévision consacrée par l'ordonnance prouve la possibilité de sanctionner la mauvaise foi par la révision judiciaire puisque c'est bien ce que prévoit l'article 1195 face au créancier refusant de renégocier le contrat. Quant au second de ces fondements, le principe de la force obligatoire du contrat, si on considère que les contractants se sont mis d'accord pour la fixation unilatérale d'un prix adapté aux circonstances, et non pour une fixation unilatérale tout court, le juge serait obligé de s'immiscer pour le garantir.

La poursuite de la jurisprudence antérieure à propos de la révision des honoraires pourrait aussi être décidée par les juges. Le domaine de l'article 1165 du Code civil étant plus large et plus général que le contentieux des honoraires, il ne serait pas insensé de considérer qu'il s'applique à tous les contrats de service sauf lorsque le prix constitue des honoraires car ils disposent déjà d'un régime particulier. En tout cas, à moins que l'opposition soit profonde, il est en général admis que la loi nouvelle ne met pas nécessairement un terme à la jurisprudence antérieure[1842]. Toutefois, il faut relever que cette solution ne concernerait pas les autres contrats de prestation de service alors que nous souhaitons que la correction judiciaire du prix soit généralisée. À cette fin, un autre moyen a été découvert.

L'application au prix fixé abusivement de la réduction prévue aux articles 1217 et 1223 en cas d'exécution imparfaite est tout à fait envisageable. Un tel fondement serait bien plus honorable que l'indemnisation faisant office de réfaction déguisée et surtout il ne serait pas erroné. Déjà on peut décider de tenir compte du fait que le silence de la loi ne signifie pas forcément l'exclusion qui,

---

[1840] Y. PICOD, Jcl. civ., Fasc. 11, *Art. 1134 et 1135*, n° 7, p. 5.

[1841] Combiné néanmoins avec l'équité : K. DE LA ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat,* th. Perpignan, LGDJ, 2006, Préf. Y. Picod, p. 246-263.

[1842] F. LABARTHE, *La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service, in* Libre propos sur la réforme du droit des contrats, LexisNexis, 2016, p. 64 s.

pour être incontestable, doit être prévue expressément[1843]. Ensuite, il se trouve que la fixation unilatérale du prix à laquelle procède l'un des contractants constitue une part de son exécution. Certes, la fixation du prix ne constitue pas le cœur de l'obligation principale promise mais on ne voit pas bien pourquoi est-ce qu'une modalité d'exécution aussi capitale que la fixation d'un élément aussi essentiel que le prix ne pourrait être assimilée à l'exécution du contrat. Cette dernière doit être appréhendée en fonction d'un ensemble cohérent. L'obligation que doit exécuter le débiteur est globale.

[1843] *Contra* O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations,* LexisNexis, 2016, p. 275.

CHAPITRE II

LA RÉSOLUTION : UN REMÈDE À ENCADRER STRICTEMENT

589. L'ordonnance du 10 février 2016 ajoute la résolution du contrat à la sanction des dommages et intérêts uniquement pour les contrats-cadre (article 1164). Elle est en revanche exclue de l'article 1165 dédié aux contrats de prestation de service, car dans la situation qu'il régit la prestation est déjà consommée. En principe, la prestation promise a même correctement été exécutée puisque l'élément litigieux concerne uniquement la fixation du prix. La résolution entraînant avec elle le jeu des restitutions, elle a logiquement dû être écartée[1844]. En réalité, ce schéma ignore les potentialités qui découlent de l'imprécision de l'article 1165 qui n'est pas cantonné aux contrats à exécution instantanée. On ne peut faire dire à la loi plus que ce qu'elle ne dit, puisqu'elle concerne tous les contrats de prestation de service sans distinction, ce dernier texte pourra également être appliqué aux contrats à exécution successive. Or, les dommages et intérêts ne pourront bien évidemment pas régler le sort du contrat pour l'avenir, seule la fixation judiciaire du prix le peut, mais si elle se révèle inopportune[1845], la fin du contrat s'impose[1846]. Comment parvenir à cette dernière si ce n'est pas la résolution ?

[1844] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil,* Dalloz, 2016, n° 420, p. 343.

[1845] Une opportunité qui devrait être appréciée au cas par cas selon les circonstances de l'espèce (V. *infra* à propos de l'utilité des critères de la résolution).

[1846] L'impossibilité de mettre complètement de côté la résolution pour les contrats à exécution successive régis par l'article 1165 surprend au point de sembler être une mégarde du rédacteur. « Le gouvernement a probablement eu à l'esprit que les contrats visés à l'article 1165 n'étaient pas des contrats de durée mais des contrats d'exécution ponctuelle, la prestation étant achevée lorsque la question de la détermination du prix se pose. Il y a pourtant là une erreur probablement induite par le fait que, dans la version initiale, l'article 1164 s'appliquait aux contrats-cadre et aux contrats à exécution successive. Ce qui fait, qu'en effet, l'article 1165 ne pouvait alors concerner que les contrats de prestation de service à exécution instantanée. Mais les contrats à exécution successive ayant été finalement retirés de l'article 1164, l'ordonnance n'a pas perçu qu'elle créait, par effet de réflexe, une lacune. Plus exactement, l'article 1165 a vocation, à présent, à embrasser les contrats de prestation de service à exécution successive, alors […] qu'il n'a pas été rédigé pour eux à l'origine » : O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du*

590. Il ne suffit cependant pas de l'affirmer et de déterminer le texte qui permettrait une telle sanction. Le juge pourrait procéder à une interprétation très étendue et ne pas réserver la sanction qu'il prévoit aux contrats-cadre, ce qui reviendrait à appréhender les articles 1164 et 1165 comme un tout. Il ne s'agit toutefois pas de la solution adéquate, non pas parce qu'il faudrait impérativement respecter la lettre du texte, il n'est après tout pas inhabituel que la jurisprudence « refaçonne » les textes pour leur permettre d'être efficaces, mais parce qu'il existe un moyen bien plus simple. Nous avons déjà démontré, pour justifier la réduction judiciaire du prix, que l'abus dans la fixation du prix constitue à proprement parler une inexécution contractuelle, permettant à ce titre le recours à l'article 1217 du Code civil. Il serait donc permis d'invoquer l'article 1224, lequel prévoit la résolution judiciaire mais également la résolution par voie de notification en cas d'inexécution « suffisamment grave »[1847]. D'aucuns pourraient affirmer que la volonté d'exclure la résolution pour les contrats de prestation de service est claire car à l'exception de cette sanction précise, les articles 1164 et 1165 sont, au mot près, rédigés de la même manière. Il s'agit effectivement d'un sérieux indice mais la jurisprudence devra veiller à faire primer les besoins et la logique sur les probables volontés du rédacteur de l'ordonnance.

En outre, puisque l'article 1164 se contente de permettre la résolution, sans indiquer les critères auxquels elle doit se soumettre, le régime de la résolution pour inexécution sera celui applicable également à l'égard des contrats-cadre. Malgré l'imprécision des textes, les développements qui suivront concernent aussi bien les contrats-cadre que les contrats de prestation de service[1848].

591. La nécessité économique de maintenir le contrat, qui fait partie des objectifs de cette thèse, aurait pu bénéficier de la démonstration de Monsieur Stoffel-Munck selon lequel l'abus de droit ne peut pas être sanctionné par la résolution, car il s'agirait d'un défaut de comportement de nature exclusivement

---

régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, LexisNexis, 2016, p. 279.

[1847] D'autres auteurs estiment également que la résolution pour inexécution devrait pouvoir être appliquée aux contrats de prestation de service qui le nécessitent (autrement dit ceux à exécution successive) : O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* p. 279.

[1848] Potentiellement, car ce ne sont que ceux à exécution successive qui peuvent être concernés.

extracontractuelle[1849]. C'est le cas, par exemple, de Monsieur Thioye, qui considère que « l'abus de droit est traditionnellement sanctionné par la responsabilité civile délictuelle de son auteur, c'est-à-dire des dommages et intérêts voire – si possible – par une réparation en nature, et non par la résolution ou la résiliation du contrat »[1850]. Puisque le déblocage du contrat vise notamment à maintenir les liens contractuels, nous pourrions rejoindre ce point de vue mais, comme nous l'avons déjà indiqué, la fixation abusive du prix ne peut pas être considérée autrement que comme une inexécution contractuelle. La qualification de cette dernière ne pouvant être exclue sous prétexte qu'un défaut de comportement s'ajoute à la défaillance contractuelle. Ce qui ne veut pas dire que nous renonçons à défendre l'opportunité du maintien des liens contractuels, seulement cela doit passer par des moyens cohérents et non par un travestissement de la logique juridique. La fin ne justifie pas les moyens. Nous admettons la légitimité de la résolution du contrat comme sanction de l'abus, mais celle-ci ne doit jamais être envisagée à la légère, et doit donc être soumise à un encadrement très strict.

592. L'abus dans la fixation du prix ne constitue pas en soi une raison suffisante pour détruire le contrat, il convient donc d'analyser avec précision les conditions que requiert la loi aussi bien pour la résolution judiciaire que par voie de notification. Nous défendons une conception qui considère la résolution non pas comme une solution de facilité mais comme un remède de l'impasse. Le juge ne devrait jamais permettre la résolution autrement que par dépit. Le courant de plus en plus majoritaire, suivi par la jurisprudence, qui consiste à maintenir le contrat est déjà très actif s'agissant des questions qui touchent à la formation du

---

[1849] PH. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie,* th. Aix-Marseille, LGDJ, 2000, Préf. R. Bout, p. 106 s. (sur la nature délictuelle), p. 167 s. (sur le régime découlant de cette nature délictuelle), spéc., à propos de la sanction du prix fixé abusivement, V. n° 173, p. 161.

[1850] M. THIOYE, *Recherche sur la conception du prix dans les contrats,* th. Toulouse, PUAM, 2004, Préf. D. Tomasin, n° 775, p. 352. Cet auteur tempère toutefois ce qu'il définit comme étant la solution classique en décrivant la volonté de l'Assemblée plénière de s'en détacher. Il indique qu'en permettant de sanctionner l'abus de la fixation du prix une éventuelle résolution, la Haute juridiction a marqué – implicitement – sa volonté d'interpréter dans un sens beaucoup plus large la notion d'inexécution contractuelle. Celle-ci renverrait à deux cas différents : « l'inexécution pure, correspondant au défaut radical et complet d'exécution, et la mauvaise exécution ou inexécution partielle, moins grave en terme de résultats, à laquelle pourrait s'identifier l'abus ».

contrat. Ce devrait d'autant plus être le cas lorsque le contrat est plus avancé, autrement dit au stade de l'exécution, car l'enjeu est encore plus grand et les conséquences (remise en état, restitutions, fin d'une relation contractuelle et donc des échanges économiques qu'elle apportait, etc.) encore plus fâcheuses. Dans la perspective du déblocage du contrat, nous procéderons donc à une interprétation stricte des conditions requises et parfois même à leur relecture (Section 1). Les conditions ne font pas tout, la mise en œuvre de la sanction par le juge est tout aussi importante. L'ordonnance du 10 février 2016 (plus précisément l'article 1228 du Code civil)[1851] permet-elle au juge de choisir une sanction plus adaptée que la résolution ou reste-il lié par le choix des parties ? Existe-il d'autres considérations (autres que les conditions requises et le choix du requérant) dont il doit tenir compte pour décider s'il prononce ou pas la résolution ? Et le juge des référés, peut-il être saisi par le débiteur à qui le créancier vient de notifier une résolution ? Ces modalités de mise en œuvre de la résolution doivent aller dans un sens qui favorise le maintien et l'exécution du contrat, afin de respecter au mieux le principe de la force obligatoire du contrat (Section 2).

[1851] Art. 1228 C. civ. : « Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts. ».

SECTION I

LE DÉBLOCAGE DU CONTRAT PAR L'APPRÉHENSION STRICTE DES CONDITIONS DE LA RÉSOLUTION

593. S'agissant des contrats-cadre, l'article 1164 du Code civil permet à la victime de saisir le juge non seulement pour solliciter des dommages mais aussi pour que soit prononcée la résolution du contrat. Une sanction très grave alors que l'élément quantitatif que constitue le prix peut être aisément corrigé. La sanction étant expressément prévue, sans la possibilité de réviser par ailleurs le prix, la seule possibilité qu'il nous reste est de proposer une lecture très stricte des conditions que requiert la résolution judiciaire. Quand bien même cette dernière est inscrite au sein de l'article 1164, il est logique de la soumettre aux critères généraux qui lui sont attachés [jurisprudence antérieure et article 1224 du Code civil] (Paragraphe I).

L'ordonnance du 10 février 2016 intègre dans le Code civil un article 1226 dédié au mécanisme de la résolution unilatérale[1852] consacré par la première chambre civile de la Cour de cassation en 1998[1853]. Ainsi inscrite au sein du droit commun, la résolution qui procède par voie de notification se retrouve généralisée[1854]. Son régime doit être envisagé car rien ne s'oppose à ce qu'elle soit à la disposition du contractant lésé par un prix fixé abusivement, puisqu'elle permet d'anéantir le contrat par le biais d'une volonté unilatérale, elle doit être soumise à des conditions très strictes (Paragraphe II).

[1852] V. Y.-M. LAITHIER, *Les sanctions de l'inexécution du contrat*, RDC hors série avril 2016, p. 39 ; Même auteur, Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles, JCP 25 mai 2015, suppl. au n° 21, p. 47 ; C. PELLETIER, *Article 1226 : les conditions d'exercice de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier,* RDC 2015, p. 788 ; PH. STOFFEL-MUNCK, *La résolution par notification : questions en suspens, in* Réforme du droit des contrats, Le débat, Dr. et patr. oct. 2014, p. 67 ; P.-Y. GAUTHIER, *La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat, in* Réforme du droit des contrats, Le débat, Dr. et patr. oct. 2014, p. 70.

[1853] Cass. civ. 1ère, 13 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 300. – V. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 3ème éd., LGDJ, 2001, n° 466 s.

[1854] La loi antérieure prévoyait expressément ce système, ou assimilé, uniquement dans certains droits spéciaux, notamment : art. 1657, 1844-7-5° et 2004 C. civ. ; art. L. 442-6, I, 5°, al. 2, C. com. ; art. L. 122-3-8 C. trav. ; art. L. 132-17, al. 2, C. propr. intell. ; art. 12 de la L. 6 juill. 1989 ; art. 49 et 64 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises ; etc.

Paragraphe I – Relecture des conditions de la résolution judiciaire

594. L'abus dans la fixation du prix ne conduira pas nécessairement à la résolution puisqu'elle est présentée comme une sanction subsidiaire mais l'article 1164 n'indique pas à quels critères elle est soumise. Selon l'article 1224 « la résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice ». De cette disposition ne ressort qu'un conditionnement à la gravité mais il s'agit d'un critère insuffisant et imparfait.

En premier lieu – contrairement aux apparences – la gravité se révèle très difficile à saisir : elle est appréhendée par la doctrine de différentes manières sans qu'aucunes d'entre elles ne parviennent à convaincre suffisamment (A). En second lieu, il paraît nécessaire de prendre en compte des considérations d'une importance bien plus grande que celles auxquelles pourrait renvoyer la gravité. Il ne semble pas opportun d'utiliser la gravité comme boussole de la résolution alors que le juge doit vérifier d'une part, la possibilité de maintenir le contrat [dès lors que celle-ci fait défaut, la résolution s'impose], d'autre part la persistance d'une utilité suffisante du contrat [car le contrat constitue avant tout l'instrument d'un échange économique] (B).

A/ L'inopportunité du critère insaisissable de la gravité

595. La gravité n'est pas le critère de la résolution le plus adéquat, non seulement parce qu'il y a mieux, mais aussi parce que, appliquée à la sphère contractuelle, elle n'est pas aussi intelligible qu'on veut bien le faire croire. L'ordonnance du 10 février 2016 s'est d'ailleurs contentée de l'exiger sans l'expliciter.

596. Remise en cause de la définition de la gravité par la volonté – Afin que la gravité constitue un critère juridique digne de ce nom, des manières de la définir ont été proposées, sans qu'aucune ne parviennent à trancher définitivement

la question[1855]. La première conception puise la justification de la gravité dans l'autonomie de la volonté : dès lors qu'il s'agit d'un manquement qui aurait incité la partie lésée à ne pas contracter si elle avait su, le manquement serait grave[1856]. Cette proposition fait dépendre la gravité de la volonté des parties puisqu'elle invite le juge à déceler quels sont les risques qu'elles n'auraient pas accepté d'assumer.

597. Monsieur Thomas Genicon souligne le manque de pragmatisme de ce procédé qui pousse le juge à contrôler l'intérêt des parties au jour de la formation du contrat alors qu'il s'agit d'apprécier une inexécution qui a eu lieu postérieurement, possiblement dans un nouveau contexte et alors que les attentes des parties ont pu évoluer[1857]. Plusieurs autres auteurs ont défendu la nécessité de considérer le contrat comme un « organisme vivant», susceptible d'évoluer[1858]. Il est vrai qu'il serait fort critiquable de traiter le contrat comme s'il constituait un processus figé alors qu'il en émane un mouvement certain, d'autant plus dans les contrats de longue durée qui sont principalement concernés par la fixation abusive du prix.

En outre, puisque la volonté est un élément subjectif et enfoui, la découvrir passe nécessairement par une interprétation du juge[1859]. Cette interprétation sous-entend d'apprécier souverainement la volonté des parties alors que, justement, la finalité de la définition de la gravité était d'en faire un outil de qualification de l'inexécution précis et déterminé. On ne ferait donc que déplacer le problème. Il nous semble, par ailleurs, qu'il vaut mieux apprécier souverainement toutes les circonstances, qu'une vague et restrictive gravité.

[1855] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution,* th. Paris II, LDGJ, 2007, Préf. L. Leveneur, n° 403 s., p. 289 s.

[1856] E. LEPELTIER, *La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations,* th. Caen, Dalloz, 1934.

[1857] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* n° 404, p. 290 ; L. BALLEYDIER, *De la cause des obligations par Henri Capitant,* Rev. Crit. Lég. Jurisp., 1915-1924, p. 59 ; C. JAMIN, obs. sous Cass. com., 2 juill. 1996, JCP 1996. I. 3983, n° 14.

[1858] A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, th. paris II, LGDJ, 1980 ; L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, th. Paris II, Economica, 1984, n° 3 s., p. 11 s.

[1859] Pour M. Genicon, cette volonté n'existerait même pas en tant que telle puisqu'en réalité elle ne serait que le résultat décidé par le juge qui interprète : T. GENICON, *ibid.*

598. Comme avait fini par conclure le précédent auteur, « il ne faut pas se laisser abuser par une théorie en réalité insuffisante et relativement dépassée [propos qui est d'ailleurs récurent], dont on a quelque peu oublié qu'elle a été fermement condamnée par la Cour de cassation[1860] ».

599. Remise en cause de la définition de la gravité par la permanence de la cause – Capitant indiquait que les juges « prononcent la résolution s'ils estiment, d'après les circonstances de fait, que l'inexécution supprime la cause de l'obligation de l'autre contractant, c'est-à-dire anéantit le but qu'il poursuivait »[1861].

Cette assertion est séduisante mais elle se heurte au fait que la permanence de la cause est une théorie doctrinale qui n'a jamais été consacrée, qu'un critère puisse se baser sur une théorie qui n'a jamais été validée n'aurait aucun sens. La doctrine a toujours été très partagée avec d'un côté, les auteurs qui souhaitent le cantonner au jour de l'échange des consentements[1862] ; de l'autre, les auteurs[1863]

[1860] Dans la décision évoquée par l'auteur (Cass. req. 20 Nov. 1929, Gaz.Pal. 1929.2.978), il avait effectivement été décidé que « l'article 1184 du Code civil n'impose pas au juge qui veut prononcer la résolution du contrat, l'obligation de préciser que l'inexécution partielle sur laquelle il se fonde est d'une importance telle que le contrat n'eût pas été conclu si on avait pu la prévoir ».

[1861] H. CAPITANT, *De la cause dans les obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, Legs)*, Dalloz, 1921, n° 154, p. 344. – Dans un sens identique, un auteur a même fait de ce manquement à la cause le critère déterminant de la résolution pour inexécution, la gravité ne serait pas le critère mais c'est elle qui permettrait de considérer que ce manquement existe ou non. Le critère et l'indice sont ici inversés : c'est parce que le manquement est suffisamment grave qu'il y a un manquement à la cause, et c'est ce dernier qui autorise la résolution pour inexécution : CH. LAROUMET, *Droit civil, Les obligations, le contrat*, t. 3, Économica, 4ème éd., 1998, n° 711.

[1862] M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, th. Paris 1, Dalloz, 2004, Préf. J. GHESTIN, n° 894 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Le rapport d'obligation*, t. 3, 5ème éd., Armand Colin, 2007, n° 241 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, 22ème éd., PUF, coll. Thémis, 2000, n° 59 : « après le contrat, il semblerait rationnel que la cause n'est plus de rôle à jouer, puisque l'article 1108 ne l'envisage que comme une condition de formation du contrat ».

[1863] H. CAPITANT, *De la cause dans les obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, Legs),* Dalloz, 1ère éd., 1921, n° 14, p. 30 ; A. CERMOLACE, *Cause et exécution du contrat,* th. Aix-Marseille, PUAM, 2001, n° 109 s. ; L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, th. Paris 2, Économica, 1984, n° 123 ; A. ROUAST, *À propos d'un livre sur la cause des obligations,* RTD civ., 1923, p. 395 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général,* t. 2, A. Rousseau, 1923, n° 745, p. 536 s. ; H. DESBOIS et J. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations,* Sirey, 1965, t. 2, n° 745 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Les obligations,* t. 6, Partie I, par P. ESMEIN, n° 253 ; CH. LAROUMET, *Droit civil, Les obligations, le contrat,* t. 3, Économica, 4ème éd., 1998, n° 469.

estimant qu'elle doit « se doubler d'une persistance de la cause[1864] ». Pour trancher, il suffit d'observer le Code de 1804 qui intègre très clairement la cause parmi les conditions de validité qui sont parfaitement détachables des questions relatives à l'exécution du contrat. Le doute est d'autant moins permis depuis que l'ordonnance du 10 février 2016 a persisté en évitant d'attribuer à la contrepartie un rôle qui s'étendrait au-delà de la formation du contrat. Il faut ainsi définitivement admettre que la théorie de la persistance de la cause-contrepartie est exclusivement doctrinale car même la jurisprudence très majoritaire ne l'a pas admise[1865].

600. En réalité, comme le souligne Monsieur Alain Sériaux, la seule fin qui mobilise la volonté des parties, « c'est la prestation envisagée et non encore réalisée : la prestation future »[1866]. La cause resterait donc que dans « la sphère de l'idée »[1867]. Comme le fait ressortir la position de Capitant, le but correspond à la réalisation de l'effet, cependant « la cause n'en est qu'une anticipation qui se fige dans une réalité tangible, dans un ensemble de données réelles, dans une technique composée des obligations nécessaires, typiques ou non, à la réalisation du but »[1868]. Si la cause ne se rapporte qu'à l'imagination du passé, elle ne peut en aucun avoir vocation à régir l'inexécution qui est une situation s'inscrivant dans le présent et qui s'est effectivement réalisée.

601. Remise en cause de la définition de la gravité par le manquement à l'obligation principale – La gravité a été déterminée de manière un peu plus convaincante en fonction de la distinction entre les obligations principales et les

---

[1864] L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu,* th. Paris 1, Économica, 2011, Préf. L. Aynès, n° 122.

[1865] V. not. Cass. com., 21 oct. 1974, Bull. civ. IV, n° 255 ; Cass. civ. 3e, 8 mai 1974, D. 1975, jur. p. 305, note CH. LAROUMET ; Cass. civ. 3e, 16 nov. 1977, Bull. civ. III, n° 391 ; Cass. civ., 3e, 17 juil 1996. – Ce constat étant souligné par les auteurs suivants : L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu,* th. Paris 1, Économica, 2011, Préf. L. Aynès, n° 122 ; PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations,* 8ème éd., LGDJ, 2016, n° 619.

[1866] A. SÉRIAUX, *Le futur contractuel, in* Le droit et le futur, PUF, 1985, p. 78.

[1867] J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat,* th. Paris 1, LGDJ, 1999, n° 318, p. 282 : car, souligne l'auteur, la cause « se fige à la formation de l'acte en tant que contenu, en tant que rapport technico-instrumental qui doit permettre de mener chacune des parties à l'intérêt escompté ».

[1868] J. ROCHFELD, *ibid*., n° 318, p. 281.

obligations accessoires. L'inexécution des premières permettrait la résolution à l'inverse des secondes[1869]. Cette définition entend s'appuyer « sur des concepts aussi variés que celui d'obligation fondamentale, d'obligation substantielle, ou d'obligation principale ». Il faudrait tenir compte du fait qu'il existe « un noyau dur contractuel, la quintessence du contrat pour ainsi dire »[1870], car les manquements aux obligations qui se situeraient en dehors de lui ne pourraient être frappés par la résolution.

602. Malgré la fiabilité qui semble se dégager de ce système, il est écarté à juste titre par Monsieur Thomas Genicon. Il relève tout d'abord que l'objectivité qui semble se dégager de cette définition n'est qu'apparente car pour distinguer le principal de l'accessoire, cela passe nécessairement, encore une fois, par l'interprétation subjective du juge. Or, nous avons déjà soulevé l'inutilité d'une définition sujette à interprétation. L'auteur convainc définitivement lorsqu'il prouve par le biais de nombreuses décisions rendues par la Cour de cassation que ce mécanisme est erroné. Entendu de manière abstraite il est aisé d'y adhérer mais il est très éloigné de ce qui se passe en réalité puisqu'il y a des cas où les juges ont refusé de prononcer la résolution alors que le manquement concernait une obligation essentielle ; inversement, dans d'autres arrêts, la résolution a plus d'une fois été retenue pour sanctionner des manquements à une obligation accessoire[1871].

603. Chacune de ces tentatives de définition évoque des considérations qui ne sont point inutiles dans l'appréciation de l'opportunité de la résolution. Leur défaut est simplement de se présenter comme *le* critère de la résolution alors que d'autres éléments peuvent entrer en ligne de compte. Lorsque l'on souhaite déterminer un critère général, que le juge doit vérifier en toute hypothèse, autrement dit une condition, il doit être pertinent. Des critères s'avèrent plus opportuns que la gravité lorsqu'il est question de décider de la résolution, ce qui

---

[1869] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* n° 406, p. 291.

[1870] T. GENICON, *ibid.*

[1871] T. GENICON, *ibid,* n° 407, p. 292. L'auteur s'étant appuyé sur des décisions émanant des différentes chambres : Cass. soc., 15 mars 2005, Bull. civ. V, n° 90 ; Cass. civ. 1re-, 25 juin 1996, Bull. civ. I, n° 274 ; Cass. com., 25 oct. 1994, n° 93-10.184 ; Cass. com., 22 janv. 1991, Bull. civ. I, n° 23, Cass. civ. 1re, 27 oct. 1981, Bull. civ. I, n° 315 (arrêts référencés par l'auteur).

ne veut pas dire que la gravité ne compte plus, seulement elle n'est pas déterminante. Il ne faut d'ailleurs pas reporter les maux dont on accuse la gravité sur les critères ci-après qui ne se présentent pas comme des conditions qui doivent être impérativement caractérisées, il s'agit en revanche de critères plus efficaces auxquels les juges du fond peuvent, en vertu de leur pouvoir souverain, tout à fait y mêler d'autres considérations liées à l'espèce.

B/ L'opportunité de critères plus pragmatiques

604. Il est important de défendre une vision pragmatique de la résolution. Avant de décider de la prononcer, le juge devrait vérifier si le contrat présente encore une utilité (1), mais aussi si elle ne conduit pas à des pertes financières trop importantes [tel est par exemple le cas si d'importants investissements ont été réalisés exclusivement pour conclure ce contrat] (2).

1. La prise en compte de la persistance d'une utilité suffisante du contrat

605. Appréhension économique du contrat – L'analyse pratique des effets du contrat était si peu envisagée par le droit qu'il a eu pour réflexe de prendre insuffisamment en compte les questions économiques[1872]. Au milieu de ces vastes questions théoriques, nécessaires si l'on souhaite que le droit demeure cohérent et légitime, il ne faut pourtant pas occulter le fait que le contrat constitue avant tout un instrument d'échanges économiques[1873]. Comme l'a souligné Monsieur Rémy, « chaque contrat représente une valeur économique, dont il faut à l'occasion modifier le contenu pour assurer le maintien de ses utilités

---

[1872] C. JAMIN, *Pour en finir avec la formation du contrat !, in* Numéro spécial : Le contrat, Liberté contractuelle et sécurité juridique, LPA, n° 54, 1998 ; N. DECOOPMAN, *Droit du marché et droit des obligations,* Journées nationales, Lille, t. 1, Association Henri Capitant, LGDJ, 1996, p. 149 ; H. BEALE, *L'abus de pouvoir dans les contrats de longue durée et les limites du droit des contrats, in* Études Sayag, Droit et vie des affaires, 1997, p. 117 s.

[1873] « L'échange des consentement » c'est « l'échange économique dont le contrat est la forme juridique » (M.-A. FRISON-ROCHE, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats,* RTD civ. 1995, p. 573, n° 8). Ce dernier constitue « le moyen juridique par excellence permettant à chacun d'obtenir la satisfaction de ses besoins » (B. OPPETIT, *Droit et économie, in* Droit et modernité, PUF, Collec. doctrine juridique, 1998, p. 169) ; J.-L. GAZZANIGA*, Introduction historique au droit des obligations,* Collec. droit fondamental, PUF, 1992, p. 89.

essentielles ; que le contrat, comme tous les biens, est transférable et qu'il n'y a pas là atteinte à la force obligatoire du contrat ni à sa relativité, mais l'occasion de constater que ces vieux principes sont toujours souples, donc toujours vivants»[1874] . Les raisonnements juridiques ont tendance à ne plus traiter le contrat uniquement comme un « bloc contractuel » et n'hésitent à tirer des conclusions du fait qu'il s'agit aussi d'un « lien » [entre des individus souhaitant réaliser un profit] dont le maintien est opportun[1875]. La question du déblocage du contrat traitée dans cette thèse atteste de ce phénomène.

606. Cette appréhension économique, et donc pragmatique, du contrat amène avec elle le concept de *l'utilité du contrat*, laquelle rebute dès lors qu'on se situe au stade de la formation du contrat, mais qui peut s'exprimer pleinement lorsqu'elle est instrumentée au stade de l'exécution, comme le relève Monsieur Jacques Ghestin[1876]. Il est justement naturel que celle-ci puisse jouer lorsqu'il est question de décider de l'opportunité de résilier l'acte litigieux : si le contrat présente encore une utilité suffisante, il faudrait se contenter des remèdes alternatifs tels que la réduction du prix et les dommages et intérêts ; si le contrat présente désormais une utilité insuffisante, l'inévitable résolution s'imposerait[1877]. Il est, en effet, probable que le contrat puisse conserver un intérêt malgré l'inexécution, mais encore faut-il déterminer ce qu'il convient d'entendre par le concept d'utilité dès lors qu'il doit jouer un rôle.

607. L'utilité du contrat – L'utilité consiste en la persistance potentielle d'un intérêt économique à maintenir le contrat vis-à-vis du créancier. Trois conceptions différentes de l'utilité sont rapportées par Monsieur Thomas

---

[1874] PH. RÉMY, *Droit des contrats : questions, positions, propositions, in* Le droit contemporain du contrat, L. Cadiet (dir.), préf. G. Cornu, Economica, 1987, p. 277.

[1875] C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats,* RTD civ., 1997, p. 957 s. ; S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats,* th. Paris XI, LGDJ, 2000, Préf. H. Muir-Watt, n° 1038, p. 419.

[1876] J. GHESTIN, *L'utile et le juste dans les contrats, in* Archives de philosophie du droit, t. 26, Sirey, 1981, p. 42.

[1877] S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats, op. cit.,* n° 670, p. 263 ; J. MESTRE, *L'évolution du contrat en droit privé français, in* L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées René Savatier, Poitiers, PUF, 1986, p. 41 ; P. DURAND et *alii*, *La tendance à la stabilité du rapport contractuel,* LDGJ, 1960 ; C. ALBIGES, *Le développement discret de la réfaction du contrat, in* Mélanges en l'honneur de Michel Cabrillac, Dalloz-Litec, 1999, n° 20, p. 21.

Genicon[1878] : l'utilité convenue, l'utilité subjective et l'utilité objective. La première est celle que les parties ont elles-mêmes définie lors de la rencontre des volontés. La seconde correspond à l'intérêt du créancier, il s'agit de déterminer si le contrat présente toujours une utilité à son égard. Dans la négative, il est normal que l'obligation cesse d'être une obligation pour lui car « elle n'est plus satisfactoire »[1879]. La dernière, est celle que définit le juge de façon indépendante, « ce qui peut lui permettre le cas échéant de faire intervenir des intérêts tout à fait étrangers aux contractants »[1880].

608. L'utilité subjective semble avoir les faveurs de la doctrine car elle met les besoins de la victime de l'inexécution au premier plan. Il a par exemple été relevé que « le juge peut estimer que le contrat doit être maintenu, quoique imparfaitement exécuté, s'il présente encore assez d'utilité économique *pour le créancier*, vu l'usage que celui-ci pouvait attendre de la prestation. Il maintient alors le contrat, quitte à accorder une indemnité pour la portion de l'obligation non exécutée ». L'utilité est appréhendée par cet auteur, comme d'autres le font, uniquement à travers le prisme du créancier[1881]. Il n'est évidemment pas pensable d'imposer au créancier la poursuite d'un contrat qui ne lui procure plus d'avantages[1882], mais c'est autre chose d'ignorer les autres formes d'utilité du contrat.

609. En réalité, il faut admettre qu'aucune de ces conceptions ne prime réellement au sein de cette méthode qui, rappelons-le, repose presque entièrement sur un large pouvoir d'appréciation du juge. Suite à une observation minutieuse de la jurisprudence, Monsieur Thomas Genicon a pu constater que les variantes de

---

[1878] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* n° 436, p. 315-316.

[1879] M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation,* th. Toulouse, LGDJ, 1974, Préf. P. Hébraud, p. 193.

[1880] T. GENICON, *ibid.,* p. 316.

[1881] Ne pas infliger d'injustice au créancier lésé par l'inexécution constitue une limite infranchissable du déblocage du contrat. En ce sens, J. DEPREZ, *Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français*, *in* Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles, Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la culture Française, 1964, p. 51.

[1882] C. ALBIGES, *Le développement discret de la réfaction du contrat, op. cit*., n° 20, p. 20 ; J. DEPREZ, *Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français*, *op. cit.,* p. 51.

l'utilité s'entremêlaient, car chacune a son importance, un peu comme si elles étaient les différents ingrédients d'une recette de cuisine[1883]. La démarche du juge « est à chaque fois la même et consiste en réalité à déterminer si le contrat a ou non échoué. Qu'il choisisse pour cela comme référentiel l'utilité convenue, l'utilité subjective ou l'utilité objective, il est bien obligé à chaque fois d'évaluer l'état actuel de l'opération contractuelle pour la confronter au seuil d'utilité tolérable qu'il a choisi »[1884].

2. La prise en compte des coûts économiques

610. Un prononcé mécanique des sanctions serait peu admissible, il est donc souhaitable que le juge tienne compte des conséquences économiques qu'entraîne la résolution du contrat. Ayant manqué à ses engagements, le débiteur ne peut rester impuni mais il serait injuste de prononcer une sanction dont les conséquences seraient disproportionnées. Lorsque les effets excessifs de la résolution surviennent c'est essentiellement en raison de la remise en état et du jeu des restitutions qu'elle entraîne : il s'agit donc de prendre en compte les disproportions manifestes entre le coût de la résolution pour le débiteur et son intérêt pour le créancier (a). Un coût économique d'un autre ordre doit être considéré. Il s'agit des investissements de grande ampleur que le débiteur a dû réaliser en vue de la conclusion du contrat, lesquels devraient entrer en ligne de compte pour éviter d'aboutir à certaines injustices (b).

a. La disproportion manifeste entre le coût de la résolution pour le débiteur et son intérêt pour le créancier

611. Il devrait être normal que les juges se montrent réticents à l'idée de prononcer la résolution d'un contrat, dès lors que la remise en état entraîne pour le débiteur un coût excessif par rapport à son manquement et surtout comparé à l'intérêt que pourrait en retirer le créancier. Cet écueil se rencontre particulièrement dans les contrats de construction lorsque le débiteur a déjà

[1883] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* n° 437, p. 316.
[1884] T. GENICON, *ibid.*

construit le bien immobilier qui doit nécessairement être démoli si la résolution est retenue. La problématique va bien au-delà du coût de la démolition, qui au demeurant peut dans certains cas particuliers être très excessif par rapport à l'intérêt légitime du créancier, car la construction a forcément entraîné des frais considérables qui ne pourront pas être récupérés sur la rémunération. La résolution entraînant la destruction du contrat mais également les obligations qui en découlent, notamment celle de payer le prix.

612. Le coût excessif qu'entraîne le jeu des restitutions est aussi fréquemment évoqué à l'égard des contrats de distribution exclusive conclus entre compagnies pétrolières et concessionnaires. Dès lors que leurs relations contractuelles cessent, les cuves de stockage mises à leur disposition sont censées être restituées. Déjà parce que la restitution fait partie des effets normaux de la résolution, conformément à l'article 1229 du Code civil, et plus particulièrement parce que les distributeurs bénéficient des cuves par le biais d'un prêt à usage. Les obligations principales de tout emprunteur étant, en effet, de conserver la chose[1885] et de la restituer au terme du contrat[1886] (étant précisé qu'il doit « restituer la chose même qui lui a été prêtée »[1887]). Celles-ci étant enterrées au sol, le distributeur se retrouve confronté à une obligation de restitution si lourde que la résolution ne peut être prise à la légère. Les frais que cette restitution implique sont tellement considérables que la doctrine envisage la restitution comme un moyen de placer les distributeurs en situation de dépendance, lorsque le contrat prévoit une clause de restitution en nature, excluant celle en équivalent[1888]. D'ailleurs, la difficulté pourrait être contournée en permettant une restitution par équivalent mais l'obligation de restitution est par principe en

---

[1885] Art. 1880 C. civ. : « L'emprunteur est tenu de veiller raisonnablement à la garde et à la conservation de la chose prêtée. Il ne peut s'en servir qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention ; le tout à peine de dommages-intérêts, s'il y a lieu ».

[1886] PH. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux,* 9ème éd., LGDJ, 2017, n° 913.

[1887] *Ibid.*

[1888] F. PÉROCHON, *L'adieu aux cuves : à propos de la décision du Conseil de la concurrence du 29 septembre 1987*, Cah. dr. entr. 1987, p. 10 ; R. BOUT et G. CAS, Lamy Droit économique, n° 3530 ; M. BÉHAR-TOUCHAIS, G. VIRASSAMY, *Traité des contrats, Les contrats de la distribution,* J. Ghestin (dir.), LGDJ, 1999, n° 1144 s.

nature[1889], « la chose empruntée demeure la propriété du prêteur et c'est elle qui doit être rendue. Les frais de la restitution incombent [en outre] à l'emprunteur »[1890]. Puisque le principe est la restitution en nature et qu'il ne semble pas que la logique retenue accorde l'indulgence de la restitution par équivalent au distributeur dont la faute est à l'origine de la résolution, mieux vaut éviter de détruire le contrat dont la poursuite présente encore une utilité suffisante (ou si l'inexécution en cause n'est pas suffisamment grave diraient d'autres).

613. La régulation des sanctions de l'inexécution par la prise en compte de la disproportion manifeste entre le coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier évoque très fortement celle appliquée en matière d'exécution forcée en nature. À la différence près que dans ce dernier cas elle a été consacrée par l'ordonnance, l'article 1221 du Code civil prévoit expressément que « le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature *sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier* »[1891]. La première limite que constitue l'impossibilité résulte par exemple du caractère éminemment personnel de la prestation promise[1892]. La seconde, qui rappelle nos propos, constitue une innovation par rapport au droit antérieur[1893] car la Cour de cassation avait toujours refusé de renoncer à l'exécution forcée en nature pour un tel

---

[1889] PH. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux,* 9ème éd., LGDJ, 2017, n° 913.

[1890] *Ibid.*

[1891] Sur cette nouvelle disposition, V. P. GROSSER, *Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations,* LPA, 3 et 4 sept. 2015, n° 176-177, p. 83 ; J. LE BOURG et CH. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Article 1221 : L'exécution forcée en nature des obligations*, RDC 2015, p. 782 ; Y.-M. LAITHIER, *Les sanctions de l'inexécution du contrat,* RDC hors série avril 2016, p. 39 ; Même auteur, *Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles*, JCP 25 mai 2015, suppl. au n° 21, p. 47 ; D. MAINGUY, *Du « coût manifestement déraisonnable » à la reconnaissance d'un « droit d'option », in* Réforme du droit des contrats, Le débat, Dr. et patr. oct. 2014, p. 60 ; T. GENICON, *Contre l'introduction du « coût manifestement déraisonnable » comme exception à l'exécution forcée en nature*, *in* Réforme du droit des contrats, Le débat, Dr. et patr. oct. 2014, p. 63.

[1892] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 486.

[1893] Contrairement à la limite de l'impossibilité que la jurisprudence appliquait déjà (ce qui avait fait de l'anc. art. 1142 du C. civ. une coquille vide).

motif[1894]. D'aucuns critiquent, à juste titre, cette nouvelle limitation car elle marque un net recul du droit à l'exécution forcée en nature[1895], laquelle est même censée bénéficier d'une primauté. Nous adhérons à cette remise en cause car il est vrai qu'elle peut conduire à la résolution du contrat trop facilement alors que la poursuite des engagements pris devrait être privilégiée. Dans le cadre de l'exécution forcée en nature, le coût considéré facilite la résolution, alors que le coût que l'on suggère de prendre en compte vise au contraire à l'éloigner, il n'y a donc aucune contradiction à adhérer à ce point de vue. En tout cas, si la cohérence et le pragmatisme doivent s'imposer pour faciliter la destruction du contrat, ce devrait d'autant plus être le cas lorsqu'il s'agit de le maintenir, en vertu du principe de la force obligatoire du contrat.

b. Les investissements importants réalisés pour conclure le contrat

614. Au moment de décider de prononcer la résolution ou de la refuser, ne serait-il pas raisonnable que le juge tienne compte des investissements conséquents éventuellement réalisés en vue de la conclusion du contrat ? Dès lors qu'il persiste une utilité suffisante du contrat, son anéantissement, qui priverait de tout intérêt ces frais de grande ampleur, pourrait sembler disproportionné. Ce n'est pas parce que l'on peut imputer une inexécution au débiteur qu'il est loisible de transformer son important effort d'investissement en « pure perte »[1896]. Tel pourrait être le cas du contrat ayant pour objet la fabrication d'un prototype unique[1897]. Dans ce cas, « alors même que le manquement du débiteur justifie

---

[1894] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid. ;* citant R. CASSSIN, *L'inexécution du contrat et ses suites*, Paris, Cours de droit, 1934-1935, p. 307-308 (qui était déjà en faveur de cette nouvelle limitation) ; Même auteur, *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution,* Rev. tr. dr. civ., 1945, p. 13.

[1895] T. GENICON, *Contre l'introduction du « coût manifestement déraisonnable » comme exception à l'exécution forcée en nature*, *op. cit.,* p. 63 ; D. MAINGUY, *Du « coût manifestement déraisonnable » à la reconnaissance d'un « droit d'option », op. cit.,* p. 60.

[1896] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution,* th. Paris II, LDGJ, 2007, Préf. L. Leveneur, n° 516, p. 366.

[1897] Il s'agit de l'illustration proposée par les principes Unidroit, lesquels prennent en compte cette problématique particulière (art. 7.3.1) : « Le 1er mai, A s'engage à livrer un logiciel spécialement produit pour B. Il est convenu que la livraison aura lieu avant le 31 décembre. A offre de livrer le 31 janvier, date à laquelle B a encore besoin du logiciel que A ne peut pas vendre à d'autres usagers. B peut demander des dommages-intérêts à A mais ne peut pas résoudre le contrat ». Le commentaire qui complète cette disposition ajoute par ailleurs des précisions très utiles. Il faudrait en premier tenir compte de la mesure de la perte, une fabrication terminée ou presque ne

objectivement la résolution du contrat et aurait vraisemblablement incité à l'accorder en l'absence de tels investissements, le juge peut préférer finalement scarifier les intérêts du créancier, s'il apparaît surtout que le bénéfice que ce dernier retirera de la résolution est sans commune mesure avec le préjudice qu'elle causerait au débiteur »[1898].

615. On peut retrouver une autre illustration de la nécessité de prendre en compte les « investissements spécifiques » réalisés[1899] dans les contrats de longue durée[1900] où la relation entre les parties peut devenir un véritable partenariat (à ce titre ils sont qualifiés de contrats relationnels)[1901]. Dans ce type de contrat, « conformément à la finalité poursuivie, les ruptures (résiliation ou non-renouvellement de contrat) seraient plus étroitement contrôlées, en tenant compte en particulier, d'une part, de l'existence d'investissements spécifiques qui

---

pouvant avoir le même impact qu'une fabrication qui n'a que débuté. En outre, il faut vérifier si le débiteur peut tirer profit du produit confectionné autrement (par ex. en le vendant à des tiers, ce qui peut être difficile lorsqu'il s'agit d'un produit réalisé sur mesure pour les besoins particuliers du créancier). Enfin, il est recommandé de prendre davantage en considération la fabrication réalisée avant l'inexécution qu'après.

[1898] T. GENICON, *ibid.* l'auteur précisant par ailleurs qu'il s'agit de la logique poursuivie par certains droits étrangers (droit suisse et Common law) et par les principes Unidroit (l'art. 7.3.1, 2, e) : précisant que pour décider de la résolution, il faut notamment considérer l'impact que subirait le débiteur si la résolution entraîne à son égard « une perte excessive résultant de la préparation ou de l'exécution du contrat ». - *Adde,* S. EBERHARD, *Les sanctions de l'inexécution du contrat et les principes Unidroit,* p. 141.

[1899] A. CATHIARD, *L'indifférence de la qualité de la victime dans la rupture d'une relation commerciale établie*, D. 2007. 1317, n° 12 : « Un des éléments majeurs de la détermination du recours à une relation temporelle réside dans l'acquisition (ou la détention) d'investissements spécifiques par les partenaires. Au demeurant, l'écoulement du temps assure aux parties la mise en place de liens réciproques. Les antagonismes respectifs s'effacent devant le projet commun des parties de « construire-ensemble ». Il en résulte, notamment, une exigence de collaboration qui oblige les partenaires relationnels. Très schématiquement, la relation apparaît comme le cadre visant à organiser au profit des parties une activité durable dont la bonne exécution implique une collaboration entre elles. En ce sens, un auteur définit le contrat relationnel comme la convention qui fournit à une partie des avantages qu'il sera difficile de se procurer auprès d'un autre contractant. Dès lors, plus la relation est longue, plus les partenaires s'accordent des avantages dans la réalisation du but commun, ce qui rend sa rupture particulièrement difficile ».

[1900] J. ROCHFELD, *Durée et exécution du contrat,* RDC 2004, p. 47 s.

[1901] Au sujet des « contrats relationnels », V. J. ROCHFELD, *Au croisement du droit de la concurrence et du droit civil : l'avènement de la relation contractuelle*, RDC 2006, p. 1033 ; Y.-M. LAITHIER, *À propos de la réception du contrat relationnel en droit français*, D. 2006. Chron. 1003 ; C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels,* th. Nantes, PUAM, 2005, Préf. M. Fabre-Magnan ; J. ROCHFELD, *Les modes temporels d'exécution du contrat*, RDC 2004, p. 47 ; H. BOUTHINON-DUMAS, *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision*, RID éco. 2001. 339 ; H. MUIR-WATT, *Du contrat relationnel, Réponse à François Ost, in* La relativité du contrat, LGDJ, 2000, p. 169 ; I. R. MACNEIL, *The new social contract*, Yale University Press 1980, p. 20 s. ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, Contrat et engagement unilatéral, t. 1, PUF, 2004, n° 74.

risqueraient d'être définitivement perdus (sunk costs) du fait de la cessation de la relation, d'autre part, des conséquences de la rupture sur les tiers intéressés à la relation contractuelle »[1902]. Vouloir éviter les frais à fond perdu n'est que légitime[1903]. Cette situation se retrouve dans les contrats de distribution[1904], particulièrement dans le domaine de la franchise où des « investissements spécifiques » sont souvent requis. Si le contrat est résilié, les frais destinés à intégrer le réseau que le franchisé a supporté ne seront jamais entièrement amortis, ni dans le cadre de l'exécution du contrat de franchise, ni dans un autre[1905]. Pour que ces investissements spécifiques soient considérés ils doivent cependant revêtir une caractéristique particulière : ils doivent être spécifiques au point de ne pas pouvoir faire l'objet d'un autre contrat (d'une revente destinée à recouvrir ses frais par ex.), « ils ne sont [donc] redéployables dans une relation alternative »[1906].

Paragraphe II – Relecture des conditions de la résolution unilatérale

616. La loi soumet la résolution unilatérale à deux conditions. Concernant le prérequis relatif à la mise en demeure, elle est des plus opportune car elle octroie au contractant défaillant une dernière chance de l'exécuter. Il est probable que bon nombre de situations soient réglées après son émission, ce qui permet d'éviter la destruction du contrat par la résolution unilatérale, voire un éventuel procès si en plus cette résolution fait l'objet d'une contestation (A).

[1902] Y.-M. LAITHIER, *Á propos de la réception du contrat relationnel en droit français, ibid.* ; *Adde,* R. LIBCHABER, *Réflexions sur les effets du contrat, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, D. 2005. 227.

[1903] T. CHARLES, *Rupture des relations commerciales établies : les associations concernées,* JA 2008, n° 371, p. 29.

[1904] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* n° 517, p. 368

[1905] N. DISSAUX, *L'essai en matière de franchise,* RTD com. 2015. 403.

[1906] É. BROUSSEAU, *La sanction adéquate en matière contractuelle,* Cycle de conférences du 1er mars 2004 au 21 juin 2006 à la Cour de cassation : Droit, Économie, Justice, t. 3, Droit in-situ, 2004, cité par T. GENICON, qui ajoute à cette caractéristique une seconde : les investissements spécifiquement seraient aussi censés être « difficilement évaluables en argent », *in* : *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* n° 517, p. 368 ; *Adde* É. BROUSSEAU, *La sanction adéquate en matière contractuelle : Une analyse économique*, LPA, 19 mai 2005, p. 43.

Il en va différemment du critère de fond. Comme pour la résolution judiciaire, la loi exige que le manquement soit grave, or nous avions démontré le manque de pertinence de ce critère par rapport aux considérations pragmatiques à connotation économique. Nous n'avons pas besoin de répéter les points abordés mais il faut absolument relever que leur impact est d'autant plus grand s'ils concernent aussi la résolution par voie de notification[1907]. À cela s'ajoute une incompréhension liée au caractère extrajudiciaire de la résolution unilatérale qui n'est pas suffisamment considéré. Il peut sembler dangereux de ne pas imposer au contractant qui envisage de se faire justice à soi-même un critère plus lourd que celui de la résolution judiciaire[1908] (B).

A/ L'inopportunité des nouvelles conditions de la résolution par voie de notification

617. La résolution unilatérale par voie de notification n'est pas soumise à la condition d'une gravité particulière, l'article 1224 du Code civil exigeant la même gravité de l'inexécution que pour la résolution judiciaire. Les conditions de mise en œuvre sont donc identiques à celles que la jurisprudence a toujours appliquées[1909]. Il aurait pourtant été loisible d'exiger une gravité particulière[1910], comme le faisait le droit antérieur en recherchant si l'inexécution est assortie d'un comportement de mauvaise foi. La lettre du texte semble se contenter désormais d'un manquement grave apprécié objectivement alors que le régime

---

[1907] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 503 : « Le degré d'exigence n'est pas plus élevé sous prétexte que la sanction est unilatérale. Ce qui signifie qu'à l'avenir les juges devront définir mieux qu'ils ne le font aujourd'hui ce qu'est le manquement résolutoire afin de permettre au créancier qui agit à ses risques et périls, d'apprécier le bien-fondé de la décision qu'il envisage de prendre ».

[1908] J. MESTRE et B. FAGES, *Résolution unilatérale d'un contrat : à quoi tient le comportement grave ?*, RTD civ. 2004. 89.

[1909] Encore en ce sens, à une période qui précédait de peu la publication de l'ordonnance : Cass. com. 20 oct. 2015, n° 14-20.416, CCC 2016. Somm. 3, note L. LEVENEUR ; Gaz. Pal. 2 févr. 2016, p. 26, note D. MAZEAUD ; JT 2016, n° 182, p. 13, obs. X. DELPECH : « Mais attendu que la *gravité du comportement* d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important les modalités formelles de résiliation contractuelle. […] Que l'arrêt retient que ces éléments démontrent que la société Idées du monde a gravement manqué à la qualité élémentaire de ses prestations et que *ces manquements graves et réitérés justifient la résiliation du contrat* sans préavis ».

[1910] P. GROSSER, *La résolution unilatérale : conditions et régime,* AJCA 2014, p. 72.

jurisprudentiel qui a précédé la réforme, plus strict, exigeait qu'un comportement d'une particulière gravité s'ajoute à l'inexécution (1).

En plus d'élargir le champ des possibilités, en déplaçant le curseur de la gravité sur le seul manquement, l'ordonnance a manqué une occasion de le restreindre par un critère des plus pertinents : l'urgence. La réforme ne tient compte de l'urgence que pour permettre à celui qui résilie unilatéralement le contrat de se passer de mise en demeure mais sa portée devrait être bien plus grande. Anéantir soi-même le contrat, sans attendre de passer devant un juge à cette fin, ne devrait être toléré que si cela s'avère nécessaire, autrement dit uniquement en cas de circonstances de nature à devoir enclencher la résolution immédiatement. La résolution unilatérale devrait donc logiquement remplir deux critères : le premier étant un manquement grave [car il faut avant tout que la résolution soit justifiée, tout autant que lorsqu'elle est judiciaire], le second étant l'urgence [la résolution du contrat étant la sanction grave dont le juge est censé avoir le monopole, il est normal de lui trouver une justification spécifique] (2).

1. Un champ d'application élargi : du manquement assorti à un comportement grave au seul manquement grave

618. Conditions requises par la jurisprudence antérieure : un manquement suffisant assorti d'un comportement grave – À rebours de ce que prévoit le nouveau texte, dans l'arrêt Tocqueville de 98[1911], n'était pas déterminant le manquement en lui même mais l'attitude de l'auteur de la rupture[1912]. Le droit antérieur[1913] considérait en effet que c'est « la gravité du

---

[1911] Cass. civ. 1ère, 13 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 300, D. 1999, p. 197, note C. JAMIN ; JCP 1999. II. 10133, note N. RZEPECKI ; D. 1999, Somm., p. 115, obs. PH. DELEBECQUE ; Defrénois, 1999, p. 374, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 1999, p. 394, obs. J. MESTRE ; RTD civ. 1999, p. 506, obs. J. RAYNARD.

[1912] PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 8ème éd., LGDJ, 2016, n° 892 s., p. 510 s.

[1913] Pour des décisions plus récentes que l'arrêt Tocqueville, V. aussi Cass. civ. 1re, 28 oct. 2003, n° 01-03.662, Bull. civ. I, n° 211 ; JCP G 2004.II.1018, note C. LACHIEZE ; RDC 2004, p. 273, obs. L. AYNÈS et p. 277, obs. D. MAZEAUD ; Defrénois 2004, art. 37894, n° 24, obs. R. LIBCHABER ; Contrats conc. Consom. 2004, comm. N° 4, obs. L. LEVENEUR ; *Adde,* C. ATIAS, *Les « risques et périls » de l'exception d'inexécution (limites de la description normative)*, D. 2003, p. 1103 ; S. AMRANI-MEKKI, *La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée*, Defrénois 2003, art. 37688 ; PH. DELEBECQUE, L. AYNÈS, PH. STOFFEL-MUNCK, *Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir*, Dr. et patr. 2004, n° 126,

comportement d'une partie à un contrat [qui] peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques périls »[1914]. La gravité faisait donc l'objet d'une appréciation subjective centrée sur « l'attitude répréhensible du débiteur récalcitrant, relevant de son état d'esprit, de sa mauvaise volonté, de sa déloyauté, voire de son intention de nuire »[1915], qui devait s'ajouter au manquement susceptible d'entraîner la résolution. En cela, la résolution unilatérale était, à juste titre, soumise à des conditions plus strictes que la résolution judiciaire qui s'apprécie objectivement car seul le manquement grave importe[1916]. À quelques occasions, il était déjà arrivé que la Cour de cassation ne se réfère pas à un comportement grave[1917], cependant celui-ci apparaissait à la lecture des faits, on peut donc estimer qu'il a été déterminant sans être relevé de manière rigoureuse[1918]. Quoi qu'il en soit, la majorité de la doctrine estime que l'appréciation de la gravité par les juges était plus subjective.

619. Condition requise par l'ordonnance : le seul manquement grave – La réforme aligne le critère déterminant de la résolution unilatérale sur celui de la résolution judiciaire. Il n'a pas fallu attendre longtemps pour découvrir ce que pourrait donner une telle application. Quelque temps après la date d'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats[1919], la Cour de cassation a eu tendance

---

p. 55-77 ; C. LACHIÈZE, *La rupture unilatérale pour comportement grave, évolution ou révolution ?* JCP 2004. II. 10108. – Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-17.844 – Cass. com., 31 mars 2009, n° 07-20.991, D. 2010, p. 224, obs. S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; RTD civ. 2009, p. 320, obs. B. FAGES – Cass. com., 23 sept. 2008, n° 07-10.025, RTD civ. 2009, p. 320, obs. B. FAGES.

[1914] Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, H. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, 13ème éd., Dalloz, 2015, n° 181.

[1915] A. BORIES, *Résolution aux risques et périls du créancier,* AJ contrat 2017, p. 127 ; *Adde,* P. GROSSER, *La résolution unilatérale : conditions et régime, op. cit.* : où il est relevé que la Cour de cassation privilégiait « une approche particulière de la condition tenant à la défaillance du débiteur, plus subjective que celle utilisée traditionnellement en matière de résolution judiciaire : la résolution unilatérale viendrait ainsi sanctionner la mauvaise foi caractérisée ou la déloyauté du débiteur » ; PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7ème éd., LGDJ, 2015, n° 982 : « Ce n'est pas tant l'inexécution de l'obligation, que le "comportement grave", c'est-à-dire en opposition à la foi contractuelle, [...] qui justifie la rupture »

[1916] P. GROSSER, *La résolution unilatérale : conditions et régime, ibid.* ; A. BORIES, *Résolution aux risques et périls du créancier,* AJ contrat 2017, p. 127 ; PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit.,*

[1917] Cass. civ. 1re, 13 mars 2007, n° 06-10.229 – Cass. civ. 1re, 28 févr. 2008, n° 07-11.824 – Cass. com., 7 avr. 2010, n° 06-15.590, RTD civ. 2010, p. 324, obs. B. FAGES.

[1918] P. GROSSER, *La résolution unilatérale : conditions et régime, ibid.*

[1919] Fixée par l'ordonnance au 10 février 2016.

a tiré les conséquences des nouveaux textes quand bien même il ne s'agit pas de ceux que l'ordonnance a revêtu du statut d'ordre public[1920].

Tel est semble-t-il le cas de l'arrêt rendu par la chambre commerciale le 6 décembre 2016[1921] où l'appréhension de la gravité diffère complètement de certains arrêt rendus par le passé. Dans cette affaire, afin d'animer son réseau, un franchiseur a conclu avec un prestataire de services plusieurs contrats de licence d'exploitation de sites internet pour une durée déterminée. Le 27 décembre 2010, suite à des dysfonctionnements répétés, le franchiseur avait mis en demeure le prestataire pour qu'il mette fin à cette mauvaise exécution, sous peine de résiliation à ses torts. Le prestataire n'ayant pas dénié répondre, le 31 janvier 2011, le franchiseur avait procédé à une résolution unilatérale. Le prestataire avait alors assigné le franchiseur en résiliation à ses torts des contrats et en paiement des sommes contractuellement prévues pour ce type de situation. À titre principal, était évoquée l'absence de manquements graves susceptibles de justifier la résolution unilatérale des contrats. L'arrêt d'appel retient que les dysfonctionnements à répétition affectant les vingt et un sites des franchisés et celui du franchiseur étaient de nature à nuire à leurs relations, à leurs recherches de prospects ainsi qu'au développement du réseau (agences n'apparaissant pas sur la carte, mot de passe, code disparaissant, impossibilité d'accès aux franchisés, problèmes de devis, de référencement, etc.). Les hauts magistrats estiment que c'est à bon droit que la Cour d'appel a pu retenir qu'il en résultait des manquements graves de nature à justifier la résiliation unilatérale de toutes les conventions.

[1920] D. MAINGUY, *Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats,* D. 2016. 1762 : un souhait que l'auteur fonde, notamment, sur le pouvoir normatif des décisions de justice. - Pour approfondir sur ce sujet, V. M. MEKKI, *Droit des contrats, décembre 2016 - janvier 2018,* D. 2018. 371 ; Même auteur, *La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, Une réforme de la réforme ?*, D. 2018. 900 ; P. PUIG, *L'autorité des rapports relatifs aux ordonnances*, RTD civ. 2017. 84 ; H. BARBIER, *Droit transitoire et ordonnance du 10 février 2016 : la loi nouvelle non encore applicable considérée comme du droit souple*, RTD civ. 2017. 837 ; O. TOURNAFOND et J.-PH. TRICOIRE, *Entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats,* RDI 2016. 606 ; G. CHANTEPIE, *L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats,* AJ contrat 2016, p. 412.

[1921] Cass. com., 6 déc. 2016, n° 15-12.981, Sté Jalis c/ S., Comm. com. electr. 2017 n° 2, fév. 2017, comm. 12, note G. LOISEAU ; AJ contrat 2017, p. 127, obs. A. BORIES.

620. Alors que le « *''comportement grave''* du débiteur constituait le critère prétorien de la résolution aux risques et périls », dans cette affaire « la terminologie change », les juges « admettant la résolution à raison de la *''gravité du manquement''* du prestataire »[1922]. Même si cela était déjà arrivé par le passé, on peut considérer que cette analyse objective de la gravité constitue une application anticipée de l'actuel article 1224 du Code civil, celui-ci ayant mis un terme à l'analyse subjective des comportements. On peut en déduire que désormais la déloyauté et l'intention de nuire sont « relégué(es) au second plan, voire indifférent(es) au bien-fondé de la rupture »[1923]. Cet arrêt est aussi l'occasion de préciser la manière dont la gravité objective s'apprécie. En l'espèce, le plus déterminant pour les juges a été de constater que le manquement portait sur une obligation essentielle (la maintenance étant capitale au fonctionnement correct des sites internet). Il faut en déduire que la gravité objective (que retient l'article 1224) suppose, peut être, une analyse systématique du caractère essentiel ou accessoire du manquement en cause, la résolution par voie de notification étant permise uniquement pour le premier cas de figure. De ce fait, l'appréciation de la gravité passerait par une étape préalable incontournable : distinguer les obligations essentielles et les obligations accessoires, ce qui n'est pas toujours une tâche aisée pour le juge. *En tout cas, si cette affirmation se vérifie, la résolution unilatérale pourrait être exclue lorsque la contestation porte sur la fixation abusive du prix. Celle-ci n'étant pas a priori une obligation principale puisque la fixation unilatérale du prix ne constitue guère plus qu'une modalité de l'exécution du contrat*.

621. D'autres éléments ont retenu l'attention des juges cependant (ils peuvent sembler secondaires mais ce qu'il faut retenir c'est la façon dont ils ont apprécié un ensemble de circonstances). A également été relevé le fait que les dysfonctionnements ont perduré malgré de nombreuses relances et une mise en demeure adressée au débiteur l'informant expressément qu'une résiliation serait mise en œuvre si la défaillance persiste. Cela nous indique que les juridictions du fond se sont aussi basées sur l'importance du manquement, c'est-à-dire son

---

[1922] A. BORIES, obs. sous Cass. com., 6 déc. 2016, *ibid.*
[1923] A. BORIES, *ibid.*

ampleur. Enfin, il semblerait que la portée du manquement puisse aussi être appréciée car les juges n'ont pas été indifférents au fait que les problèmes rencontrés nuisaient aux relations des membres du réseau, plus précisément « à leur recherche de prospect ainsi qu'au développement du réseau ». C'est donc que les conséquences dommageables participent à l'aggravation du manquement.

622. Les caractéristiques de la gravité autorisant la résolution par voie de notification sont ainsi essentiellement objectives. La nonchalance du débiteur, et donc son comportement inapproprié (apparaissant à la lecture des faits de l'arrêt étudié) ne change rien à cette réalité, quand bien même elle peut influencer les juges du fond. La rupture entre le droit antérieur et le nouveau réside dans l'importance qu'il faut accorder aux comportements inadéquats (mauvaise foi, déloyauté, etc.) : alors qu'auparavant, pour apprécier la gravité ils étaient indispensables, aujourd'hui, ils ne sont que des indices[1924].

2. Un champ d'application insuffisamment restreint : l'absence de prise en compte de l'urgence de la résolution

623. L'urgence : critère d'origine de l'exceptionnelle résolution unilatérale – Si la jurisprudence s'est mise à déroger au principe de la résolution judiciaire du contrat prévue à l'article 1184[1925], ancien, en admettant la possibilité de résoudre unilatéralement le contrat, c'est en raison du « particularisme » de certaines « circonstances de fait »[1926], comme « l'urgence ou un état de nécessité ». Sinon, pourquoi ne devrait-on pas attendre de passer devant le juge ? Pourquoi est-ce que la gravité devrait suffire lorsque la rupture du contrat n'a pas de caractère urgent ? C'est d'ailleurs sur le fondement de l'usage[1927] et de

---

[1924] A. BORIES, *ibid. :* « La mauvaise volonté, voire la déloyauté, pourraient demeurer des indices pertinents, quoique non indispensables, de la gravité du manquement justifiant la résolution unilatérale ».

[1925] J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 3ème éd., LGDJ, 2001, n° 466 s.

[1926] C. JAMIN, *L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée*, D. 2001. 1568.

[1927] Dans la vente commerciale ayant pour objet des choses de genre (blé, par ex.), lorsque l'acheteur n'était pas livré au terme convenu, un usage lui permettait de s'approvisionner auprès d'un autre fournisseur aux dépens du vendeur défaillant.

l'urgence que le pouvoir unilatéral de rompre avait commencé à être admis. La décision très ancienne mais connue est fréquemment évoquée du Tribunal civil de la Seine avait trait à l'urgence puisqu'avait été reconnu à l'exploitant d'un organisme de spectacle le droit d'évacuer un spectateur ayant troublé la représentation (cette évacuation constituant une rupture unilatérale)[1928]. De même pour l'exclusion le terme du séjour d'un curiste récalcitrant[1929]. L'arrêt rendu par la Cour d'appel Colmar, le 7 février 1975, avait admis que « l'une des parties est en droit de rompre le contrat de vente sans l'intervention d'une décision judiciaire, lorsque l'autre partie a rendu cette rupture nécessaire »[1930], autrement dit « en cas d'urgence »[1931] ou s'il s'agit d'une « situation particulière »[1932]. En l'espèce, le péril provenait du dépérissement de la marchandise que l'acquéreur refusait de payer, le vendeur l'avait alors vendue aux enchères (rupture tacite). Puis l'arrêt Tocqueville a fait en sorte que la gravité suffise à justifier l'empressement que constitue la résolution unilatérale. Des textes particuliers rendent compte d'ailleurs du lien ténu qu'il y a (devrait y avoir) entre l'urgence et ce type de rupture. Il est notamment prévu à l'article L. 322-4 du Code de l'aviation civile que « le commandant de bord a la faculté de débarquer toute personne parmi les passagers qui peut présenter un danger pour la sécurité ou le bon ordre à bord d'un aéronef ». L'urgence permettant la rupture unilatérale tenant ici à la sécurité.

624. L'urgence : critère logique de l'exceptionnelle résolution unilatérale – La jurisprudence Tocqueville de 1998, désormais aussi l'ordonnance du 10 février 2016, avait renoncé au critère de l'urgence au profit de la seule gravité[1933]. Mais il aurait peut être été plus admissible de requérir les

---

[1928] T. civ. Seine, 31 juill. 1897, S. 1898. 2, p. 25.

[1929] Cass. civ., 5 déc. 1934, Gaz. Pal. 1935.1,.134.

[1930] CA Colmar, 7 fév. 1975, Hellburg c/ Schneider, D. 1978. 168, note P. ORTSCHEID ; PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.,* n° 892, p. 511.

[1931] PH. DELEBECQUE, *Le droit de rupture unilatérale du contrat : genèse et nature,* Dr. et patr. 2004, n° 126, p. 62.

[1932] PH. DELEBECQUE, *ibid.*

[1933] PH. DELEBECQUE, *ibid.* ; PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 8ème éd., LGDJ, 2016, n° 892, p. 511.

deux, cumulativement[1934], dès lors qu'il s'agit de se faire justice à soi-même et qu'en principe le droit ne l'admet pas[1935]. Puisque la « rupture unilatérale anticipée se présente […] comme une solution d'exception, […] il convient de la borner à ce qui la justifie »[1936], or la gravité justifie que le contrat soit résilié mais pas que ce soit de manière précipitée et sans l'office du juge.

625. Le Code Napoléon avait opté pour une résolution exclusivement judiciaire pour de bonnes raisons. Aujourd'hui, l'ordonnance de 2016 a effacé l'article 1184 et prévoit désormais expressément que la résolution unilatérale est possible mais cela ne retire pas la validité de ces motifs. Sur ce point, la réforme n'a fait que codifier à droit constant ce qu'avait créé la jurisprudence sans s'embarrasser des considérations relatives à la théorie du droit qui pourtant sont toujours d'actualité. Selon Monsieur Jamin, les rédacteurs du Code de 1804 avaient fait de la résolution une sanction judiciaire en raison de leur « vision pessimiste de la nature humaine »[1937]. Puisque « les individus n'avaient pas la force de caractère suffisante pour respecter leurs engagements »[1938], leur permettre de résilier unilatéralement les conventions souscrites risquait à leurs yeux d'ébranler la force obligatoire du contrat (inscrite alors à l'article 1134, alinéa 1)[1939]. Qui pourrait contester le fait que ce risque est encore plus grand aujourd'hui, sachant que nous sommes à une époque qui subit une baisse des

---

[1934] Ainsi les conditions de la résolution judiciaire et par voie de notification ne seraient pas tout à fait identiques et cela serait bien plus cohérent car ces deux modes de ruptures ne participent pas du tout de la même logique.

[1935] Les partisans de la résolution unilatérale n'ont aucun égard pour l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même » (H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français,* LexisNexis, 1999, n° 287). Cet adage n'a en aucun cas une portée absolue mais cela ne signifie pas pour autant qu'il ne doit pas être considéré. Pour une analyse approfondie de ce sujet, V. J. BÉGUIN, *Nul ne peut se faire justice à soi-même. Le principe et ses limites,* Travaux Association H. Capitant, T. XVIII, Paris, Dalloz, 1966, Rapport français, p. 41 s.).

[1936] PH. STOFFEL-MUNCK, *Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale,* Dr. et patr. 2004, n° 126, p. 71.

[1937] C. JAMIN, *Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence, in* L'unilatéralisme et le droit des obligations, C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Economica, 1999, spéc. n° 3.

[1938] C. JAMIN, *ibid.*

[1939] Le contexte historique de l'époque a également joué son rôle car les rédacteurs ont également souhaité « restaurer un ordre social trop longtemps bafoué par quinze années de troubles révolutionnaires en obligeant les individus à respecter leurs engagements privés » : C. JAMIN, *Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ?, in* Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé, M. Fontaine et G. Viney (dir.), Bruylant-LGDJ, 2001, n° 1, p. 451.

valeurs morales et que notre société est de plus en plus régie par la loi du plus fort[1940]. Le mécanisme de la résolution unilatérale fait fi de tout cela alors que ce qui était vrai hier est encore plus marqué aujourd'hui.

626. De fait, c'est « au nom du principe de la force obligatoire du contrat que le créancier, victime de l'inexécution du contrat, doit faire preuve de patience et attendre la décision du juge, seul maître des suites de l'inexécution du contrat »[1941], car il faut éviter que « le créancier n'exploite la moindre défaillance de son partenaire pour se délier unilatéralement de ses propres engagements »[1942]. C'est aussi en conformité à ce principe qu'il convient de laisser plus qu'une seule chance au débiteur de s'exécuter, pas forcément parce qu'il mériterait l'indulgence (hormis certains motifs d'inexécution particuliers, comme la survenue d'une imprévision par exemple), mais du fait que c'est l'exécution du contrat qui doit toujours être privilégiée. En vertu de la force obligatoire, la plus importante préoccupation résultant du contrat est son exécution, à laquelle on ne peut renoncer si elle reste possible et sans motifs impérieux. C'est bien en raison de la grande importance qui est accordée à l'exécution du contrat que, par exemple[1943], les juges font respecter sévèrement les manquements à l'obligation de non concurrence. Ils ont notamment autorisé, il y a très longtemps déjà, la fermeture d'un fonds de commerce exploité par une personne qui n'a respecté son engagement de non-concurrence[1944], ou encore la cessation des fonctions d'un salarié n'ayant pas respecté la clause de non-concurrence qui lui interdisait d'être embauché par une entreprise concurrente[1945].

[1940] « Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit, et l'obéissance en devoir » : ROUSSEAU, *in* Du droit du plus fort, Contrat social, 1762, Livre I, § III.

[1941] D. MAZEAUD, *L'unilatéralisme en matière de résolution du contrat, nouvel épisode,* D. 2001. 3239.

[1942] D. MAZEAUD, *ibid.*

[1943] Et les exemples de ce genre sont bien entendus très nombreux et variés (d'autant plus depuis qu'a été consacrée la primauté de l'exécution forcée en nature, à ce sujet. V., à ce sujet, V. LONIS-APOKOURASTOS, *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature,* Aix-Marseille, PUAM, 2003, Préf. J. Mestre).

[1944] Cass. req., 21 fév. 1862, D.P. 62, 1, p. 85 ; Cass. req., 7 juill. 1898, S. 1898, 1, p. 520 ; Paris, 15 juin 1933, D.H. 1933, p. 450.

[1945] Cass. soc., 17 déc. 1992, Gaz. Pal. 28 fév. 93 – Cass. soc., 2 mars 1993, panor. C. cass. p. 38 ; Cass. soc. 15 fév. 1995, D. 1997, p. 106, note Y. PICOD ; Versailles, 20 avril 1995, D. 1996, somm. comm. p. 247, obs. Y. SERRA : « il y a lieu, après avoir constaté la validité de la clause

627. Pour conclure, de notre point de vue, « le relatif effacement de la résolution judiciaire n'est concevable que s'il ne s'accompagne pas d'un sensible déclin du pouvoir du juge »[1946]. L'urgence comme condition permettrait de l'éviter mais au lieu de cela, elle sert le créancier afin qu'il déroge à l'obligation de mise en demeure préalable (article 1226). Puisqu'elle n'est pas autorisée pour des raisons de nécessité ou d'impériosité, la résolution unilatérale semble avoir été adoptée pour que les contractants soient plus autonomes dans la gestion de leurs conflits, autrement dit dans le but de réduire l'intervention du juge. Elle s'inscrit donc dans un phénomène de déjudiciarisation particulièrement accru ces dernières années[1947] alors qu'elle ne constitue en aucun cas un véritable remède, ce n'est ni plus ni moins une renonciation à la justice par dépit, plus précisément, faute de moyens. En tout cas, il ne semble pas choquant d'affirmer que, pour décider du droit de rompre unilatéralement, la volonté de désengorger les tribunaux a encore plus primé que les raisons majoritairement économiques qui sont habituellement avancées[1948]. Celles-ci renvoient d'ailleurs à des avantages qui, à y regarder de plus près, paraissent exagérés.

628. La résolution unilatérale permettrait de libérer plus rapidement le contractant de sa relation contractuelle qui ne présente plus d'intérêt depuis le

---

par sa limitation dans le temps et l'espace de condamner le cédant (de parts sociales) sous astreinte, à cesser toutes ses fonctions au sein de la société qui l'emploie et de faire injonction à cette dernière de cesser toute relation de travail avec lui ».

[1946] D. MAZEAUD, *L'unilatéralisme en matière de résolution du contrat, nouvel épisode, op. cit.*

[1947] Par exemple, sur certains points, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, dite « J21 », constitue plus un recul de la justice que la modernisation affirmée. Tel est le cas en matière de divorce par consentement par mutuel qui désormais peut se passer du juge, les époux procédant par acte d'avocat déposé au rang des minutes d'un notaire, lequel constate le divorce et donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire (deux avocats et un notaire au lieu du juge). Praticiens et doctrine ont vivement critiqué cette procédure extra-judiciaire, à juste titre car « seul l'imperium du juge, avec la participation des avocats, doit permettre de dénouer le lien solennel que l'officier d'État civil a établi en mairie ». Ce devrait être « au juge, impartial, et non aux avocats, qui n'ont aucun pouvoir coercitif, de contrôler l'équilibre des intérêts en présence ! ». Sur certains points, la justice du XXIe siècle, est devenue « une justice sans juge ! » (V. AVENA-ROBARDET, *Divorce extra-judiciaire, bis repetita...*, AJ fam. 2016 p. 227).

[1948] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution,* th. Paris II, LDGJ, 2007, Préf. L. Leveneur, n° 605, p. 433 : où l'auteur estime qu'« il ne serait pas tout à fait satisfaisant de fonder l'avènement » de la résolution unilatérale « sur la nécessité de désencombrer les prétoires. Il serait bien étonnant que le fond du droit doive remédier aux dysfonctionnements de l'organisation de la justice et que, par un curieux retournement de situation (le serviteur devenant le maître !), il doive se plier aux exigences d'une intendance qui devrait trouver ailleurs les remèdes pour pouvoir suivre ».

manquement grave. Par cette rupture rapide, il peut immédiatement se tourner vers un autre contractant afin de réaliser l'opération économique qu'il avait envisagée. Ce type de résolution séduirait donc par son pragmatisme et son efficacité. « Dans une économie d'abondance, il est bon de donner au contractant désappointé les moyens de recouvrer sa liberté, car il lui sera aisé de trouver un contractant qui réponde à ses attentes »[1949]. Sauf que cette considération ignore que le contrat aussi facilement rompu constituait lui aussi « une valeur » dans « l'ordre économique »[1950], qui ne doit pas être détruite si cela ne s'avère pas nécessaire. Cette valeur est telle, que c'est la survie du contrat qui est favorisée même lorsqu'il s'agit de manquements au stade de la formation du contrat[1951]. A fortiori, il doit en aller de même au stade de l'exécution, sachant que certaines prestations ont déjà été réalisées et que la résolution peut impliquer une remise en état et des restitutions difficiles.

629. D'aucuns ont aussi mis en avant la réduction des contentieux. En évitant le procès, les contractants bénéficieraient d'un gain de temps et d'argent[1952]. Cette assertion serait incontestable si le débiteur n'avait pas le pouvoir de contester la résolution et de la soumettre finalement à la décision du juge[1953], Or, le droit ne prévoit pas, bien heureusement, un tel despotisme[1954]. Il y

---

[1949] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11ème éd., Dalloz, 2013, n° 660, p. 712 ; *Adde* D. TALLON, *L'article 1184 du Code civil. Un texte à rénover ?, in* Clés pour siècle, Université de Paris II, Dalloz, 2000, p. 253 s., spéc. p. 262 ; C. JAMIN, *Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence* ; C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 71 s., spéc. p. 76 ; T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* n° 605, p. 433.

[1950] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *ibid.,* p. 713.

[1951] F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *ibid.*

[1952] B. FAGES, *Droit des obligations*, 6ème éd., LGDJ, 2016, n° 305, p. 259 : « Le grand avantage de la résolution par voie de notification est de permettre au créancier de se déclaré libéré du contrat sans avoir à engager le moindre contentieux.

[1953] Déjà avant la publication de l'ordonnance : Cass. civ. 1ère, 20 fév. 2001, Bull. civ. I, n° 40, D. 2001, p. 1568, note C. JAMIN, Defrénois 2001, p. 705, obs. E. SAVAUX, RTD civ. 2001, p. 363, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Cass. civ. 1ère, 28 oct. 2003, Bull. civ. I, n° 211, Defrénois 2004, p. 378, obs. R. LIBCHABER, RDC 2004, p. 273, obs. L. AYNÈS, p. 277, obs. D. MAZEAUD, RLDC 2004/2, n° 40, note E. GARAUD, RTD civ. 2004, p. 89, obs. J. MESTRE et B. FAGES - C. JAMIN, *Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence*, *op. cit.,* p. 71 s. ; L. AYNÈS, PH. DELEBECQUE, PH. STOFFEL-MUNCK, *in Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir,* Dr. et patr. 2004, n° 126, p. 55.

[1954] « En somme, la résolution sans poursuite judiciaire ne mérite son nom que si le droit allégué n'est pas contesté ». Sans quoi, elle ne se distingue pas véritablement de la résolution judiciaire

aura presque à chaque fois tout de même un procès car c'est l'appréciation subjective du manquement par le créancier, non partagée par le débiteur la plupart du temps, qui mène à la rupture[1955]. La suffisance de ce manquement n'étant contrôlée qu'à posteriori en cas de contestation. Comme l'a fait remarquer un auteur belge, « ne comprend-on pas comment certains auteurs peuvent soutenir que l'effet capital de la résolution de plein droit est de rendre inutile l'intervention judiciaire » alors que « cette intervention ne pourra, presque toujours, pas être évitée »[1956].

B/ L'opportunité de la mise en demeure comme preuve de l'échec du règlement amiable

630. En s'abstenant d'exiger l'urgence et en imposant comme critère la seule gravité, l'ordonnance n'encadre pas de manière suffisamment stricte la résolution par voie de notification. Cependant, il en va autrement concernant d'autres points qu'il convient aussi de relever car ils participent au procédé du déblocage contractuel. Il s'agit de l'obligation prévue à l'article 1226 du Code civil de mettre en demeure le débiteur de s'exécuter, du délai raisonnable dont ce dernier bénéficie afin qu'il s'exécute, ainsi que l'obligation de motivation de la résolution[1957] [laquelle ne peut se référer qu'à un manquement suffisamment grave] (1). Tels sont les garde-fous de la résolution unilatérale dont la nature extrajudiciaire justifie d'octroyer à l'obligation de mise en demeure un statut d'ordre public, une nécessité pour que les contractants ne puissent pas prévoir

---

(M. TANCELIN et J. GARDNER, *Jurisprudence commentée sur les obligations,* Wilson & Lafleur, 6ème éd., n° 156, p. 91, cité, en référence au droit québécois, par T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* n° 605, p. 433).

[1955] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* n° 605, p. 433 : « Confronté à un débiteur qui entend résister à l'anéantissement du contrat, le contentieux échouera fatalement devant le juge », il est donc loin d'être acquis que la résolution unilatérale puisse abaisser le nombre et le coût des procès.

[1956] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge t. 2, Les incapables, Les obligations,* Bruylant, 1934, note de bas de page n° 1, n° 899, p. 737 (référencé par T. GENICON, *supra*). Excepté dans les rapports déséquilibrés « où il y a fort à parier que le débiteur se résignera souvent à accepter la décision du créancier » (T. GENICON*, ibid.,* n° 617, p. 441), mais cela ne présente rien de louable car l'inaction du créancier résulte d'une faiblesse et non de l'acceptation d'une sanction justifiée.

[1957] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 502.

conventionnellement d'y déroger pour les cas où aucune urgence n'est à constater (2).

1. La primauté de l'exécution et du respect de la force obligatoire du contrat favorisés par la mise en demeure

631. Un temps supplémentaire pour s'exécuter – Le créancier qui souhaite résoudre unilatéralement le contrat doit commencer par « mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement ». Ce formalisme protecteur poursuit une finalité bien plus essentielle qu'il n'y paraît, il octroie au débiteur « une ultime chance de s'exécuter » [1958]. Ce temps supplémentaire qui est accordé peut être assimilé aux délais de grâce que peut octroyer le juge dans le contentieux de la résolution judiciaire[1959], sauf que c'est le créancier qui dispose de la maîtrise de fixer l'étendue de ce délai. C'est donc que la mise en demeure est une « garantie minimale offerte aux intérêts du débiteur défaillant »[1960] mais, en ne précipitant pas la destruction des liens contractuels économiquement viables, elle est aussi à la fois un moyen de favoriser la force obligatoire du contrat.

632. En vertu de l'article 1226, la mise en demeure préalable enjoint le débiteur de s'exécuter, conformément à son engagement, avant l'écoulement d'un « délai raisonnable ». Il n'est pas indiqué si ce délai doit être déterminé précisément mais on peut supposer que ce doit être le cas, autrement cette précision au sein de la mise en demeure n'aurait aucun intérêt. Si le créancier se contente de la formule « délai raisonnable » au lieu d'en déterminer un expressément, il faut s'attendre à ce que le débiteur apprécie selon sa propre conception ce qu'est un délai raisonnable et elle peut être très éloignée de celle qu'a imaginée le créancier. Il faut sans aucun doute partir du principe que la loi

---

[1958] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid.,* p. 503 ; Pour une critique à propos de l'obligation de mise en demeure et du délai supplémentaire qu'elle implique, V. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat,* th. paris 1, LGDJ, 2004, Préf. H. Muir-Watt, n° 203, p. 284.

[1959] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* n° 615, p. 440.

[1960] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil,* Dalloz, 2016, n° 657, p. 569.

exige un délai déterminé et non pas simplement la mention d'un « délai raisonnable ».

633. Un temps supplémentaire qui doit être effectivement garanti – Quel devrait être le sort de la mise en demeure, et par conséquent de la résolution unilatérale dont la validité en dépend, s'il résulte une défaillance relative à ce délai, soit qu'aucun délai raisonnable n'a été indiqué, soit qu'un délai a été accordé mais d'une trop courte durée ? Si l'article 1226 exige du créancier de laisser au débiteur un « délai raisonnable » (supplémentaire donc)[1961] pour s'exécuter, c'est pour que la dernière chance dont il bénéficie ne soit pas fictive. Il ne s'agit donc pas d'une simple mention formelle dénuée de grand intérêt, elle est au contraire suffisamment importante pour être garantie. Or, la seule manière de garantir l'exécution d'une obligation c'est de l'assortir d'une sanction (une obligation sans valeur contraignante n'en pas une)[1962] qui dans le cas présent ne peut être autre chose que l'inefficacité de la mise en demeure et par voie de conséquence de la résolution unilatérale (puisque la mise en demeure la conditionne).

634. Hormis le cas dans lequel l'inexécution grave est irrémédiable et donc que l'exécution en nature est impossible, l'obligation de mise en demeure ne doit jamais être sacrifiée[1963]. Cette dérogation relève d'une logique élémentaire mais elle n'est pas prévue en tant que telle par la loi, laquelle ne dispense de mise

---

[1961] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid. ;* S. K. MYOUNG, *La formalité délai-supplémentaire dans la résolution du contrat, in* Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle, LGDJ, 2001, p. 703.

[1962] J. HUET, *Des distinctions entre les obligations,* RDC 2006, p. 89 ; G. LOISEAU, *De l'obligation naturelle à l'obligation civile : l'entremise de l'engagement par volonté unilatérale*, D. 2005, p. 1393 ; N. MOLFESSIS, *L'obligation naturelle devant la Cour de cassation : remarques sur un arrêt rendu par la première Chambre civile, le 10 octobre 1995,* D. 1997, Chron. 85.

[1963] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit*., p. 503 : « De cette *ratio legis,* on peut déduire que la mise en demeure n'est pas requise lorsqu'elle est inutile, c'est à dire lorsque l'inexécution est irrémédiable (par ex., lorsque la prestation fournie est imparfaite et qu'il est impossible ou sans intérêt d'en demander l'exécution en nature) » ; PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8ème éd., LGDJ, 2016, n° 895, p. 512 : « L'exigence d'une mise en demeure peut sembler superflue si le comportement d'ensemble du débiteur est tel que le mal paraît irrémédiable. La loi n'en dispense pourtant qu'en cas d'urgence ».

en demeure qu'en cas d'urgence. Son importance et ses bénéfices, que nous avons déjà soulignés, justifient la nature impérative qu'elle devrait avoir.

2. Le nécessaire statut d'ordre public de l'obligation de mise en demeure

635. Doit-on admettre que les parties puissent écarter, à l'avance par une clause, la formalité obligatoire que constitue la mise en demeure ? Puisque le texte n'indique rien à ce sujet, le juge pourrait répondre à cette question tout autant de manière affirmative que négative. Il est cependant toujours possible d'avancer des arguments en défaveur d'un tel droit. La mise en demeure préalable ainsi que l'obligation de motiver la résolution dans la notification correspondent à la contrepartie de la résolution unilatérale (qui constitue une tolérance). Puisqu'il s'agit des garde-fous du droit de rompre le contrat en dehors des instances judiciaires, il est peu probable que les juges permettent d'y déroger[1964].

636. La mise en demeure comme prix à payer de la généralisation du droit de rupture extrajudiciaire – D'ailleurs, dans le droit antérieur à la réforme, la jurisprudence ne soumettait pas la résolution unilatérale à l'obligation de mettre en demeure le débiteur[1965], alors qu'elle était nécessaire pour pouvoir faire jouer une clause résolutoire[1966] et que la résolution judiciaire parvenait à substituer ses fonctions par l'assignation. Cette dispense, qui faisait exception,

---

[1964] « Sans constituer un critère décisif, la fonction protectrice de ces dispositions pourrait bien être un indice de leur impérativité. Ce qui accentue, par comparaison, l'attractivité de la clause résolutoire » (O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit*., p. 507). Elles sont « sans doute le prix à payer » de la généralisation de la rupture extrajudiciaire (G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, op. cit.,* n° 657, p. 570).

[1965] Cass. com., 10 fév. 2009, n° 08-12.415 (dans cette affaire, les juges avaient indiqué que cette dispense est valable même si le contrat prévoyait par ailleurs une clause résolutoire de plein droit, les deux procédures étant distinctes), Contrats, conc. consom. 2009, comm. 123, note L. LEVENEUR ; RDC 2010, p. 44, obs. T. GENICON. – Cass. com., 20 oct. 2015, n° 14-20.416, Contrats, conc. consom. 2016, comm. 3, note L. LEVENEUR. – V. P. ANCEL, *Les sanctions de l'inexécution contractuelle dans le projet de réforme français, in* PH. BRUN (dir.), Les perspectives de modernisation du droit des obligations : comparaisons fanco-argentines, Dalloz, 2015, n° 8, p. 95 : où l'auteur estime que la procédure est « assez lourde » pour une résolution qui est censée simplifier et accélérer la rupture. Sauf qu'il s'agit d'un mal amplement nécessaire pour un mode de rupture qui se passe aussi bien de l'accord du débiteur que de celui du juge.

[1966] Cass. civ. 1re, 3 fév. 2004, n° 01-02.020, Bull. civ. I, n° 27 ; JCP G 2004, II, 10149, note E. TREPPOZ ; Contrats, conc. consom. 2004, comm. 55, note L. LEVENEUR.

était évidemment très critiquée par la doctrine car elle concernait le mode de rupture qui en avait le plus besoin. En renonçant à l'effet protecteur de la mise en demeure, la jurisprudence prenait en compte uniquement les intérêts du créancier au détriment le plus total de ceux du débiteur. Pire, elle retenait un formalisme peu satisfaisant eu égard au principe de la force obligatoire du contrat qui, sous un certain aspect, invite à favoriser l'exécution du contrat envers et contre tout, jusqu'à l'impasse qui met fin à tout espoir. En outre, pouvoir résoudre le contrat unilatéralement et selon une procédure extra-judiciaire ne devrait jamais être précipité, puisque la sanction est grave et extrême, une dernière chance pour pouvoir exécuter correctement son engagement doit être de droit.

637. La dispense de mise en demeure adaptée aux autres modes de rupture que la résolution unilatérale – Si les parties souhaitent impérativement renoncer à la mise en demeure préalable, elles doivent nécessairement prévoir une clause résolutoire qui l'exclue car la loi permet une telle dérogation dans ce mode de rupture (article 1225 alinéa 2)[1967]. La possibilité pour les parties de prévoir une dispense de mise en demeure au sein de la clause résolutoire doit-elle être étendue à la résolution par voie de notification ? Si tel était le cas il n'y aurait même pas eu besoin d'une extension de l'article 1225, le rédacteur l'aurait tout simplement précisé à l'article 1226. Que la possible dérogation soit indiquée dans le texte dédié à la clause résolutoire mais pas dans le texte qui consacre la résolution unilatérale laisse deviner qu'elle n'est pas autorisée dans le second. En outre, pourquoi est-ce qu'on aurait pris la peine de préciser à l'article 1226 que la mise en demeure n'est pas requise en cas d'urgence sans ajouter que c'est également le cas si les parties se sont mis d'accord pour écarter l'obligation de mise en demeure. Quelques mots de plus, les mêmes que ceux prévus à l'article 1225 pour la clause résolutoire, et l'exclusion conventionnelle de la mise en demeure aurait pu être autorisée pour la résolution par voie de notification.

[1967] L'art. 1225, alinéa 2, relatif à la clause résolutoire, prévoit que « la résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, *s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution* ». – G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, op. cit.,* n° 657, p. 569 ; M. MEKKI, *Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations*, Gaz. pal. 29 avr. 2015, p. 37 ; Y.-M. LAITHIER, *Les sanctions de l'inexécution du contrat*, RDC hors série avril 2016, p. 39.

638. Cette différence de régime est somme toute logique car la résolution unilatérale est bien plus délicate et mérite pour cette raison d'être soumise à un régime plus strict. La clause résolutoire encadre de façon objective la rupture puisqu'elle permet d'enclencher la résolution du contrat dès lors qu'il s'agit d'un type d'inexécution prévu dans la clause résolutoire, et non à partir de la décision d'une seule des parties. Ce procédé diffère considérablement de la résolution enclenchée par voie de notification qui vient sanctionner une inexécution dont la nature résolutoire est appréciée unilatéralement par l'une des parties[1968], le fait qu'elle puisse mener à une résolution n'a fait l'objet d'aucun accord commun préalable. La « résolution par notification couvrant un spectre de défaillances bien moins précis, une dispense conventionnelle serait dangereuse »[1969]. La sécurité juridique est en outre amoindrie dans le cas de la résolution unilatérale car elle provient d'une décision potentiellement soudaine du créancier après qu'il ait apprécié subjectivement l'impact que doit avoir l'inexécution litigieuse. Pour toutes ces raisons, le caractère impératif de la mise en demeure est parfaitement cohérent.

639. À rebours de la résolution par notification, la dispense de mise en demeure est aussi sans conséquences dans le cadre de la résolution judiciaire. Le fait de ne pas exiger de mise en demeure lorsque la résolution est demandée au juge ne lui retire absolument pas son caractère vital et la nécessité de favoriser avant tout l'exécution du contrat. Déjà avant la réforme, on permettrait au requérant de se passer de cette formalité, non pas en raison de son manque d'importance, mais parce que l'assignation constitue pour le débiteur l'équivalent d'une mise en demeure[1970]. Il est presque unanimement admis que « l'assignation en justice remplit parfaitement le rôle que l'on veut prêter à la mise en demeure :

[1968] Alors que « nul ne peut dire le droit pour soi », estimait HUGOCCIO.

[1969] PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit.,* n° 895, p. 512 ; *Adde* PH. STOFFEL-MUNCK, *La résolution par notification : questions en suspens, in* Réforme du droit des contrats, Le débat, Dr. et patr. oct. 2014, p. 67.

[1970] Cass. civ. 1re, 23 janv. 2001, Bull. civ. I, n° 7 ; Contrats, conc., consom. 2001, n° 69, note L. LEVENEUR ; Cass. civ. 1re, 23 mai 2000, Bull. civ. I, n° 150 ; Cass. civ. 3ème, 11 juin 1992, Contrats, conc., consom. 1992, n° 219, note L. LEVENEUR ; Cass. com. 10 déc. 1979, Bull. civ. IV, n° 327 ; Cass. com. 26 avril 1977, Bull. civ. IV, n° 118 ; Cass. com. 28 fév. 1972, Bull. civ. IV, n° 75 ; Cass. com. 30 juin 1966, Bull. civ. III, n° 332.

laisser au débiteur une dernière chance de s'exécuter »[1971]. Cette particularité se comprend aisément, « à ce stade de la procédure, rien n'est irrémédiable et le contrat continue en principe d'être en vigueur »[1972], « le contrat subsiste tant que le juge n'a pas rendu sa décision »[1973]. Aujourd'hui encore, c'est ce que permet le nouveau texte puisqu'il prévoit que « la résolution peut, *en toute hypothèse*, être demandée en justice » (article 1227 du Code civil). La lecture de cette disposition, des plus succincte, indique qu'aucune condition particulière n'est requise et, comme pour dissiper les éventuels doutes qui se poseraient, ont été ajoutés les termes « en toute hypothèse » afin qu'aucune situation ne puisse être exclue[1974].

Finalement, tout ce qui dans le régime de la résolution unilatérale permet d'amoindrir les risques d'une rupture brutale et injuste doit être favorisé. La mise en œuvre est essentielle pour atteindre ce but, il est donc préférable de considérer qu'elle est impérative.

[1971] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution,* th. Paris II, LDGJ, 2007, Préf. L. Leveneur, n° 354, p. 255.

[1972] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, ibid.,* n° 587, p. 418 ; *Contra,* cité par l'auteur précédent, C. JAMIN, *Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ?, in* Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé, M. Fontaine et G. Viney (dir.), Bruylant-LGDJ, 2001, n° 7, p. 461 : « qui juge plus économique d'exiger une mise en demeure préalable à l'assignation ».

[1973] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, ibid.,* n° 354, p. 255.

[1974] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* n° 508.

SECTION II

LE DÉBLOCAGE DU CONTRAT À TRAVERS LE RÔLE DU JUGE DANS LA MISE EN ŒUVRE DE LA RÉSOLUTION

640. L'article 1228 du Code civil prévoit que « le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts ». Ainsi, lorsque la victime de la fixation abusive du prix sollicite la résolution du contrat, le juge est tout à fait apte à imposer une sanction plus mesurée (Paragraphe I).

En outre, avant d'arriver à ce procès, si jamais la victime a procédé à une résolution unilatérale alors que les critères n'étaient pas remplis, son cocontractant devrait pouvoir saisir le juge des référés afin qu'il débloque la situation en ordonnant la poursuite du contrat. Il s'agirait d'appliquer ce qui est déjà autorisé en matière de clauses résolutoires. Nombreux sont les auteurs qui abondent en ce sens[1975] afin d'éviter de favoriser les « coups de force »[1976] (Paragraphe II).

Paragraphe I – La possibilité pour le juge d'imposer des sanctions plus adaptées que la résolution

641. L'article 1228 du Code civil fixant l'étendue des pouvoirs du juge semble l'autoriser à choisir quelle est la sanction la plus adaptée entre la résolution, l'exécution forcée, et les dommages et intérêts seuls. Cette approche est assez similaire au droit anglo-saxon qui octroie au juge toute latitude pour décider du remède de l'inexécution contractuelle le plus adéquat[1977].

[1975] C. JAMIN, obs. sous Cass. civ. 1re, 20 fév. 2001, p. 1569 ; B. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés et le contrat*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2000, Préf. J. Mestre ; J. ROCHFELD, *Résolution et exception d'inexécution*, *in* Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen du contrat, Dalloz, 2003, p. 231.

[1976] C. JAMIN, *L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée*, D. 2001. 1568

[1977] S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats,* th. Paris XI, LGDJ, 2000, Préf. H. Muir-Watt, n° 1042.

642. Puisque le texte n'indique pas si cet organe de la justice est lié par le choix des parties, il faut considérer que ce n'est point le cas et qu'il peut tout à fait prononcer une sanction, plus juste ou plus cohérente, même si elle n'est pas souhaitée par le requérant. Ce faisant, les préceptes de la théorie du droit devraient inciter fortement le juge à favoriser l'exécution du contrat plutôt que toute autre forme de sanction alternative. L'application effective de la force obligatoire du contrat[1978] devrait éloigner, chaque fois que c'est possible, la résolution. Dès lors que le maintien du contrat est envisageable et qu'il présente une utilité encore suffisante, la primauté doit être accordée à l'exécution en nature que le juge peut permettre[1979], en procédant à une modification salvatrice du contrat (lorsqu'elle est nécessaire) et en ajoutant une indemnisation destinée à réparer le dommage. Favoriser de la sorte la poursuite du contrat constitue un objectif pour le juge aussi bien quand la résolution lui est directement demandée (A), que lorsqu'il traite la contestation du débiteur à qui a été notifiée une rupture abusive (B).

A/ La primauté du maintien du contrat face à la demande de résolution judiciaire

643. Le choix d'une sanction favorable au maintien du contrat par le juge : un pouvoir souverain et légitime – L'article 1228 qui sera désormais applicable renforce ce que l'ancien article 1184 prévoyait déjà : une appréciation souveraine des juges quant à l'opportunité de mettre fin ou non au contrat[1980]. La finalité de ce pouvoir d'appréciation des juges est de cerner précisément et au cas par cas la nécessité d'anéantir le contrat en cas d'inexécution, cela permettant

---

[1978] Ce principe vise à garantir l'exécution du contrat. L'affirmer est presque un truisme. C'est l'extinction du contrat avant son exécution complète qui nuit à ce principe et non le fait que le juge s'immisce dans le contrat afin de permettre son maintien et donc une exécution pérenne future.

[1979] H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Traité de la responsabilité civile*, t. 3, 6ème éd. n° 2303 s. ; M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation,* th. Toulouse, LGDJ, 1974, Préf. P. Hébraud, p. 193 s. ; PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2004-2005, n° 2448.

[1980] Cette solution très ancienne par ailleurs : Cass. req., 5 juin 1872, DP. 1873. I, p. 27, S. 1873. I, p. 56 – Cass. req., 14 avr. 1891 (arrêt *Phylloxéra*), DP. 1891. I, p. 329, note PLANIOL ; S. 1894. I, p. 391 ; G.A. de la jurisprudence civile, 10ème éd., n° 106 : « il appartient aux tribunaux […] en cas d'inexécution partielle, d'apprécier d'après les circonstances de fait, si cette inexécution a assez d'importance pour que la résolution doive être immédiatement prononcée, ou si elle ne sera pas suffisamment réparée par une condamnation à des dommages et intérêts ; ce pouvoir d'appréciation est souverain ».

d'éviter au mieux les résolutions qui n'avaient pas lieu d'être. On permet ainsi une juste mesure des sanctions tenant compte de toutes les circonstances et donc adaptées à chaque litige. C'est dans la perspective du déblocage du contrat que la loi octroie au juge un tel pouvoir car s'il estime que le manquement n'a pas détruit l'utilité du contrat et que le préjudice engendré peut être « effacé » par des dommages et intérêts réparatoires, il peut opter pour – imposer s'il le faut – le maintien du contrat.

644. Dans un monde idéal, l'exécution du contrat s'obtient sans que le juge n'intervienne mais il faut renoncer à cette utopie et l'imposer, si elle est opportune, lorsque le contractant ne satisfait pas spontanément aux engagements souscrits. Le maintien forcé du contrat par le juge n'est injuste envers aucune des parties : le contractant défaillant est pleinement responsable de cette immixtion car c'est son manquement qui l'a rendue nécessaire ; le cocontractant qui subit le manquement ne doit pas se servir de l'inexécution comme un prétexte pour se libérer de ses engagements[1981]. La faute de l'autre partie ne peut libérer ce dernier que si la poursuite du contrat est impossible ou inopportune (la décision de maintenir le contrat ou non n'a donc rien à voir avec sa personne, son éventuelle libération n'arrive que par voie de conséquences).

645. Quant à l'exigence de sécurité juridique, s'il est vrai qu'il faut que le contrat puisse s'exécuter tel que les parties l'ont souhaitées afin de ne pas mettre à mal leurs prévisions, il est erroné de croire que la destruction du contrat – qui est d'autant moins prévisible – permet de la préserver. La résolution sacrifie bien plus amplement la sécurité juridique que ne le fait la correction du contrat.

646. Le recours à la fixation judiciaire du prix autorise le rejet de la résolution – Dire que le juge peut choisir de maintenir le contrat ne signifie pas seulement qu'il doit choisir entre imposer au débiteur une exécution forcée en nature et résoudre le contrat. Pour permettre au contrat de se poursuivre, il peut se retrouver en outre contraint de corriger lui-même les lacunes qu'il comporte et

---

[1981] Il arrive fréquemment qu'un contractant tente se défaire du contrat en invoquant un défaut du contrat ou un manquement du cocontractant.

donc de s'immiscer dans la loi des parties[1982]. Il s'agit de l'unique moyen d'éviter la résolution et puisque cela entrave le principe de non-immixtion du juge, il faut considérer qu'il s'agit d'un mal nécessaire. Le principe de la force obligatoire du contrat oblige à assouplir la règle de l'intangibilité car seul un tiers, le juge, peut remédier aux imperfections du contrat à la place des parties qui n'y sont pas parvenues elles-mêmes (peu importe que ce soit par mauvaise foi ou non). L'exemple le plus topique de cette considération se trouve dans la correction judiciaire du contrat dont le prix peut être fixé postérieurement à la formation du contrat. Le prix est certes un élément essentiel du contrat mais le litige relatif à sa fixation ne doit pas retirer pour autant la force obligatoire dont est doté le contrat que la loi a autorisé à naître sans que le prix ne soit déterminé[1983].

647. À propos d'un contrat de louage d'ouvrage, une Cour d'appel avait décidé que « le montrant de la rémunération n'est pas un élément essentiel dans un contrat de cette nature, et les juges peuvent, en cette hypothèse, le fixer compte tenu des éléments de la cause »[1984]. Cette solution est censée être générale et s'appliquer à tous les contrats d'entreprise quelle que soit la nature et l'importance des tâches à accomplir[1985]. Il en va de même s'agissant du contrat de mandat qui est un acte par lequel une personne, le mandataire, accomplit des actes

---

[1982] F. CHABAS, *Pouvoir créateur du juge,* RTD civ. 1993, p. 746 s.

[1983] Cass. civ. 3ème, 18 janv. 1977, Bull. civ. III, n° 25, p. 21 : où il a été décidé que l'accord préalable sur la rémunération de l'entrepreneur n'est pas une condition de validité du marché – Cass. com., 29 janv. 1991, Bull. civ., n° 43, p. 27 : où il a été précisé que dans les contrats n'engendrant pas une obligation de donner, l'accord préalable sur le montant exact de la rémunération n'est pas un élément essentiel de la formation de ces contrats. – Aujourd'hui, les articles 1164 et 1165 du Code civil permettent, par exception, aux contrats cadre et aux contrats de prestation de service d'être valables malgré l'indétermination du prix.

En autorisant l'indétermination du prix, on permet au contrat d'être formé et donc d'être revêtu de la force obligatoire du contrat. L'abus qui peut naître au moment où le prix est fixé constitue une difficulté dans l'exécution du contrat à laquelle le juge peut remédier en décidant lui-même du prix convenable.

[1984] Cass. civ. 1re, 15 juin 1973, Bull. civ. I, n° 202, p. 180 ; D. 1973. 371. – *Adde* Cass. civ. 3ème, 3 déc. 1970, Bull. civ. III, n° 663, p. 483 (où la Cour de cassation avait indiqué « qu'à défaut de fixation du montant des honoraires dans le contrat de louage d'ouvrage, […] c'est dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation que les juges du fond, compte tenu des justifications produites et des circonstances particulières de la cause, ont fixé les honoraires dus ») ; Cass. civ. 3ème, 18 janv. 1977, Bull. civ. III, n° 25, p. 21 ; Cass. civ. 1re, 9 fév. 1977, Bull. civ. I, n° 74, p. 58 ; Cass. civ. 3ème, 24 janv. 1978, Bull. civ. III, n° 49, p. 39 ; Cass. civ. 1re, 4 oct. 1989, Bull. civ. I, n° 301, p. 201, Paris, 28 juin 1985, D. 1987, p. 13, note GOURIO.

[1985] F. CHABAS, RTD civ. 1983, p. 748 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat,* t. 1, Le contrat, 4ème éd., LGDJ, 2013, n° 700, p. 681-682.

au nom et pour le compte d'une autre personne, le mandant. Un contrat qui est donc similaire au contrat d'entreprise hormis le fait qu'il a pour objet des actes juridiques et non des actes matériels. La gratuité qui figurait dans la conception initiale du mandat n'est plus de mise car en pratique, on rencontre de plus en plus des « mandats salariés » qui donnent lieu à rémunération[1986]. Au point que la jurisprudence avait décidé que « le mandat est présumé salarié en faveur des personnes qui font profession de s'occuper des affaires d'autrui »[1987]. En 1990, la Haute cour avait rendu un arrêt selon lequel « l'accord préalable des parties sur le montant des honoraires n'est pas obligatoire et qu'il lui appartenait [au juge du fond] d'apprécier, eu égard aux circonstances de la cause et à l'importance des services rendus, le montant de la rémunération […], à défaut de convention entre les parties »[1988]. À l'instar du contrat d'entreprise, cette jurisprudence avait consacré le pouvoir du juge de fixer le prix et donc de maintenir efficacement le contrat.

648. Les arrêts de l'Assemblée plénière du 1er décembre 1995 avaient généralisé l'indétermination du prix afin que les contrats de distribution ne soient plus soumis à une règle inadaptée à leur configuration. On évoque une généralisation car il avait été décidé qu'aucun texte général, pas même l'article 1129 (dont la lettre renvoie uniquement à l'objet), n'impose que le prix soit déterminé, sauf disposition particulière contraire. En évacuant l'invalidité du contrat relative à la détermination du prix, la Cour de cassation avait déplacé le problème au stade de l'exécution. Or, avant que l'ordonnance du 10 février 2016 ne soit publiée, la réduction du prix ne figurait pas parmi les sanctions de

---

[1986] Le fait est que l'art. 1986 prévoyait que « le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire » (mais en pratique, l'exception était devenue une généralité). – PH. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTHIER, *Droit civil, Les contrats spéciaux,* 10ème éd., LGDJ, n° 548 : « Le développement contemporain du commerce, la professionnalisation croissante des relations humaines, la multiplication croissante des sociétés gérées par des mandataires (des administrateurs) et le recul de l'amitié dans les rapports sociaux confèrent à la gratuité du mandat le parfum d'une règle surannée » ; PH. PÉTEL, *Le contrat de mandat,* Dalloz, Collec. Connaissance du droit, 1994.

[1987] Cass. civ. 2ème, 24 oct. 1958, Bull. civ. II, n° 653, p. 430 – Cass. civ. 1re, 19 déc. 1989, Bull. civ. I, n° 399, p. 267, D. 1990, p. 26 ; RTD com. 1990, p. 461, note B. BOULOC ; Defrénois, 1990, p. 817, obs. G. VERMELLE – Cass. com., 22 janv. 1991, Bull. civ. IV, n° 33, p. 21.

[1988] Cass. civ. 1re, 19 juin 1990, Bull. civ. I, n° 170, p. 120 ; D. 1991, somm. p. 317, obs. J.-L. AUBERT ; Defrénois 1991, art. 34987, p. 358, obs. J.-L. AUBERT.

l'inexécution contractuelle. De ce fait, la résolution et les dommages et intérêts étaient les seules sanctions envisageables.

649. La doctrine soulignait fortement à quel point l'intervention correctrice du juge se révèle nécessaire en ce domaine, dès lors qu'un pouvoir unilatéral est autorisé il doit être contrecarré par un contrôle actif du juge (qui ne peut simplement consister à constater les dégâts en mettant un terme à la relation avec parfois des dommages et intérêts). Monsieur Ghestin soulignait que c'est « seulement lorsque le juge a le pouvoir de fixer le prix d'une prestation que la validité du contrat peut être admise malgré l'absence d'accord contractuel rendant ce prix déterminé ou déterminable sans nouvelle intervention de la volonté des parties »[1989]. Le choix du refus d'annuler un contrat dont le prix n'est pas déterminé « doit [en effet] aller de pair avec la reconnaissance d'un pouvoir général pour les juges du fond de fixer ultérieurement le prix ou la rémunération en cas de litige »[1990].

650. Il était donc légitime de s'attendre à ce que la réforme du droit commun des contrats ajoute aux articles 1164 et 1165 la possibilité pour le juge de fixer un prix convenable lorsqu'il a fait l'objet d'une fixation unilatérale litigieuse. Cette solution se conçoit parfaitement étant donné qu'elle est prévue dans plusieurs législations étrangères[1991] et que même le droit interne français l'a autorisé à l'égard des contrats d'entreprise et de mandat[1992]. Si la conception

---

[1989] J. GHESTIN, *La formation du contrat, op. cit.,* n° 701, p. 684.

[1990] L. LEVENEUR, note sous Cass. com., 29 janv. 1991, JCP 1991, éd. G, II, 21751, p. 376.

[1991] V. L'étude de droit comparé sous la dir. de D. TALLON, *La détermination du prix dans les contrats,* éd. Pédonne, Collec. Harmonisation du droit des affaires, 1989 ; J. GHESTIN, *Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix*, D. 1193, chron. p. 251 s., spéc. n° 2 ; I. CORBISIER, *La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises*, RID comp. 1988, p. 769 s. ; L. VOGEL, *Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution*, D. 1995. 155, n° 2.

[1992] R. OUELHAZI, *Le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat*, th. Strasbourg, 1997, p. 227 : La Cour de cassation consacre « une solution uniforme pour tous les contrats qui se trouvent ainsi libérés de l'exigence naguère requise par l'article 1129. Or, cette uniformité implique que si le juge est en mesure de fixer le prix [dans les contrats d'entreprise et de mandat], il devrait pouvoir le faire dans les autres. Aussi, la fixation judiciaire du prix devrait être admise dans tous les contrats qui étaient régis par l'article 1129, d'une part afin d'en permettre l'exécution lorsqu'ils ne prévoient même pas une clause de détermination unilatérale du prix, d'autre part parce qu'on ne peut plus la limiter aux contrats d'entreprise [et] de mandat sans créer une nouvelle distinction dépourvue de fondement ».

française de la théorie du droit s'opposait véritablement à une telle immixtion du juge elle ne serait permise dans aucun contrat. L'ordonnance a pourtant prévue tout autre chose. L'indétermination du prix est autorisée pour les contrats-cadre (article 1164) et les contrats de prestations de service (article 1165) et cela favorise le déblocage contractuel car ces engagements peuvent naître quand bien même le prix ne peut être déterminé. La nullité n'est pas encourue à ce titre, ce procédé favorise le maintien des relations contractuelles. Cependant, il ne semble pas que le texte ait envisagé que le juge puisse réviser par ailleurs le prix abusif (contrats-cadre) ou fixer celui-ci (contrats de prestations de service). Nous avons néanmoins démontré, abondamment, qu'il s'agit du remède le plus loisible et que, pour ne pas y renoncer, il suffit de se fonder sur les sanctions applicables à toute inexécution contractuelle[1993]. La fixation abusive du prix doit être considérée comme une forme d'inexécution contractuelle car même si elle évoque un comportement déloyal, elle reste un manquement aux obligations issues du contrat.

Au surplus, on peut tout à fait considérer que l'article 1165 du Code civil ne régit que les contrats de prestations de service autre que le contrat d'entreprise et de mandat auxquels on pourrait donc continuer à appliquer la jurisprudence antérieure (laquelle était plus efficace en permettant la fixation judiciaire du prix litigieux).

651. En somme, « si la résolution n'a pas lieu d'être, le juge tient de l'article 1228 le pouvoir d'intimer au débiteur l'ordre d'exécuter son obligation »[1994]. Une contradiction doit cependant être dissipée car l'article 1221 relatif à l'exécution forcée prévoit par ailleurs que l'initiative doit venir du

---

[1993] Art. 1217 C. civ. : « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;- *poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;- solliciter une réduction du prix ;-* provoquer la résolution du contrat ; - demander réparation des conséquences de l'inexécution.

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter ».

[1994] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 510.

créancier[1995]. Est-ce dire qu'en réalité l'article 1228 n'octroie pas au juge le pouvoir d'ordonner le maintien du contrat et l'exécution si le créancier – qui peut préférer la résolution ou des dommages et intérêts par équivalent – n'en fait pas la demande ? La réponse est affirmative si on se fie à la jurisprudence antérieure à la réforme du droit des contrats, comme le démontre notamment un arrêt rendu par la Cour de cassation le 28 septembre 2005[1996]. Dans cette affaire, un maître d'ouvrage (SCI Maginot) n'était pas satisfait des travaux réalisés par un entrepreneur (M. Y). Il l'a alors assigné en se fondant sur l'ancien article 1147 car il ne souhaitait pas autre chose que des dommages et intérêts compensatoires mais l'entrepreneur préférait pouvoir réparer en nature les malfaçons commises. La Cour d'appel d'Orléans avait fait droit à la demande de réparation en nature du débiteur aux motifs que le créancier ne refusait pas une telle sanction en raison de son incompétence mais à cause d'une simple perte de confiance. L'exécution en nature devant être privilégiée, les juges du fond avaient considéré que la perte de confiance constitue un motif insuffisant pour l'écarter. Les hauts magistrats ont cependant censuré cette position opportune au motif que la réparation en nature ne peut être imposée au créancier ayant subi l'inexécution.

652. Une telle faculté avait déjà été décrétée auparavant[1997] « mais elle était enfermée dans d'étroites limites »[1998] auxquelles il aurait été préférable de ne jamais renoncer. « En dehors même des cas où la réparation en nature est impossible matériellement (par ex. pour un dommage corporel), juridiquement (pour l'activité autorisée par l'administration) ou même moralement (en cas d'atteinte à la liberté individuelle : *nemo proecise cogi potest ad factum*), le juge

---

[1995] Art. 1221 C. civ. : *« Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature* sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ». – O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *ibid.* : « d'après l'article 1221, le pouvoir d'initiative appartient exclusivement (et à juste titre) au créancier ».

[1996] Cass. civ. 3ème, 28 sept. 2005, n° 04-14.586 : « l'entrepreneur, responsable de désordres de construction, ne peut imposer à la victime la réparation en nature du préjudice subi par celle-ci » ; RTD civ. 2006. 129, note P. JOURDAIN ; RTD civ. 2006. 311, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RDI 2005. 442, obs. B. BOUBLI ; RDI 2005. 458, obs. P. MALINVAUD.

[1997] Cass. civ., 6 janv. 1932, DH 1932, p. 114 : où la Cour de cassation avait indiqué que la partie victime de l'inexécution contractuelle de l'autre dispose d'une faculté d'option entre la résolution et l'exécution (ce droit de choisir pouvant impliquer qu'aucune sanction ne puisse être imposée à la victime de l'inexécution).

[1998] P. JOURDAIN, note sous Cass. civ. 3ème, 28 sept. 2005.

dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation qui représente une restriction importante à la liberté de choix de la victime. S'il peut décider de substituer des dommages-intérêts à une demande de réparation en nature quand il l'estime plus opportun[1999], il pourrait de la même façon prononcer une condamnation en nature à la place de l'indemnité sollicitée s'il le juge préférable, ce qui sera notamment le cas lorsque le responsable offre ce mode de réparation »[2000]. Cette position est en parfaite adéquation avec le fait que le créancier reste soumis au principe de la force obligatoire du contrat malgré l'inexécution, ce dernier est ébranlé du côté du débiteur mais cela ne doit pas justifier le droit du créancier d'en faire tout autant. Il n'est pas normal de contester le non-respect des engagements du cocontractant par une demande permettant de se libérer des siens alors que le maintien du contrat est utile et possible (en soi et parce que le contractant défaillant le propose). Il faut, pour toutes ces raisons, estimer que le créancier ayant subi l'inexécution peut choisir la sanction qu'il préfère mais que ce choix fait l'objet d'un contrôle du juge qui peut lui en imposer une autre s'il s'avère qu'il n'a pas choisi la plus raisonnable ou la plus opportune. Le statut de victime ne doit être un passe-droit vers les pleins pouvoirs.

653. Du reste, il faut souligner que « le rejet de la résolution et le maintien corrélatif du contrat » n'impliquent même pas forcément de devoir prononcer l'exécution forcée en nature. « Ainsi en va-t-il à chaque fois que le créancier a notifié lui-même la résolution (résolution unilatérale) ou la sollicite du juge (résolution judiciaire) alors que le contrat est définitivement achevé de part et d'autre, mais entaché d'un manquement véniel »[2001]. Ce qui peut se rencontrer dans le domaine des sanctions du prix fixé abusivement, par exemple dans le cas d'un contrat ayant pour objet une prestation de service déjà réalisée et payée. S'agissant des cas où l'exécution n'a pas encore eu lieu, la position qu'adoptera la

---

[1999] On ne voit pas bien pourquoi est-ce que le juge pourrait imposer l'indemnisation à la place de l'exécution en nature et pas l'inverse (comme a pu le considérer la Cour de cassation). Soit les juges du fond disposent du pouvoir souverain d'apprécier l'opportunité de la sanction de l'inexécution, quelle qu'elle soit, soit ils ne disposent en aucun cas d'un tel pouvoir. Cette position tiraillée entre deux solutions n'a pas lieu d'être. Un droit efficace est un droit cohérent.

[2000] P. JOURDAIN, *ibid.*

[2001] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 511.

Cour de cassation reste encore très incertaine mais si elle décide d'octroyer aux juges du fond le pouvoir d'imposer la sanction qui convient, en toute situation, l'article 1228 lui offre un fondement de choix.

B/ Le maintien du contrat comme sanction de principe de la résolution unilatérale abusive

654. Le texte précisant que le créancier agit à ses risques et périls lorsqu'il notifie une résolution à son cocontractant, le pouvoir d'appréciation souveraine de l'opportunité de la résolution se révèle être encore plus accrue que pour la résolution judiciaire. Si l'on suit les prescriptions de l'article 1228[2002], le juge peut ordonner, lorsqu'il estime qu'elle est adéquate, l'exécution du contrat plutôt que toute autre sanction dans tous les cas (puisque l'article 1228 ne fait aucune distinction entre la résolution judiciaire et unilatérale[2003], il faut en déduire que ce pouvoir judiciaire s'applique à ces deux modes de rupture). L'exécution permettant corrélativement de maintenir le contrat constitue la sanction idéale de la rupture unilatérale abusive car elle permet de primer d'effet un acte qui n'avait pas lieu d'être (1). Il s'agit toutefois d'un idéal bien souvent difficile à mettre en pratique, notamment en raison de la longue période écoulée depuis la rupture, particulièrement en ce qui concerne les contrats dont l'exécution n'a pas encore été réalisée (2).

1. L'idéal théorique du maintien du contrat

655. Comme l'a souligné Monsieur Denis Mazeaud, « il semblerait particulièrement opportun d'accorder au juge, lorsque cela n'est pas contraire à l'intérêt du débiteur et à un certain réalisme dont le juge ne peut faire abstraction,

---

[2002] B. FAGES, *Droit des obligations,* 6ème éd., LGDJ, 2016, n° 305, p. 259 : en cas de contestation de la part du débiteur à qui le créancier a notifié une résolution, « s'ouvre un débat judiciaire qui redonne au juge, non seulement un plein pouvoir d'appréciation, mais aussi une large palette de réponses : ce sont celles de l'article 1228, ce texte étant applicable chaque fois que le juge est saisi, y compris quand c'est pour contrôler a posteriori la pertinence d'une résolution unilatérale par notification ».

[2003] Ce constat résulte des termes de l'article 1228 selon lequel le juge peut « constater ou prononcer la résolution ». La première de ces possibilités se réfère évidemment à la résolution par notification.

le droit de décider, comme dans l'exercice de son contrôle sur la mise en œuvre d'une clause résolutoire expresse, le maintien du contrat abusivement résolu, plutôt que de lui reconnaître le seul pouvoir de réparer le dommage subi par le débiteur »[2004]. Cette solution serait la plus logique et à proprement parler son but ne serait même pas de sanctionner. Si elle ne remplit pas les critères requis, la résolution par notification est invalide de sorte qu'on devrait pouvoir faire comme si cette dernière n'a jamais eu lieu[2005]. Un acte invalide n'est pas censé pouvoir produire des effets, excepté parfois à l'égard des tiers de bonne foi[2006] et c'est d'ailleurs pour cette raison que le droit permet au contrat d'être formé malgré la rupture explicite de la promesse[2007] ou celle tacite du pacte de préférence. En considérant fictivement que la rupture n'est jamais intervenue, le contrat est maintenu, quasiment de fait, mais la décision judiciaire rejetant la résolution reste de mise. D'ailleurs, il semble que la jurisprudence avait déjà admis cette solution antérieurement[2008], à l'occasion d'un arrêt remarqué qui concernait la résiliation

---

[2004] D. MAZEAUD, *L'unilatéralisme en matière de résolution du contrat, nouvel épisode,* D. 2001. 3239 ; *Adde* A. MARAIS, *Le maintien forceÏ du contrat par le juge*, LPA 2 oct. 2002, n° 197, p. 7 ; Avec beaucoup plus de mesure, V. PH. STOFFEL-MUNCK, *La résolution par notification : question en suspens*, Dr. et Patr. oct. 2014, p. 67, spéc. p. 68 ; *Contra,* V. PH. STOFFEL-MUNCK, *Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale*, Dr et patr. 2004, n° 126, p. 70.

[2005] PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 8ème éd., LGDJ, 2016, p. 512 : « s'il apparaît après coup que la résiliation unilatérale n'était pas justifiée, son auteur engage sa responsabilité et s'expose à payer des dommages et intérêts. La victime de la résiliation pourrait aussi demander, lorsqu'elle demeure possible la poursuite du contrat, c'est à dire l'exécution forcée. En effet, *puisque la faculté de résiliation unilatérale a été à tort exercée, tout se passe comme si le contrat demeurait en vigueur* ».

[2006] C. FRANÇOIS, *L'acte juridique irrégulier efficace,* th. Paris 1, 2017 (pour une analyse vaste et approfondie de ce sujet).

[2007] L'art. 1124 du C. civ. indique que « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis » et que « le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul ». – *Contra*, au sein de la jurisprudence antérieure à l'ordonnance, laquelle considérait que le promettant peut se rétracter avant que le délai de levée de l'option ne soit écoulé : Cass. civ. 3ème, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, *Cruz*, Bull. civ. III, n° 174, p. 115 ; D. 1995, somm. p. 88, obs. L. AYNÈS ; JCP G 1995, II, 22366, note D. MAZEAUD ; Defrénois 1994, art. 35845, note PH. DELEBECQUE. Cette position faisait face à un consensus doctrinal très critiqué, tempéré par peu d'auteurs (invoquant des motifs économique, le droit ne devant pas empêcher un promettant de conclure le contrat avec une autre personne qui lui offre de meilleures conditions : D. MAINGUY, *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter,* RTD civ. 2004, p. 1 s., n° 23).

[2008] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil,* Dalloz, 2016, p. 569.

d'un contrat d'assurance responsabilité informatique (où la Cour de cassation avait permis que le contrat soit maintenu)[2009].

656. N'occultons pas que la préservation forcée du contrat, en cas de résolution unilatérale abusive, ne peut être envisagée que si elle est encore possible. Or, cette impossibilité résulte dans bien des cas d'un écoulement du temps trop grand entre la résolution unilatérale qui n'avait pas lieu d'être et le délibéré définitif. Le maintien du contrat résilié à tort sera aisé s'agissant des contrats déjà achevés mais dans les autres situations, « il sera souvent moins opportun que le juge du fond ordonne le rétablissement forcé du contrat »[2010]. On songe évidemment à atténuer cet écueil en ouvrant la procédure des référés aux contestations de ruptures unilatérales afin, non pas de se prononcer sur le caractère abusif, mais pour que l'exécution puisse reprendre en attendant qu'une juridiction puisse se prononcer sur la validité de la résolution.

En accordant au maintien du contrat une place de choix parmi les sanctions de la résolution unilatérale abusive, les risques de cette dernière ne seraient pas plus importants que ceux de la résolution judiciaire, qui en deviendrait plus admissible[2011]. Cet idéal se concilie cependant assez mal avec la réalité pratique.

2. Les difficultés pratiques du maintien du contrat

657. La résignation du débiteur victime de la résolution abusive – Pour que le juge puisse sanctionner la résolution notifiée abusivement en décidant de la poursuite du contrat, encore faut-il que le débiteur qui l'a subie assigne le créancier. Enclencher une action en justice n'a rien d'évident, elle entraîne des coûts à assumer immédiatement et elle implique une prise de risque puisque, même dans les situations où l'on est certain de ses droits, le délibéré futur est

---

[2009] Cass. civ. 1re, 7 nov. 2000, n° 99-18.576, D. 2001, p. 256, note CH. JAMIN et M. BILLIAU, D. 2001, p. 1136, obs. D. MAZEAUD, RTD civ. 2001, p. 135, obs. J. MESTRE et B. FAGES, RTD civ. 2002, p. 137, obs. J. NORMAND.

[2010] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.,* p. 505.

[2011] Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat,* th. Paris 1, LGDJ, 2004, Préf. H. MUIR-WATT, n° 195, p. 277.

aléatoire. Cette problématique se présente avec encore plus d'acuité dans le domaine de la résolution unilatérale car elle fait nécessairement suite à un manquement à l'exécution du contrat. Le débiteur peut avoir du mal à concevoir qu'il puisse contester les conséquences ayant fait suite à sa propre faute. La résolution par notification peut être « de nature à lui faire impression qu'il aura commis lui-même un manquement, peut-être pas assez significatif pour justifier la résolution mais tout de même avéré et donc suffisant pour le faire douter de ses chances de succès »[2012].

658. Le renoncement du débiteur victime de la résolution peut provenir du doute, de la culpabilité mais aussi du manque de moyens et d'un rapport d'infériorité. Dans les rapports contractuels déséquilibrés, « il y a fort à parier que le débiteur se résignera souvent à accepter la décision du créancier »[2013]. Lorsque la résolution est demandée en justice, les risques encourus sont bien moindres car le juge décide soit de maintenir le contrat, soit de le résilier, mais il n'y a pas de période transitoire susceptible de venir modifier une situation qui a déjà perdurée (entre le moment de la rupture unilatérale et le moment où le juge traite sa remise en cause par le débiteur, il peut s'écouler une très longue période). Dans le cas de la résolution par notification, la fin du contrat est en quelque sorte forcée par le créancier et c'est au débiteur seul que revient la charge d'apprécier son bienfondé. Or, dans de très nombreux cas, le manquement dont s'est rendu coupable le débiteur n'est « ni dérisoire », « ni évidemment grave »[2014]. Le risque d'une résolution injuste est donc bien plus présent que pour les résolutions judiciaires dans lesquelles c'est le juge, et non l'une des parties, qui décide de la légitimité de la rupture.

[2012] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution,* th. Paris II, LDGJ, 2007, Préf. L. Leveneur, n° 617, p. 441.

[2013] T. GENICON, *ibid.* ; J. ROCHFELD, *Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution*, RDC 2006, p. 113 s., spéc. n° 26, p. 127.

[2014] T. GENICON, *ibid. :* « Dans le doute, chacun sait qu'il vaut mieux s'abstenir. Et c'est ainsi que tous les cas limites tourneront à l'avantage de la disparition du contrat. Autant dire que la résolution unilatérale facilite les passages en force : un créancier a tout avantage à profiter de l'ambiguïté de la situation et des risques que court son débiteur ».

659. L'inopportunité, en pratique, de la reprise du contrat « interrompu » : une sanction à ne pas généraliser – Nul doute que le maintien forcé du contrat est juste mais il se concilie mal avec les faits. Lorsque la résolution judiciaire est sollicitée, le magistrat qui décide de la prononcer met fin à un contrat jusque-là encore en cours alors qu'il se prononce sur un contrat dont l'exécution a déjà été interrompue quand il traite une résolution unilatérale contestée. « Force est d'avouer que le contrôle judiciaire [portant sur dernière] perd de sa portée puisque la disparition du contrat est consolidée de facto »[2015]. Puisque dans les deux situations, le rôle du juge est de déterminer si la destruction du contrat est légitime, son appréciation est identique dans les deux situations mais les conséquences pratiques peuvent être désastreuses, a minima inopportunes, dans le cadre de la résolution par notification[2016]. Lorsque des mois, plus vraisemblablement des années surtout si les décisions de première instance sont contestées, se sont écoulées, l'intérêt de reprendre l'exécution d'un contrat sera souvent minime. Dans certaines situations, le maintien du contrat pourrait causer plus de torts que de bienfaits, même à l'égard du débiteur victime de la rupture injustifiée. Le droit devant être « utile et juste », la théorie qui autorise à un contrat de renaître de ses cendres doit être tempérée afin que la situation ingérable qu'elle crée ne soit pas ignorée. À vouloir maintenir à tout prix le contrat, « autant conserver un principe de résolution judiciaire car il tombe sous le sens qu'il vaut toujours mieux prévenir que guérir »[2017].

660. En réalité, dans « cette triste politique du fait accompli »[2018], il convient de distinguer plusieurs sortes de reprise du lien contractuel car le maintien forcé est plus aisé dans certaines d'entre elles. Tel est le cas de la plupart des contrats à exécution instantanée comme la vente de biens : à moins que l'acheteur ait déjà acheté en remplacement le bien voulu auprès d'un tiers, le

---

[2015] E. BAZIN, *La résolution unilatérale du contrat,* RRJ 2000-4, n° 29, p. 1398 : où l'auteur démontre que le rôle du juge n'est alors ni plus ni moins que de « constater les dégâts ».

[2016] D. MAZEAUD, *À propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les Principes d'Unidroit et de la Commission Lando*, Mélanges Michel Cabrillac, Paris, Litec, 1999, p. 205, spéc. n° 15, p. 214 ; C. JAMIN, note sous Nancy, 20 nov. 2000, JCP 2002, II, n° 10113 : où l'auteur estime qu'il est inopportun de faire de la reprise forcée du contrat un « élément nouveau du régime juridique de la résolution ».

[2017] T. GENICON, *op. cit.,* n° 619, p. 442.

[2018] T. GENICON, *ibid.,* n° 620.

transfert de propriété peut toujours être prononcé par le juge sans qu'il n'ait à faire face à des conséquences pratiques inappropriées. Il en va de même dès lors que le maintien forcé consiste à laisser les choses telles qu'elles sont au moment où le juge se prononce. À ce titre, un locataire qui serait resté dans les lieux malgré la rupture unilatérale notifiée par le bailleur, pourra grâce à la reprise du contrat forcée par le juge, continuer de jouir paisiblement du bien loué (dans le cas contraire, si la juridiction estime que la résolution notifiée est justifiée, le locataire serait, entre autres choses, expulsé). C'est enfin possible d'une manière générale lorsque l'exécution du contrat dépend de la réalisation d'une condition et que de toute façon celle-ci n'est pas encore advenue. Une situation qui peut être rencontrée en matière de caution personnelle, dans bien des cas le juge pourra estimer qu'il est opportun de restituer au garant son rôle afin de sanctionner la résolution unilatérale abusive qu'il a émise[2019].

661. Ainsi, le maintien forcé du contrat ne doit être ni systématiquement rejeté, ni posé comme une sanction de principe. La solution la plus équilibrée consiste à décider au cas par cas de la reprise du lien contractuel rompu unilatéralement, en fonction de la nature et de l'objet du contrat. Le « maintien forcé à grande échelle » constitue une « politique impraticable »[2020]. Pour donner encore plus de chance à la reprise des liens contractuels d'être opportune, il faut que le débiteur, victime d'une rupture unilatérale qui n'a pas lieu d'être, puisse recourir à la procédure des référés.

Paragraphe II – La possibilité pour le juge des référés d'ordonner la poursuite du contrat ayant fait l'objet d'une résiliation unilatérale abusive

662. De nombreux auteurs ont fait remarquer la pertinence de la procédure des référés, autorisée par ailleurs dans le domaine des clauses résolutoires, afin de favoriser le maintien du contrat injustement rompu[2021] et d'éviter les « éventuels

---

[2019] T. GENICON, *ibid.,* n° 620, p. 443.

[2020] T. GENICON, *ibid.,* n° 621, p. 444.

[2021] C. JAMIN, obs. sous Cass. civ. 1re, 20 fév. 2001, p. 1569 ; B. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés et le contrat*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2000, Préf. J. Mestre ; J. ROCHFELD,

coups de force »[2022]. La décision du juge des référés de maintenir le contrat ne serait que provisoire, un juge du fond devant se prononcer par la suite sur le bienfondé de la résolution, mais elle permet de contrecarrer l'amoindrissement de l'intérêt du contrat que l'écoulement du temps peut altérer. Il ne faut pas occulter le fait que le créancier « ne fait qu'anticiper la décision du juge qui conserve son pouvoir d'apprécier l'opportunité de la résolution et pourra bien le désavouer après coup. (…) Il est donc certain que le juge des référés, notamment, pourra obliger le créancier à reprendre l'exécution tant qu'il en est encore temps »[2023]. La procédure de l'urgence se présente donc comme un remède judicieux car le laps de temps entre l'assignation du débiteur qui conteste la résolution par notification et le procès peut être très long. « Le recours au juge des référés permettrait ainsi le retour au droit commun de la résolution judiciaire du contrat »[2024].

663. Fondement juridique du référé applicable – Parfois le recours au juge des référés est prévu spécialement, ainsi en est-il de l'article L. 442-6, IV, du Code de commerce selon lequel il « peut ordonner, au besoin sous astreinte, la cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire. En dehors de ces règles spéciales, il existe également un dispositif général dédié à la procédure des référés. Conformément à l'article 809 ou 873 du nouveau Code de procédure civile, le juge des référés peut, « *même en présence d'une contestation sérieuse*, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent[2025], soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite »[2026]. Il pourrait donc tout à fait décider de la reprise de

---

Résolution et exception d'inexécution, *in* Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen du contrat, Dalloz, 2003, p. 231.

[2022] C. JAMIN, *L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée*, D. 2001. 1568

[2023] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 505.

[2024] C. JAMIN, *L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée, ibid.* ; dans le même sens, V. S. AMARANI-MEKKI, *La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée*, LPA 13 août 2002, n° 36, p. 6.

[2025] Le dommage imminent correspond au « dommage qui n'est pas encore réalisé, mais qui se produira sûrement si la situation présente doit se perpétuer » : H. SOLUS et H. PERROT, *Droit judiciaire privé,* t. 3, Procédure de première instance, Sirey, 1991, n° 1289, p. 1088.

[2026] « Sans attendre que le juge du fond statue, la victime de la résolution peut obtenir du juge des référés, à titre de mesure conservatrice, la poursuite du contrat si elle démontre que sa cessation

l'exécution du contrat rompu afin d'éviter la réalisation d'un dommage imminent. Des jurisprudences passées ont déjà autorisées le juge des référés à ordonner provisoirement la poursuite du contrat[2027]. Cependant, afin de préserver ces solutions qui ont déjà été admises par la Cour de cassation, il convient de limiter leur portée s'agissant de la résolution par notification car elle entraîne toujours un dommage imminent pour la partie qui l'a subie (y compris lorsque son manquement qui en est à l'origine est suffisamment grave)[2028]. Si le contentieux de la rupture unilatérale devient à l'avenir « le procès-type de la résolution pour inexécution, les juges risquent fort, ne serait-ce que pour des raisons matérielles, de faire passer l'exécution en nature au second plan pour préférer la solution plus simple et plus rapide qui consiste à allouer seulement des dommages et intérêts ». Une telle restriction jaillirait jusqu'à la procédure car il conviendrait alors d'autoriser le maintien du contrat par référé que de manière « très exceptionnelle, sauf pour les juges à se faire complètement déborder par le contentieux »[2029]. Les « dysfonctionnements » pouvant être aggravés et le mécanisme de la résolution unilatérale totalement dénué d'intérêt si les parties « recourent systématiquement au référé »[2030].

---

caractérise un ''trouble manifestement illicite'' ou l'expose à un ''dommage imminent'' au sens des textes fondant les pouvoirs de cette juridiction (C. pr. civ., art. 809 et 873). L'irrégularité de la procédure de la résolution pourra, notamment, être invoquée » : PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8ème éd., LGDJ, 2016, n° 894, p. 512.

[2027] Notamment, Cass. com., 21 mars 1984, Bull. civ. IV, n° 115 ; RTD com. 1985, p. 91, obs. A. BÉNABENT et J.-C. DUBARRY – Cass. com., 26 fév. 1991, Bull. civ. IV, n° 87 ; JCP 1992, II, n° 21914, note L. LÉVY (contrats liant un fournisseur à un client) – Cass. civ. 1re, 7 nov. 2000, Bull. civ. I, n° 286 ; D. 2000. IR, p. 295 ; D. 2001, Jur. p. 256, note C. JAMIN et M. BILLIAU ; D. 2001, Somm. p. 1137, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2001, p. 135, n° 5, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; JCP 2001, II, n° 10506, note X. VUITTON (rupture unilatérale d'un contrat d'assurance par l'assureur) : où la possibilité pour le juge des référés d'ordonner la prorogation du contrat d'assurance arrivé à terme, à titre conservatoire, n'a pas été rejetée – Cass. com., 29 janv. 2013, n° 11-28.576, RDC 2013, p. 907, obs. O. DESHAYES – CA Aix-en-Provence, 23 fév. 1996, Gaz. Pal. 1996, 2, p. 367 (refus d'une banque de renouveler la garantie financière à un marchand de biens). – *Adde* C. BOURGEON, *Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien*, RDC 2005, p. 111.

[2028] C. JAMIN, *L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée, op. cit.* : cet auteur ayant fait remarquer qu'il ne faut pas « anéantir la portée de la jurisprudence qui est en train de se dessiner en permettant un recours systématique au juge des référés par le débiteur », autrement cela obligerait « le créancier à se présenter devant le juge du fond même quand la rupture du contrat est fondée ».

[2029] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* n° 621, p. 444.

[2030] S. AMARANI-MEKKI, *La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée*, *op. cit.,* n° 35, p. 5.

664. Monsieur Jamin envisage deux solutions opportunes qui permettent d'éviter la généralisation du référé. Premièrement, il faudrait au moins limiter le recours aux articles 809 et 873 en le restreignant aux situations dans lesquelles le créancier n'a pas respecté un délai de préavis suffisant[2031]. Deuxièmement, le recours aux articles 808 et 872 du nouveau Code de procédure civile[2032] devrait être privilégié[2033] car il serait possible seulement s'il est incontestable que le manquement du débiteur n'est pas suffisamment grave[2034] (à rebours des articles 809 et 873 qui sont applicables « même en présence d'une contestation sérieuse »). À ce propos, les textes semblent se contredire et pourtant « la présence même d'une contestation sérieuse » autorise « l'intervention du juge du provisoire afin d'ordonner les mesures d'attente que nécessite la situation litigieuse en cours, c'est-à-dire le différend »[2035]. Dans le domaine de la résolution unilatérale, la contestation sérieuse[2036] correspond à la certitude du défaut de gravité, c'est son absence qu'il faut démontrer au juge des référés pour que le contrat puisse être provisoirement maintenu, le temps qu'un juge du fond puisse se prononcer sur la question[2037].

665. Mesures provisoires et passerelle – Il est vrai « que la mesure prononcée doit conserver la nature d'une mesure provisoire, tendant uniquement à la préservation des droits d'une partie » et que « toute autre mesure excède les pouvoirs du juge des référés »[2038]. Il n'empêche que malgré son caractère

---

[2031] V. par exemple, Cass. com., 3 déc. 1991, Rev. Banque 1992, p. 734, note J.-L. RIVES-LANGES : refus brutal d'une banque d'honorer un chèque, sans respecter les formes prescrites par l'art. 60 de la loi du 24 janv. 1984, constitue un trouble manifestement illicite ». Un trouble que le juge des référés peut prendre en compte. – CA Colmar, 18 oct. 1972, JCP 1973, II, n° 17479, note J.-J. BURST : où les juges ont tenu compte des « conséquences d'une brusque rupture »

[2032] Qui octroient au juge des référés la possibilité d'ordonner « toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ».

[2033] C. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée,* th. Rennes, PUAM, 2006, Préf. C. JAMIN, n° 873 s. p. 389 s.

[2034] C. JAMIN, *ibid.*

[2035] B. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés et le contrat, op. cit*., n° 40.

[2036] J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile,* Précis Dalloz, 26ème éd., 2001, n° 242, p. 268 : « par contestation sérieuse, on entend celle que le juge ne peut sans hésitation rejeter en quelques mots. Son absence résulte de l'évidence ou de ce que le juge des référés ne tranche d'aucune question relevant du fond du litige. Elle doit être constatée par le juge sous le contrôle de la Cour de cassation et elle s'apprécie à la date de la décision ».

[2037] C. JAMIN, *ibid.*

[2038] S. GUINCHARD et *alii*, *Droit pratique de la responsabilité civile,* Dalloz action, n° 1068.

provisoire, la mesure a un caractère exécutoire de plein droit, elle peut s'appliquer sans attendre (c'est même là tout son intérêt et même la finalité qu'elle poursuit)[2039]. Cette particularité « est de nature à conférer aux ordonnances de référé, en fait sinon en droit, le caractère de décision définitive »[2040]. Il faut relever de surcroît que l'absence de contestation sérieuse permet au requérant de « solliciter une mesure qui anticipe sur la décision que prendra le juge du principal, c'est-à-dire une mesure qui correspond à l'effet juridique ou à une partie de l'effet juridique de la règle substantielle applicable »[2041]. L'ordonnance de référé n'a pas autorité de la chose jugée mais « peut présager au fond, notamment quand ses effets sont difficilement réversibles »[2042] ; en pareille hypothèse, il ordonne « ce qui pratiquement, sera un morceau de la décision au principal »[2043].

666. D'aucuns ont peut-être songé à recourir à la technique de la « passerelle » permettant au juge des référés, qui estime qu'une mesure provisoire est inutile et qu'il y a urgence à statuer au fond, mais seulement à la demande des parties[2044], de « renvoyer l'affaire à une audience dont il fixe la date pour qu'il soit statué au fond »[2045]. Sauf que ce procédé ferait de la résolution unilatérale une rupture faussement extrajudiciaire. La résolution par notification n'aurait plus rien de particulier si les parties se retrouvent inévitablement, et même rapidement,

---

[2039] C. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée, op. cit.,* n° 884, p. 395.

[2040] L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé,* 5ème éd., LexisNexis, n° 1293, p. 564.

[2041] J. HERON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé,* 4ème éd., LGDJ, n° 392, p. 299. *Adde* S. GUINCHARD et *alii*, *ibid.,* n° 1049.

[2042] C. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée, op. cit.,* n° 887, p. 397.

[2043] J. HERON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 387, p. 295.

[2044] Le juge ne peut donc décider d'un tel renvoi d'office.

[2045] Art. 811 NCPC : « À la demande de l'une des parties et si l'urgence le justifie, le président saisi en référé peut renvoyer l'affaire à une audience dont il fixe la date pour qu'il soit statué au fond. Il veille à ce que le défendeur dispose d'un temps suffisant pour préparer sa défense. L'ordonnance emporte saisine du tribunal. Il est ensuite procédé comme il est dit à l'article 790 et aux trois derniers alinéas de l'article 792 ». – Avant l'adoption de cette disposition dans le Code de procédure civile, ce sont les juridictions de première instance qui avaient initié cette possibilité (TGI de Lyon en 1979 et TGI de Paris en 1983). Puis elle avait été consacrée par la circulaire de la Chancellerie n° 83-06 du 2 août 1983 et par le décret n° 89-511du 20 juillet 1989, modifié par le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 qui a promulgué ce fameux article 811 (C. CORGAS-BERNARD, *ibid.,* note de bas de page n° 1833, n° 866, p. 397).

devant un juge dont la mission serait de se prononcer sur le bienfondé de la rupture.

667. Finalement, puisque les articles 808 et 872 sont envisageables uniquement si la gravité de l'inexécution est flagrante, ce qui correspond à une minorité de cas, le référé se retrouverait suffisamment circonscrit et éloignerait les dangers dont on pourrait l'accuser. De plus, si le juge maintient le contrat que lorsque l'abus du créancier est évident, on évite les difficultés qu'engendrerait la validation de la résolution par le juge du fond (celles relatives notamment à l'obligation de restitution)[2046]. Sans cette restriction, le recours au juge des référés ne présente plus « la vertu simplificatrice recherchée »[2047].

La sanction judiciaire permettant de maintenir le contrat ne se heurte donc à une inopportunité factuelle et à l'impossibilité d'y pallier amplement par le biais de la procédure des référés. Ce « recul de l'exécution en nature » rallié à « l'avancée de l'exécution par équivalent » constitue « un effet structurel » inévitable de la résolution par notification. Il faut reconnaître que « le système s'entretient de lui-même pour favoriser la disparition du contrat »[2048].

[2046] Car, bien évidemment, le juge saisi du principal n'est pas censé être lié par la décision du juge des référés (C. CORGAS-BERNARD, *ibid.)*

[2047] C. CORGAS-BERNARD, *ibid.,* n° 888, p. 398.

[2048] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* n° 626, p. 447.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

668. Le contrat-cadre étant à exécution successive, l'article 1164 du Code civil a veillé à ajouter la résolution à la sanction des dommages et intérêts car il est vrai qu'elle peut se révéler inévitable à certaines occasions. En outre, même si l'article 1165 du même code ne prévoit pas une telle sanction pour les contrats de prestations de service, il ne faut pas exclure l'idée que le juge puisse l'appliquer lorsqu'elle se révèle nécessaire. C'est en tout cas ce qu'ont estimé les commentateurs de ce texte. Dans la perspective du déblocage contractuel, nous avons cependant suggéré un encadrement strict de cette solution désespérée, aussi bien lorsqu'elle est judiciaire que lorsqu'elle procède par voie de notification.

669. L'encadrement de la résolution judiciaire par des critères cohérents – Bien que l'article 1224 du Code civil (issu de l'ordonnance) conditionne la résolution au seul critère gravité, rien n'empêchera les juges du fond de procéder à l'analyse concrète de toutes les circonstances. Il s'agit de l'unique moyen de faire revêtir à la résolution un effet opportun. Certes, la loi, la jurisprudence et la doctrine en général restent très centrées sur la gravité mais cela n'empêche pas les juges de procéder à une appréciation pragmatique et au cas par cas de l'utilité de la résolution (car cela relève du sens logique). Le degré de gravité de l'abus a tout son sens lorsque la résolution est analysée par rapport à sa fonction punitive[2049]. Toutefois, elle n'est pas censée primer sur les sanctions permettant de maintenir le contrat dès lors qu'elles sont utiles et possibles, afin de préserver les enjeux économiques du contrat.

Nous avons donc rappelé[2050] la *nécessité d'ajouter à la prise en compte de la gravité celle de la persistance d'une utilité suffisante du contrat et des coûts*

[2049] Tel est notamment le cas de l'art. L. 417-12, al. 4, C. rur. selon lequel « lors de la conversion [en bail à ferme], le tribunal paritaire peut décider que le nouveau preneur sera tenu, pendant la durée du bail, de notifier au préalable au bailleur, propriétaire du cheptel vif, toutes les ventes de bétail à peine de présomption d'abus de jouissance et de résiliation du bail avec dommages-intérêts, suivant les circonstances ». - Ce manquement ne conduisant pas naturellement à la résolution, celle-ci est destinée à punir ceux qui ne respectent pas une obligation importante aux yeux du législateur. On peut aussi percevoir dans cette disposition la fonction de garantie de la résolution, la crainte qu'elle ne soit prononcée incite à respecter les obligations prescrites.

[2050] Il s'agit davantage d'un rappel que d'une proposition inédite car le dépassement du critère de la gravité a déjà été souligné par une partie de la doctrine, notamment dans la thèse de M. Thomas

économiques. La première considération se comprend par elle-même. Quant à la seconde, il s'agit de ne pas ignorer les éventuels investissements réalisés exclusivement pour la conclusion du contrat litigieux ou encore la disproportion manifeste entre le coût de la résolution pour le débiteur et son intérêt pour le créancier.

670. Proposer – déjà – d'autres critères alors que l'ordonnance du 10 février 2016 (dont les textes sont encore tièdes) a expressément choisi celui de la gravité peut surprendre mais vu que la définition de cette dernière ne fait l'objet d'aucun consensus, cela est permis. Il ne s'agit pas de rejeter totalement le critère de gravité mais de l'intégrer dans une appréciation d'ensemble plus cohérente. La manière dont nous avons complété le critère de gravité renvoie à une question de bon sens et n'a donc pas nécessairement besoin d'être légiférée pour s'appliquer. Par ailleurs, cette solution ne serait que la continuité du droit antérieur car, même si la gravité comme critère faisait l'objet d'un certain consensus doctrinal, la jurisprudence antérieure à l'ordonnance[2051] préférait déjà mettre en œuvre une appréciation globale des faits dans laquelle la gravité n'est pas toujours un critère déterminant[2052]. Celle-ci est certes souvent affirmée par la jurisprudence, les

---

Genicon, et surtout l'analyse de certaines décisions de justice démontre qu'il est déjà arrivé que les juges conditionnent la résolution à des critères plus pragmatiques que la gravité (sans pour autant l'indiquer).

[2051] Cass. com., 27 juin 1960, Bull. civ., n° 257 : « dans *ces circonstances* […], la Cour d'appel, usant de son *pouvoir d'appréciation* en la matière, a pu prononcer la résolution de la vente pour inexécution des obligations du vendeur ». – Cass. com., 23 juin 1965, Bull. civ., III, n° 394 : « mais attendu que l'arrêt attaqué relève *une série de faits* que, par une *appréciation souveraine*, la Cour d'appel estime de nature à justifier la résolution du contrat ». – Selon le même procédé : Cass. com., 6 mars 1990, Bull. civ. IV, n° 75 ; Cass. com., 8 juillet 2003, n° 99-16.643. – Cass. civ. 3ème, 28 fév. 2006, n° 05-11.802 : « Attendu qu'ayant énoncé à bon droit, par motifs propres et adoptés, que si les conditions de l'action résolutoire prévues aux articles 1184 et 1654 du Code civil étaient réunies en l'espèce […], il appartenait au juge d'apprécier, en cas d'inexécution partielle, si cette inexécution avait assez *d'importance* pour que la résolution soit prononcée ou si elle pouvait être réparée par des dommages-intérêts » (étant précisé que l'importance ne doit pas être assimilé à la gravité, la première évoque l'ampleur alors que la seconde évoque le degré).

[2052] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution,* th. Paris II, LDGJ, 2007, Préf. L. Leveneur, n° 402, p. 288 et n° 401, p. 286-287 où l'auteur évoque « une quantité considérable d'arrêts qui ont reconnu aux juges du fond les pouvoirs les plus étendus pour décider de la pertinence et de l'opportunité de la résolution, sans jamais leur imposer une quelconque directive d'ordre général ». Il estime que ceux-ci « manifestent à quel point la détermination du manquement susceptible de conduire à la résolution demeure entre les mains des juges du fond ». En analysant scrupuleusement la jurisprudence dédiée à la question de la résolution, M. Genicon se rend compte que la Cour de cassation semble imposer une appréciation des circonstances de chaque espèce, et non l'appréciation particulière d'une gravité. Autrement dit, pour la Cour de cassation il suffirait que la résolution du contrat soit justifiée par les circonstances de la cause

décisions dans lesquelles les juges justifient la résolution par la gravité sont nombreuses, mais il faut rester vigilent car - à y regarder de plus près - même dans certaines de ces décisions, l'analyse des faits ne démontre pas que c'est elle qui a provoqué la résolution. Lorsque cette gravité n'est pas argumentée par les juges qui ont retenu la résolution, on peut supposer qu'elle cache des critères sous-jacents. Les juges effectuent certainement déjà une appréciation bien plus globale que ce que permettrait la recherche de la seule gravité[2053]. Peut-être que la méthode de résolution judiciaire que nous avons développée est déjà celle qui est en devenir, le critère de la gravité ne ferait que la simplifier outre mesure[2054]. Comme le souligne fort bien Monsieur Thomas Genicon, « le manquement qui conduit à la résolution du contrat n'est pas celui qui correspond à une figure idéale et préalable, c'est celui, qui, une fois l'incident d'exécution survenu, appelle concrètement selon le juge la destruction du contrat ».

671. Limitation de la résolution unilatérale et sa neutralisation par le référé en cas d'abus – La résolution par voie de notification est prévue de manière générale, il n'y a donc aucune raison de l'exclure lorsque le litige a pour objet la fixation unilatérale du prix. Il a donc été nécessaire d'envisager la manière de neutraliser ce pouvoir qui peut être exercé abusivement par le

---

(n° 402, p. 288 : « Tout au plus », la Cour de cassation vérifie que les juges du fond « en constatant un manquement grave, ont pu souverainement décider de la résolution, ce qui manifeste uniquement qu'elle contrôle que leur décision est motivée […]. La Cour de cassation se contente bien souvent de relever que les juges ont bien caractériser un manquement ''de nature à prononcer la résolution'' […], sans référence aucune à une quelconque gravité ». – *Adde,* C. JAMIN, *Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ?, in* Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé, M. Fontaine et G. Viney (dir.), Bruylant-LGDJ, 2001, n° 11, p. 464 ; Z. LAOUANI, *Le juge et la résolution du contrat*, th. Lille II, ANRT, 2001, p. 106 : qui justifie ce constat par le fait qu'il s'agit d'apprécier un élément factuel.

[2053] A. ROUAST, *Position du problème de l'inexécution et aperçu des intérêts qu'il met en jeu, Les Cours de droit,* p. 380 : « Tout effort de systématisation échoue devant le large pouvoir donné aux Tribunaux » ; T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution,* th. Paris II, LDGJ, 2007, Préf. L. Leveneur, n° 431, p. 312.

[2054] « Il n'est pas évident de présenter de façon ordonnée la méthode qu'emprunte le juge, simplement parce qu'en réalité, il n'y en a pas vraiment, du moins de façon consciente. Au fond, les magistrats procèdent bien souvent de façon intuitive. […] Inévitablement, on simplifie donc - parfois à l'extrême - car il est difficile de trouver l'une des fonctions [fonction économique, fonction pénale, et fonction de garantie : p. 309-353] de la résolution en œuvre isolément et à l'état pur. En fait, les facteurs de décision s'entremêlent, pèsent certainement plus ou moins lourds, mais n'agissent pas isolément » : T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, ibid.,* n° 431, p. 312 ; *Adde* C. JAMIN, *Les conditions de la résolution : vers un modèle unique ?, ibid.* : lequel constate que la les juges se basent davantage sur une « variété de critères » que sur la gravité. Cette dernière n'est ni indispensable ni exclusive de toute autre considération.

contractant qui se prétend être victime d'un prix fixé abusivement. Le meilleur moyen d'y parvenir est d'autoriser *le recours au juge des référés pour qu'il puisse débloquer le contrat en décidant que son exécution reprenne dès lors que la résolution unilatérale n'est pas justifiée*[2055]. Autrement, le contractant restera impuissant jusqu'à ce que le juge judiciaire saisi puisse se prononcer (à un moment où la reprise de l'exécution du contrat n'aura plus d'intérêt dans la plupart des cas).

[2055] C. JAMIN, *L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée*, D. 2001. 1568.

CONCLUSION DU TITRE II

672. Ce n'est pas parce que la plupart des questions liées au prix relèvent de la formation du contrat qu'il faut en déduire une appartenance systématique. Concernant la fixation unilatérale du prix, son mécanisme lui permet de s'intégrer plus facilement dans le domaine de l'exécution du contrat car il ne s'agit pas du prix entendu objectivement, comme on peut par exemple le concevoir en matière de lésion, de prix dérisoire, etc. La question centrale n'étant pas le prix en tant que tel mais sa fixation. Le plus prépondérant n'est donc pas un élément du contrat (le prix) mais l'action de l'un des contractants à l'égard de cet élément (sa fixation).

673. Certains se demanderont peut être s'il est justifié que nous ayons intégré des modalités d'exécution dans le domaine de l'exécution. Il nous semble que toutes les modalités ne peuvent pas être placées à un même niveau et que cette intégration peut être envisagée que s'il s'agit d'une modalité dont dépend l'exécution de l'obligation principale. Une modalité d'exécution qui se révèle indispensable ne peut pas être traitée comme un élément accessoire du contrat. Plus précisément, la fixation unilatérale d'un élément aussi essentiel que le prix ne peut pas être considérée comme une modalité d'exécution mineure. Si, par exemple, le vendeur délivre tardivement la chose vendue, la loi considère qu'il y a inexécution[2056] alors que le vendeur a bien exécuté le contrat (la chose ayant été délivrée) et que le délai de livraison n'est pas autre chose qu'une modalité attachée à cette exécution. En outre, la jurisprudence ne rejette pas cette hypothèse même en dehors du contrat de vente[2057]. En somme, si la fixation unilatérale du prix est assimilée à une exécution contractuelle, ce ne serait pas la première fois

---

[2056] Art. 1610 C. civ. : « Si le vendeur manque à faire la délivrance dans le temps convenu entre les parties, l'acquéreur pourra, à son choix, demander la résolution de la vente, ou sa mise en possession, si le retard ne vient que du fait du vendeur ».

[2057] Dans ce cas, le créancier peut solliciter la résolution du contrat (si le retard a privé d'intérêt son exécution) mais il s'agira plus fréquemment de dommages et intérêts moratoires, auxquels peuvent d'ailleurs être ajoutés des dommages et intérêts réparatoires (Art. 1231-6. C. civ. : « Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire »).

qu'une telle qualification est retenue à l'égard d'une modalité d'exécution essentielle.

674. La fixation unilatérale du prix était auparavant reliée à la formation du contrat. Ce déplacement de la formation à l'exécution est non seulement plus cohérent mais il a aussi permis au régime de la fixation unilatérale du prix d'exister et de libérer les parties du risque de nullité. C'est en intégrant la fixation unilatérale du prix dans le domaine de l'exécution du contrat que celle-ci est devenue possible. Le premier déblocage qu'a permis le rattachement de cette thématique à l'exécution constitue donc l'autorisation de l'indétermination du prix (le rattachement antérieur à la formation empêchait le contrat d'être valide dès lors que les parties n'avaient pas fixé de prix, alors que cette exigence s'accorde mal avec les spécificités des contrats de distribution notamment)[2058]. Le second déblocage est celui que nous avons proposé et qui consiste à appliquer les articles 1217 et 1223 à la fixation abusive du prix. En considérant que cet abus constitue une inexécution contractuelle à part entière, tous les remèdes généraux attachés à l'inexécution du contrat peuvent lui être appliqués. Or, ces derniers textes prévoient notamment la possibilité de solliciter une réduction du prix. Il existe donc bien un moyen de contourner l'imprécision des articles 1164 et 1165 qui ne prévoient rien d'autre que des dommages et intérêts et la résolution.

[2058] Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, Bull. civ., n° 7 (deux arrêts) ; D. 1996, Jur. p. 13, concl. M. JEOL, note L. AYNÈS ; JCP 1996, II, n° 22565, note J. GHESTIN ; RTD civ. 1996, p. 153, obs. J. MESTRE ; Lettre distribution, déc. 1995, note J.-M. MOUSSERON ; LPA, 27 déc. 1995, n° 155, p. 13, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS. – M.-A. FRISON-ROCHE, *De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix*, RJDA 1996, p. 5 ; L LEVENEUR, *Indétermination du prix : le revirement et sa portée*, Contrats-conc.-consom. 1996, chron. 1 ; A. LAUDE, *La détermination du prix dans les contrats de distribution : le changement de cap*, D. aff. 3 ; J. CALVO, *L'indétermination du prix dans les contrats : d'une indétermination à l'autre*, LPA 1996, n° 8, p. 20 ; D. FERRIER et PH. SIMLER*, La détermination dur prix, nouveaux enjeux,* 1997, p. 37 ; A. BRUNET et A. GHOZI, *La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat,* D. Chron. 1998. 1 ; F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2ème éd., LGDJ, 2012, n° 196, p. 125.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

675. Le contractant qui soumet au juge un litige relevant de l'exécution du contrat fondera dans la plupart des cas sa demande sur la force obligatoire du contrat. Or, le juge peut décider d'utiliser ce même fondement pour au contraire refuser la résolution du contrat et offrir à la victime des remèdes palliatifs[2059]. Le célèbre arrêt *Phylloxéra* avait indiqué au XIXe siècle qu'« il appartient aux tribunaux (…) en cas d'inexécution partielle, d'apprécier d'après les circonstances de fait, si cette inexécution a assez d'importance pour que la résolution doive être immédiatement prononcée, ou si elle ne sera pas suffisamment réparée par une condamnation à des dommages et intérêts ; ce pouvoir d'appréciation [étant] souverain »[2060]. Il y a donc très longtemps déjà que la Cour de cassation a décidé de soumettre à l'appréciation souveraine des juges du fond le choix entre la résolution et les remèdes alternatifs. La seule véritable évolution sur laquelle nous nous sommes greffés consiste à consolider et étendre ce pouvoir judiciaire. Au surplus, il nous a paru important de relever l'extension des sanctions alternatives à la résolution puisque dans de nombreux cas l'adaptation du contrat se révèle plus bienfaitrice que les traditionnels dommages et intérêts. Il n'est pas convaincant d'octroyer au contractant victime des dommages et intérêts alors qu'un élément du contrat, comme le prix ou une clause, peut tout simplement être modifié par le juge. L'indemnisation peut même être contestée lorsqu'elle fait office de réduction du prix déguisée.

676. Dans un monde idéal, c'est le contrat légalement formé et dépourvu de corrections qui doit être exécuté afin de ne pas entraver les prévisions des contractants. Faut-il refuser pour autant d'intervenir dans le contrat sous prétexte que c'est ce qui doit être alors que cela n'adviendra jamais ? Pour pallier aux

---

[2059] Déjà auparavant (même si c'est bien moins poussé que ce que nous avons abordé précédemment) : Cass. req. 5 juin 1872, DP. 1873, I, p. 27 ; Cass. civ. 13 fév. 1963, D. 1963, p. 316, Cass. civ. 1re, 5 mars 1974, Bull. civ. n° 70, JCP 1974, IV, 144.

[2060] Cass. civ., 14 avr. 1891, DP. 1891, I, p. 329, note PLANIOL ; S. 1894, I, p. 391.

embûches que le contrat rencontre au cours de sa vie, ne vaut-il pas mieux tolérer l'exécution d'un contrat adapté que la destruction du contrat qui ne permet aucune exécution ? Puisque la résolution pour inexécution trouve sa justification dans la force obligatoire du contrat, qui invite à respecter les engagements pris, il nous fallait vérifier si ce principe autorise réellement à rejeter la correction judiciaire du contrat. En tenant compte de l'efficience, nous ne pouvons rester les yeux rivés sur le contenu même du principe étudié sans prendre en compte sa finalité. Le respect des règles sert avant tout à atteindre des buts[2061]. La force obligatoire du contrat ayant pour objectif de garantir l'exécution du contrat c'est celle-ci qui doit être privilégiée par le juge et la loi[2062]. Une exécution est bien mieux garantie par une adaptation du contrat qui se révèle possible et utile que par une résolution qui ne permet assurément aucune exécution. La résolution n'est même pas une véritable solution puisqu'elle est synonyme de « désespoir » (on ne peut plus espérer que le contrat fasse l'objet d'une exécution).

[2061] Le respect d'une règle de droit ou d'un principe ne constitue jamais une fin en soi.

[2062] S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats,* th. Paris XI, LGDJ, 2000, Préf. H. Muir-Watt, n° 1036 s.

CONCLUSION GÉNÉRALE

677. Défense d'une primauté des solutions salvatrices par rapport aux solutions destructrices en droit commun – Cette thèse ne propose pas une correction salvatrice systématique du contrat menacé par un anéantissement. La sauvegarde des liens contractuels doit être équilibrée et c'est la raison pour laquelle n'est pas proposée plus qu'une canalisation de la nullité et de la résolution. Notre étude démontre qu'il est tout à fait possible de faire en sorte que les sanctions destructrices soient moins systématiques en droit commun des contrats.

678. Les solutions alternatives proposées au lieu et place de l'anéantissement du contrat disposent de leurs propres régimes et la diversité de leur nature empêchent de les unifier au sein d'un régime général unique (il est en revanche possible de dégager un fondement général, V. *infra*). De plus, ce qui réunit véritablement l'ensemble des solutions salvatrices c'est leur finalité (maintenir le contrat), or le régime d'une sanction est façonné plutôt en fonction de sa nature. En vérité, quasiment à chaque problématique différente correspond une solution alternative qui lui est spécifique (requalifier le contrat, éradiquer une clause, réviser le prix, moduler un quantum autre que le prix, etc.). De ce fait, la particularité de chaque remède doit être préservée et l'idée qu'un régime général puisse être construit doit être réfutée. Il semble, par exemple, peu réaliste de croire que les clauses entraînant un déséquilibre significatif et la survenue d'une imprévision doivent être soumises à un même régime. Cette discordance ne vient d'ailleurs pas du fait que la première difficulté se rencontre au stade de la formation du contrat à l'inverse de la seconde qui survient lors de l'exécution du contrat. Lorsqu'est évoquée l'adaptation du contrat, c'est toujours dans le but de maintenir les liens contractuels, peu importe à quel stade.

Cela étant il est possible de dégager des critères généraux. L'ensemble de cette thèse en fait ressortir trois : la réécriture du contrat doit être suffisamment partielle, le maintien du contrat doit être possible et l'utilité du contrat doit

persister pour chacune des parties. Ces considérations relèvent de l'évidence, elles doivent être prises en compte par le juge mais il ne s'agit pas pour autant de conditions au sens strict du terme.

679. L'orientation proposée consiste à faire primer les solutions permettant de maintenir le contrat sur celles qui détruisent le contrat. Ce changement de paradigme ne peut être effectif que si le juge peut imposer ce choix aux parties. La réticence de l'un des contractants à poursuivre le contrat ne devrait pas empêcher le juge de débloquer le contrat si cela se révèle opportun économiquement et possible juridiquement. La finalité de la force obligatoire du contrat permet une telle approche car il n'y aucune raison de suspendre l'application de ce principe sous prétexte qu'un événement ou une irrégularité ne permet pas de maintenir le contrat en l'état. Même la partie qui est victime d'une irrégularité imputable à son cocontractant devrait rester soumise au principe de la force obligatoire du contrat. Dès lors que le juge constate que les critères généraux que nous avons précédemment évoqués sont présents, la situation de la victime est rétablie et dans ce cas elle ne devrait plus disposer du droit à la destruction du contrat. D'aucuns évoquent à ce titre la construction d'un « droit au maintien du contrat » lequel viendrait se juxtaposer au droit de critique[2063]. Notre vision est différente car nous n'envisageons pas l'adaptation du contrat comme un droit mais comme une obligation principalement basée sur le principe de la force obligatoire du contrat. Puisque ce principe a pour finalité l'exécution du contrat, dès lors qu'une correction partielle permet son maintien et par voie de conséquence son exécution, le juge peut l'utiliser comme fondement général pour imposer aux deux parties de renoncer à l'anéantissement du contrat. Cette approche est par ailleurs plus cohérente puisque l'adaptation salvatrice du contrat nécessite de pouvoir contrer le refus des parties à ce que le contrat soit maintenu. Il semble plus logique de s'y opposer en faisant du maintien du contrat une obligation incombant au deux parties plutôt qu'un droit dont bénéficierait l'une d'entre elles.

[2063] P. MARCOU, *Les remèdes à l'invalidité contractuelle,* th. Montpellier, 2018.

680. Le fondement juridique de la primauté des sanctions alternatives sur la nullité découvert dans les nouveaux textes du droit commun des contrats – Le fondement général peut être unifié mais il faut relever qu'il s'associe à des régimes juridiques variés dès lors que la sanction salvatrice doit être appliquée. En ce qui concerne le fondement général des sanctions alternatives à la nullité, tout tourne autour du caractère partiel de l'irrégularité. Il semble logique que la nullité dépende de l'ampleur de l'irrégularité et c'est exactement ce que prévoit désormais l'article 1184 du Code civil. Dans notre étude ont été envisagées deux sortes d'atteintes à la régularité du contrat : le défaut de consentement (au sein du Titre II, Partie I) et le défaut de contrepartie ou de contenu du contrat (au sein du Titre I, Partie I).

681. *Le caractère partiel du défaut de consentement empêche la nullité* – Nous évoquons à ce sujet, en d'autres termes, le vice du consentement incident. Dans cette situation, il semble normal de faire primer les sanctions partielles sur la sanction radicale qu'est la nullité. La jurisprudence antérieure à la réforme avait opéré une distinction entre le dol principal et le dol incident. Le dol n'est qu'incident dès lors que la victime aurait tout de même contracté, mais à des conditions plus avantageuses. Dans ce cas, les juges préféraient l'indemnisation et même parfois la réduction du prix, à la nullité. En procédant ainsi, on ramène la victime dans la situation qu'elle avait espérée. Ce qui est bien plus efficace et cohérent que de la priver du contrat, qu'elle aurait conclu même si elle avait su. Défendre l'opportunité de la distinction entre le dol principal et le dol incident, et aller jusqu'à suggérer sa généralisation à tous les vices du consentement, comme le fait cette thèse, peut paraître contestataire depuis l'ordonnance du 10 février 2016. En effet, la majorité des auteurs considèrent que l'article 1130 du Code civil met un terme à la distinction entre le principal et l'incident[2064], car il prévoit

---

[2064] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations,* Dalloz, 2016, n° 330, p. 269 : « L'erreur [provoquée] doit avoir été telle que, sans elle, la victime n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. L'article 1130 du Code civil semble ainsi condamner la distinction entre dol principal et dol incident en mettant sur le même plan l'hypothèse de l'absence de conclusion du contrat, et celle d'une conclusion en des termes substantiellement différents » ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Coll. Thémis Droit, 4ème éd., 2016, n° 368 : « Ainsi [d'après l'article 1130], dès lors qu'il est démontré que la victime n'aurait pas conclu le contrat précis qu'elle a conclu, elle pourra en demander l'annulation » ; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit*

expressément deux hypothèses de vices du consentement, sanctionnées par l'entière nullité. Il y a tout d'abord, le cas classique, dans lequel la victime n'aurait pas contracté si elle avait su. Puis l'autre cas dans lequel la victime aurait contracté mais à des conditions substantiellement différentes. Le nouveau texte impose donc la nullité du contrat dans les deux cas. Nous avons préféré retenir une interprétation plus nuancée selon laquelle cette seconde hypothèse ne correspond pas à un vice du consentement incident, mais plutôt à un vice du consentement quasiment principal. Tout comme la contrepartie dérisoire équivaut à une absence de contrepartie, le vice du consentement incident ayant une ampleur trop importante équivaut à un vice du consentement principal.

C'est le terme « substantiellement », inscrit au sein de l'article 1130, qui fait toute la différence. L'entière nullité s'impose si la victime aurait contracté à des conditions substanciellement différentes. En revanche, la nullité partielle ou l'indemnisation peut remplacer l'entière nullité, si la victime aurait contracté à des conditions différentes, sans que cette différence ne soit d'une trop grande importance. La réforme nous offre, en outre, un texte idéal pour fonder l'application des sanctions alternatives à la nullité en cas de défaut partiel de consentement. Il s'agit de l'article 1184 du Code civil prévoyant que « lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles ».

D'ailleurs, il faut se rendre compte que de très belles perspectives pourront ressortir de l'application de l'article 1184. Ce texte fait office de fondement général pour toutes les sanctions alternatives à la nullité du contrat. La nature de la menace à la validité du contrat, n'étant pas précisée, le domaine est très large. Ce peut être lié au consentement, comme nous venons de le voir, mais aussi en lien avec le contenu du contrat.

---

des obligations, LexisNexis, 17ème éd., 2017, n° 209 ; G. LOISEAU, *Les vices du consentement*, Contrats, conc. consom. 2016, Dossier 3, n° 17 et n° 5 ; B. PETIT et S. ROUXEL, *Contrats et obligations*, JurisClasseur civil, Art. 1137 à 1139, Dol : « Cet abandon semble confirmé par le nouvel article 1130 du Code civil, duquel il résulte que le dol déterminant cause de nullité est celui qui est de telle nature que, sans lui, la victime du dol '' n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes'' ».

682. ***Le caractère partiel du défaut de contrepartie ou de contenu empêche la nullité*** – Avant la réforme, une des justifications les plus convaincantes de la nécessité de corriger, plutôt que d'annuler le contrat, était l'absence partielle de cause. Une doctrine reconnue indiquait, à juste titre, que l'absence totale de cause ne peut être sanctionnée que par l'entière nullité mais que le défaut partiel de cause doit conduire à la correction salvatrice du contrat[2065]. De ce point de vue, on peut regretter la défunte cause car elle offrait un fondement général et flexible très intéressant. La cause a été supprimée, et remplacée par la seule consécration de ses fonctions créées ces dernières années. Comme si le droit et la société dans laquelle il vit allaient pouvoir se figer. Comme s'il était certain qu'aucune nouvelle fonction n'aura besoin de voir le jour, dans un futur plus au moins proche. Le législateur a veillé à ne pas choisir de mots qui heurtent, au détriment des mots utiles. Il n'a pas fait le choix de remplacer la cause par un concept général plus éclairant, comme « l'intérêt au contrat », ainsi que le proposaient le projet de la Chancellerie et une partie de la doctrine.

Par la même occasion, nous avons perdu la possibilité de fonder de nombreuses solutions salvatrices par l'absence partielle d'intérêt. En appauvrissant le vocabulaire juridique, et en voulant contrôler les concepts qui octroyaient au juge un pouvoir plus important, l'ordonnance s'est offert une sécurité juridique qui ne sera que temporaire. Il se pourrait même que le résultat espéré se révèle paradoxal sur le long terme.

Lorsque le besoin de disposer d'un fondement général assez similaire à la cause se fera sentir, le juge s'appuiera sur du vocabulaire et du texte n'ayant pas été prévu à cet effet. Le plus significatif que le juge puisse faire serait de s'appuyer sur le « contenu » prévu à l'article 1128 du Code civil. Ce « contenu » ne serait a priori qu'un contenant et en aucun cas une norme autonome[2066]. On

---

[2065] G. PIETTE, La correction du contrat, op. cit., n° 658, p. 346 : évoquant à ce titre une « insuffisance de cause » s'opposant à une absence totale de cause ; D. MAZEAUD, La cause pour que survive la cause en dépit de la réforme !, Droit et patrimoine, n° 240, 1er octobre 2014.

[2066] J. GHESTIN et F. LABARTHE, Observations générales (réforme), LPA, 4 sept. 2015, n° 177, p. 17.

considère qu'il fait office d'annonce des dispositions prévues à la suite[2067]. Pour cette raison, on pourrait tout à fait imaginer qu'un jour le juge lui octroie une autonomie, ainsi qu'une valeur normative, afin de servir de fondement général, pour la résolution de problématiques nouvelles qu'aucun texte ne peut régir. Cela s'est déjà vu par le passé, en matière de responsabilité civile, par exemple. Alors qu'en 1804, l'article 1384 alinéa 1er du Code civil, était vide de tout contenu normatif, se bornant à annoncer les cas spéciaux de responsabilité qui suivent, la Cour de cassation avait décidé d'en faire une norme générale, sanctionnant la responsabilité du fait des choses et du fait d'autrui. Si cela se réalisait, on pourrait alors imaginer que le juge fasse usage de l'absence partielle de contenu du contrat, comme fondement. Toutefois, même si à l'heure actuelle, on ne peut pas se prévaloir d'une absence partielle de contrepartie, et encore moins d'une absence partielle de contenu, l'article 1184 du Code civil offre déjà de très larges possibilités pour fonder le déblocage envisagé dans cette thèse. Toutefois, nous pouvons tout de même imaginer que le défaut partiel de contrepartie puisse servir de fondement à certaines corrections salvatrices du contrat. À cet effet, le jugfe se baserait sur une combinaison des 1169 et 1184 du Code civil. Le premier de ces textes imposant une contrepartie à tout engagement dans les contrats à titre onéreux. Et le second permettant de sanctionner autrement que par l'entière nullité les irrégularités partielles.

683. Le fondement juridique de la primauté des sanctions alternatives sur résolution découvert dans les nouveaux textes du droit commun des contrats – Tout ce qui précède concerne le fondement général des déblocages faisant échapper le contrat à la nullité. Pour éloigner le contrat de la résolution excessive, la base théorique est toute autre. Avant même que la cause ne soit sacrifiée sur l'autel de l'attractivité du droit, nous n'étions pas favorable à l'idée de la permanence de la cause, et par voie de fait à l'absence partielle de cause

[2067] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, LexisNexis, 2016, p. 169 : « Si l'article 1128 fait mention du ''contenu'' pour en faire une condition de validité, c'est à dire pour énoncer qu'un contrat n'est valable que s'il a des effets licites et certains, l'avancée est minime. Pour produire valablement des effets, un contrat doit avoir des effets ! Chacun appréciera le progrès spectaculaire que l'ordonnance fait faire à la science juridique. Il est vrai que, bien conscient de la vanité de l'approche, le rapport au Président de la République explique » que les contours de la notion de contenu sont délimités à la sous-section 3.

comme fondement de la correction du contrat pendant son exécution. Étendre les fonctions des conditions de validité du contrat au stade de son exécution nuit à la cohérence du droit et semble relever de l'opportunisme. Canaliser la résolution doit être fondé autrement.

Cela passe par une lecture renouvelée du principe de la force obligatoire du contrat. Ce qui peut paraître paradoxal au premier abord puisque c'est justement ce principe qui est souvent invoqué pour refuser la correction salvatrice du contrat. À l'inverse des Pays anglo-saxons, le droit français accorde une importance capitale à la cohérence de la règle de droit qui ne doit pas être dictée uniquement en fonction des intérêts des individus. Pour qu'une règle juridique soit cohérente, il faut tenir compte de tous ses aspects - y compris de la finalité concrète qu'elle poursuit - comme nous avons pu le faire en introduction à l'égard de la l'autonomie de la volonté. S'agissant de la force obligatoire du contrat, sa finalité consiste à garantir au créancier l'exécution du contrat par le débiteur. Or, dans les problématiques envisagées dans la seconde partie de cette thèse - la survenue d'une imprévision et le prix fixé abusivement -, c'est le fait de ne pas réviser le contrat qui fait encourir un risque, quasi inévitable, d'inexécution du contrat. Et c'est au contraire, la révision, qui octroie au contrat une plus grande chance d'être exécuté et même une poursuite pérenne de cette exécution. En vérité, la lecture des règles juridiques peut toujours faire l'objet d'une orientation différente. On peut décider de faire primer l'une ou l'autre en fonction des spécificités de chaque cas de figure, car c'est l'équilibre entre ces différentes lectures qui légitime davantage une règle de droit.

684. Découverte des régimes juridiques débloquant le contrat au sein des textes bruts du nouveau droit commun des contrats – Cette recherche a permis de proposer des moyens de canaliser les sanctions anéantissant le contrat, sur la base des nouveaux textes issus de la réforme du droit des contrats, lesquels ont fait l'objet d'une lecture particulière. Nous ne pouvons pas parler de relecture puisqu'ils viennent d'être adoptés et que n'est pas encore venu le temps pour le juge de les interpréter. Si cette lecture est qualifiée de particulière c'est parce qu'à certaines occasions, nous avons procédé à une interprétation peu classique qui parfois va même à contre-courant des analyses des commentateurs de la réforme. D'aucuns pourraient estimer qu'il est imprudent de remanier certaines des

nouvelles dispositions si l'on souhaite préserver la sécurité juridique. Il semble toutefois que tant que l'œuvre prétorienne n'a pas été entamée, nous sommes en tout état de cause dans une période transitoire durant laquelle l'insécurité juridique est inévitable. Comme à chaque réforme, les incertitudes relatives à la direction des nouvelles règles existent déjà, peu importe la direction future qui se concrétisera.

685. Il est probable que les juges opteront de nouveau pour un choix politique au moment d'interpréter les textes[2068]. Ils se demanderont notamment s'il est préférable de maintenir le contrat grâce à une correction salvatrice ou s'il vaut mieux se résigner et détruire le contrat au nom de la liberté contractuelle et du principe de non-immixtion. Il ne faut pas croire que le passage du Code de 1804 à l'ordonnance du 10 février 2016 a définitivement traité cette question[2069]. On souligne souvent l'équilibre instauré par la réforme qui a pris soin de laisser à chaque politique sa part au sein des nouvelles dispositions[2070] (par exemple, l'adaptation du contrat a été autorisée en cas d'imprévision mais - comme pour équilibrer les souhaits de chacun - elle a en revanche été rejetée dans le cas de la fixation abusive du prix). Cela dit, un tel constat constat ne résulte que des textes

---

[2068] D. LANZARA, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, th. Nice, LGDJ, 2017, Préf. Y. Strickler : comme le souligne cet auteur, au premier abord, « le juge, contrairement au législateur, n'a pas les moyens de créer une règle nouvelle sans support, ni d'abroger une règle existante. Il n'a, à sa disposition, que des modes d'aménagement, c'est-à-dire des outils aptes à produire des règles, mais seulement des règles accessoires. L'interprétation, d'une part, est un moyen de créer des règles dérivées qui viendront éclairer le sens de la loi. La correction, d'autre part, qui n'est qu'une expression plus vigoureuse du pouvoir d'interprétation, permet de créer des règles secondaires, qui viendront rectifier les imperfections de la loi. Ces deux instruments paraissent donc avoir une capacité normative limitée. En réalité, leur pouvoir est bien plus étendu. En pratique, le juge s'en sert d'une manière beaucoup plus effective et plus intense. En interprétant la loi, le juge peut remodeler le sens des principes, jusqu'à obtenir des règles complètement nouvelles […]. Et en corrigeant la loi, le juge peut endiguer les effets des principes, parfois au point de les désactiver totalement ».

[2069] F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Essai, Dalloz, 2017, n° 23.51, p. 115 : où il est souligné à propos des dispositions liminaires (la liberté contractuelle de l'art. 1102, la force obligatoire du contrat de l'art. 1103 et la bonne foi de l'art. 1104), qu'ils constitueront « sans aucun doute l'un des principales questions des prochaines années. Ces principes devraient conduire le juge à adopter une démarche nouvelle dans l'application des règles du droit des contrats, en ce qu'il ne pourra s'en départir pour l'interprétation et l'application des règles du droit des contrats ».

[2070] Not. M. MEKKI, *Plaidoyer pour une rectification à la marge de l'ordonnance du 10 février 2016 sur la réforme du droit des obligations*, Gaz. Pal. 24 oct. 2017, p. 11, n° 2 : « L'ordonnance du 10 février 2016 est entrée en vigueur le 1er octobre 2016. Même si l'œuvre parfaite n'existe pas, l'ordonnance avait su établir un équilibre entre l'efficacité économique et la justice contractuelle en consolidant beaucoup et en innovant un peu ».

bruts, qui pour l'heure ne sont pas encore interprétés par les juridictions. Il n'est pas à exclure que la politique dont fera l'objet le droit commun des contrats dans un futur proche soit plus unifiée, d'ailleurs dans un sens ou dans l'autre et donc pas forcément dans la direction qui a eu notre préférence. Notre volonté était donc de prendre parti pour l'une de ces politiques avant que l'interprétation des textes ne se soit trop stabilisée. Si cette thèse avait un précepte ce serait de battre le fer tant qu'il est encore chaud.

BIBLIOGRAPHIE

Classement par ordre alphabétique

I.- OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITES, MANUELS ET COURS

- ANDREU L. et THOMASSIN N., *Cours de droit des obligations,* Gualino, 2016.

- AUBERT J.-L., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil,* 17ème éd., Sirey, 2018.

- AUBERT J., FLOUR J. et SAVAUX E., *Droit civil : les obligations*, 17ème éd., Sirey, Université, 2019.

- AUBRY C. et RAU C., *Cours de droit civil français*, t. 4, 4ème éd., Marchal et Billard, 1871.

- AUGUET Y., *Droit de la concurrence*, 2002, Ellipses.

- AYNÈS L., MALAURIE PH. et STOFFEL-MUNCK PH., *Les obligations*, 10ème éd., Defrénois, 2018.

- AZÉMA J., *Le droit français de la concurrence*, 2ème éd., 1989, PUF, coll. Thémis.

- BEHAR-TOUCHAIS M. et VIRASSAMY G., *Traité des contrats, Les contrats de la distribution*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 1999.

- BÉNABENT A., *Droit des obligations,* 17ème éd., LGDJ, Précis Domat, 2018.

- BÉNABENT A., *Droits des contrats spéciaux civils et commerciaux,* 12ème éd., LGDJ, Précis Domat, 2017.

- BRUN PH., *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5ème éd., Litec, 2018.

- BUFFELAN-LANORE Y. ET LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil, Les obligations*, 16ème éd., Sirey, 2018.

- CABRILLAC R., *Droit des obligations*, 13ème éd., Dalloz, 2018.

- CADIET L. et EULAND E., *Droit judiciaire privé,* 10ème éd., LexisNexis, 2017.

- CARBONNIER J., Droit civil, t. 4, Les obligations, 22ème éd., Droit privé, PUF, coll. Thémis, 2000.

- CHAPUS R., *Droit administratif général,* t. 1, Montchrestien, 15ème éd., 2001.

- CHENEDÉ F., LEQUETTE Y., SIMLER PH., TERRÉ F., *Droit civil, Les obligations*, 12ème éd., Précis Dalloz, 2018.

- CHEVREAU E., MAUSEN Y., BOUGLÉ C., *Histoire du droit des obligations*, 2ème éd., LexisNexis, 2011.

- COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE PH., *Contrats civils et commerciaux,* 11ème éd, Précis Dalloz, 2019.

- COULOMBEL, *Introduction à l'étude du droit et du droit civil,* LGDJ, 1969.

- COUTURIER G., *Droit du travail, t. 1, Les relations individuelles de travail*, 3ème éd., PUF, Coll. Droit fondamental, 1996.

- DE LAUBADÈRE A., *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. 3, 1956.

- DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge t. 2, Les incapables, Les obligations,* Bruylant, 1934.

- DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, t. 2, A. Rousseau, 1923.

- DEMOLOMBE C., *Cours de Code Napoléon*, Lahure, 1876.

- DEMOLOMBE C., *Traité des engagements qui se forment sans convention, Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 8, v. 31, 1882.

- DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre II, Titre I, sec. 1, n° 5.

- FABRE-MAGNAN M., *Les obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Coll. Thémis Droit, 4ème éd., 2016.

- FAGES B., *Droit des obligations*, 8ème éd., LGDJ, 2018.

- FAVOREU V. L., *Droit des libertés fondamentales,* 7ème éd., Précis Dalloz, 2015.

- FERRIER D. et N., *Droit de la distribution,* LexisNexis, 8ème éd, 2017.

- FLOUR F., JAUBERT J.-L., SAVAUX E., *Droit civil, Les obligations : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, t. 1, L'acte juridique, 15ème éd., Sirey, 2012.

- FRISON-ROCHE M.-A. et PAYET M.-S., *Droit de la concurrence*, 2ème éd., Précis Dalloz, 2019.

- GAUDEMET E., *Théorie générale des Obligations*, publié par H. Desbois et J. Gaudemet, Sirey, 1937 (Reprint 1965).

- GAUDEMET Y., *Droit administratif,* 22ème éd., LGDJ, 2018.

- GHESTIN J. et GOUBEAUX G., *Droit civil : introduction*, 5ème éd. LGDJ, 2018.

- GIRARD P.-F., *Manuel élémentaire de droit romain*, 8ème éd., Dalloz, 2003.

- HOUTCIEFF D., *Droit des contrats,* 4ème éd., Larcier, 2018.

- JAMIN C. et BILLIAU M., *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3ème éd., LGDJ, 2001.

- JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français*, t. 1, Paris, Sirey, 1930.

- LAURENT F., *Principes de droit civil*, t. 4, Bruylant, 1875.

- LE TOURNEAU PH., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 11ème éd., Dalloz, 2017.

- LECLERC F., *Droit des contrats spéciaux*, 2ème éd., LGDJ, 2012.

- LEGEAIS D., *Droit commercial et des affaires*, 25ème éd., Sirey U, 2018.

- LEPOINTE G. et MONIER R., *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris Sirey, 1954.

- LEQUETTE Y., TERRÉ F., CAPITANT H., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, 13ème éd., Dalloz, 2015.

- MALAURIE PH., AYNÈS L., GAUTIER P.-Y., *Droit des contrats spéciaux,* 10ème éd., LGDJ, 2018.

- MALINVAUD P., FENOUILLET D. et MEKKI M., *Droit des obligations*, 14ème édition, LexisNexis, 2017.

- MARTY G. ET RAYNAUD P., *Traité de droit civil, Les obligations*, t. 1, Les sources, 2ème éd., Sirey, 1988.

- MAZEAUD H. L., MAZEAUD J. et CHABAS F., *Leçons de droit civil, Obligations*, 9ème éd. Montchrestien, 1998.

- MERLE PH., *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 22ème éd., Précis Dalloz, 2018.

- MORAND-DEVILLIER J., *Droit administratif*, Montchrestien, 15ème éd., 2017.

- PESKINE E. et WOLMARK C., *Droit du travail,* 12ème éd., Dalloz, Hypercours, 2019.

- PICOD Y., *Droit de la consommation*, 4ème éd., Dalloz, Coll. Sirey Université, 2018.

- PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 2ème éd, Pichon, 1902.

- PORSHY-SIMON S., *Les obligations*, 11ème éd., Dallloz, Hypercours, 2018.

- RENAULT-BRAHINSKY C., *Droit des obligations,* 15ème éd., Gualino, 2018.

- RIPERT G. et BOULANGER J., *Traité de droit civil,* t. 2, LGDJ, 1956.

- SAUPHANOR-BROUILLAUD N. et *alii*, *Les contrats de la consommation - Règles communes, 2ème* éd., LGDJ, Coll. Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, 2018.

- SÉRIAUX A., *Manuel de droit des obligations*, 3ème éd., PUF, Coll. Droit fondamental, 2018.

- SERRA Y., *Le droit français de la concurrence*, Dalloz, 1993.

- TERRÉ F., SIMLER PH., LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, 11ème éd., Dalloz, 2013.

- ZENATI F. et REVET T., *Cours de droit civil, Contrats,* PUF, coll. Droit fondamental, 2014.

II.- OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES, THÈSES

- ALBIGÈS C., *De l'équité en droit privé,* th. Montpellier, LGDJ, 2000, Préf. R. Cabrillac.

- AMIEL-DONAT A., *Les clauses de non-concurrence en droit du travail,* Litec, 1988.

- ANCEL P., FAUVARQUE-COSSON (B.), et GEST (J.), *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Essai, Dalloz, 2017.

- ANTONMATTEI P.-H., *Contribution à l'étude de la force majeure,* th. Montpellier, LGDJ, 1992.

- AUVERNY-BENNETOT J., *La théorie de l'imprévision*, th. Paris, 1938.

- AYNÈS L., *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, th. Paris 2, Économica, 1984.

- BAHANS (J.-M.), *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, th. Bordeaux, 1998,

- BALAT N., *Essai sur le droit commun,* th. Paris II, LGDJ, 2016.

- BARBIER H., *Libre propos sur la réforme du droit des contrats, Analyse des principales innovations de l'Ordonnance du 10 février 2016*, LexisNexis, 2016.

- BÉLANGER L., *La condition de survie et l'acte juridique,* th. Bordeaux, LGDJ, 2007, Préf. Ph. Delmas Saint-Hilaire.

- BÉNABENT A., *Rapport français de la bonne foi dans l'exécution du contrat*, Travaux Assoc. H. Capitant, Tome XLIII, Litec, 1992, p. 291

- BERENGER F., *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?,* th. Aix-Marseille, PUAM, 2007, Préf. C. Atias.

- BÉRENGER F., *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?,* th. Aix-en-Provence, PUAM, 2007.

- BERLIOZ G., *Le contrat d'adhésion,* th., Paris, LGDJ, 1973.

- BLÉRY C., *L'efficacité substantielle des jugements civils,* th. Caen, LGDJ, 2000, Préf. P. Mayer.

- BOUDOT M., *Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine, in* La théorie des nullités, M. Boudot et M. Vecchi (dir.), LGDJ, 2008.

- BOYER G., *Recherche historique sur la résolution des contrats*, th. Toulouse, 1924.

- BOYER Y., *L'obligation de renseignement dans la formation du contrat*, th. Aix-en-Provence, 1977.

- BROS S., *L'interdépendance contractuelle,* th. Paris II, 2001.

- BRUZIN A., *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle,* th. Bordeaux, 1922.

- BUCHER C.-E., *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, Étude de droit comparé interne,* th. Paris 2, Dalloz, 2011, Préf. L. Leveneur.

- C. JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in* Le contrat au début du XXe siècle, études offertes à Jacques Ghestin, G. GOUBEAUX (dir.), Paris, LGDJ, 2001, p. 441.

- CAPITANT H., *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, 1924, réédition La mémoire du droit, Coll. de la Faculté de Jean Monnet, 2012.

- CARBONNIER J., *La part du droit dans l'angoisse contemporaine*, *in* Flexible droit, LGDJ, 9ème éd. 1998.

- CARBONNIER J., *La pulvérisation du droit en droits subjectifs in Droit et passion du droit sous la Ve République,* Flammarion, 1996.

- CARTWRIGHT J., VOGENAUER S., WHITTAKER S., *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Société de législation comparée, 2009.

- CARVAL, S. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée,* th. Paris 1, LGDJ, 1995, préf. G. Viney.

- CERMOLACE A., *Cause et exécution du contrat,* th. Aix-Marseille, PUAM, 2001.

- CHABAS C., *L'inexécution licite du contrat,* th. Paris, LGDJ, 2002, Préf. D. MAZEAUD.

- CHAGNY M., *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, th. Paris 1, Dalloz, 2004, Préf. J. GHESTIN.

- CHANTEPIE G. et LATINA M., *La réforme du droit des contrats*, Commentaire théorique et pratique, Dalloz, 2016.

- CHANTEPIE G., *La lésion*, th. Paris 1, LGDJ, 2006, préf. G. Viney.

- CHASSAGNARD-PINET S. et HIEZ D., *Approche critique de la contractualisation,* LGDJ, 2007.

- CHÉNEDÉ F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2016.

- CHERIGNY F., *La révision judiciaire des conventions en droit privé français*, th. Poitiers, 1994.

- CHEVRIER (G.), *Essai sur l'histoire de la cause des obligations*, th. Paris, 1929.

- CORGAS-BERNARD C., *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée,* th. Rennes, PUAM, 2006, Préf. C. JAMIN.

- DABOSVILLE B., *L'information du salarié*, Dalloz, 2013.

- DADOUN A., *La nullité du contrat et le droit pénal*, th. Cergy-Pontoise, LGDJ, 2011, préf. Y.-M. Serinet.

- DARMAISIN S., *Le contrat moral,* th. Paris II, LGDJ, 2000, Préf. B. Teyssié.

- DE BOIS-JUZAN (G.), *De la cause en droit français*, th., Bordeaux, Imprimeries Delmas, 1939.

- DE LA ASUNCION PLANÈS K., *La réfaction du contrat,* th. Perpignan, LGDJ, 2006, Préf. Y. Picod.

- DE MESMAY H., *La nature juridique de la lésion en droit civil français,* th. Paris II, 1980.

- DEJEAN DE LA BÂTIE N., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français,* LGDJ, 1965, Préf. H. MAZEAUD.

- DEMOGUE R., *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, rééd. La mémoire du Droit, 2001.

- DESHAYES O., GENICON T., LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par articl*e, LexisNexis, 2016.

- DISSAUX N. et JAMIN C., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil, Dalloz, 2017.

- DO V.-D., *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français,* th. Aix-Marseille, PUAM, 2004, Préf. J. Mestre.

- DOLLAT J., *Les contrats d'adhésion,* th. Paris, Larose et Tenin, 1905.

- DORANDEU N., *Le dommage concurrentiel,* th. Perpignan, éd. PUP, 2000, Préf. Y. Serra.

- DRAPIER S.*, Les contrats imparfaits*, th. Nancy, PUAM, 2001, Préf. G. Goubeaux.

- DROGOUL F.*, Essai d'une théorie générale des nullités, Étude de droit civil,* Rousseau, 1902.

- DUPEYRON C., *La régularisation des actes nuls*, th. toulouse, LGDJ, 1973, Préf. P. Hébraud.

- DUPEYROUX J.-J., *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, th. Toulouse, 1955

- DURAND P. et *alii*, *La Tendance à la stabilité du rapport contractuel : études de droit privé,* LGDJ, 1960.

- ESMEIN P., *Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits*, 1914, Librairie de la société du Recueil Sirey.

- EL-GAMMAL M., *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*, th. Paris, LDGJ, 1967.

- ESMEIN A., *Le serment promissoire dans le droit canonique*, éd. L. Larose et Forcel, Paris 1888.

- FABRE-MAGNAN M., *Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats,* th. Paris, LGDJ, 1992, Préf. J. Ghestin.

- FAGES B., *Le comportement du contractant,* th. Aix-Marseille, PUAM, 1997.

- FARJAT G., *L'ordre public économique,* Paris, LGDJ, 1963.

- FIN-LANGER L., *L'équilibre contractuel*, th. Orléans, LGDJ, 2002, Préf. C. Thibierge.

- FORRAY V., *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat,* th. Chambéry, LGDJ, 2007, Préf. G. Pignarre.

- FOULON J., *Le caractère provisoire de la notion d'imprévision*, th. Paris, 1938.

- FRANÇOIS C., *L'acte juridique irrégulier efficace,* th. Paris 1, 2017.

- FRELETEAU B.*, Devoir et incombance en matière contractuelle*, th. Bordeaux, LGDJ, 2017, Préf. L. Sautonie-Laguionie.

- FYOT L., *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision à l'égard des contrats portant sur des objets autres qu'une somme d'argent*, th. Dijon, 1921.

- GANNAGÉ L., *La hiérarchie des normes et les méthodes de droit international privé, Étude de droit international privé de la famille,* th. Paris, LGDJ, 2001, Préf. Y. Lequette.

- GAUDEMET S., La clause réputée non écrite, th. Paris, Économica, Recherches juridiques, 2006, Préf. Y. Lequette, n° 56, p. 34.

- GAUTHIER W., *La rémunération du travail salarié,* th. Bordeaux, 2016.

- GENICON T., *La résolution du contrat pour inexécution,* th. Paris II, LDGJ, 2007, Préf. L. Leveneur.

- GÉNY F.*, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* t. II, Paris, LGDJ, 1996.

- GÉNY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique,* t. 2, 1ère éd., 1919, LGDJ, Réédition 2016.

- GHESTIN J., *Cause de l'engagement et validité du contrat,* LGDJ, 2006, Hors collection.

- GHESTIN J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel,* LGDJ, 1963, Préf. J. BOULANGER.

- GHOZI A., *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, th. paris II, LGDJ, 1980.

- GOLDIE-GENICON C., *Contribution à l'étude entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* th. Paris, LGDJ, 2009, Préf. Y. Lequette.

- GOMY M., *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence,* th. Perpignan, PUP, 2000, Préf. Y. Serra.

- GOUNOT E., *Le principe de la volonté en droit privé : Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon, éd. Arthur Rousseau, 1912.

- GOUT O., *Le juge et l'annulation du contrat,* th. Saint-Étienne, PUAM, 1999.

- GROSSER P., *Les remèdes de l'inexécution du contrat*, *Essai de classification*, th. Paris 1, 2000.

- GRYNBAUM L., *Le contrat contingent : l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur,* th. Paris II, LGDJ, 2004, Préf. M. Gobert.

- GUELFUCCI-THIBIERGE C., *Nullité, restitutions, et responsabilité*, th. Paris, LGDJ, 1992, Préf. J. Ghestin.

- HAUSER J., Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, th. Paris, 1971.

- JABBOUR R., *La bonne foi dans l'exécution du contrat,* th. Paris 1, LGDJ, 2016, Préf. L. Aynès.

- JACQUES P., *Regards sur l'article 1135 du Code civil,* th. Paris XII, Dalloz, 2005, Préf. F. Chabas.

- JAMIN C., *Le renouveau des sanctions contractuelles : pot-pourri introductif*, *in* Le renouveau des sanctions contractuelles, F. COLLART et C. COULON (dir.), Economica, 2007, n° 27, p. 22.

- JAPIOT R., *Des nullités en matière d'actes juridiques*, th., Dijon, 1909.

- JARROSSON C., *Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation*,

in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PUAM, 1990, p. 141.

- JEAMMAUD A., *Des oppositions de normes en droit privé interne,* th. Lyon III, éd. de l'A.G.E.L., 1975.

- KARIMI A., *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit,* th. Strasbourg, LGDJ, 2001.

- KERHUEL A.-J., *L'efficience stratégique du contrat d'affaires : un champ d'action de la liberté contractuelle*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2010, Préf. J. Mestre.

- KHAN R., *La notion d'aléa dans les contrats*, th. Paris, 1924.

- LABARTHE F., *La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service, in* Libre propos sur la réforme du droit des contrats, LexisNexis, 2016.

- LABROT E., *L'imprévision, Étude comparée droit public-droit privé des contrats*, th. Toulouse, L'Harmattan, 2016, Préf. F. Fraysse.

- LAGARDE X., *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, LGDJ, 1994.

- LAITHIER Y.-M., *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat,* th. Paris 1, LGDJ, 2004, Préf. H. MUIR-WATT.

- LAMOUREUX M., *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants,* th. Aix-Marseille, PUAM, 2006, Préf. J. Mestre.

- LANZANRA D., *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle,* th. Nice, LGDJ, 2017, Préf. Y. Strickler.

- LARRIBAU-TERNEYRE V., PELLÉ S., *Quel renouveau pour le droit des contrats ?*, PUPPA, 2016.

- LAVEFVE LABORDERIE A.-S., *La pérennité contractuelle,* th. Orléans, LGDJ, 2005, Préf. C. Thibierge.

- LE GAC-PECH S., *La proportionnalité en droit privé des contrats,* th. Paris XI, LGDJ, 2000, Préf. H. Muir-Watt.

- LECLERC F., *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux : étude de conflits de lois*, th. Stasbourg, éd. Bruylant, 1995.

- LEPELTIER E., *La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations,* th. Caen, Dalloz, 1934.

- LONIS-APOKOURASTOS V., *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature,* Aix-Marseille, PUAM, 2003, Préf. J. Mestre.

- LOKIEC P., *Contrat et pouvoir*, *Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, th. Paris X, LGDJ, 2004.

- LORENS F., *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics, Contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif*, th. Toulouse, LGDJ, 1980.

- MAGNAN DE BORNIER J., *Essai sur la théorie de l'imprévision*, th. Montpellier, 1924.

- MAINGUY D., *Contrats spéciaux,* Dalloz, 11ème éd., 2018.

- MAINGUY D., *Le contractant, personne de bonne foi ?, in* C. ALBIGÈS et E. NÉGRON (dir.), La réforme du droit des contrats et des obligations, Publications de la faculté de droit de Montpellier, 2015.

- MALAURIE-VIGNAL M., *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, 7ème éd., 2017.

- MALAURIE-VIGNAL M., *Droit de la distribution,* Sirey, 4ème éd., 2017.

- MARGO B., *Lésion « a posteriori » et imprévision dans les contrats*, th. Paris, 1949.

- MARTINON A., *La cause au temps de la construction du contrat de travail, in* La cause en droit du travail, B. Teyssié (dir.), éd. Panthéon-Assas, 2013.

- MAURIN L., *Contrat et droits fondamentaux*, th. Aix-Marseille, LGDJ, 2013, Préf. E. Putman.

- MAURY J., *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, th. Toulouse, 1920.

- MAZEAUD D., *La notion de clause pénale,* th. Paris XII, LGDJ, 1992, Préf. F. Chabas.

- MAZEAUD D., *L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux, in* Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Dalloz, 2005, p. 73.

- MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, th. Paris, LGDJ, 2004, Préf. J. Ghestin.

- MOORE B., *La théorie des sources des obligations : courte histoire d'une valse-hésitation*, Revue Juridique Thémis 274, 2002.

- MONTAGNE H., *De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements en matière civile*, 1912, Limoges, Imprimerie P. Dumont.

- MOUIAL-BASSILAN E., *Du renouveau de la cause en droit des contrats*, th. Nice, 2003.

- MOULY-GUILLEMAUD C., *Retour sur l'article 135 du Code civil, une nouvelle source du contenu contractuel*, th. Montpellier, LGDJ, 2006, Préf. D. Ferrier.

- NAJJAR I., *Le droit d'option : contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. Paris, LGDJ, 1967.

- OUDIN M., *L'exécution du contrat en bon père de famille,* th. Tours, 2000.

- OUELHAZI R., *Le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat*, th. Strasbourg, 1997.

- OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES C., *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. Paris II, Dalloz, 2002, Préf. Y. Lequette.

- PANCRAZI-TIAN M.-E., *La protection judiciaire du lien contractuel*, th. Aix-Marseille, PUAM, 1996, Préf. J. Mestre.

- PARAISO F., *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle,* th. Aix-Marseille, PUAM, 2011, Préf. C. Atias.

- PÉDAMON M., *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, Coll. Droit des affaires, 2ème éd. 2004.

- PELLÉ S., *La notion d'interdépendance contractuelle*, Dalloz, 2007, Préf. J. Foyer.

- PERELMAN CH., *Les antinomies en droit, Essai de synthèse,* éd. du Griffon, 1964.

- PERELMAN CH., *Logique juridique, Nouvelle rhétorique,* 2ème éd., Dalloz,

1979, reprint Dalloz, 1999.

- PERROT R., *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques,* th. Paris, 1947.

- PIAZZON T., *La sécurité juridique*, th. Paris II, Defrénois, 2009.

- PICHON, *Des contrats d'adhésion, Leur interprétation et leur nature,* th. Lyon, éd. La Revue judiciaire, 1912.

- PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. Dijon, LGDJ, 1989, Préf. G. Couturier.

- PICOD Y. et MAZEAUD D. (dir.), *La violence économique à l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique*, Journées nationales H. Capitant, t. XXI, Perpignan, Dalloz, 2017.

- PIETTE G., *La correction du contrat*, th. Aix Marseille, PUAM, 2004, M. Menjucq

- PINNA A., *La mesure du préjudice contractuel,* th. Paris II, LGDJ, 2007, Préf. P.-Y. Gauthier.

- POPINEAU-DEHAULLON C., *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Étude comparative*, th. Paris II, LGDJ, 2008, Préf. M. Goré.

- RANOUIL V., *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Préf. J.-P. Levy, Paris, PUF, 1980.

- RASCHEL E., *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, th. Poitiers, LGDJ, 2014, Préf. M. Danti-Juan et R.-N. Schütz.

- RAYNAUD P., *La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs, Étude de droit contemporain*, Sirey, 1959.

- REICH N., *L'information des consommateurs, condition de la transparence du marché, in* Y. SERRA et J. CALAIS-AULOY (dir.), Concurrence et consommation, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, p. 23.

- RÉMY-CORLAY P. et FENOUILLET D. (dir.), Les concepts contractuels français à l'heure des Principes européens du droit des contrats, Dalloz, 2003.

- RIGALLE-DUMETZ C., *La résolution partielle du contrat,* th. Paris II, Dalloz, 2003.

- RIHM I., *L'erreur dans la déclaration de volonté, Contribution à l'étude du régime de l'erreur en droit français*, th. Strasbourg, PUAM, 2006, Préf. G. Wiederkehr.

- RIPERT G., *L'ordre économique et la liberté contractuelle, in* Études offertes à F. Geny, 1933, p. 347.

- ROCHFELD J., *Cause et type de contrat*, th. Paris I, LGDJ, 1999.

- ROUBIER P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963.

- ROUJOU DE BOUBÉE M.-E., *Essai sur la notion de réparation,* th. Toulouse, LGDJ, 1974, Préf. P. Hébraud.

- ROUSSIER J., *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Église*, Paris, 1933.

- RZEPECKI N., *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, th. Strasbourg, PUAM, 2002, Préf. G. Wiederkehr.

- SAINTOURENS B., *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, th. Bordeaux, 1986.

- SALEILLES R., *De la déclaration de volonté : Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, Pichon, 1901.

- SAVATIER J., *La théorie de l'imprévision dans les contrats, in* Études de droit contemporain, Contributions françaises aux IIIe et Ive Congrès internationaux de droit comparé, Préf. L. Julliot de la Morandière, Sirey, 1959, t. 2.

- SERINET Y.-M., *Les régimes comparés des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente*, th. Paris 1, 1996.

- SERRA Y., *L'obligation de non concurrence dans le droit des contrats*, Bibl. dr. com., Sirey, 1970, t. 23.

- SEUBE J.-B., *L'indivisibilité et les actes juridiques,* Litec, 1999, Préf. R. Cabrillac.

- SIMLER PH, *La nullité partielle des actes juridiques*, th. Strasbourg, LGDJ, 1969, Préf. A. Weil.

- SIMLER PH., *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, LexisNexis, 2016.

- SOULEAU I., *La prévisibilité du dommage contractuel*, th. Paris 2, 1979.

- STOFFEL-MUNCK PH., *L'abus dans les contrats : essai d'une théorie*, th. Aix Marseille, LGDJ, 2000, Préf. R. Bout.

- STOFFEL-MUNCK PH., *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, avant-propos A. Sériaux, Préf. R. bout, PUAM, 1994.

- STOYANOVITCH C., *De l'intervention du juge dans le contrat en cas de survenance de circonstances imprévues, Théorie de l'imprévision*, th. Aix-Marseille, 1941.

- SUPIOT A., *La contribution du droit social au droit commun des contrats, in* Le Code civil entre ius commune et droit privé, A. Wijffels (dir.), Bruylant, 2005, p. 47.

- TEXIER M., *La désorganisation, Contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise,* th. Perpignan, PUP, 2006, Préf. Y. Picod.

- THIBIERGE L., *Le contrat face à l'imprévu,* th. Paris 1, Économica, 2011, Préf. . Aynès.

- THIOYE M., *Recherche sur la conception du prix dans les contrats,* th. Toulouse, PUAM, 2004, Préf. D. Tomasin.

- TISON R., *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français*, th. Paris, Domat-Montchrestien, 1931.

- TISSEYRE S., *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen,* th. Paris 1, PUAM, 2012, Préf. M. Fabre-Magnan.

- TRESCARTES E., *De l'erreur dans les actes juridiques et spécialement dans les contrats*, th. Aix-Marseille, 1908.

- VECCHI P.-M., *Catégories juridiques et faux amis : le système des nullités dans les codes civils italiens, in* La théorie des nullités, LGDJ, Université Poitiers, 2008

- VILEY M., *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969.

- VOIRIN P., *De l'imprévision dans les rapports de droit privé,* th. Nancy, 1922.

- VOUIN R., *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, th. Bordeaux, LGDJ, 1939.

- WICKER G., *Force obligatoire et contenu du contrat, in* Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats, Dalloz, 2003, p. 151.

- WITZ C. et RANIERI F. (dir.), *La réforme du droit allemand des obligations,* Société de législation comparée, 2004.

III. - COLLOQUES PUBLIÉS ET MÉLANGES

- ALBIGES A., *Le développement discret de la réfaction du contrat, in* Mélanges en l'honneur de Michel Cabrillac, Dalloz-Litec, 1999, p. 21.

- ANCEL P. et AUBERT G., *Introduction en forme de dialogue franco-suisse, in* L'abus de droit, Comparaison franco-suisse, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2001, p. 15-28.

- ANCEL P., *Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, Retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007, in* Mélanges en l'honneur de D. Tricot, Dalloz-Litec, 2011, p. 82.

- BAILLOD R., *À propos des clauses réputées non écrites*, *in* Mélanges L. BOYER, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 15-38.

- BEALE H., *L'abus de pouvoir dans les contrats de longue durée et les limites du droit des contrats, in* Études Sayag, Droit et vie des affaires, 1997, p. 117.

- DECOOPMAN N., *Droit du marché et droit des obligations,* Journées nationales, Lille, t. 1, Association Henri Capitant, LGDJ, 1996, p. 149.

- DEPREZ J., *Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français*, *in* Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles, Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la culture Française, 1964, p. 51.

- DESHAYES O., *Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles,* Colloque « Les prérogatives contractuelles », Paris, *in* RDC 2011, p. 526, n° 28.

- ESMEIN E., *L'obligation et la responsabilité contractuelle, in* Mélanges, G. RIPERT, 1950, t. 2, p. 101.

- GUEVEL D., *Propos introductifs*, *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, Colloque, RDC 2016/2, p. 352.

- HUET J., *Critique de la jurisprudence de l'Assemblée plénière sur l'indétermination du prix*, Mélanges en l'honneur d'Alain Sayag, Litec, 1997, p. 311.

- JESTAZ PH., *L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale, in* Mélanges Pierre raynaud, Dalloz-Sirey, 1985.

- LARRIBAU-TERNEYRE V., PELLÉ S., *Quel renouveau pour le droit des contrats ?*, PUPPA, 2016.

- LÉCUYER H., *Le contrat, acte de prévision, in* L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré, Dalloz, 1999, p. 643.

- MATHIEU B., *La sécurité juridique, un principe clandestin mais efficient*, Mélanges Gélard, Montchrestien, 1999, p. 301.

- MAZEAUD D., *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, *in* L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré, Paris, Dalloz, PUF et Juris-Classeur, 1999, p. 603.

- MAZEAUD D., *À propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les Principes d'Unidroit et de la Commission Lando*, Mélanges Michel Cabrillac, Paris, Litec, 1999, p. 205.

- MAZEAUD D., *La politique contractuelle de la Cour de cassation*, *in* Mélanges Jeztaz, 2006, p. 395-396.

- PICOD Y., *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque IDA Aix-en-Provence, 28 mai 1993, PUAM 1993, p. 57

- PICOD Y., *L'imprévision contractuelle*, Colloque : La réforme du droit des contrats, Montpellier, 1ère journée Cambacérès, 3 juillet 2015, Presse de la Faculté de droit de Montpellier, p. 165.

- PIGNARRE G. (dir.), *Le droit des obligations d'un siècle à l'autre, Dialogues autour de la réforme du titre III du livre II du Code civil*, Institut Universitaire Varenne, 2016, coll. Colloques et Essais.

- PUIG P., *Pour un droit commun spécial des contrats, in* Mélanges Jacques Foyer, Economica, 2007, p. 825.

- REVET T., *Une Philosophie générale ?, in* Réforme des contrats : quelles innovations ?, Colloque du 16 février 2016, RDC avril 2016, p. 9.

- REVET T., *La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat, in* L'unilatéralisme et le droit des obligations, Études juridiques, Paris, Economica, 1999, p. 44.

- SAUVÉ J.-M., *Principe d'égalité et droit de la non-discrimination,* Colloque organisé par le Défenseur des droits, 5 oct. 2015.

- SELINSKY V., *Les limites à la liberté de fixer le montant du prix, in* Mélanges C. Mouly, Litec, 1998, t. 2, p. 161.

- SERINET Y.-M.*, Le juge et l'illicéité du contrat, in* Le renouveau des sanctions contractuelles, F. COLLART DUTILLEUL et C. COULON (dir.), Economica, 2007.

- SIMLER PH., Colloque, Paris, 17 déc. 1996, *La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, RTD. com. 1997.1, p. 75.

- STOFFEL-MUNCK PH., *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, avant-propos A. Sériaux, Préf. R. bout, PUAM, 1994.

- SUPIOT A., *La contractualisation de la société, in* Qu'est-ce que l'humain ?, Y. Michaux (dir.), Travaux de l'université de tous les savoirs, vol. 2, Odile Jacob, 2000, p. 157.

- TALLON D., *La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé*, *in* Mélanges Sayag, 1997, p. 406.

- THUNIS X., *Une notion fuyante : l'obligation essentielle du contrat, in* Mélanges Marcel Fontaine, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 521

- VAN DIEVOET E. et G., *Le pouvoir du juge de réduire le salaire contractuellement fixé de l'agent d'affaires. Histoire d'une jurisprudence*, Mélanges J. Dabin, t. 2, p. 911.

IV.- ENCYCLOPÉDIES, RÉPERTOIRES ET DICTIONNAIRES

- ALLAN A. et RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

- ARNAUD A.-J., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit,* 1re éd., LGDJ, 2018.

- BOUTY C., Rép. pr. civ., V. *Chose jugée*, n° 49.

- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2018.

- FERRIER N., J.-Cl. Commercial, *Contrat de gérance et mandat*, fasc. 323.

- GUINCHARD S. et DEBARD T., *Lexique des termes juridiques 2018-2019,* Dalloz, 26ème éd., 2018.

- LE TOURNEAU PH. et POUMARÈDE M., V. *Bonne foi, in* Répertoire droit civil, Dalloz, janv. 2017.

- MAINGUY D., *Conditions générales de vente et contrats-types,* J.-Cl. Cont. Distr., Fasc. 60, n° 1.

- MOURALIS J.-L., V. *Imprévision*, Rép. Civ., Dalloz.

- PETIT B. et ROUXEL S., *Contrats et obligations*, JurisClasseur civil, Art. 1137 à 1139, Le dol.

- PICOD Y., *Exécution de bonne foi des conventions*, J.-Cl. Civ., art. 1134 et 1135.

- PICOD Y. et ROBINNE S., V. *Concurrence (obligation de non concurrence),* Rép. trav., 2016.

- PICOD Y., *Contrats et obligations, Effet obligatoire des conventions, Exécution de bonne foi des conventions*, Jcl. civ., art. 1134 et 1135, fasc. Unique.

- PICOD Y., *Effet obligatoire des conventions, Exécution de bonne foi des conventions*, Jcl civ. Art. 1134 et. 1135, fasc. unique, 2017.

- ROCHFELD J., V. *Cause*, *in* Répertoire de droit civil, Dalloz, 2016.

- ROLAND H et BOYER L., *Adages du droit français*, 4ème éd., 1999, Litec, p. 631.

V.- ARTICLES, CHRONIQUES ET RAPPORTS

- AMARANI-MEKKI S., *La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée*, LPA 13 août 2002, p. 6.

- AMARO R., *Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation*, Contrats, conc. consom. 2014, étude n° 8.

- AMRANI-MEKKI S., *Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats,* Defrénois, 2002, p. 355.

- ANCEL P., *La force obligatoire, jusqu'où faut-il la défendre ?, in* La nouvelle crise du contrat.

- ANCEL P., *Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle,* Cah. dr. entr., 1998/6, p. 35.

- AUBERT DE VINCELLES C., *Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix*, D. 2006, chr., p. 2629, n° 29.

- AUGUET Y., *Au nom de la cause (...), vive la généralisation du critère de proportionnalité*, Dr. et patr., mars 2001, n° 91, p. 33.

- AUGUET Y., *La légitimité de la clause de non-concurrence en droit du travail,* LPA 1998, p. 14.

- AYNÈS L., *À propos de la force obligatoire du contrat*, RDC 2003, p. 323.

- AYNÈS L., *L'obligation de loyauté*, Arc. Phil. dr., 1999

- AYNÈS L., *La cause inutile et dangereuse*, *in* Réforme du droit des contrats, Le débat, Dr. et patr. oct. 2014, n° 240, p. 40.

- AYNÈS L., *Le contrat : loi des parties*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 17, Dossier « Loi et contrat », Mars 2005.

- AYNÈS L., *Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ?* D. 1993. Chron. 25.

- AYNÈS L., *L'imprévision en droit privé*, RTD com. 2005, p. 397.

- AYNÈS L., *Le contrat, loi des parties, in* Dossier : Loi et contrat, Cahiers du Conseil constitutionnel, Mars 2005, n° 17.

- BAHUREL C., *Clause de non-concurrence : refus d'une contrepartie financière réclamée au nom de la cause*, D. 2013. 2622.

- BAKOUCHE D., *La prétendue inconsistance de la distinction du dol principal et du dol incident*, JCP G 2012. 851.

- BALAT N., *Réforme du droit des contrats et les conflits entre droit commun et droit spécial ?* : D. 2015, p. 699.

- BARBIER H., *Droit transitoire et ordonnance du 10 février 2016 : la loi nouvelle non encore applicable considérée comme du droit souple*, RTD civ. 2017. 837.

- BARBIER H., *Réputer non écrit (suite et fin) : ni défaire ni refaire le contrat,* RTD civ. 2013. 837.

- BAZIN E., *La résolution unilatérale du contrat,* RRJ 2000-4, n° 29, p. 1398.

- BEHAR-TOUCHAIS M., *Le déséquilibre significatif dans le Code civil,* JCP 2016. 391.

- BEHAR-TOUCHAIS M., *Quand la théorie de l'imprévision entre par la petite porte : la clause de « hardship » imposée sous peine d'amende administrative*, RDC, 2013, p. 1431.

- BEHAR-TOUCHAIS M., *Un déséquilibre significatif à deux vitesses*, JCP G 2015, 603.

- BENILLOUCHE M., *La valeur primordiale du devoir de bonne foi en droit européen des contrats est-elle une originalité purement formelle ?,* LPA, 29 juill. 2004.

- BENTO DE CARVALHO L., *L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou statu* quo ?, RTD civ 2016. 258.

- BERNHEIM-DESVAUX S., *Pas de nullité sans texte ? L'exemple de l'obligation générale d'information précontractuelle du droit de la consommation*, RDC 2018, p. 122.

- BICHERON F., *N'abusons pas de la clause abusive,* Gaz. Pal. 30 avr. 2015, p. 24.

- BISSARA PH. , *L'intérêt social*, Rev. sociétés 1999, p. 5.

- BLANC N., *Le juge et les standards juridiques,* RDC/2, 2016, p. 394.

- BOFFA R., *Juste cause et injuste clause. Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats*, D. 2015. 335.

- BOFFA R., *Article 1108 : le contrat d'adhésion,* RDC 2015, p. 736.

- BOFFA R., *La validité du contrat,* Gaz. Pal. 30 avr. 2015, n° 120, p. 18.

- BORGHETTI J.-S., *La force obligatoire des contrats*, Dr. et patr. 2016, p. 68.

- BORIES A., *Résolution aux risques et périls du créancier,* AJ contrat 2017, p. 127.

- BOUTHINON-DUMAS H., *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision*, RID éco. 2001. 339.

- BRANDRAC M., *Liberté et responsabilité nouvelles après les arrêts de l'Assemblée plénière du 1er décembre 1995*, Cah. Dr. Entr., suppl. 5/1996, 14 nov. 1996, p. 38.

- BRUNET A. et GHOZI A., *La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat,* D. Chron. 1998. 1.

- BRUNETA. et GHOZI A., *La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat,* D. 1998. 1.

- BUY F., *Loi « Macron » : focus sur les clauses restrictives d'après-contrat,* D. 2015, p. 1902.

- CHABAS F., *Pouvoir créateur du juge,* RTD civ. 1993, p. 746.

- CHAGNY M., *Les contrats d'affaires à l'épreuve – des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif,* AJCA, Mars 2016, p. 113.

- CHANTEPIE G., *L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats,* AJ contrat 2016, p. 412.

- CHARLES T., *Rupture des relations commerciales établies : les associations concernées,* JA 2008, n° 371, p. 29.

- CHAZAL J.-P., *L'autonomie de la volonté et la « libre recherche scientifique »,* RDC, 2004, p. 621.

- CHAZAL J.-P., *La contrainte économique : violence ou lésion ?*, D. 2000, p. 879.

- CHÉNEDÉ F., *L'utilité de la cause de l'obligation en droit contemporain des contrats l'apport du droit administratif*, Contrats conc. cons., 2008, Étude n° 11.

- CHENEDÉ F., *Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats,* D. 2017, p. 2214.

- CHÉNEDÉ F., *L'équilibre contractuel dans le projet de réforme,* RDC 2015, p. 655.

- CHÉNEDÉ F., *Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2e partie),* RDC 2012, p. 1017.

- CHEVALIER J. : *Rapport général, in Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Travaux de l'Assoc. H. Capitant, t. XIV, 1962, p. 515.

- CHOISEZ S., *La contrepartie financière de la clause de non-concurrence d'un contrat de travail*, Dr. soc. 1993. 662.

- CLOSSET-MARCHAL G., *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Brussel Bruylant, 1983.

- CORBISIER I., *La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises*, RID comp. 1988, p. 769.

- DAMY G., *La clause de non-concurrence dans les relations de travail,* JCP E, 2008, p. 39.

- DELEBECQUE PH., *Le droit de rupture unilatérale du contrat : genèse et nature,* Dr. et patr. 2004, n° 126, p. 62.

- DELECQUE PH., *Article 1168 : clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat*, RDC 20153, p. 759.

- DELPECH X., *Financement par la vente de biens ou de services,* Juris Corpus Droit des associations et fondations Droit des associations et fondations, 2016, P.-H. DUTHEIL (dir.), Étude 30.

- DELPECH X., *Une nouvelle définition pour le non-professionnel*, AJ contrat 2017, p. 100.

- DELPECH X., *Vers une « réforme de la réforme » du droit des contrats au nom de la finance ?*, AJ contrat 2017, p. 352.

- DELPÉRIER J.-M., et DURAND-PASQUIER G., *L'équilibre du contrat*, JCP N, 2015. 1209.

- DEMOGUE R., *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale,* RTD civ. 1907. 246.

- DENIZOT A., *La réticence dolosive avant 1958,* RTD civ. 2015. 765.

- DESHAYES O., *La formation des contrats*, RDC 2016, Hors-série, p. 28.

- DESLAURIERS-GOULET C., *L'obligation essentielle dans le contrat*, Les Cahiers de Droit, vol. 55, n° 4, déc. 2014, p. 923-950.

- DISSAUX N., *L'essai en matière de franchise,* RTD com. 2015. 403.

- DOURNAUX F., *La réforme des vices du consentement,* Dr. et patr. n° 258, mai 2016, p. 57.

- DRAPIER S., *Réflexions sur la légitimité des lois de validation en matière contractuelle*, LPA, 9 fév. 2001, p. 4.

- FABRE R., *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, RTD civ. 1983. 1.

- FABRE-MAGNAN M., *Critique de la notion de contenu du contrat,* RDC, 2015, p. 639.

- FABRE-MAGNAN M., *La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail*, Sem. soc. Lamy 2016. 1715.

- FABRE-MAGNAN M., *Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme*, JCP G 2016, p. 706.

- FAGES B., *Autour de l'objet et de la cause*, RDC. 2006/1, p. 37.

- FAGES B., *Suppression en trompe l'œil ou vrai changement de système*, Lamy droit du contrat, n° 1019, Juil. 2017.

- FÉDOU J.-F., *Le juge et la révision du contrat,* RDC 2016/2, p. 382.

- FENOUILLET D., *Le juge et les clauses abusives,* RDC/2, 2016, p. 358.

- FERRIER D., *La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif,* D. 1991. Chron. 237.

- FIESCHI-VIVET P., *Clauses de non-réembauchage et indemnité compensatrice,* D. 1976, chron., p. 147.

- FONTAINE M., *Les clauses de Hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme,* DPCI, 1976, p. 32.

- FONTBRESSIN P., *La question de la détermination du prix,* JCP E, Cah. dr. entr., 1997, p. 20.

- FRISON-ROCHE A., *Va-t-on vers une acceptation unitaire de l'abus dans la fixation du prix ?*, Contrats, conc. consom., n° 92, Août-Sept. 1996.

- FRISON-ROCHE M.-A., *De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix*, RJDA 1996, p. 10.

- FRISON-ROCHE M.-A., *L'indétermination du prix,* RTD civ. 1992. 269.

- FRISON-ROCHE M.-A., *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats,* RTD civ. 1995, p. 573.

- GAUDEMET A., *Cession de droits sociaux : faut-il avoir peur de l'article 1195 du Code civil ?*, Éditorial, Bull. Joly Sociétés, déc. 2016, p. 685.

- GAUDEMET S., *Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil,* Contrats, conc. consom., 2016, dossier n° 5.

- GAUTHIER P.-Y., *La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat, in* Réforme du droit des contrats, Le débat, Dr. et patr. oct. 2014, p. 70.

- GENICON T., *Défense et illustration de la cause en droit des contrats*, D. 2015, 1551.

- GENICON T., *Contre l'introduction du « coût manifestement déraisonnable » comme exception à l'exécution forcée en nature, in* Réforme du droit des contrats, Le débat, Dr. et patr. oct. 2014, p. 63.

- GHESTIN J., *La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 37, 9 Septembre 2013.

- GHESTIN J. et LABARTHE F., *Observations générales (réforme)*, LPA, 4 sept. 2015, p. 17.

- GHESTIN J., *L'utile et le juste dans les contrats*, APD, 1981, p. 35.

- GHESTIN J., *Le contrat en tant qu'échange économique,* REI 2000, p. 81-100.

- GHESTIN J., *Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix*, D. 1193, chron. p. 251.

- GHOZI A. et LEQUETTE Y., *La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie*, D. 2008. 2609.

- GIJSBERS C., *La révision du prix,* RDC 2017, p. 564.

- GRELON B., *L'erreur dans les libéralités,* RTD civ., 1981, p. 288.

- GRIMALDI C., *Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots*, D. 2015. 814.

- GRIMALDI C., *Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats,* LPA, 2016, p. 6.

- GRIMALDI, C. *Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon…,* D. 2016, p. 1009.

- GROSSER P., *La résolution unilatérale : conditions et régime,* AJCA 2014, p. 72.

- GROSSER P., *Les sanctions de l'inexécution*, Dr. et patr. n° 258, mai 2016, p. 70.

- GUÉGUEN J.-M., Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle, D. 1999. 352.

- GUEVEL D., *Propos introductifs*, *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, Colloque, RDC 2016/2, p. 352.

- HONTEBEYRIE A., *1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance*, D. 2016, p. 2180.

- HOUCARD H., *Article 1218 : La force majeure contractuelle*, RDC 2015/3, p. 779.

- HOULIÉ S., Rapport sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, 29 novembre 2017.

- HUET J., *Des distinctions entre les obligations,* RDC 2006, p. 89.

- J.-R. BINET, *De la fausse cause,* RTD civ. 2004, 655

- JAMIN C. et MAZEAUD D., Coll. Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2003, p. 165.

- JAMIN C., *Demogue et son temps. Réflexions introductive sur son nihilisme juridique*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, vol. 56, 2006, p. 5.

- JAMIN C., *L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée*, D. 2001. 1568.

- JAMIN C., *Pour en finir avec la formation du contrat !, in* Numéro spécial : Le contrat, Liberté contractuelle et sécurité juridique, LPA, n° 54, 1998.

- JOURDAIN P., *Le devoir de se renseigner*, D. 1983. Chron. 139.

- KAMARA F., *La question de la détermination du prix*, JCP E, Cah. dr. entr., 1997, n° 3-4, p. 18.

- KULLKMANN J., *Remarques sur les clauses réputées non écrites,* D. 1993. 59.

- LABARTHE F., *La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service*, JCP 2016, éd. G, 642.

- LAFAURIE K., *Clauses abusives : l'articulation du dispositif du Code civil avec les textes spéciaux,* JCP. E n° 35, 2017, 1453.

- LAGARDE X., *Sur l'utilité de la théorie de la cause*, D. 2007, Chron. 740.

- LAGARDE X., *Questions autour de l'article 1171 du Code civil,* D. 2016, p. 2174.

- LAITHIER Y.-M., *L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire ?,* D. 2014. 33.

- LAITHIER Y.-M., *À propos de la réception du contrat relationnel en droit français*, D. 2006. Chron. 1003.

- LAITHIER Y.-M., *Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles*, JCP 25 mai 2015, suppl. au n° 21, p. 47.

- LAITHIER Y.-M., *Les sanctions de l'inexécution du contrat*, RDC hors série, avr. 2016, p. 39.

- LAMOUREUX M., *L'interprétation des contrats de consommation,* D. 2006. 2848.

- LARROUMET C., *La libéralité consentie par un concubin adultère*, D. 1999, chron. 351.

- LE BOURG J. et QUÉZEL-AMBRUNAZ CH., *Article 1221 : L'exécution forcée en nature des obligations*, RDC 2015, p 782.

- LE NABASQUE H., *L'imprévision et la cession de droits sociaux*, Bull. Joly Sociétés, Sept. 2016, p. 538.

- LE TOURNEAU P., *Les professionnels ont-ils du cœur ?*, D. 1990. Chron. 21.

- LE TOURNEAU PH., *De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil,* D. 1987. Chron. 101.

- LÉAUTÉ J., *Les contrats-types,* RTD civ. 1953. 429.

- LEBRET A.-S., *Les nullités revisitées,* AJ Contrat 2017, p. 12.

- LECLERC F., *Quel impact est susceptible d'avoir la réforme du droit des contrats sur les effets des contrats de distribution ? in* Contrats de distribution et réforme du droit des contrats : perspectives nouvelles (II), AJ Contrat, Mai 2017, p. 202.

- LEDUC F., *La détermination du prix, une exigence exceptionnelle ?,* JCP 1992.I.3631.

- LEVANO Y., *La prescription extinctive en droit allemand après la réforme du droit des obligations*, RIDC avril 2004.

- LEVENEUR L., *Une libéralité consentie pour maintenir une relation adultère peut-elle être valable ?*, JCP 199. I. 152.

- LEVENEUR L., *Présentation générale de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Contrats, conc. consom. 2016, Dossier 2.

- LOIR R., *Les nouvelles définitions du professionnel, du consommateur et... non-professionnel*, JCP E 2016. 1402.

- LOISEAU G., *À la rencontre du non-professionnel,* D. 2016. 1844.

- LOISEAU G., *De l'obligation naturelle à l'obligation civile : l'entremise de l'engagement par volonté unilatérale*, D. 2005, p. 1393.

- LOISEAU G., *Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats*, JCP S 2015. 1468.

- LOISEAU G., *Les vices du consentement*, Contrats, conc. consom. 2016, dossier 3, p. 16.

- MAINGUY D. et *alii, L'abus de droit dans les contrats,* Cah. dr. entr., 1998/6, p. 29.

- MAINGUY D., *Du « coût manifestement déraisonnable » à la reconnaissance d'un « droit d'option », in* Réforme du droit des contrats, Le débat, Dr. et patr. oct. 2014, p. 60.

- MAINGUY D., *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter,* RTD civ. 2004, p. 1.

- MAINGUY D., *Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats*, D. 2016. 1762 ;

- MANTILLA-ESPINOSA F., *L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision, Rapport colombien*, RDC 2010, p. 1047.

- MARTIN D. et BUGE G., *L'intérêt social dans le contentieux des ordonnances sur requête, en référé et en la forme des référés*, RTD com. 2010, p. 481.

- MATHIEU B., *Liberté contractuelle et sécurité juridique* : les oracles ambigus des sages de la rue Montpensier, LPA, 1997.

- MAURY J., *La lésion dans les contrats,* RCDI 1936.373.

- MAZEAUD D., *Le nouvel ordre contractuel,* RDC 2003. 295

- MAZEAUD D., *Clauses limitatives de réparation : la fin de la saga ?,* D. 2010. 1832.

- MAZEAUD D., *Constats sur le contrat, sa vie, son droit*, *in* Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique, LPA, 6 mai 1998.

- MAZEAUD D., *La cause pour que survive la cause en dépit de la réforme !*, Dr. et patr., n° 240, 1er octobre 2014.

- MAZEAUD D., *La mémoire du droit*, D. 2012 ; D. MAZEAUD, *La cause, in* Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, D. 2004, p. 451 s

- MAZEAUD D., *La révision du contrat,* Rapport français, LPA 30 juin 2005, p. 4.

- MAZEAUD D., *Proposition de modification de l'article 1185 du Code civil : l'exception de nullité,* RDC 2017, p. 184.

- MAZEAUD D., *in Droit des contrats, réforme à l'horizon*, D. 2014, p. 291

- MAZEAUD D., *L'unilatéralisme en matière de résolution du contrat, nouvel épisode,* D. 2001. 3239.

- MAZEAUD D., *L'attraction du droit de la consommation*, *in* Droit du marché et droit commun des obligations, RTD com. 1998, p. 95.

- MAZEAUD D., *L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats*, D. 2016. 2477.

- MAZEAUD D., *La réduction des obligations contractuelles, in Que reste-t-il de l'intangibilité contractuelle ?*, Dr. et patr., mars 1998, p. 58.

- MAZEAUD D., *La révision de l'indemnité d'immobilisation (ou la loi contractuelle à l'épreuve du protectionnisme du juge)*, JCP éd. N., 1992, p 113.

- MAZEAUD D., *Possibilité pour le juge de supprimer une clause pénale lorsque le créancier n'a subi aucun préjudice du fait de l'inexécution invoquée*, D. 1992. 365.

- MAZEAUD H., *Essai d'une classification des obligations*, RTD civ., 1936.

- MAZEAUD L., *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*, RTD civ. 1929. 17.

- MEKKI M., *Les remèdes à l'inexécution dans le projet de réforme du droit des obligations. Réponse à la consultation*, Gaz. Pal., 2015, p. 37.

- MEKKI M., *Droit des contrats, décembre 2016 - janvier 2018,* D. 2018. 371.

- MEKKI M., *Fiche pratique : l'exécution forcée « en nature », sauf si...,* Gaz. Pal. 5 juill. 2016, p. 16.

- MEKKI M., *Fiche pratique sur le contrat d'adhésion,* Gaz. Pal. 22 mars 2016.

- MEKKI M., *L'incidence de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? Les clauses*, Rev. Sociétés 2016, p. 563.

- MEKKI M., *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations,* D. 2016. 494.

- MEKKI M., *La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels*, RDC 2015.

- MEKKI M., *Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations*, D. 2015, chron., p. 816-825.

- MEKKI M., *La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, Une réforme de la réforme ?*, D. 2018. 900.

- MESTRE J. et FAGES B., *Résolution unilatérale d'un contrat : à quoi tient le comportement grave ?*, RTD civ. 2004. 89.

- MIGNOT M., *Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant reforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IV),* LPA, 22 mars 2016, p. 16.

- MOLFESSIS N., *Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique*, RTD civ. 2000, p. 189.

- MOLFESSIS N., *Amendements doctrinaux, in* Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Observations et propositions de modifications, JCP G, 2015, supplément au n° 21.

- MOLFESSIS N., *L'obligation naturelle devant la Cour de cassation : remarques sur un arrêt rendu par la première Chambre civile, le 10 octobre 1995,* D. 1997, Chron. 85.

- MOLFESSIS N., *La formation du contrat - Articles 1111 à 1129*, JCP G 2015, supplément au n° 21, p. 6.

- MOLFESSIS N., *Les exigences relatives au prix en droit des contrats,* LPA, 5 mai 2000, p. 41.

- MOLFESSIS N., *Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats*, JCP 2017. 1045.

- MORIN G., *La désagrégation de la théorie contractuelle du Code*, Arch. Philos., Dr. 1940, p. 19.

- MOULY J., *Du nouveau sur la nature juridique de la contrepartie financière des clauses de non-concurrence ?*, Dr. soc. 2014. 288.

- MOURY J., *La détermination du prix dans le nouveau droit commun des contrats,* D. 2016. 1013.

- NOURISSAT C., *La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien*, D. Affaires, 2000, Chron., p. 369.

- PAGNERRE Y., *Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail*, Droit social 2016. 727.

- PANSIER F.-J., *De la différence entre « clause nulle » et « clause réputée non écrite »*, CSB 2010, 221-A33.

- PELLET S., *Fixation unilatérale du prix : une prérogative bien obscure !,* LEDC 2016, n° 3, p. 5.

- PERES C., *La liberté contractuelle et le Conseil constitutionnel*, RDC, 1er oct. 2013, p. 1285.

- PERES C., *Observations sur l'absence de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats*, RDC 2015, p. 647.

- PERES C., *Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats*, JCP G 2016, p. 454.

- PÉROCHON F., *L'adieu aux cuves : à propos de la décision du Conseil de la concurrence du 29 septembre 1987*, Cah. dr. entr. 1987, p. 10.

- PICOD Y., Centre de droit de la concurrence Yves Serra, D. 2013, Chron. Concurrence, p. 2812.

- PICOD Y., *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat,* JCP G, 1988. I. 3318.

- PLANIOL, *Classification des sources des obligations*, Rev. crit. légis. et jur. 1904.

- POLLAUD-DULIAN P., *À propos de la sécurité juridique*, RTD civ. 2001, p. 487.

- PORACCHIA D. et MARTIN D., *Regard sur l'intérêt social*, Rev. sociétés 2012, p. 475.

- PORTALIS, *Écrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988.

- PUIG P., *L'autorité des rapports relatifs aux ordonnances*, RTD civ. 2017. 84.

- RADÉ C., *L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail*, Lexbase hebdo, éd. soc., 2016, n° 645.

- RADÉ C., *L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés,* JCP G 1997, I. 4009, p. 136.

- REMY-CORLAY P., *Exécution et réparation : deux concepts ?,* RDC 2005-1, p. 13 .

- REVET T., *Une Philosophie générale ?, in* Réforme des contrats : quelles innovations ?, Colloque du 16 février 2016, RDC avril 2016, p. 9.

- REVET T., *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés,* D. 2015, p. 1217.

- REVET T., *Les critères du contrat d'adhésion*, D. 2016, p. 1771.

- RIÉRA R., *La réforme du droit des contrats : l'impact sur la franchise,* AJ Contrats d'affaires, Concurrence, Distribution 2016, p. 20.

- ROBINNE S., *La clause de non-concurrence : bilan 5 ans après le tsunami*, Sem. soc. Lamy, suppl. au n° 1352, 5 mai 2008, p. 23.

- ROCHFELD J., *Au croisement du droit de la concurrence et du droit civil : l'avènement de la relation contractuelle*, RDC 2006, p. 1033.

- ROCHFELD J., *Les modes temporels d'exécution du contrat*, RDC 2004, p. 47.

- ROUSSEAU S. et TCHOTOURIAN I., *L'intérêt social en droit des sociétés*, Rev. sociétés 2009, p. 735.

- RUDDEN B., *Le juste et l'inefficace : pour un non-devoir de renseignements*, RTD civ. 1985.91.

- SAUPHANOR-BROUILLAUD N., *Observations sur le projet de réforme de droit des contrats*, LPA n° 31, 12 févr. 2009, p. 54.

- SAUVAGE F., *Principales incidences de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve de l'obligation sur le droit des libéralités,* AJ fam. 2016. 475.

- SAVAUX E., *Le contenu du contrat,* JCP G 2015, suppl. n° 21, p. 20.

- SCHMIDT J., *Le prix du contrat de fourniture,* D. 1985. Chron. 117.

- SERRA Y., *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, D. 1991, p. 160.

- SIRI R., *L'évolution des interprétations du principe de la force obligatoire du contrat de 1804 à l'heure présente*, RRJ-Droit prospectif 2008, p. 1346.

- STOFFEL-MUNCK PH., *La résolution par notification : questions en suspens, in* Réforme du droit des contrats, Le débat, Dr. et patr. oct. 2014, p. 67.

- STOFFEL-MUNCK PH., *Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale*, Dr et patr. 2004, n° 126, p. 70.

- STOFFEL-MUNCK PH., *Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale,* Dr. et patr. 2004, n° 126, p. 71.

- STOFFEL-MUNCK PH., *Les clauses abusives : on attendait Grouchy,* Dr. et patr. 2014, n° 240, p. 56 s.

- TOURNAFOND O., *Les mauvais penchants de la réforme du droit des contrats,* Dr. et Patr., 2015, n° 247.

- TOURNAFOND O. et TRICOIRE J.-PH., *Entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats,* RDI 2016. 606.

- TOURNAUX S., *Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail,* Dr. soc. 2016. 650.

- TUROT J., *La vraie nature de la garantie contre les changements de doctrine*, RJF 5/92, p. 37

- VIPREY R., *Vers une relative généralisation du principe de l'imprévision en droit privé ?,* D. aff. 1997, n° 29, p. 918.

- VOGEL L., *Droit français de la concurrence*, 2006-2007, Lawlex.

- VOGEL L., *Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution*, D. 1995. 155.

- WALTER J.-B, *La clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties*, RRJDP 2011. 339.

VI.- NOTES, OBSERVATIONS, RAPPORTS ET CONCLUSIONS DE JURISPRUDENCE

Classement par juridiction et par ordre chronologique

Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-17.659, JCP E, 27 avril 2017, 1238, note R. LOIR ; Contrats conc. consom., Mai 2017, n° 98, p. 29, obs. N. MATHEY.

Cass. com. 25 janv. 2017, n° 15-23.547, Bull. n° 135, D. 2017. 481, note F. BUY ; D. 2017. 1075, Chron. S. TRÉARD ; AJ Contrat 2017. 132, obs. D. FERRÉ et R. PIHÉRY ; RTD civ. 2017. 383, obs. H. BARBIER ; RTD com. 2017. 593, obs. M. CHAGNY.

Cass. com., 6 déc. 2016, n° 15-12.981, AJ contrat 2017, p. 127, obs. A. BORIES.

Cass. soc., 5 oct. 2016, n° 15-22.730, D. 2016. 2070 et D. 2017. 840, obs. J. PORTA ; AJ Contrat 2017. 43, obs. Y. PICOD ; JCP E 2017. 1006, n° 13, obs. J.-B. SEUBE.

Cass. com. 6 sept. 2016, n° 14-27.085, D. 2016. 1812, obs. E. CHEVRIER ; 7 oct. 2014, n° 13-21.086, Bull. civ. IV, n° 143, à propos de l'art. L. 442-6, I, 5° ; D. 2014. 2329, note F. BUY, et 2015. 943, obs. D. FERRIER ; AJCA 2015. 86, obs. M. PONSARD ; RTD civ. 2015. 381, obs. H. BARBIER ; RTD com. 2015. 144, obs. B. BOULOC.

Cass. civ. 1ère, 15 juin 2016, n° 15-17.369, D. 2016. 1844, note G. LOISEAU, D. 2017. 539, note H. AUBRY.

Cass. soc. 25 mai 2016, n° 14-20.578, D. 2016. 2484, obs. S. ROBINNE, Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Dr. soc. 2016. 650, S. TOURNAUX ; D. 2017. 840, P. LOKIEC et J. PORTA ; Dr. soc. 2016. 773, note J. MOULY ; Rev. trav. 2016. 557, note L. BENTO DE CARVALHO.

Cass. com., 16 févr. 2016, n° 14-25.146, D. 2016. 476, D. 2017. 375, M. MEKKI, D. 2017. 539, note H. AUBRY.

Cass. soc., 2 déc. 2015, n° 14-19.029, Lexbase hebdo, éd. soc., 2015, n° 637, note C. RADÉ ; D. 2015. 2568 ; D. 2016. 807, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; Dr. soc. 2016. 187, obs. J. MOULY ; RTD civ. 2016. 98, obs. H. BARBIER ; Dr. soc. 2016. 650, S. TOURNAUX.

Cass. civ. 1ère, 25 nov. 2015, FS-P+B+I, n° 14-21.873, Dalloz actualité, 3 déc. 2015 obs. Y. ROUQUET.

Cass. com. 20 oct. 2015, n° 14-20.416, CCC 2016. Somm. 3, note L. LEVENEUR ; Gaz. Pal. 2 févr. 2016, p. 26, note D. MAZEAUD ; JT 2016, n° 182, p. 13, obs. X. DELPECH.

Cass. com. 3 mars 2015, n° 14-10.907, D. 2015. 996, chron. S. TRÉARD, et 2016. 964, obs. D. FERRIER ; RTD com. 2015. 486, et 2016. 81, obs. M. CHAGNY.

Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, Eurauchan c/ Ministre, AJCA 2015. 218, note G. CHANTEPIE ; D. 2015. 1021, note F. BUY ; JCP E 2015, 1207, note S. LE GAC-PECH ; LEDC 2015/5, 50, obs. N. LEBLOND ; RDC 2015. 523, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS ; RTD com. 2015. 486, obs. M. CHAGNY.

Cass. Soc., 21 janv. 2015, n° 13-24.471, D. 2015. 271 ; D. 2013. 829, obs. J. PORTA et P. LOKIEC ; D. 2013. 2526, obs. S. ROBINNE, Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Dr. soc. 2015. 206, chron. S. TOURNAUX.

Cass. civ. 1re, 18 déc. 2014, n° 13-25.095 ; PH. LE TOURNEAU, *La rupture des négociations*, RTD com. 1998. 479.

Cass. com., 24 oct. 2013, n° 12-21.089, Bull. civ. IV, n° 138 ; D. 2013, 2819 s. obs. N. DORANDEU ; Contrats Conc. Consom. 2013, n° 267, obs. N. MATHEY ; Procédures 2014, chron. 1, B. RUY ; RDC 2014, 84, obs. C. PELLETIER.

Cass. com., 8 oct. 2013, n° 12-25.984, Rev. sociétés, 2014, p. 102, note J.-F. BARBIÉRI ; Dr. sociétés 2014, n° 2, note R. MORTIER ; BJS 2014, p. 17, note B. SAINTOURENS.

Cass. civ., 1ère, 2 oct. 2013, n° 12-22.846, D. 2013. 2622, note C. BAHUREL ; D. 2013. 2812, obs. Y. PICOD, Centre de droit de la concurrence Yves Serra.

Cass. civ. 3ème, 27 mars 2013, n° 12-13.734, D. 2013. 910, et 2014. 1221, obs. N. DAMAS ; AJDI 2014. 203, obs. G. MAIRE ; RTD civ. 2013. 603, obs. H. BARBIER ; RDC 2013. 890, obs. T. GENICON, et 903, obs. G. VINEY.

Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-21.150, Bull. civ. V, n° 72 ; D. 2013. 778 ; D. 2013. 2812, obs. S. ROBINNE, Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Dr. soc. 2013. 455, obs. J. MOULY ; Dr. soc. 2013. 576, chron. S. TOURNAUX ; RDT 2013. 326, obs. A. CHARBONNEAU.

Cass. soc., 9 janv. 2013, n° 11-26.418, D. 2013. 924 et D. 2013. 2812, obs. S. ROBINNE, Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; D. 2014. 893, obs. D. FERRIER ; Dr. soc. 2013. 558, obs. M. POUMARÈDE.

Cass. soc., 28 nov. 2012, n° 11-17.941, QPC, D. 2012. 2899 ; D. 2013. 2812, obs. S. ROBINNE, Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Dr. soc. 2013. 173, obs. J. MOULY ; Dr. soc. 2013. 362, chron. G. DUMORTIER, P. FLORÈS, A. LALLET et Y. STRUILLOU ; RDT 2013. 269, obs. M. SCAGLIA ; Constitutions 2013. 78, obs. C. RADÉ et P. GERVIER.

Cass. com., 10 juill. 2012, n° 11-21.954 ; RDC 2013/1, p. 91, note O. DESHAYES ; JCP G 2012, I, 1151, obs. J. GHESTIN, et 1152, M. NUSSENBAUM ; LPA 11 oct. 2012, p. 17, obs. D. HOUTCIEFF ; Rev. Lamy dr. civ. 2012, p. 12, obs. C. LE GALLOU ; RTD civ. 2012, p. 725, obs. B. FAGES et p. 732, obs. P. JOURDAIN ; Bull. Joly Sociétés 2012, p. 767, note PH. STOFFEL-MUNCK ; D. 2012, p. 2772, note M. CAFFIN-MOI ; D. 2013, p. 391, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; Rev. sociétés 2012, p. 686, note B. FAGES ; RTD civ. 2012, 725, obs. B. FAGES.

Cass. soc. 16 mai 2012, n° 11-10.760, D. 2013. 1026, note P. LOKIEC ; Dr. soc. 2012. 784, note C. RADÉ ; JCP S 2012. 1329, note G. LOISEAU ; D. 2012. 2760, obs. S. ROBINNE, Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; RDT 2012. 488, obs. B. GÉNIAUT.

Cass. com. 31 janv. 2012, n° 11-11.071, D. 2012. 501, obs. E. CHEVRIER ; D. 2012. 2762, obs. M. GOMY, Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Contrats conc. cons. 2012. Comm. 83, obs. L. LEVENEUR.

Cass. soc., 12 oct. 2011, n° 09-43.155, JCP S 2012, 1005, note J.-F. CESARO ; D. 2012. 2760, obs. S. ROBINNE, Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Dr. soc. 2012. 198, obs. J. MOULY ; D. 2012. 2622, obs. P. LOKIEC.

Cass. civ. 1ère, 23 juin 2011, n° 10-30.645, Dalloz actualité, 6 juill. 2011, obs. X. DELPECH, D. 2011. 2245, note S. TISSEYRE, D. 2012. 840, obs. H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; RTD com. 2011. 627, obs. B. BOULOC.

Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-13.824, Bull. civ. IV, n° 39 ; JCP E 2011, 1826, n° 5, obs. Fl. DEBOISSY et G. WICKER ; D. 2011. 1261, obs. B. INES, note Y. PICOD ; D. 2011. 2758, obs. J.-C. HALLOUIN, E. LAMAZEROLLES et A. RABREAU ; D. 2011. 2961, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; D. 2012. 901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; JCP E 2011, 1409, note A. COURET et B. DONDERO ; Rev. sociétés 2011. 620, note L. GODON ; RTD com. 2011. 361, obs. A. CONSTANTIN ; Lexbase, n° 9606BR9, obs. G. AUZERO ; Dr. soc. 2011. 717, obs. J. MOULY ; RDT 2011. 306, obs. G. AUZERO ; RTD civ. 2011. 348, obs. B. FAGES.

Cass. soc., 13 juill. 2010, n° 09-41.626, Bull. civ. V, n° 174 ; JCP S 2010. 1410, note D. ASQUINAZI-BAILLEUX ; D. 2010. 1885, obs. L. PERRIN ; D. 2010. 2540, obs. S. ROBINNE, Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Dr. soc. 2010. 1118, obs. J. MOULY.

Cass. com., 29 juin 2010, JCP 2010, 1056, note T. FAVARIO ; D. 2010, 2480, note D. MAZEAUD.

Cass. soc., 8 avr. 2010, n° 08-43.056, D. 2010. 1085, obs. L. PERRIN ; D. 2010. 2540, S. ROBINNE, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra, Bull. civ. V, n° 92 ; Dr. soc. 2010. 718 et la note ; JCP S 2010, n° 21288, note I. BEYNEIX ; Dr. contrats, 1er juin 2010. 5, note G. PILLET ; JCP E 2010. 1656, obs. J.-B. SEUBE ; JCP E 2010. 1667, note S. BEAL et P. KLEIN.

Cass. civ. 3e, 7 janv. 2009, n° 07-20.783, Bull. civ. III, n° 5 ; D. 2009. 297 ; RTD civ. 2009. 113, obs. B. FAGES.

Cass. civ. 1re, 30 oct. 2008, JCP 2009, II, 10000, note D. HOUTCIEFF ; RDC 2009, p. 49, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2009, 118, obs. B. FAGES ; Lamy dr. civ. févr. 2009, p. 7, note A. CERMOLACCE.

Cass. com. 9 juin 2008, RDC 2009. 1345, obs. D. MAZEAUD.

Cass. com 27 mars 2007, D. 2007. Somm. 2970, JCP 2007. II 10119, note Y.-M. SERINET ; Contrats, conc. cons. 2007, n° 196, note L. LEVENEUR ; RDC 2008. 231, obs. D. MAZEAUD ; D. 2007. 2966, obs. S. AMRANI-MEKKI.

Cass. com., 13 févr. 2007, n° 05-17.407, Oracle c/ Faurecia : Bull. civ. 2007, IV, n° 43 ; Comm. com. électr. 2007, étude 22, J. HUET ; JCP G 2007, II, 10063, note Y.-M. SERINET ; RLDC, mai 2007, p. 6, note G. LOISEAU ; JCP G 2007, I, 185, n° 10, obs. PH. STOFFEL-MUNCK ; D. 2007. 654, n° 05-17.407, note X. DELPECH ; RTD civ. 2007. 567, note B. FAGES.

Cass. civ. 3e, 28 juin 2006, n° 04-20.040, Bull. civ. I, n° 164 ; D. 2006. 2963, note D. MAZEAUD ; JCP 2006. II. 10130, note O. DESHAYES ; JCP 2006. I. 166, n° 6, obs. PH. STOFFEL-MUNCK ; RDC 2006. 1069, note D. MAZEAUD ; RTD civ. 2006. 754, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

Cass. soc., 15 nov. 2006, JCP S 2007. 1057, note I. BEYNEIX ; JCP 2007 II. 10039, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; Dr. soc. 2007. 241, obs. J. MOULY.

Cass. soc., 11 janv. 2006, n° 03-46.933, D. 2006. 249 ; Dr. soc. 2006. 465, obs. J. MOULY ; RTD civ. 2006. 311, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Contrats conc. cons. 2006. Comm. 74, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; JCP E 2006. 1417, note P. GROSSER.

Cass. civ. 3ème, 28 sept. 2005, n° 04-14.586, RTD civ. 2006. 311, note J. MESTRE et B. FAGES ; RTD civ. 2006. 129, note P. JOURDAIN ; RDI 2005. 458, obs. P. MALINVAUD ; RDI 2005. 442, obs. B. BOUBLI.

Cass. soc., 25 mai 2005, D. 2005. 2454, obs. S. ROBINNE, *in Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme : panorama 2004-2005* ; D. 2005. 2454, obs. E. CHEVRIER ; Dr. soc. 2005. 1061, obs. J. MOULY.

Cass. civ. 1re, 30 juin 2004, n° 01-00.475, CCC 2004, n° 151, note L. LEVENEUR ; D. 2005.1828, note D. MAZEAUD ; RTD civ. 2005..126, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, n° 02-18.326 et n° 03-14.112, D. 2005. 2836, note S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; D. 2005. 1864, note J.-P. TOSI ; RTD civ. 2005. 604, note P. JOURDAIN ; RTD civ. 2005. 779, note J. MESTRE et B. FAGES.

Cass. soc., 17 déc. 2004, n° 03-40.008, D. 2005, IR p. 110, obs. F. GUIOMARD ; JCP E 2005, n° 5, p. 163 ; Contrats, conc., consom. 2005, n° 44, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; Lettre distrib. févr. 2005, p. 1, obs. P. MOUSSERON ; RTD civ. 2005, p. 159, obs. P.-Y. GAUTIER.

Cass. com. 3 mars 2004, Bull. civ. IV, n° 44, D. 2004. 1661, note Y. PICOD.

Cass. civ. 1re, 3 fév. 2004, n° 01-02.020, Bull. civ. I, n° 27 ; JCP G 2004, II, 10149, note E. TREPPOZ ; Contrats, conc. consom. 2004, comm. 55, note L. LEVENEUR.

Cass. civ. 3ème, 3 déc. 2003, JCP 2003.1.163, n° 2, obs. G. VINEY ; CCC 2004. 38, note L. LEVENEUR ; RDC 2004, 280, obs. D MAZEAUD ; RTD civ. 2004. 295, obs. P JOURDAIN.

Cass. civ. 1ère, 28 oct. 2003, Bull. civ. I, n° 211, Defrénois 2004, p. 378, obs. R. LIBCHABER, RDC 2004, p. 273, obs. L. AYNÈS, p. 277, obs. D. MAZEAUD, RLDC 2004/2, n° 40, note E. GARAUD, RTD civ. 2004, p. 89, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Contrats conc. Consom. 2004, comm. n° 4, obs. L. LEVENEUR ; JCP G 2004.II.1018, note C. LACHIEZE.

Cass. civ. 1ère 9 juill. 2003, RTD civ. 2003. 709, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; JCP 2003.1.163, n° 4, obs. G. VINEY.

Cass. civ 1ère, 11 mars 2003, Bull. civ., I, n° 67 ; RDC 2003, p. 39, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2003, p. 287, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

Cass. soc. 4 déc. 2002, Bull. civ. V, n° 368, RDC 2003. 54, obs. PH. STOFFEL-MUNCK ; RTD civ. 2003. 711, obs. P. JOURDAIN.

Cass. soc., 18 sept. 2002, n° 00-42.904, Bull. civ. V, n° 272 ; JCP 2002, Actualité n° 418 ; D. 2002. 3229, note Y. SERRA ; Defrénois 2002, art. 37644.1619, obs. R. LIBCHABER ; Dr. soc. 2002. 1007, note R. VATINET.

Cass. soc. 10 juill. 2002, Bull. civ. V, n° 239, D. 2002. 2491, note Y. SERRA ; Contrats, conc. consom., 2002, n° 141, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; D. 2002. Somm. 3111, obs. J. PÉLISSIER ; Les grands arrêts de droit du travail, 3ème éd., n° 45.

Cass. civ. 1re, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, D. 2002, p. 1860, note J.-P. GRIDEL et J.-P. CHAZAL ; Defrénois 2002. 1246, obs. E. SAVAUX ; RTD civ. 2002, p. 502, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; D. 2002. Somm. comm. 2844, obs. D. MAZEAUD ; Contrats, conc. consom. 2002, n° 89, obs. PH. STOFFEL-MUNCK.

Cass. com., 27 nov. 2001, Contrats, conc., consom. 2002, n° 45, obs. L. LEVENEUR.

Cass. civ. 1ère, 20 fév. 2001, Bull. civ. I, n° 40, D. 2001, p. 1568, note C. JAMIN, Defrénois 2001, p. 705, obs. E. SAVAUX, RTD civ. 2001, p. 363, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

Cass. civ. 1re, 7 nov. 2000, Bull. civ. I, n° 286 ; D. 2000. IR, p. 295 ; D. 2001, Jur. p. 256, note C. JAMIN et M. BILLIAU ; D. 2001, Somm. p. 1137, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2001, p. 135, n° 5, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; JCP 2001, II, n° 10506, note X. VUITTON.

Cass. civ. 1ère, 3 février 1999, JCP 1999, II, 10083, note BILLIAU et LOISEAU ; D. 1999. 267, rapport X. SAVATIER, note LANGLADE-O'SUGHRUE ; Dr. fam. 1999, n° 54 ; Defrénois 1999. 680, obs. MASSIP, 738, obs. D. MAZEAUD.

Cass. com 24 nov. 1998, n° 96-18.357, Bull. civ. IV, n° 277, *Chevassus-Marche* ; RTD civ. 1999. 98, obs. J. MESTRE ; RTD civ. 1999. 646, obs. P.-Y. GAUTIER ; Defrénois 1999. 371, obs. D. MAZEAUD.

Cass. civ. 1ère, 13 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 300, D. 1999, p. 197, note C. JAMIN ; JCP 1999. II. 10133, note N. RZEPECKI ; D. 1999, Somm., p. 115, obs. PH. DELEBECQUE ; Defrénois, 1999, p. 374, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 1999, p. 394, obs. J. MESTRE ; RTD civ. 1999, p. 506, obs. J. RAYNARD.

Cass. civ. 1ère, 3 mars 1998, JCP 1998, n° 15, actualités, p. 637, obs. R. MARTIN, Defrénois, 1998.734, obs. J.-L. AUBERT, RTD civ. 1998. 404, obs. P.-Y. GAUTHIER.

Cass. civ. 1ère, 10 fév. 1998, JCP 1998. II, 10143, note B. FAGES ; D. 2000. 442, note L. GANNAGE ; RTD civ. 1998. 669, obs. J. MESTRE.

Cass. soc. 18, fév. 1997, D. 1998, Somm. com., p. 220, obs. Y. SERRA.

Cass. com. 22 oct. 1996, Bull. civ. IV, n° 261, p. 223 ; D. 1997. 121 note A. SÉRIAUX, D. 1997 ; Defrénois, 1997. 333, obs. D. MAZEAUD ; Contrats conc. cons. 1997, n° 24, note L. LEVENEUR ; JCP 1997. II. 22881, note D. COHEN.

Cass. civ. 3ème, 17 juill. 1996, Bull. civ. 1996, III, n° 193 ; Defrénois, 1996, 1, 1357, note PH. DELEBECQUE.

Cass. civ. 1re, 3 juillet 1996, D. 1997. 500, note PH. REIGNÉ ; RTD Civ. 1996 p. 901, obs. J. MESTRE.

Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, D. 1996, Jur. p. 13, concl. M. JEOL, note L. AYNÈS ; JCP 1996, II, n° 22565, concl. JEOL, note J. GHESTIN ; RTD civ. 1996, p. 153, obs. J. MESTRE ; Lettre distribution, déc. 1995, note J.-M. MOUSSERON ; LPA, 27 déc. 1995, n° 155, p. 13, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS.

Cass. civ. 1re, 29 nov. 1994, n° 92-16.267 et n° 91-21.009 (deux arrêts), D. 1995. 122, note L. AYNÈS ; JCP G 1995.II.22371, note J. GHESTIN ; Contrats, conc. consom. 1995, comm. N° 24, note L. LEVENEUR ; Defrénois 1995, p. 335, obs. PH. DELEBECQUE ; RTD civ. 1995, p. 358, obs. J. MESTRE ; RTD CIV. 1995. 358, OBS. J. MESTRE ; RTD COM. 1995. 464, OBS. B. BOULOC.

Cass. com, 24 mai 1994, n° 92-14344, Bull. civ. IV, n° 184 ; RTD civ. 1995. 99, obs. J. MESTRE.

Cass. civ. 3ème, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, *Cruz*, Bull. civ. III, n° 174, p. 115 ; D. 1995, somm. p. 88, obs. L. AYNÈS ; JCP G 1995, II, 22366, note D. MAZEAUD ; Defrénois 1994, art. 35845, note PH. DELEBECQUE.

Cass. civ. 1ère, 13 oct. 1993, Bull. civ. I, n° 287, p. 198, JCP 1994.I.3757, obs. BILLIAU ; Cass. civ. 1ère, 21 janv. 2003, D. 2003. 2600, note CLARET, RDC 2003. 91, obs. M. BRUSCHI, RTD civ. 2003. 292, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

Cass. com., 9 mars 1993, n° 91-14.685, Bull. civ. IV, n° 101, arrêt *Fladin* ; Rev. sociétés 1993, p. 403, note PH. MERLE, JCP E 1993, II, n° 448, note A. VIANDIER, JCP G 1993, II, n° 22107, note Y. PACLOT, RJDA 1993, n° 404, JCP N 1993, II, p. 293, note BARBIÈRI, Dr. sociétés 1993, n° 95, obs. H. LE NABASQUE, D. 1993, jur., p. 363, note Y. GUYON, BRDA 1993, n° 6, p. 15, LPA 24 mars 1993, p. 12, Bull. Joly Sociétés 1993, p. 547, JCP N 1994, II, p. 152, note A. VIANDIER.

Cass. soc., 2 mars 1993, panor. C. cass. p. 38 ; Cass. soc. 15 fév. 1995, D. 1997, p. 106, note Y. PICOD ; Versailles, 20 avril 1995, D. 1996, somm. comm. p. 247, obs. Y. SERRA.

Cass. com. 3 nov. 1992, n° 90-18.547, Bull. civ. IV, n° 338, *Huart* ; RTD civ. 1993, obs. J. MESTRE ; Defrénois 1993. 1337, obs. J.-.L AUBERT : JCP 1993, II, 22164, obs. G. VIRASSAMY.

Cass. soc., 14 mai 1992, « Godissart c/ Siulhiol », Bull. civ. V, n° 309, D. 1992. 350, note Y. SERRA ; JCP 1992.II.21889, note J. AMIEL-DONAT.

Cass. civ. 3ème, 12 juin 1991, n° 89-18.331, Bull. civ. III, n° 170 ; D. 1992. 135, obs. C. GIVERDON ; RDI 1991. 379, obs. P. CAPOULADE et C. GIVERDON.

Cass. ass. plén., 31 mai 1991, D. 1991 417, rapport Y.CHARTIER et note D. THOUVENIN ; JCP 1991, II, 21752, concl. J. BERNARD, H. DONTENWILLE, note F. TERRÉ.

Cass. civ. 1re, 19 juin 1990, Bull. civ. I, n° 170, p. 120 ; D. 1991, somm. p. 317, obs. J.-L. AUBERT ; Defrénois 1991, art. 34987, p. 358, obs. J.-L. AUBERT.

Cass. civ. 1re, 13 déc. 1989, D. 1990 273, rapport J. MASSIP ; JCP, 1990, II 21526, note A. SÉRIAUX.

Cass. civ. 1ère, 12 juillet 1989, D. 1989. IR. 216 ; JCP 1990. II. 21546, note Y. DAGORNE-LABBE ; RTD civ. 1990. 468, obs. J. MESTRE ; Defrénois, 1990 art. 34750 p. 358, obs. J.-L. AUBERT.

Cass. com. 22 juill. 1986, D. 1987. Somm. com., p. 445, obs. L. AYNÈS ; RTD civ. 1988, p. 338, obs. J. MESTRE.

Cass. civ., 16 oct. 1967, RTD civ. 1968. 178, obs. R. RAVATIER.

Cass. civ. 2 août. 1938, D.H.1938.513 ; Cass. soc. 18 oct. 1952, D.1952.795 ; JCP G. 1953.II.7519 ; RTD civ. 1953. 124, obs. J. CARBONNIER.

Cass. civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne,* DP 73.1.195, note GIBOULOT, S. 76.1.161, Grands arrêts, t. 2.

Cass. civ. 26 mars 1860, DP 60, 1, 255 ; Cass. civ. 8 oct. 1957, D. 1958. 317, note P. EISMAN.

* * *

CE, 19 fév. 1936, *Sté THEG*, Rec., p. 224.

CE, 1er Juil. 1925, *Ministre de la guerre c./ Chenaud*, Rec., p. 634.

CE, 18 fév. 1921, *Cie générale d'éclairage de Castelnaudary*, Rec., p. 191.

CE, 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux*, D.P. 1916, 3ème partie, p. 25, Conclusions P. CHARDENET ; Sirey 1916, 3, p. 17, conclusions P. CHARDENET, note M. HAURIOU ; Revue du droit public 1916, p. 388, note G. JÈSE ; RTD civ. 1916, p. 517, note R. DEMOGUE ; P.-A. LECOCQ, *Les grands arrêts contradictoires*, Ellipses, 1997, p. 65 s.

* * *

Cons. const.,, QPC, 12 octobre 2012, n° 2012-280, Société Groupe Canal Plus et autre, § n° 11 ; Cons. const., décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, Société Système U Centrale Nationale et autre ; T. PEZ, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel,* n° 49, dossier : l'entreprise, oct. 2015, p. 44 à 57, n° 6 s.

Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC, D. 2011. 2961, obs. N. DORANDEU ; Constitutions 2011. 507, chron. J. BARTHÉLEMY et L. BORÉ ; D. 2012. 577, obs. D. FERRIER.

Cons. const. 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC, D. 2011. 392, Chron. M. CHAGNY, D. 2011. 415, note Y. PICOD, D. 2011. 2823, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE, T. GARÉ, S. MIRABAIL et T. POTASZKIN, D. 2011. 2961, obs. N. DORANDEU, Centre de droit de la concurrence Yves Serra.

* * *

CEDH 17 janv. 2012, n° 51255/08, D. 2013. 732, obs. D. FERRIER.

* * *

CJCE, 14 mai 1975, Comptoir national technique agricole, aff. 74/74, Rec. p. 533 ; 3 mai 1978, Firma August Töpfer, aff. 112/77, Rec. p. 1019.

VII. AUTRES SOURCES

- **Projet de réforme du droit commun des contrats,** Fév. 2015.

- **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, JORF n° 0035 du 11 fév. 2016, Texte n° 25.

- **Rapport du Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris (HCJP),** Propositions d'amélioration de la rédaction des dispositions régissant le droit commun des contrats, Paris, 10 mai 2017.

INDEX

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe

A

- **Abus :** 319 (de dépendance), 533 (dans la fixation du prix), 560, 591, 662 (du droit de rompre par voie de notification).
- **Appréciation *in abstracto / in concreto* :** 311, 517.
- **Article 1171 C. civ. :** 93, 181 (appliqué à l'abus dans la faculté de renonciation à la clause de non-concurrence), 187 (dispositif général), 206 (sa répartition avec les textes spéciaux), 507 (appliqué à l'imprévision).
- **Article 1184 C. civ. :** 126 (dispositif général), 360 (appliqué aux vices du consentement).
- **Articles 1217 et 1223 C. civ. :** 576 (appliqués à la fixation abusive du prix).
- **Autonomie de la volonté :** 4, 101, 178, 386, 393, 473.
- **Avant-projets de réforme du droit commun des contrats :** 72 et 78 (sur la cause), 122 (sur la théorie des nullités), 187 et 199 (sur le déséquilibre significatif), 319 (sur la violence économique), 331 (sur la prescription de la nullité de droit commun), 392 (sur l'interprétation du contrat), 479 (sur l'imprévision), 550 (sur la révision judiciaire du prix en cas de fixation unilatérale abusive).

B

- **Bonnes affaires :** V. « Droit de réaliser des bonnes affaires ».
- **Bonne foi :** 46, 448, 559.
- **Bouleversement économique du contrat :** V. « Imprévision ».

C

- **Cause :** V. « Contrepartie ».
- **Clause réputée non écrite :** V. « Réputé non écrit ».
- **Clause de non-concurrence :** 143, 145 (conditions de validité), 154 (requalification comme service non salarié), 174 (correction partielle).
- **Clause résolutoire :** 635.
- **Confirmation :** 335.
- **Conflit des lois (*specialia generalibus derogant*) :** 206, 211, 489.
- **Consentement :** 261, 305 (vices du consentement), 345 (vices du consentement incidents), 370 (consentement partiel).
- **Contenu (du contrat) :** 83.
- **Contrat d'adhésion :** 42, 93, 189 (notion).
- **Contrat d'assurance :** 77, 187, 193.
- **Contrats relationnels :** 276, 302, 457.
- **Contrats-cadre :** 533.
- **Contrepartie (Cause) :** 54 (comme fondement de la correction du contrat), 65 (subjectivisation), 69 (notion doctrinale d'intérêt de contracter), 83 (ses fonctions consacrées en 2016), 141 (et la révision des honoraires), 155 et 163 (et la clause de non-concurrence), 428 (et l'imprévision).
- **Convention de Vienne :** 550 (et la révision du prix fixé unilatéralement).

D

- **Déblocage (du contrat, de la vie du contrat) :** 2.
- **Déséquilibre significatif :** 187, 93, 179, 507, 206 et 218 (Code de la consommation), 206 et 224 (Code de commerce).
- **Devoir d'information :** 263.
- **Dol incident :** 345.
- **Droit de réaliser des bonnes affaires :** 325, 434, 545.
- **Droits étrangers (en particulier européens) :** 72 (sur la cause), 424 (sur l'imprévision), 550 (et la révision du prix fixé unilatéralement).

E

- **Efficience (théorie de) :** 390.
- **Équité :** 392, 426, 448 (et l'imprévision), 559 (sur l'indétermination du prix).
- **Erreur spontanée :** 308.

F

- **Faiblesse :** 265, 323.
- **Force obligatoire du contrat (principe) :** 27, 178, 387, 470, 473, 544, 565, 631.
- **Force majeure :** 387, 426, 442, 455, 475, 517, 521.

G

- **Gaudemet (E.) :** 42, 120 (théorie moderne des nullités), 336.
- **Gounot :** 17.

I

- **Imprévision :** 202, 381.
- **Indemnisation :** 292, 539.
- **Inexécution du contrat :** 575 - 594 (sa gravité).
- **Inexistence :** 94, 120 (des clauses par le réputé non écrit), 335.
- **Insuffisance partielle de contrepartie (cause) :** 69.
- **Insuffisance partielle de consentement :** 362, 370.
- **Intérêt (de contracter) :** 69.
- **Interprétation des juges (Pouvoir) :** 351, 375, 678.

J

- **Jugement constitutif / déclaratif :** 129
- **Japiot :** 42, 120 (théorie moderne des nullités), 123, 336.

L

- **Lésion :** 81, 85, 140, 226, 249, 325, 357, 413, 508, 545.

N

- **Négociations :** 51, 205 (des conditions générales dans le contrat de gré à gré), 264 (obligation d'informer), 448 (imposée en cas d'imprévision).
- **Non-immixtion du juge (principe) :** 33, 178, 474, 646.
- **Non-professionnel :** 238, 285.
- **Nullité (théorie) :** 117, 120 (théorie moderne), 335.
- **Nullité partielle :** 80, 116, 128, 138, 174, 365.
- **Nullité virtuelle :** 296.

O

- **Obligation essentielle :** 71, 377 (et l'ancienne cause), 602 (et la gravité de l'inexécution), 350 (et le dol incident), 353 et 367 (et les vices du consentement incidents en général).
- **Ordre public :** 43, 60, 104, 107, 152, 228, 291 (et les nullités virtuelles), 496 (son refus en matière d'imprévision).

P

- **Personne raisonnable (ancien bon père de famille) :** 311, 392, 443, 516, 560.
- **Prescription :** 134, 330.

- **Prestations de service :** 154 (l'engagement de non-concurrence), 533 (fixation unilatérale du prix).
- **Principes du droit européen des contrats :** 72 (sur le concept de cause), 187 (sur le déséquilibre significatif), 550 (et la révision du prix fixé unilatéralement).
- **Principes Unidroit :** 72 (sur le concept de cause), 524 (sur l'imprévision), 544 et 584 (sur la fixation unilatérale du prix abusive).
- **Prix :** 139, 175, 539, 570, 533 (indétermination), 539 (fixation abusive), 588 (révision).
- **Projet de réforme du droit commun des contrats de 2015 :** 92 (sur le concept de cause), 189 et 196 (sur le déséquilibre significatif), 279 (sur l'obligation d'information), 318 (sur le dol du tiers), 323 (sur le vice de faiblesse), 471 (et l'imprévision), 541 et 570 (sur la révision judiciaire du prix en cas de fixation unilatérale abusive), Avant-projets précédents : V. « avant-projets ».

R

- **Raisonnable :** V. « Personne raisonnable ».
- **Rapport de présentation de l'ordonnance au président :** 82, 216, 265, 504, 322 et 574 (valeur contraignante).
- **Ratification :** 89, 197, 199, 205, 249, 385, 403 et 478 (de l'ordonnance du 10 fév. 2016 réformant le droit commun des contrats), 288 (de l'ordonnance du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation).
- **Réfaction :** 365, 551, 562.
- **Référé :** 577, 662 (pour résolution unilatérale abusive).
- **Régularisation (du contrat) :** 356, 365 (fondement général).
- **Réputé non écrit :** 116 (notion et régime général), 174, 179, 187, 231, 250, 365.
- **Résolution :** 589, 654 (par voie de notification).
- **Risques (théorie des risques) :** 441.

S

- **Saleilles :** 192, 292.
- **Sécurité juridique :** 28, 415, 434, 531.

U

- **Utilité (théorie de) :** 110, 605.

SOMMAIRE **9**

INTRODUCTION **11**
I. – RELECTURE DE LA THÉORIE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ 18
A/ Démonstration historique du rôle essentiel de l'autonomie de la volonté : le consensualisme 18
1. La stricte réfutation du principe du consensualisme durant la période romaine 19
2. La récente reconnaissance de l'autonomie de la volonté (XIXe / XXe) 20
B/ Remise en cause de la théorie de l'autonomie de la volonté 24
1. Les raisons pratiques de la remise en cause de la théorie de l'autonomie de la volonté 24
2. Les raisons théoriques de la remise en cause de la théorie de l'autonomie de la volonté 28
II. – L'ADAPTATION SALVATRICE DU CONTRAT À L'ÉPREUVE DU BESOIN DE SÉCURITÉ JURIDIQUE 33
A/ L'impact négatif de la sécurité juridique à l'égard de la théorie de l'autonomie de la volonté 33
B/ L'impact négatif de la sécurité juridique à l'égard de la pérennité contractuelle 35
III. – L'ADAPTATION SALVATRICE DU CONTRAT À L'ÉPREUVE DE LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT 37
A/ L'origine légale de la force obligatoire du contrat 37
B/ L'adaptation du contrat au service de la force obligatoire 38

PARTIE I - LE DÉBLOCAGE DES SOURCES D'ANEANTISSEMENT DU CONTRAT À SA NAISSANCE **42**

TITRE I - LE DÉBLOCAGE DU CONTRAT AFFECTÉ PAR UNE CLAUSE IRRÉGULIÈRE 44

Chapitre I - La légitimité de la réécriture partielle du contrat *46*
SECTION I - LES CONSIDÉRATIONS CAUSALISTES COMME FONDEMENT DE LA RÉÉCRITURE DU CONTRAT 47
Paragraphe I – La bonne foi : fondement inadapté de la réparation du contrat 47
A/ Teneur et contours de la bonne foi 47
B/ Le caractère inadapté du fondement de la bonne foi 51
Paragraphe II – Le concept de cause : fondement idoine de la correction du contrat 53
A/ L'ancien fondement de la correction du contrat : la défunte cause 53
1. Teneur et contours de la cause 54
2. L'adaptation de la cause à la correction salvatrice du contrat : le phénomène de subjectivisation 63
B) La carence des nouveaux fondements de la correction du contrat : entre l'insuffisance de la consécration des anciennes fonctions de la cause et l'abandon de tout fondement général 67
1. L'insuffisance d'intérêt : un fondement idéal du sauvetage du contrat rejeté par la réforme 67
2. Le contenu contractuel et les dispositions spécifiques adoptés par la réforme : des fondements de déblocage contractuel suffisants ? 77
SECTION II - LES AUTRES CONSIDÉRATIONS OCTROYANT UNE LÉGITIMITÉ À LA RÉÉCRITURE DU CONTRAT 89
Paragraphe I – Le sauvetage du contrat au service de la justice contractuelle 89
A/ Le caractère équitable de la poursuite du contrat induite par la recomposition du contrat 89
B/ La préservation de la volonté des deux parties malgré la recomposition du contrat 90
Paragraphe II – Le sauvetage du contrat au service de la vie sociale et économique 93
A/ La prise en compte d'un intérêt supérieur : l'ordre public économique 94
B/ Le maintien possible des contrats interdépendants 95
Conclusion du chapitre I *98*

Chapitre II - Renforcement de la réécriture partielle du contrat *102*
SECTION I - LA NÉCESSAIRE DISTINCTION ENTRE NULLITÉ PARTIELLE ET RÉPUTÉ NON ÉCRIT 103
Paragraphe I – Nullité partielle et réputé non écrit : une nature différente 103
A/ L'impact de la théorie moderne des nullités sur le concept de nullité partielle 103
B/ L'opposition entre la nullité partielle dépendant du juge et le réputé non écrit opérant de plein droit 110
Paragraphe II – Nullité partielle et réputé non écrit : un régime général différent 113
A/ La distinction entre le jugement constitutif de nullité et le jugement déclaratif de réputé non écrit 114
B/ L'opposition entre la prescriptibilité des nullités et l'imprescriptibilité du réputé non écrit 116
SECTION II - RÉGIMES JURIDIQUES PARTICULIERS DE NULLITÉS PARTIELLES ET DE RÉPUTÉS NON ÉCRITS 119
Paragraphe I – Illustrations de nullités partielles débloquant le contrat 119
A/ La révision judiciaire des honoraires 119
1. Une révision d'origine prétorienne fondée sur l'intérêt de contracter 120
2. L'incidence incertaine de la consécration du contrôle du prix dans les contrats de prestation de service 123
B/ La révision judiciaire des clauses de non-concurrence 124
1. Les conditions de validité de la clause de non-concurrence à travers le prisme du blocage contractuel 126
a. Le regrettable abandon du caractère alternatif des limitations spatiale et temporelle 127
b. L'appréciation aléatoire et subjective du juge de l'indispensabilité de la clause de non-concurrence 130
c. L'opportune requalification de la contrepartie financière comme rémunération d'un service non salarié 134
2. Les mécanismes de déblocage de la clause de non-concurrence : de la traditionnelle nullité partielle au réputé non écrit 150
a. La nécessaire réhabilitation de la réduction des stipulations excessives fondée sur l'absence partielle de contrepartie 150
b. L'applicabilité de l'article 1171 du Code civil pour réputer non écrite la faculté de renonciation abusive 154
Paragraphe II – Illustration d'un réputé non écrit débloquant le contrat : la sanction du déséquilibre significatif 160
A/ Le contrat d'adhésion : une limitation propice à redéfinir 163
B/ La répartition nécessaire des textes traitant le déséquilibre significatif entre droits spéciaux et droit commun 174
1. La soumission de l'adage *specialia generalibus derogant* au critère de l'antinomie 178
2. L'application exclusive des textes traitant le déséquilibre significatif justifiée par leur antinomie 184
C/ La réadaptation nécessaire de la notion de déséquilibre significatif pour le droit commun 206
Conclusion du chapitre II *214*
CONCLUSION DU TITRE I 224

TITRE II - LE DÉBLOCAGE DU CONTRAT AFFECTÉ PAR UN CONSENTEMENT ALTÉRÉ 226

Chapitre I - La protection du lien contractuel face aux mesures préventives de protection du consentement *228*
SECTION I - LE BLOCAGE DU CONTRAT ÉVITÉ PAR L'ENCADREMENT MESURÉ DE L'OBLIGATION D'INFORMATION PRÉCONTRACTUELLE 229
Paragraphe I – La restriction nécessaire de l'obligation d'information en droit commun des contrats 230
A/ Un domaine d'application restreint à l'information déterminante légitimement ignorée par le créancier 231
B/ Un domaine d'application restreint à l'information effectivement connue par le débiteur 238
C/ Un domaine d'application restreint au stade des négociations 241
Paragraphe II – L'application mesurée de l'obligation d'information en droit de la consommation 242

A/ Le rejet de l'interprétation extensive de la qualification de non professionnel 243
B/ La possible restriction de l'obligation d'information portant sur les caractéristiques essentielles des biens et des services 246
SECTION II 248
LE DÉBLOCAGE DU CONTRAT FORMÉ MALGRÉ LE MANQUEMENT À L'OBLIGATION D'INFORMATION 248
Paragraphe I – Le rejet en droit commun de la nullité en l'absence de vice du consentement 249
Paragraphe II – L'application stricte de l'interdiction de la nullité sans texte en droit de la consommation 251
Conclusion du chapitre I *258*

Chapitre II - La protection du lien contractuel face aux mesures curatives de protection du consentement *262*
SECTION I - LE BLOCAGE DU CONTRAT ÉVITÉ PAR LA DÉTERMINATION STRICTE DU CONSENTEMENT DÉFAILLANT 264
Paragraphe I – L'encadrement strict de la qualification de l'erreur 264
A/ Propositions de restriction du caractère excusable de l'erreur spontanée 264
1. L'instauration d'une appréciation *in abstracto* plus juste 265
2. La soumission de l'*errans* à la preuve de la légitimité de l'erreur 268
B/ L'appréciation restrictive de l'erreur provoquée par un tiers 269
Paragraphe II – L'encadrement restrictif de l'abus de dépendance consacré en droit commun 272
A/ La restriction nécessaire de l'abus de dépendance à la seule dépendance économique 275
B/ L'exigence nécessaire d'un abus caractérisé 277
SECTION II - LE DÉBLOCAGE DU CONTRAT FAVORISÉ PAR LE TRAITEMENT DU CONSENTEMENT VICIÉ 280
Paragraphe I – Le maintien efficace du contrat par l'extinction de l'action en nullité 281
A/ Le déblocage du contrat vicié par la neutralisation de l'action en nullité 281
1. La limitation insuffisante de la prescription de l'action en nullité 282
2. La neutralisation efficace du délai d'action en nullité par l'action interrogatoire de l'article 1183 284
B/ Le déblocage du contrat vicié par la nullité relative laissant ouverte la voie de la confirmation 286
Paragraphe II – Le maintien efficace du contrat par des sanctions alternatives à la nullité 291
A/ Causes des sanctions alternatives à la nullité du contrat 294
1. La possible construction d'un régime juridique régissant les vices du consentement incidents 294
a. Le régime prétorien critiqué par la doctrine dans le droit antérieur 297
b. L'admission en filigrane des vices du consentement incidents par la réforme 300
2. L'efficacité supérieure de la régularisation du contrat comme sanction de principe des vices du consentement 305
B/ Fondements des sanctions alternatives à la nullité du contrat 308
1. La responsabilité civile cumulable avec les autres sanctions alternatives compatibles 310
2. La création d'un fondement général de la régularisation par l'autonomisation de l'article 1184 du Code civil 312
Conclusion du chapitre II *316*
CONCLUSION DU TITRE II 322

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE 324

PARTIE II - LE DÉBLOCAGE DES SOURCES D'ANEANTISSEMENT DU CONTRAT AU COURS DE SA VIE 330

TITRE I - LE DÉBLOCAGE DU CONTRAT IMPACTÉ PAR UN CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES IMPRÉVISIBLE 332

Chapitre I - Légitimité du déblocage du contrat confronté à une imprévision..... 334
SECTION I - ANÉANTISSEMENT DES REMPARTS DE LA RÉVISION POUR IMPRÉVISION 336
Paragraphe I – Exégèse de la règle d'immuabilité de la loi des parties au prisme de la révision pour imprévision 336
A/ L'opportunité de l'adaptation du contrat à l'égard des parties : la révision pour imprévision à l'épreuve du principe de la force obligatoire du contrat 339
B/ La légitimité de l'adaptation du contrat par le juge : la révision pour imprévision à l'épreuve du principe de non immixtion 347
1. La protection du droit d'accès à la justice des contractants subissant une imprévision 349
2. L'inégalité devant la loi entre les contractants de droit public et de droit privé subissant une imprévision 351
Paragraphe II – La surestimation des risques d'atteintes à la pérennité du contrat 357
A/ Retour à une plus juste mesure du besoin de sécurité juridique 358
B/ Retour à une plus juste appréciation du risque de révisions en cascade 363
SECTION II - CONSOLIDATION DES FONDEMENTS GÉNÉRAUX DE LA RÉVISION POUR IMPRÉVISION 366
Paragraphe I – L'absence de contrepartie : un fondement juridique inadéquat 369
A/ La prise en compte matérielle de la disparition de la cause-contrepartie en cours d'exécution 371
1. Irréalité de la persistance de la cause-contrepartie 371
2. Le rattachement inadéquat de l'imprévision à la persistance de la cause-contrepartie 373
B/ Le besoin d'un fondement juridique complémentaire à la prise en compte de la disparition matérielle de la contrepartie 377
Paragraphe II – La théorie des risques : un fondement juridique idoine 378
A/ La juste mesure des obligations du débiteur selon la théorie des risques 378
B/ L'obligation d'adapter le contrat entravé par une imprévision dont le risque n'a pas été implicitement assumé 381
1. L'obligation de renégociation imposée par la bonne foi 382
2. La révision judiciaire imposée par le défaut de renégociation 392
Conclusion du chapitre I 400

Chapitre II - Renforcement du déblocage du contrat confronté à une imprévision 406
SECTION I 407
DÉTERMINATION DE LA PORTÉE JURIDIQUE DE L'ARTICLE 1195 EN FAVEUR DU DÉBLOCAGE CONTRACTUEL 407
Paragraphe I – La délimitation extensive du champ d'application de l'article 1195 407
A/ Le déblocage du contrat favorisé par un large champ d'application du texte 408
B/ Le déblocage du contrat minoré par certaines exclusions du texte 411
1. L'inapplication rattachée à des exceptions 411
2. L'inapplication rattachée à la primauté de textes spéciaux 414
Paragraphe II – L'encadrement strict de la valeur supplétive de l'article 1195 420
A/ L'éloignement du blocage contractuel permis par l'interprétation stricte des clauses de renonciation à l'article 1195 421
1. La rejet nécessaire des renonciations tacites 421
2. L'opportunité de l'interprétation stricte des aménagements contractuels 424
B/ Le déblocage contractuel permis par le contrôle du déséquilibre significatif causé par les clauses de renonciation à l'article 1195 426
SECTION II - DÉTERMINATION DU DOMAINE DE L'ARTICLE 1195 EN FAVEUR DU DÉBLOCAGE CONTRACTUEL 431
Paragraphe I – Un changement de circonstances imprévisible au sens large 432
A/ L'inclusion de tout changement de circonstances 432
B/ La souplesse nécessaire dans l'interprétation de l'imprévisible 434
Paragraphe II – Une onérosité excessive à interpréter extensivement 438
A/ L'inclusion de la diminution de valeur de la contrepartie dans l'onérosité excessive 439

B/ L'appréciation de l'excessive onérosité à l'échelle du débiteur 441
Conclusion du chapitre II *444*
CONCLUSION DU TITRE I 446

TITRE II - LE DÉBLOCAGE DU CONTRAT IMPACTÉ PAR UN PRIX ABUSIF FIXÉ UNILATÉRALEMENT 448
Chapitre I - L'indemnisation : un remède inadapté *454*
SECTION I - MISE EN CONCURRENCE DES REMÈDES ENTRE L'INDEMNISATION ET LA DÉFINITION JUDICIAIRE DU PRIX 455
Paragraphe I – Les difficultés générales d'obtention de la réparation du prix fixé abusivement 456
Paragraphe II – Les risques spécifiques du rejet de la définition judiciaire du prix 462
SECTION II - REMISE EN CAUSE DU REJET DE LA DÉFINITION JUDICIAIRE DU PRIX EN CAS D'ABUS 469
Paragraphe I – Les fondements théoriques légitimes de la définition judiciaire du prix 469
A/ La compatibilité entre le fondement de la bonne foi et la définition judiciaire du prix 470
B/ La suffisance de la force obligatoire du contrat pour fonder la définition judiciaire du prix 476
Paragraphe II – L'autorisation légale de la définition judiciaire du prix 479
A/ Arguments en faveur de la possible définition judiciaire du prix 479
1. Continuité de la jurisprudence antérieure permettant la fixation judiciaire du prix 480
2. L'application à l'abus des remèdes traditionnels de l'inexécution contractuelle 481
B/ Technique de mise en œuvre de la possible définition judiciaire du prix 488
Conclusion du chapitre I *490*

Chapitre II - La résolution : un remède à encadrer strictement *494*
SECTION I - LE DÉBLOCAGE DU CONTRAT PAR L'APPRÉHENSION STRICTE DES CONDITIONS DE LA RÉSOLUTION 498
Paragraphe I – Relecture des conditions de la résolution judiciaire 499
A/ L'inopportunité du critère insaisissable de la gravité 499
B/ L'opportunité de critères plus pragmatiques 504
1. La prise en compte de la persistance d'une utilité suffisante du contrat 504
2. La prise en compte des coûts économiques 507
a. La disproportion manifeste entre le coût de la résolution pour le débiteur et son intérêt pour le créancier 507
b. Les investissements importants réalisés pour conclure le contrat 510
Paragraphe II – Relecture des conditions de la résolution unilatérale 512
A/ L'inopportunité des nouvelles conditions de la résolution par voie de notification 513
1. Un champ d'application élargi : du manquement assorti à un comportement grave au seul manquement grave 514
2. Un champ d'application insuffisamment restreint : l'absence de prise en compte de l'urgence de la résolution 518
B/ L'opportunité de la mise en demeure comme preuve de l'échec du règlement amiable 524
1. La primauté de l'exécution et du respect de la force obligatoire du contrat favorisés par la mise en demeure 525
2. Le nécessaire statut d'ordre public de l'obligation de mise en demeure 527
SECTION II - LE DÉBLOCAGE DU CONTRAT À TRAVERS LE RÔLE DU JUGE DANS LA MISE EN ŒUVRE DE LA RÉSOLUTION 531
Paragraphe I – La possibilité pour le juge d'imposer des sanctions plus adaptées que la résolution 531
A/ La primauté du maintien du contrat face à la demande de résolution judiciaire 532
B/ Le maintien du contrat comme sanction de principe de la résolution unilatérale abusive 540
1. L'idéal théorique du maintien du contrat 540
2. Les difficultés pratiques du maintien du contrat 542
Paragraphe II – La possibilité pour le juge des référés d'ordonner la poursuite du contrat ayant fait l'objet d'une résiliation unilatérale abusive 545
Conclusion du chapitre II *552*
CONCLUSION DU TITRE II 556

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE 558

CONCLUSION GÉNÉRALE **560**

BIBLIOGRAPHIE **569**

INDEX **620**

RÉSUMÉ **633**

Résumé

Débloquer le contrat, relevant du droit commun, de ses sources d'anéantissement revient à le faire échapper à la nullité ou à la résolution grâce à l'application de sanctions alternatives. Le but n'étant pas de proposer toutes les solutions salvatrices possibles mais uniquement celles dont la primauté sur les sanctions destructrices peut être justifiée par une argumentation juridique solide. Afin de défendre cette idée, notre étude ne se contente aucunement de décrire ce que l'ord. du 10 fév. 2016 permet déjà à ce sujet (art. 1170, 1171 et 1195 C.civ.). En premier lieu, un fondement général est proposé. Les solutions alternatives au lieu et place de la nullité peuvent se fonder sur l'art. 1184 C.civ., en vertu duquel l'irrégularité partielle ne peut pas mener à autre chose qu'une sanction partielle maintenant le contrat. S'agissant des solutions alternatives à la résolution, elles ont été fondées sur une relecture, plus moderne, du principe de la force obligatoire du contrat. En second lieu, sont proposées des sanctions salvatrices, parfois inédites, basées sur une interprétation originale des nouveaux textes du droit commun des contrats. Par ex., est envisagée une requalification de l'indemnité octroyée en contrepartie d'un engagement de non-concurrence afin qu'elle ne soit plus considérée comme une rémunération salariale mais plutôt comme la rémunération d'une prestation de service. Pourrait ainsi être appliqué l'art. 1165 C.civ. qui autorise la détermination du prix postérieurement à la formation du contrat alors que selon le droit prétorien en vigueur, l'absence de fixation du prix au sein de la clause de non-concurrence, entraîne son annulation. En outre, au sein du nouveau droit des contrats ont été découverts des fondements tout à fait appropriés pour justifier, entre autres, le recours à la nullité partielle pour tous les vices du consentement incidents, ainsi que la possibilité de sanctionner l'abus dans la fixation du prix par sa réduction, etc.