université de BORDEAUX

THÈSE PRÉSENTÉE POUR OBTENIR LE GRADE DE

**DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (ED 41)
**SPÉCIALITÉ DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES**

Par **Charline DELANGLE-BRETELLE**

# Les motifs du contrat à titre onéreux, Étude comparative des droits français, anglais et allemand

Sous la direction de
**Monsieur le professeur Guillaume WICKER**

Soutenue le 9 décembre 2020

Membres du jury :

**Madame Hélène BOUCARD,**
Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers, rapporteur

**Monsieur Yves-Marie LAITHIER,**
Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1), rapporteur

**Madame Laura SAUTONIE-LAGUIONIE,**
Professeur à l'Université de Bordeaux, président du jury

**Monsieur Guillaume WICKER,**
Professeur à l'Université de Bordeaux, directeur de la recherche

université de BORDEAUX

THÈSE PRÉSENTÉE POUR OBTENIR LE GRADE DE

**DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (ED 41)
**SPÉCIALITÉ DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES**

Par **Charline DELANGLE-BRETELLE**

# Les motifs du contrat à titre onéreux, Étude comparative des droits français, anglais et allemand

Sous la direction de
**Monsieur le professeur Guillaume WICKER**

Soutenue le 9 décembre 2020

Membres du jury :

**Madame Hélène BOUCARD,**
Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers, rapporteur

**Monsieur Yves-Marie LAITHIER,**
Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1), rapporteur

**Madame Laura SAUTONIE-LAGUIONIE,**
Professeur à l'Université de Bordeaux, président du jury

**Monsieur Guillaume WICKER,**
Professeur à l'Université de Bordeaux, directeur de la recherche

*L'Université n'entend accorder aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans cette thèse : ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.*

*A mon mari, Maxime, et mon fils, Basile,*
*Sans qui il me manquerait l'essentiel.*

*A mes parents, pour leur bienveillance.*

*A Karl, en hommage à notre amitié.*

# Remerciements

*Je remercie vivement mon directeur de thèse, le Professeur Guillaume Wicker, de m'avoir fait confiance pour traiter ce sujet. La rigueur de ses remarques et la justesse de ses conseils ont été de précieux guides durant toutes ces années.*

*Je remercie également le Professeur Reiner Schulze de m'avoir offert l'opportunité d'effectuer une partie de mes recherches au CEP de l'Université de Münster, et pour nos échanges sur mon travail.*

*Mes remerciements vont aussi à mes amis, Karl et Barbara, qui, en plus de leur soutien, ont eu la gentillesse de me relire.*

*Je remercie les membres du personnel de l'IRDAP pour leur assistance.*

*Je remercie, enfin, mon mari qui a été mon indéfectible pilier.*

# Liste des abréviations

| | |
|---|---|
| A.C. | Law Reports, Appeal Cases (Third Series) |
| *adde* | ajouter |
| AJCA | AJ contrats d'affaires - concurrence – distribution (Dalloz) |
| AJ fam. | AJ famille |
| al. | alinéa |
| All ER | All England Law Reports |
| art. | article |
| art. préc. | article précité |
| BAG | Bundesarbeitsgericht |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| Bull. civ. | Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| CA | Cour d'appel |
| Cass. Ass. plén. | Arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation |
| Cass. civ. | Arrêt de chambre civile de la Cour de cassation |
| Cass. com. | Arrêt de chambre commerciale de la Cour de cassation |
| CCC | Contrats – concurrence – consommation |
| *cf.* | *confer* (se référer à) |
| Ch | Law Reports, Chancery Division (3rd Series) |
| chron. | chronique |
| Cmd. | Command |
| coll. | collection |
| comp. | comparer |
| *contra* | en sens contraire |
| D. | Recueil Dalloz |
| Defrénois | Répertoire Defrénois |
| dir. | sous la direction de (ouvrage collectif ou thèse) |
| Dr. et patr. | Droit & patrimoine |
| East | East's Term Reports, King's Bench |
| ed. | edition |
| éd. | édition |
| ER | English Reports |
| EWCA Civ | Court of Appeal (Civil Division) |
| EWHC | England & Wales High Court (Administrative Court) |
| fasc. | Fascicule |
| Gaz. Pal. | Gazette du Palais |
| GAJC | Grands arrêts de la jurisprudence civile |
| H.M.S.O. | Her/His Majesty's Stationery Office |
| *ibid.* | *ibidem* (au même endroit) |
| *in* | dans (référence d'un article au sein d'un ouvrage collectif) |
| *infra* | ci-dessous |
| JCP E | Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique) éd. Entreprise |

| | |
|---|---|
| JCP G | Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique) éd. Générale |
| JCP N | Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique) éd. Notariale |
| JZ | Juristenzeitung |
| KB | Law Reports, King's Bench |
| LG | Landgericht |
| LGDJ | Librairie générale de droit et de jurisprudence |
| Lloyd's Rep | Lloyd's Law Reports |
| LQR | Law Quarterly Review |
| *loc. cit.* | *loco citato* (à l'endroit cité) |
| LPA | Les petites affiches |
| MDR | Monatsschrift für Deutsches Recht |
| n° | numéro |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NJW-RR | Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report |
| not. | notamment |
| obs. | observations |
| OLG | Oberlandesgericht |
| *op. cit.* | *opus citatum* (ouvrage cité) |
| p. | page |
| pan. | panorama |
| préf. | Préface |
| PUAM | Presses universitaires d'Aix-Marseille |
| PUF | Presses universitaires de France |
| QB | Law Reports, Queen's Bench (3rd Series) |
| QBD | Law Reports, Queen's Bench Division |
| rappr. | rapprocher de |
| RDC | Revue des contrats |
| Rev. sociétés | Revue des sociétés |
| RG | Reichsgericht |
| RGZ | Reichsgericht in Zivilsachen |
| RIDC | Revue internationale de droit comparé |
| RJ com. | Revue de jurisprudence commerciale |
| RJDA | Revue de jurisprudence de droit des affaires |
| RTD civ. | Revue trimestrielle de droit civil |
| RTD com. | Revue trimestrielle de droit commercial |
| s. | suivants |
| somm. com. | sommaire commenté |
| spéc. | spécialement |
| *supra* | ci-dessus |
| trad. | Traduction |
| thèse préc. | thèse précitée |
| UKHL | United Kingdom House of Lords |
| v. | voir |
| *v°* | *verbo* (mot) |
| vol. | volume |
| WLR | Weekly Law Reports |

# Sommaire

*INTRODUCTION*

## PARTIE I – L'INTÉGRATION MINIMALE DES MOTIFS PAR LA CONTREPARTIE

### TITRE 1 – L'EXIGENCE D'UNE CONTREPARTIE

CHAPITRE 1 – LES FONDEMENTS DE L'EXIGENCE D'UNE CONTREPARTIE
CHAPITRE 2 – LE REGIME DE L'INTEGRATION DE LA CONTREPARTIE

### TITRE 2 – L'INSUFFISANCE DE LA CONTREPARTIE

CHAPITRE 1 – L'INSUFFISANCE DE LA CONTREPARTIE A LA FORMATION DU CONTRAT
CHAPITRE 2 – L'INSUFFISANCE DE LA CONTREPARTIE EN COURS D'EXECUTION DU CONTRAT

## PARTIE II – L'INTEGRATION APPROFONDIE DES MOTIFS PAR LA SANCTION DE L'INUTILITÉ DU CONTRAT

### TITRE 1 – LA SANCTION DE L'INUTILITE DU CONTRAT A SA FORMATION

CHAPITRE 1 – L'IMPOSSIBILITE JURIDIQUE DE SATISFACTION DES MOTIFS
CHAPITRE 2 – L'IMPOSSIBILITE MATERIELLE DE SATISFACTION DES MOTIFS

### TITRE 2 – LA SANCTION DE L'INUTILITE DU CONTRAT EN COURS D'EXECUTION

CHAPITRE 1 – L'IMPOSSIBILITE DES MOTIFS EXPRESSEMENT INTEGREE PAR UNE CONDITION
CHAPITRE 2 – L'IMPOSSIBILITE DES MOTIFS TACITEMENT INTEGREE AU CONTRAT

*CONCLUSION*

# INTRODUCTION

**1. De l'importance des motifs en droit.** La grandeur d'un acte ne préjugeant pas de la noblesse des intentions, « *[n]ous aurions souvent honte de nos plus belles actions, si le monde voyait tous les motifs qui les produisent* »[1]. Les motifs ne peuvent en effet être saisis que dans la mesure de leur extériorisation, laquelle est susceptible d'en travestir l'essence[2]. Ils se rapportent, suivant l'approche la plus générique, aux raisons à l'origine d'un phénomène, d'un comportement[3]. Étymologiquement, le motif, anciennement un adjectif, désigne ainsi ce « *qui a la propriété de mouvoir* »[4], et il se définit aujourd'hui couramment comme « *ce qui pousse à faire une chose* »[5]. D'après la terminologie juridique, il désigne alors le « *fondement* », la « *cause de justification* », ou « *raison de principe ou de circonstances invoquée pour justifier une décision ou un comportement* »[6].

Les motifs participent de la création du Droit et de sa mise en œuvre. En la matière, les motifs s'exposent, tout autant qu'ils s'imposent, non seulement en ce qu'ils permettent d'éclairer le sens d'une norme, d'une décision et d'en apprécier la portée, mais aussi en ce qu'ils concourent à en fonder la légitimité. La motivation est ainsi un aspect essentiel de l'activité législative et judiciaire : l'exposé des motifs, qui précède le travail du législateur, constitue un guide vers la juste interprétation de la loi, tandis que les juges doivent motiver leurs décisions[7] afin d'en garantir l'équité[8]. Aussi les motifs sont-ils au cœur de deux méthodes classiques d'interprétation des normes juridiques, aux côtés de la méthode littérale :

---

[1] LA ROCHEFOUCAULD, *Maximes.*

[2] V. M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *in Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle,* LGDJ, 2014, p. 301 s., v. n°4, p. 306 : « on parle aussi parfois de motifs implicites, de motivation implicite, lorsqu'il faut aller chercher, au-delà de la motivation expresse précisément, les autres raisons, plus profondes et donc souvent supposées plus « vraies », qui ont motivé un comportement ».

[3] V. R. PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, thèse Paris, Recueil Sirey, 1947, n° 1 : « Rationnellement, le hasard ne peut pas gouverner le monde sensible où tout est dominé par la loi de causalité. La volonté libre n'échappe pas à cette règle : pour qu'elle agisse, il lui faut une raison suffisante, un motif déterminant, si arbitraire soit-il (…). »

[4] *Dictionnaire Littré.*

[5] *Ibid.*

[6] *Vocabulaire juridique Capitant*, sous la direction de G. CORNU, PUF, 13ème éd., 2020, v° *Motifs.*

[7] Aussi, en droit français, la motivation des décisions de justice constitue une exigence figurant au rang des principes à valeur constitutionnelle (Conseil Constitutionnel, 3 novembre 1977, n° 77-101).

[8] Ayant souvent souffert le reproche d'une motivation trop brève, la Cour de cassation a réformé la rédaction de ses arrêts [v. https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/reformes_mouvement_8181/reforme_mode_redaction_arrets_9223/]. V. à sujet R. LIBCHABER, « Une motivation en trompe-l'œil : les cailloux du Petit Poucet », *JCP G* 2016.1088 : « l'essentiel est que par ce moyen, elle [la Cour de cassation] se sente contrainte à expliquer plus et mieux comment elle a tranché, ne serait-ce que pour dissiper le sentiment d'un possible arbitraire. Motiver, ce n'est pas seulement donner les motifs de la décision ; c'est aussi rechercher les motifs des motifs, seule façon d'aller au bout de la démarche herméneutique ».

l'interprétation d'après l'intention de l'auteur, suivant les préceptes de l'École de l'exégèse, et l'interprétation dite téléologique, selon laquelle le sens d'une règle est donné par la considération de la fonction qu'elle doit servir, en vue de son effet utile[9]. Selon JHERING, dont les travaux sont à l'origine du développement de la théorie allemande de l'*Interessenjurisprudenz*[10], « [*c*]*'est le but (Zweck), et non la logique qui est le « créateur de l'ensemble du droit »…il n'est pas de règle de droit qui ne doive son origine à un but, c'est-à-dire à un mobile concret* »[11]. Des intérêts déterminés se trouvent ainsi aux fondements du droit, et il importe de les connaître afin d'avoir une pleine compréhension de la norme qu'ils justifient. Les motifs sont ainsi recherchés en ce qu'ils portent la justification d'un acte auquel seront attachés des effets normatifs.

**2. Des motifs et mobiles contractuels.** D'après la définition donnée par l'article 1101 du Code civil, « *le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». Le contrat est ainsi un accord de volontés entre des parties qui recherchent la production d'effets de droit. Il s'agit, à partir des données d'une situation initiale, d'atteindre un certain résultat final. En tant qu'instrument juridique finalisé, le contrat est soutenu par des motifs. Les motifs du contrat se rapportent, comme pour toute autre norme juridique, aux raisons de sa conclusion, à sa cause, à son fondement. Les motifs contractuels font alors apparaître une difficulté résidant dans leur diversité. Les motifs, en ce qu'ils renvoient traditionnellement aux raisons éminemment personnelles des parties au contrat, sont présentés comme insaisissables par essence et variables par nature[12]. Face à la complexité immédiate des motifs contractuels, s'esquisse la tentation de les appréhender par réduction, c'est-à-dire en retranchant de la notion générique de motifs des sous-catégories qui ne seraient pas motifs juridiques. Les motifs sont ainsi souvent définis par opposition aux mobiles, quoique les deux termes soient parfois employés indistinctement[13]. Plusieurs distinctions des motifs et des mobiles ont été avancées.

Le motif se distinguerait tout d'abord du mobile par son caractère déterminant[14]. L'adjectif « déterminant » est d'ailleurs souvent adjoint au terme « motif » qui serait nécessairement singulier : le motif est la raison déterminante par opposition aux autres raisons,

---

[9] J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, 3ème édition, PUF, 2018, n° 144 et s.

[10] Théorie selon laquelle la règle de droit est présentée comme le produit d'intérêts [v. M. BUERGISSER, J.-F. PERRIN, « Interessenjurisprudenz – Statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement », *in Droit et intérêts*, dir. P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, vol. 1, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 249 et s.].

[11] JHERING, *Zweck im Rechts*, I, VIII, cité par C. WITZ, *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, 1992, n° 64.

[12] G. JEZE, « Essai d'une théorie générale sur l'influence des motifs déterminants sur la validité des actes juridiques en droit public français », *RDP* 1922, Paris, t. 39, p. 377 s., spéc. p. 378.

[13] Les motifs et les mobiles désignent alors indifféremment les raisons, de natures diverses, poussant une partie à contracter. V. D. BONNET, *Cause et condition dans les actes juridiques,* thèse, préface P. VAREILLES-SOMMIERES, LGDJ, 2005, n° 5.

[14] *Ibid.*, n° 6.

lesquelles sont alors qualifiées de mobiles. Une hiérarchisation des raisons de l'engagement serait ainsi possible et, à ce titre, le motif désignerait la raison prééminente de l'engagement. Cette opposition fondée sur le degré d'importance du motif dans le processus de motivation apparaît discutable. En effet, le propre d'une raison est de fonder l'action, dans le cas contraire elle n'en est pas la raison mais un simple fait contingent. A ce titre, il apparaît superflu d'adjoindre l'adjectif « déterminant » au motif : non seulement un motif, parce qu'il est une raison de l'engagement, exerce en tant que tel une influence incontestable sur la volonté d'une des parties au contrat[15], et il est donc, par nature, déterminant ; mais il est de plus tout à la fois artificiel et arbitraire de considérer qu'il n'existerait qu'un seul et unique motif véritablement déterminant.

Suivant une autre distinction, le motif serait orienté sur le passé tandis que le mobile viserait l'avenir[16]. Le motif se rapporterait donc aux éléments d'efficience de l'acte juridique, entendus comme les considérations relatives à la situation initiale ayant conduit à la conclusion du contrat, alors que les mobiles se réfèreraient aux éléments de finalité, c'est-à-dire les considérations relatives à la situation finale en contemplation de laquelle les parties s'engagent et que l'acte juridique doit permettre d'atteindre. Ainsi, par exemple, l'opération de défiscalisation qui tend à être réalisée par l'achat d'un immeuble spécifique constituerait non pas tant un motif mais un mobile de l'engagement[17].

Une dernière distinction résultant d'une approche non pas temporelle mais qualitative, correspondant à la conception kantienne du motif et du mobile[18], repose quant à elle sur l'idée que le premier est rationnel, objectif, tandis que le second est de l'ordre du sensible, subjectif. Dès lors, dans l'exemple précité, l'acquisition de l'immeuble constituerait le motif objectif tandis que l'opération de défiscalisation se rapporterait au mobile subjectif.

**3. La spécificité du droit français sur la question des motifs contractuels ?** Les distinctions mentionnées des motifs et des mobiles ne manquent pas de faire écho à celles dont a fait l'objet la cause qui est le concept sur le fondement duquel la question des motifs contractuels était classiquement traitée en droit français. En effet, dans le Code civil de 1804, resté en vigueur jusqu'en 2016, la cause constituait une condition de validité du contrat. La complexité du concept de cause et son caractère spécifique au droit français ont été jugés comme des facteurs d'isolement et de perte de compétivité de ce dernier par rapport aux autres

---

[15] J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, L.G.D.J. 2006, n° 1249, p. 812.
[16] L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé. Essai de Téléologie juridique*, t. II, Paris, Dalloz, 1928, spéc. n° 2 et n° 14 ; D. BONNET, thèse préc., n° 6.
[17] 1ère Civ. 13 février 2001, *Lucas c/ Villa,* n° 98-15.092 ; *JCP G* 2001. I. 330, obs. J. ROCHFELD ; *Defrénois* 2002. 476, note D. ROBINE ; *RTD civ.* 2001. 352, obs. J. MESTRE, B. FAGES.
[18] KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Librairie philosophique J. VRIN, 2004, p. 140.

droits européens, de sorte qu'ils ont constitué des arguments en faveur de sa suppression[19]. Suivant une première approche, la place des motifs contractuels en droit français serait ainsi traditionnellement très différente de celle qui leur est faite dans d'autres systèmes juridiques, à commencer par les deux autres systèmes exerçant une influence majeure à l'échelle européenne, à savoir les droits anglais et allemand. L'appréhension des motifs contractuels dans une perspective comparative suppose alors de considérer leur place au titre de l'ancienne exigence d'une cause en droit français.

**4. La prise en compte traditionnelle des motifs contractuels à travers la cause en droit français.** L'ancien article 1108 du Code civil imposait ainsi « *une cause licite dans l'obligation* », l'article 1131 précisant que « *[l']obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ».

La question se posait alors de savoir ce qui devait être entendu par cause. A ce titre, les distinctions classiques de la cause rejoignaient celles exposées ci-dessus au sujet de la notion de motifs. En effet, la cause efficiente a été opposée à la cause finale et la cause objective à la cause subjective[20]. Cette double distinction était nécessaire pour la compréhension du rôle de la cause en tant que condition de validité du contrat. La cause exigée pour la validité du contrat était ainsi d'abord entendue au sens de cause finale[21], désignant les éléments de finalité par opposition à la cause efficiente visant les éléments de la situation initiale qui ont conduit à la conclusion du contrat[22]. En ce sens, la cause concernait les éléments de la motivation des parties relatifs au but poursuivi. La distinction de la cause objective et subjective était, ensuite, appliquée de façon distributive suivant la nature du contrôle opéré. Le concept de cause permettait en effet de remplir un double contrôle : celui de l'existence d'une justification de l'engagement et celui de la licéité du but poursuivi. La cause était entendue de façon objective, abstraite, pour le contrôle de son existence, tandis qu'une acception subjective, concrète, était retenue s'agissant du contrôle de sa licéité[23].

---

[19] V. G. WICKER, « La suppression de la cause et les solutions alternatives », in *La réforme du droit des obligations en France, 5e Journées franco-allemandes*, Société de législation comparée, 2015, p. 107 s.

[20] Cette présentation a été largement contestée par une partie de la doctrine qui s'est attachée à en démontrer l'artificialité et à proposer des théories permettant de réconcilier les éléments objectifs et subjectifs, d'efficience et de finalité de l'acte juridique, lesquels participent ensemble de la notion de cause. V. P. HEBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », *op. cit.*, p. 421 et s. ; J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse, Jouve, 1920, p. 27 et s., spéc. p. 30 : « la cause est le mobile dont le droit tient compte » ; J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse, préf. P. RAYNAUD, L.G.D.J., 1971, n°154, p. 272 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, thèse, préf. J. AMIEL-DOMAT, L.G.D.J., 1997, n° 98 à 100 et n° 104 à 105 ; J. GHESTIN, *La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat - Le consentement*, 4ème édition, 2013, n° 529 et s.

[21] V. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, 12ème édition, Dalloz, 2018, n° 397 ; C. SOUCHON, « Rapport français », in *Objet, cause et lésion du contrat*, R. RODIERE (dir.), p. 37 et s. , spéc. p. 42 : « en droit français, la cause est toujours la cause finale ».

[22] J. GHESTIN, *La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat - Le consentement*, 4ème édition, 2013, n° 552.

[23] C. SOUCHON, « Rapport français », *op. cit.*, p. 42-43 : « La cause abstraite se retrouve alors à l'identique pour un même type de contrat, de sorte que la recherche de la motivation est classiquement limitée de façon *a priori* s'agissant du contrôle de l'existence

**5. Le caractère suffisant de l'existence d'une cause objective.** Aussi qualifiée de cause de l'obligation, la cause objective supposait une appréhension immédiate de l'acte juridique. Le critère de l'existence de la cause était satisfait, dans le contrat à titre onéreux, par la présence d'une contrepartie : l'obligation de l'acheteur de payer le prix de la vente était la cause de l'obligation du vendeur de transmettre la propriété du bien qui en est l'objet, et réciproquement[24]. Identifiée à la contrepartie, la cause objective se retrouvait à l'identique pour un même type de contrat : le paiement du prix en contrepartie du transfert de la propriété dans la vente, le versement d'un loyer en contrepartie de la jouissance du bien dans le contrat de bail, etc. Le contrôle de l'existence de la cause était ainsi satisfait par l'existence de la contrepartie dans les contrats à titre onéreux, tandis qu'elle s'identifiait à l'intention libérale pour l'acte à titre gratuit, c'est-à-dire à l'intention de ne rien recevoir en contrepartie d'un engagement[25]. La présence d'une contrepartie suffisait alors en principe à satisfaire l'exigence d'une cause, peu important que cette contrepartie soit inutile au regard du but concret poursuivi par les parties.

Étant classiquement entendue comme la cause objective, abstraite, identique pour un même type de contrat, la prise en compte des motifs par le biais de la cause apparaissait bien restreinte. Il n'était en principe pas permis aux parties de contester le contrat, sur le fondement de l'absence de cause, en arguant de la non-réalisation de leurs attentes au-delà de l'obtention de la contrepartie. La discrimination des motifs, jugés trop personnels [26] – d'aucuns y verront une lapalissade – des contractants était traditionnellement fondée sur le risque de contrarier l'impératif de sécurité juridique[27]. Au regard de cette conception objective de la cause, le principe retenu était d'ailleurs celui de l'indifférence des motifs. Les motifs étaient en effet davantage présentés comme opposés à la notion de cause du Code civil de 1804 que pris en compte sur le fondement de celle-ci[28]. Dans la mesure où la cause exprime l'idée de but, cette

---

de la cause ; tandis que le contrôle de la licéité de la cause appelle un examen des motifs plus personnels, dans la limite des motifs dits "déterminants", aussi désignés par la formule traditionnelle de "*cause impulsive et déterminante*" ».

[24] J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel,* 2ème édition, P. Aubouin, P. Emery et C. Clouzier, 1697, Première Partie, Livre 1er, Titre 1er, section première, V., p. 65 : « l'obligation qui se forme dans ces sortes de conventions, au profit de l'un des contractants, a toujours sa cause de la part de l'autre : et l'obligation serait nulle, si dans la vérité, elle était sans cause ».

[25] V. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 405 : « Ainsi, la cause de l'obligation qu'assume le donateur de transférer la propriété de la chose donnée s'incarnerait dans son désir de gratifier le donataire, dans son intention de ne rien recevoir en contrepartie ».

[26] V. H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 3ème édition, Editions La Mémoire du Droit, 2012, n° 4, p. 23 : « Le motif est la raison contingente, subjective et par là même variable avec chaque individu, qui détermine une personne à conclure un contrat » ; G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, 3ème édition, Tome Deuxième, L.G.D.J., 1949, n° 290 : « *Le motif au contraire* [de la cause] *est la raison purement individuelle et contingente pour laquelle une personne a contracté* ».

[27] V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2ème édition, « Obligations », t. VI, LGDJ, 1952, n° 251 : « pour assurer la sécurité nécessaire au commerce juridique, il a fallu décider que seuls certains motifs constituent la cause, et opposer la cause aux mobiles ».

[28] G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, *op. cit.*, n° 294 : « La considération d'une fin à atteindre n'est pas autre chose qu'un motif, même lorsqu'on le dénomme cause » ; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, thèse Paris I, préface J. GHESTIN, LGDJ, 1999, n° 267-268.

opposition aux motifs pouvait apparaître assez contestable[29]. Ces derniers étaient en revanche plus largement admis dans le cadre du contrôle de la licéité de la cause, laquelle était entendue de façon subjective.

**6. Le contrôle de la licéité de la cause subjective.** La cause subjective, aussi qualifiée de cause *du contrat*, était, dans une perspective plus lointaine, porteuse du but particulier projeté par la conclusion du contrat. Afin d'être véritablement opérant, le contrôle de la licéité de la cause autorisait une telle conception subjective de la cause. En effet, la seule considération de la contrepartie ne permet souvent pas de révéler l'illicéité du but poursuivi. Les motifs étaient ainsi largement admis lorsqu'il s'agissait de préserver des impératifs du système de droit[30]. Suivant une illustration classique, la cause objective de la conclusion d'un contrat de bail, c'est-à-dire la jouissance d'un immeuble en contrepartie du paiement d'un loyer apparaît licite mais la cause subjective, consistant en l'exploitation d'une maison de tolérances, ne l'est pas. La conception subjective de la cause, retenue pour le contrôle de sa licéité, permettait donc, d'avantage que la conception objective retenue pour le contrôle de son existence, une appréhension des motifs des parties. En ce sens, la prise en compte des motifs s'associait, en droit français, à la recherche de l'intention blâmable, coupable.

Si une cause était nécessaire, une cause objective était toutefois suffisante, de sorte qu'il n'était pas permis aux parties de contester le contrat, sur le fondement de l'absence de cause, en arguant de la non-réalisation de leurs motifs. Des arrêts, certes isolés et largement débattus par la doctrine, ont toutefois conduit à brouiller cette grille d'analyse classique de la cause en opérant un dépassement d'une conception objective de la cause. Le contrôle de l'existence de la cause a alors, en certaines occasions, conduit à la vérification de la satisfaction de l'utilité concrète poursuivie par les parties et, partant, de leurs motifs.

**7. La prise en compte des motifs dans le cadre de la subjectivisation de la cause.** Les arrêts rattachés au mouvement dit de « subjectivisation de la cause »[31] méritent d'être mentionnés dans la mesure où ils témoignent d'une prise en compte plus poussée des motifs sur le fondement de la cause, alors même que la question n'était pas celle de sa licéité. Ainsi, au stade du contrôle de l'existence de la cause, la Cour de cassation a pu conclure à l'absence

---

[29] Voir au sujet de l'intégration par la cause de motifs : P. HEBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », *in* Mélanges offerts à J. Maury, Dalloz-Sirey, 1960, t. II, p. 421 s., spéc. p. 446 : « La délimitation du cercle contractuel ne tient pas à la nature des motifs et de la cause mais s'y superpose, et dépend essentiellement de la volonté des parties, sauf au juge à la compléter en s'inspirant du souci de la sécurité des transactions ou de la sauvegarde de l'ordre public, ou de toute autre considération que l'opportunité commandera selon les cas » ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil, Obligations*, t. II, L.G.D.J., 1957, n°289 : « Cette distinction entre la cause et le motif ne nous paraît pas exacte. La considération d'une fin à atteindre n'est pas autre chose qu'un motif ».

[30] V. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 399 : « Quant à la cause du contrat, qui devait être licite, elle s'entendait du motif ou du but poursuivi par chaque contractant, et permettait ainsi un contrôle plus poussé de la conformité du contrat à l'ordre public et aux bonnes mœurs ».

[31] V. par ex F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 400 et 410.

de cause, en dépit de la présence d'une contrepartie lorsque que l'intérêt réellement poursuivi par la conclusion du contrat ne pouvait être atteint[32]. C'est le sens du célèbre arrêt *Point-club vidéo* dans lequel la Cour de cassation a considéré que, dès lors que « *l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible, la cour d'appel en a exactement déduit que le contrat était dépourvu de cause* »[33]. L'obligation des preneurs de payer le prix de la location des cassettes vidéo avait bien une contrepartie consistant en la mise à disposition des cassettes. Néanmoins, le contrat de location des cassettes ne pouvait permettre l'exercice de l'activité commerciale dont il était le support exclusif et pour laquelle il avait été conclu. La cause a donc ici intégré la considération, subjective, de « *l'économie voulue par les parties* », du but subjectif poursuivi par la conclusion du contrat.

Le dynamisme de la cause, décrite comme un instrument de « *justice contractuelle* »[34], détonne ici avec la rigidité du cloisonnement théorique dont elle était l'objet. Les juges auraient en effet, au stade du contrôle de l'existence de la cause, eu recours à la notion de cause subjective, nécessitant de « *scruter les motivations de chacun* »[35], ce qui n'est en principe admis que pour le contrôle de la licéité. D'autres solutions peuvent être relevées en ce sens[36]. A la suite de cette jurisprudence certains auteurs ont proposé de définir la cause objective comme la contrepartie convenue, laquelle suppose une appréciation concrète de ce que les parties ont intégré dans le champ contractuel[37].

Limitée dans le cadre de l'appréhension classique de la cause objective, marginale au regard du caractère isolé des arrêts de subjectivisation de la cause, la notion de cause, renvoyant

---

[32] V. D. MAZEAUD, note sous Cass. 1ère civ., 10 février 1998, D. 1998, p. 539 et s., n° 8 : « Par plusieurs décisions, plus ou moins spectaculaires, la Cour de cassation ne se contente plus, désormais, de confier à la cause son rôle traditionnel de garantie abstraite et désincarnée contre les engagements dénués de toute contrepartie. Elle lui assigne aussi une mission plus ambitieuse, mais aussi plus audacieuse en termes de sécurité juridique : en effet, la cause est parfois utilisée en tant qu'instrument de contrôle de l'utilité, de l'intérêt du contrat ».

[33] Cass. civ. 1ère 3 juillet 1996, *Point-club vidéo, Bull. civ*. I, n° 286 ; *D*. 1997. 500, note REIGNE ; *RTD civ*. 1996. 901, obs. MESTRE ; *Defrénois* 1997. 336, obs. D. MAZEAUD.

[34] V. J.-P. CHAZAL, « Théorie de la cause et justice contractuelle », *JCP G* 1998, I, n° 152 ; J.-M. GUEGUEN, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *D.* 1999, p. 352 et s.

[35] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 388.

[36] Le célèbre arrêt *Chronopost* [Com. 22 octobre 1996, *Chronopost*, n° 93-18.632, *D.* 1997. 121, note A. SERIAUX ; *D.* 1997. 145, note C. LARROUMET ; *D.* 1997. 175, note P. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1997. 418, note J. MESTRE ; *RTD civ.* 1998. 213, note N. MOLFESSIS] figure également parmi les arrêts de subjectivisation de la cause. Dans cet arrêt les juges ont en effet opéré un dépassement de la conception objective de la cause en sanctionnant, sur le fondement de cette dernière, la clause qui contredisait l'intérêt d'une partie au contrat, en dépit de l'existence d'une contrepartie. Il a ainsi été retenu que « *[t]oute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». Pour une analyse de cette solution v. *infra*, n° 121 et s. V. Rappr. Cass. com. 18 mars 2014, n° 12-29.453 ; D. BAKOUCHE, « Le contrôle de l'existence de la cause dans la jurisprudence de la Cour de cassation : l'abandon d'une subjectivisation », *Lexbase* 2014, n° 588 ; C. CARON, « La cause du contrat de licence de marque », *CCE* n° 10, 2014, comm. 77 ; L. LEVENEUR, « Le contrat de licence de marque est moins rentable qu'espéré : le licencié peut-il refuser de payer la redevance convenue ? », *CCC* n° 6, 2014, comm. 123 ; D. MAZEAUD, « A propos de quelques petits arrêts de la jurisprudence civile », *D*. 2014, p. 1915 ; C. DELANGLE, « La fausse opposition de la cause objective et de la cause subjective : à propos de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 18 mars 2014 (n° 12.29-453) », *JCP E* 2015, 1224.

[37] J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *op. cit.*, n° 571 et s.

pourtant explicitement aux raisons de l'engagement, faisait une place restreinte aux motifs en droit du contrat. La réforme du droit des obligations opérée par l'ordonnance du 10 février 2016[38] n'a pas bouleversé ce traitement des motifs en supprimant la notion de cause du droit français[39].

**8. La place des motifs résultant du maintien des fonctions de la cause par la réforme en droit français.** Depuis la réforme, la validité du contrat est l'objet, dans le Code civil, d'une section II – faisant suite à une section I sur la conclusion du contrat – du chapitre II sur la formation du contrat[40]. Au nombre de trois, les conditions de validité sont le consentement des parties, leur capacité à contracter et un contenu licite et certain[41]. La cause ne figure plus parmi les conditions de validité du contrat. En dépit de cette suppression, les fonctions qui étaient assurées par les notions de cause objective et de cause subjective sont maintenues au titre de l'exigence d'un contenu licite et certain[42]. La réforme a ainsi expressément consacré la notion de contrepartie à laquelle était identifiée la cause objective. Mentionnée dans la définition du contrat à titre onéreux de l'article 1107, l'absence de contrepartie conduit à l'invalidité du contrat puisque, selon l'article 1169, la contrepartie illusoire ou dérisoire entraîne la nullité du contrat. Par ailleurs, le but poursuivi par les parties est expressément désigné comme l'objet du contrôle de la licéité du contrat. En effet, le nouvel article 1162 dispose que « *[l]e 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* ». La mention du but autorise ici une analyse plus poussée des motifs des parties. La recherche des motifs qui était requise au titre du contrôle de la licéité de la cause apparaît donc toujours nécessaire, au moins pour l'examen de la licéité du but. Le rôle joué par les motifs contractuels sur le fondement de la cause est donc maintenu malgré la suppression de cette dernière.

La prise en compte des motifs pour la validité du contrat dépasse toutefois le cadre des solutions qui étaient auparavant fondées sur la cause. Ce constat, qui pouvait déjà être fait avant la suppression de la cause, s'impose d'autant plus au regard des nouveaux textes du Code civil issus de la réforme.

---

[38] Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

[39] Sur les divergences s'agissant du sort réservé à la cause dans les avant-projets de réforme, v. not. H. BOUCARD, « La réforme, de la doctrine à l'ordonnance », in *La réforme du droit des obligations en France, 5èmes journées franco-allemandes*, (dir.) R. SCHULZE, G. WICKER, G. MÄSCH, D. MAZEAUD, Société de Législation Comparée, 2015, p. 27 et s., spéc. n° 6 et s.

[40] Dans le cadre du Sous-titre Ier, consacré au contrat, du titre III relatif aux sources d'obligations.

[41] V. article 1128 du Code civil.

[42] Sur le maintien des fonctions de la cause v. G. WICKER, « La suppression de la cause et les solutions alternatives », in *La réforme du droit français des obligations*, *5èmes Journées franco-allemandes*, *op. cit.*, p. 107 et s. ; G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.* 2015. 1557 ; G. WICKER, « La réforme du droit français du contrat : de la cause à la causalité juridique », in *Nouveaux défis du droit des contrats en France et Europe*, (dir.) G. MÄSCH, D. MAZEAUD, R. SCHULZE, p. 53 et s.

**9. La place des motifs fondée sur l'erreur.** La cause, en ce qu'elle constituait une condition de validité du contrat, n'était pas le seul fondement à la prise en compte des motifs contractuels en droit. En effet, il est classiquement exigé, pour la validité du contrat, que le consentement ait été donné librement et qu'il soit exempt de vices[43]. Il en résulte que le fait d'avoir commis une erreur déterminante de son consentement est, sous certaines conditions, une cause de nullité du contrat. La mise en œuvre de l'erreur permet alors de prendre en compte les motifs des parties puisque celles-ci peuvent se prévaloir de l'invalidité du contrat en cas de représentation inexacte d'un élément essentiel sur la base de laquelle elles ont donné leur consentement, ce qui renvoie à un motif de leur engagement.

Avant la réforme, la notion de motif n'était toutefois pas visée par l'erreur, bien au contraire. Il était enseigné, d'une part, que l'erreur devait porter sur la substance de la chose objet du contrat – ce qui correspondait à la terminologie du Code civil de 1804 – et, d'autre part, que l'erreur sur les motifs était indifférente[44]. La substance de la chose était ainsi opposée aux motifs de l'engagement, ce qui était renforcé par une appréciation limitée de la notion de substance, originellement entendue comme les qualités physico-chimiques de la chose objet du contrat[45]. La jurisprudence ne s'en est toutefois pas tenue à une acception matérielle de la notion de substance[46] : elle intégra dans la notion de substance les qualités substantielles de la chose. L'erreur était alors retenue lorsqu'elle portait tant sur la matière de la chose[47] que sur sa valeur artistique[48] ou son aptitude à remplir l'usage auquel l'*errans* la destinait[49]. Sous cet angle, les éléments pouvant faire l'objet d'une erreur constituaient bien des motifs de l'engagement, d'autant plus que l'erreur était appréciée *in concreto*, c'est-à-dire du point de vue concret de l'*errans.* Ainsi, l'erreur sur l'authenticité d'un tableau constituait une erreur classiquement admise[50]. Or le fait, par exemple, qu'une toile soit d'un auteur renommé est assurément un motif de l'engagement d'un collectionneur qui, à ce titre, accepte de payer un prix plus élevé que s'il s'était agi d'un inconnu.

Afin d'intégrer l'évolution jurisprudentielle quant à l'appréciation de la substance, la réforme de 2016, opérant en la matière une codification à droit constant, a modifié la désignation de l'objet de l'erreur qui porte désormais sur les qualités essentielles. Ces qualités

---

[43] V. article 1130 et suivants du Code civil.
[44] V. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 280.
[45] *Ibid.*
[46] C'est dire que le fameux exemple de POTHIER, selon lequel il y a erreur sur la substance lorsque l'acheteur croit acheter des chandeliers en argent alors qu'ils sont en réalité en cuivre argenté, n'illustre que très partiellement l'idée de substance (POTHIER, *Traité des obligations*, Tome 1, Thomine et Fortic, 1821, n° 18).
[47] V. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 280.
[48] *Ibid.*
[49] *Ibid.*
[50] *Ibid.*

essentielles sont définies par l'article 1133 du Code civil comme « *celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté* ». Qu'est-ce qu'une qualité essentielle, « *de telle nature que sans elle l'une des parties n'aurait pas contracté* »[51] si ce n'est un motif de l'engagement ? Outre l'erreur sur les qualités essentielles, l'article 1135, alinéa 1er du Code civil consacre l'erreur sur les motifs qui ont été essentialisés par les parties[52]. Ainsi, après avoir énoncé que l'erreur sur un « *simple motif* » ne peut entraîner la nullité du contrat[53], le texte précise qu'il en est autrement si les parties ont expressément fait de ce motif « *un élément déterminant de leur consentement* ». Cette possibilité d'essentialiser un motif, consacrée par la réforme, renvoie à la problématique traditionnelle du contenu du champ contractuel. Suivant la pensée de CAPITANT, l'expression de « champ contractuel » désigne ce qui a été convenu par les parties au contrat, ce qui est connu et voulu par elles[54]. Dans une conception moins subjective et volontariste, le champ contractuel peut se définir comme la réunion de l'ensemble des éléments essentiels susceptibles de produire des effets juridiques sur ce dernier[55]. A ce titre bien qu'étant, en principe, exclus du champ contractuel[56], il est traditionnellement admis que les motifs peuvent s'y retrouver intégrés par les parties qui conviennent de son caractère déterminant du contrat[57]. Le motif intégré n'est alors plus un simple motif : il est érigé au rang d'élément du champ contractuel avec les effets qui en résultent, l'ensemble des autres raisons n'ayant pas fait l'objet d'une telle intégration demeurant, par ailleurs, purement et simplement indifférent.

L'admission d'une erreur sur un simple motif suppose donc l'essentialisation de ce dernier par les parties, à défaut de quoi elle est indifférente, sauf à ce qu'elle résulte d'un dol, c'est-à-dire si elle est intentionnellement provoquée par le cocontractant de l'*errans*. Le dol permet, en effet, traditionnellement la sanction d'erreurs indifférentes, ce que consacre l'article

---

[51] Civ. 28 janvier 1913, *S.* 1913.1.487.

[52] G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil,* 2ème éd., Dalloz, 2018, n° 317.

[53] Il peut être relevé que la formulation indirecte et négative de l'erreur sur un motif, laquelle n'est pas admise à moins que les parties aient essentialisé le motif en question, s'inscrit dans le rejet traditionnel de principe des motifs, lesquels sont présentés comme indifférents en matière d'erreur. V. à ce sujet G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 316-317 ; M. LATINA, « La condition dans l'ordonnance du 10 février 2016 », *JCP* 2016.1503 : « Dans le Code civil issu de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, les motifs qui ont poussé les parties à s'engager sont, en principe, et comme en droit positif, chassés de la sphère contractuelle ».

[54] H. CAPITANT, *op. cit.*, n° 4, p. 23.

[55] Ce qui conduit à intégrer dans le champ contractuel l'ensemble des éléments de la situation contractuelle pris en compte par les droits dans la détermination du régime juridique du contrat, soit produisant des effets sur ce dernier, peu important qu'ils soient simplement contingents et non voulus, ni même connus par les parties.

[56] H. CAPITANT, *op. cit.*, n° 4, p. 24 ; J. ROCHFELD, thèse préc., n° 267 : « Le champ contractuel représente cette frontière qui distingue les motifs de la cause ».

[57] H. CAPITANT, *op. cit.*, n° 4, p. 24 au sujet du motif personnel du débiteur : « Peu importe même que le créancier l'ait connu en fait ; cela ne suffit pas pour l'intégrer dans le contrat. Il n'en serait autrement que si les parties en avaient fait un élément de celui-ci, c'est-à-dire s'il avait été, pour les deux parties, la raison déterminante de leur accord ».

1139 du Code civil aux termes duquel l'erreur provoquée par dol est une cause de nullité quand bien même elle porterait sur « *un simple motif du contrat* ».

En définitive, les conditions de validité du contrat relatives à la contrepartie, à la licéité du but et à l'erreur fondent une prise en compte assez importante des motifs des parties. La place de ces derniers au sein de la théorie contractuelle ne résulte toutefois pas seulement des conditions de validité du contrat.

**10. La prise en compte des motifs au-delà de la validité du contrat en droit français.** En dehors du cadre de l'examen de la validité du contrat, les motifs sont susceptibles de jouer un rôle déterminant au stade de son exécution. Il en est ainsi traditionnellement lorsque les parties recourent à une technique contractuelle particulière permettant de lier le sort de leur contrat à un événement futur et incertain duquel dépend la satisfaction de leurs motifs. Cette technique est celle de la condition. Avant la réforme de 2016, la condition avait d'ailleurs pu être présentée comme permettant l'intégration dans le champ contractuel des motifs ne participant pas de la cause[58]. D'après la définition donnée par l'article 1304 alinéa 1er du Code civil, « *l'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain* ». Deux types de condition sont alors classiquement distingués : la condition suspensive et la condition résolutoire. Dans les deux cas le contrat est valablement formé mais ses effets sont liés à la satisfaction des motifs des parties, eu égard à l'incertitude d'un événement futur déterminant de leurs attentes. Par exemple, si le preneur à un contrat de location d'un véhicule automobile est motivé par la perspective d'obtenir prochainement une mutation, une condition portant sur cet événement futur et incertain peut être intégrée dans l'acte, à défaut de quoi ce motif est indifférent. Ainsi, les parties pourront prévoir que les obligations sont suspendues à la mutation du preneur, de sorte qu'elles seront pures et simples au moment de l'obtention de cette dernière – ce qui correspond à la technique de la condition suspensive – ou encore elles peuvent prévoir qu'elles ne seront plus tenues de s'exécuter dans le cas où la mutation ne serait pas intervenue dans un certain délai – ce qui correspond à la technique de la condition résolutoire. La condition peut donc conduire à la remise en cause d'un contrat valablement formé sur le fondement de l'insatisfaction des motifs des parties.

---

[58] J. ROCHFELD, thèse préc., n° 254 et s. ; D. BONNET, thèse préc., *passim,* v. par ex. n° 28 : « L'aptitude des notions de cause et de condition à porter, de manière distributive, tout mobile dont dépend la satisfaction recherchée à travers le contrat, en fait deux instruments irremplaçables même s'il faut déplorer qu'ils ne soient pas toujours formellement identifiés. Car, à partir du moment où une considération psychologique – notamment l'utilité – est incluse dans l'acte, l'on doit admettre la difficulté de discerner la condition de la cause dans le support utilisé. C'est ainsi que, parfois porté par la stipulation causale, le mobile pourra parfois également être véhiculé par une stipulation conditionnante. » ; G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, (dir.) P. REMY-CORLAY, D. FENOUILLET, Dalloz, 2003, p. 151 et s. : M. WICKER distingue ainsi le « motif-cause » du « motif-condition », v. not. n° 10 : « il peut être difficile pour un contractant de faire le départ, parmi les déclarations de l'autre, entre les motifs essentiels et ceux qui sont simplement adventices, c'est-à-dire accidentels. Or c'est à cette distinction que correspond, en droit français, la distinction entre le motif qui intègre la cause et celui qui joue seulement le rôle de condition ».

Outre la technique de la condition à laquelle peuvent recourir les parties afin de s'assurer de la pleine satisfaction de leurs attentes, un certain nombre d'institutions relatives à l'exécution du contrat conduisent à la prise en compte de leurs motifs. D'après M. CERMOLACCE, « *l'exécution apporte quelque chose d'autre au contrat que la simple réalisation mécanique des engagements souscrits* » et « *par sa nature même contribue en quelque sorte à faire entrer la notion de temps dans le contrat* »[59]. Le contrat doit ainsi être appréhendé dans le temps, ce qui impose de considérer l'évolution de son contexte. A ce titre, avant la suppression de la cause par la réforme de 2016, un courant doctrinal avait défendu la théorie de la permanence de la cause[60]. Suivant l'analyse d'un auteur, « *[l]a permanence de la cause du contrat conduit à envisager la perte d'utilité de la convention durant son exécution* »[61]. L'idée était alors que la cause devait exister au moment de la conclusion du contrat, en tant que condition de sa validité, mais aussi se maintenir pendant son exécution[62]. A l'appui de cette théorie, il avait alors pu être relevé que la permanence de la cause était sous-jacente à certains mécanismes du Code civil[63], tels que la résolution pour inexécution, l'exception d'inexécution[64]. La jurisprudence elle-même aurait consacré la théorie de la permanence de la cause dans un cas de survenance d'un événement imprévisible[65]. De nouvelles dispositions du Code civil, issues de la réforme de 2016, s'inscrivent manifestement dans le sens de la consécration de la théorie de la permanence de la cause, elles en font à tout le moins l'écho. En effet, l'article 1195 règle désormais la question du changement imprévisible des circonstances rendant l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque. A ce titre, le contractant, dont l'intérêt au contrat se retrouve gravement affecté par la survenance d'un changement de circonstances imprévisible, peut invoquer le bénéfice de ce nouveau dispositif. En dehors des hypothèses d'imprévision, l'article 1186 prévoit la caducité du contrat

---

[59] A. CERMOLACCE, thèse préc., n° 139.

[60] V. la démonstration faite du rôle de la cause au-delà de la phase de formation du contrat par H. CAPITANT, *De la cause des obligation*, *op. cit.*

[61] A.-S. LAVEFVE-LABORDERIE, thèse préc., n° 713.

[62] V. A. CERMOLACCE, *Cause et exécution du contrat*, thèse PUAM, préface J. MESTRE, 2001, n° 71 ; A.-S. LAVEFVE-LABORDERIE, thèse préc., n° 642.

[63] A. CERMOLACCE, thèse préc., n° 120.

[64] *Ibid*., n° 121.

[65] Ainsi, par exemple, elle a pu se fonder sur la disparition de la cause en cours d'exécution du contrat pour justifier la résolution d'un contrat de bail au visa de l'article 1184 du Code civil. V. Cass. civ. 14 avril 1891, *S.* 1894, 1, p. 391 ; H. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, 12 éd. par F. TERRE et Y. LEQUETTE, Dalloz 2008, n° 179 : dans cette affaire, le preneur d'un bail à n'avait pu remplir la totalité de son obligation, consistant à planter des vignes, en raison de l'invasion du phylloxéra et le bailleur avait dès lors demandé la résiliation du bail sur le fondement de l'article 1184 du Code civil. La Cour de cassation a affirmé, à l'occasion de cet arrêt, 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* ». V. aussi Com. 29 juin 2010, n° 09-11841 ; *RTD civ.* 2010. 555, obs. B. FAGES ; *JCP E* 2010. 1790, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; *LPA* 8 sept. 2010, note C. GRIMALDI ; *RDC* 2010. 1220, obs. Y.-M. LAITHIER, et 1253, obs. O. DESHAYES ; D. MAZEAUD, « L'arrêt Canal « moins » ? », *D.* 2010, p. 2481 : « la Cour de cassation admet implicitement et potentiellement avec cet arrêt la caducité du contrat pour imprévision sur le fondement de la cause ».

valablement formé si l'un de ses éléments essentiels disparaît, ce qui permet d'envisager la perte d'utilité du contrat en cours d'exécution et, donc, l'impossibilité des motifs postérieurement à sa formation.

**11. La remise en cause du paradigme de l'indifférence des motifs**. D'autres dispositions, dont la mise en œuvre intègre des motifs contractuels, pourraient être relevées en droit français. Il n'est pas nécessaire de les présenter, à ce stade, pour illustrer la nécessité d'une remise en cause du principe traditionnel de l'indifférence des motifs. Les motifs ont, en effet, une place essentielle dans le phénomène contractuel, ce qui rend le postulat de leur indifférence pour le moins paradoxal. Un aperçu des solutions retenues dans d'autres droits que le droit français tend à établir l'inexorabilité de la prise en compte des motifs contractuels. Les droits anglais et allemand seront considérés. En dépit de leur forte spécificité, ils intègrent, à l'instar du droit français, un certain nombre d'institutions sur le fondement desquelles les motifs contractuels sont pris en compte en droit du contrat.

**12. L'exigence d'une *consideration* pour la reconnaissance du contrat en droit anglais.** La place des motifs contractuels se présente de façon relativement immédiate en droit anglais à travers une institution fondamentale : la *consideration*. La reconnaissance d'un contrat suppose, en effet, d'identifier trois éléments : la rencontre d'une offre et d'une acceptation (*offer and acceptance*), l'*intent to create legal relations*[66] et une *consideration*[67]. La *consideration* se présente alors comme le critère de la force obligatoire du contrat, à défaut du recours à un formalisme particulier[68]. Une condition relative aux motifs de l'engagement est ainsi imposée pour la reconnaissance d'un contrat juridiquement obligatoire. La *consideration*, d'essence utilitariste, « *s'applique, par hypothèse, aux contrats à titre onéreux, c'est-à-dire aux seuls contrats dont le caractère obligatoire est utile au commerce* »[69]. La *consideration* renvoie, en ce sens, à la notion de contrepartie. Un auteur relève ainsi que « *la notion anglaise de la* consideration *est une notion plus étroite, plus stricte que la notion latine de* causa », puisqu' « *elle implique essentiellement l'idée de contrepartie* »[70]. En toute hypothèse, la *consideration* permet une certaine prise en compte des motifs contractuels. Il en est de même d'autres institutions qui concernent la question de la validité du contrat.

**13. La prise en compte des motifs au titre des *vitiating factors* en droit anglais.** En *common law*, les parties sont tenues par le contrat conclu en vertu de la « *sanctity of*

---

[66] Ce qui se réfère à l'intentionnalité juridique.
[67] V. par ex. E. MCKENDRICK, *Contract Law, Text, Cases, and Materials*, 5ème éd., Oxford, 2012, p. 19 et s.
[68] V. R. DUXBURY, *Contract Law*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, 2011, n° 1-007.
[69] C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat, Etude comparative*, thèse, préface M. GORE, L.G.D.J., 2008, n° 405.
[70] H. DE PAGE, *L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé*, Bruylant, 1957, p. 138.

*contracts* »[71], laquelle se traduit techniquement par la notion d'*enforceability*. Un contrat est dit *enforced* lorsque son exécution, entendue au sens large, est imposée aux parties, de sorte qu'un contrat *enforceable* est celui qui présente l'aptitude à être juridiquement contraignant pour ses auteurs[72]. La force obligatoire du contrat dépend toutefois de sa validité : en application du « *no obligation principle* », l'accord est dénué de caractère contraignant à défaut de constituer un contrat valable[73]. Les motifs sont alors pris en compte au titre de la mise en œuvre de certains *vitiating factors*[74], c'est-à-dire des institutions permettant de le contester[75].

Cela se vérifie tout d'abord s'agissant de la mise en œuvre de l'erreur. La *common law* admet la remise en cause du contrat en cas d'inexactitude de la représentation d'éléments essentiels déterminants du consentement des parties, ce qui relève de la notion de *mistake*. Plusieurs types d'erreurs admises sont distingués et certaines d'entre elles portent sur « *l'existence, ou éventuellement l'identité, de la chose objet du contrat* », ou sur la « *qualité de la chose objet du contrat* »[76]. L'erreur est classiquement présentée comme fondée sur l'idée d'une impossibilité d'exécuter le contrat tel que voulu par les parties, conformément à ce

---

[71] J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, 29ème éd., Oxford, 2010, p. 7 s. ; M.-P. WELLER, *Die Vertragstreue: Vertragsbindung - Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue*, Habilitationsschrift, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, p. 118 s. ; TALLON et D. HARRIS, « Introduction au droit anglais des contrats », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987, n° 2 : « [s]'agissant à présent de la force obligatoire du contrat, un trait qui a frappé tous les observateurs continentaux est le caractère absolu de l'obligation contractuelle : l'engagement né de la promesse est conçu non comme un devoir de diligence mais comme la garantie d'un résultat (…) ». La force obligatoire du contrat a longtemps pu être justifiée par des considérations morales, issues du précepte religieux de la foi jurée, s'exprimant par le principe du respect de la parole donnée [v. B. COOTE, *Contract as Assumption, Essays on a Theme*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 19 : l'auteur envisage les différents fondements qui ont pu être avancés pour justifier l'engagement contractuel et constate alors qu'« [i]n the past, morality and religion have been accepted reasons » ; C. FRIED, « The Ambitions of Contract as Promise », in *Philosophical Foundations of Contract Law*, (dir.) G. KLASS, G. LETSAS & P. SAPRAI, Oxford, 2014, p. 17 et s. ; v. *contra* R. E. BARNETT, « Contract Is Not Promise ; Contract Is Consent », in *Philosophical Foundations of Contract Law*, *op. cit.*, p. 42 et s.]. Suivant une autre approche, la force obligatoire du contrat se fonderait sur l'idée qu'il constitue un acte de prévision sur lequel autrui a pu compter, c'est-à-dire que sa force contraignante s'imposerait au regard de la confiance légitime qu'il fait naître [v. B. COOTE, *op. cit.*, p. 20 et s. au sujet de la *reasonable expectations theory* et sa déclinaison à travers la *reliance theory* ; *rappr.* J. RAZ « Is There a Reason to Keep a Promise ? », in *Philosophical Foundations of Contract Law*, *op. cit.*, p. 58 et s, spéc. p. 73 : « [t]he general point of promising, I conclude, is to give promisees the normative assurance of the promised act »].

[72] ANSON définit d'ailleurs le contrat comme « *an agreement enforceable in law* » [cité par W. SWAIN, *The Law of Contract, 1670-1870*, Cambridge, 2015 p. 204].

[73] V. S. A. SMITH, *Contract Theory*, Clarendon Law Series, 2004, p. 249 : « the no obligation principle is internal to contract law. It supposes that the reason the contract is unenforceable is that no valid contract was created – just as if, say, the contract lacked consideration or a necessary formality ».

[74] Littéralement : les facteurs viciant le contrat. V. par ex. J. CARTWRIGHT, *Contract Law, An Introduction to the Eglish Law of Contract for the Civil Lawyer,* 3rd ed., Bloomsbury, 2016.

[75] Ces *vitiating factors* ne sont généralement pas expressément désignés comme des conditions de validité du contrat par la doctrine. Si les notions de *valid contract* [littéralement : contrat valable. V. par ex E. MCKENDRICK, *op. cit.*, p. 49] ou encore celle de *validity* [littéralement : validité. V. par ex. E. MCKENDRICK, *op. cit.*, p. 520] ne sont pas inconnues, elles ne constituent pas une subdivision classique de la matière. Se retrouvent d'ailleurs davantage les expressions *vitiating elements* [Littéralement : les éléments viciant le contrat. V. par ex. N. ANDREWS, *Contract Law*, 2ème éd., Cambridge University Press, 2015.], *vitiating factors* [Littéralement : les facteurs tendant à anéantir l'engagement contractuel. V. J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *op. cit.*], *factors tending to defeat contract liability* [Littéralement : les facteurs tendant à anéantir l'engagement contractuel. V. J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *op. cit.*], ou encore *factors rendering a contract defective* [Littéralement : les facteurs rendant un contrat défectueux. V. A. BURROWS, *A Restatement of the English Law of Contract,* Oxford, 2016.].

[76] E. MCKENDRICK, *op. cit.*, p. 723.

qu'elles ont convenu[77]. L'erreur admise en droit anglais est opposée à l'erreur, indifférente, sur de simples motifs. Les éléments déterminants du consentement des parties pouvant faire l'objet d'une erreur sanctionnée sont ainsi opposés aux simples motifs, qui désignent alors les raisons personnelles des parties ne participant pas de leur accord. Par exemple, dans l'arrêt *Smith v Hughes*[78], l'erreur sur l'âge de l'avoine achetée par un éleveur de chevaux de course ne fut pas admise – alors même que cette qualité était déterminante de son consentement – dans la mesure où il s'agissait d' « *un simple motif opérant chez l'acheteur et le poussant à acheter* », lequel ne pouvait être confondu « *avec une condition essentielle de formation du contrat. (...)* ». Si la *mistake* permet donc de prendre en compte des éléments essentiels déterminants du consentement des parties – qui peuvent, en tant que tels, être qualifiés de motifs contractuels – ce n'est pas le cas de simples motifs qui n'ont pas été convenus par les parties[79]. L'erreur sur un motif déterminant du consentement d'une partie est plus largement admise lorsqu'elle résulte d'une *misrepresentation*, c'est-à-dire lorsqu'elle a été provoquée par une affirmation – entendue au sens large – erronée de son cocontractant[80].

L'*illegality* constitue un autre *vitiating factor* sur le fondement duquel sont pris en compte les motifs contractuels. En effet, le droit anglais refuse de reconnaître la force obligatoire des contrats dont le but (*purpose*) est *illegal*, sur le fondement d'un texte (*statutory illegality*) ou de l'ordre public (*common law illegality*)[81]. Les motifs illicites des contractants fondent ainsi l'impossibilité pour ces derniers de se prévaloir du contrat.

Un dernier *vitiating factor* peut être mentionné s'agissant d'établir l'importance du rôle des motifs contractuels en droit anglais : il s'agit du cas où le contrat est qualifié de *frustrated*, en application de la théorie de la *frustration*. La doctrine de la *frustration* concerne l'impossibilité d'exécution du contrat conformément aux attentes des parties, en raison de développements inattendus en cours d'exécution, ce qui conduit à les libérer de leurs engagements. Dans un arrêt constituant un *leading case* en la matière, les juges ont ainsi justifié la doctrine de la *frustration* par l'idée que « *le fondement de ce que les parties sont réputées avoir eu en contemplation a disparu, et le contrat lui-même s'est dissout avec son*

---

[77] P. S. ATIYAH, S. A. SMITH, *Introduction to the Law of Contract*, 6th ed., Clarendon Press - Oxford, 2005 p. 183.
[78] *Smith v Hughes* (1871) L.R. 6 QB.
[79] V. les propos du Lord Chief Justice COCKBURN dans l'arrêt *Smith v Hughes* (1871) L.R. 6 QB : « The defendant believed the oats to be old, and was thus induced to agree to buy them, but he omitted to make their age a condition of the contract » [notre traduction : « Le défendeur croyait que l'avoine était vieille, ce qui l'a poussé à accepter la vente, mais il a omis de faire de l'âge de l'avoine une condition du contrat »].
[80] V. R. DUXBURY, *Contract Law*, 2nd ed., 2011, Sweet & Maxwell, n° 11-020 et s.
[81] V. M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, 6th ed., Oxford, 2018, p. 600 et s.

*fondement* »[82]. La mise en œuvre de la *frustration* permet ainsi d'envisager la perte d'utilité du contrat, qui intervient au cours de son exécution et ne doit pas être laissée à la charge des parties.

**14. L'intégration des motifs par une *condition* en droit anglais.** En dehors du cadre de la mise en œuvre des *vitiating factors*, les motifs sont amenés à jouer un rôle déterminant du contrat dès lors qu'ils font l'objet d'une *condition*. Le contrat qualifié de conditionnel (*conditional contract*) désigne en effet l'accord dépendant de la survenance d'un événement incertain[83]. La *condition* permet alors aux parties de faire dépendre l'exécution du contrat d'un événement futur et incertain, qui est déterminant de la satisfaction de leurs motifs. Plus précisément, les concepts de *condition precedent* et *condition susbsequent* se rapprochent techniquement des notions de conditions suspensive et résolutoire[84]. Par une *condition precedent* les parties peuvent ainsi suspendre l'exécution de leurs obligations à la survenance d'un événement incertain dont dépend la satisfaction de leurs attentes, tandis que, par une *condition susbsequent*, elles peuvent prévoir la remise en cause de l'exécution en cas de réalisation d'un risque de nature à compromettre l'utilité attendue du contrat.

En définitive, un certain nombre d'institutions du droit anglais conduisent à faire jouer aux motifs contractuels un rôle déterminant du sort du contrat. Le même constat s'impose en droit allemand.

**15. La place des motifs en droit allemand du contrat en dépit de la théorie de l'abstraction.** Le rôle des motifs des parties à un contrat n'est pas *a priori* évident en droit allemand dans la mesure où ce dernier est traditionnellement qualifié d'anti-causaliste[85], par opposition aux systèmes dits causalistes, qui retiennent l'exigence d'une justification de l'engagement pour la validité du contrat[86]. L'opposition des systèmes dits causalistes – parmi lesquels figurent les droits français et anglais – et anti-causalistes – tels que le droit allemand – serait, à ce titre, « irréductible »[87]. La présentation du droit allemand comme un droit anti-causaliste résulte pour l'essentiel du fait qu'il consacre la théorie dite de l'abstraction. En effet, en application des principes dits de séparation (*Trennungsprinzip*) et d'abstraction (*Abstraktionsprinzip*)[88], un contrat est qualifié d'acte *abstrait* lorsqu'il est détaché de sa cause[89]. C'est dire que la démonstration de l'absence de cause ou d'une cause illicite n'entraîne pas la

---

[82] *Tamplin SS co v Anglo-Mexican Petroleum Co* [1916] 2 AC 397, 406 : « the foundation of what the parties are deemed to have had in contemplation has disappeared, and the contract itself has vanished with that foundation ».
[83] V. M. FURMSTON, G. TOLHURST, *Contract Formation, Law and Practice,* 2nd ed., Oxford, 2016, n° 9.02.
[84] *Ibid* . n° 9.01.
[85] Y. SEILLAN, « La cause des obligations en droit comparé », in *Mélanges offerts à M. Laborde-Lacoste*, 1963, p. 379 et s.
[86] J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, L.G.D.J. 2006, n° 32.
[87] H. DE PAGE, *L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé*, *op. cit*., p. 11.
[88] B. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, 2nd ed., Hart publishing, 2006, p. 27.
[89] *Ibid.*

nullité de l'acte abstrait. Suivant l'explication donnée par des auteurs, « *[e]n droit allemand, la cause ne limite pas la liberté contractuelle mais, au contraire, lui est soumise. Les parties peuvent stipuler des obligations abstraites, c'est-à-dire non causés* (…) »[90]. Est ainsi abstrait, par exemple, l'acte de disposition (*Verfügungsgeschäft*) opérant un transfert de propriété en vertu d'un contrat de vente, qualifié de contrat d'obligations (*Verpflichtungsgeschäft*). Le principe d'abstraction suggère ainsi qu'aucune justification minimale de l'engagement n'est exigée pour la validité du contrat en droit allemand. Deux éléments imposent néanmoins de nuancer cette affirmation.

Tout d'abord, le principe d'abstraction est limité dans sa portée. Il convient, à ce titre, de distinguer l'acte abstrait et l'acte causal. En effet, pour reprendre l'exemple de la vente, il apparaît que seul le transfert de propriété est un acte abstrait. L'abstraction ne concerne ainsi pas le contrat par lequel les parties conviennent de la vente et des obligations qui en résultent. Le contrat causal est aussi appelé contrat d'obligations : il constitue l'acte juridique créateur d'obligations entre les parties. Le modèle de l'acte abstrait est quant à lui l'acte de disposition, tel que celui opérant par exemple transfert de la propriété à la suite de la conclusion d'un contrat de vente. Contrairement au droit français, le transfert de propriété, qui nécessite la conclusion d'un second contrat, ne s'opère pas du seul effet du contrat de vente : c'est le sens du principe de séparation (*Trennungsprinzip*). En vertu du principe d'abstraction (*Abstraktionsprinzip*), l'acte de disposition opérant transfert de propriété ne peut être contesté sur le fondement, par exemple, de la nullité de l'acte créateur d'obligations qui le fonde. Est-ce à dire que le transfert de propriété opéré sur le fondement d'un contrat de vente nul produira son plein effet de droit entre les parties ? Une réponse négative s'impose. La prise en compte de l'absence de cause du transfert de propriété s'opère en effet non pas sur le plan de sa validité mais sur celui de ses effets, par le jeu de la mise en œuvre de l'enrichissement injustifié.

C'est dire que le principe d'abstraction est, ensuite, limité dans son sens puisque la cause de l'acte abstrait est déterminante des effets produits par ce dernier. Les parties ont en effet la possibilité de contester les effets de l'acte abstrait en application de la théorie de l'enrichissement injustifié : la partie qui s'est exécutée pourra obtenir restitution en raison de l'absence de cause à son engagement. L'enrichissement est injustifié lorsque, d'après le § 812 du BGB, une personne a reçu quelque chose d'une autre sans justification juridique, lorsque le fondement juridique de l'acte a disparu ou encore lorsque l'effet produit n'est pas conforme au but de l'acte juridique. Le traitement de l'absence de cause est alors simplement « *postposé* »[91] : l'acte va pouvoir produire certains effets mais la théorie de l'enrichissement injustifié fournit

[90] V. J. BASEDOW, A. KNEIP, « Rapport allemand », in *Objet, cause et lésion du contrat*, *op. cit.*, p. 117 et s., spéc. p. 124.
[91] H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 32-33 ; A. RIEG, thèse préc., n° 266.

un correctif[92]. L'enrichissement du créancier résultant d'un acte de disposition (contrat abstrait) est ainsi sans cause lorsque le contrat d'obligations qui le fonde est annulé. Des restitutions sont susceptibles d'être obtenues sur le fondement du § 812 du BGB. Ainsi, par exemple, dans l'hypothèse d'un contrat de vente, quand bien même le transfert de propriété n'est pas *a priori* entaché par la nullité de l'acte constitutif – le contrat d'obligations – des restitutions pourront être obtenues en application du § 812 BGB.[93]. Concrètement, l'action en enrichissement injustifié aboutira à une restitution en nature ou en valeur de la chose vendue. La chose ne pourra pas être restituée en nature si elle a été transférée à un tiers par un acte de disposition à titre onéreux[94] : le propriétaire initial ne pourra dans ce cas obtenir restitution que de la valeur de la chose. En revanche, si la chose a été transférée à un tiers par un acte de disposition à titre de gratuit, le vendeur lésé pourra agir directement auprès du tiers pour obtenir la restitution du bien. La théorie de l'enrichissement injustifié n'est toutefois pas un simple correctif. En effet, conformément au § 821 du BGB, un débiteur peut toujours refuser de s'exécuter au motif de l'absence de fondement juridique à son obligation. C'est dire que la théorie de l'enrichissement injustifié ne permet pas seulement une correction *a posteriori* des effets produits par un acte sans justification juridique : elle permet aussi, en amont, d'empêcher l'acte de produire ses effets. En définitive, comme le relève un auteur, « *les conséquences seront les mêmes que si l'acte n'avait jamais été conclu* »[95]. Le droit allemand déplace ainsi la question de la cause du terrain de la validité du contrat à celui de son efficacité.

La théorie de l'abstraction ne doit donc pas être considérée comme fondant le rejet des motifs en droit allemand du contrat. Ces derniers sont, au contraire, amenés à jouer un rôle au titre de diverses institutions qui concernent d'abord la validité du contrat.

**16. La prise en compte des motifs au titre de la validité du contrat en droit allemand.** En droit allemand, le principe de la force obligatoire vise largement le rapport d'obligation[96], lequel peut aussi bien résulter d'une offre[97] que, *a fortiori*, d'un contrat. Pour ce dernier spécifiquement, la *Vertragstreue*[98], littéralement la fidélité au contrat, s'entend comme le

---

[92] H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 128-129.
[93] A. RIEG, thése préc., n° 295.
[94] *Ibid.* n° 306.
[95] *Ibid.*
[96] § 241 (1) BGB : « En vertu de l'obligation, le créancier a le droit d'exiger du débiteur une prestation. La prestation peut également consister dans une abstention » (traduction de l'allemand par G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, *Code civil allemand*, Dalloz, 2010).
[97] § 145 BGB : « Quiconque offre à autrui de conclure un contrat est lié par son offre à moins qu'il n'ait exclu cet assujettissement » (*ibid*).
[98] V. M.-P. WELLER, *op. cit.*, p. 274 s. distinguant trois composantes de la fidélité au contrat (« *drei Elemente der Vertragstreue* ») : *Die Vertragsbindung* (le caractère obligatoire du contrat), *Die Leistungstreue* (l'obligation à la prestation), *Die Legitimation des Naturalerfüllungsgrundsatzes* (la légitimation du principe de l'exécution en nature).

caractère obligatoire de la parole donnée[99]. La force obligatoire du contrat dépend de sa validité, laquelle peut être contestée sur le fondement de diverses institutions, notamment l'erreur. Suivant une approche immédiate, l'erreur du droit allemand ne semble pas concerner des motifs contractuels. En effet, d'après le § 119 du BGB, l'erreur admise en droit allemand porte sur le contenu de la déclaration (*Geschäftsirrtum*) et elle est classiquement opposée à l'erreur sur les motifs (*Motivirrtum*), qui est en principe indifférente. Ainsi, d'après l'analyse d'un auteur, « *pour le législateur allemand l'annulation d'un acte pour erreur "est entièrement dominée par la distinction fondamentale entre l'erreur sur la déclaration et l'erreur sur les motifs", cette dernière ne permettant pas l'anéantissement de l'acte, car elle n'est relative qu'à la mise en mouvement de la volonté interne* »[100]. Néanmoins, à l'instar de l'analyse qui a été faite précédemment pour le droit français, certaines erreurs admises en droit allemand ont pour objet des éléments qui peuvent être qualifiés de motifs contractuels. A ce titre, conformément à l'alinéa 2 du § 119 du BGB l'erreur sur « *les qualités de la personne ou de la chose considérées comme essentielles dans les relations d'affaires* » est admise. D'après des auteurs allemands, « *[c']est une formule légale très générale, qui permet de supprimer dans la plupart des cas la recherche psychologique de la frontière entre le «* Motivirrtum » *et le* « Geschäftirrtum » *prescrite par l'alinéa 1 du § 119 B.G.B.* »[101]. Dès lors, l'erreur sur les qualités essentielles de la personne ou de la chose du droit allemand permet de prendre en compte des éléments constituant des motifs de l'engagement. Ces derniers sont par ailleurs largement admis lorsque l'erreur résulte d'une tromperie dolosive (*arglistige Täuschung*)[102]. Dans ce dernier cas, la sanction s'opère sur le fondement du § 138 (2) du BGB.

Le (1) du § 138 du BGB doit également être mentionné dans la mesure où il pose la prohibition des actes juridiques contraires aux bonnes mœurs (*Gute Sitten*), laquelle implique une considération des motifs de la conclusion du contrat.

**17. La prise en compte des motifs par la théorie du *Geschäftsgrundlage* et la condition (*Bedingung*)**. La prise en compte des motifs contractuels dépasse la question de la validité du contrat, c'est ce qu'illustre la théorie du fondement du contrat (*Geschäftsgrundlage*). Emblématique du droit du contrat allemand, cette théorie fait l'objet du § 313 du BGB qui permet notamment de régler les hypothèses de changement imprévisible des circonstances, constitutives d'une perturbation du fondement du contrat (*Störung der Geschäftsgrundlage*).

---

[99] Elle constitue l'un des quatre principes traditionnels de justice contractuelle retenus par la doctrine allemande, à côté de la liberté contractuelle, de la sécurité juridique et de l'idée d'équivalence [v. D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 10. Auflage, C.F. Müller, 2010, § 31, n° 478 et s].

[100] A. RIEG, thèse préc., n° 110.

[101] H. PUTTFARKEN, C. KRUGER, « Allemagne », *in Les vices du consentement dans le contrat*, (dir.) R. RODIERE, Institut de droit comparé de Paris, Ed. Pedone, 1978, p. 124.

[102] V. C. ARMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflge, 2015, § 123, n° 2.

Sans entrer ici dans l'analyse approfondie de cette institution[103], il s'agit, pour l'essentiel, de prendre en compte l'ensemble des éléments déterminants de la conclusion du contrat – qui en constituent le fondement – et d'en sanctionner la perturbation, conformément à la répartition des risques entre les parties. Il s'agit donc incontestablement de considérer les motifs et, ce, sans limite temporelle puisque la théorie s'applique en cas de changement imprévisible des circonstances postérieurement à la conclusion du contrat.

Les parties peuvent par ailleurs anticiper le risque d'insatisfaction de leurs attentes par la technique de la condition (*Bedingung*), faisant l'objet des §§ 158 et s. du BGB. Un auteur relève qu'une partie est « *libre d'inclure son motif, en accord avec l'autre partie, dans le consentement contractuel. Le motif peut notamment être élevé au rang d'une condition (Bürgerliches Gesetzbuch [BGB], § 158), par exemple de telle façon que la mise en échec du but poursuivi par l'acheteur mette fin au contrat (BGB, § 158, al. 2)* »[104]. La condition permet ainsi de lier le sort du contrat à la satisfaction des motifs des parties.

**18. L'absence de représentation claire de la place des motifs contractuels en droits français, anglais et allemand.** Une première approche des droits français, anglais et allemand permet de révéler l'importance des motifs contractuels : des institutions classiques et parfois similaires conduisent à faire jouer aux motifs un rôle déterminant sur le contrat. Ce constat confirme l'analyse selon laquelle « *les mêmes circonstances créant des besoins et engendrant des sentiments identiques, le mouvement législatif a suivi, dans une très large mesure, les mêmes voies dans les divers pays d'Europe depuis cent ans* »[105]. La difficulté tient toutefois à l'absence d'appréhension globale et systématique des motifs contractuels au sein des droits français, anglais et allemand. La prise en compte des motifs s'opère en effet de façon éparse et par le biais de notions qui soit ne les visent pas expressément, soit sont présentées en opposition aux motifs ou, plus précisément, aux simples motifs. En dépit de cette difficulté, une étude comparative des motifs contractuels se justifie au regard du caractère essentiel des motifs dans le processus contractuel.

**19. Intérêts d'une étude comparative des motifs contractuels.** Il est reconnu que le droit comparé permet d'assurer une meilleure compréhension des systèmes[106], non seulement entre eux mais aussi de chaque droit national, de parfaire la connaissance de la science

---

[103] V. *infra*, n° 164 et s., n° 293 et s., n° 419 et s.

[104] M. REGENER, art. préc.

[105] R. DAVID, « Méthode et buts de la recherche comparative en matière de droit », *op. cit.*, p. 94.

[106] K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., Oxford 1998, p. 15-16 ; M. ANCEL, « Quelques considérations sur les buts et les méthodes de la recherche juridique comparative », in *Inchieste di diritto comparato, 2, Buts et méthodes du droit comparé*, dir. M. ROTONDI, Padoue, Cedam, 1973, p. 1 et s., spéc. p. 6 : « Ces phénomènes d'internationalisation font donc apparaître la nécessité de la compréhension internationale ; et l'un des buts essentiels de la recherche comparative est aujourd'hui de constituer, avant tout, un moyen de compréhension entre les différents systèmes » ; L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé, Tome II, La Méthode comparative*, L.G.D.J., 1974, n° 112 et s. p. 289 et s., n° 121, p. 328 et s.

juridique[107], et de constituer un outil pour le législateur[108], de servir de guide pour l'interprétation des règles nationales[109]. L'analyse comparative du traitement des motifs contractuels en droits français, anglais et allemand suppose d'acquérir des connaissances dans ces droits qu'il s'agit, alors, d'exposer. Après la réforme du droit français du contrat par l'ordonnance de 2016, une analyse comparative du traitement des motifs est susceptible d'éclairer l'interprétation du droit nouveau[110], en particulier des textes introduisant des innovations. Ainsi en est-il, par exemple, de l'article 1195 du Code civil sur le changement imprévisible de circonstances, inédit en droit français et dont l'origine tient, assurément, en grande partie à l'influence des droits anglais et allemand, qui font l'expérience depuis longtemps d'un tel mécanisme.

En outre, une étude des motifs implique, au regard de leur manifestation dans la globalité du phénomène contractuel, d'analyser les concepts les plus fondamentaux du droit du contrat. Dès lors, dans la mesure où « *acquérir la connaissance scientifique, c'est pénétrer du phénomène à la substance* »[111], une analyse comparative des motifs contractuels a naturellement vocation à permettre une meilleure compréhension non seulement des systèmes de droit du contrat mais aussi du phénomène contractuel en lui-même. Les motifs sous-tendent la mise en œuvre des instruments juridiques de détermination du contenu du contrat, ou encore de prise en compte des circonstances de sa conclusion ou de la finalité poursuivie, c'est-à-dire des aspects tout à fait fondamentaux de la théorie contractuelle. Un changement d'approche, qui ne se fonde pas sur le postulat de l'indifférence des motifs mais, au contraire, sur la juste appréciation de leur rôle, est susceptible d'ouvrir des voies nouvelles à la théorie contractuelle, à tout le moins d'en identifier certaines incohérences et d'y remédier[112].

Une claire représentation de la prise en compte des motifs contribue par ailleurs à la nécessaire prévisibilité du système de droit. Cette connaissance permet d'offrir une grille de

---

[107] R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit,* Paris, Economica, 1991, p. 8 et s. ; L.-J. CONSTANTINESCO, *loc. cit.*

[108] K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *op. cit.*, p. 16-17 ; L.-J. CONSTANTINESCO, *op. cit.*, n° 116, p. 302 et s.

[109] K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *op. cit.*, p. 18-21 ; L.-J. CONSTANTINESCO, *op. cit.*, n° 129, p. 370 et s.

[110] R. DAVID, « Méthode et buts de la recherche comparative en matière de droit », in *Inchieste di diritto comparato, 2, Buts et méthodes du droit comparé*, *op. cit.*, p. 95 : « Le législateur, s'il peut se flatter de contrôler le développement du droit, peut prétendre en régler tous les détails. Il en remet nécessairement l'application à d'autres, juristes et juges, et concède même souvent, de façon délibérée, une ample latitude à ceux-ci pour se prononcer, dans le cadre de certaines formules générales qui sont volontairement ou par nécessité imprécises. Le droit comparé peut être utilisé, de façon parfaitement légitime, pour guider les juristes dans l'interprétation qu'ils feront de ces formules ».

[111] V. KNAPP, « Quelques problèmes méthodologiques dans la science du droit comparé », in *Inchieste di diritto comparato, 2, Buts et méthodes du droit comparé*, *op. cit.*, p. 425 et s., spéc. p. 431.

[112] Il est, à ce titre, regrettable que la réforme du droit des obligations opérée en 2016 ait consacré la distinction classique entre l'erreur sur les qualités essentielles et l'erreur sur les motifs, alors même que les qualités essentielles ne sont pas autre chose que des motifs. La question fondamentale posée par le régime de l'erreur porte en réalité sur la délimitation du champ contractuel, soit la détermination desdites qualités essentielles de l'objet, susceptibles de conduire à l'annulation du contrat, suivant des critères précis et opérants. V. *infra*, n° 274 et s.

lecture du droit aux fins de perfectionnement de la technique contractuelle. En effet, le contrat est en tant que tel un instrument de satisfaction de besoins concrets et les contractants doivent avoir conscience de l'exacte mesure de la prise en compte de leurs motifs par le droit, afin de déterminer efficacement le contenu de leur accord.

L'intérêt d'une étude comparative est aussi d'établir les points de convergence ou de divergence entre les droits étudiés. Il s'agit d'ailleurs là du sens premier du travail de comparaison qui consiste à mettre en évidence les rapports de ressemblance ou de différence entre les éléments qui en sont l'objet. A ce titre, bien que cet objectif du droit comparé soit discuté par la doctrine[113], l'établissement de convergences entre les droits étudiés contribue à la réflexion quant à la possibilité d'une théorie unitaire et, plus concrètement, d'un droit commun[114]. Si la démarche comparative ne doit pas être réduite à la recherche de « *l'unité fondamentale de la vie juridique universelle* »[115], mise en exergue ces dernières années – sans doute à l'excès[116] – son intérêt, au regard de l'existence de projets d'uniformisation, ne doit pas non plus être occulté[117]. La publication des Principes relatifs aux contrats du commerce international d'UNIDROIT[118], et des Principes du droit européen du contrat de la commission sur le droit européen du contrat, dirigée par M. LANDO[119], ont jeté les bases pour une réflexion en vue de l'élaboration d'un droit du contrat uniformisé. Le Parlement européen, dans plusieurs résolutions, a depuis lors appelé de ces vœux au développement d'un droit civil européen et, en 2001, la Commission européenne a lancé un processus de consultation et de discussion, en vue d'une conciliation des divergences des droits nationaux à l'échelle européenne[120]. A la suite du plan d'action initié par la Commission européenne en 2003[121], un réseau international de

---

[113] V. not. Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse Paris, préface H. MUIR WATT, LGDJ, 2004, n° 5.

[114] Sur la fonction du droit comparé dans la perspective d'un droit européen commun v. K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *op. cit.*, 28-31.

[115] R. SALEILLES, *in Conception et objet de la science du droit comparé*, *Bull. soc. Lég. comp.*, Paris, L.G.D.J., 1900, p. 383 et s.

[116] V. A. GAMBARO, R. SACCO, L. VOGEL, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, *Traité de droit comparé*, L.G.D.J., 2011, n° 1 et 2 ; Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 5. V. aussi L.-J. CONSTANTINESCO, *op. cit.*, n° 129, p. 370 et s., spéc. p. 371 : « De façon générale on doit observer que l'unification juridique internationale fut une des fonctions principales reconnues au droit comparé dès le début. (…) Cependant, les résultats obtenus dans ce domaine ont été si réduits par rapport aux efforts, qu'il n'est pas exagéré d'affirmer que, de nos temps, l'unification internationale représente la grande déception du droit comparé ».

[117] V. Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, thèse dacty., Paris II, 2015, n° 14 : « le droit comparé ne perd pas sa légitimité du seul fait qu'il quitte sa fonction purement scientifique pour entrer dans l'utilité. Il perd cette légitimité seulement à partir du moment où sa méthode est corrompue par le dessein qu'il poursuit ».

[118] Institut international pour l'unification du droit privé. Cf. pour la version la plus récente http://www.unidroit.org/fr/travaux-en-cours-etudes/etudes/contrats-en-general/1384-etude-l-principes-relatifs-aux-contrats-du-commerce-international

[119] Commission pour le droit européen du contrat, Président O. LANDO, *Principes du droit européen du contrat*, version française par G. ROUHETTE, avec le concours de I. de LAMBERTERIE, D. TALLON, C. WITZ, Société de législation comparée, 2003

[120] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 11 juillet 2001 concernant le droit européen des contrats [COM(2001) 398 final - Journal officiel C 255 du 13.9.2001].

[121] Communication de la Commission du 12 février 2003 au Parlement européen et au Conseil - Un droit européen des contrats plus cohérent - Un plan d'action [COM(2003) 68 final - Journal officiel C 63 du 15.3.2003].

chercheurs a été mis en place en vue de l'élaboration d'un Cadre commun de référence (CFR). En parallèle à la *Terminologie commune*[122] et aux *Principes contractuels communs*[123], des *Principes Acquis* en deux volumes ont été présentés à la Commission européenne par le groupe européen *Acquis Group*[124]. En dépassant le cadre défini par la Commission européenne dont l'objectif se limitait à « *l'élaboration d'un cadre commun de référence, sorte de « boite à outils à trois tiroirs » renfermant respectivement la définition de concepts-clés, l'énoncé de principes fondamentaux et celui de règles modèles* »[125], certains travaux se rapprochent d'ailleurs davantage d'un véritable Code européen du contrat. Ainsi, à l'image du Code européen des contrats proposé en 1991 par M. GANDOLFI[126], le *Study Group on a European Civil Code* est à l'origine d'un ouvrage intitulé *Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law* et constituant, en dépit de sa dénomination, une véritable proposition de code européen du contrat[127]. Finalement, un projet de cadre commun de référence (DCFR : *Draft Common Frame of Reference*), inspiré des Principe du droit européen du contrat et élaboré par le *Study Group on a European Civil Code* et l'*Acquis Group* a vu le jour en janvier 2008[128]. Dans ce contexte, une étude comparative des motifs contractuels en droits français, anglais et allemand est un apport à la réflexion sur un éventuel droit du contrat européen[129]. « *Le modèle de l'avenir n'est-il pas celui qui jaillira de la rencontre du common law anglais et des droits du continent ?* »[130]. Cette rencontre, appelée de ses vœux par M. CANIVET, n'a toutefois rien d'évident.

**20. L'importance des spécificités dogmatiques**. Chaque droit intègre des concepts qui, en dépit de certaines similitudes avec ceux d'autres systèmes, sont spécifiques et s'inscrivent dans le cadre d'une tradition juridique propre. D'après l'analyse de M. ANCEL, « *[i]l est*

---

[122] *Projet de cadre commun de référence, Terminologie contractuelle commune*, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Société de législation comparée, sous la coordination de B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD, rédigé sous la direction scientifique de A. TENENBAUM, Société de législation comparée, 2008.

[123] *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Société de législation comparée, sous la coordination, de B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD; rédaction sous la direction scientifique de G. WICKER et J.-B. RACINE, Société de législation comparée, 2008.

[124] Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Munich, 2007 ; Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Contract II, General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services, Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Munich, 2009.

[125] Y. LEQUETTE, « Le code européen est de retour », *RDC* 2011/3. 1028, n° 2.

[126] Académie des privatistes européens sous la direction de G. GANDOLFI, *Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier*, 2ème éd., Milan, 2004 ; Académie des privatistes européens sous la direction de G. GANDOLFI, *Code européen des contrats, Avant-projet, Livre deuxième, 1, Vente et contrats collatéraux*, Milan, 2007.

[127] V. Y. LEQUETTE, « Le code européen est de retour », *op. cit.*

[128] Dont une version améliorée a fait l'objet d'une publication en 2009 : Study Group on a European Civil Code/ Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, Munich, 2009.

[129] Sur cet enjeu du droit comparé, v. B. FAUVARQUE-COSSON, « Deux siècles d'évolution du droit comparé », *RIDC* 2011, p. 530 ; R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'européanisation du droit privé, *RTD civ.* 2007, p. 451 ; K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *op. cit.*, p. 24-28 ; R. DAVID, « Méthode et buts de la recherche comparative en matière de droit », in *Inchieste di diritto comparato, 2, Buts et méthodes du droit comparé*, *op. cit.*, p. 87 et s., spéc. p. 97.

[130] G. CANIVET, allocution lors de l'audience solennelle le 7 janvier 2005, accessible sur le site Internet de la Cour de cassation.

*particulièrement important, à cet égard, de ne pas s'arrêter à la règle de droit, isolée de l'institution dont elle fait partie, et de ne pas considérer l'institution elle-même comme artificiellement détachable du complexe économico-social et politico-juridique dans lequel elle fonctionne* »[131]. L'approche comparative fondée sur la dogmatique et les institutions de chaque système, dite structurale, apparaît alors complexe.

La méthode de raisonnement des *common lawyer* est classiquement opposée à celle des juristes romano-civilistes, l'analyse économique étant notamment davantage développée par les premiers[132]. Le système de *common law* d'origine anglaise est traditionnellement présenté comme appartenant à une famille de droits distincte de celle à laquelle appartiennent la France et l'Allemagne, le système romano-germanique. Des singularités propres à chaque famille de droits sont mises en évidence dans la classification de DAVID[133]. Le processus de codification est ainsi présenté comme étant emblématique des droits français et allemand, tandis que la *common law* demeure un droit d'origine et d'essence jurisprudentielle, développé à partir de la *case law*, ce qui se traduit notamment par l'importance de la règle du précédent en droit anglais. L'opposition n'est toutefois pas si radicale qu'elle peut le paraître *a priori*. Il faut d'abord bien admettre que « *personne ne croit plus aujourd'hui que le Code civil résume à lui seul la structure d'un système de civil law* »[134]. La nécessité de nuancer l'opposition entre droits de *common law* et droits écrits s'impose au regard d'évolutions récentes. La réforme française du droit du contrat a en effet intégré dans le Code civil les solutions jurisprudentielles qui constituaient jusqu'alors le droit positif, ce qui témoigne de l'importance de la formation du droit français, à l'instar de la *common law*, sur la base des solutions concrètes[135]. Les systèmes de *common law* connaissent, par ailleurs, une évolution tendant à la production croissante de normes d'origine légale au sens strict, au sens de loi parlementaire ou déléguée[136]. En définitive, sur le plan de la méthode, « *entre un système qui, sans le déclarer ouvertement, respecte en fait les précédents et un autre qui, tout en proclamant qu'il les respecte, assortit en réalité le principe de bon nombre d'exceptions, les différences, nuancées, relèvent finalement plus de la forme que du fond* »[137].

Au sein même de la famille romano-civiliste, les droits français et allemand sont traditionnellement opposés. Le code civil français de 1804 se distingue ainsi du BGB en ce que

---

[131] M. ANCEL, « Quelques considérations sur les buts et les méthodes de la recherche juridique comparative », *op. cit.*, p. 7.
[132] A. GAMBARO, R. SACCO, L. VOGEL, *op. cit.*, n° 36, p. 45-46.
[133] R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11ème édition, Dalloz, 2002.
[134] A. GAMBARO, R. SACCO, L. VOGEL, *op. cit.*, n° 37, p. 49.
[135] Le rapprochement avec la *case law* anglo-saxone est d'autant plus manifeste au regard de l'évolution de la rédaction des arrêts de la Cour de cassation qui mentionne désormais les précédents jurisprudentiels sur lesquels elle se fonde pour rendre sa décision [v. P. DEUMIER, « Jurisprudence », *in Repertoire de droit civil*, Dalloz, 2017, n° 77 et s., spéc. n° 78].
[136] A. GAMBARO, R. SACCO, L. VOGEL, *op. cit.*, n° 37, p. 50.
[137] *Ibid.*

ce dernier, héritage des Pandectes[138], met en œuvre un système de concepts hiérarchisés[139] qui, dans un enchaînement logique, sont développés suivant une déduction scientifique[140]. L'opposition n'est pas strictement stylistique dans la mesure où, comme l'a démontré un auteur dans sa thèse, le fond est indissociable de la forme[141]. La technique législative abstraite du BGB est ainsi corrélée à l'abstraction caractéristique de la dogmatique juridique allemande, tel que cela s'illustre en particulier par les théories de la déclaration de volonté et de l'acte abstrait précédemment mentionnées[142]. La réforme du droit du contrat conduit sans doute à atténuer l'opposition entre les codes français et allemands puisque, à défaut d'une partie générale semblable à celle du BGB[143], le sous-titre premier relatif au contrat, du nouveau livre troisième du Code civil, sur les sources d'obligations, comprend désormais un chapitre premier intitulé « Dispositions liminaires », posant un certain nombre de principes et définitions applicables à l'ensemble de la matière. Toujours est-il que les droits de chaque système recèlent un degré certain de spécificité de sorte que, de l'avis de certains auteurs, leur convergence serait purement et simplement impossible[144].

**21. Complémentarité des méthodes comparatives .** S'il est incontestable que chaque droit résulte de la synthèse de traditions juridiques propres, les droits français, anglais et allemand partagent une indéniable proximité qui n'est pas uniquement de nature géographique[145]. Ils participent ensemble de la *Western legal tradition*[146]. L'influence réciproque conduit, d'ailleurs, à un rapprochement des droits sur nombre d'aspects du droit du contrat[147]. De surcroît, il est de la vocation des droits d'apporter des réponses à des problèmes

---

[138] *Ibid.* n° 117, p. 266.
[139] C. WITZ, *op. cit.*, n° 61-62.
[140] V. pour une analyse comparée de la technique législative des Codes civils français et allemand V. LASSERRE-KIESOW, thèse préc., *passim.*, spéc. p. 4-5 sur l'intérêt d'une telle étude dans « le paradoxe de la parenté et de l'opposition entre ces codifications », p. 23-25 sur l'opposition de style législatif.
[141] *Ibid.*, p. 121-147.
[142] *Ibid*., p. 127 et s.
[143] *Ibid.*, p. 95-108.
[144] P. LEGRAND, « European Legal Systems are not Converging », 45 ICLQ 1996, 52-81.
[145] R. DAVID, « Méthode et buts de la recherche comparative en matière de droit », *op. cit.*, p. 98 : « les droits du continent européen sont « par leur tradition, par leur structure, par leurs méthodes, par le milieu dans lequel ils étaient appelés à fonctionner, très proches, ou relativement proches, du droit français ».
[146] H. J. BERMAN, *Law and Revolution : The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambrige, Mass. & London, England : Harvard University Press 1983 ; David B. GOLDMAN, *Globalisation and the Western Legal Tradition*, *Recurring Patterns of Law and Authority*, Cambridge University Press, 2007 ; R. SEFTON-GREEN, « Compare and contrast : Monstre à deux têtes », *RIDC* 2002, p. 85 ; P. G. MONATERI, « Black Gaius. A Quest for the Multicultural Origins of the « Western Legal Tradition », *Hastings Law Journal* 2000.479, A. GAMBARO, R. SACCO, L. VOGEL, *op. cit.*, n° 36 s., p. 45 s.
[147] V. Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (collectif), *Les droits de tradition civiliste en question – A propos des Rapports* Doing Business *de la Banque Mondiale,* Volume 1, Société de Législation comparée, 2006, p. 99-100 : « (…) en matière de détermination du prix, le modèle du droit allemand ainsi que les Principes Unidroit, non encore publiés à l'époque, ont probablement influencé l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation lorsqu'elle a admis, dans les contrats cadres, la détermination unilatérale du prix. Il en va sans doute de même pour l'admission de la violence économique, dont on trouve trace dans les droits allemand et suisse, ainsi que dans les Principes du droit européen du contrat, dans leurs dispositions respectives relatives à la lésion qualifiée, et celle de la résolution unilatérale. On pourrait de même voir la marque de l'influence anglo-

pratiques qui, en tant que tels, ne leurs sont pas spécifiques. L'examen des résultats concrets permet d'évaluer si, au-delà de l'opposition formelle des systèmes, un constat de rapprochement des solutions peut être fait[148]. Cela correspond classiquement à l'approche comparative qualifiée de fonctionnelle qui se consacre principalement « *à la manière dont chacun des systèmes envisagés s'emploie à résoudre les problèmes concrets du droit appliqué* »[149]. La méthode suivie est alors celle consistant à « *rechercher comment, malgré l'opposition des terminologies et la divergence des procédés techniques, les principaux systèmes arrivent à résoudre de manière non pas identique, mais parallèle, les questions que pose, dans chaque système, le développement du droit vivant* »[150]. Au demeurant, « *[i]l faut que l'artifice s'efface devant ce qu'imposent la nature et la raison* »[151]. Cette approche apparaît incontournable s'agissant du sujet des motifs contractuels qui font l'objet d'une prise en compte diffuse en droit du contrat. L'analyse des solutions concrètes des droits français, anglais et allemand permet alors de mettre en lumière les différentes institutions pertinentes et leur articulation. Elle est un point de départ nécessaire à la décomposition des rouages de la logique juridique mise en œuvre dans chacun des droits étudiés. C'est dire que la méthode fonctionnelle sert une meilleure compréhension des systèmes de droit et entretient un rapport de complémentarité avec la méthode structurelle[152]. Les constructions juridiques constituent les indispensables outils d'appréhension de la matière, de sorte qu'elles doivent nécessairement être considérées. La comparaison des droits français, anglais et allemand empruntera ainsi à la fois à la méthode fonctionnelle et à la méthode conceptuelle.

Le champ d'étude apparaît toutefois particulièrement vaste : les concepts en présence sont nombreux et se situent sur divers plans de la théorie contractuelle, de la question de la validité du contrat à celle de son exécution. Il est proposé de retenir une approche suffisamment large car elle permet d'avoir une pleine représentation du traitement des motifs contractuels et, surtout, car elle est indispensable à l'élaboration d'une réflexion à partir de la comparaison des droits français, anglais et allemand. En effet, le traitement du sujet des motifs contractuels, dans

---

américaine, et plus précisément du concept de *reliance* dans certaines décisions récentes qui témoignent de l'essor de l'exigence de cohérence et mettant en avant l'exigence de bonne foi contractuelle ».

[148] En ce sens, de l'avis d'un auteur, la comparaison des droits est, « sur le plan des notions abstraites, impossible », de sorte que « [l]e meilleur point de départ est donc de découvrir les fonctions spécifiques que remplit chacune des deux notions et d'essayer une comparaison fonctionnelle au lieu de conceptuelle » (v. B. S. MARKENISIS, « La notion de consideration dans la common law : vieux problèmes ; nouvelles théories », *RIDC*, 1983, n° 4, p. 735 s., spéc. p. 759).

[149] M. ANCEL, « Quelques considérations sur les buts et les méthodes de la recherche juridique comparative », *op. cit.*, p .9-10.

[150] *Ibid*.

[151] F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, *Nouvelles contribution à la critique de la méthode juridique*, Tome IV, Sirey, 1924, n° 284 et s.

[152] S. ROZMARYN, « Les grandes controverses du droit comparé », in *Inchieste di diritto comparato, 2, Buts et méthodes du droit comparé*, *op. cit.*, p. 577 et s., spéc. p. 581 : « [l]a définition de l'objet du droit comparé ne peut pas reconnaître à l'étude des institutions de droit qu'une importance secondaire par rapport à la « situation concrète de fait ». Autrement ces études cesseraient, purement et simplement, d'appartenir au domaine du droit ».

une dimension comparative, suppose de ne pas raisonner exclusivement du point de vue du droit français. Il apparaît alors nécessaire de respecter les liens que les droits anglais et allemand établissent traditionnellement entre certaines institutions sur le fondement desquelles sont pris en compte les motifs, quand bien même cette présentation n'est pas classique en droit français[153]. L'intégration de la logique juridique propre à chacun des droits étudiés suppose donc d'envisager un grand nombre d'institutions. Dans cette perspective, une analyse théorique exhaustive des concepts pertinents ne peut pas être menée. L'ensemble des données sociales, politiques et historiques, ainsi que les différentes théorisations qui soutiennent certaines institutions traditionnelles – telles que la cause en droit français, la théorie du fondement en droit allemand ou la *consideration* en droit anglais – ne seront pas restituées. Sous un angle plus technique, eu égard à l'étendue du sujet et à la dimension comparative dans laquelle il est traité, une étude approfondie des stipulations contractuelles pouvant être le support de l'intégration des motifs dans le contrat ne sera pas non plus développée. Ainsi, par exemple, les incidences du recours à certains types de clauses sur la prise en compte des motifs ne seront pas détaillées. En définitive, la méthode choisie permet de mettre en lumière l'articulation de l'ensemble des institutions sur le fondement desquelles sont pris en compte les motifs et d'en donner le sens, au regard des mouvements généraux qui peuvent être identifiés dans les droits étudiés. La construction d'une réflexion à partir des droits français, anglais et allemand considérés ensemble conduit par ailleurs à limiter le sujet aux motifs du contrat à titre onéreux.

**22. Limitation du sujet aux motifs du contrat à titre onéreux.** Le sujet porte sur les motifs du contrat à titre onéreux. En droit français, l'appréhension des motifs diffère classiquement suivant que le contrat est à titre gratuit ou onéreux. La motivation de l'engagement est en effet au cœur de la distinction des contrats à titre onéreux et des contrats à titre gratuit : les premiers sont dits intéressés – les contractants poursuivant l'obtention d'un avantage – tandis que les seconds sont motivés par une intention libérale – c'est-à-dire la volonté de gratifier celui qui en est bénéficiaire. Comme l'explique un auteur, « *l'appréciation de l'existence d'une cause [n'était] pas menée de la même façon selon que les contrats sont à titre onéreux ou gratuit* », dès lors que « *les présupposés relatifs à la motivation qui sous-tendent chacune de ses sphères se différencient radicalement et en appellent en conséquence à une distinction* »[154]. Le caractère différencié du traitement des motifs, suivant la nature onéreuse ou gratuite du contrat, s'illustre en matière d'erreur. L'article 1135 du Code civil distingue

[153] Il en est ainsi, notamment, des liens établis en droit anglais et allemand entre les institutions relatives à l'imprévision – à savoir, respectivement, la théorie de la *frustration* et le § 313 du BGB sur les troubles du fondement du contrat – et le refus de l'exécution en nature de la prestation en raison de son caractère disproportionné (v. *infra*, n° 200 et s.). La logique des institutions relatives à l'imprévision est par ailleurs rapprochée, en droit anglais comme en droit allemand, de celle de l'erreur (v. *infra*, n° 298).
[154] J. ROCHFELD, « Cause », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2012, n° 21.

expressément le régime de l'erreur sur les motifs suivant que le contrat est à titre onéreux ou gratuit, la gratuité de l'acte entraînant en principe une admission plus souple de l'erreur sur un « *simple motif* », lequel n'a pas à être érigé en élément déterminant du consentement des parties pour que l'erreur soit retenue.

Les différences dans le traitement des motifs, suivant la nature gratuite ou onéreuse de l'acte, ne sont toutefois pas traditionnellement mises en avant dans la théorie générale du contrat en droits anglais et allemand. Dès lors, la prise en compte des particularités dans le traitement des motifs du contrat à titre gratuit nécessiterait, en droits anglais et allemand, une étude approfondie des solutions retenues pour des contrats spéciaux correspondant à cette catégorie d'actes. A des fins de clarté et de cohérence, le sujet est donc limité au contrat à titre onéreux, qui constitue le modèle contractuel de référence. Néanmoins, bien que la recherche soit consacrée aux motifs du contrat à titre onéreux, elle est également susceptible de contribuer à l'étude du contrat à titre gratuit. Les institutions traitées concernent aussi, pour la plupart, les motifs du contrat à titre gratuit. Au demeurant, une étude consacrée aux motifs du contrat à titre onéreux apparaît comme un préalable nécessaire à l'analyse des solutions spécialement retenues pour le contrat à titre gratuit. Cela transparaît au regard des enjeux qui sont soulevés par le sujet des motifs du contrat à titre onéreux et qui sont, plus globalement, ceux des motifs contractuels.

**23. Le sens et les conditions de la prise en compte des motifs contractuels.** L'existence même de motifs au fondement du phénomène contractuel n'est guère contestable[155]. La question que soulèvent les motifs est celle du rôle qu'ils jouent, en droit, dans la détermination des effets juridiques du contrat. A ce titre, les quelques données de la prise en compte des motifs en droits français, anglais et allemand, précédemment exposées, suffisent à établir l'inconsistance du principe d'indifférence des motifs en droit du contrat. Les motifs sont en effet déterminants de la mise en œuvre de nombreuses institutions du droit du contrat, qui concernent tant sa formation que son exécution. Le contrat ne peut donc pas déployer ses effets de droit indépendamment de toute considération pour les motifs de sa conclusion. La démonstration de la place essentielle des motifs dans la théorie contractuelle n'est toutefois pas le seul enjeu d'une étude portant sur les motifs. L'étude comparative des motifs pose alors, plus précisément, la question du sens et des conditions de leur prise en compte. Il peut y être répondu

[155] V. H. DE PAGE, *L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé*, Bruylant, 1957, p. 31 : « on ne s'oblige donc pas pour s'obliger, pour la simple satisfaction d'être engagé… » ; A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, préface R. PERROT, thèse, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », 1961, n° 277 : « Contrairement à ce que l'on pourrait croire, l'acte abstrait n'est pas dépourvu de cause, il en est seulement *détaché* ».

en distinguant les deux niveaux progressifs d'intégration des motifs, admis dans les droits étudiés.

**24. Double degré d'intégration des motifs.** Le premier degré d'intégration des motifs en droit du contrat est celui imposé par la nécessité d'une justification de l'engagement pour que le contrat soit reconnu comme tel et, partant, obligatoire. L'idée est de savoir dans quelle mesure les motifs doivent se concrétiser dans le contrat pour que ce dernier soit reconnu comme tel. Cette question était résolue, en droit français, par l'exigence d'une cause de l'engagement, à laquelle la réforme a substitué la notion de contrepartie. Ainsi, les motifs de la conclusion d'un contrat à titre onéreux sont, *a minima*, intégrés par l'exigence d'une contrepartie qui apparaît comme un motif nécessaire de l'engagement. De façon proche, le droit anglais fait de la *consideration* le critère de reconnaissance d'un *bargain* (un marché) juridiquement contraignant. Une partie doit donc obtenir un intérêt en retour de son engagement pour que ce dernier soit reconnu en droit, ce qui, de prime abord, correspond à la notion de contrepartie. Il n'existe en droit allemand aucune condition similaire à la cause ou à la *consideration*. Aucune disposition du BGB ne fait par ailleurs dépendre, plus spécifiquement, la validité du contrat à titre onéreux de l'intégration d'une contrepartie. Néanmoins, le droit allemand sanctionne l'insuffisance de l'intérêt au contrat d'un contractant à travers, notamment, le concept de *Wücher*, correspondant à la lésion qualifiée. La question d'un intérêt minimal à l'engagement se pose ainsi en droit allemand. Il est proposé de démontrer que les droits français, anglais et allemand admettent, unitairement, un contrôle minimal de la rationnalité de l'acte imposant que le contrat soit conclu pour une raison valable, laquelle correspond à la contrepartie de l'engagement intéressé.

La nécessité d'une contrepartie à l'engagement intéressé constitue le degré minimal et nécessaire de l'intégration des motifs contractuels. L'obtention d'une contrepartie en retour d'un engagement contractuel ne garantit toutefois pas l'efficacité du contrat, en tant que technique visant à la réalisation d'un but déterminé. Le contrat peut s'avérer inapte à remplir l'utilité qui lui a été assignée, en dépit de l'intérêt que retire chacun des contractants en contrepartie de son engagement. La question de la satisfaction de l'utilité attendue du contrat n'est indifférente dans aucun des droits étudiés. Un certain nombre d'institutions mises en œuvre par les droits étudiés – telles que l'erreur et la condition par exemple – conduisent en effet à faire dépendre le sort du contrat la possibilité de réaliser l'utilité assignée au contrat[156].

[156] En ce sens, il ressort de l'analyse de la doctrine contemporaine que les raisons de politique juridique de la reconnaissance du principe de force obligatoire du contrat tiennent à son utilité en tant qu'instrument mis à la disposition des parties. V. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation*, L.G.D.J., 2ème éd., 1988, n° 174-4 s., p. 182 s., selon l'auteur le contrat est « un instrument que le droit sanctionne parce qu'il permet des opérations socialement utiles » ; B. COOTE, *op. cit.*, p. 19 : « [m]ore widely acceptable nowadays might be claims of utility and convenience. Promising can be regarded as socially useful

Or considérer l'utilité attendue du contrat par les parties revient à prendre en compte leurs motifs. C'est dire que le contrat peut être contesté au regard de son inaptitude à satisfaire les motifs de sa conclusion. Les motifs font ainsi l'objet d'une intégration approfondie au titre de la sanction de l'inutilité du contrat. L'identification des conditions de la remise en cause du contrat en raison de l'impossibilité de réaliser les motifs constitue alors un enjeu fondamental de l'analyse des droits étudiés.

En définitive, si un motif minimal est nécessaire et suffisant pour que le contrat produise ses effets de droits, la prise en compte des motifs, au-delà de la prévision d'un intérêt pouvant être identifié comme la contrepartie, est essentielle dans la mesure où le contrat peut être sanctionné en raison de son inutilité. Ainsi, l'étude comparative des droits français, anglais et allemand sera menée en considérant, en premier lieu, l'intégration minimale des motifs par la contrepartie (Partie I) et, en second lieu, l'intégration approfondie des motifs par la sanction de l'inutilité du contrat (Partie II).

**Partie I : L'intégration minimale des motifs par la contrepartie**

**Partie II : L'intégration approfondie des motifs par la sanction de l'inutilité du contrat**

practice which it is in the interests of society to foster and protect » [traduction : « plus largement acceptés aujourd'hui seraient les arguments d'utilité et de service. La promesse peut être regardée comme une pratique socialement utile qu'il est dans l'intérêt de la société de promouvoir et protéger »].

# PARTIE I – L'INTEGRATION MINIMALE DES MOTIFS PAR LA CONTREPARTIE

**25. L'exigence d'une justification de l'engagement.** Le rôle des motifs en droit du contrat se pose tout d'abord sous l'angle de l'exigence d'une justification de l'engagement telle la cause en droit français ou encore la *consideration* en droit anglais. Il peut déjà être relevé que les PECL et les principes Unidroit n'ont pas retenu de condition relative à l'existence d'une justification de l'engagement pour la validité du contrat. L'article 3.1.2 des principes Unidroit affirme que le seul accord des parties suffit à la conclusion du contrat, les commentaires mentionnant expressément que ce texte vise à exclure la nécessité d'une cause ou d'une *consideration* au titre de sa validité. Le choix retenu dans ces principes tend à indiquer que l'existence d'une justification de l'engagement n'est pas une condition unanimement retenue par les droits européens.

**26. L'exigence d'une contrepartie en droit français.** En droit français, la prise en compte des motifs contractuels au titre de l'exigence d'une justification de l'engagement, qui était auparavant fondée sur la cause, résulte aujourd'hui des dispositions du Code civil relatives à la contrepartie. En effet, la contrepartie est, d'abord, mentionnée à l'article 1107 du Code civil donnant la définition du contrat à titre onéreux et du contrat à titre gratuit. La notion de contrepartie suppose ainsi de considérer le contrat à titre onéreux, lequel se caractérise, précisément, par le fait qu'il est porteur d'un engagement intéressé : les parties s'engagent dans la perspective de recevoir un avantage en contrepartie de leur engagement. La contrepartie est un élément nécessaire à la qualification même du contrat à titre onéreux, pour lequel elle représente un motif de l'engagement. La contrepartie est, ensuite, l'objet d'un contrôle prévu par l'article 1169 du Code civil, aux termes duquel le contrat à titre onéreux dont la contrepartie est illusoire ou dérisoire est nul. La validité du contrat à titre onéreux dépend donc expressément de l'intégration dans l'acte d'une contrepartie qui doit avoir une valeur minimale pour être satisfaisante.

**27. L'exigence d'une *consideration* en droit anglais.** Le caractère nécessaire d'une justification de l'engagement apparaît également admis en droit anglais dès lors que celui-ci consacre le concept de la *consideration*. La *consideration* est, en effet, un élément que doit intégrer le contrat afin d'être reconnu comme tel et elle est indissociable de la question des motifs contractuels. Ainsi, d'après l'analyse de la doctrine, « *[l]a consideration et les motifs ne*

*sont pas opposés, le premier concept est une subdivision du second. La consideration pour une promesse est (à moins d'être nominale ou fabriquée) toujours un motif de l'engagement ; mais le motif d'une promesse n'est pas nécessairement une consideration au sens du droit pour celle-ci* »[157]. En d'autres termes, comme pour la cause du droit français, la notion de *consideration* exprime une partie des motifs de l'engagement d'une partie. Un contractant ne peut se prévaloir de l'engagement de son cocontractant que s'il a donné quelque chose en retour de la promesse – ce qui constitue une *consideration* – que ce soit la réalisation d'un acte ou une contrepromesse. Dans une première approche, la *consideration* semble donc correspondre à la notion de contrepartie, en ce qu'elle désigne un élément fourni en retour d'un engagement, qui plus est nécessaire, puisqu'elle fonde le caractère contraignant de l'accord.

Le rôle de la contrepartie ne se limite toutefois pas à la caractérisation de l'existence d'un engagement juridiquement obligatoire. Il est possible d'identifier, en droit anglais, des éléments fondant un contrôle de la valeur de la contrepartie de nature à conduire à la remise en cause du contrat[158]. La contestation du contrat au regard notamment du caractère *illusory* de la *consideration* est ainsi admise[159], ce qui s'inscrit dans le sens de la vérification de l'intérêt porté par la contrepartie.

**28. L'absence de formalisation de l'exigence d'une justification minimale en droit allemand.** Une première approche du droit allemand suggère que ce dernier ne rejoint pas les droits français et anglais sur le principe de nécessité d'une justification minimale de l'engagement. Le droit allemand n'inclut en effet aucun concept qui pourrait, au moins dans une certaine mesure, formaliser la nécessité de l'intégration de certains motifs au stade pour la validité du contrat et, plus précisément, d'une contrepartie pour la reconnaissance du contrat à titre onéreux. Le BGB n'intègre à ce titre aucune disposition faisant dépendre la validité du contrat du contrôle de la valeur de la contrepartie.

La question de la valeur de la contrepartie n'est pourtant pas étrangère au droit allemand. En effet, d'après le 138 (2) du BGB, le contrat présentant un déséquilibre contractuel grave des prestations est, dans certaines conditions, contraire aux bonnes mœurs. Il s'agit d'un disposition

---

[157] Notre traduction de E. PEEL, G. H. TREITEL, *The Law of Contract*, Thirteenth Edition, Sweet & Maxwell, 2011, n° 3-010 : « Consideration and motive are not opposites ; the former concept is a subdivision of the latter. The consideration for a promise is (unless it is nominal or invented) always a motive for promising ; but a motive for making a promise is not necessarily consideration for it in law ».

[158] En ce sens, FULLER distingue deux fonctions de la *consideration* : une fonction dite « formelle » (*formal*) et une fonction dite « substantielle » (*substantive*). Au titre de la fonction formelle, la *consideration* permet alors notamment de prouver l'existence et la portée du contrat tandis que la fonction substantielle à assurer le respect des exigences légales constituant des limites à l'autonomie de la volonté. V. L. FULLER, « Consideration and Form », *Columbia Law Review*, vol. 41, n° 5, (mai 1941), p. 799 à 824.

[159] V. M. FURMSTON, G.J. TOLHURST, *op. cit.*, n° 11.116 et 11.117.

de sanction de l'usure (*Wücher*), qui correspond au concept de lésion qualifiée[160]. C'est dire que l'insuffisance de la contrepartie est susceptible de conduire à l'invalidité du contrat, ce qui suggère son caractère nécessaire pour la validité du contrat en droit allemand.

**29. Principe et portée de la nécessité de la contrepartie.** Sous un angle comparatif, la question de l'exigence d'une justification minimale de l'engagement contractuel soulève deux interrogations : celle de la reconnaissance du contrat intéressé qui, en tant que tel, présuppose l'intégration d'un motif particulier identifié comme la contrepartie, et celle du contrôle de la valeur de cette dernière. Il est proposé de démontrer que les droits français, anglais et allemand se rejoignent non seulement sur le principe de nécessité d'une contrepartie pour que le contrat à titre onéreux produise ses effets de droit, mais aussi sur les critères d'une contrepartie valable, laquelle doit être porteuse d'un intérêt minimal. Le sens et la portée de l'exigence d'une justification de l'engagement, identifiée comme la contrepartie du contrat à titre onéreux, doivent donc être analysés afin d'établir une convergence entre les droits étudiés. En effet, dans l'hypothèse où les droits français, anglais et allemand ne retiendraient pas des critères similaires, leur convergence quant à la nécessité d'une contrepartie ne serait finalement que très artificielle. Si l'un des droits étudiés se satisfaisait, par exemple, d'une contrepartie purement formelle, tandis qu'un autre exigerait qu'elle soit porteuse d'un intérêt minimal, alors les solutions retenues ne pourraient pas être considérées comme équivalentes. La détermination des conditions relatives à la contrepartie suppose alors d'examiner les solutions qui, dans chacun des droits étudiés, ont conduit à la remise en cause du contrat au regard de l'insuffisance de la contrepartie.

L'analyse de l'exigence d'une contrepartie (Titre 1) précédera ainsi celle de l'insuffisance de la contrepartie (Titre 2).

**Titre 1 – L'exigence d'une contrepartie**

**Titre 2 – L'insuffisance de la contrepartie**

[160] V. § 138 (2) du BGB.

# TITRE 1 – L'EXIGENCE D'UNE CONTREPARTIE

**30. La nécessité de la contrepartie fondée sur l'article 1107 du Code civil en droit français.** En droit français, l'article 1107 du Code civil définit le contrat à titre onéreux comme celui dans lequel chacune des parties reçoit un avantage en contrepartie de son engagement. Par opposition, le contrat à titre gratuit est le support d'un engagement désintéressé : il n'est pas consenti en contrepartie d'un avantage. La distinction du contrat à titre onéreux et à titre gratuit repose sur un examen de la motivation des contractants et le caractère intéressé du contrat à titre onéreux se traduit, techniquement, par la contrepartie[161]. L'analyse de l'article 1107 du Code civil révèle qu'il est possible de déduire la nécessité d'une contrepartie à partir de la confrontation de l'intention contractuelle et du contenu de l'acte. Cette approche ouvre des perspectives de convergence autres droits étudiés.

**31. La nécessité d'une contrepartie fondée sur la *consideration* en droit anglais.** La *consideration* concerne la question de la formation du contrat, à côté de l'intention contractuelle (*intent to create legal relationships*)[162]. La *consideration* est présentée comme une condition de reconnaissance de l'existence du contrat[163], lorsque ce dernier ne fait pas l'objet d'un formalisme spécial[164]. La *consideration* traduit l'échange économique, le *bargain*, entre les parties, et s'identifie à la contreprestation fournie par le bénéficiaire d'une promesse. Une promesse gratuite peut néanmoins être obligatoire sur le fondement d'une *nominal consideration* (une *consideration* nominale), telle un grain de poivre[165]. Le caractère satisfaisant d'une *consideration* purement nominale est apprécié à l'aune de l'intention des parties : l'existence d'une *nominal consideration* permettra la reconnaissance du contrat à titre gratuit, mais la *nominal consideration*, seule, ne permettra pas la reconnaissance du contrat à titre onéreux, à défaut d'existence d'un avantage de nature à constituer une contrepartie[166]. Une analyse de la *consideration*, qui suppose de distinguer les actes à titre gratuit (*gratuitous*

---

[161] V. J. ROCHFELD, thèse préc., n° 3 : « La motivation s'exprime dès ce moment dans un élément extériorisé, matériel, facilement identifiable, à la différence des mobiles : la contrepartie ».
[162] Sur le rattachement de la *consideration* à un critère d'existence du contrat : M. CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, thèse, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2002, n° 215 et s.
[163] *Ibid.*, n° 200 : « lorsque le droit de tradition anglaise considère qu'aucun contrat n'a été formé, il s'agit d'un cas d'inexistence au sens où l'entend le droit civil ».
[164] V. H. KÖTZ, B. FAUVARQUE-COSSON, C. SIGNAT, D. GALBOIS-LEHALLE, Droit européen des contrats, Dalloz Sirey, 2020, n° 121.
[165] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 3-014.
[166] En ce sens, v. *Lipkin Gorman v Karpnale Ltd* [1991] 2 AC 548.

*promises*) et les actes à titre onéreux (*onerous promises*)[167], permet ainsi de fonder la nécessité d'une contrepartie pour la reconnaissance du contrat intéressé[168].

**32. L'exigence d'une contrepartie résultant des règles du *Dissens* en droit allemand.** Le BGB comporte des dispositions relatives au *Dissens* – ou dissentiment – lesquelles n'ont pas d'équivalent en droits anglais et français. Il s'agit essentiellement de déterminer si un contrat a ou non été conclu au regard de la confrontation de l'intention des parties avec le contenu de leur accord. En effet, il résulte des règles du *Dissens* que l'absence d'accord des parties sur un élément essentiel du contrat empêche de considérer que ce dernier a été valablement formé. Dès lors, à défaut pour les parties d'être mues par une intention libérale, l'absence d'accord sur la contrepartie fera obstacle à la reconnaissance du contrat. Les dispositions relatives au *Dissens* sont donc de nature à fonder la nécessité d'une contrepartie.

**33. Fondement et régime de la nécessaire intégration d'une contrepartie.** L'exigence d'intégration d'un motif minimal, consistant en la contrepartie du contrat à titre onéreux, peut être unitairement établie en droits français, anglais et allemand. Chacun des droits étudiés consacre, en effet, des institutions permettant de fonder le principe de nécessité d'une contrepartie pour que l'acte, conclu par des parties qui ne sont pas motivées par une intention libérale, soit reconnu comme un contrat valable. Le caractère essentiel de l'intégration dans le contrat de la contrepartie suppose alors d'en préciser le régime. Il ne s'agit pas, à ce stade, de traiter la question du contrôle de la valeur de la contrepartie – lequel sera envisagé ultérieurement – mais d'analyser, en amont, les critères permettant de considérer qu'une contrepartie a bien été intégrée au contrat et les conséquences du défaut d'une telle prévision.

L'analyse des fondements de la nécessité d'une contrepartie (Chapitre 1) précédera celle du régime de l'intégration de la contrepartie (Chapitre 2).

**Chapitre 1 – Les fondements de la nécessité d'une contrepartie**

**Chapitre 2 – Le régime de l'intégration de la contrepartie**

---

[167] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 3-014.

[168] En ce sens, le contrat gratuit supporté par une *nominal consideration* ne produit pas des effets identiques à ceux du contrat à titre onéreux. Ainsi, par exemple, dans le cas des promesses gratuites supportées par une *nominal consideration*, les remèdes d'équité, tels l'exécution forcée, *specific performance*, ne seront pas disponibles dans la mesure où « formal gratuitous promises did not deserve the same degree of enforcement as those for which substantial value had been given, and so the equitable remedy of spectif performance is not available in respect of such promise » [E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 3- 016 ; traduction : « les promesses formelles gratuites ne méritent pas le même degré de contrainte que celles pour lesquelles un intérêt substantiel a été donné, et, dès lors, le remède équitable de l'exécution en nature n'est pas disponible pour de telles promesses »]. Ce constat permet de renforcer l'importance de l'identification du critère de qualification du contrat à titre onéreux.

## CHAPITRE 1 – LES FONDEMENTS DE L'EXIGENCE D'UNE CONTREPARTIE

**34. Formalisation ou non de l'exigence d'une justification de l'engagement.** En droit français, la nécessité d'un motif minimal de l'engagement était fondée sur l'exigence d'une cause pour la validité du contrat. En droit anglais, une justification de l'engagement est également expressément imposée par la *consideration*. A ce titre, il peut être relevé que, outre le fait que les deux notions concernent similairement la question des motifs de l'engagement, la *consideration* anglaise suscite, à l'instar de l'ancienne cause du droit français, d'importants débats. Faisant l'objet d'une doctrine particulièrement riche et complexe, la *consideration* est en effet soumise à des critiques qui sont dirigées, pour les moins sévères, vers le renouvellement de sa théorisation[169], et, pour les autres, vers sa suppression pure et simple[170]. L'analyse de la notion de contrepartie qui a été substituée à la cause en droit français est alors susceptible d'offrir un éclairage particulier des difficultés particulières soulevée par la théorie classique de la *consideration*. En effet, certains des problèmes de la *consideration* peuvent être résolus par son assimilation à la contrepartie, entendue comme la traduction technique du caractère intéressé du contrat[171].

En droit allemand, en l'absence de concept semblable à la cause ou à la *consideration*, la nécessité d'une contrepartie résulte implicitement de la mise en œuvre des règles relatives à la formation du contrat. Les règles du *Dissens* conduisent en effet à considérer que le contrat n'est pas valablement formé si les parties ne se sont pas mises d'accord sur ses éléments essentiels, tels que la contrepartie du contrat à titre onéreux.

Le résultat est donc le même dans les droits étudiés, quoique le procédé pour y parvenir soit quelque peu différent : tandis que la nécessité d'une contrepartie se fonde sur l'exigence d'une justification de l'engagement en droits français et anglais (Section 1), elle résulte de l'exigence d'un accord suffisant pour la formation du contrat en droit allemand (Section 2).

---

[169] En témoignent les propositions émises au sujet de la *consideration* dans le rapport de la Commission pour la révision du droit anglais. V. *Law Revision Committee sixth interim report : (statute of frauds and the doctrine of consideration)*, H.M.S.O. 1937, Cmd. n° 5449.

[170] V. "The Law Revision Committee's sixth interim report", *The Modern Law Review*, 1937, vol.1, n° 2, p. 97 et s., spec. p. 101 : « many of us would like to see the doctrine abolished root and branch ».

[171] En effet, la *consideration* doit classiquement consister en une contreprestation, ce qui exclut la reconnaissance des contrats à titre onéreux dont la contrepartie ne constitue pas une prestation à la charge d'une partie [v. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 3-003]. V. *infra*, n° 52 et s.

## *Section 1 – L'exigence expresse d'une justification de l'engagement en droits français et anglais*

**35. L'apport de la substitution de la contrepartie à la cause dans l'analyse de la *consideration***. Avant la réforme de 2016, la place des motifs dans la validité du contrat résultait de l'exigence d'une cause. En effet, le Code civil de 1804 énonçait la cause parmi les conditions de validité du contrat, à côté du consentement, de la capacité et de l'objet[172]. L'exigence d'une cause pour la validité du contrat se traduisait par un contrôle de son existence. La cause était en principe appréhendée de façon objective et identifiée à la contrepartie pour le contrat à titre onéreux. Or si le Code civil ne mentionne désormais plus la cause, il intègre en revanche expressément la notion de contrepartie aux articles 1107 et 1169, le premier portant sur les définitions des contrats à titre onéreux et à titre gratuit, et l'autre sur la nullité du contrat pour contrepartie illusoire ou dérisoire. Dès lors, la nécessité de l'intégration du motif-contrepartie pour la validité du contrat à titre onéreux peut être fondée sur ces deux dispositions.

En droit anglais, le rôle des motifs au stade de la formation du contrat se fonde sur l'exigence d'une *consideration* qui est sans doute aussi emblématique de la *common law* que la cause a pu l'être du droit français. Le concept de *consideration* partage d'ailleurs avec la cause, outre sa notoriété, sa complexité, laquelle résulte de la richesse tant de la jurisprudence que des analyses doctrinales dont elle est l'objet. Sur un plan plus substantiel, à l'instar de la cause, la *consideration* est nécessaire à la reconnaissance d'un contrat juridiquement obligatoire et concerne tout type d'engagement, qu'il soit onéreux ou à titre gratuit. S'agissant de considérer spécifiquement le contrat intéressé, la *consideration* correspond à la notion de contrepartie qui a été substituée à la cause en droit français. C'est ce qu'il convient de démontrer en analysant, tout d'abord, la substitution de la contrepartie à la cause en droit français (§1) avant de considérer, ensuite, l'exigence d'une *consideration* en droit anglais (§2).

### §1-<u>La substitution de la contrepartie à la cause en droit français</u>

**36. La cause comme condition de validité du contrat.** Contrairement à la cause, la contrepartie n'est pas formellement présentée comme une condition de validité du contrat. Les conditions de validité du contrat, énoncées au nouvel article 1128, ne font en effet mention

[172] Suivant les termes de l'ancien article 1108 du Code civil : « 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 ».

d'aucune exigence tenant à l'existence d'une justification de l'engagement. Le rattachement de la contrepartie à une condition de validité du contrat – à l'instar de la cause – semble néanmoins résulter de l'article 1169[173]. En effet, l'article 1169 sanctionne par la nullité le contrat à titre onéreux dont la contrepartie est illusoire ou dérisoire au moment de sa formation, ce qui correspond au contrôle dit de la réalité de la contrepartie[174]. Suivant un raisonnement *a fortiori*, ce texte peut être interprété comme signifiant que le contrat à titre onéreux est, à plus forte raison, nul lorsque la contrepartie est absente[175]. La nécessité d'une contrepartie peut toutefois également être fondée sur une autre disposition, à savoir l'article 1107 du Code civil définissant le contrat à titre onéreux. Il dispose que le contrat est à titre onéreux lorsqu'une partie reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure. La structure même du contrat à titre onéreux suppose donc l'existence d'une contrepartie. En ce sens, d'après l'analyse de M. LARROUMET, « *la définition du contrat à titre onéreux contient implicitement une condition de validité de celui-ci, l'avantage procuré en contrepartie de l'engagement* »[176]. Cette approche diffère-t-elle fondamentalement de celle qui résultait de l'analyse de la cause objective ? Une réponse négative s'impose à la lumière d'une autre fonction qui pouvait être reconnue à la cause objective, celle de catégorisation du contrat. L'analyse de la cause dite catégorique permettait en effet de rattacher un acte à une catégorie juridique de contrat, de le qualifier. A ce titre, le contrôle de l'existence de la cause était distingué suivant le caractère onéreux ou gratuit du contrat, la nature des motifs étant au cœur de la distinction. La nécessité d'une contrepartie pouvait alors être déduite de la qualification même du contrat à titre onéreux : en l'absence de contrepartie, l'acte intéressé ne peut valablement constituer un contrat à titre onéreux à défaut d'être en adéquation avec sa cause. C'est dire que la contrepartie imprime dans l'acte la cause de sa conclusion, à savoir la poursuite d'un intérêt.

Au vu de l'importance de la théorie de la cause dans la prise en compte des motifs au stade de la validité du contrat, il convient d'exposer les fonctions de l'ancienne cause objective (A), sur le fondement de laquelle était opéré le contrôle de l'existence d'une justification

---

[173] *Ibid*., n° 12.

[174] L'expression étant d'ailleurs celle retenue par la jurisprudence : v. par ex. Cass. com. 23 octobre 2012, n° 11-23.376, *D.* 2013. 686, note D. MAZEAUD, et 391, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; *Rev. sociétés* 2013. 160, note A. REYGROBELLET ; *RTD civ.* 2013. 112, obs. B. FAGES ; *Dr. et patr.* juin 2013, p. 66, obs. L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK : « qu'ayant ainsi fait ressortir que les obligations stipulées à la charge de la société Mécasonic étaient dépourvues de contrepartie réelle, la cour d'appel en a exactement déduit, sans avoir à faire la recherche dès lors inopérante visée à la seconde branche, que la convention litigieuse était dépourvue de cause et devait en conséquence être annulée ».

[175] G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », art. préc., n° 18 : « Selon l'article 1167 du projet d'ordonnance, pour échapper à la nullité, il faut que l'engagement ait une contrepartie, mais encore que celle-ci ne soit pas « illusoire ou dérisoire ».

[176] C. LARROUMET, « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat », *D.* 2008. 2441.

minimale de l'engagement, avant de considérer dans quelle mesure ces fonctions de la cause objective sont désormais assurées par la notion de contrepartie (B).

### A- Les fonctions de l'ancienne cause objective

**37. Double fonction de la cause objective**. En droit français, avant la réforme de 2016, les motifs étaient déterminants de la validité du contrat au regard du contrôle qui était opéré sur le fondement de la cause. En effet, il était exigé « *une cause licite dans l'obligation* » au titre des conditions de validité du contrat énoncées à l'article 1108 du Code civil, l'article 1131 précisant que « *[l']obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ». La cause, qualifiée de « *pièce maîtresse* » du contrat[177], permettait de remplir une double fonction : le contrôle de l'existence d'une justification minimale et le contrôle de la licéité du but. S'agissant de l'exigence d'une justification minimale, la cause était conçue objectivement et supposait de déterminer si le contrat était à titre onéreux ou à titre gratuit[178]. La qualification préalable du contrat était ainsi essentielle dans la mesure où, suivant la nature du contrat, non seulement la cause objective ne s'entendait pas de la même façon[179], mais, en outre, le contrôle de la cause ne s'opérait pas avec la même intensité[180]. La cause objective constituait alors également le critère de catégorisation du contrat. En définitive, l'analyse de la cause comme condition de validité du contrat (2) impose de considérer, au préalable, son rôle en tant qu'instrument de catégorisation des contrats, ce qui correspond à la notion de cause catégorique (1).

#### *1. La cause catégorique*

**38. La distinction de la cause des contrats à titre onéreux et à titre gratuit**. Les motifs sont au cœur d'une distinction fondamentale en droit français : celle des contrats à titre onéreux et des contrats à titre gratuit. En effet, tandis que les premiers sont motivés par la poursuite d'un intérêt, les seconds témoignent d'une intention libérale. La cause, en ce qu'elle désignait la finalité de l'engagement et intégrait ainsi les motifs des parties, constituait alors un élément central dans la qualification du contrat. La cause permettait d'opposer le contrat à titre onéreux au contrat à titre gratuit dans la mesure où, par nature, cette distinction suppose de considérer

---

[177] F. CHABAS, *Obligations, théorie générale*, in *Leçons de droit civil,* H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, 9ème édition, Montchrestien, 1998, n° 244.
[178] V. par ex. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11ème édition, 2013, n° 338 : « A suivre la présentation de Domat, la *summa divisio* est ici celle des contrats à titre onéreux et des contrats à titre gratuit ».
[179] *Ibid.*
[180] *Ibid.*

la justification de l'engagement. La cause apparaît ici comme le critère de distinction du contrat à titre onéreux et du contrat à titre gratuit[181]. A ce titre, la cause a pu être décrite par le doyen MAURY comme un « *instrument de classement, de "catégorisation"* »[182]. Le concept de cause catégorique[183] , désignant les éléments objectifs « *permanents et constants* », « *inhérents à la nature même du contrat passé* »[184], était alors avancé.

La qualification du contrat à titre onéreux et du contrat à titre gratuit s'effectuait alors suivant une conception objective de la cause[185], c'est-à-dire par le recours à la notion de contrepartie. La cause objective apparaissait en effet propre à une structure contractuelle donnée et c'est cette typicité qui permettait d'en faire un critère de qualification. Le contrat à titre onéreux, qu'il soit unilatéral ou synallagmatique, est porteur d'un engagement intéressé, c'est-à-dire qu'il est pris dans la perspective d'une contrepartie – qui constituait la cause objective – quand bien même cela ne se traduit pas sous la forme d'une obligation réciproque[186]. La cause objective du contrat à titre gratuit était quant à elle classiquement identifiée comme l'intention libérale[187]. Plus précisément, elle est « *l'absence voulue de contrepartie* »[188], la gratification intentionnelle. La cause objective et, à travers elle, la notion de contrepartie était ainsi déterminante de la qualification du contrat.

Or la question de la qualification est fondamentale dès lors que c'est d'elle que dépend l'application d'un régime juridique correspondant. Selon la thèse de M. HENRY, la qualification s'opère par la confrontation de l'objet à qualifier avec la « *présupposition* » qui définit les conditions d'application d'un régime juridique attaché à une notion[189]. Il explique alors que la présupposition « *regroupe les critères de qualification et correspond à un modèle de contrat identifié par certaines de ses caractéristiques* »[190]. Le contrat qui ne peut pas être qualifié de contrat à titre onéreux, au regard de l'absence de contrepartie, ne peut pas non plus

---

[181] V. not. au sujet de la cause comme critère de distinction des actes à titre onéreux et gratuits : L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé*, Dalloz, 1928, p. 399 ; F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse, L.G.D.J., 1957, n° 273 et s.

[182] J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse, Jouve, 1920, n° 39.

[183] V. L. BOYER, *La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif,* thèse, Librairie du "Recueil Sirey", 1947, *passim.*

[184] F. TERRE, thèse préc., n° 269.

[185] V. I. NAJJAR, « Donation », *Repertoire de droit civil*, Dalloz, janvier 2008 (actualisation novembre 2017), n° 53, l'auteur décrit la cause catégorique comme étant « objective par définition ».

[186] X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, thèse dacty., 1992, n° 533. L'auteur identifie trois types de structures de qualification : unilatérale gratuite, unilatérale onéreuse intéressé (à laquelle correspond par exemple la promesse unilatérale de vente avec ou sans indemnité) et, enfin, synallagmatique onéreuse (telle la vente).

[187] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11ème édition, 2013, n° 349.

[188] *Ibid.*

[189] V. X. HENRY, thèse, préc., n° 1.

[190] *Ibid.*

en produire les effets. Il pouvait ainsi être déduit du processus de qualification opéré au regard de la cause objective que le contrat à titre onéreux dénué de contrepartie ne pouvait être reconnu comme tel. La nécessité d'une contrepartie pour la validité du contrat à titre onéreux s'imposait en outre dès lors qu'une cause était expressément exigée au titre des conditions de validité du contrat, laquelle était, une nouvelle fois, entendue de façon objective.

### *2. La cause condition de validité du contrat*

**39. La distinction de la cause objective et subjective**. La prise en compte des motifs au stade de la validité du contrat suppose traditionnellement en droit français de considérer la condition relative à la cause. En effet, la cause était, dans le Code civil de 1804, une condition de validité du contrat : elle devait exister et être licite pour que l'acte soit valable. Partant, la difficulté principale qu'a suscitée la notion de cause était celle du sens à lui attribuer. L'enjeu était fondamental : plus la cause exigée pour la validité du contrat était entendue de façon large, extensive, plus les possibilités d'une contestation de l'acte étaient importantes sur le fondement d'une absence de cause. La notion de cause intègre en effet potentiellement toute la diversité des motifs opérant dans le contrat : elle peut désigner les raisons de fait ou de droit ayant généré la conclusion du contrat – la cause efficiente – ou la finalité poursuivie par ce dernier – la cause finale. La cause du Code civil dans sa version de 1804 est traditionnellement entendue au sens de cause finale[191].

La cause (finale) est alors présentée comme pouvant être appréciée de deux façons : à la cause qualifiée d'objective, proche, immédiate, s'opposerait la cause dite subjective, lointaine, médiate[192]. L'idée est que, dans un cas, la cause est déterminée objectivement en fonction de la nature du contrat, tandis que dans l'autre, il s'agit de prendre en compte les motivations des parties, leurs mobiles personnels à conclure le contrat. La cause *de l'obligation* est alors distinguée de la cause *du contrat*. Ainsi, dans un contrat synallagmatique, il était enseigné que la cause (objective) de l'obligation de l'un réside dans l'objet de l'obligation de l'autre[193]. La cause (subjective) du contrat appelait, quant à elle, à une analyse plus poussée pour déceler les intentions profondes du contractant.

---

[191] V. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation*, *op. cit.*, n° 555 et 566 : la cause est définie comme « l'intérêt de celui qui s'engage », plus précisément comme « [l]'intérêt, l'utilité particulière du contrat pour chacune des parties qui les détermine à s'engager ».
[192] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11ème édition, 2013, n° 333.
[193] *Ibid*., n° 340.

Il résultait de l'ancien article 1131 du Code civil que l'obligation, pour être valable, devait avoir une cause et que celle-ci devait être licite. La doctrine en a déduit une application distributive de la cause : le contrôle de l'existence de la cause ne prenait en compte que la cause objective[194], alors que celui de la licéité de la cause s'opérait au crible de la cause subjective[195]. En d'autres termes, les dimensions objective et subjective de la cause étaient distinctement appréciées suivant la finalité du contrôle opéré. S'agissant du contrat à titre onéreux, le contrôle de l'existence de la cause objective visait alors à s'assurer de l'intégration d'une contrepartie.

**40. Le contrôle de l'existence de la cause identifiée à la contrepartie des contrats à titre onéreux**. Dans les contrats à titre onéreux, la cause exigée pour la validité du contrat était classiquement entendue, au stade du contrôle de l'existence de la cause comme consistant en la contrepartie[196]. La cause était alors supposée se retrouver à l'identique pour un type de contrat donné[197]. Ainsi, par exemple, la cause de l'engagement de l'acheteur réside dans l'engagement réciproque du vendeur de délivrer la chose objet du contrat à défaut duquel le contrat peut être annulé sur le fondement de l'absence de cause et non dans l'utilité particulière qu'il souhaite en faire. Une telle acception de la cause se justifiait alors au regard du « *souci de protection individuelle* »[198] concilié à l'impératif de sécurité juridique : la cause, entendue comme le but proche, immédiat, devait permettre de s'assurer « *pour chaque obligation souscrite de l'existence d'une justification suffisante* »[199], tout en n'admettant pas l'annulation des contrats qui ne réaliseraient pas des motifs jugés personnels, hors du champ contractuel. L'idée était donc d'imposer une justification minimale à l'engagement et non de s'assurer de l'adéquation du contrat avec les motifs personnels des contractants. En d'autres termes, si la cause objective permettait de faire dépendre la validité du contrat du motif constitué par la contrepartie, il ne

---

[194] *Ibid.*, n° 338 s.
[195] *Ibid.*, n° 361 s.
[196] V. J. ROCHFELD, *thèse préc.*, n° 3 : « Dans une période de dogme général de la liberté contractuelle, c'est-à-dire pour des raisons historiques de limitation des investigations du juge, investigations que n'aurait pas manqué d'induire une analyse poussée des motivations, la cause de l'obligation, dès l'émergence de son acception moderne, principalement avec Domat, puis dans son prolongement avec la théroie causaliste dite « classique », a été définie comme la contreprestation à laquelle s'engageait l'autre partie. Chacun s'obligerait, dans un contrat, pour recevoir la contrepartie que lui procurerait son cocontractant. » ; n° 344 : « Dans la présentation la plus répandue, le contrôle de la présence de la cause d'une obligation est décrit comme la vérification de l'existence d'une contreprestation ».
[197] V. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation, op. cit.*, n° 506 : « La cause de l'obligation a longtemps désigné, selon la doctrine dominante, la notion utilisée pour apprécier l'existence de la cause. Elle reste aujourd'hui, pour beaucoup, objective, abstraite et toujours la même pour chaque type de contrat, par exemple une contrepartie dans les contrats synallagmatiques » ; J. ROCHFELD, thèse préc., *passim*, par ex. n° 10 : « La motivation des parties est censée être identique selon le type de contrat utilisé et le juge doit confronter la contrepartie concrètement promise à ce modèle objectif, à sa contrepartie typique ».
[198] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11ème éd., Dalloz, 2013, n° 336.
[199] *Ibid.*

s'agissait alors pas d'imposer l'intégration d'autres motifs que celui consistant en la poursuite d'un intérêt, objectivement considéré.

**41. Les critiques à l'encontre de la cause objective.** La conception objective de la cause avait fait l'objet de critiques par une partie de la doctrine la jugeant trop artificielle et incohérente avec la réalité du phénomène contractuel[200]. Il a, à ce titre, été reproché à la cause objective d'être « *inopportune* » [201] en ce qu'elle ne pourrait s'appliquer aux contrats atypiques[202] ou aux contrats typiques imprécis[203]. La cause objective serait en effet déterminée de façon *a priori*, et donc « *extérieurement à la volonté des parties* », quitte à contredire cette dernière[204]. La contestation du caractère objectif de la cause a trouvé un écho particulier en jurisprudence. En effet, suivant l'analyse majoritaire, dans certains arrêts, la Cour de cassation ne s'en serait pas tenue à une appréhension purement objective de la cause au stade du contrôle de son existence, ce qui a caractérisé un mouvement dit de subjectivisation de la cause[205]. C'est dire que les juges auraient, en dépit de la présence d'une contrepartie, conclu à son caractère insatisfaisant au regard de la finalité concrète poursuivie par les parties, ce qui correspond à l'opinion selon laquelle une conception objective de la cause serait critiquable.

S'agissant de considérer l'exigence d'une justification de l'engagement, ce mouvement jurisprudentiel est de nature à faire douter du caractère satisfaisant de l'intégration d'une contrepartie. N'en résultait-il pas en effet l'exigence de l'intégration, non pas simplement d'une contrepartie minimale, mais d'une contrepartie concrètement utile ? Sans faire un exposé exhaustif des solutions jurisprudentielles relatives à une notion qui n'intègre plus le droit positif, il convient de mesurer la portée de la contestation de la cause objective, puisqu'elle est de nature à éclairer l'appréciation de la notion de contrepartie qui lui a été substituée.

**42. Le mouvement de subjectivisation de la cause**. Comme cela vient d'être mentionné, d'après l'opinion de la doctrine ayant identifié un mouvement dit de subjectivisation de la cause, certaines solutions retenues en jurisprudence auraient contredit le principe selon

---

[200] Se retrouvent ici des critiques assez similaires à celles qui ont pu être formulées à l'égard de la doctrine classique de la *consideration.*

[201] J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation, op. cit.*, n° 577.

[202] Sur la notion de contrats atypiques v. J. ROCHFELD, thèse préc., *passim*. L'auteur identifie deux catégories de contrats atypiques : le contrat « lourd » construit « dans toutes ses clauses » (n° 59) et le contrat résulant de l'utilisation d'un contrat nommé auquel est adjoint une finalité atypique, résultant de l'adjonction d'une finalité propre (n° 61) ou d'un bouleversement de l'organisation de la structure du contrat type par l'éradiction d'une obligation considérée comme annexe au rang d'obligation essentielle (n° 63). Ainsi pour les contrats atypiques, le contrôle de l'existence de la cause suivant une acceptation objective serait contradictoire avec la possibilité laissée aux parties de conclure un contrat atypique. La cause conçue comme identique et inhérente au type contractuel ne pourrait alors fonder le contrôle des contrats atypiques pour lesquels la cause n'est pas préétablie, objective.

[203] J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation, op. cit.*, n° 577.

[204] *Ibid.*

[205] *Ibid.,* n° 342.

lequel le contrôle de l'existence de la cause devait se limiter à une conception objective, c'est-à-dire à la stricte vérification de la réalité de la contrepartie pour le contrat à titre onéreux. En effet, la Cour de cassation aurait considéré que la cause était absente dans certains contrats, alors même qu'ils n'étaient pas dénués de contrepartie, dès lors que les motifs personnels des contractants ne pouvaient pas être satisfaits. Les juges, ayant conclu à l'absence de contrepartie réelle, aurait ainsi retenu une conception subjective de la cause. Suivant cette analyse de la jurisprudence visée, l'intégration d'une contrepartie ne serait pas satisfaisante, au titre de l'exigence d'une justification pour la validité du contrat, si elle n'est pas apte à être réellement utile à celui qui la reçoit. En ce sens, les arrêts rattachés au mouvement de subjectivisation de la cause en aurait profondément modifié l'appréhension en tant que condition de validité du contrat. Il a alors pu être affirmé que « *[l]e courant le plus important du renouveau doctrinal de la cause est l'affirmation d'une* subjectivisation *de la définition de l'absence de cause* »[206]. Pour ne s'en tenir qu'à une seule illustration, dans l'arrêt *Point-club vidéo*[207], la Cour de cassation a considéré que le contrat de location de cassettes vidéo en vue de leur sous-location était dépourvu de contrepartie réelle – en dépit de la mise à disposition des cassettes – dès lors que l'exploitation du Point-club vidéo était vouée à l'échec. En sanctionnant ainsi, sous couvert de l'exigence d'une cause, l'impossibilité de réalisation du but concret poursuivi, la jurisprudence aurait alors, d'après certains auteurs, contribué à renforcer le constat du caractère insatisfaisant d'une conception objective de la cause, en prenant en compte des motifs relevant en principe d'une conception subjective de cette dernière[208].

En ce sens, l'exigence d'une justification de l'engagement pour la validité du contrat pourrait être celle d'une contrepartie concrètement utile, par laquelle seraient pris en compte des motifs personnels. S'agissant de comparer les solutions des droits français, anglais et allemand dans l'exigence d'une justification de l'engagement, la jurisprudence de subjectivisation de la cause est donc de nature à relativiser la convergence des droits considérés. Une autre interprétation de la jurisprudence, conforme au principe de l'exigence d'une cause objective entendue comme la contrepartie, est néanmoins possible. En effet, il semble que les

---

[206] J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation, op. cit.*, n° 574.

[207] Cass. civ. 1ère 3 juillet 1996, *Point-club vidéo, Bull. civ.* I, n° 286 ; *D.* 1997. 500, note REIGNE ; *RTD civ.* 1996. 901, obs. MESTRE ; *Defrénois* 1997. 336, obs. D. MAZEAUD.

[208] V. par ex. C. LARROUMET, art. préc. : « On en revient ainsi aux controverses récentes sur la cause *de l'obligation*, à laquelle, avec les arrêts *Chronopost* et *Club Video*, on entend intégrer les motifs qui correspondent à la cause du contrat ».

critiques formulées à l'encontre de la cause objective proviennent, pour l'essentiel, d'une réduction à ce que, finalement, elle n'a jamais été : une cause formelle[209].

**43. Défense d'une conception objective de la cause.** Il n'est guère contestable que la cause est un concept juridique permettant la prise en compte de motifs, dès lors qu'elle renvoie précisément à la question de la justification de l'engagement. Or les motifs revêtent, par essence, une dimension subjective. La difficulté soulevée par la présentation traditionnelle de la cause objective tient alors au fait qu'elle tend à déconnecter la cause de la question des motifs. En effet, comme cela a été mentionné, dès lors qu'elle était entendue de façon objective, la cause était censée se retrouver à l'identique pour un même type de contrat. Partant, la cause objective n'exprimerait pas véritablement les motifs des parties : elle conduirait à présupposer des motifs et non à vérifier l'existence des motifs. Il peut pourtant déjà être observé que le fait qu'un motif se retrouve partagé par différents contractants – de sorte qu'il devienne caractéristique d'une structure contractuelle typique – ne signifie pas qu'il en perde sa qualité de motif.

Au demeurant, il peut être défendu que si la cause apparaît comme objective, ce n'est pas par rapport aux motifs, mais aux critères de leur réception en droit. En d'autres termes, la cause ne serait pas objective dans le sens où la motivation serait préétablie objectivement, elle serait objective en ce qu'elle s'apprécie suivant des critères objectifs[210]. C'est d'ailleurs ce qui transparaît dans l'arrêt *Point club vidéo* : le contrat n'a pas été jugé nul sur le fondement de l'impossibilité de réaliser les motifs personnels des parties – en tant que tels extérieurs au champ contractuel – mais sur l'impossibilité de réaliser « *l'économie voulue par les parties* », ce qui suggère une appréciation du contenu même de l'accord, en somme des considérations objectives. L'objectivité de la cause ne concerne ainsi pas tant les motifs eux-mêmes que les critères de leur prise en compte en droit, ce qui renvoie à la question de leur intégration dans le champ contractuel[211]. En rapportant le caractère objectif au processus de motivation, la cause

---

[209] Dans le sens du rejet d'une conception formelle de la cause v. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation, op. cit.*, n° 716-717 ; J. ROCHFELD, thèse préc., n° 103 : « Le contrôle de la cause ne s'est jamais véritablement arrêté à celui d'une contrepartie formelle, d'un objet, et surtout d'un objet quelconque. Dès le XIXème siècle, puis pendant le XXème siècle, et de façon accrue aujourd'hui, la réalité de la contreprestation est considérée. Au-delà de la matérialité de la contrepartie, les juges ont très tôt examiné sa « réalité », son « sérieux » et ainsi l'avantage qu'elle représentait véritablement ».

[210] Un parallèle peut être opéré avec le droit anglais s'agissant de l'appréciation de la *consideration*. En effet, la détermination de la *consideration* se fait en application de *the objective theory*, applicable plus largement à la détermination de l'objet du contrat [v. E. MCKENDRICK, *op. cit.*, p. 19 et s.]. Cela signifie que les juges vont se fonder sur une approche raisonnable de l'accord et du comportement des parties, pour déterminer le contenu du contrat, et non sur ce que ces dernières prétendent avoir eu à l'esprit au moment de la conclusion du contrat. Les juges anglais s'en tiennent ainsi à une analyse du champ contractuel, suivant donc une interprétation objective du contrat, dans lequel les parties sont libres d'intégrer leurs motifs personnels.

[211] Ce qui apparaît bien être l'enjeu de la définition de la cause comme la contrepartie convenue [v. J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *op. cit.*, n° 149 et s.].

devient une notion purement formelle, ce qui est effectivement critiquable. Or le contrôle de l'existence de la cause objective visait non pas à vérifier la présence d'une contrepartie formelle mais à s'assurer de l'intégration d'un motif minimal pouvant, au regard du contenu du champ contractuel défini par les parties, être identifié comme la contrepartie. Partant, il ne s'agissait pas d'aller au-delà de ce qui était intégré au contrat et de prendre en compte la cause dite subjective[212]. La notion de cause objective ne s'est jamais opposée à une telle conception et, même, c'est en ce seul sens que la cause exigée pour la validité du contrat aurait dû être entendue comme objective[213]. L'objectivité caractérisant la cause n'est en définitive que l'expression d'un critère de délimitation du champ contractuel, lequel ne préjuge aucunement de son contenu, contrairement à ce que suggère une conception formelle de la cause objective.

Cette présentation de la cause objective permet de rétablir une certaine cohérence dans les solutions rendues sur le fondement de la cause. L'exigence d'une cause – appréciée objectivement – apparaît en effet comme celle d'une justification minimale de l'engagement, consistant en la contrepartie du contrat à titre onéreux, et qui est de nature à se retrouver à l'identique dans les contrats relevant d'un même type. L'exigence d'une justification de l'engagement entendue comme la contrepartie du contrat à titre onéreux n'exclut pas la possibilité pour les parties d'intégrer au contrat l'utilité concrète attendue du contrat, laquelle participera également du contenu objectif de l'accord. La question de la satisfaction de cette utilité intégrée au contrat doit alors être distinguée de celle relative à l'exigence d'une justification minimale de l'engagement. Ainsi que cela sera développé ultérieurement, les droits étudiés intègrent en effet des institutions sur le fondement desquelles le contrat peut être contesté au regard de l'impossibilité de réaliser l'utilité poursuivie au moment de sa conclusion[214]. Dès lors, si la cause a pu, comme dans l'arrêt *Point-club vidéo*, conduire à invalider le contrat en raison de l'impossibilité de réaliser, suivant la formule employée dans l'arrêt, « *l'économie voulue par les parties* », il s'agit là d'un autre rôle des motifs dans la détermination de la validité du contrat, lequel se situe sur un autre plan que celui relatif à

---

[212] V. par ex. Cass. com., 18 mars 2014, n° 12-29.453 : *D.* 2014. 1915, note D. MAZEAUD ; *D.* 2015. 529, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; *RTD civ.* 2014, p. 884, obs. H. BARBIER ; *JCP G* 2014, 1116, note J. GHESTIN ; *JCP E* 2015, 1224, note C. DELANGLE ; *RDC*, 2014, p. 345, note Y.-M. LAITHIER ; *AJCA* 2014, p. 78, obs. J. DUBARRY.

[213] Rappr. J. ROCHFELD, thèse préc., n° 92 : « le rapport d'utilité pris en compte pour juger d'une relation contractuelle donnée doit se limiter à un rapport objectif et abstrait. (…) la cause ne peut intégrer l'utilité subjective de la chose, c'est-à-dire l'adéquation du bien au besoin individuel du preneur (…). Il est vrai que les structures atypiques ne proposant aucune compréhension préétablie, l'appréciation y est beaucoup plus complexe et dépendra en grande partie de la définition contractuelle de l'intérêt poursuivi. L'utilité objective n'en sera pas moins strictement délimitée par la condition d'entrée de l'intérêt poursuivi dans le champ contractuel. Dans les contrats typiques comme dans les contrats atypiques, la considération de la cause comme l'intérêt de chacun à l'acte doit donc se limiter à la seule prise en compte de l'utilité objective du rapport de droit considéré ».

[214] V. *infra*, n° 266 et s.

l'exigence d'une justification minimale de l'engagement[215]. C'est dire qu'il n'a pas été question d'imposer l'intégration de l'utilité poursuivie par la conclusion du contrat mais de prendre en compte l'impossibilité de réaliser l'utilité intégrée au champ contractuel par les parties, ce qui est également admis par les droits étudiés sur le fondement d'autres institutions.

En définitive, les solutions antérieurement rendues dans le cadre du mouvement dit de subjectivisation de la cause ne sont pas de nature à imposer l'intégration, au-delà d'une contrepartie minimale, d'une contrepartie utile. Il convient d'examiner dans quelle mesure les nouveaux textes du code civil, visant non plus la cause mais la contrepartie, conduisent à imposer l'intégration d'une contrepartie pour la validité du contrat à titre onéreux.

### B- La contrepartie comme condition de validité du contrat

**44. Maintien des fonctions de la cause objective.** Le rôle des motifs dans la détermination de la validité du contrat, au regard de l'exigence d'une justification de l'engagement, n'a pas été supprimé en même temps que la notion de cause. La cause n'a sans doute jamais fait l'unanimité[216]. Elle fut particulièrement décriée dans la perspective d'une harmonisation du droit à l'échelle européenne et d'une mise en concurrence des droits, en raison de son excès de technicité et de sa spécificité[217]. Néanmoins, parce que les assauts lancés contre la cause étaient davantage dirigés vers sa théorisation que contre l'idée qu'elle porte, la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 a, certes, supprimé le mot du Code civil, mais elle a maintenu, sur le fond, les fonctions de la cause[218]. S'agissant plus précisément des fonctions de la cause objective, elles sont aujourd'hui assurées, dans les contrats à titre onéreux, par la notion de contrepartie.

La contrepartie peut être présentée comme une condition de validité du contrat à titre onéreux. Il peut en effet être déduit de l'article 1169 du Code civil, disposant qu' « *[u]n contrat à titre onéreux est nul, lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit*

---

[215] Il sera d'ailleurs montré ultérieurement que la contrepartie pourrait, comme la cause, servir de fondement à la prise en compte de l'impossibilité initiale de réaliser l'utilité intégrée au contrat mais qu'un autre fondement apparaît plus opportun. V. *infra*, n° 137 et s.

[216] V. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome II, L.G.D.J., 1902, n° 1037 et s. : « La théorie de la cause, telle que la doctrine française l'a construite, a un double défaut : 1° elle est *fausse*, au moins dans deux cas sur trois ; 2° elle est *inutile* » ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, tome XVI, Bruylant-Christophe & Cie, 1875, n° 111 ; plus récemment v. not. L. AYNES, « La cause, inutile et dangereuse », *Dr. et patrimoine*, octobre 2014, n° 240, p. 40 – *contra* v. not. O. TOURNAFOND, « Pourquoi faut-il conserver la théorie de la cause en droit français », *D.* 2008, p. 2609 ; D. MAZEAUD, « La cause pour que survive la cause, en dépit de la réforme ! », *Dr. et patrimoine*, octobre 2014, n° 240, p. 38 ; T. GENICON, « Caducité pour disparition de la cause : requiem pour une immortelle ? », *RDC* 2016, p. 11.

[217] Au sujet de ces considérations de politique juridique, v. G. WICKER, « La suppression de la cause et les solutions alternatives », in *La réforme du droit des obligations en France, 5e Journées franco-allemandes*, *op. cit.*, p. 107 s.

[218] G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », art. préc.

*de celui qui s'engage est illutoire ou dérisoire* », que la contrepartie est une condition de validité du contrat à titre onéreux, en lieu et place de la cause objective. Mentionnée à l'article 1107 donnant les définitions du contrat à titre onéreux et du contrat à titre gratuit, la contrepartie constitue, en amont, l'élément distinctif du contrat à titre onéreux par rapport au contrat à titre gratuit, de sorte qu'elle remplit la fonction qui était celle de la cause catégorique à l'égard de ce dernier. Le contrat à titre onéreux, pour être qualifié comme tel, doit ainsi intégrer une contrepartie, laquelle doit en outre être réelle. Au demeurant, il apparaît que l'article 1169 se rapporte davantage à la question des conditions d'une contrepartie suffisante, qui sera développée ultérieurement, qu'à celle de la nécessité même de l'existence d'une contrepartie[219]. S'agissant ici de s'en tenir à la démonstration de la nécessité d'une contrepartie pour la validité du contrat à titre onéreux, la contrepartie sera envisagée en ce qu'elle participe de la qualification du contrat à titre onéreux (2). Il convient toutefois, au préalable, de préciser la notion de contrepartie (1).

### *1. La notion de contrepartie*

**45. La question de la nature de la contrepartie**. Suivant les termes de l'article 1107 du Code civil, la contrepartie peut être définie comme l'avantage attendu par chacune des parties en retour de celui qu'elle procure. Le texte de l'alinéa 1er de l'article 1107 lie ainsi la contrepartie à la notion d'avantage. Au sens général, l'avantage se définit comme le « *profit, gain, utilité* »[220]. La notion de contrepartie s'entend alors comme la perspective d'un avantage qu'une partie espère retirer de la conclusion du contrat. Cet avantage est apprécié suivant le contenu du champ contractuel. Sur ce point, la rédaction de l'article 1169, relatif à la sanction de son caractère illusoire ou dérisoire, apparaît décisive puisque le texte renvoie expressément à « *la contrepartie convenue* »[221]. C'est dire que l'avantage permettant de vérifier l'existence d'une contrepartie est celui défini au contrat[222].

---

[219] V. *infra*, n° 110 et s.

[220] *Vocabulaire juridique Capitant*, sous la direction de G. CORNU, PUF, *v°* « Avantage ».

[221] V. en ce sens la définition de la contrepartie convenue par J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation, op. cit.*, n° 561 et n° 570 : « l'avantage convenu, c'est-à-dire attendu et promis, contractuel et concret, à titre de contrepartie de cet engagement, librement déterminé pour chaque contrat individuel par la commune volonté des parties, éventuellement précisée par la voie de l'interprétation ».

[222] V. G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *art. préc.*, n° 13 : « Au vu de ces différents textes, rien n'impose que la contrepartie convenue s'entende toujours et nécessairement de façon abstraite et objective comme l'obligation réciproque ou la contre-prestation. Elle pourrait encore être appréhendée de façon plus concrète comme l'avantage attendu du contrat au regard de son économie d'ensemble, de la situation des parties ou de leur prévision telles qu'elles sont intégrées au contrat ».

La difficulté à la lecture de l'article 1107 du Code civil apparaît davantage résider dans l'identification de la contrepartie à la contreprestation.

**46. L'ambiguïté de l'article 1107 du Code civil.** L'article 1107 du Code civil pose une double définition : celle du contrat à titre onéreux et celle du contrat à titre gratuit. Ainsi, d'après ce texte le contrat est à titre onéreux « *lorsque chacune chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure* », tandis qu'il est à titre gratuit « *lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie* ». Ce texte est source de difficultés en ce que la définition du contrat à titre onéreux semble conçue sur le modèle du contrat à titre onéreux mettant à la charge des parties des obligations réciproques – correspondant à la qualification de contrat à titre onéreux synallagmatique – , qui est, certes, le plus fréquent, mais qui ne correspond pas à toutes les hypothèses de contrats intéressés. Cela résulte de la définition de la contrepartie en termes d'avantage reçu par un contractant de l'autre. Or toute contreprestation n'est pas une contrepartie et toute contrepartie n'est pas nécessairement une contreprestation.

**47. Toute contreprestation n'est pas une contrepartie.** Le seul fait que le cocontractant soit tenu d'une obligation ne suffit pas à caractériser l'existence d'une contrepartie et donc à qualifier l'acte de contrat à titre onéreux. Toute contreprestation n'est pas une contrepartie[223]. La contreprestation désigne en effet la prestation réciproque dans le cadre d'un contrat synallagmatique. D'après l'article 1106 du Code civil, le contrat est synallagmatique « *lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres*. Or un contrat peut être synallagmatique sans être à titre onéreux. C'est ce qu'illustre la notion de donation avec charge. La donation, contrat à titre gratuit, suppose la réunion d'un élément objectif et d'un élément subjectif : le premier est constitué par l'enrichissement du bénéficiaire suite à l'appauvrissement du disposant[224] – ce qui correspond à l'idée d'absence de contrepartie – tandis que le second renvoie à l'intention libérale[225]. La donation avec charge se définit comme la donation dont « *le bénéfice est subordonné comme une condition, par le disposant, à l'exécution par le gratifié d'une certaine prestation (créer une œuvre, nourrir une personne, entretenir un bien)* »[226]. La charge peut s'analyser comme une condition lorsqu'elle consiste à

[223] Cela a déjà pu être relevé en droit anglais s'agissant de la *nominal consideration* : l'engagement de payer une livre sterling symbolique permet de conférer force obligatoire aux promesses gratuites. L'acte ne peut alors être qualifié de contrat intéressé que si, au-delà du paiement d'une *nominal consideration*, le promettant retire un avantage de la conclusion du contrat, autre qu'un intérêt pécuniaire, tel un avantage commercial. V. pour une illustration *Chappell and Company Limited and others v The Nestlé Company Limited and others* [1959] UKHL 1, [1960] AC 87.

[224] I. NAJJAR, « Donation », *Repertoire de droit civil*, Dalloz, janvier 2008 (actualisation novembre 2017), n° 29 à 48.

[225] *Ibid*., n° 49 à 52.

[226] *Vocabulaire juridique Capitant*, sous la direction de G. CORNU, PUF, *v°* « Charge, - (libéralité avec) ».

exiger du donataire qu'il renonce à certaines pratiques (fumer par exemple) ou s'engage à accomplir une action (terminer ses études par exemple). Mais la charge peut aussi parfois s'analyser comme une contreprestation : le donataire peut ainsi être tenu d'une obligation d'entretien du bien donné, d'une obligation de soins à l'égard du donateur, etc. Dans ce cas, la charge confère à la donation – contrat à titre gratuit – un caractère synallagmatique. Pour que la charge ne soit pas de nature à remettre en cause la nature gratuite du contrat, il est alors classiquement enseigné que la valeur de la charge doit être inférieure à celle de la donation[227]. La charge, consistant en une contreprestation, peut-elle aujourd'hui être qualifiée de contrepartie au sens du nouvel article 1107 du Code civil ? Si tel est le cas, alors l'article 1107 alinéa 2 s'opposerait à la reconnaissance de la gratuité des donations avec charge – qui devraient donc être requalifiées en contrat à titre onéreux – puisque le texte exige, outre le fait de ne pas attendre de contrepartie, le fait de ne pas en recevoir une[228]. Se pose alors la question de savoir quel est le critère permettant de déterminer si une contreprestation peut s'analyser comme une contrepartie ou non. Il est enseigné que la charge ne contredit pas le caractère gratuit du contrat pourvu que sa valeur soit inférieure à celle de la donation. Or, le droit français ne sanctionnant pas en principe la lésion[229], l'équivalence objective des prestations n'est pas une condition à la reconnaissance de l'existence d'un contrat à titre onéreux. Celui-ci peut donc être reconnu en dépit du fait que l'avantage procuré est supérieur à l'avantage reçu : c'est dire qu'une contrepartie peut valablement consister en une contreprestation de moindre valeur. Comment alors justifier que la contreprestation d'une donation ne soit pas constitutive d'une contrepartie ? Il pourrait être considéré que la contreprestation de moindre valeur que la donation ne constitue pas une contrepartie au regard de l'intention libérale. Or, conformément à la solution admise en jurisprudence[230], l'article 1107 alinéa 2 exige non seulement le fait de ne pas attendre de contrepartie mais, en outre, le fait de ne pas en recevoir une : l'absence de contrepartie s'ajoute donc au critère de l'intention libérale, l'une ne pouvant être déduite de l'autre. En réalité, si la charge de la donation, consistant en une contreprestation, ne peut être qualifiée de contrepartie, c'est suivant un double critère à la fois quantitatif – la valeur moindre de la charge par rapport à celle de la donation – et qualitatif – l'appréciation globale de la gratuité de l'acte. L'appréciation qualitative de la charge suppose d'apprécier globalement

[227] I. NAJJAR, « Donation », *op. cit.*, n° 68 : « En fait, l'inéquivalence entre la gratuité et la charge qui l'affecte demeure le principal élément de qualification, une fois l'intention libérale établie ».
[228] V. M. LATINA, « Contrat : généralités », *Repertoire de droit* civil, Dalloz, mai 2017, n° 216.
[229] V. *infra*, n° 142.
[230] V. par ex. Cass. 1ère Civ., 14 févr. 1989, *Bull. civ.* I, n° 79 ; Cass. 1ère Civ., 24 sept. 2002, n° 00-21035, *Dr. fam.* 2003, n° 16, note B. BEIGNIER.

l'économie du contrat, ou, en l'occurrence, la gratuité globale du contrat. La charge de la donation ne peut ainsi être qualifiée de contrepartie dès lors qu'elle n'est pas de nature à remettre en cause le caractère gratuit de l'acte. La charge précise simplement la portée de l'acte de gratification, la portée de l'appauvrissement du donateur[231]. Dans l'hypothèse, par exemple, où une donation porterait sur la jouissance d'un immeuble, l'obligation à la charge du donataire de supporter les dépenses d'entretien conduit, non pas à remettre en cause le caractère gratuit de l'acte, mais à préciser la portée de l'appauvrissement et, corrélativement, de l'enrichissement : le donateur entend gratifier le donataire de la seule jouissance du bien, sous réserve des dépenses d'entretien nécessaire à sa conservation. De même, l'obligation de soin[232] à laquelle le donataire peut être tenu à l'égard du donateur précise la portée de l'acte d'appauvrissement de ce dernier. En effet, par la donation, le donateur se prive d'un élément de son patrimoine lequel est censé supporter ses dépenses courantes. En pratique, en mettant à la charge du donataire une obligation de soin, le donateur se réserve une certaine qualité de vie en dépit de la libéralité venant réduire la valeur de son patrimoine.

La qualification de contrat à titre onéreux doit en revanche être retenue lorsque la charge est telle qu'elle constitue une contrepartie contredisant la gratuité du contrat[233]. L'idée est que donateur ne donne pas sous réserve d'une charge précisant les conditions ou la portée de la gratification : il tire un profit du contrat[234]. Cela vaut même si la valeur de la charge est, quantitativement, inférieure à celle de la donation. En définitive, l'illustration de la donation avec charge permet de mettre en lumière l'importance de l'appréciation globale de l'avantage retiré ou non du contrat pour la qualification d'acte à titre onéreux ou d'acte à titre gratuit, au-delà de la seule existence d'une contreprestation. La notion d'avantage se retrouve à l'article 1107. La rédaction du texte tend toutefois à indiquer que cet avantage doit résulter d'une contreprestation de la part du cocontractant. Pourtant, si toute contreprestation ne suffit pas à caractériser une contrepartie, l'inverse se vérifie également : toute contrepartie n'est pas nécessairement une contreprestation.

**48. Toute contrepartie n'est pas une contreprestation.** L'alinéa 1 de l'article 1107 du Code civil – définissant le contrat à titre onéreux – mentionne l'avantage reçu par une partie en

---

[231] I. NAJJAR, « Donation », *op. cit.*, n° 68 : « La donation dont la charge est inférieure à la valeur du bien transmis est indivisible ; elle est libéralité pour le tout ».
[232] V. par ex. Cass. 1ère civ., 11 octobre 2017, n° 16-21692, *D.* 2017. 2097 ; Cass. 1ère civ., 28 mai 2015, n° 14-13.479, *D.* 2015. 1207 ; *RTD civ.* 2015. 677, obs. M. GRIMALDI ; *Dr. fam.* 2015, n° 172, obs. M. NICOD ; *RDC* 2015. 909, obs. C. GOLDIE-GENICON.
[233] En ce sens v. Cass. 1ère civ., 8 juillet 2010, 09-16.270.
[234] V. par ex. Cass. 1ère civ., 18 janvier 2012, n° 11-12.863, *D.* 2012. 2476, obs. V. BREMOND, M. NICOD et J. REVEL; *RTD civ.* 2012. 307, obs. J. HAUSER ; *ibid.* 353, obs. M. GRIMALDI.

contrepartie de celui de l'autre, tandis que l'alinéa 2 – définissant le contrat à titre gratuit – évoque quant à lui simplement l'avantage attendu ou reçu, sans précision de son auteur. La différence de formulations entre les alinéas ne semble pas se justifier et, plus gravement, elle est révélatrice d'une certaine confusion. La définition donnée par l'alinéa 1 de l'article 1107 du Code civil semble en effet imprégnée par le modèle du contrat à titre onéreux de caractère synallagmatique qui, d'après la définition de l'article 1106, est un contrat mettant des obligations réciproques à la charge des parties. Or un contrat peut être à titre onéreux sans être nécessairement synallagmatique : ce qui correspond à la catégorie des contrats à titre onéreux unilatéraux. Ainsi en est-il, par exemple, de la promesse unilatérale de vente, par laquelle le promettant s'engage à vendre sans que le bénéficiaire, disposant d'une option pour finaliser la vente, ne soit tenu d'une quelconque obligation[235].

La contrepartie peut en outre ne pas être un avantage pour le contractant qui s'engage mais pour un tiers. Le contrat de cautionnement en fournit une illustration. Le contrat de cautionnement est un contrat accessoire à un contrat principal dont il a vocation à garantir l'exécution. Quoique sa nature soit largement débattue par la doctrine[236], il apparaît essentiellement être de nature onéreuse. En effet, le fait que la caution soit le cas échéant mue par une intention libérale à l'égard du débiteur principal, ou qu'elle soit au contraire rémunérée par celui-ci, est sans incidence sur la nature du contrat liant la caution au créancier. La caution s'engage, en toute hypothèse, en contrepartie de l'engagement préexistant ou concomittant du créancier et cet engagement n'est pas un avantage reçu par elle mais par le débiteur principal. C'est le sens qui doit être attribué au célèbre arrêt « Lempereur » de la Cour de cassation selon lequel « *la cause de l'obligation de X [la caution] est la considération de l'obligation prise corrélativement par la société générale [le créancier] à savoir l'ouverture de crédit à la société*

---

[235] A ce titre, M. WICKER a démontré que la promesse unilatérale s'analyse comme un procédé de formation progressive du contrat : le promettant, par la promesse, s'engage dans la conclusion du contrat définitif, ce dont prend acte le bénéficiaire qui, en levant, l'option finalise la formation du contrat. En d'autres termes, l'engagement du promettant se caractérise par sa passivité : il attend la levée éventuelle de l'option marquant la conclusion du contrat pour lequel il a déjà donné son consentement. La promesse unilatérale n'est donc pas autre chose que le contrat définitif mais à l'état imparfait [v. G. WICKER, thèse préc., n° 135 et s]. Suivant cette approche, il est parfaitement inconcevable qu'elle soit qualifiée d'acte à titre gratuit alors que le contrat définitif serait un contrat à titre onéreux. La nature de la promesse unilatérale emprunte donc nécessairement la nature du contrat qui en est l'objet. La promesse unilatérale de vente, par exemple, doit ainsi recevoir la qualification de contrat à titre onéreux : la contrepartie du promettant peut être identifiée comme la perspective de la finalisation de la vente dans les conditions définies par la promesse.

[236] Parfois qualifié de contrat de service gratuit (par ex. G. MARTY, P. RAYNAUD, P. JESTAZ, *Les sûretés, la publicité foncière*, 2ème éd., 1987, Sirey, n° 570), ou encore d'acte neutre à l'égard du créancier (not. L. AYNES, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, 10ème éd., 2016, n° 227), ou même d'acte abstrait (not. M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY, P. PETEL, *Droit des sûretés*, 10ème éd., Litec, 2015, spéc. n° 110), certains auteurs considèrent que le cautionnement est un acte à titre onéreux à défaut d'intention libérale envers le créancier (par ex. C. MOULY, « Le cautionnement donné par une personne mariée », *Defrénois*, 1988, art. 34162, p. 227), tandis que d'autres, au contraire, estiment que, quand bien même la caution serait rémunérée, « [l]e créancier étant totalement étranger à la rémunération de la caution, il est impossible de qualifier le cautionnement de contrat à titre onéreux » (par ex. G. PIETTE, « Cautionnement », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz , 2017, n° 31).

*X [le débiteur principal]* »[237]. En l'absence de dette principale, le cautionnement visant à la garantir ne saurait être valable : elle constitue une condition de sa validité[238]. La dette principale s'analyse alors comme la contrepartie du contrat de cautionnement, lequel constitue un contrat à titre onéreux. La question des rapports entre la caution et le débiteur principal est sans incidence sur la nature du contrat : quand bien même l'intention libérale de la caution à l'égard du débiteur principal, en raison par exemple d'un lien de parenté, serait établie, le contrat de cautionnement devrait tout de même recevoir la qualification de contrat à titre onéreux. Un autre exemple de contrat à titre onéreux unilatéral est constitué par le prêt à intérêt réel. Suivant l'analyse de M. LATINA , « *[d]ans ce contrat, le prêteur n'a aucune volonté de gratifier l'emprunteur, ce dernier devant rémunérer le service qu'il a obtenu. Toutefois, comme toutes les obligations pèsent sur l'emprunteur, à savoir restituer la chose et payer les intérêts, le contrat reste unilatéral* »[239]. Au demeurant, la contrepartie doit être largement définie comme l'avantage retiré du contrat, qu'il consiste ou non en une contreprestation du cocontractant.

La définition de la notion de contrepartie est essentielle dès lors qu'elle apparaît comme le critère de qualification du contrat à titre onéreux, par opposition au contrat à titre gratuit, ce qui permet d'en déduire la nécessité de l'intégration d'un motif propre à caractériser une contrepartie pour la validité du contrat à titre onéreux.

### *2. La qualification du contrat à titre onéreux par référence à la contrepartie*

**49. Critère technique et politique juridique.** Le contrat à titre onéreux est expressément défini par l'article 1107 du Code civil par référence à la notion de contrepartie : le contrat à titre onéreux est le contrat dans lequel une partie reçoit une contrepartie à son engagement. La contrepartie apparaît alors comme un critère de qualification du contrat à titre onéreux : à défaut de contrepartie le contrat ne peut être qualifié de contrat à titre onéreux. A la lecture de l'article 1107 il pourrait être déduit que la présence d'une contrepartie emporte la qualification de contrat à titre onéreux et, *a contrario*, que son absence conduit à la qualification de contrat à titre gratuit. L'absence de contrepartie ne conduirait alors pas tant à l'invalidité du contrat mais à sa requalification en contrat à titre gratuit.

---

[237] Cass. com., 8 nov. 1972, n° 71-11.879, *D.* 1973, p. 753, note P. MALAURIE. La Cour de cassation a d'ailleurs refusé de faire application du régime des actes à titre gratuit au cautionnement (Civ. 1ère, 21 nov. 1973, n° 71-12.662, *Bull. civ.* I, n° 318 ; Civ. 1ère, 27 janv. 1982, *Bull. civ.* I, n° 46 ; Civ. 3ème, 16 nov. 1988, n° 87-13.492).

[238] V. pour une illustration récente : Com. 17 mai 2017, n° 15-15.746 ; v. D. MAZEAUD, « Une rareté : l'annulation d'un contrat de cautionnement pour absence de cause », *D.* 2017, p. 1694.

[239] M. LATINA, « Contrat : généralités », *op. cit.*, n° 217.

La mise en œuvre du critère de la contrepartie est en réalité plus subtile qu'elle n'y paraît de prime abord. En effet, l'absence de contrepartie ne conduit pas automatiquement à la qualification de contrat à titre gratuit à défaut de preuve, en plus, d'une intention libérale. C'est dire que, dans ce cas, l'absence de contrepartie emporte bien invalidité du contrat, à défaut de répondre aux critères de qualification du contrat à titre onéreux : un contrat conclu sans intention libérale ne peut être valable à défaut de contrepartie. La question de l'intention est ainsi tout à fait essentielle et son examen permet alors d'identifier le fondement de la nécessité d'une contrepartie : l'exigence de conformité du contenu du contrat avec l'intention des parties. La mise en œuvre du critère de la contrepartie sera dès lors précisée (a), avant de considérer son fondement (b).

### a. La mise en œuvre du critère de la contrepartie

**50. La contrepartie : critère du contrat à titre onéreux.** L'intégration du motif contrepartie est incontournable pour qu'un contrat à titre onéreux puisse valablement être reconnu comme tel. L'article 1107 du Code civil définit en effet le contrat à titre onéreux comme étant celui par lequel « *chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure* », par opposition au contrat à titre gratuit dans lequel « *l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie* ». D'après ce texte, la présence d'une contrepartie induit nécessairement la qualification de contrat à titre onéreux. L'inverse n'est pas vrai : l'absence de contrepartie ne permet pas à elle seule de conclure à la qualification de contrat à titre gratuit. D'après la formule de l'alinéa 2 de l'article 1107, le contrat dans lequel une partie ne reçoit pas de contrepartie mais en attend une n'est pas un contrat à titre gratuit. La nécessité que le contractant à un contrat à titre gratuit n'attende pas de contrepartie peut être interprétée comme renvoyant implicitement à l'intention libérale. L'absence de contrepartie reçue ne suffit pas à caractériser le contrat d'acte à titre gratuit : elle doit, en outre, ne pas avoir été attendue[240]. Cette volonté de gratification peut ne pas être motivée par de purs sentiments altruistes moraux, absolument désintéressés[241]. C'est dire qu'il importe peu que la volonté de gratifier autrui soit intéressée, ce qui compte c'est que le contrat,

[240] En ce sens, v. 1ère Civ., 2 mars 1966, *Bull. civ*, I, n° 153 ; 1ère Civ., 14 févier 1989, *Bull. civ.*, I, n° 79, *Defrénois* 1992, art. 35192, obs. A. CHAPPERT.

[241] V. I. NAJJAR, « Donation », *op. cit.*, n° 42 : « Lorsque le donateur recherche un intérêt personnel ou moral, ou tente, en donnant, d'obtenir de l'autre partie un avantage qu'il n'aurait pas reçu autrement, ou de profiter lui-même du service qu'il crée, cela ne suffit pas à disqualifier la donation en acte à titre onéreux, car l'intention libérale n'est pas exclusive de recherche d'une satisfaction personnelle, d'un intérêt moral ou de l'exécution d'un devoir de conscience ».

lui, ne le soit pas[242]. L'intention libérale n'exclut alors pas, dans l'absolu, la perspective d'un avantage, pourvu que cet avantage ne soit pas intrinsèque au contrat. L'idée est que c'est de la gratuité du contrat elle-même qu'une partie entend tirer profit. En d'autres termes, ce qui compte, pour que l'intention libérale soit caractérisée, c'est qu'une partie n'ait pas eu l'intention d'obtenir un avantage du contrat, même si elle espère tirer profit, *in fine*, de la gratuité de cet acte. Si, donc, un accord est dénué de contrepartie, alors le contrat n'est pas requalifié de contrat à titre gratuit à défaut de preuve d'une intention libérale[243] : le contrat n'est simplement pas valable puisque, ne pouvant être rattaché à la catégorie des actes à titre gratuit, il ne remplit pas les critères du contrat à titre onéreux. L'intention libérale est en effet l'exception : elle doit être prouvée[244]. L'intention onéreuse est quand à elle résiduelle : elle constitue la situation de principe de sorte que le défaut de preuve de l'existence d'une intention libérale suffit à caractériser l'intention onéreuse. La présence d'une contrepartie emporte par ailleurs la qualification de contrat à titre onéreux dès lors qu'elle constitue la traduction technique de l'intention onéreuse ; de même que l'absence de contrepartie est la traduction technique de l'intention libérale qui, étant l'exception, doit en plus être prouvée. A ce titre, si un engagement est conclu en contrepartie d'un avantage alors que son auteur était en réalité mû par une intention libérale, il lui appartiendra d'invoquer, par exemple, une erreur fondant la remise en cause du contrat. Le contrat n'en demeure pas moins, dans ce cas, un contrat intéressé eu égard à la présence d'une contrepartie voulue, sauf démonstration d'un vice du consentement[245].

En définitive, la question de l'intention onéreuse est absorbée par celle de la contrepartie : la volonté contractuelle orientée vers la recherche d'un avantage en contrepartie de son engagement est vérifiée par l'existence d'une contrepartie. La contrepartie est, en ce sens, la traduction technique de l'intention onéreuse. L'absence de contrepartie n'exclut alors pas l'intention onéreuse des parties mais, dans le cas où celle-ci serait avérée – c'est-à-dire en l'absence de preuve d'une intention libérale – le contrat à titre onéreux serait nul. La nécessité

---

[242] V. par ex. Cass. 1ère Civ., 30 septembre 2009, n° 08-17.919, *RTD civ.* 2011. 162, obs. M. GRIMALDI ; *AJ famille* 2009. 460, obs. F. BICHERON.

[243] V. L. BOYER, thèse préc., p. 120. Selon cet auteur, le défaut de cause catégorique « a pour conséquence la dénaturation du contrat ». Un autre auteur relève alors que « l'absence de cause catégorique n'entraîne la disqualification du contrat, au lieu et place de la classique annulation, que si deux conditions sont réunies. La première combine l'existence d'une catégorie de remplacement et la volonté des parties de contracter en ce sens, la seconde exige que les parties n'aient pas tenté par ce biais d'éluder des règles impératives, en voulant, derrière une fausse qualification souscrire un engagement illicite » [N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, thèse, préface G. WIEDERKEHR, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2002, n° 212].

[244] En ce sens v. par ex. Cass. 1ère Civ., 19 novembre 2002, n° 00-13276, *D.* 2003. 1873, obs. M. NICOD.

[245] En ce sens, v. I. NAJJAR, « Donation », *op. cit.*, n° 13 : « Si le donataire est tenu d'assurer au donateur des services dont la valeur égale ou dépasse celle de l'émolument qu'il reçoit, l'acte est alors qualifié comme étant à titre onéreux, même si la volonté du disposant était autre ».

d'une contrepartie se fonde ainsi sur l'exigence de conformité du contenu du contrat avec la volonté des parties.

### b. Le fondement du critère de la contrepartie

**51. La contrepartie : traduction technique de l'intention onéreuse.** La nécessité d'une contrepartie peut être justifiée au regard de la nécessité d'une adéquation entre le contenu de l'accord et la volonté des parties : dès lors qu'elles ne sont pas animées par une intention libérale, le contrat doit intégrer une contrepartie. Une telle exigence se retrouve à travers la sanction de l'erreur obstacle. L'erreur obstacle, définie comme un « *malentendu radical* »[246], se rencontre lorsque « *sous les déclarations formelles, en apparence concordantes, les volontés réelles ne se [sont] pas rencontrées* »[247]. Suivant l'analyse de la doctrine, l'erreur obstacle est alors sanctionnée dès lors qu' « *il manque au contrat une condition essentielle à sa formation : l'intention commune* »[248]. Dans ce cas, le contenu du contrat ne peut pas être en adéquation avec l'intention de chacune des parties, puisque ces intentions sont divergentes. S'agissant de l'absence de contrepartie, il ne s'agit pas d'un problème d'intention commune – les deux parties ont l'intention de conclure un contrat intéressé – pour autant le contenu de l'acte est en inadéquation avec cette intention. Les définitions de l'article 1107 conduisent ainsi, en définitive, à l'exigence de cohérence du contenu du contrat avec l'intention des parties, ce qui se traduit par l'exigence d'une contrepartie à défaut d'intention libérale.

En droit anglais, la nécessité d'une contrepartie à l'engagement intéressé peut être fondée sur l'exigence d'une *consideration.*

## §2- L'exigence d'une *consideration* en droit anglais

**52. Première approche de la *consideration***. Présenter la *consideration* anglaise comme un motif apparaît conforme à sa conception originelle. En effet, le terme de *consideration* désigne originellement les raisons ayant poussé une partie à s'engager[249]. Sous l'angle de la

---

[246] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 275.
[247] *Ibid.*
[248] *Ibid.*
[249] W. S. HOLDSWORTH, *History of the English Law,* Volume VIII, Methuem & Co. Ltd., 1925, p. 4 : "because the expression "quid pro quo" had thus acquired a technical meaning, some more general word was needed to express the act or other circumstances which had led up to or was the motive or reason for a given transaction. It is clear from the Year Books of the fifteenth and early sixteenth century that the word "consideration" was used for this purpose ; and the way in which it was used shows that it had not then acquired a technical meaning" [notre traduction : « parce que l'expression "qui pro quo" avait ainsi acquis un sens technique, un terme plus général était nécessaire pour exprimer le fait ou les autres circonstances qui avaient été efficients ou qui étaient le motif ou la raison d'un accord donné. Il est clair, d'après les *Year Books* des quinzième et seizième siècles, que le terme « consideration » a été employé dans ce but ; et la façon dont il était employé montre qu'il n'avait alors pas revêtu un sens technique » ].

technique juridique, la *consideration* est, davantage que la promesse – la parole donnée –, le fondement de la force obligatoire[250]. La *consideration* permet ainsi classiquement de distinguer les engagements juridiquement contraignants de ceux qui ne le sont pas : les motifs ont donc en droit anglais une place essentielle dans la détermination de la validité du contrat au regard de l'exigence d'une *consideration*. La *consideration* se présente essentiellement comme une notion fonctionnelle : elle sert de justification à l'action en justice du créancier en exécution de la promesse du débiteur, au regard du fait qu'il a fourni quelque chose en retour de l'engagement de ce dernier. La force obligatoire de la promesse résulte alors de son inscription dans le cadre d'un échange[251]. La démonstration de la proposition selon laquelle la *consideration* est la traduction de l'exigence d'une justification minimale de l'engagement ne présente donc pas de grandes difficultés.

Il est plus délicat d'affirmer que l'exigence d'une *consideration* correspond, pour le contrat à titre onéreux, à celle d'une contrepartie. En effet, il résulte des subtilités de cette notion, dont l'excès de technicité a été dénoncé par certains auteurs[252], qu'elle ne permet pas en principe la reconnaissance de certains contrats conclus en contrepartie d'un avantage qui ne répond pas aux critères traditionnels de la *consideration*[253]. Ainsi en est-il des contrats qui seraient qualifiés de contrats à titre onéreux unilatéraux suivant la terminologie du droit français, c'est-à-dire qui ne revêtent pas un caractère synallagmatique résultant d'obligations réciproques à la charge des parties. La nécessité d'assurer le caractère contraignant des actes comprenant une contrepartie, laquelle ne répond pas aux exigences dogmatiques de la

---

[250] P. S. ATIYAH, *op. cit.*, p. 139-140 ; v. aussi Y. SEILLAN, « La cause des obligations en droit comparé », *Mélanges Laborde-Lacoste*, 1963, p. 379 : « Un système formaliste comme le droit anglais permet l'accession à la vie juridique de contrats sans forme dans l'hypothèse où le marché qu'ils réalisent semble devoir être sanctionné par le droit. L'obligation ne naît pas alors d'une forme, mais de l'économie d'un échange ; on dit qu'elle repose sur une *consideration.* Dans la mesure où cette notion est le pourquoi d'une obligation, elle se rapproche sans doute de la cause. Ainsi, en droit anglais, ''dans les interstices de la procédure, un droit causaliste est né'' ».

[251] Plusieurs justifications sont avancées à cette exigence, elles seront ici brièvement énoncées d'après la présentation de M. SMITH [v. S. A. SMITH, *op. cit*., p. 216-232]. Suivant une première conception, la *consideration* permettrait de s'assurer du sérieux de l'engagement, elle remplirait les fonctions qui sont celles du formalisme. Cette justification ne correspond toutefois pas aux applications de la doctrine de la *consideration* qui est essentiellement conçue comme une exigence substantielle pour la validité du contrat. Suivant d'autres théories, les promesses gratuites, consenties sans engagement réciproque, n'auraient pas de valeur économique, ou encore leur valeur serait intrinsèquement liée au fait qu'elles résultent d'une intention de gratification, de sorte que cette valeur serait compromise si leur respect devait être imposé en justice. Ces arguments sont largement remis en cause par la doctrine (la valeur économique des actes gratuits étant d'une part reconnue et l'exécution forcée d'une donation, déjà admise lorsqu'elle revêt un formalisme particulier, ne conduisant pas, d'autre part, à remettre la valeur morale de la donation fondée sur la promesse elle-même). ATIYAH a alors avancé une justification qualifiée de principe réaliste : l'exigence d'une *consideration*, concept « fourre-tout » (*catch-all concept*), serait fondée sur l'idée qu'une *bonnne raison* à l'engagement est exigée pour qu'il ait force obligatoire.

[252] v. E. MCKENDRICK, *op. cit.*, p. 145 à 146, l'auteur relève que la doctrine de la *consideration* est devenue « extrêmement technique » et « sujette à une critique considérable » [notre traduction].

[253] V. *infra,* n° 59 et s.

*consideration*, a conduit au développement de la théorie de l'*estoppel*. La doctrine anglaise présente aujourd'hui cette théorie dans le prolongement direct de la *consideration*. La conception de cette dernière tend alors à être renouvelée, de sorte qu'elle est aujourd'hui de nature à fonder la reconnaissance du contrat à titre onéreux, qu'il soit unilatéral ou synallagmatique, en s'identifiant à la contrepartie.

La démonstration de la nécessité du motif contrepartie pour la validité du contrat à titre onéreux en droit anglais impose ainsi d'examiner la fonction traditionnelle de la *consideration* (A), avant de mentionner la doctrine de l'*estoppel* palliant dans une certaine mesure les insuffisances de cette dernière (B).

### A- La fonction traditionnelle de la *consideration*

**53. La distinction des engagements obligatoires en raison de leur forme ou en raison du *bargain***. D'après l'analyse d'un auteur, le droit anglais permet la reconnaissance des contrats conclus sans forme « *dans l'hypothèse où le marché qu'ils réalisent semble devoir être sanctionné par le droit* », « *l'économie d'un échange* » créant ainsi l'obligation[254]. Cet échange se traduit juridiquement par la *consideration* qui a pour fonction de rendre obligatoires les engagements qui ne sont pas pris dans une forme particulière. L'exigence d'une *consideration* concerne ainsi la majorité des contrats. Afin de prendre la mesure de l'importance de l'exigence d'une *consideration*, il convient tout d'abord de présenter les contrats qui ne sont pas soumis à une telle exigence dès lors qu'ils sont obligatoires en raison de la forme dans laquelle ils ont été pris (1). Il s'agira, ensuite, d'établir le rôle fondamental des motifs pour la validité du contrat, en analysant la *consideration* en tant que critère de la force obligatoire des autres contrats (2).

#### *1. Les contrats obligatoires en raison de leur forme*

**54. Le *contract under seal* ou *specialty contract* obligatoire par sa forme**. Les *contracts under seal* (contrats sous scellé), encore qualifiés de *specialty contracts* (contrats spéciaux), sont des engagements obligatoires en raison du recours à un formalisme particulier, désigné comme le *deed*[255]. Ce formalisme est réglementé dans la section 1 du *Law of Property*

---

[254] Y. SEILLAN, « La cause des obligations en droit comparé », *op. cit.,* p. 379 : « La cause en droit comparé apparaît à première vue comme le corollaire de l'absence de forme ».
[255] V. H. DE PAGE, *L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé*, Etablissements Emile Bruylant, 1957, p. 91 et s. ; R. DUXBURY, *op. cit.*, n° 1-007.

*(Miscellaneous Provisions) Act* de 1989[256]. En principe le *deed* doit être signé, scellé et délivré au créancier, quoique ces deux dernières exigences soient aujourd'hui interprétées de façon souple par la jurisprudence[257]. Le *deed* peut avoir pour objet d'autres actes juridiques que le contrat. Le contrat prenant la forme du *deed* se distingue du simple *agreement* (accord de volontés) : le premier étant obligatoire au regard du formalisme supportant la promesse, le second au regard de la *consideration* fournie. Le *deed* est aujourd'hui principalement utilisé en droit de l'immobilier, s'agissant d'exécuter les transferts de propriété, et joue finalement un rôle très marginal en matière commerciale[258]. La question de la *consideration,* constituant le critère de la force obligatoire de la majorité des contrats, est donc centrale.

### *2. La consideration comme critère de la force obligatoire des bargains*

**55. La mise en avant de la dimension synallagmatique du contrat.** Les motifs sont appelés à jouer un rôle déterminant de la validité du contrat en droit anglais au regard de l'exigence d'une *consideration* pour la reconnaissance de la force obligatoire du contrat. Suivant l'approche traditionnelle, la *consideration* fonde la force contraignante des engagements en raison de leur réciprocité, de l'échange – ou *bargain* – qu'ils opèrent entre les parties[259]. La doctrine classique de la *consideration* semble alors davantage exprimer le caractère synallagmatique du contrat en droit anglais, que la nécessité d'une contrepartie pour le contrat titre onéreux[260]. La définition moderne donnée par le *Restatement of the english law of contract*[261] en témoigne. L'article 8 (2) dispose ainsi que « *[l]a 'consideration' signifie que, en échange de l'engagement d'une des parties, une contrepromesse ou prestation est réalisée par l'autre partie* »[262]. Le contrat qui met à la charge des parties des obligations réciproques, dites *mutual promises*, est qualifié de *bilateral contract* (contrat bilatéral) et semble alors être le seul type de contrat à titre onéreux répondant à la conception classique de la *consideration*.

---

[256] R. DUXBURY, *op. cit.*, n° 1-007.
[257] *Ibid.*
[258] *Ibid.*
[259] V. en ce sens D. TALLON et D. HARRIS, « Introduction au droit anglais des contrats », *op. cit.*, n° 1 au sujet de la *consideration* du droit anglais : « la *consideration* est le procédé technique permettant de donner force obligatoire à un engagement inefficace par lui-même, c'est la formalité, purement objective, à laquelle a dû se plier la promesse pour être admise au prétoire ».
[260] Un auteur relève d'ailleurs que « [p]ar des voies différentes, cause et *consideration ne font que souligner l'interdépendance des obligations des parties (comme le montre l'origine du mot grec* « synallagma » *: échange)* » [B. MARKESINIS, « La notion de consideration dans la common law : vieux problèmes ; nouvelles théories », *RIDC* 1983, n° 4, p. 735 s., spéc. p. 759].
[261] A. BURROWS, *A Restatement of the English Law of Contract*, *op. cit.*, p. 8. Cet ouvrage a vocation à formuler de façon claire et accessible le droit anglais du contrat sous forme d'articles exposant l'état du droit et de commentaires les explicitant. Résultant de la collaboration d'universitaires, juges et praticiens – sous la direction du professeur BURROWS – il jouit d'une large reconnaissance et d'une autorité certaine en droit anglais.
[262] « 'Consideration' means that, in exchange for a promise by one party, a counter-promise or performance is given by the other party ».

Le motif exigé pour la validité du contrat en droit anglais serait donc celui consistant en l'obtention d'une contreprestation, laquelle constitue un type fréquent de contrepartie dans les contrats à titre onéreux. Suivant la théorie classique, l'avantage ne résultant pas d'une obligation mise à la charge du cocontractant ne constituerait pas un motif pris en compte au titre de l'exigence d'une *consideration* et ne serait donc pas amenée à jouer un rôle dans la détermination de la validité du contrat. En réalité, les développements de la *consideration* tendent vers la reconnaissance du caractère contraignant des contrats à titre onéreux au sens large, qu'ils soient unilatéraux ou synallagmatiques. Au demeurant, l'intégration dans le contrat du motif consistant en l'obtention d'un avantage – qu'il résulte ou non d'une contreprestation – permet de fonder la force obligatoire de l'engagement. La démonstration du caractère déterminant du motif contrepartie pour la validité du contrat à titre onéreux suppose donc de dépasser la conception classique selon laquelle la *consideration* fonde la reconnaissance des contrats synallagmatiques (a), pour admettre qu'elle permet, plus largement, la reconnaissance de tout type de contrat à titre onéreux (b).

### a. La reconnaissance des contrats synallagmatiques

**56. Origines de la consideration dans les *forms of action*.** La *consideration* est, en tant qu' « *élément nécessaire à une promesse pour qu'elle devienne contractuelle (juridiquement obligatoire)* »[263], le fondement approprié à l'exigence d'une justification de l'engagement. En effet, comme cela a déjà été mentionné, elle constitue le critère principal des promesses juridiquement obligatoires[264]. L'article 2 du *Restatement of the English Law of contract*[265] dispose ainsi qu' « *un contrat est un accord de volontés juriquement obligatoire parce que (a) il est soutenu par une consideration ou passé sous la forme du deed* »[266]. La *consideration* correspond classiquement davantage à l'idée de contreprestation fournie par un contractant qu'à celle de contrepartie entendue plus largement comme l'avantage attendu d'un contrat à titre onéreux. Cette conception de la *consideration* se comprend au regard de son origine historique, qui est à trouver dans le système des *writs*. Suivant l'explication donnée par un auteur, « *[l]a common law s'est développée à partir d'actions typiques et spécialisées, connues sous le nom*

---

[263] M. PATCHETT-JOYCE, « Rapport anglais », in *Objet, cause et lésion du contrat*, R. RODIERE (dir.), *op. cit.*, p. 138.
[264] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *The Law of Contract*, *op. cit.*, n° 3-001 ; G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965, n° 208 ; B. S. MARKENISIS, *art. préc.*, pour un dépassement de la présentation traditionnelle en faveur d'une vision plus globale de l'ensemble des fonctions et du rôle de la *consideration*, plus largement, en droit des obligations.
[265] A. BURROWS, *A Restatement of the English Law of Contract*, *op. cit.*, p. 5.
[266] Notre traduction, texte original : « A contract is an agreement that is legally binding because (a) it is supported by consideration or made by deed ».

*de writs (…), le writ était à la fois la technique procédurale qui permettait d'introduire l'action et l'action en justice elle-même, avec en substance les conditions qui devaient être réunies pour que l'action pût prospérer* »[267]. Ainsi, dès le seizième siècle, la distinction des engagements *enforceable* (ce terme désigne les engagements juridiquement contraignants) de ceux qui sont *unenforceable* (qui ne sont donc pas juridiquement contraignants) s'est opérée suivant le critère de la *consideration*. En effet, lorsque le *writ of assumpsit* (forme d'action en justice avant 1875 visant à obtenir des dommages et intérêts pour inexécution d'un engagement) offrit un remède aux inexécutions contractuelles, il fut décidé qu'il ne serait pas utilisé pour contraindre l'exécution des promesses ne s'inscrivant pas dans le cadre d'un échange[268]. L'accent était alors mis non pas sur ce qui était attendu d'un contractant – sur son intérêt au contrat, ses motifs – mais sur ce qui avait été fourni par l'autre dans la perspective de l'engagement du premier. Au seizième siècle, le terme *causa* (cause) était alors davantage utilisé que le terme *consideration* : il s'agissait de mettre en évidence le rapport causal entre l'inexécution de la promesse et le préjudice subi en contemplation de cette promesse, l'existence d'un *quid pro quo*[269]. Le demandeur devait alors démontrer que la promesse du défendeur faisait partie d'un échange auquel il avait lui-même contribué en fournissant une *consideration*[270].

La définition classique de la *consideration* conduit ainsi à appréhender le concept du point de vue de celui qui fournit la *consideration* et non de celui qui la reçoit. L'idée était alors de reconnaître à une partie le droit d'agir sur le fondement de l'existence d'un contrat au regard du préjudice subi. Sous cet angle la *consideration* représente davantage l'intérêt à agir du bénéficiaire d'un engagement que la contrepartie que cherche à obtenir celui qui s'engage. C'est à partir de cette définition classique de la *consideration* (i) que celle-ci est devenue le critère de la force obligatoire des contrats de type synallagmatique, ce dont témoignent les principes[271] qui lui sont traditionnellement associés (ii).

i. Définition de la *consideration*

**57. Définition de la *consideration* en termes de *benefit* (bénéfice) fourni et *detriment* (préjudice) souffert.** La doctrine classique de la *consideration* révèle l'idée fondamentale de réciprocité du contrat, suivant *the bargain theory*[272], c'est-à-dire d'échange entre les parties. La

[267] O. MORETEAU, *Droit anglais des affaires*, 1ère éd., Dalloz, 2000, n° 390.
[268] *Ibid.*, n° 453.
[269] K. M. TEEVAN, *A history of the Anglo-American Law of Contract,* Greenwood Press, 1991, p. 40.
[270] A.W. B. SIMPSON, *A History of the Common Law of Contract, The Rise of the Action of Assumpsit*, Oxford University Press, 1975, p. 316 et s. ; B. S. MARKENISIS, *art. préc.*, p. 736 et s.
[271] E. MACDONALD, R. ATKINS, *op. cit.*, n° 4.4.
[272] B. COOTE, *op. cit.*, p. 17.

*consideration* est alors définie par les notions de profit (*benefit*) et de perte (*detriment*), respectivement fourni ou souffert par le créancier d'une obligation contractuelle, sans être nécessairement cumulatives. La *consideration*, sous cet angle, n'est pas appréhendée comme motif de l'engagement de celui qui la reçoit mais comme intérêt à agir de celui qui la fournit. En ce sens, les *benefit* et *detriment* doivent être appréciés, non pas à l'échelle du contrat, mais de la promesse : ce qui intéresse le droit anglais n'est pas la *consideration* pour le contrat pris dans sa globalité mais pour l'engagement pris séparément par chacune des parties[273]. Il n'est donc pas exigé que la *consideration* exprime l'utilité du contrat[274]. La *consideration* est un élément qui ne doit pas tant être obtenu du contrat que d'un contractant.

L'importance de l'auteur de la *consideration* apparaît à la lecture de la définition donnée par l'arrêt *Currie v Misa*[275] selon lequel « *[u]ne consideration valable, aux yeux de la loi, peut consister en un droit, intérêt, profit, ou bénéfice provenant d'une partie, ou en une abstention, désavantage, ou responsabilité donnée, mise en œuvre, ou assumée par l'autre* »[276]. Constitue classiquement une *consideration* la promesse donnée en retour d'une autre. Les promesses réciproques des contractants, *mutual promises*, fournissent ainsi une *consideration* valable à chacune d'elle[277], ce qui peut sembler paradoxal. En effet, par principe, une *consideration* doit être fournie pour qu'une obligation naisse, c'est dire que la promesse, seule, n'a aucune force contraignante. Comment donc un engagement, devant être supporté par une *consideration* pour être obligatoire, peut-il constituer la *consideration* d'un autre engagement qui est lui-même censé être la *consideration* du premier ? [278] Le problème de circularité est ici résolu au regard du caractère mutuel des promesses : ce n'est pas le seul fait pour une partie de s'engager qui constitue un *detriment* ou *benefit*, soit une *consideration* valable[279], mais bien la réciprocité des promesses. Le contrat est alors dit *bilateral*. Suivant l'analyse de M. COOTE, la prise en charge

---

[273] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 3-004 et 3-007.

[274] Pour faire un parallèle avec une distinction classique du droit français, la *consideration* correspond à la cause de l'obligation et non à la cause du contrat.

[275] *Currie v Misa* (1875) LR 10 Ex 153.

[276] Texte original : « *A valuable consideration, in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit, or benefit accruing to one party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility given, suffered or undertaken by the other* ».

[277] E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 3-008.

[278] Un auteur anglais relève que le même problème se pose en droit français s'agissant de la cause dans le cadre d'un contrat synallagmatique lorsqu'il est affirmé que l'objet de l'obligation de l'un est la cause de l'obligation de l'autre, les auteurs anti-causalistes dénonçant le caractère circulaire du raisonnement [B. COOTE, *op. cit.*, p. 28].

[279] V. *Ashia Centur v Baker Gilette LLP* [2011] EWHC 148 (QB) au numéro 20 : "A promise does not become contractually binding simply because the making of the promise is potentially advantageous to the promisor" [notre traduction : « une promesse ne devient pas juridiquement obligatoire du seul fait qu'elle est potentiellement avantageuse pour le promettant »].

(*assumption*) par les parties de leurs obligations réciproques, constitue la *consideration* que chacune fournit à l'autre[280].

En toute hypothèse, la *consideration* exprime fondamentalement l'idée que le bénéficiaire est fondé à agir sur le fondement de l'existence d'un contrat dès lors qu'il en a souffert.

**58. L'importance du *detriment* souffert par le bénéficiaire de la promesse**. Au regard de sa définition classique, la *consideration* anglaise apparaît quelque peu détachée de l'idée de motif poursuivi par la conclusion du contrat, dès lors qu'elle est traditionnellement appréhendée en tant qu'élément devant être fourni par le contractant désirant se prévaloir d'un engagement juridiquement obligatoire. Il est alors enseigné que la *consideration* peut valablement consister en un préjudice pour le débiteur. Il est même considéré qu'il est suffisant que le créancier ait souffert *a detriment,* sans que cela ne se traduise en termes d'obligation à sa charge, et qu'il importe peu que le débiteur en retire un *benefit.* L'essentiel est alors que l'acte, constituant un *detriment*, ait été réalisé en contrepartie d'une promesse, laquelle est alors juridiquement obligatoire. En d'autres termes, le seul fait pour une partie de réaliser un acte exigé par le promettant constitue ainsi une *consideration* valable[281], quand bien même cet acte n'aurait pour celui-ci aucune valeur. Le cas des *rewards* (promesses de récompense) en constitue une illustration classique.

Les *rewards* sont qualifiés d'*unilateral contract*[282] mais ne correspondent pas au concept du contrat unilatéral du droit français, ils se rapproche davantage du concept d'offre. Il est question d'*unilateral contract* lorsqu'un *offeror* fait une promesse en échange d'un acte ou d'une abstention de son destinataire, l'*offeree*. L'acte exigé de la part du bénéficiaire de la

---

[280] B. COOTE, *op. cit.*, p. 39 : « The attachment of a legal contractual obligation and its assumption are not separate, consecutive events but rather two aspects of a single act, the one being inherent in the other. It is the reciprocal exchange of the assumptions of legal contractual obligation, occuring simultaneously at the point of formation, which brings an executory bilateral contract into being. What each party is seen to have bargained for is the assumption, by the other, of reciprocal legal obligation to him or her. Those assumptions are the consideration each provides for the other » ; traduction : « L'engagement à une obligation contractuelle légale et l'assujettissement à celle-ci ne sont pas des événements séparés, consécutifs mais plutôt deux facettes d'une même action, l'une étant inhérente à l'autre. C'est l'assujettissement réciproque à une obligation contractuelle légale, survenant simultanément au moment de la formation, qui conduit à l'existence d'un contrat exécutoire. Chaque partie est regardée comme ayant contracté pour l'assujettissement, par l'autre, à une obligation légale réciproque à son égard. Cet assujettissement est la *consideration* que chacune fournit à l'autre ».

[281] C'est ce qui résulte de l'arrêt de la *House of Lords* du 18 juin 1959 *Chappell & Co Ltd v The Nestlé Co Ltd* [1960] AC 87.

[282] Le célèbre arrêt de la Court of Appeal connu sous le nom de *Carlill v Carbolic Smoke Ball Compagny* ([1893] 1 QB 256) en fournit une illustration. En l'espèce, la *Carbolic Smoke Ball Compagny* avait fait la publicité de son médicament, la désormais tristement célèbre 'carbolic smoke ball', dans divers journaux, en promettant mille livres de récompense à toute personne qui, après avoir utilisé le médicament trois fois par jour pendant deux semaines, contracterait l'épidémie grandissante de grippe, rhume ou toute maladie causée par le froid. La publicité mentionnait que mille livres avaient été déposées en garantie auprès de la banque Alliance, à Regent Street, pour témoigner de la sincérité de la société. Les demandeurs, sur la base de cette publicité, ont acheté et utilisé le produit comme indiqué et, postérieurement, ont attrapé la grippe. Ils ont alors demandé le paiement des cent livres ce qui leur fût accordé en première instance. L'appel de la société fût rejeté. La Court of Appeal a retenu que les termes de la publicité étaient constitutifs d'une offre au public valable et acceptée par le demandeur qui, en exécutant l'acte exigé, était alors fondé à obtenir les 100 livres promises.

promesse ne peut s'analyser en un engagement réciproque – et le contrat ne peut être dit synallagmatique – puisqu'il ne s'agit pas d'une obligation dont il serait débiteur et dont le respect pourrait lui être imposé par le promettant. La réalisation de l'acte témoigne alors de son acceptation de la promesse en même temps qu'elle constitue la *consideration* exigée pour que l'engagement de l'offrant soit juridiquement contraignant[283]. Toujours est-il que pour qu'un contrat revêtant une dimension unilatérale soit obligatoire, un acte doit avoir été accompli par le bénéficiaire d'une promesse, en contemplation de cette dernière.

Il a pu être dit de la *consideration* que « *le préjudice souffert par le destinataire de la promesse est l'essence de la doctrine, le bénéfice au promettant est, quand il existe, simplement accidentel* »[284]. Une telle approche de la *consideration* est à mettre en perspective avec l'origine historique de la *consideration* comme exigence dans la mise en œuvre du *writ of assumpsit*. Le *writ of assumpsit* est un moyen procédural qui permettait au bénéficiaire d'une promesse d'avoir une action de nature contractuelle, la *consideration* exprimant alors son intérêt à agir[285]. C'est ainsi parce que le bénéficiaire d'une promesse a souffert un préjudice en contemplation de cette dernière, en réalisant ce à quoi il n'était pas tenu, qu'il peut agir pour obtenir un remède sur le fondement de l'existence d'un contrat. Les principes traditionnellement énoncés dans le cadre de la théorie classique de la *consideration*[286] témoignent de cette approche historiquement processuelle de la notion, dont résulte son assimilation à la contreprestation.

---

[283] Les choses se compliquent lorsque l'offrant rétracte son offre alors que le bénéficaire de la promesse a commencé à s'exécuter : les cours estiment alors que la rétractation de l'offre était impossible à partir du moment où son destinataire a commencé à exécuter l'acte exigé [v. par ex. les arrêts de la Court of Appeal *Errington v Errington* (1952) 1 KB 290 et *Daulia Ltd v Four Millbank Nominees Ltd* (1977) EWCA Civ 5].

[284] W. S. HOLDSWORTH, *op. cit.*, p. 11: "detriment to the promise is of the essence of the doctrine, and benefit to the promisor is, when it exists, merely an accident". Cette idée est corroborrée par la règle selon laquelle *consideration must move from the promisee.* V. *infra*, n° 59.

[285] W. S. HOLDSWORTH, *op. cit.*, p. 6-7 : "By the end of the century [the sixteenth], therefore, it had become definitely the chief contractual action of the common law. But, during the latter part of that century, the pleaders were beginning to use the word "consideration" to introduce the facts upon which they relied to make the promise enforceable by assumpsit. Hence it is not surprising to fin that the word then acquired the technical meaning of the facts or circumstances which must be proved in order to make a promise enforceable by this action. (…) Consideration thus acquired its technical meaning in the common law mainly in relation to the action of assumpsit" [notre traduction : "A la fin du siècle [le seizième], par conséquent, elle est définitivement devenue l'action contractuelle fondamentale de la *common law*. Mais, Durant la fin de ce siècle, les demandeurs ont commencé à utiliser le terme « *consideration* » pour désigner les faits sur lesquels ils se fondent pour obtenir le caractère *enforceable* de la promesse par *assumpsit*. Dès lors, il n'est pas surprenant que le terme finit par acquérir le sens technique de faits ou circonstances qui doivent être prouvés afin de rendre une promesse *enforceable* par cette action. (…) La *consideration* a ainsi acquis son sens technique en *common law* principalement au regard de l'*action of assumpsit* »].

[286] Seuls deux principes seront ici développés. Un troisième principe traditionnel est celui selon lequel « *consideration must be sufficient* », c'est-à-dire que la *consideration* doit être suffisante. Ce principe renvoie à la question de la valeur de la *consideration*, qui sera envisagée ultérieurement. V. *infra*, n° 145.

### ii. Principes traditionnels applicables à la *consideration*

**59. Premier principe : « *Consideration must move from the promisee* [287] ».** Le développement de la notion de *consideration* dans un contexte où l'enjeu était la reconnaissance d'une *form of actions* permettant d'offrir un remède judiciaire en cas d'inexécution d'un engagement de nature contractuelle tend à une assimilation de la *consideration* à la contreprestation fournie par le créancier d'un engagement, plutôt qu'à la contrepartie entendue comme l'avantage attendu par celui qui en est débiteur. Cela se vérifie au regard du premier principe traditionnellement applicable à la *consideration* selon lequel la *consideration* doit être fournie par le destinataire de la promesse. Il en résulte que le droit anglais ne reconnaît pas, en principe, le mécanisme de la stipulation pour autrui : le bénéficiaire de la stipulation n'ayant pas fourni de *consideration*, il ne peut agir en exécution de l'engagement du promettant à l'égard du stipulant.

L'application de ce principe n'est pas sans poser des difficultés, précisément au regard de l'existence d'une contrepartie pour le débiteur, bien que le bénéficiaire de l'engagement n'en soit pas à l'origine. Certaines décisions ont alors été rendues dans le sens d'un assouplissement du droit anglais en la matière. Ainsi en est-t-il de l'arrêt *Hirachand Punamchand v Temple* de 1911. En l'espèce, un tiers à un contrat avait payé une partie de la dette en échange de l'engagement du créancier de libérer le débiteur de son obligation. Il fut jugé que le débiteur pouvait opposer au créancier son engagement pris avec le tiers, bien qu'il n'ait pas fourni de *consideration*. En outre, dans l'affaire *Charnock v. Liverpool* de 1968, la Cour s'est fondée sur l'existence d'un contrat implicite pour permettre l'action du propriétaire d'un véhicule endommagé contre le garage qui avait tardé à effectuer les réparations, alors que le contrat n'avait pas été conclu avec le demandeur mais avec l'assureur de ce dernier. Le raisonnement fondé sur l'existence d'un contrat implicite est assez artificiel et, en cela, critiquable. Toujours est-il qu'il permet d'obtenir un résultat opportun, auquel une conception stricte de la *consideration* ne permettrait pas de parvenir. En toute hypothèse, le *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* a consacré la possibilité pour un tiers, dans certaines conditions, d'agir en exécution d'un engagement contractuel auquel il n'a pas été partie, sans qu'il lui soit opposé le fait qu'il n'a fourni aucune *consideration* [288]. Cette disposition va dans le sens d'une

[287] Le terme *promisee* désigne celui qui reçoit une promesse, son auteur étant le *promisor*.

[288] Il ne s'agit toutefois pas d'une véritable exception à l'exigence d'une *consideration* devant être fournie par le bénéficiaire de la promesse, certains auteurs anglais parlant alors plutôt de *quasi exception* (E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 3-026) : le cocontractant, bénéficiaire de la promesse a bien dû fournir une *consideration*. Ce n'est pas tant la conception traditionnelle de la *consideration* au sens de l'exigence d'un engagement réciproque qui est remise en cause, que la règle procédurale qu'elle induit

appréhension plus moderne de l'exigence d'une *consideration*, entendue comme la contrepartie de l'engagement permettant de caractériser un contrat obligatoire, sans qu'il soit nécessairement de nature synallagmatique. L'enjeu n'apparaît en effet plus être aujourd'hui celui de la reconnaissance d'une voie d'action en justice sur le fondement de l'existence d'un *bargain* mais bien la reconnaissance du contrat au regard de la présence d'une justification minimale de l'engagement.

Cette nécessité de dépasser la conception classique de la *consideration* s'illustre s'agissant de l'appréciation d'un deuxième principe traditionnel de la *consideration*, selon lequel celle-ci ne doit pas être antérieure à la promesse.

**60. Deuxième principe : « *Consideration must not be past* ».** Le droit anglais n'admet pas qu'une prestation déjà fournie avant l'engagement puisse constituer une *valuable consideration*, il est dit que la « *consideration must not be past* », c'est-à-dire qu'elle doit être fournie en contemplation de la promesse[289]. La *consideration* est alors qualifiée d'*executory consideration* lorsqu'elle consiste en une contre-promesse qui devra être exécutée et d'*executed consideration* dans l'hypothèse où elle prend la forme d'un *benefit* ou *detriment* immédiatement réalisé en contrepartie de l'engagement du cocontractant[290]. Néanmoins, constitue une *valuable consideration* l'acte accompli antérieurement à la promesse mais à la demande du promettant et dans la mesure où les parties ont considéré cet acte comme dépendant d'une promesse future[291]. En outre, parce que la *consideration* ne doit pas être passée, l'engagement du débiteur d'exécuter ce à quoi il est déjà tenu envers le créancier ne peut pas constituer une *consideration* valable[292], ce qui s'oppose en principe à la reconnaissance du caractère obligatoire d'une remise de dette par exemple. Au demeurant, il apparaît une nouvelle fois que la conception originelle

---

s'agissant de l'intérêt à agir en exécution d'une promesse. La question relève alors, en définitive, davantage d'une question d'effet relatif du contrat (*privity of contract*).

[289] Cette solution de *common law* résulte de deux affaires : *Eastwood v Kenyon* (1840), 11 ad & E 438 et *Roscorla v Thomas* (1842) 3 QB 234. Dans le premier arrêt, le demandeur était l'exécuteur testamentaire d'un défunt et tuteur de la fille de ce dernier. Le patrimoine du *de cujus* s'avéra insuffisant pour couvrir le coût de l'entretien et de l'éducation de l'enfant ainsi que le maintien et l'amélioration des biens. L'exécuteur testamentaire emprunta alors 140 £ dans le but de couvrir ces dépenses. L'argent fut dépensé dans l'intérêt de l'héritière et, le mari de cette dernière, le défendeur, promit plus tard de payer la dette mais il manqua à sa promesse. Il fut jugé qu'il n'avait manqué à aucun engagement car sa promesse de payer la dette du demandeur était dépourvue de force obligatoire. L'argument du demandeur, qui invoqua le fait que la contrepartie était ici une contrepartie morale suffisant à rendre obligatoire la promesse, fut rejeté. Dans le second arrêt, le demandeur avait acheté un cheval au défendeur pour le prix de 30 livres et, postérieurement à la vente, le vendeur donna la garantie orale à l'acheteur du fait que le cheval vendu était exempt de vice. L'acheteur intenta une action contre le vendeur pour manquement à cette garantie oralement donnée, le cheval présentant des troubles comportementaux. Il a été considéré que la garantie donnée à l'oral était non obligatoire pour absence de *consideration*. La *consideration* fournie pour le contrat de vente du cheval était insuffisante pour fonder le caractère obligatoire de la garantie orale subséquente.

[290] O. MORETEAU, *op. cit.*, n° 458.

[291] V. *Kennedy v Brown* [1863], 13 C.B. 677. 740.

[292] C'est la solution de l'arrêt *Foakes v Beer* dont les effets sont tempérés par l'application de la *promissory estoppel* [v. *infra*, n° 63 et s.].

de la *consideration* – liée à l'idée d'un intérêt à agir en justice en exécution d'une promesse – tend à exclure la possibilité d'admettre une *consideration* ne constituant pas un élément fourni par celui qui se prévaut d'un engagement, et donc une contreprestation. Cette conception conduit alors à des résultats qui peuvent sembler paradoxaux. En effet, la jurisprudence a pu admettre que l'engagement d'une partie d'exécuter ce à quoi elle est déjà tenue envers un tiers constitue une *consideration* valable.

Le célèbre arrêt *Pao On v Lau Yiu Long*[293] en fournit une illustration, quoique sa portée demeure controversée[294]. Un accord de *swap* avait été conclu entre les actionnaires majoritaires de deux sociétés : les actionnaires majoritaires d'une société A souhaitant acquérir l'actif principal d'une autre société B, et les actionnaires de cette dernière souhaitant quant à eux réaliser la valeur de leurs actions. Dès lors, il fut prévu que les actionnaires de la société B obtiendraient 4, 2 millions en actions dans la société A – la valeur de chaque action étant réputée s'élever à 2,5 $ sur le marché – en contrepartie de l'acquisition de l'ensemble des actions de la société B par la société A. Afin de se prémunir contre une baisse du cours des actions de la société A, qui pourrait résulter d'une vente massive des actions, les actionnaires de B, faisant l'acquisition des actions de A, ont accepté de s'engager à ne pas transférer ou vendre 60 % des actions acquises au moins pendant un an. Mais les cessionnaires s'exposaient alors au risque d'une chute de la valeur de leurs actions. Dans le but de réduire ce risque, les parties ont alors convenu un accord subsidiaire avec les actionnaires majoritaires de la société A, selon lequel ces derniers s'engageaient à racheter 60 % des actions au prix de 2, 5 $ chacune à la fin de la période d'un an. Quand les cessionnaires se rendirent compte que cet accord subsidiaire ne leur permettait pas de profiter d'une éventuelle hausse de la valeur des actions, ils informèrent les actionnaires majoritaires de la société A qu'ils n'exécuteraient pas l'accord de *swap* à moins que l'accord subsidiaire ne soit annulé et remplacé par une garantie selon laquelle les associés majoritaires de la société A s'engageaient à indemniser les cessionnaires d'une éventuelle chute du cours des actions en dessous de 2, 5 $, ce qui fut accepté. Le prix des actions la société A s'étant effondré sur le marché, les cessionnaires des actions de la société A cherchèrent à obtenir l'exécution de la garantie. Les débiteurs de l'obligation de garantie ont alors soutenu que leur engagement n'était pas obligatoire car non supporté par une *valuable consideration*[295]. La Cour rejeta ces arguments. Si l'engagement des cessionnaires des actions de la société A de ne pas

[293] *Pao On v Lau Yiu Long* (1980) AC 614.
[294] V. B. MARKENISIS, « La notion de consideration dans la common law : vieux problèmes ; nouvelles théories », art. préc., p. 740-741.
[295] Ils invoquèrent par ailleurs le fait que la garantie avait été obtenue par contrainte.

les transférer intégrait effectivement déjà l'accord principal, de sorte qu'il aurait pu être analysé comme une *past consideration* ne pouvant supporter la garantie de la part des actionnaires majoritaires de la société A, ces derniers sont juridiquement des *tiers* à la cession intervenue entre la *société* A et les actionnaires de la société B. Par conséquent, l'engagement des cessionnaires – les actionnaires de la société B – à l'égard du cédant – la société A – constituait bien une *consideration* valable à l'engagement d'indemnisation des actionnaires majoritaires de la société A.

Un auteur relève, à propos de cette affaire que « *la Cour d'appel (…) n'était pas disposée à se laisser arrêter par des détails techniques dans la doctrine de la* consideration »[296]. Si ce à quoi est déjà contractuellement tenu une partie peut constituer une *consideration* valable dans le cadre d'un autre accord avec un tiers, rien ne devrait s'opposer à ce qu'il puisse en être de même pour un contrat conclu avec le contractant initial, dès lors que celui-ci y trouve un avantage en contrepartie de son engagement.

En définitive, il semble que les principes de la doctrine classique de la *consideration* – hérités du développement de la notion à partir des *forms of action* – introduisent une certaine rigueur et incohérence dans l'application de cette notion. Le constat ici dressé ne manque pas de faire écho aux critiques lancées par la doctrine anglaise contre cette notion emblématique de la *common law*, dont l'excès de formalisme a été largement dénoncé[297]. A ce titre, l'analyse des solutions concrètes retenues par les juges sur le fondement de la *consideration* appelle à une remise en cause de sa conception traditionnelle. Il peut alors être défendu que la *consideration* tend aujourd'hui à être assimilée à la contrepartie qui, comme en droit français, doit être attendu comme l'avantage poursuivi par la conclusion du contrat, qu'il soit ou non de type synallagmatique.

### b. Vers la reconnaissance de tout type de contrat à titre onéreux

**61. Le dépassement de l'idée de *bargain*.** La théorie classique de la *consideration* conduit à la seule reconnaissance des engagements réciproques et interdépendants, par lesquels est réalisé un échange entre les parties. Sous l'angle de sa définition traditionnelle, la *consideration* apparaît essentiellement imposer une dimension synallagmatique aux contrats. Dès lors, en ce qu'elle constitue le critère des engagements juridiquement obligatoires, la

---

[296] De sorte que le résultat aurait été identique s'il n'y avait pas eu juridiquement de tiers à l'engagement initial puisque « *la Cour d'appel donnait effectivement à A1* [les cessionnaires] *ce à quoi, du double point de vue moral et commercial, il avait droit de toute façon (d'après l'opinion de la Cour)* » [B. MARKENISIS, art. préc., p. 741].
[297] V. E. MCKENDRICK, *op. cit.*, p. 146.

conception classique de la *consideration* est source de difficultés puisqu'un contrat à titre onéreux peut, en tant que tel, présenter un réel intérêt, sans nécessairement impliquer des obligations réciproques. En ce sens, le 6ème rapport provisoire de la Commission pour la révision du droit anglais (*The English Law Revision Committee*), publié en 1937[298], avait ainsi souligné cette difficulté qui résulte des principes traditionnels de la théorie de la *consideration*, s'opposant à la reconnaissance des contrats à titre onéreux unilatéraux.

Il convient déjà de relever que, à rebours du caractère synallagmatique de l'accord qu'elle conduit en principe à imposer, la doctrine classique de la *consideration* ne s'oppose pas à la reconnaissance de certains contrats à titre onéreux qui seraient qualifiés d'unilatéraux en droit français. Ainsi, en est-il du contrat de cautionnement : il est admis, dans le cadre d'un *contract of guarantee*, ou *suretyship*, que l'acte réalisé au profit du débiteur principal, *the principal debtor*, par le créancier, le *creditor*, constitue une *consideration* valable à l'engagement du garant ou *surety*. En effet, il est exigé que la *consideration* soit fournie par le destinataire d'une promesse et non qu'elle bénéficie au promettant. Il pourrait être objecté que si l'engagement du créancier est déjà exécuté, alors la *consideration* est passée et, partant, non valable. L'acte déjà réalisé par le créancier (le prêt accordé par exemple) n'est toutefois une *consideration* valable que s'il a été pris en contemplation du cautionnement, de sorte qu'il s'agisse véritablement de la contrepartie de l'engagement du *surety*. En d'autres termes, l'engagement du garant doit avoir eu pour contrepartie l'engagement du créancier qui a été conditionné par l'obtention de la sûreté. Toujours est-il que, en dehors de cette hypothèse, la *consideration* ne permet pas, en principe, la reconnaissance des contrats à titre onéreux unilatéraux.

La rigidité des critères traditionnels de la *consideration* est alors critiquée par une partie de la doctrine anglaise en raison des incohérences auxquelles elle aboutit[299]. L'une de ces incohérences résulte précisément du fait qu'elle permette de fonder le caractère contraignant d'engagements à titre gratuit soutenus par une *nominal consideration*, tout en conduisant au rejet de la force obligatoire des contrats à titre onéreux comportant pourtant une contrepartie bien réelle. Il lui est alors reproché d'être bien loin de sa conception originelle, en ce qu'elle ne concerne guère la réalité des motifs des parties pour davantage se réduire, précisément, à l'idée d'une contrepartie formelle[300]. Le concept d'échange, porté par la définition traditionnelle de

---

[298] V. « The Law Revision Committee's sixth interim report », *The Modern Law Review*, 1937, vol.1, n° 2, p. 97 et s.
[299] V. B. MARKENISIS, art. préc.
[300] V. C. FRIED, *Contract as promise, A Theory of Contractual Obligation*, Harvard University Press, 1981, p. 30 : « This means either a real bargain or the kind of exchange that in general constitutes an actual bargain, though in a particular case the usual motive might be missing » [notre traduction : « Cela implique un échange reel ou le type d'échange qui, en général, constitue un véritable échange, bien que dans certains cas les motifs habituels peuvent être absents »]. Un rapprochement avec le droit français

la *consideration,* est ainsi pour certains auteurs « *highly abstract* »[301] et « *sometimes regarded as unsatisfactory* »[302]. M. MARKENISIS relève alors que « *[l]'analyse classique ne produit pas le résultat que la moralité et que la politique judiciaire doivent encourager. Des arrêts anglais récents comme* Horton v. Horton *suggèrent que la jurisprudence anglaise est à la recherche de "sorties de secours" pour échapper à ses propres théories et aboutir aux résultats que connaît en la matière le droit américain (et aussi le droit français)* »[303].

Au demeurant, il apparaît que les difficultés soulevées par la doctrine classique de la *consideration* peuvent être résolues en l'identifiant, dans le cadre du contrat à titre onéreux, à la contrepartie, que cette dernière prenne ou non la forme d'une contreprestation. Une jurisprudence s'inscrit en ce sens.

**62. La reconnaissance d'une *consideration* autre que l'engagement réciproque par la jurisprudence**. Nombre d'arrêts ont retenu que le bénéfice pratique conféré au promettant constitue une *valuable consideration* alors même que le bénéficiaire de la promesse ne s'est strictement engagé à aucune prestation, ni subi aucun préjudice[304]. Ainsi par exemple, dans l'arrêt *Edmonds v Lawson*[305]*,* la relation entre un élève avocat et les membres d'une chambre d'avocats a été jugée, dans le cadre d'un apprentissage non rémunéré, comme étant de nature contractuelle en dépit de l'absence d'engagement de l'élève à travailler, ce dernier ayant fourni une *consideration* valable du seul fait que sa relation privilégiée avec la chambre des avocats constitue un *benefit* pour cette dernière. Il faut alors admettre que la *consideration* n'est pas nécessairement une contreprestation du cocontractant, ce qui permet de l'appréhender comme la justification de l'engagement, laquelle consiste dans le motif contrepartie s'agissant du contrat intéressé.

Une situation particulière a donné lieu à des développements importants s'agissant de la théorie de la *consideration* : c'est le cas de l'engagement d'un débiteur d'exécuter une dette préexistante. Un tel engagement ne peut pas, en principe, être une *consideration valable*[306]. Le

---

peut ici être relevé s'agissant de l'analyse de la cause dans les contrats typiques. V. J. ROCHFELD, thèse préc., n° 130 et s., au sujet de « l'alignement des processus de motivation eux-mêmes », spéc. n° 152 : « La cause typique représente une présomption du raisonnement le plus courant à la base d'une structure juridique donnée. Cette présomption sera fournie par le type, en tant qu'interprétation formalisée de l'intention ».

[301] [Traduction : « hautement abstraite »], C. FRIED, *op. cit.*, p. 30.

[302] [Traduction : « et parfois regardée comme insatisfaisante »], E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 3-007.

[303] B. S. MARKESINIS, art. préc., p. 740.

[304] Ce qui est le cas par exemple lorsque le bénéficiaire de la promesse s'engage à exécuter ce à quoi il est déjà tenu, dans la mesure où le promettant en tire un bénéfice.

[305] *Edmonds v Lawson* [2000] Q.B. 501.

[306] C'est le principe établi dans l'affaire *Stilk v Myrick* [1809]. En l'espèce, un voyage était organisé de Londres vers la Baltique, pendant lequel, deux marins ont déserté. Le capitaine a accepté de partager son salaire avec les autres membres de l'équipage si ces derniers acceptaient de l'aider à ramener le navire à Londres sans le concours des deux marins déserteurs. A son retour, le capitaine a refusé de payer le dénommé Stilk et les autres marins. Les juges ont estimé que les marins n'avaient pas fourni de

seul moyen de garantir le maintien d'une promesse unilatérale est alors de payer un prix en retour de la promesse (une indemnité d'immobilisation par exemple), afin de se constituer une *valuable consideration*[307] ou de prendre l'engagement sous la forme d'un *deed*[308]. Cette solution n'est toutefois pas satisfaisante et les cours admettent que l'engagement d'exécuter une dette préexistante puisse être une *valuable consideration* au regard de l'avantage concret que le créancier en retire : c'est dire que la notion de contrepartie – distincte de celle de contreprestation – est alors retenue.

La question relève de ce qui a été décrit comme étant « *the secret paradox of the common law* »[309], visant notamment le cas spécifique d'un contrat par lequel l'un des contractants s'engage à quelque chose qui fait déjà l'objet d'une obligation dans le cadre d'un contrat avec un tiers ou le même partenaire. Une partie peut en effet avoir un réel intérêt au contrat quand bien même son cocontractant s'engagerait à quelque chose dont il est par ailleurs déjà tenu. Le *secret paradox* apparaît également dans le cadre d'une modification du contrat, notamment des révisions du prix en échange de la réitération de l'engagement du débiteur. C'est cette situation qui a donné lieu à l'affaire *Williams v. Roffey Bros & Nicholls (Contractors).* En l'espèce, le défendeur, un maître d'œuvre, avait conclu un contrat de rénovation de 27 appartements et il a sous-traité les travaux de charpente au demandeur pour 20 000 £. Il apparaît que, de toute évidence, le prix convenu était trop bas : il manquait 3 783 £ pour que les travaux soient réalisables. Le sous-traitant se retrouva en difficulté, non seulement en raison du prix, mais aussi à cause de défaillances dans la supervision de sa force de travail. Le maître d'œuvre avait intérêt à ce que le travail soit achevé dans les temps afin de ne pas avoir à payer des pénalités de retard. Dès lors, le maître d'œuvre offrit au sous-traitant d'augmenter le prix du contrat de sous-traitance de 13 300 £, ce que ce dernier accepta. Les travaux furent néanmoins interrompus. Le maître d'œuvre engagea alors d'autres charpentiers et, en définitive, il dut

---

*consideration* valable à la promesse du capitaine en s'engageant à faire ce à quoi ils étaient déjà obligés. La promesse du capitaine était alors dénuée de contrepartie et non-obligatoire.

[307] Il s'agit alors de conférer au contrat unilatéral une dimension synallagmatique. Ainsi en est-il des promesses consenties en contemplation de la réalisation d'un acte ou d'une abstention, tel l'engagement de verser une somme d'argent au bénéficiaire de la promesse, à charge pour lui de marcher jusqu'à la ville de York, du Nord de l'Angleterre, ou de ne pas fûmer pendant un an. De telles promesses peuvent être faites à titre gratuit (elle s'analyseraient alors comme des donations avec charge en droit français) mais aussi à titre onéreux comme en matière de *rewards*, à savoir les engagements unilatéraux, portés à destination du public, de récompenser celui qui accomplira un acte envers le promettant, restituer le bien perdu par exemple. L'application de la doctrine de la *consideration* suggère alors que le promettant puisse toujours rétracter sa promesse tant que le destinataire n'a pas accompli l'acte requis. Le bénéficiaire de la promesse qui a fait la moitié du chemin jusqu'à York ou qui s'est abstenu de fûmer pendant 6 mois se voit-il donc privé de tout recours à l'encontre du promettant ? En réalité, le commencement d'exécution constitue une *consideration* pour le bénéficiaire et prive le promettant du droit de révoquer sa promesse sans être redevable de dommages et intérêts à hauteur du préjudice subi. V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit*., n° 3-158.

[308] V. *supra*, n° 54.

[309] B. COOTE, *op. cit.*, p. 24.

s'acquitter d'une pénalité pour une semaine de retard. Il refusa de payer le sous-traitant pour le travail accompli postérieurement à son engagement de lui payer une rémunération complémentaire. Le sous-traitant poursuivit le maître d'œuvre et ce dernier lui opposa le fait que l'accord portant sur la rémunération additionnelle n'était pas doté de force obligatoire dès lors que la *consideration* était absente. Les juges s'accordèrent tous sur le fait qu'une *consideration* avait été fournie par l'engagement du maître d'œuvre de payer au sous-traitant une rémunération supplémentaire. Cette *consideration* résultait du bénéfice potentiel en pratique que le maître d'ouvrage allait retirer du fait que le sous-traitant finisse son travail dans les temps, en particulier le fait que cela lui éviterait d'avoir à payer des pénalités de retard. Le sous-traitant ne s'est en effet, juridiquement, engagé à aucun travail supplémentaire. La contrepartie est ici caractérisée au regard du *benefit in fact* (l'avantage concret). L'admission d'une telle solution fut critiquée par une partie de la doctrine au regard du dépassement de la conception traditionnelle de la *consideration* opéré par les juges[310].

L'identification de la *consideration* à la contrepartie, s'agissant du contrat à titre onéreux, semble devoir s'imposer au regard non seulement des insuffisances et incohérences de la doctrine classique mais aussi des solutions retenues en jurisprudence. Ce constat s'impose d'autant plus au regard du développement parallèle de l'*estoppel*[311] qui a précisément permis de remédier à la rigidité de la doctrine classique de la *consideration* et qui en constitue aujourd'hui un prolongement reconnu.

### B- L'*estoppel* comme remède aux insuffisances de la *consideration*

**63. La *promissory estoppel* comme remède à l'absence de *consideration* dans sa conception traditionnelle.** La notion d'*estoppel* est connue en droit français comme fondant l'interdiction faite à une personne de se contredire au détriment d'autrui[312]. Cette règle issue du droit anglo-saxon est notamment consacrée en droit français sur le plan procédural où elle impose à un demandeur de ne pas se prévaloir d'allégations contradictoires à l'encontre d'un défendeur[313]. La théorie de *l'estoppel* anglaise est toutefois bien plus complexe et concerne

---

[310] B. COOTE, *op. cit.*, p. 54-56.

[311] V. O. MORETEAU, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, thèse dacty., 1990, *passim.* ; H. MUIR-WATT, « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », *in* Mélanges Y. LOUSSOUARN, Dalloz, 1994, p. 303 et s. ; B. FAUVARQUE-COSSON, « L'estoppel du droit anglais », *in L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui,* M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), Economica, 2001, p. 3 et s. ; B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, Société de législation comparée, 2007 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « L'estoppel, concept étrange et pénétrant », *RDC* 2006.1279.

[312] V. H. MUIR WATT, « Pour l'accueil de l'estoppel en droit français », in *Mélanges Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 303 s. V. aussi. D. MAZEAUD, « La Confiance légitime et l' Estoppel », *RIDC* 2006, 362 et s.

[313] V. par ex Cass. Com 8 mars 2005, n° 02-15.783, *Bull. civ*. IV, n° 44 ; Cass. Civ. 1ère, 13 novembre 2008, n° 06-21.745, *Bull. civ*. I, n° 25.

significativement la question de la *consideration* en droit du contrat. Ainsi, d'après l'analyse de Mme FAUVARQUE-COSSON, « *il n'y a pas un concept d'estoppel mais de nombreuses doctrines* » et « *parmi celles-ci, la doctrine conquérante du promissory estoppel est enfermée dans de nombreuses limites, en grande part destinées à préserver cette spécificité du droit anglais des contrats : l'exigence d'une consideration* »[314]. La *promissory estoppel*, remède d'équité, aussi désignée *equitable estoppel*, est, en effet, indissociable de la doctrine de la *consideration* : elle répond notamment aux difficultés particulières qu'elle soulève en cas de modification du contrat, plus particulièrement, dans l'hypothèse de l'accord d'un paiement partiel en contrepartie de l'extinction de la totalité de la dette. Dans ce cas, le débiteur ne fournit aucune *consideration* nouvelle à l'engagement du créancier qui renonce à une partie de sa créance, ce qui fait obstacle à la reconnaissance du caractère obligatoire de ce dernier. La solution de *common law*, c'est-à-dire la solution de principe, est celle résultant du *leading case* connu sous le nom de *Foakes v Beer* et elle s'inscrit dans la conception traditionnelle de la *consideration*. En l'espèce, le demandeur obtint un jugement en août 1875 lui reconnaissant une créance de près de 2090 £ à l'encontre du défendeur, avec des intérêts moratoires de 4% échus à la date du jugement et courant jusqu'au paiement complet de la dette. Le débiteur demanda un délai pour le paiement de la dette et un accord fut conclu entre les parties en décembre 1876. En 1882, le créancier chercha à recouvrir les intérêts de la dette et le débiteur invoqua les termes de l'accord. La Chambre des Lords dut alors répondre à deux questions : d'une part, est-ce que le créancier avait consenti à renoncer aux intérêts sur la dette ; d'autre part, dans l'affirmative, est-ce que son engagement était soutenu par une *consideration* valable. Les juges de la Chambre des Lords furent divisés sur la première portant sur l'interprétation de l'accord ; ils ont, en revanche, retenu à l'unanimité que ce dernier n'était pas soutenu par une *consideration* valable, de sorte que le créancier était fondé à recouvrer les intérêts échus depuis la date du jugement. La rigueur d'une telle solution a conduit au développement de la doctrine de la *promissory estoppel*, laquelle permet alors de remédier, en équité, à la sévérité de la *common law*[315].

L'arrêt *Central London Property Ltd v High Trees House Ltd*[316] constitue une application de la doctrine de la *promissory estoppel*. Il résulte de la solution de cet arrêt que l'engagement

---

[314] B. FAUVARQUE-COSSON, « L'estoppel, concept étrange et pénétrant », *art. préc.*

[315] L' *equity* forme un *corpus* de règles distinctes de celles de la *common law.* Elles visent à en atténuer la rigueur, les excès ou encore les insuffisances mais présentent un certain caractère discrétionnaire pour les juges. En application de la *clean hands doctrine*, celui qui invoque l'équité doit être à l'abri de tout reproche.

[316] *Central London Property Ltd v High Trees House Ltd*, [1947] KB 130. V. aussi *Hughes v Metropolitan Railway Co* [1877] 2 AC 439. En l'espèce, un bailleur avait mis en demeure un locataire d'effectuer des réparations dans un délai de six mois. Les

pris de renoncer à demander l'exécution d'une obligation est valable si le cocontractant s'y est fié[317]. Il ne s'agit toutefois pas d'une véritable exception à l'exigence d'une *consideration* mais plutôt d'un tempérament dans la mesure où l'engagement en question n'aura pas la même force que celle d'un engagement contractuel fondé sur une *consideration* ; il s'agira seulement d'un moyen de défense : il pourra être opposé à la demande de paiement de la totalité de la dette par le créancier. La doctrine anglaise présente ainsi classiquement la doctrine de la *promissory estoppel* tel un bouclier et non une épée[318]. Le remède offert par la *promissory estoppel* apparaît alors limité tant dans sa nature – s'agissant d'un remède d'équité – que dans ses effets. Sur ce dernier point, il en est autrement pour un autre type d'*estoppel* constituant également un tempérament à l'absence de *consideration* et visant les droits de propriété : la *proprietary estoppel*.

**64. La *proprietary estoppel* : tempérament à la théorie de la *consideration* pour les accords portant sur des droits réels.** L'analyse de la *proprietary estoppel* au titre de la doctrine de la *consideration* est somme toute classique, quoiqu'il faille encore d'abord préciser que son rôle ne se limite pas à remédier aux insuffisances de celle-ci. L'application de la *proprietary estoppel* dépasse, en effet, les seules difficultés tenant à l'absence supposée de *consideration* et permet de remédier à l'insatisfaction d'autres conditions de validité du contrat, telles que l'intention contractuelle (*intent to create legal obligations*) ou l'exigence de *certainty*

---

parties ont, dans ce délai, engagé des négociations portant sur l'achat de l'immeuble par le locataire, lequel a cru que son obligation d'effectuer les réparations était suspendue pendant le temps des négociations. Ces dernières ayant échoué, le bailleur poursuivit le locataire pour inexécution du contrat de bail et tenta de le faire quitter les lieux, au motif de la non-réalisation des réparations. La Chambre des Lords a jugé qu'avec l'ouverture des négociations, le bailleur avait implicitement promis de renoncer au délai de six mois pour effectuer les réparations.

[317] En l'espèce, *High Trees House Ltd.* avait loué, en 1937, un bloc d'appartements auprès de *Central London Property Trust Ltd.* En raison de la guerre, les taux d'occupation des appartements étaient très inférieurs à la normale. Les parties convinrent en janvier 1940 de réduire le loyer de moitié. Cependant, la période pendant laquelle cette réduction du prix du loyer devait s'appliquer n'a pas été précisée. Le locataire a payé le prix du loyer réduit pendant les cinq années qui ont suivi et les appartements ont alors commencé à se remplir à nouveau, de sorte qu'en 1945, le taux d'occupation était complet. Le bailleur a alors poursuivi le locataire pour le paiement complet du loyer initialement convenu à partir de juin 1945. Les juges ont considéré que la rénonciation par le bailleur au paiement du prix complet du loyer était valable pendant le temps de la guerre, après laquelle il pouvait la révoquer.

[318] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 3-089 : « The essentially defensive nature of the equitable doctrine here under discussion is sometimes expressed by saying that it operates as a shield and not as a sword ». Les auteurs nuancent toutefois la portée de la métaphore dans la mesure où la doctrine peut en effet autant assister le demandeur que le défendeur (ils citent notamment le cas où un vendeur livre des biens après la date prévue, en se fondant sur l'engagement de l'acheteur d'accepter la livraison tardive : si ce dernier refuse d'accepter la livraison, le vendeur pourra agir en dommages et intérêts sur le fondement de l'*equitable estoppel*). En outre, suivant les termes de Mme FAUVARQUE-COSSON, une partie de la doctrine anglaise « dénonce le mythe de l'estoppel, simple bouclier et non pas épée ou « cause of action » : d'une part, l'estoppel peut fournir un élément essentiel à l'appui d'une cause of action qui, sans cela, échouerait ; d'autre part, la position procédurale des parties peut dépendre des manoeuvres procédurales de celui qui souhaite invoquer l'estoppel et qui, de ce fait, conduira l'autre à introduire l'action en justice » [B. FAUVARQUE-COSSON, « L'estoppel, concept étrange et pénétrant », *art. préc.*]. Cette analyse de l'estoppel contribue alors significativement à renforcer le constat d'un nécessaire renouvellement de la doctrine de la *consideration,* lequel permettrait d'intégrer la contrepartie autre que la contreprestation.

(précision des termes du contrat)[319]. Il est question de *proprietary estoppel* lorsqu'une personne a agi sur le fondement de la croyance de droits présents ou futurs sur la propriété d'autrui, lequel a approuvé l'acte ou l'a encouragé[320], et en a subi un préjudice. Il s'agit le plus souvent d'actes de construction ou d'amélioration d'un immeuble. Si les conditions de la *proprietary estoppel* sont réunies[321], le propriétaire ne peut nier l'existence des droits en question et peut même se voir contraint de les garantir. A l'instar de la *promissory estoppel,* la *proprietary estoppel* est présentée comme permettant de suppléer l'absence de *consideration* à une promesse[322] mais, à la différence de la première, elle est susceptible d'offrir une véritable cause d'action[323].

Il apparaît toutefois en réalité que la *proprietary estoppel* constitue souvent, non pas un tempérament aux insuffisances de la doctrine de la *consideration*, mais une application de cette dernière[324]. La réalisation d'un acte bénéficiant à la propriété d'autrui – en contrepartie de la promesse, expresse ou implicite, de ce dernier – est, en effet, en elle-même une *consideration* valable. En outre, parmi les cas dans lesquels une promesse a été jugée obligatoire sur le fondement de la *proprietary estoppel,* se trouve celui où une personne ayant agi sur la propriété d'autrui, dans la croyance d'une promesse, et subi un préjudice, caractérise une *detrimental reliance* alors même qu'aucun bénéfice n'a été conféré au propriétaire[325]. La notion de *detriment* constitue, d'ailleurs, contrairement à la *promissory estoppel*, une condition à l'application de la *proprietary estoppel* : il faut que le bénéficiaire de la promesse ait agi à son détriment, qu'il ait souffert un préjudice (quand bien même le promettant n'aurait tiré aucun avantage de son action)[326]. Or l'idée d'un *detriment* n'est pas étrangère à la doctrine de la *consideration*, elle en constitue même traditionnellement l'essence. Là où le *detriment* semble toutefois ici retenu, de façon singulière en matière de *proprietary estoppel*, c'est, précisément, lorsqu'il ne peut s'analyser comme une obligation assumée envers le promettant. Ainsi, dans l'affaire *Crabb v Arun*[327], le demandeur a été amené à croire qu'il obtiendrait un droit de passage sur le fonds voisin et, en s'appuyant sur cette croyance, il a vendu une partie de son terrain,

---

[319] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit*., n° 3-118 et s.

[320] Les hypothèses de *proprietary estoppel* sont ainsi généralement disinguées suivant deux catégories : d'une part, lorsqu'une personne a agi par erreur sur l'existence ou l'étendue de ses droits sur la propriété d'autrui, lequel, sans avoir provoqué l'erreur y a acquiescé ; d'autre part, lorsque le popriétaire a encouragé l'acte, de sorte qu'il peut être déduit une promesse de celui-ci, portant sur des droits existants ou futurs sur sa propriété, en faveur de l'autre partie. C'est dans ce dernier cas qu'il est question de suppléer l'absence de *consideration* de celui qui a agi *in reliance* de la promesse. V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit*., n° 3-119.

[321] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit*., n° 3-124 à 3-134.

[322] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit*., n° 3-152.

[323] Contrairement à la *promissory estopppel*, la *proprietary estoppel* peut constituer la cause d'une action et fonder une action en transfert de propriété ou en tout autre remède approprié. V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit*., n° 3-150.

[324] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit*., n° 3-131 et 3-152.

[325] En ce sens, la *proprietary estoppel* ne peut pas être réduite à une application de l'*unjust enrichment*.

[326] E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit*., n° 3-134.

[327] *Crabb v Arun District Council* [1976] Ch 179, Court of Appeal.

laissant le reste enclavé. Le propriétaire du fonds voisin, le *Arun district council*, l'administration locale, a ensuite exigé 3000 £ au titre du droit de passage. Il a été jugé que le demandeur devait bénéficier d'un droit de passage sans avoir à payer la somme exigée par le propriétaire du fonds voisin, la vente du terrain sous la croyance de l'existence d'un droit de passage pour le reste relevant d'une *detrimental reliance*. Or, en l'espèce, le demandeur avait été assuré par le propriétaire du fonds voisin, l'administration locale, qu'il aurait un droit de passage sur son terrain de sorte que le terrain pouvait être divisé et vendu séparément sans laisser une partie enclavée. Dans la perspective d'une telle vente, le *district council* avait même installé une clôture pour assurer ce droit de passage. Il y a là, semble-t-il, des éléments de nature à caractériser l'existence d'un contrat à titre onéreux entre le demandeur et l'administration. L'engagement de cette dernière d'accorder un droit de passage a pour contrepartie la vente d'une partie du terrain (ce à quoi elle pouvait avoir intérêt, pour diverses considérations administratives, quand bien même elle n'y soit pas partie). Cette solution tend en définitive à confirmer l'importance d'un renouvellement de la doctrine de la *consideration* afin que cette dernière permette la reconnaissance des contrats à titre onéreux sur le fondement de l'existence d'une contrepartie, même lorsque celle-ci ne consisterait pas en une contreprestation fournie par le bénéficiaire de la promesse au promettant.

**65. Rapprochement des droits français et anglais avec le droit allemand.** Les droits français et anglais se rejoignent en ce qu'ils intègrent tous deux traditionnellement des concepts imposant une justification à l'engagement à partir desquels la nécessité d'une contrepartie pour la validité du contrat à titre onéreux peut être établie. Le droit allemand, sans formellement exiger une justification minimale de l'engagement, consacre dans le BGB des règles relatives au *Dissens.* Ces dispositions ont pour objet de déterminer la formation du contrat à partir de la confrontation de l'intention des parties et du contenu de l'accord. Ces dispositions permettent de considérer que, en droit allemand comme en droits français et anglais, le défaut de contrepartie est un obstacle à la reconnaissance d'un contrat intéressé valablement formé.

## *Section 2 – L'exigence d'un accord suffisant pour la formation du contrat en droit allemand*

**66. La déduction de l'exigence d'une contrepartie minimale des règles en matière de *Dissens***. Dire que la contrepartie est nécessaire à la validité du contrat à titre onéreux suppose d'identifier les instruments techniques permettant de fonder cette proposition. La difficulté tient alors au fait que le BGB ne formalise pas l'exigence d'une contrepartie à travers

un concept équivalent à ceux rencontrés précédemment en droits français et anglais. RIEG relèvait que « *l'existence de l'acte est en dépendance étroite par rapport à l'existence de la cause* »[328] , ce qui peut paraître tout à fait surprenant puisque, comme l'auteur l'indiquait, « *le BGB n'indique nulle part, dans la théorie générale des actes juridiques, la nécessité d'une cause. C'est la doctrine de la fin du XIXe siècle qui a exprimé l'idée avec vigueur, et l'on peut estimer que les rédacteurs du BGB s'y sont implicitement ralliés* »[329]. Si certains éléments du droit allemand permettent de lier la validité du contrat à l'utilité qu'il poursuit – tels que l'erreur[330] – en prenant ainsi en compte la cause subjective, il serait pour le moins paradoxal que l'absence de cause objective, identifiée comme la contrepartie du contrat à titre onéreux, soit quant à elle purement indifférente au stade de sa formation. Cette absence de formalisation de l'exigence d'une contrepartie peut être dépassée. En effet, au stade de la formation du contrat l'application des règles en matière de *Dissens* conduit, en cas de non-concordance des déclarations des parties sur un élément sur lequel l'accord devait se faire, à considérer, le cas échéant, que le contrat n'a pas été valablement formé (§1). Or la contrepartie constitue un élément essentiel de la qualification d'un contrat à titre onéreux, de sorte que l'accord sur la contrepartie est bien nécessaire pour sa formation (§2). Ces règles relatives au *Dissens* sont, en définitive, de nature à s'appliquer à tout contrat intéressé et donc à fonder le principe de nécessité de l'intégration de motifs au titre de la contrepartie en droit allemand.

### §1- La non-formation du contrat en l'absence d'accord sur un élément essentiel

**67. La notion de *Dissens***. Le droit allemand traite de la non-concordance des volontés à travers la question du *Dissens*. Sous le régime des Pandectes du XIXème siècle, l'*Irrtum*, l'erreur, et le *Dissens*, qui correspond au défaut d'accord[331], avaient les mêmes conséquences : le contrat était nul. Aujourd'hui, l'erreur rend le contrat annulable alors qu'en cas de *Dissens*, l'accord est considéré comme nul puisqu'il n'a pas pu se former à défaut d'accord des parties

[328] A. RIEG, thèse préc., n° 294.
[329] *Ibid.*
[330] V. *infra*, n° 269 et s.
[331] Le *Dissens* est traduit par dissentiment par de nombreux auteurs (v. par ex. F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats, De l'utilité du concept de la déclaration de volonté*, thèse, préface C. WITZ, avant-propos S. PERUZZETTO, L.G.D.J., 2004, *passim* ; traduction de G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, *Code civil allemand*, Juriscope, Dalloz, 2010). Le concept de *Dissens* ne s'identifie toutefois pas exactement au dissentiment en français, lequel exprime l'idée d'un désaccord. Le *Dissens* peut en effet concerner des hypothèses où les parties sont en opposition (notamment en cas de *Dissens* caché) dès lors qu'elles on des intentions divergentes (comme c'est le cas de l'erreur obstacle en droit français). Mais le *Dissens* concerne également des situations d'accord insuffisant, c'est-à-dire de défaut d'accord plus que de désaccord au sens strict. Dans ce cas, les parties ne sont pas à strictement parler en opposition, contrairement à ce qu'exprime le terme dissentiment. Afin d'éviter toute confusion, le terme allemand *Dissens* sera conservé.

sur les éléments sur lesquels l'entente devait se faire[332]. Le fondement du *Dissens* est alors *der Privatautonomie*, selon laquelle une partie est libre de contracter et de déterminer le contenu de son contrat[333]. Le législateur a fait le choix de garantir une pleine liberté contractuelle puisque le défaut d'accord, même sur un élément très accessoire du contrat, est susceptible de conduire au constat de l'absence de contrat en application des règles du *Dissens*. La doctrine allemande distingue classiquement les *essentialia negotii*, des *naturalia negotii* et des *accidentalia negotii*[334]. La compréhension de ces notions s'avère nécessaire à l'appréhension du traitement du *Dissens*, dès lors que le droit allemand distingue le *Dissens* portant sur les éléments essentiels du contrat – aussi qualifiés de *Hauptpunkte* – du *Dissens* portant sur les éléments secondaires – dits *Nebenpunkte.* L'exposé de la distinction par FLUME sera ici repris[335].

**68. La distinction des éléments essentiels, naturels et accidentels.** Les *essentilia negotii* renvoient aux éléments essentiels qui doivent être présents pour que l'acte puisse recevoir une certaine qualification juridique. Il en est ainsi, pour le contrat de vente, de la chose et du prix. Les *naturalia negotii* sont, ensuite, les éléments du contrat imposés par le système juridique en complément des *essentilia negotii*. L'auteur prend l'exemple d'un contrat de vente pour lequel la répartition légale des risques relatifs à la livraison de la chose constitue un *naturalia negotii*. Les *naturalia negotii* désignent ainsi les éléments intégrant naturellement le contrat au regard de sa nature, de son objet. Les *accidentalia negotii,* enfin, sont les prévisions qui peuvent être éventuellement intégrées par les parties en vertu de leur liberté contractuelle. Ces éléments accidentels sont alors susceptibles de modifier la répartition légale des risques s'appliquant de manière supplétive. Dans l'exemple du contrat de vente, constitue un *accidentalia negotii* la stipulation relative aux risques de la livraison de la chose, dérogeant à la répartition légale des risques. FLUME relève alors que les *accidentalia negotii* sont avant tout constitués par les *Bedingungen*, les conditions, et *Fristen*, les délais, contractuellement prévus (correspondant aux notions de terme et condition, modalités du contrat en droit français).

Le BGB ne traite que du *Dissens* portant sur les éléments secondaires, autres que les *esssentilia negotii*, en distinguant suivant que le *Dissens* est ouvert, apparent (*offener Dissens*) ou caché (*versteckter Dissens*). Le *Dissens* portant sur les *essentialia negotii* n'est, quant à lui, pas expressément traité par le BGB, la solution admise apparaissant évidente : à défaut d'accord sur ses éléments essentiels, le contrat ne peut être valablement formé. La question de l'absence

---

[332] F. LIMBACH, th. préc., n° 475.
[333] R. BORK, *Staudinger Kommentar zum BGB*, 2015, §154, n° 1.
[334] Cette distinction est également classique en droit français. V. POTHIER, *Traité des obligations*, Paris, Masson, 1883, n° 6, p. 5.
[335] W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter band, Das Rechtsgeschäft,* 3ème éd., Springer-Verlag, 1979, § 61, p. 80.

d'accord sur la contrepartie – en tant qu'élément essentiel participant de la structure du contrat à titre onéreux – devrait *a piori* relever du *Totaldissens*, c'est-à-dire le *Dissens* portant sur les éléments essentiels (A). Pourtant, comme il sera montré, le désaccord sur la contrepartie est susceptible d'être pris en compte sur le fondement du *Dissens* sur les éléments secondaires qui doit donc également être exposé (B).

### A- Le *Dissens* portant sur les éléments essentiels du contrat

**69. La non-formation du contrat.** Lorsque le *Dissens* porte sur un élément essentiel alors la règle est que le contrat n'a pas pu se former[336]. Sur le plan de la terminologie, la doctrine allemande parle de *Totaldissens* ou encore de *logischen Dissens*, *Dissens* logique[337] pour exprimer l'idée qu'il ne peut conduire qu'à l'absence de contrat valable[338]. Le défaut d'accord est tel qu'il ne peut y avoir de véritable apparence de contrat[339]. Les éléments essentiels du contrat, les *essentialia negotti* précédemment mentionnés, sont notamment ceux qui sont liés à sa structure : ils en sont des éléments constitutifs. Un auteur prend l'exemple du contrat de vente : la chose et le prix constituent des éléments essentiels du contrat[340]. Il y a alors un défaut total d'accord lorsque l'objet du contrat, et partant son type, ou encore la contrepartie financière ne sont pas identifiables[341]. Ainsi en est-il, par exemple de l'absence d'accord sur le type de société faisant l'objet d'un contrat de société[342]. La notion d'*essentialia negotii* se retrouve, par ailleurs, en matière d'offre et d'acceptation : l'offre suffisamment précise est celle dans laquelle les *essentialia negotii* du contrat projeté sont déterminés[343], ou au moins déterminables[344]. Il n'y a, en effet, pas de *Dissens* dans les cas où une partie doit ultérieurement fixer un élément

---

[336] V. D. MEDICUS, *AT*, *op. cit.*, §29, n° 430 et s. p. 178 et s. ; R. BORK, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, 2015, § 155, n° 15 ; RG, 31. 05. 1927 – Rep. II. 517/26, *RGZ* 93, 297, 299).
[337] R. BORK, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, 2015, § 154, n° 3.
[338] R. BORK, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, 2015, § 154, n° 3.
[339] Un tel raisonnement pouvait se retrouver en droit français s'agissant du contrôle de l'existence de la cause. Pour que la question de l'absence de la cause puisse se poser, il fallait au moins qu'il existe une apparence de contrat.
[340] H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, 2ème éd., Mohr Siebeck, 2012, n° 126 : « Ein Vertrag kommt zustande, wenn sich die Parteien über seine Kernelemente (seinte « essentialia negotii ») geeinigt haben. Ein Kaufvertrag setzt daher nur voraus, dass sich die Parteien über die Kaufsache und den Preis verständigt haben ; dabei genügt es durchaus, wenn sich erst durch Auslegung ihrer Erklärungen ergibt, welche Kaufsache geliefert und in welcher Höhe der Kaufpreis bezahlt werden sollte » [notre traduction : « Un contrat existe, dès lors que les parties ont convenu de ses éléments de base (ses « essentialia negotii »). Par conséquent, un contrat d'achat exige seulement que les parties se soient entendues sur la chose et le prix; il est alors tout à fait suffisant que la chose à livrer et le montant du prix soient déterminés par interprétation »].
[341] *Münchener Kommentar zum BGB,* 7ème éd., 2015, §154, n° 3.
[342] RG, 09. 01. 1923 – II 851/21, *RGZ* 106, 174, 177.
[343] H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, *op. cit.*, n° 86.
[344] BGH, 20.06.1997 - Juni 1997, V ZR 39/96, *NJW* 1997, 2671 f.

du contrat, dès lors que, précisément, les parties ont convenu de l'attribution d'un tel pouvoir unilatéral[345].

Le *Dissens* portant sur les éléments secondaires du contrat est susceptible de déboucher sur une conclusion moins radicale que celle de l'invalidité du contrat. Il relève de l'application des §§ 154 et 155 du BGB qu'il convient d'envisager.

### B- Le *Dissens* portant sur les éléments secondaires du contrat

**70. La distinction du *Dissens* apparent du *Dissens* caché des §§ 154 et 155 du BGB.** Le BGB distingue suivant que les parties ont eu conscience ou non du désaccord portant sur des éléments secondaires du contrat. Le § 154 du BGB vise ainsi le *Dissens* apparent (*offener Dissens*), tandis que le § 155 traite du *Dissens* caché (*versteckter Dissens*). Le premier texte énonce que, dans le doute de l'interprétation de la volonté des parties, le contrat doit être considéré comme ne s'étant pas formé, tandis que le second invite le juge à rechercher l'intention présumée des parties pour déterminer si elles auraient quand même conclu le contrat en dépit de leur absence d'accord sur le point secondaire considéré. L'idée fondamentale des deux textes est la même : l'interprétation de la volonté des parties en présence est le critère de détermination de la formation ou non du contrat. Le *Dissens* soulève ainsi la question de la caractérisation ou non du consentement. A ce titre, les §§ 154 et 155 n'établissent pas des présomptions, lesquelles seraient opposées : il s'agit simplement de directives d'interprétation de la volonté des parties, différentes suivant leur conscience ou non du défaut d'accord[346]. En outre, quel que soit le texte applicable, l'absence d'accord, même sur un élément très accessoire du contrat, suffit à soulever la question du *Dissen*s. Toutefois, le § 155 tend vers le sauvetage du contrat et c'est, somme toute, assez logique : contrairement aux cas de *Dissens* apparent (1), relevant de l'application du § 154, les parties se sont considérées comme étant liées par un contrat valablement formé, elles n'ont pas conscience du *Dissens*, lequel est caché (2).

#### *1. Le Dissens apparent*

**71. Interprétation de la volonté des parties**. Si le *Dissens* est apparent, le §154, I BGB prévoit que, dans le doute de l'intention des parties, le contrat n'est pas formé, peu important l'insignifiance de l'objet du point sur lequel les parties ne se sont pas accordées. Le fondement de cette règle est ainsi l'idée d'une absence de consentement au contrat, révélée par

[345] OLG Düsseldorf, 25. 07. 1963 – 6 U 392/62, *NJW* 1963, 2079.
[346] R. BORK, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, 2015, § 154, n° 6.

l'insuffisance de son contenu : l'accord présente, par hypothèse, des lacunes de telles sorte que la volonté des parties d'être liées par le contrat ne peut être établie. L'article § 154, I du BGB ne s'oppose alors pas à la reconnaissance du contrat si les lacunes peuvent être comblées par une interprétation de l'accord ou l'application de dispositions supplétives de volonté conforment à l'intention des parties. Ainsi, la jurisprudence applique notamment le § 315 BGB relatif au pouvoir unilatéral de détermination de la prestation reconnu à une des parties et qui, dans le doute, doit se faire d'après une appréciation équitable. A titre d'exemple, si l'indétermination de la période de location, dans le cadre d'un contrat de bail, peut être constitutive d'un *Dissens* apparent empêchant de considérer que le contrat a été conclu[347], en revanche, il n'y a pas de *Dissens* si, s'agissant toujours d'un contrat de location, les parties ont convenu de la répartition des coûts de réparations sans s'entendre sur le montant de ces dernières[348]. Un contrat peut ainsi être considéré comme conclu, bien qu'étant lacunaire, dès lors que, des dipositions légales supplétives de volonté trouvent à s'appliquer ou que le contrat peut être complété par le biais de l'interprétation de la volonté des parties[349]. C'est dire que dans ce cas la volonté des parties n'est pas discutable en dépit des lacunes de leur accord. Par conséquent, le contrat peut en toute hypothèse être sauvé s'il est établi que cela est conforme à la volonté des parties, ce qui sera d'autant plus facilement admis que l'une des parties a commencé à s'exécuter[350]. L'idée n'est donc pas tant de considérer que le contrat ne peut pas être exécuté à défaut d'accord sur un certain point mais que ce défaut d'accord fait douter de la volonté des parties de conclure le contrat.

Contrairement au cas du *Dissens* apparent qui vient d'être mentionné, le sauvetage du contrat est favorisé s'agissant du *Dissens* caché, dans la mesure où les parties ont pu croire à la formation du contrat, c'est-à-dire qu'il existe une apparence de contrat.

### *2. Le Dissens caché*

**72. L'absence de rencontre des volontés.** Historiquement, le *Dissens* caché était traité comme un cas d'erreur[351] : les parties sont en désaccord mais elles ne s'en sont pas aperçu, elles ont donc commis une erreur quant à la rencontre de leurs volontés. Un auteur relève ainsi que « *les deux concepts ont en commun une divergence entre les volontés contractuelles*

[347] V. D. SCHWAB, M. LÖHNING, *Einführung in das* Zivilrecht, 20ème éd., C.F. Müller, 2016, n° 577.
[348] R. BORK, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, 2015, § 154, n° 5.
[349] C. WITZ, *op. cit.*, n° 159.
[350] V. par ex. BGH, 17. 06. 2015 – XII ZR 98/13, *NJW* 2015, 2648.
[351] R. BORK, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, 2015, §155 n° 2.

*respectives, sans que les parties en soient conscientes au moment de la "conclusion" du contrat* »[352]. Le *versteckter Dissens* se rapproche alors du concept d'erreur-obstacle en droit français[353] : le contenu du contrat ne peut être en accord avec la volonté des deux parties puisque leurs intentions sont divergentes. Le *Dissens* correspond alors à un désaccord des parties, à un dissentiment. Il existe toutefois une apparence de contrat dès lors que les parties n'ont pas eu conscience du défaut d'accord de leurs volontés.

Le cas d'école fréquemment mentionné par la doctrine allemande est le désaccord résultant de l'utilisation par les parties de monnaies différentes mais homonymes. M. LIMBACH expose cette hypothèse ainsi : « *Savigny s'était intéressé au cas des monnaies différentes mais homonymes, en donnant l'exemple pittoresque selon lequel l'une des parties entendait contracter en "pistoles" de tel Etat alors que son cocontractant avait l'intention de conclure le même contrat en "pistoles" de tel autre Etat. (...) Aujourd'hui, l'exemple des monnaies est repris par l'ensemble de la doctrine allemande qui, toutefois, se réfère plus volontiers à des valeurs plus actuelles, tels les dollars, et qui, surtout, retient la non-formation du contrat comme conséquence* »[354]. La règle du § 155 du BGB est ainsi que les juges doivent rechercher la volonté des parties : est-ce qu'elles auraient quand même conclu le contrat si elles avaient eu conscience, au moment de sa formation du défaut d'accord sur ce point ? Une fois encore, il s'agit de savoir si le défaut d'accord des parties rend discutable leur consentement de sorte que la validité du contrat doive être contestée. La différence est ici qu'il existe une apparence de contrat entre les parties qui se sont considérées comme liées par leur accord. Le juge doit alors rechercher l'intention présumée des parties (*hypothetischer Parteiwille*), en prenant en compte les circonstances de l'espèce[355]. Si le défaut d'accord ne remet pas en cause le consentement des parties, le contrat est valablement formé et soumis aux règles de l'interprétation complétive.

L'exigence d'une contrepartie pour la validité du contrat à titre onéreux en droit allemand peut être déduite de l'application des règles en matière de *Dissens* exposées ci-dessus, lesquelles sont susceptibles de concerner l'absence de contrepartie.

---

[352] F. LIMBACH, thèse préc., n° 482.
[353] *Ibid.*, n° 411. L'auteur explique que l'erreur obstacle correspond à l'hypothèse où les cocontractants se sont bien exprimés mais que leurs consentements ne concordent pas en dépit de ce qu'ils croient.
[354] *Ibid.*, n° 484.
[355] *Ibid.*, n° 489.

## §2- L'application des règles du *Dissens* à la contrepartie

**73. Le caractère essentiel de la contrepartie**. Selon l'analyse d'un auteur, « [l]a cause, c'est le quid pro quo, la contrepartie de l'obligation qu'on assume. (…) Pareil élément est déjà lié à l'acte lui-même ; il intéresse sa structure ; c'est un élément identique dans tout acte de même genre. (…) On l'appelle en droit allemand "BESTIMMUNGSGRUND" (…) »[356]. La notion de contrepartie, en tant qu'élément structurel du contrat à titre onéreux, se retrouve notamment au § 316 du BGB relatif à la détermination de la contre-prestation promise à titre de contrepartie. La rédaction est ici intéressante : elle suggère que la contrepartie peut consister en une contre-prestation, sans nécessairement en être une. Par rapport à la question précédemment évoquée de savoir si la contrepartie concerne seulement le contrat à titre onéreux de nature synallagmatique, la lettre du texte tend à une réponse négative. En toute hypothèse la contrepartie apparaît comme un essentilia negotii participant de la structure même du contrat à titre onéreux, de sorte que, sans même poser expressément l'exigence d'une contrepartie pour sa formation, le droit allemand n'admet pas la validité du contrat à titre onéreux qui en est dénué[357]. Dès lors, il apparaît effectivement que « lorsque le problème est déjà résolu par l'inscription de la cause dans la structure même du contrat, il n'y a plus lieu d'en faire un élément distinct de la validité de l'obligation »[358]. Au regard du caractère essentiel de la contrepartie à l'existence du contrat à titre onéreux, la question de l'absence d'accord des parties à son sujet semble relever du Totaldissens précédemment exposé, quoique les §§ 154 et 155 soient en pratique susceptibles de trouver application.

**74. La question de la nature du *Dissens* portant sur la contrepartie**. Le traitement du *Dissens* sur les éléments essentiels – le *Totaldissens* – est *a priori* le seul qui intéresse l'accord sur la contrepartie, dès lors que cette dernière constitue un élément essentiel participant de la structure même du contrat à titre onéreux. Il convient toutefois de relever que l'absence d'accord sur des éléments essentiels est parfois l'objet d'une jurisprudence sur le fondement des règles du *Dissens* énoncées par le BGB[359], qui ne traitent en principe pourtant que de la non-concordance des déclarations de volonté sur les autres éléments (*Nebenpunkte*), c'est-à-

---

[356] H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 35.

[357] V. A. RIEG, thèse préc., n° 294 : « Quelles sont les répercussions de l'absence de cause sur *l'acte causé ?* La réponse est aisée : la cause étant un élément constitutif de l'acte, au même titre que le consentement, l'existence de l'acte est en dépendance étroite par rapport à l'existence de la cause. Un auteur a employé cette formule frappante : "L'acte juridique causé naît et meurt avec sa cause ". Cela signifie que le contrat ne prendra pas naissance. (…) C'est dire que, pour les actes causés, l'absence de cause constitue un obstacle à la validité de l'acte, tout comme le défaut de consentement dû à la démence par exemple ».

[358] H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 58.

[359] RG, 05. 04. 1992 – I 307/21 ; *RGZ* 104, 265.

dire les éléments secondaires. La jurisprudence a ainsi pu estimer que l'absence d'accord sur la contrepartie constituait un cas de désaccord apparent relevant du § 154 du BGB[360], la doctrine allemande analysant alors cette jurisprudence comme se rattachant à un *Dissens* portant sur un *essentialia negotii*[361]. L'absence d'accord sur le montant du loyer dans le cadre d'un contrat de bail est, par exemple, un cas mentionné au titre du dissentiment apparent réglé par le § 154 du BGB[362].

Le désaccord sur la contrepartie est susceptible de degrés : il peut être question d'une absence totale d'accord sur le principe même d'une contrepartie – ce qui devrait constituer un *Totaldissens* – mais aussi de l'absence d'accord sur des éléments qui participent directement de sa définition – ce qui peut donner lieu à l'application des §§ 154 et 155 du BGB. L'éventualité d'un *Dissens* caché (§ 155 du BGB) sur la contrepartie n'est pas à exclure et il s'agirait finalement d'un cas très proche de la fausse cause du droit français consistant en une absence de cause sur laquelle vient se greffer une erreur. En toute hypothèse, que les parties aient été conscientes ou non de leur désaccord sur le principe même d'une contrepartie minimale, ce dernier ne peut conduire qu'à l'invalidité d'un contrat à titre onéreux. Bien que le BGB n'exige pas expressément une cause, une contrepartie à la formation du contrat, il faut toutefois souscrire à l'affirmation de RIEG selon laquelle « *on peut donc affirmer avec les auteurs allemands que, dans les actes causés, la cause est un « élément constitutif de l'acte » (Geschäftsbestandteil), et son absence empêche la naissance de l'engagement* »[363].

**75. Conclusion du chapitre.** La place essentielle des motifs contractuels s'illustre, en premier lieu, par l'exigence d'une justification de l'engagement, laquelle consiste en la contrepartie du contrat à titre onéreux. Il s'agit là d'une exigence qui peut être unitairement établie en droits français, anglais et allemand. En effet, en droit français, la contrepartie est expressément consacrée par le Code civil qui définit le contrat à titre onéreux suivant le critère de la contrepartie. L'intégration d'une contrepartie apparaît ainsi nécessaire pour que l'acte qui n'est pas motivé par une intention libérale soit valablement qualifié de contrat à titre onéreux et produise les effets de droit attachés à cette qualification. La contrepartie s'entend alors largement comme l'avantage obtenu en retour de l'engagement d'un contractant. Un intérêt, pouvant être identifié comme la contrepartie, doit donc être prévu au contrat.

---

[360] BGH, 26.02.1999 – V ZR 318/97, *NJW-RR* 1999, 927.
[361] R. BORK, *Staudinger Kommentar zum BGB*, 2015, § 154, n° 5.
[362] H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, *op. cit.*, n° 127.
[363] A. RIEG, thèse préc., n° 294.

La nécessité d'une contrepartie pour la reconnaissance du contrat se fonde, en droit anglais, sur l'exigence d'une *consideration*. Il apparaît toutefois indispensable de dépasser la conception traditionnelle de la *consideration*. En effet, les critères traditionnels de la *consideration* tendent davantage à l'assimiler à la contreprestation – que celle-ci soit celle d'un acte à titre gratuit ou onéreux – qu'à la contrepartie du contrat intéressé. Un certain nombre de solutions s'inscrivent toutefois dans le sens de la reconnaissance de la *consideration* entendue comme un avantage ne consistant pas nécessairement en une contreprestation. La théorie de l'*estoppel* permet en outre de remédier aux insuffisances de la conception traditionnelle de la *consideration*, notamment celles résultant du rejet des contrats à titre onéreux unilatéraux. Ces développements du droit anglais vont dans le sens de l'admission de la contrepartie – entendue comme l'avantage retiré du contrat en contrepartie d'un engagement – comme critère du contrat à titre onéreux, qu'elle consiste ou non en une contreprestation.

S'agissant du droit allemand, le caractère nécessaire du motif-contrepartie pour la reconnaissance du contrat résulte du *Dissens*. Le BGB règle en effet, sur le fondement du *Dissens*, la question de l'identification d'un contrat formé eu égard au contenu de l'accord des parties. A ce titre, pour que l'accord puisse être considéré juridiquement comme un contrat, il faut que les parties aient convenu des éléments essentiels. A défaut pour les contractants d'être mus par une intention libérale, la contrepartie constitue alors un élément essentiel du contrat qui doit intégrer l'accord afin que ce dernier soit reconnu en tant que contrat.

En définitive, il apparaît unitairement dans les droits étudiés que la conclusion d'un acte qui n'est pas motivé par une intention libérale et qui n'intègre pas une contrepartie ne peut pas être reconnue comme un contrat. Il convient d'analyser comment se concrétise l'exigence d'une contrepartie, au regard du régime de son intégration dans le contrat

## CHAPITRE 2 – LE REGIME DE L'INTEGRATION DE LA CONTREPARTIE

**76. La sanction du défaut d'intégration d'une contrepartie *a minima* déterminable.** Le fait que les parties à un contrat à titre onéreux sont mues par la poursuite d'un intérêt doit se traduire par l'intégration d'un motif minimal pouvant être identifié comme la contrepartie. Il convient d'examiner les conditions permettant de considérer qu'une contrepartie a été intégrée au contrat, de sorte que ce dernier peut être juridiquement reconnu comme tel.

Dans la mesure où la contrepartie peut consister en une contreprestation, il n'est pas exigé que la contrepartie soit réalisée au moment de la conclusion du contrat. Cette idée transparaît, en droit anglais, à travers la distinction de l'*executed consideration* (lorsque la *consideration* est exécutée au moment de la conclusion du contrat) et de l'*executory consideration* (lorsque la *consideration* devra être exécutée après la conclusion du contrat)[364]. C'est dire qu'il n'est pas exigé que la contrepartie soit effectivement fournie au moment de la conclusion du contrat, la simple représentation d'une contrepartie suffit. Pour autant, cette représentation de la contrepartie doit être suffisamment précise pour que le contrat soit valable. Les parties ne peuvent, par exemple, se contenter de mentionner que l'engagement de l'une d'elles est pris en contrepartie d'un prix ou de la réalisation d'une prestation de service. Ainsi, en droit français, l'article 1128 du Code civil exige que le contenu du contrat soit certain, ce qui tend à indiquer que la représentation de la contrepartie ne doit pas être approximative. La même exigence de certitude du contenu du contrat se retrouve en droits anglais et allemand[365].

Se pose alors la question de savoir quel est le degré exigé de détermination de la contrepartie pour que le contrat soit valable. L'analyse comparée des droits français, anglais et allemand révèle qu'il est suffisant que la contrepartie soit déterminable. Quelles sont les conséquences de l'absence d'intégration d'une contrepartie *a minima* déterminable ? Il convient d'identifier la nature de la sanction de l'indétermination de la contrepartie.

L'analyse de l'exigence d'une contrepartie *a minima* déterminable (Section 1), précèdera celle des effets de l'indétermination de la contrepartie (Section 2).

---

[364] V. *supra,* n° 60.
[365] V. *infra*, n° 77.

## *Section 1 – L'exigence d'une contrepartie a minima déterminable*

**77. Le fondement de l'exigence de certitude du contenu du contrat.** La qualification du contrat à titre onéreux suppose l'existence d'une contrepartie. La contrepartie doit donc, à ce titre, être au moins identifiée dans sa nature (un prix, un service, etc.). Mais la contrepartie n'est pas seulement un critère de qualification : elle est porteuse, en tant que motif, d'un intérêt minimal au contrat, lequel doit pouvoir être vérifié. La simple identification de la nature de la contrepartie n'est pas suffisante pour la validité du contrat. L'établissement des caractères de la contrepartie s'impose pour la validité du contrat, similairement en droits français, anglais et allemand, au regard de l'exigence de certitude du contenu du contrat.

En droit français, aux termes de l'article 1163 alinéa 2 du Code civil, la prestation, objet de l'obligation, doit être « *déterminée ou déterminable* ». Lorsque la contrepartie consiste en une obligation, c'est-à-dire une contreprestation, elle doit donc être au moins déterminable. L'article 1163 ne renvoyant qu'à la détermination de la seule « obligation », apparaît ne pas épuiser la question de l'identification de la contrepartie, laquelle, comme cela a été précédemment développé, ne consiste pas nécessairement en une obligation réciproque. Dans les cas où la contrepartie ne serait pas une contreprestation, la nécessité qu'elle soit pareillement déterminée ou au moins déterminable s'impose au titre de l'exigence d'un contenu certain posée par l'article 1128 du Code civil. A ce titre, les articles 1162 et suivants relatifs à la détermination de l'obligation – s'inscrivant dans le cadre d'une sous-section relative au contenu du contrat – apparaissent comme le développement de la formule de l'alinéa 3 de l'article 1128 précité, exigeant pour la validité du contrat « *un contenu licite et certain* ».

De façon similaire, le droit anglais consacre l'exigence générale de *certainty and completeness*[366] du contrat. En effet, la *common law* exige classiquement, au titre de la validité du contrat, que son contenu soit certain et défini avec suffisamment de précision[367]. La règle est que le contrat sera nul, *void*, si l'accord est incomplet et ne peut être sauvé par la mise en œuvre des techniques de détermination du contenu du contrat[368]. Les juges anglais admettent toutefois la validité de la *consideration* qui ne serait pas immédiatement et précisément déterminée au moment de la conclusion du contrat mais simplement déterminable. De façon générale, un contrat, dans lequel le *quantum* de la contrepartie n'est pas précisément fixé, n'est

[366] [Littéralement : certitude et complétude].
[367] V. N. ANDREWS, *Contract Law*, 2ème éd., Cambridge University Press, 2015, n° 4.01 et s. ; M. FURMSTON, G. TOLHURST, *Contract Formation, Law and Practice,* 2nd ed., Oxford, 2016, n° 11.01 et s.
[368] V. M. FURMSTON, G. TOLHURST, *op. cit.*, n° 11.30.

pas considéré comme nul sur le fondement de l'*uncertainty* et *incompleteness* de son contenu, pourvu que les parties aient prévu un procédé de détermination opérant.

En droit allemand, la détermination de la contrepartie relève de la précision de l'offre en tant que déclaration de volonté soumise à réception et dont l'acceptation suffit à former le contrat. Il est ainsi enseigné, à l'instar du droit anglais, que les éléments essentiels de l'offre doivent être déterminés ou déterminables[369], ce qui concerne la contrepartie dans le cas du contrat à titre onéreux.

**78. Les procédés de détermination admis**. Il apparaît, de façon générale, que les droits français, anglais et allemand s'accordent pour que la contrepartie soit déterminée ou déterminable, suivant une conception large de l'adjectif « déterminable », lequel inclut la prévision par les parties de procédés de détermination, objectifs ou subjectifs, mais aussi l'application de dispositions légales supplétives[370]. La détermination de la contrepartie est, somme toute, un aspect très classique du droit du contrat et soulève toutefois la problématique particulière de la fixation unilatérale du prix. La question s'est en effet posée de savoir si la condition d'un contenu certain s'oppose à la possibilité de la détermination unilatérale de la contrepartie, notamment lorsqu'elle consiste en un prix, par l'un des contractants. Cette problématique a été débattue en droit français. Il convient de considérer les techniques générales de détermination de la contrepartie (§1), puis les difficultés particulières soulevées par la fixation unilatérale du prix (§2).

## §1- Les techniques de détermination de la contrepartie

**79. Détermination expresse ou implicite de la contrepartie.** La détermination de la contrepartie s'inscrit, plus largement, dans le cadre de la détermination du contenu du contrat. A ce titre, l'identification du contenu du contrat s'opère, non seulement au regard de ce qui a été expressément prévu par les parties, mais, en outre, suivant une interprétation raisonnable du contenu du contrat. L'accord n'inclut alors pas nécessairement de façon expresse tous les éléments à partir desquels sera identifiée la contrepartie. La détermination de la contrepartie s'effectue ainsi dans les droits étudiés de façon similaire : elle peut être expressément (A) ou tacitement (B) prévue par les parties.

---

[369] V. C. WITZ, *op. cit.*, n° 143.

[370] V. en ce sens C. WITZ, *op. cit.*, n° 143 : l'auteur affirme que « le contenu du contrat peut être fixé à l'aide des dispositions supplétives de la loi ou par voie d'interprétation de la volonté des parties » mais aussi suivant « l'appréciation du cocontractant ou d'un tiers ».

### A- Les procédés exprès de détermination de la contrepartie

**80. Techniques objectives et subjectives de détermination de la contrepartie.** Au regard de l'importance de la contrepartie qui constitue un motif essentiel de l'engagement dont dépend la validité du contrat, il peut être supposé que, dans la majorité des cas, les parties la définiront précisément. A défaut d'être ainsi déterminée, les contractants pourront s'entendre expressément sur des procédés de nature à la rendre déterminable. Les procédés de détermination de la contrepartie expressément prévus par les parties sont potentiellement de deux natures : objectifs et subjectifs.

Le procédé de détermination du contenu du contrat est objectif lorsqu'il consiste, par exemple, dans le renvoi à une valeur référence, comme le cours d'une matière première[371]. Les droits étudiés admettent ainsi les clauses prévoyant la détermination de la contrepartie, notamment le prix, par référence à un indice, à un standard[372]. En droit français, l'alinéa 3 de l'article 1163 précise que la prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite « *par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties* ». En droit anglais, la jurisprudence estime que la référence à un standard, tel que celui de *reasonableness* (caractère raisonnable), est satisfaisant[373]. Dans l'arrêt *Foley v Classique Coaches Ltd*, la Cour d'appel anglaise a ainsi considéré que l'accord de fourniture de pétrole conclu entre les parties était valable et obligatoire malgré la non-détermination du prix, le contrat mentionnant un montant raisonnable. En droit allemand, les clauses de prix (*Preisklauseln*) sont également admises, telles celles prévoyant le renvoi à un indice de référence[374].

Les parties peuvent, en outre, prévoir que le pouvoir de détermination de la contrepartie sera confié à l'appréciation d'un contractant ou d'un tiers, tel un arbitre ou un expert. Les procédés de détermination du contenu du contrat sont alors ici subjectifs. Au regard de l'importance de la contrepartie pour la validité du contrat, la seule présence d'une clause générale d'arbitrage, prévoyant que les litiges survenant dans l'exécution ou l'interprétation du contrat seront résolus par un arbitre, n'est toutefois pas un procédé suffisant de détermination de la contrepartie en droit anglais[375]. En droit allemand, la détermination unilatérale de la

---

[371] Dans le cas d'une vente d'une chose à fabriquer, par exemple, il peut ainsi être prévu que le prix sera établi suivant l'évolution du prix des matériaux et de la main d'œuvre (Cass. com. 4 juill. 1972, *Bull. civ.* IV, n° 217).

[372] Le montant du prix peut être fixé suivant un indice dépendant de la qualité de la chose vendue. Suivant les exemples donnés par un auteur, le prix de vente du vin peut ainsi dépendre de son degré alcoolique ou encore le prix de betteraves peut être fonction de leur teneur en saccharine [v. O. BARRET, « Vente », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2007, n° 456].

[373] V. par ex. *Hillas & Co Ltd v Arcos Ltd* (1932) 147 LT 503. En l'espèce il était question d'un contrat de vente de bois de caractéristiques passables (« *of fair specifications* »).

[374] V. H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, *op. cit.*, n° 631.

[375] V. en ce sens *May & Butcher Ltd. v R*, [1934] 2 KB 17.

prestation par une partie ou un tiers est réglementée dans le BGB aux §§ 315 à 319[376]. Il est notamment prévu que, à défaut de précision dans le contrat, la détermination confiée à un contractant ou à un tiers doit se faire suivant une appréciation équitable. Le renvoi à l'appréciation équitable constitue ainsi une disposition supplétive de volonté que les parties, à défaut de stipulation contraire, n'ont pas entendu écarter. Les procédés de détermination de la contrepartie expressément prévus peuvent en effet se combiner aux techniques tacitement convenues.

### B- Les procédés tacites de détermination de la contrepartie

**81. Standard du raisonnable et dispositions supplétives applicables à un type de contrat.** L'invalidité du contrat sur le fondement de l'absence de contrepartie ne sera pas retenue si, en dépit de l'imprécision apparente du contenu de l'acte, la détermination de la contrepartie peut être opérée suivant une interprétation raisonnable de celui-ci. Il s'agit tout d'abord de considérer que la structure même du contrat implique l'intégration tacite de certaines stipulations raisonnables (1). La contrepartie se retrouve alors déterminée au regard de ce qui, au vu des termes de l'accord, doit être considéré comme implicitement convenu par les parties. Les droits français, anglais et allemand admettent, en outre, similairement que la détermination de la contrepartie puisse résulter de la mise en œuvre de dispositions supplétives de volonté (2). A défaut de stipulations contraires, il s'agit d'admettre que les parties ont convenu de s'en remettre aux dispositions légales applicables au contrat pour la détermination de la contrepartie.

#### *1. L'identification de stipulations raisonnables*

**82. Mise en œuvre des techniques d'interprétation du contrat.** Les techniques d'interprétation du contrat permettent, similairement en droits français, anglais et allemand, d'identifier des stipulations implicites participant de la détermination du contenu du contrat et, le cas échéant, de la contrepartie. L'intérêt de distinguer la contrepartie de la contreprestation apparaît clairement : les parties peuvent avoir convenu de mettre des prestations à la charge de chacune d'entre elles sans avoir précisé l'ensemble des obligations qui participeront de la contrepartie. Il s'agit alors d'identifier des obligations intégrant nécessairement la contrepartie au regard de ce qui a été expressément convenu. En droit français, antérieurement à la réforme, c'est essentiellement par une interprétation du contrat opérée sur le fondement de la bonne foi

[376] V. D. MEDICUS, *op. cit.*, n° 432.

et l'équité qu'ont pu être identifiées des stipulations implicites participant de la définition de la contrepartie (a). Les nouveaux textes issus de la réforme de 2016 tendent à substituer à ces notions le critère du raisonnable qui devrait, somme toute, ne pas conduire à des solutions très différentes.-En droit anglais, la notion fondamentale est ici celle d'*implied terms*[377] (b). Le droit allemand se fonde quant à lui sur la notion d'interprétation complétive du contrat (c) qui consiste à rechercher la volonté hypothétique des contractants.

### a. Les obligations d'après la bonne foi ou l'équité en droit français

**83. La consécration de l'interprétation complétive du contrat**. L'alinéa 1er de l'article 1188 du Code civil reprend le principe d'interprétation de l'ancien article 1156, consistant à faire prévaloir la commune intention des parties sur le sens littéral des termes. L'alinéa 2 envisage alors désormais la situation où cette intention ne pourrait être décelée, en d'autres termes en cas d'éventuelle lacune du contrat[378]. Dans ce cas, le contrat doit être interprété « *selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation* ». L'alinéa 2 de l'article 1188 consacre ainsi l'interprétation complétive du contrat par le recours à un standard. Cette nouvelle disposition devrait *a priori* permettre de fonder l'interprétation

[377] [Traduction : stipulations implicites.]

[378] Les alinéas 1 et 2 de l'article 1188 sont appréhendés par une partie de la doctrine comme instaurant une hiérarchie des techniques d'interprétation. Suivant l'analyse de certains auteurs, la recherche de l'intention primerait l'interprétation suivant le standard de l'homme raisonnable et « ce serait surtout à cet "individu raisonnable" que s'adresseraient les autres directives d'interprétation » des articles suivants [en ce sens v. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, op. cit.*, n° 503]. Or il apparaît que la recherche de l'intention ne présente pas une différence de nature sinon de degré d'intégration de considérations abstraites ou concrètes : il y a toujours une part incompressible d'appréciation raisonnable dans la recherche de l'intention des parties, tout comme l'interprétation suivant un standard ne peut se faire que dans le référentiel des données particulières de l'espèce [en ce sens V. J. GAUGUIER, *De l'interprétation des actes juridiques*, thèse dacty., 1898, p. 6 : « l'interprétation ne saurait avoir pour but et pour résultat qu'une présomption plus ou moins forte, le juge ne pourra jamais affirmer que telle intention a certainement existé ; il en sera toujours réduit à dire : les parties ont très probablement voulu telle ou telle chose » ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II, Obligations, L.G.D.J., éd. 1957, n° 455 : « il ne faut pas dissimuler le caractère conjectural et divinatoire d'une semblable recherche de volonté. Assez souvent, la volonté probable que le juge croit découvrir n'est qu'une volonté fictive » ; J. CARBONNIER, *Droit civil : les obligations* , t. 4, 22ème éd., Puf, 2000, n° 34 : « le juge a le pouvoir d'atttacher au contrat des conséquences que les parties n'ont pas réellement envisagées, si elles lui paraissent commandées par la nature de l'opération, son économie générale, son esprit »]. Il semble alors qu'une autre articulation des textes soit envisageable : il ne s'agirait pas d'établir une hiérarchie – la recherche de l'intention primant l'interprétation de l'homme raisonnable – mais de considérer que la finalité de l'interprétation n'est simplement pas la même. Alors que la recherche de l'intention aurait une visée explicative, le recours au standard de l'homme raisonnable correspondrait davantage à une démarche complétive [étant précisé que dans ce dernier cas il ne serait pas question, à proprement parler, d'interprétation : en ce sens v. P. SIMLER, « Interprétation des contrats », *JCL Civil*, article 1188 à 1190, Fasc. 10, juillet 2017, n° 2 : « Stricto sensu, interpréter, c'est rechercher l'intention réelle des parties. Ne peut cependant être interprétée qu'une intention qui a été exprimée, tout en n'étant pas suffisamment claire »]. Cette distinction entre les deux procédés d'interprétation, sous l'angle de leur finalité, ne serait, certes, pas forcément des plus évidentes et des plus nettes en pratique, mais c'est là aussi paradoxalement son intérêt : dès lors qu'une technique d'interprétation n'a pas vocation à primer sur une autre, elles peuvent se combiner l'une avec l'autre, ce qui semble en définitive davantage correspondre à la réalité du processus d'interprétation.

complétive qui a pu s'opérer, antérieurement à la réforme, sur le fondement de la bonne foi ou de l'équité[379].

**84. Le fondement de la bonne foi et de l'équité**. L'article 1104 exige que les contrats soient « *négociés, formés et exécutés de bonne foi* ». Ce texte reprend, en l'élargissant, le principe de l'alinéa 3 de l'ancien article 1134 du Code civil. L'article 1194 reformule par ailleurs l'article 1135 en énonçant que « *[l]es contrats obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité* ». Les articles 1104 et 1194 apparaissent ainsi assez similaires aux §§ 242 et 157 du BGB[380]. La bonne foi et l'équité apparaîssent comme les fondements privilégiés par la jurisprudence pour l'adjonction d'obligations non expressément prévues au contrat, à commencer par celles participant de la contrepartie[381]. Ces obligations ont alors pu être analysées comme des devoirs spéciaux de la bonne foi, lesquels peuvent se déduire de la nature même du contrat[382], sur le fondement de l'assujettissement des parties à leur engagement[383]. C'est le sens des célèbres arrêts *Huard* et *Chevassus-Marche* qui seront ici considérés à titre d'illustration.

**85. Obligations imposées au titre de la contrepartie : illustrations**. La jurisprudence a pu, sur le fondement de la bonne foi, retenir que le fournisseur de produits pétroliers avait l'obligation de mettre son distributeur en mesure de pratiquer des tarifs concurrentiels en modifiant son système de prix. C'est la solution résultant de l'arrêt de la Chambre commerciale du 3 novembre 1992, dit *Huard*[384]. En l'espèce, un contrat de distributeur agréé avait été conclu entre M. Huard et la Société BP, pour une certaine durée. Jusqu'à une certaine dates pendant la durée du contrat, les prix de vente des produits pétroliers au détail avaient été fixés par les pouvoirs publics. Deux arrêtés libérèrent les prix de vente au détail et autorisèrent les

---

[379] Les deux notions – bonne foi et équité – sont difficilement distinguées par la doctrine : v. A. COLIN, H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, Tome II, 7ème édition, Dalloz, 1932, p. 68-69 ; H. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Tome I, Paris Lahure, 1877, p. 376 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Tome I, *Des obligations*, Librairie de la société du recueil génerla des lois et des arrêts, Larose, 1897, p. 319 ; R. VOUIN, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, thèse Bordeaux, LGDJ, 1939, p. 89 et s. ; P. LE TOURNEAU, *La règle « Nemo auditur… »*, thèse, préface P. RAYNAUD, L.G.D.J., 1970, p. 2).

[380] V. *infra*, n° 88 et s.

[381] V. P. LE TOURNEAU, M. POUMAREDE, « Bonne foi », *in Repertoire de droit civil*, Dalloz, 2017, n° 68 : « Pour les auteurs classiques, l'ancien article 1134 alinéa 3, du code civil (C. civ., art. 1104 nouv.), sorte de texte d'annonce des anciens articles 1156 et suivants (C. civ., art. 1188 s. nouv.), constituait un guide pour l'interprétation des contrats. La bonne foi constituait donc avant tout et simplement une directive d'interprétation des contrats. Mais, au-delà, de pair avec l'équité visée à l'ancien article 1135 du code civil (C. civ., art. 1194 nouv.), la bonne foi a constitué le support d'une interprétation créatrice du contrat ».

[382] B. FRELETEAU, thèse préc. L'auteur synthétise les analyses modernes de l'effet normatif du contrat auquel les parties sont assujetties [n° 96 et s.] ; avant de présenter les devoirs contractuels qui en résultent, notamment ceux qui tiennent à la nature de l'acte [n° 133 et s.].

[383] V. G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat », art. préc., n° 14.

[384] Com. 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *Bull. civ.* IV, n° 338 ; *D.* 1995. Somm. 85, obs. D. FERRIER ; *RTD civ.* 1993. 124, obs. J. MESTRE ; *Defrénois* 1993. 1377, obs. J.-L. AUBERT ; *JCP G* 1993. II. 22164, note G. VIRASSAMY.

distributeurs à consentir un rabais à la pompe. M. Huard subit alors une rude concurrence et la société BP lui proposa d'adopter le statut de commissionnaire pour la vente du carburant, lui permettant ainsi d'être rémunéré, non pas suivant une marge bénéficiaire, mais en percevant un taux de commission sur les litrages vendus pour le compte de la société BP. Monsieur Huard refusa néanmoins cette proposition et assigna la société BP en paiement de dommages et intérêts. La Cour d'appel accueillit sa demande et le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel fut rejeté par la Cour de cassation. Il fut considéré que la société pétrolière devait rechercher avec lui un moyen de se maintenir sur le marché et de répondre à la concurrence. A ce titre, elle ne pouvait reprocher à M. Huard de ne pas avoir accepté le changement de statut proposé dès lors que ce dernier n'en avait pas l'obligation et que le contrat n'était pas encore arrivé à terme. Il lui appartenait de mettre son distributeur dans des conditions d'exploitation commerciale viable, à défaut de quoi la société manquait à son obligation de bonne foi[385]. Cette solution se justifie au regard de l'exigence d'une contrepartie minimale : une partie se voit imposer des obligations raisonnables au titre de la préservation de la contrepartie de son cocontractant.

La même logique se retrouve dans l'arrêt du 24 novembre 1998[386], également rendu en matière de contrat de distribution. De façon similaire, un distributeur placé dans une situation concurrentielle difficile assigne la société avec laquelle il est lié par un contrat d'agent commercial, en résiliation du contrat et paiement de dommages et intérêts. Les difficultés du distributeur provenaient de la vente parallèle, par des centrales d'achats s'approvisionnant en métropole. En appel, le distributeur fut débouté au motif que « *les sociétés n'avaient pas à intervenir sur les commandes qui pouvaient être passées directement par l'intermédiaire d'une centrale d'achats à partir de la métropole, qu'elles devaient respecter le principe essentiel de la libre concurrence et qu'il n'est pas établi qu'elles aient mis des « obstacles » à la représentation de leur mandataire* ». La Cour de cassation casse cette solution de la Cour d'appel qui aurait dû rechercher si la société, consciente de la situation concurrentielle subie par son distributeur, avait pris des mesures concrètes pour lui permettre de « *pratiquer des prix concurrentiels, proches de ceux des mêmes produits vendus dans le cadre de ces ventes parallèles, et de le mettre ainsi en mesure d'exercer son mandat* ». Il ne s'agit alors pas

---

[385] V. K. LAFAURIE, *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, thèse, préface G. WICKER, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, 2020, n° 259, l'auteur nuance l'analyse qui a pu être faite des arrêts ici mentionnés en relevant que si une partie de la doctrine a pu y voir la consécration d'une obligation de renégocier le contrat en cas d'imprévision, c'est « sûrement aller trop loin et donner une portée discutable à ces arrêts ».

[386] Com. 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *Bull. civ.* IV, n° 277 ; *CCC* 1999. Comm. 56, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *Defrénois* 1999. 371, obs. D. MAZEAUD ; *JCP E* 1999. I. 143, obs. C. JAMIN ; *JCP G* 1999. II. 10210, note Y. PICOD ; *RTD civ.* 1999. 98, obs. J. MESTRE ; *RTD civ* 1999. 646, obs. P.-Y. GAUTIER.

d'imposer au fournisseur l'obligation de mettre le distributeur dans les conditions d'une rentabilité optimale mais simplement de le mettre « *en mesure d'exercer son mandat* ». L'idée est alors d'imposer à une partie, sur le fondement de la bonne foi – mais cela pourrait aussi bien aujourd'hui résulter de l'interprétation suivant l'appréciation de l'homme raisonnable en application du nouvel article 1188 alinéa 2 du Code civil – des obligations nécessaires au regard de la contrepartie[387].

### b. Les *implied terms in fact* du droit anglais

**86. Distinction des *implied terms in law*[388] et *implied terms in fact*[389].** Les *implied terms* participent de la détermination du contenu du contrat et sont classiquement opposés aux *express terms*[390]. Ces *implied terms* peuvent s'imposer au regard de la contrepartie convenue par les parties, quoique la question des *implied terms* dépasse celle de la détermination de la contrepartie[391]. Les *implied terms* font l'objet d'une distinction suivant leur source. Les *implied terms* peuvent d'abord être imposés par la coutume ou un *statute* – une loi, au sens large – et sont alors qualifiés d'*implied terms in law*. Ces *implied terms in law* constituent des stipulations standardisées pour des types de contrats donnés. Ainsi en est-il des dispositions applicables à l'ensemble des contrats de vente en application du *Sale of Goods Act* 1979, lequel prévoit, par exemple, que le vendeur est tenu de garantir l'acheteur contre l'éviction. Le fondement de tels *implied terms in law* est débattu par la doctrine anglaise[392]. Ils seraient ainsi notamment justifiés par l'équité, *fairness* ou encore par l'idée d'une présomption selon laquelle les *implied terms* sont présumés être les stipulations implicitement voulues au regard de leur nécessité. Suivant cette seconde proposition, les *implied terms in law* ne présenteraient alors pas une différence de nature avec les *implied terms in fact* résultant de la jurisprudence. Les *implied terms* peuvent, en effet, ensuite être imposés par les juridictions, en ce qu'ils apparaissent essentiels à la réalisation du but d'un contrat considéré. Les obligations sont identifiées sur le fondement de

---

[387] V. au sujet du devoir de renégocier le contrat, K. LAFAURIE, thèse préc., n° 261 : « Mettre ainsi à la charge d'une partie un tel devoir ne doit pas pour autant, dans cette hypothèse, être considéré comme une atteinte à la force obligatoire du contrat, mais plutôt comme le fruit du travail nécessaire et qu'invite à faire l'article 1194 du Code civil d'identification des suites du contrat que sa nature particulière impose ».

[388] [Traduction : stipulations implicites en droit.]

[389] [Traduction : stipulations implicites en fait.]

[390] [Traduction : stipulations expresses.]

[391] La notion d'*implied terms* est ainsi souvent avancée par une partie de la doctrine pour fonder la mise en œuvre de concept faisant dépendre la validité du contrat de son utilité, tels que la *mistake* (l'erreur), la *frustration* (théorie concernant la question du changement imprévisible des circonstances), ou encore la *discharge for breach* (la libération d'une partie en raison de l'inexécution de l'autre). V. S. A. SMITH, *op. cit.*, p. 281 à 306.

[392] S. A. SMITH, *op. cit.*, p. 308-313.

l'interprétation de l'intention des parties et qualifiées d'*implied terms in fact* ou d'*individualized implied terms.*

**87. Techniques d'identification des *implied terms in fact.*** Les techniques d'identification des *implied terms in fact* peuvent être déterminées à partir de l'analyse de la jurisprudence anglaise. Dans l'affaire ayant donné lieu au *leading case* dit *The Moorcock*, le recours à la notion d'*implied terms in fact* a permis à la jurisprudence de considérer que le contrat de location d'un embarcadère incluait l'obligation pour le loueur de prendre les mesures raisonnables afin de s'assurer que le niveau de la rivière est tel qu'il ne met pas en danger le navire du locataire faisant une utilisation normale des équipements[393]. Cette affaire est à l'origine du développement de la technique dite de la *business efficacy test*[394], permettant aux juges de fonder l'identification d'*implied terms in fact*. Il s'agit d'un critère d'interprétation complétive du contrat selon lequel des termes sont considérés comme implicites dès lors qu'ils sont nécessaires à la réalisation de l'efficacité commerciale – la *business efficacy* – de la transaction. Il ne s'agit alors pas d'imposer des obligations simplement raisonnables ou souhaitables mais des obligations évidentes au regard de l'accord des parties. Une deuxième technique mise en œuvre par les juges afin d'identifier des *implied terms in fact* est connue sous la dénomination *the officious bystander test*[395]. Il s'agit d'estimer qu'une stipulation est implicitement intégrée au contrat lorsqu'il peut être considéré que si un spectateur objectif avait été présent au moment de la conclusion du contrat et avait suggéré d'en faire un *express term*, il est évident que les parties l'auraient accepté. L'idée est que la stipulation en question « va sans dire »[396]. Il a pu être relevé que, bien qu'étant en principe fondés sur l'interprétation de la volonté des parties, les juges imposent en pratique des *implied terms in fact,* qu'ils jugent raisonnables au regard des circonstances[397]. Les obligations implicites résultent alors davantage d'une appréciation objective du contrat, de son objet et de sa nature, que de la recherche de l'intention subjective des parties. Cela est particulièrement perceptible dans l'arrêt *Liverpool City Council v Irwin*[398]. En l'espèce, il était question d'un contrat de location d'un appartement au 9ème étage d'une tour comprenant deux ascenseurs et un escalier. Les parties communes ayant été vandalisées, les ascenseurs furent hors-services, les lumières de l'escalier défaillantes et le système d'évacuation des eaux bloqué et débordant. Les locataires ont alors refusé de

[393] *The Moorcock* (1889) 14 PD 64, Court of Appeal.
[394] [Traduction : le test de l'efficacité commerciale.]
[395] [Traduction : critère de l'observateur objectif.]
[396] *Southern Foundries (1926) Ltd v Shirlaw* [1940] AC 701.
[397] M.P. FURMSTON, *op. cit.*, p. 187.
[398] *Liverpool City Council v Irwin* [1977] AC 239.

s'acquitter du montant du loyer en invoquant l'inexécution par le bailleur de ses obligations contractuelles. La Chambre des Lords a estimé qu'il était nécessaire de considérer quelles étaient les obligations nécessairement requises par la nature du contrat. Or, dès lors qu'il était impossible de vivre dans la tour sans y avoir accès par les escaliers, certaines obligations relatives aux parties communes devaient être identifiées à la charge du bailleur[399]. Il a toutefois été précisé qu'il était suffisant d'imposer une obligation d'entretien raisonnable des parties communes. L'obligation implicite à la charge du bailleur ne devait être imposée que dans la mesure de ce qui était strictement nécessaire au titre de la contrepartie de l'engagement du locataire de payer le loyer. Le manquement à une telle obligation ne fut pas caractérisé en l'espèce. La notion d'*implied terms* est ainsi de nature à fonder l'identification d'obligations non expressément prévues par les parties mais qui sont pourtant nécessaires à la réalisation de la contrepartie[400]. Ce résultat est obtenu en droit allemand sur le fondement de l'interprétation complétive du contrat.

### c. L'interprétation complétive du droit allemand

**88. Le rejet du fondement du § 242 du BGB.** Il peut, de prime abord, être supposé que le fondement privilégié par le droit allemand pour l'adjonction d'obligations contractuelles au titre de la détermination de la contrepartie soit la notion de bonne foi d'après le § 242 du BGB. Le texte du § 242 du BGB, qui constitue une *Generalklausel* inchangée depuis 1895[401], consacre en effet le principe de bonne foi en droit allemand du contrat. Il dispose que « *[l]e débiteur est tenu de fournir la prestation comme l'exige la bonne foi eu égard aux usages admis en affaires* ». Cette disposition s'inscrit dans le cadre du Titre 1 « Obligation à la prestation » de la Section 1 « Contenu des rapports d'obligations » du Livre 2 sur le droit des rapports d'obligations, de sorte qu'elle semble particulièrement propice à la question de la détermination de la contrepartie[402].

---

[399] *Ibid*., v. les propos de Lord Wilberforce, au n° 254.

[400] Si l'inclusion d'*implied terms* dans le contrat s'impose au titre de la contrepartie, le procédé n'est en effet admis que dans la limite du raisonnable, ce qui va dans le sens du principe de la nécessité d'une contrepartie minimale.

[401] D. OLZEN, D. LOOSCHELDERS, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, 2015, § 242, n° 38.

[402] Le fondement de ce texte, sur le plan de la politique juridique, a été débattu et rappelle celui ayant occupé la doctrine anglaise au sujet des *implied terms in law*. Une partie de la doctrine allemande a ainsi mis en avant une approche contractuelle du § 242 du BGB : l'exigence de bonne foi relèverait alors de la recherche de la volonté présumée des parties [v. D. OLZEN, D. LOOSCHELDERS, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, 2015, § 242, n° 41 et s.] et il s'agirait essentiellement de combler les lacunes du contrat, de sorte que le principe de liberté contractuelle ne serait pas atteint. Cette proposition a été critiquée en raison de son caractère artificiel : le § 242 se fonderait plutôt sur des valeurs sociales qu'il s'agirait d'imposer en se placant sous l'angle, non pas des parties, mais d'un « *tiers objectif et raisonnable* » [*ibid.*, n° 45]. Cette approche dite sociale du § 242 du BGB a largement emporté l'adhésion de la doctrine allemande [*ibid.*, n° 48].

Jusqu'à la *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* – loi de modernisation du droit des obligations – entrée en vigueur au 1er janvier 2002, le § 242 du BGB avait pu être utilisé pour fonder l'ajout d'obligations dans le contrat, telles que des obligations d'information, de renseignement, de diligence, etc.[403]. La fonction complétive du contrat du § 242 du BGB n'a toutefois jamais été considérée comme la fonction première de ce texte, au contraire elle était en pratique difficilement admise[404]. En toute hypothèse, il s'avère que le § 242 du BGB ne fonde plus, après la réforme, l'identification d'obligations complémentaires du contrat. L'interprétation complétive du contrat, sur le fondement de laquelle sont susceptibles d'être identifiées des obligations participant de la contrepartie, relève aujourd'hui d'autres dispositions du BGB[405].

**89. L'interprétation complétive fondée sur la recherche de l'intention des parties**. L'interprétation du contrat se fonde essentiellement sur le § 133 du BGB relatif à l'interprétation d'une déclaration de volonté, en général, et qui dispose que « *[p]our l'interprétation d'une déclaration de volonté, il faut rechercher la volonté réelle et ne pas s'en tenir au sens littéral de l'expression* »[406], ainsi que sur le § 157 du BGB, applicable spécifiquement aux contrats, prévoyant que ces derniers « *doivent être interprétés comme l'exige la bonne foi, eu égard aux usages admis en affaires* »[407]. La doctrine allemande distingue classiquement l'interprétation des stipulations obscures, *Auslegung unklarer Formulierungen*[408], de l'interprétation complétive, *ergänzende Vertragsaulegung*, intervenant en cas non pas d'obscurité mais de lacune du contrat. Dans ce cas, le droit allemand privilégie l'application de dispositions légales supplétives de volonté[409]. La question de l'interprétation complétive se pose alors dans le cas où il n'existe pas de telles dispositions ou s'il est clair que les parties ont eu l'intention d'écarter leur application[410]. Elle suppose un acte juridique incomplet, présentant une lacune (*Lücke*). L'interprétation complétive se présente traditionnellement comme la recherche de la volonté hypothétique (*hypothetischer Parteiwille*), l'intention supposée des parties, dans le respect du principe de *Privatautonomie*, soit le principe d'autonomie contractuelle : il ne s'agit pas pour le juge de modifier le contenu du contrat,

---

[403] D. OLZEN, D. LOOSCHELDERS, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, 2015, § 242, n° 186 et s.
[404] *Ibid.*
[405] *Ibid.*, n° 190. La jurisprudence se fonde toutefois parfois cumulativement sur le § 242 du BGB et d'autres dispositions, sans distinction claire du champ d'application de chacun des textes. V. H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, 2ème éd., Mohr Siebeck, 2012, n° 74.
[406] Traduction de l'allemand par G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, *op. cit.*
[407] *Ibid.*
[408] H. KÖTZ, *Vertragsrecht, op. cit.*, n° 64.
[409] *Ibid.*, n° 68.
[410] BGH, 19. 03. 1975 – VIII ZR 262/73 ; *NJW* 1975, 1116.

d'étendre son objet. Il est alors considéré qu'il est de la première importance que le juge, en complétant les vides du contrat, mette en œuvre les implications logiques au regard de la structure du contrat établie par les parties. L'idée est que le contrat ne peut être qualifié d'incomplet que si une stipulation est nécessaire pour en assurer la finalité.

**90. L'identification d'obligations participant de la contrepartie**. La jurisprudence allemande a eu l'occasion d'identifier des obligations participant de la contrepartie, sur le fondement de l'interprétation complétive du contrat. Ainsi, les juges ont pu considérer que l'acheteur d'un fonds de commerce était autorisé à attendre du vendeur qu'il n'exerce pas un commerce concurrent pendant la période durant laquelle ils avaient convenu de partager les profits liés à l'exploitation du commerce en question[411]. De façon similaire, le propriétaire de bâtiments à usage commercial a l'obligation de ne pas donner à bail un bâtiment en vue de l'exploitation d'un commerce identique à celui déjà exerçé par le locataire de son bâtiment adjacent[412]. Les juges ont par ailleurs considéré qu'un contrat de vente d'un terrain imposait au vendeur de ne pas construire un immeuble sur le terrain adjacent, qui serait de nature à anéantir la vue dont jouit l'acheteur, dès lors que le prix payé pour la vente avait été particulièrement élevé en raison de la vue exceptionnelle qu'il peut apprécier depuis le terrain acheté[413]. Le rôle de l'interprétation dans la détermination la contrepartie apparaît clairement dans la motivation d'un arrêt du *Bundesgerichtshof* de 1954. En l'espèce, deux médecins avaient conclu un contrat par lequel ils échangeaient leurs cabinets implantés dans des villes différentes. L'un d'eux fit part de son intention de se réinstaller comme médecin près de son ancienne résidence. L'autre engagea alors une action tenant à s'opposer à la réalisation de ce projet. La Cour fit droit à sa demande, même si le contrat ne contenait aucune clause de non-établissement, en estimant que la réinstallation du défendeur près de son ancien cabinet peu de temps après la conclusion du contrat aurait gravement compromis la finalité de celui-ci et que les parties auraient convenu d'une clause d'interdiction correspondante si elles avaient envisagé un tel retour de l'un d'eux dans un certain délai. La méthode d'interprétation complétive ici mise en œuvre n'est pas sans rappeler *the officious bystander test* des juges anglais.

La détermination de la contrepartie peut également s'opérer sur le fondement de dispositions supplétives de volonté applicables à certains types de contrat.

---

411 RG 31. 05. 1927 – Rep. II. 517/26 ; *RGZ* 117, 176.
412 RG 02. 02. 1931 – VII 503/30 ; *RGZ* 131, 274.
413 RG 05. 10. 1939 ; *RGZ* 161, 330.

### *2. L'application de dispositions supplétives de volonté*

**91. Notion d'*implied terms in law*[414] en droit anglais**. La *consideration* peut être déterminable, non pas suivant les critères établis par les parties, mais par l'application de dispositions légales, telles que celles du *Sale of goods Act* de 1979 en matière de vente ou du *Supply of goods and services Act* de 1982 en matière de fourniture de biens et services. S'agissant de l'indétermination de la qualité du bien objet du contrat de vente, le *Sale of goods Act* prévoit ainsi par exemple qu'à défaut d'être expressément convenue par les parties, le vendeur est tenu de fournir des biens d'une qualité satisfaisante au regard de l'accord[415]. La section 8 du *Sale of Goods Act* de 1979 prévoit par ailleurs que le prix peut être établi suivant « *the course of dealing between the parties* ». Ce texte introduit ainsi une règle supplétive permettant au juge de compléter le contrat sans prix par référence à un prix raisonnable. La section 15 (1) du *Supply of Goods and Services Act* de 1982 contient une disposition similaire. Il convient de mentionner que la source d'*implied terms* peut être *a trade custom* (une coutume commerciale). En droits français et allemand, il est également possible que la contrepartie soit déterminable, le cas échéant en application de dispositions dites supplétives.

**92. La détermination de la contrepartie par l'application de dispositions supplétives de volonté en droits français et allemand.** En droit français, la détermination de la contrepartie peut résulter, le cas échéant, de l'application de dispositions légales supplétives de volonté. Ainsi, par exemple, l'article 1166 du Code civil dispose que « *[l]orsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie* ». Une autre illustration est fournie par l'article 1167 qui prévoit que si le prix doit être déterminé suivant un indice qui n'existe pas, a cessé d'exister ou d'être accessible alors il est remplacé par l'indice le plus proche. En droit allemand, d'après le § 316 du BGB, si l'étendue de la contre-prestation promise à titre de contrepartie n'est pas précisée dans le contrat alors c'est au créancier de cette obligation qu'appartient le pouvoir de la déterminer. Cette disposition permet notamment la reconnaissance du pouvoir de fixation unilatérale du prix par un contractant, laquelle ne pose pas de difficultés en droit allemand, ni en droit anglais, contrairement au droit français.

[414] Cette expression désigne les stipulations implicites du contrat imposées sur le fondement de la loi, entendue au sens large.
[415] Section 14 relative aux « *implied terms about quality or fitness* ».

## §2- La problématique de la fixation unilatérale du prix

**93. Les difficultés du droit français dans l'admission du pouvoir de fixation unilatérale du prix par un contractant**. L'obtention d'un prix constitue le motif de l'engagement d'une partie dans de nombreux contrats à titre onéreux. Comme pour toute autre contrepartie, il ne suffit pas de prévoir qu'un prix devra être payé, sans plus de précision : le prix doit être *a minima* déterminable[416]. En effet, ainsi que le relève la doctrine, pour de nombreux contrats « *les modalités d'exécution sont dépendantes des fluctuations économiques* »[417], de sorte que « *dans un certain nombre de cas, le prix ne puisse pas être immédiatement chiffré* »[418]. A ce titre, la problématique de la détermination du prix est classique en droit français. Elle concerne, plus précisément, la question de l'admission de la fixation unilatérale du prix par l'un des contractants, le plus souvent le créancier. Alors qu'une telle faculté apparaît largement reconnue en droits anglais et allemand, dès lors que l'intention contractuelle est établie, elle demeure admise de façon exceptionnelle en droit français. Il convient ici de distinguer l'approche du droit français (A), de celle des droits anglais et allemand (B).

### A- La fixation unilatérale du prix en droit français

**94. Le refus général de la fixation unilatérale du prix.** Le prix représente la contrepartie dans de nombreux contrats à titre onéreux, notamment dans le contrat de vente. Pour que ce dernier soit valable, il suffit que le prix soit déterminable en application des clauses du contrat, et non pas déterminé dès le moment de sa conclusion. Il n'est en revanche pas admis, en principe, que cette détermination du prix dépende de l'une ou l'autre des parties[419]. Il en est de même pour la validité d'un autre contrat à titre onéreux répandu : le bail, dont le prix – qualifié de loyer – doit, au moment de sa formation, être déterminé ou déterminable et, ce, indépendamment de la volonté ultérieure des parties[420]. Le refus d'admettre de façon générale la fixation unilatérale du prix est justifié par la crainte qu'une partie se retrouve à la merci de celle qui en détient le pouvoir[421]. La fixation unilatérale du prix par un contractant n'est admise

---

[416] Bien que l'article 1591 du Code civil énonce que « [l]e prix de la vente doit être déterminé », la jurisprudence admet qu'il suffit qu'il soit déterminable [v. O. BARRET, « Vente : formation », *in Repertoire de droit civil,* Dalloz, 2007, n° 440 et s.].
[417] *Ibid.*, n° 440.
[418] *Ibid.*, n° 441.
[419] *Ibid.*, n° 442. V. Cass. req. 7 janvier 1925, *DH* 1925. 57.
[420] C. AUBERT DE VINCELLES, C. NOBLOT, « Bail », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2018, n° 88.
[421] Il ne s'agit pas de craindre que le montant du prix soit si faible qu'il prive son créancier de contrepartie – puisque c'est généralement à lui que le pouvoir de le fixer est confié – mais qu'il soit au contraire si élevé qu'il affecte l'avantage attendu du contrat – c'est-à-dire la contrepartie – de celui qui est tenu de s'en acquitter. V. par ex. Cass. com. 23 octobre 1962, *Bull. civ.* III,

que par exception en droit français. La solution est prévue dans le Code civil pour deux types de contrats : le contrat de prestation de service et le contrat cadre, pour lequel la fixation unilatérale du prix n'avait été admise, avant la réforme, qu'à l'issue d'une série d'arrêts largement commentés[422].

**95. L'admission par exception de la fixation unilatérale du prix : le contrat de prestation de service.** Le prix peut, par exception, être unilatéralement fixé par l'un des contractants dans le cas du contrat de prestation de services[423]. En effet, en matière de contrats de prestation de services[424], le prix ne peut souvent pas être déterminé à l'avance avec exactitude car il dépend du temps de la réalisation de la prestation, de sa qualité, sa complexité, des difficultés rencontrées, etc. Il apparaît ainsi raisonnable que le montant du prix puisse être établi postérieurement à l'exécution de la prestation. La jurisprudence admet alors traditionnellement que la fixation du prix postérieurement à l'accomplissement de la prestation puisse être confiée à un contractant, le plus souvent au créancier de l'obligation de paiement[425]. La Cour de cassation a par ailleurs reconnu la possibilité pour les juges de fixer eux-mêmes le prix[426].

La fixation unilatérale du prix par le créancier est consacrée à l'article 1165 du Code civil aux termes duquel « *[d]ans 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*

---

n° 420. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt d'appel qui avait jugé qu'en l'espèce, « le vendeur s'était réservé le droit de fixer lui-même le prix », et avait vu là une clause de « caractère exorbitant et léonin […] mettant l'acheteur à la discrétion du fabricant ».

[422] V. not. F. LEDUC, « La détermination du prix, une exigence exceptionnelle ? », *JCP G* 1992. 3631 ; C. JAMIN « Réseaux intégrés de distribution : De l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP* 1996. I. 3959 ; J. GHESTIN « L'indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre) », *D. S.* 1973, chron. 293 ; J. GHESTIN « Réflexion sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix », *D.* 1993. 251 ; L. AYNES, « Indétermination du prix dans les contrats de longue durée : de la nullité à la responsabilité contractuelle (un revirement radical de la Cour de cassation) », *D.* 1996. 13 ; C. AUBERT DE VINCELLES, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *D.* 2006. 2629 ; J. MESTRE, B. FAGES, « L'abus dans la fixation du prix », *RTD civ.* 2000. 570 ; A. BRUNET, A. GHOZI, « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », *D.* 1998. 1 ; N. MOLFESSIS, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *LPA*, 5 mai 2000, n° 90, p. 41.

[423] N. DISSAUX, « Contrat : formation – Détermination des conditions », in *Répertoire de droit civil,* Dalloz, 2017, n° 198.

[424] Sur cette qualification v. G. LARDEUX, « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil », *D.* 2016, p. 1659.

[425] V. DISSAUX, « Contrat : formation – Détermination des conditions », in *Répertoire de droit civil, op. cit.*, n° 198.

[426] La jurisprudence a ainsi considéré qu'un « accord préalable sur le montant exact de la rémunération n'est pas un élément essentiel d'un contrat de cette nature et que les juges peuvent, en cette hypothèse, la fixer compte tenu des éléments de la cause » (Civ. 1ère, 15 juin 1973, n° 72-12.062). v. aussi Civ. 1ère, 20 févr. 1996, n° 94-14.074 dans lequel la Cour a retenu que « l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable à la détermination du prix », alors même qu'en l'espèce le prix était bien déterminable. Il était question de la rémunération de l'auteur de travaux dans un magasin où était exploité un fonds de commerce. Or en réalité le prix était déterminable puisque la commerçante s'était engagée à payer un montant représentant la moitié du prix de vente du fonds de commerce.

*d'une demande en dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat* ». Il ne s'agit donc pas simplement d'admettre l'anticipation contractuelle de la fixation unilatérale du prix : la possibilité consacrée d'une fixation unilatérale du prix apparaît comme une disposition supplétive de volonté, c'est-à-dire que la détermination du prix par le créancier est le mode de détermination par défaut du prix des contrats de prestation de service. Le prix des contrats de prestation de service est donc déterminable par le créancier de façon unilatérale sur le fondement d'une disposition légale supplétive, il n'est pas nécessaire que cette faculté soit expressément prévue par les parties. Le créancier est soumis à une obligation de motivation et le législateur réserve la possibilité de sanctionner l'abus dans la détermination du prix.

Les données du contrôle de l'abus dans la fixation du prix du contrat de prestation de service sont celles qu'impose les particularités de ce type d'acte. En effet, le contrat de prestation de services porte, en tant que tel, sur la fourniture d'un travail déterminé contre une rémunération. Le client choisit alors son prestataire en considération, non seulement de ses qualités, mais, en outre, de ses tarifs habituellement pratiqués. Le coût de la prestation peut être précisément déterminé par un forfait ou un devis. Le prix pourra, le plus souvent, être au moins globalement évalué au regard d'un taux préétabli (tel un taux horaire). En toute hypothèse, à défaut d'être précisément déterminé, le prix ne sera définitivement fixé par le prestataire qu'à l'issue de la prestation. Il résulte alors de la nature du contrat que le montant du prix fixé par le prestataire doit être conforme aux attentes raisonnables résultant d'une appréciation globale d'éléments objectifs, tels que la qualité de la prestation commandée, les prix du marché, les prix habituellement pratiqués par le prestataire, etc[427]. L'encadrement du pouvoir de fixation unilatérale du prix par le prestataire se justifie donc, au-delà des dispositions légales et des éventuelles stipulations contractuelles, par la nature même du contrat de prestation de services. Une interprétation du contrat de services permet ainsi de considérer que le pouvoir de fixation unilatérale de la rémunération du prestataire est implicitement conditionné par les éléments raisonnablement déterminants de la conclusion du contrat. En ce sens, les juges apprécient le montant du prix réclamé par le créancier eu égard « *à l'étendue des services fournis et à sa qualification professionnelle* »[428]. La Cour de cassation retient alors qu' « *il incombe au prestataire, en sa qualité de demandeur, d'établir le montant de sa créance, et, à cet effet, de fournir les éléments permettant de fixer ce montant, et qu'il appartient au juge d'apprécier*

[427] L'appréciation est alors similaire à celle prévue par l'article 1166 du Code civil lorsque le contrat ne précise pas la qualité attendue de la prestation. D'après ce texte, le prestataire doit alors offrir « *une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie* ».
[428] V. par ex. Cass. Civ. 1ère 30 juin 1992, n° 89-21970.

*celui-ci en fonction notamment de la qualité du travail fourni* »[429]. L'analyse de la nature même du contrat de service permet donc de considérer que le débiteur du prix n'est pas soumis à l'arbitraire du créancier qui dispose du pouvoir d'en fixer unilatéralement le montant.

Une autre exception au rejet de la fixation unilatérale du prix par un contractant est consacrée par le Code civil : elle concerne le contrat cadre.

**96. L'admission par exception de la fixation unilatérale du prix : le contrat cadre.** La question s'est posée en jurisprudence de l'admission de la fixation unilatérale du prix prévue dans les contrats cadres. Ces contrats visent à l'établissement de relations contractuelles dans le temps[430], par la définition d'un cadre contractuel de base à la relation contractuelle entre les parties, permettant le développement d'une activité au moyen de contrats ultérieurs. L'alinéa 1er du nouvel article 1111 du Code civil définit ainsi le contrat cadre comme l' « *accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures* ». L'alinéa 2 ajoute que les contrats ultérieurs qui concrétisent ces relations sont les « *contrats d'application* » qui « *en précisent les modalités d'exécution* ». Le prix payé en exécution des contrats d'application ne peut alors être déterminé à l'avance dans le contrat cadre car il est susceptible de variations. Loin de constituer une faille du contrat, l'indétermination du prix s'inscrit dans une optique de prévision, dans la mesure où la fixation à l'avance du prix risque de compromettre les attentes des parties. Un tel contexte se présente dans le cadre des relations commerciales, plus précisément en droit de la distribution. Ainsi en est-il, par exemple, du contrat cadre mettant en place l'approvisionnement exclusif par un fournisseur d'un distributeur. Dans ce type de relations, il s'agit de prévoir dans le contrat cadre une clause de fixation unilatérale du prix par l'une des parties, le créancier de l'obligation le plus souvent. Une telle clause prend souvent la forme d'une référence au « tarif en vigueur », « prix standard » ou « prix catalogue », ce qui caractérise une détermination unilatérale du prix, le créancier en ayant la maîtrise.

Saisie de cette problématique, la Cour de cassation a d'abord assimilé les contrats cadres à des contrats de vente. Elle a retenu le fondement de l'article 1591 du Code civil, selon lequel le prix de vente doit être déterminé et désigné par les parties, pour les invalider au motif de

---

[429] Cass. Civ. 1ère, 18 nov. 1997, n° 95-21.161, *D.* 1997. 263 ; *RTD civ.* 1998. 372, obs. J. MESTRE , et 402, obs. P.-Y. GAUTIER. V. aussi Cass. Civ. 1ère, 19 juin 1990, n° 88-20.266, *D.* 1991. 317 , obs. J.-L. AUBERT.

[430] Au sujet de l'inscription du contrat dans le temps et contrats dits « relationnels » v. Y.-M. LAITHIER, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, p. 1003 ; C. COULON, « L'influence de la durée de contrats sur l'évolution des sanctions contractuelles », *in*. F. COLLART DUTILLEUL et C. COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, collection « Etudes juridiques », Economica, 2007 ; C. BOURGEON, « Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien », *RDC* 2005, n° 1, p. 109.

l'indétermination du prix des contrats d'application[431]. Sans abandonner sa solution, la Cour de cassation en a toutefois modifié le fondement en préférant l'ancien article 1129 du Code civil, lequel exigeait que l'objet de l'obligation soit déterminé ou déterminable[432]. Elle a ensuite tenté de circonscrire le domaine de la solution, et donc de limiter le champ de l'annulation, en distinguant suivant que les contrats avaient pour objet des obligations de donner soumises à l'exigence d'un prix déterminé ou déterminable objectivement, ou des obligations de faire, pour lesquelles le prix pouvait être fixé unilatéralement[433]. La distinction était ainsi fondée sur la solution admise en matière de contrats de prestation de services – pour lequel il est admis que le prix soit déterminé par le prestataire – par opposition à celle retenue pour le contrat de vente – pour lequel la fixation unilatérale du prix est traditionnellement refusée. La distinction en termes d'obligations de donner et d'obligations de faire s'est toutefois avérée tout à fait impraticable en matière de contrats cadre, de sorte qu'elle a par la suite été abandonnée[434]. Le revirement fut annoncé avec la jurisprudence dite Alcatel de 1994[435], avant d'être solidement établi l'année suivante par quatre arrêts d'Assemblée plénière[436]. Il résultait ainsi des arrêts de 1994 que, par application de l'article 1129 du Code civil, le prix devait toujours être déterminable mais que cette condition était satisfaite par la prévision de la fixation unilatérale par l'une des parties, sous réserve de la sanction de l'abus dans l'exercice du pouvoir ainsi confié à un contractant. L'Assemblée plénière a ensuite complétement abandonné l'exigence du caractère déterminé ou déterminable du prix en retenant que « *l'article 1129 du code civil n'est pas applicable à la détermination du prix* »[437] et en précisant, pour les contrats cadres que « *lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci* »[438]. Par un *obiter dictum*, elle précise que l'abus dans la fixation

[431] Cass. com. 27 avr. 1971, n° 70-10.752, *D.* 1972, Jur. 353 ; Com. 12 févr. 1974, n° 72-13.959, *D.* 1974, Jur. 414.
[432] V. par ex. Com. 11 octobre 1978, n° 77-10.155, n° 77-11.485, n° 77-11.624 (3 arrêts), *Bull. civ.* IV, n° 223-225 ; *RJ com.* 1979. 374, note P. LE TOURNEAU.
[433] Cass. com. 9 novembre 1987, n° 86-13984 ; Cass. com. 22 janvier 1991, n° 88-15961 ; Cass. com. 29 janvier 1991, n° 89-16.446.
[434] La distinction ne fut ainsi pas reprise par la jurisprudence postérieure. V. Cass. com. 5 et 19 novembre 1991, n[os] 90-11.694 et 89-21.265 ; *D.* 1992, somm. 267, obs. L. AYNES ; *D.* 1993. 379, note J. GHESTIN.
[435] Cass. civ. 1[ère], 29 novembre 1994, n° 91-21009 ; Cass. civ. 1[ère], 29 novembre 1994, n° 92-16267.
[436] Cass., ass. plén., 1[er] décembre 1995, n° 91-15.578, n° 91-15.999, n° 91-19.653, n° 93-13.688 (4 arrêts), *Bull. ass. plén.* n° 7 à 9; *D.* 1996. 13, concl. M. JEOL, note L. AYNES ; *JCP G* 1996. II. 22565 note J. GHESTIN; *RTD civ.* 1996. 153, obs. J. MESTRE ; *RTD com.* 1996. 316, obs. B. BOULOC ; *Gaz. Pal.* 1995. 2. J. 626, note P. de FONTBRESSIN ; *D.* 1998, p. , chron. A. BRUNET et A. GHOZI.
[437] Cass. Ass. plén., 1er décembre 1995, n° 93-13.688, *préc.* V. aussi Cass. civ. 1ère, 14 juin 2000, n° 98-14.438 , *Dr. et patr.,* janvier 2001, n° 2736, obs. P. CHAUVEL.
[438] Cass. Ass. plén., 1[er] décembre 1995, n° 91-15.578 et 91-15.999, *préc.*

unilatérale du prix sera susceptible de donner lieu à indemnisation ou résiliation du contrat[439], ce qui a été consacré par la réforme.

Le nouvel article 1164 alinéa 1er du Code civil dispose en effet que « *[d]ans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation* », l'alinéa 2 précise qu' « *en cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat* ». Plusieurs remarques s'imposent.

Tout d'abord, la réforme n'a pas expressément repris la solution jurisprudentielle, formulée en termes généraux, selon laquelle le prix n'est pas soumis à l'exigence du caractère déterminé ou déterminable. En effet, affirmer que la clause prévoyant que le prix sera fixé de façon unilatérale sous réserve d'abus est une chose ; soutenir que le prix n'a pas, pour principe, à être déterminé ou déterminable en est une autre. Le prix constitue le plus souvent la contrepartie des contrats dans lesquels il en est question, tels que le contrat de vente. Il doit alors satisfaire, non seulement à l'exigence générale de certitude du contenu du contrat, mais aussi à celle que l'objet de l'obligation – la prestation – soit déterminé ou déterminable[440]. La fixation unilatérale du prix, prévue ou non, par le contrat peut à ce titre être considérée, lorsqu'elle est admise, comme satisfaisant le caractère déterminable exigé, quoiqu'il s'agisse alors d'un procédé de détermination subjectif et non objectif (tel un indice). La question soulevée par la fixation unilatérale du prix est alors celle de l'admission d'un tel procédé pour rendre le prix déterminable et non celle de la nécessité du caractère *a minima* déterminable ou non du prix constituant la contrepartie d'un contrat.

Ce constat conduit alors à une seconde remarque, s'agissant précisément des contrats visés par l'article 1164 du Code civil : le prix n'est pas la contrepartie des contrats-cadre. La

---

[439] *Ibid.*

[440] *Contra* J. MOURY, « La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats, *D.* 2016. 1013, n° 1 : « Quelque large que doive être entendue la "prestation", le vocable peut difficilement embrasser cette contrepartie : sauf à mettre à néant la jurisprudence issue des arrêts de 1995, et le rapport au président de la République relatif à cette ordonnance qui dit bien qu'il s'est agi de "tenir compte de l'évolution de la pratique et de la jurisprudence développée depuis quatre arrêts d'assemblée plénière du 1er décembre 1995 (…) sur la fixation du prix", nul ne discutera que l'exigence du caractère déterminé ou déterminable de la prestation ne vaut pas pour celui-ci ». Il semble au contraire qu'une telle proposition soit très discutable. L'argument tenant à la volonté du législateur de consacrer la jurisprudence de 1995 mérite d'être nuancé : le choix du législateur d'entériner un certain résultat concret n'emporte pas nécessairement consécration du fondement technique des solutions en question. A ce titre, la lettre de l'article 1163 n'exclut pas le prix de son champ d'application. Surtout, il résulte du fait que la contrepartie est le critère catégoriel du contrat à titre onéreux que, dès lors que le prix en est l'objet, il doit être déterminé ou au moins déterminable, le cas échéant par l'application de règles supplétives. Dans le cas contraire, se poserait alors la question irréductible du consentement contractuel : une partie pourrait-elle avoir réellement consenti au contrat à titre onéreux dont le prix ne serait ni déterminé ni déterminable d'aucune façon, que ce soit au moment de sa formation ? En définitive, la question est bien de savoir ce qui doit être entendu par déterminable et non de nier l'exigence d'une contrepartie au moins déterminable lorsqu'elle consiste en un prix. Il convient à ce titre d'inclure sous ce vocable la détermination par application de normes supplétives de volonté, qui peuvent prévoir la fixation du prix par l'une des parties.

jurisprudence et la réforme ne posent, à strictement parler, aucune exception au principe selon lequel l'objet de l'obligation doit être déterminé ou déterminable. Le contrat cadre peut, concrètement, consister en l'engagement d'approvisionnement exclusif du distributeur en contrepartie de l'obtention d'un prêt : il n'est nullement question du paiement d'un prix à ce stade. C'est lors de la mise en œuvre de cet approvisionnement exclusif par des contrats dits d'application que le prix devra être déterminé et payé, suivant, précisément, la référence faite dans le contrat cadre aux tarifs du fournisseur à ce moment. Pourquoi alors le contentieux s'est-il ainsi concentré autour du contrat-cadre ? La difficulté n'est pas en réalité, à l'échelle du contrat cadre, de savoir si le prix doit satisfaire la condition de validité du contrat tenant au caractère déterminé ou déterminable de l'objet de l'obligation. Les contrats-cadre soulèvent davantage une question tenant à la liberté contractuelle : est-il possible pour un distributeur de consentir aux futurs tarifs du fournisseur ? Au stade du contrat cadre, le distributeur va, d'une part, s'engager à l'égard du fournisseur et, d'autre part, donner son consentement, à l'avance, à tout ou partie des conditions des contrats d'application. La situation particulière du contractant qui, au titre de l'établissement de relations contractuelles durables, va accepter de se voir imposer le prix de contrats ultérieurs a retenu l'attention de la Cour de cassation qui fut alors, somme toute assez légitimement, réticente à admettre sans réserve une telle contrainte subie par le contractant. La difficulté ne se présente pas lorsque les contrats d'application font l'objet de négociations, mais bien lorsque l'une des parties accepte d'adhérer à l'avance aux conditions contractuelles de l'autre s'agissant du prix[441]. Ce qui a été admis par la jurisprudence, c'est qu'une partie consente à l'avance au prix de son cocontractant pour des contrats qui seront, par exemple, imposés au titre de son engagement d'approvisionnement exclusif. Concrètement, l'approvisionnement s'avère absolument nécessaire à la réalisation de l'activité commerciale du débiteur du prix. Or il ne pourra ni le négocier ni, purement et simplement, refuser les tarifs du cocontractant en choisissant librement de s'approvisionner ailleurs : c'est ce fort assujettissement d'une partie – certes permis par l'exercice de sa liberté contractuelle – qui soulève des difficultés en termes de politique juridique et qui n'a été finalement permis que sous réserve de la sanction de l'abus[442].

En définitive, la fixation unilatérale du prix ne pose pas tant un problème relatif à la déterminabilité de la contrepartie, qu'à celui de son caractère suffisant en présence d'un abus

[441] Il apparaît dès lors que l'article 1164 du Code civil complète utilement les nouvelles dispositions prévues en matière de contrats d'adhésion pour lesquels la sanction du déséquilibre significatif est exclue s'agissant de l'adéquation du prix à la prestation.
[442] V. par ex. Civ. 1re, 30 juin 2004, n° 01-00.475, *D.* 2005. 1828, note D. MAZEAUD, 2004. 2150, obs. V. AVENA-ROBARDET, et 2006. 155, obs. D. R. MARTIN ; *RTD civ*. 2004. 749, obs. P.-Y. GAUTIER, et 2005. 126, obs. J. MESTRE et B. FAGES; *RTD com.* 2004. 800, obs. D. LEGEAIS.

d'une situation de déséquilibre des positions contractuelles des contractants. En ce sens la fixation unilatérale du prix aurait pu être largement admise sous réserve de la sanction de l'abus. L'indétermination du prix apparaît moins problématique en droits anglais et allemand.

### B- La fixation unilatérale du prix en droits anglais et allemand

**97. Droit anglais : admission sous réserve de sanction de l'abus**. La détermination par le créancier du montant du prix constituant la contrepartie du contrat est admise sans difficulté en droit anglais. En effet, en *common law*, il est considéré que l'exigence de *certainty* du contrat est remplie dès lors que les parties ont au moins prévu des procédés de détermination des éléments essentiels du contrat, parmi lesquels figure la fixation unilatérale du prix par l'une des parties[443]. La Chambre des Lords a ainsi eu l'occasion de retenir la validité et le caractère obligatoire du contrat prévoyant que des biens seraient achetés aux prix pratiqués par le vendeur au moment de la livraison[444]. Le pouvoir de libre détermination du prix par un contractant se trouve toutefois limité par un *implied term*, une stipulation implicite, selon lequel il ne doit pas l'exercer « *malhonnêtement, dans un but incorrect, de manière capricieuse ou arbitraire* »[445], ce qui serait de nature à caractériser un abus de sa part. Un arrêt récent de la Cour Suprême a confirmé cette approche : il a été reconnu que les juges ont cherché à s'assurer que les contractants n'abusent pas des pouvoirs unilatéraux qui peuvent leur être confiés en reconnaissant une stipulation implicite relative à la manière dont ils doivent être exercés[446]. En cas d'abus, les juges doivent déterminer ce que le contractant disposant du pouvoir de fixation unilatérale aurait fait s'il ne l'avait pas exercé de manière abusive[447]. Une solution similaire est prévue en droit allemand.

**98. Les règles du BGB en matière de fixation du prix**. M. WITZ relève qu'en droit allemand « *la détermination d'une partie du contenu du contrat peut être laissée à l'appréciation du cocontractant ou d'un tiers* », ce qui est valable pour le prix de vente et apparaît « *aux antipodes de la jurisprudence française* »[448]. Le droit allemand accepte que les parties prévoient que le prix soit fixé ultérieurement par l'une d'elles, librement (*freies Ermessen*), ou équitablement (*billiges Ermessen*), ou encore par un tiers, en application du §

---

[443] V. *Lombard Tricity Finance Ltd v Paton* [1989] 1 All ER 918, 923.
[444] *Hillas & Co Ltd v. Arcos Ltd* [1932] 147 LT 503, House of Lords.
[445] *Nash and others v Paragon Finance Plc (formerly The National Home Loans Corporation)* [2001] EWCA Civ 1466 (CA) at [36].
[446] *Braganza v BP Shipping Ltd* [2015] UKSC 17 at [18].
[447] V. *WestLB AG v Nomura Bank International* [2012] EWCA Civ 495 at [32].
[448] V. C. WITZ, *op. cit*, n° 143 ; M. PEDAMON, « La détermination du prix : les apports du droit comparé : les solutions allemandes en matière de détermination du prix », *RTD com.* 1997, p. 67.

317 du BGB. Le § 315 (1) du BGB dispose ainsi que « *[s]i la prestation doit être déterminée par l'une des parties contractantes, il y a lieu d'admettre, dans le doute, que cette détermination doit être faite d'après une appréciation équitable* »[449]. L'alinéa 3 précise alors que lorsque la prestation doit être fixée suivant une appréciation équitable par l'une des parties et qu'elle n'est pas conforme à l'équité, alors le juge a le pouvoir de fixer le prix. Le juge ne se retrouve investi d'un véritable pouvoir de fixer le montant du prix que lorsque le contractant, qui devait déterminer unilatéralement le montant du prix suivant une appréciation équitable, n'a pas respecté cette condition.

A défaut d'avoir prévu que le prix serait fixé unilatéralement par l'une des parties, le § 316 du BGB pose une règle supplétive aux termes de laquelle « *[s]i l'étendue de la contre-prestation promise à titre de contrepartie d'une prestation n'est pas déterminée, la détermination appartient, dans le doute, à celle des parties qui a le droit de réclamer cette contre-prestation* »[450]. Contrairement à l'article 1165 du droit français qui semble limiter l'admission de la détermination unilatérale, non contractuellement prévue, aux contrats de prestation de service, le droit allemand reconnaît cette faculté pour tout type de contrat[451]. Il s'agit de considérer que l'indétermination du prix n'est pas un problème dès qu'elle ne révèle pas un défaut de consentement[452]. Il apparaît que l'admission de la fixation unilatérale du prix, ou, plus généralement, de l'étendue de la prestation, ne revient pas, en elle-même, à contredire l'exigence de l'intégration d'une contrepartie.

**99. Les effets de l'indétermination de la contrepartie sur le contrat.** Le contrat doit intégrer un motif pouvant être identifié comme la contrepartie qui doit être, *a minima*, déterminable. A défaut d'intégrer une telle contrepartie, l'acte ne peut pas produire les effets juridiques normalement attachés au contrat. Il convient de préciser le sens d'une telle affirmation en considérant, concrètement, les effets de l'indétermination de la contrepartie.

---

[449] Traduction de l'allemand par G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, *Code civil allemand*, Dalloz, 2010.
[450] *Ibid.*
[451] Le BGB contient alors, par ailleurs, des règles relatives à certains contrats spéciaux. Ainsi, par exemple, le § 612 (2) du BGB relatif aux contrats de service prévoit que si le montant de la rémunération n'est pas déterminé, il doit être considéré que les parties ont convenu que la rémunération serait conforme au barème existant ou, à défaut, qu'elle consisterait dans la rémunération usuelle. Une disposition identique est prévue au § 632 (2) pour le contrat d'entreprise et au § 653 (2) pour le contrat de courtage.
[452] V. par ex. l'arrêt BGH 2.4.1964, BGHZ 41, 271 cité par C. WITZ, *op. cit.*, n° 143, portant sur un contrat d'approvisionnement par un agriculteur d'une laiterie locale. Le *Bundesgerichtshof* a considéré que le contrat existait, en dépit de l'indétermination du montant du prix, dès lors que les parties avaient bien la ferme intention de contracter. La laiterie a donc pu se prévaloir de l'application de ses tarifs (en matière de distribution le fournisseur est parfois – et même souvent – celui qui se voit imposer les tarifs de l'autre, ainsi en est-il significativement dans la grande distribution, laquelle impose ses prix à ses fournisseurs).

## *Section 2 – Les effets de l'indétermination de la contrepartie*

**100. La question de la nature de la sanction de l'indétermination de la contrepartie.** En droit français, antérieurement à la réforme, le défaut de cause, condition de validité du contrat, était sanctionné par la nullité du contrat. L'indétermination de la contrepartie – remplissant désormais les fonctions qui étaient celles de la cause objective – devrait conduire à l'invalidité du contrat et entraîner sa nullité. La nullité opère alors *ab initio* : l'acte est anéanti rétroactivement et, le cas échéant, des restitutions entre les parties sont mises en œuvre.

La contrepartie pourrait toutefois être appréhendée non pas comme une condition de validité du contrat mais une condition de son existence. La sanction du défaut de contrepartie ne serait dès lors pas tant la nullité de l'acte mais, plus radicalement, son inexistence[453]. L'inexistence est en effet un concept retenu par une partie de la doctrine et qui s'imposerait d'autant plus dans une perspective comparative. D'après l'analyse de Mme CUMYN, l'inexistence est la sanction de l'absence de *consideration* retenue en droit anglais[454]. Le caractère *void* du contrat dénué de *consideration* [455] correspondrait ainsi au concept d'inexistence. L'auteur relève d'ailleurs qu'« *en raison des effets radicaux que le droit de tradition anglaise attribue à la nullité absolue (*void*), les juristes ont tendance à rapprocher celle-ci d'une inexistence : le contrat nul est considéré comme n'ayant jamais existé* »[456]. L'inexistence n'apparaît *a priori* pas incompatible avec la logique du *Dissens* des §§ 154 et 155 du BGB dans la mesure où ces derniers règlent la question de la formation du contrat. Il pourrait dès lors être considéré que s'il est jugé que le contrat n'a pas été conclu au regard de l'indétermination de la contrepartie, c'est bien qu'il est inexistant.

Aussi séduisant qu'il puisse apparaître de prime abord, le concept d'inexistence n'apparaît en réalité pas pertinent pour décrire les effets de la sanction de l'invalidité du contrat fondée sur l'indétermination de la contrepartie. La présentation des arguments fondant le rejet de la notion d'inexistence (§1) précédera l'analyse de la sanction de la nullité (§2).

---

[453] De nombreuses thèses ont été consacrées à cette notion, pour les plus récentes v. not. G. TAORMINA, *Contribution à l'étude de l'apparence et de l'inexistence en matière contractuelle*, thèse Paris XII, 1991 ; A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, thèse, préface J. MESTRE, PUAM, 1992 ; M. CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, thèse, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2002 ; A. POSEZ, *L'inexistence du contrat*, thèse Paris II, 2010.

[454] V. M. CUMYN, thèse préc., n° 203 et s.

[455] V. par ex. *Gaisberg v Storr* [1950] 1 KB 107, CA ; v. également les propos de Lord Ellenborough à l'occasion de l'affaire *Stilk v Myrick* [1809] 170 ER 1168 : « the agreement is void for want of consideration ».

[456] M. CUMYN, thèse préc., n° 200.

## §1- Le rejet de la sanction de l'inexistence

**101. Notion d'inexistence.** Suivant l'analyse de Mme CUMYN, l'inexistence se distingue de la nullité en ce qu' « *elle n'est pas une sanction, mais plutôt le constat de l'absence de tout lien contractuel entre deux personnes* » [457] . L'inexistence concerne ainsi « *l'identification du contrat* » tandis que la nullité suppose l'existence d'un contrat mais qui n'est pas conforme au droit[458]. La *consideration* anglaise constituerait en ce sens une condition d'existence du contrat[459] : la nullité résultant du défaut de *consideration* correspondrait alors en réalité à un cas d'inexistence[460]. La sanction de l'inexistence pourrait également être avancée en droits français et allemand dès lors que la contrepartie est un élément essentiel nécessaire à la qualification du contrat à titre onéreux[461]. Le concept d'inexistence doit pourtant être écarté. Deux arguments peuvent ici être identifiés : l'un est formel, l'autre est substantiel.

**102. Argument formel à l'appui du rejet du concept d'inexistence.** Le rejet du concept d'inexistence se fonde tout d'abord, en droit français, sur le constat du rattachement traditionnel du défaut de cause à une condition de validité du contrat sanctionnée par la nullité de ce dernier[462]. C'est dire que la sanction du défaut de cause – et aujourd'hui de l'indétermination de la contrepartie – correspond au régime juridique de la nullité. En ce sens, le nouvel article 1169 du Code civil dispose aujourd'hui que le contrat à titre onéreux dont la contrepartie est illusoire ou dérisoire au moment de sa formation est nul. Formellement, l'inexistence n'est donc pas la sanction consacrée du défaut de contrepartie : les textes prévoient expressément la

---

[457] *Ibid*., n° 22.

[458] *Ibid.* ; v. aussi T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, F. Pichon, t. II, 1892, n° 12 : « il faut d'abord vérifier si l'acte existe, c'est-à-dire s'il présente tous les éléments essentiels à son existence juridique. Si cette recherche est satisfaisante, on pourra conclure que l'acte est *existant* ; dans le cas contraire, on dira que l'acte est *inexistant* ; il n'y aura qu'une vaine apparence d'acte ; ce sera en réalité le néant juridique. Mais il ne suffit pas d'avoir constaté qu'un acte remplit toutes les conditions requises pour son existence, et que par conséquent, en droit, il *existe* ; il faudra vérifier ensuite s'il est *valable*, s'il réunit toutes les conditions requises pour sa validité » ; *Adde* O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat,* thése, PUAM, 1999, n° 108.

[459] M. CUMYN, thése préc., n° 215 et s.

[460] *Ibid*. n° 220.

[461] En ce sens, v. D. MAZEAUD, « Les sanctions contractuelles : contradictions, approximations, imprécisions, etc. », *D.* 2011, p. 2711, n° 5 : « pour tout ce qui relève de la formation du contrat, proprement dit, à savoir le processus de la rencontre des volontés, l'inexistence paraît une sanction parfaitement appropriée, lorsqu'une condition de formation fait défaut, puisqu'aucun contrat n'est encore formé, et qu'il ne s'agit donc pas d'exercer un contrôle des volontés exprimées et de sa validité, mais seulement de vérifier que les consentements ont bien été échangés, qu'une acceptation a bien rencontré une offre de contracter ».

[462] En ce sens v. Cass. 3ème Civ., 21 septembre 2011, n° 10-21.900, *D.* 2011.2711, note. D. MAZEAUD : « la cour d'appel a retenu à bon droit que le contrat de bail à construction conclu pour un prix dérisoire ou vil n'était pas inexistant mais nul pour défaut de cause et en a exactement déduit que l'action en nullité de ce contrat, qui relevait d'intérêt privé, était, s'agissant d'une nullité relative, soumise à la prescription quinquennale de l'article 1304 du code civil ». En l'espèce, un contractant tenta d'invoquer la sanction de l'inexistence du contrat conclu à un prix dérisoire afin d'échapper à la prescription de l'action en nullité.

sanction de la nullité du contrat. De même, en droit allemand, le principe est que le contrat qui, bien qu'existant en apparence, ne peut être considéré comme formé est nul[463].

Il pourrait toutefois être objecté qu'il existerait une différence entre l'indétermination de la contrepartie – qui conduirait à l'inexistence du contrat – et la contrepartie simplement illusoire ou dérisoire qui invaliderait l'accord formé et serait effectivement sanctionnée par la nullité. L'indétermination de la contrepartie correspondrait à un cas d'inexistence du contrat tandis que la contrepartie illusoire ou dérisoire relèverait de la sanction de la nullité. L'idée serait qu'en l'absence de contrepartie, il ne pourrait y avoir d'apparence de contrat – il est inexistant – tandis que, dans le cas où elle est illusoire ou dérisoire, il y a au moins eu une apparence de contrat – le contrat existe mais doit être rétroactivement anéanti en ce qu'il n'est pas conforme au droit. La distinction apparaît assez intenable : la question de l'indétermination de la contrepartie ne se pose, en toute hypothèse, que dès lors qu'il existe au moins un acte correspondant *a priori* à un contrat. C'est dire qu'il y a toujours au moins une apparence de contrat qu'il s'agit de contester au titre de l'absence de contrepartie, et donc de remettre en cause rétroactivement, ce qui correspond à la sanction de la nullité. L'existence d'une apparence de contrat constitue alors un argument substantiel à l'appui du rejet du concept d'inexistence s'agissant du contrôle de la contrepartie.

**103. Argument substantiel à l'appui du rejet de l'inexistence : l'apparence d'un contrat.** Le contrôle de la contrepartie suppose toujours une apparence de contrat. A défaut d'apparence de contrat il n'y a en effet nul intérêt à contrôler l'existence ou non de la contrepartie. Il faut alors considérer la définition du contrat. En droit français, d'après l'article 1101 du Code civil, le contrat est « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». Il y a donc apparence de contrat lorsque des parties ont exprimé un consentement à un acte juridique ayant pour objet une ou plusieurs obligations, ce qui est classiquement décrit comme la rencontre d'une offre et d'une acceptation[464].

---

[463] J. BUSCHE, *in Münchener Kommentar zum BGB*, 7 auflage, 2015, § 134, n° 5 : « Es kommt somit von vornherein kein Vertrag zustande (« Nicht-Rechtsgeschäft »). Diese Sanktion liegt vor der Nichtigkeit eines äußerlich zustande gekommenen Vertrages » ; v. aussi, J. BUSCHE, *in Münchener Kommentar zum BGB*, 7 auflage, 2015, § 155, n° 15 concernant la sanction du dissentiment caché, à savoir la nullité du contrat, également retenue en présence d'un comportement objectivement négligeant d'une des parties (lequel peut être source de responsabilité au titre d'une *culpa in contrahendo*).

[464] V. article 1113 du Code civil (« Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager ») ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 162 et s.

Le droit anglais décrit également le processus de formation du contrat comme la rencontre d'une offre (*offer*) et d'une acceptation (*acceptance*)[465], laquelle conduit à l'existence d'une apparence de contrat. C'est dire que l'apparence du contrat ne dépend pas de la *consideration* – qui elle joue un rôle sur le terrain de sa validité, de laquelle dépend sa force obligatoire – mais de la rencontre d'une offre et d'une acceptation. La *consideration* ne peut donc être présentée comme un critère d'identification du contrat : elle est une condition de sa validité. Il peut, à ce titre, être relevé que la formule employée par Mme CUMYN pour décrire la fonction de la *consideration* – à savoir « *identifier le rapport contractuel en attestant que les parties se sont effectivement engagées l'une envers l'autre* »[466] – suggère, à rebours de l'idée que l'auteur défend, que la fonction de la *consideration* est de confirmer l'engagement contractuel. N'est-ce pas une autre façon de dire qu'il s'agit de valider le contrat[467] ? De même, en droit allemand, le contrat résulte de la rencontre de deux déclarations de volonté, une offre (§ 145 du BGB) et une acceptation (§147 du BGB) qui créent une apparence de contrat[468], lequel pourra notamment être contesté en cas de *Dissens*.

La présence ou l'absence de contrepartie est alors parfaitement neutre s'agissant d'établir l'apparence d'un contrat : l'absence de contrepartie n'est pas de nature à contredire l'apparence du contrat mais d'invalider le contrat, apparent, qualifié de contrat à titre onéreux. Le contrôle de la contrepartie suppose donc *a minima* l'apparence d'un contrat qui, par ailleurs doit se rattacher à la catégorie des actes à titre onéreux en l'absence de tout élément démontrant une intention libérale. Or, à défaut de contrepartie, le contrat à titre onéreux ne peut être valable puisqu'il ne remplit pas les critères de sa qualification. En définitive, la sanction de l'indétermination du motif-contrepartie ne peut être que la nullité du contrat, conduisant à remettre en cause ce dernier rétroactivement.

## §2- La sanction de la nullité du contrat

**104. L'anéantissement rétroactif de l'acte.** L'indétermination de la contrepartie conduit, en ce que cette dernière est un motif qui doit nécessairement être intégré au contrat, à

---

[465] V. R. DUXBURY, *Contract Law*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, 2011, p. 9 et s. ; R. MURRAY, *Contract Law, The Fundamentals*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, 2014, p. 11 et s. ; E. MCKENDRICK, *op. cit.*, p. 44 et s. ; M. CUMYN, th. préc., n° 207.

[466] M. CUMYN, th. préc., n° 221.

[467] V. en ce sens S. A. SMITH, *Contract Theory*, Clarendon Law Series, 2004, p. 209 : « Offer and acceptance are an essential part of any agreement. But that is not the end of the matter. In the common law, there are additionnal positive requirements that must be fulfilled for an agreement to be valid » [notre traduction : « L'offre et l'acceptation sont des éléments essentiels de l'accord. Mais les choses ne s'arrêtent pas là. En *common law*, il y a des exigences supplémentaires qui doivent être remplies pour que l'accord soit valable »].

[468] V. § 145 et s. du BGB sur les règles relatives à l'offre et l'acceptation ; D. MEDICUS, *AT*, *op. cit.*, §26 « Antrag und Annahme », n° 356 et s.

l'invalidité de l'acte. La nullité est la sanction de principe résultant de l'invalidité du contrat en droit français. Des concepts équivalents peuvent être identifiés en droits allemand et anglais : il est question de *Nichtigkeit* dans le premier et de contrat *void* dans le second. Une différence importante peut être immédiatement relevée : sauf commun accord des parties, la nullité du droit français doit être demandée en justice[469]. En droit allemand et anglais, une partie peut invoquer la nullité du contrat sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit prononcée par un juge, ce dernier n'assurant, le cas échéant, qu'un contrôle du bien-fondé de la nullité dont se prévaut un contractant[470]. La nullité consiste unitairement en l'anéantissement rétroactif de l'acte[471] : le contrat est, dès l'origine, dénué de force obligatoire. Dès lors, les parties ne peuvent s'en prévaloir ni entre elles ni à l'égard des tiers[472] : l'acte est inefficace depuis sa conclusion à l'égard de tous. La nullité apparaît ainsi comme le degré d'inefficacité du contrat le plus fort[473].

La rétroactivité de la nullité implique que les parties doivent être replacées dans la situation dans laquelle elles se seraient trouvées si le contrat n'avait pas été conclu[474], ce qui se traduit par la mise en œuvre de restitutions au cas où l'acte aurait reçu exécution.

**105. Le principe des restitutions consécutives à la nullité du contrat en droits français et allemand.** La nullité emporte, en droit français, des restitutions au cas où les parties auraient exécuté tout ou partie de leur engagement. Ainsi, d'après l'article 1178 alinéa 2 du Code civil, « *le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé* ». L'alinéa 3 du même article dispose alors, au sujet du contrat nul, que « *[l]es prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9* », ces derniers consacrant, pour l'essentiel, des solutions constantes. Les articles 1352 à 1352-9 du Code civil, au sein du chapitre IV clôturant le Titre IV sur le régime général des obligations, ont pour objet une série de dispositions réglant la question des restitutions, quelle qu'en soit la cause. Dès lors, suivant les termes de Mme KLEIN, « [*d]étachées de l'origine quasi-contractuelle que la doctrine leur a souvent prêtée, déracinées des règles de la nullité auxquelles la jurisprudence avait voulu les amarrer, les restitutions s'émancipent et prennent leur autonomie* »[475].

---

[469] Article 1178 du Code civil. V. J.-F. HAMELIN, « Le caractère judiciaire de la nullité à l'heure de la réforme du droit des contrats », *LPA*, 9 déc. 2014, n° 245, p. 4 ; Y.-M. SERINET, « La constatation de la nullité par les parties : une entorse limitée au caractère judiciaire de la nullité », *JCP G* 2016, 845.

[470] C'est également la solution retenue par les PEC et principes Unidroit. V. D. MAZEAUD, « Observations conclusives », *in Réforme du droit des contrats : quelles innovations*, *RDC* 2016, hors-série, p. 53, spéc. n° 3.

[471] V. J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *op. cit.*, p. 27.

[472] Y. PICOD, « Nullité », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2013, n° 80 et s. Il existe toutefois des tempéraments à l'égard des tiers, tels que la théorie de l'apparence ou la protection du possesseur de bonne foi [*Ibid.*, n° 115 et s.].

[473] V. D. MEDICUS, *op. cit.*, n° 487.

[474] V. J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *op. cit.*, p. 27.

[475] J. KLEIN, « Les restitutions », *Droit et Patrimoine*, n° 258, mai 2016, p. 90.

L'instauration d'un régime autonome des restitutions tend alors à rapprocher le droit français des droits anglais et allemand. Ces derniers consacrent en effet une théorie autonome aux restitutions. A la différence du droit français, les droits anglais et allemand des restitutions reposent sur un concept unitaire, à savoir, respectivement, l'*unjust enrichment* (enrichissement injuste) et l'*ungerechtfertigte Bereicherung* (enrichissement injustifié), faisant l'objet des §§ 812 et suivants du BGB. Diverses situations permettent alors de caractériser un enrichissement injuste ou injustifié, c'est le cas du contrat nul en droit allemand. La *Nichtigkeit* d'un contrat emporte ainsi, le cas échéant, restitutions[476]. Les restitutions consécutives à la nullité du contrat sont mises en œuvre dès lors que la disparition du fondement juridique aux transferts de valeurs entre les parties conduit au constat d'un enrichissement injustifié. Le § 812 (1) du BGB prévoit ainsi une obligation de restitution à la charge de « *celui qui sans justification juridique a reçu quelque chose d'une personne par prestation ou d'une autre manière aux dépens de celle-ci* », une telle obligation existe également « *lorsque le fondement juridique disparaît* »[477], ce qui est le cas lorsque le contrat est nul. En droit anglais, en revanche, le seul fait qu'un contrat soit dit *void* ne suffit *a priori* pas à fonder un droit aux restitutions[478] : il faut que cette nullité résulte d'une cause d'invalidité du contrat constituant un *unjust factor*[479] (facteurs injustes) ou *ground of restitutions*[480] (un fondement aux restitutions). Parmi ces *unjust factors* se trouvent notamment la *failure of consideration* (défaillance de la *consideration*).

**106. La *failure of consideration* comme fondement aux restitutions en droit anglais.** La détermination de la possibilité d'obtenir des restitutions relève, en droit anglais, du droit des restitutions, *Law of Restitution* qui concerne, plus généralement, le droit de la responsabilité (*Tort law*), le droit du contrat (*Contract law*), et le droit des biens (*Property Law*). Le droit des restitutions se fonde classiquement sur la notion centrale d'enrichissement injuste (et non pas

[476] V. H. KÖTZ, *op. cit*, n° 230.
[477] Traduction de l'allemand par G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, *op. cit.*
[478] La question est toutefois débattue. V. A. BURROWS, *The law of Restitution*, 3rd ed., Oxford, 2011, p. 385 et s. ; G. VIRGO, *The Principles of the Law of Restitution,* 2nd ed., Oxford, 2006, p. 371 et s.
[479] V. A. BURROWS, *The law of Restitution, op. cit.*, p. 201 et s.
[480] V. G. VIRGO, *op. cit.*, p. 119 et s.

injustifié[481]) : l'*unjust enrichment*[482]. Les situations reconnues comme caractérisant un enrichissement injuste dans le cadre contractuel et permettant alors d'obtenir des restitutions correspondent, pour l'essentiel, aux causes d'invalidité du contrat. Ainsi en est-il de l'erreur (*mistake*), du dol (*misrepresentation*), de la contrainte (*duress*), de l'exploitation du cocontractant (*undue influence* et *unconscionability*) et de l'incapacité (*incapacity*). Un autre fondement est reconnu : il s'agit de la *failure of consideration*[483]. La notion de *failure of consideration* renvoie, dans une première approche, à l'hypothèse où une partie a exécuté son engagement mais n'a pas obtenu de contre-exécution en retour[484]. Au-delà de la question de la contreprestation, la *failure of consideration* s'applique lorsque ce qui constitue le fondement ou encore une condition de l'engagement a défailli[485]. Cette situation constitue un *unjust factor* dans la mesure où la condition déterminante de l'exécution par un contractant de son engagement n'a pas été satisfaite. La *consideration* dans le cadre des restitutions ne s'identifie pas à la seule contreprestation : elle concerne, plus largement, l'avantage attendu du contrat, c'est-à-dire la contrepartie.

Néanmoins, pour que les restitutions soient dues, le principe traditionnel est que la *failure of consideration* (la défaillance de la *consideration*) doit avoir été totale. Cette règle signifie que le contractant demandant des restitutions ne doit avoir reçu aucun avantage. Dans le cas contraire il est question d'une *partial failure of consideration* (défaillance partielle de la *consideration*), laquelle n'ouvre en principe pas droit à des restitutions[486]. La difficulté de la théorie de la *failure of consideration*, conduisant à l'essentiel des critiques dirigées contre elle, apparaît alors : contrairement aux autres fondements – tels que l'erreur – l'exigence d'une *total*

---

[481] Il s'agit en effet d'une différence traditionnelle entre la *common law* et les droits de tradition civiliste : la première exige la preuve d'un *unjust factor* reconnu au titre du fondement du droit à des restitutions – ces facteurs injustes étant énumérés, de sorte que le principe de l'*unjust enrichment* est décrit comme ayant davantage une fonction descriptive que normative – tandis que les seconds se fondent sur le principe, à force normative, d'absence de cause. Ainsi l'enrichissement est *injuste* en *common law,* tandis qu'il est *injustifié* dans les droits de tradition civiliste. Cette divergence d'approche a été largement remise en cause par un auteur anglais, M. BIRKS qui, dans son ouvrage de référence *Unjust Enrichment* [2nd ed., Clarendon Law Series, 2005], a démontré que le droit anglais a évolué vers une conception des restitutions fondées sur l'*absence of basis*. Cette thèse est toutefois contestée par certains auteurs [v. par ex. G. VIRGO, *op. cit.*, p. 127 à 130].

[482] P. S. ATIYAH, S. A. SMITH, *op. cit.*, p. 235 ; G. VIRGO, *op. cit.*, p. 51 et s. ; A. BURROWS, *The law of Restitution*, *op. cit.*, p. 3 et s.

[483] La *failure of consideration* constitue un fondement aux restitutions à part entière mais elle apparaît, en outre, comme un principe général d'admission des restitutions en matière contractuelle. En effet, la logique de la *failure of consideration* se retrouve dans la mise en œuvre de nombre des autres fondements aux restitutions. V. G. VIRGO, *op. cit.*, p. 304.

[484] A. BURROWS, *The law of Restitution*, *op. cit.*, p. 319.

[485] La doctrine anglaise renvoie ainsi à la notion de *condition* ou encore de *basis* [A. BURROWS, *The law of Restitution*, *op. cit.*, p. 319 ; G. VIRGO, *op. cit.*, p. 304]. Cette notion de *failure of consideration* n'est pas sans rappeler la théorie allemande du trouble du fondement du contrat du § 313, visant les hypothèses où le fondement du contrat est perturbé par un changement imprévisible des circonstances ou s'avère *ab initio* erroné. La *failure of consideration* est d'ailleurs appliquée s'agissant de déterminer les éventuelles restitutions entre les parties à un contrat *frustrated*, c'est-à-dire donnant lieu aux règles de la *frustration*, théorie anglaise de l'imprévision [V. G. VIRGO, *op. cit.*, p. 355 et s.].

[486] Sauf exception en cas de *frustration* [V. G. VIRGO, *op. cit.*, p. 355 et s.].

*failure of consideration* conduit, en principe, à refuser les restitutions à défaut d'absence totale de contrepartie[487]. Si le concept de *failure of consideration* permet donc de fonder des restitutions en cas d'absence de contrepartie, tel n'est pas le cas si cette dernière, sans être radicalement absente, est insuffisante. Or l'exigence d'une contrepartie minimale pour la validité du contrat à titre onéreux se traduit par un contrôle de sa réalité[488]. Ainsi, en droit français par exemple, le caractère illusoire ou dérisoire de la contrepartie est assimilé à l'absence de contrepartie, de sorte que la nullité du contrat et des restitutions sont pareillement encourues. Le droit anglais consacre de façon *a priori* similaire le principe selon lequel la *consideration* doit être *sufficient*, c'est-à-dire suffisante[489]. Néanmoins, au regard du principe de la *total failure of consideration*, la caractérisation d'une *consideration* insuffisante ne permet pas de fonder des restitutions dans le cas où elle aurait été obtenue puisque, dans ce cas, la *consideration* n'est pas totalement défaillante. Les solutions du droit anglais ne seraient donc pas pleinement convergentes avec celles des droits français et allemand pour lesquels les restitutions sont indissociables de la nullité du contrat résultant de son invalidité. Plusieurs éléments permettent toutefois de nuancer cette opposition.

**107. Le dépassement de la rigueur de la *total failure of consideration* en droit anglais.** Il convient tout d'abord de relever que la doctrine anglaise[490] semble soutenir la nécessité de l'admission généralisée des restitutions en cas de *partial failure of consideration*[491]. En effet, les obstacles opposés à l'admission de la *partial failure of consideration* sont aujourd'hui largement relativisés[492]. A ce titre, la jurisprudence contourne l'exigence d'une *total failure of*

---

[487] Il convient de relever que la *total failure of consideration* présente également l'inconvénient de ne permettre, en principe, que les restitutions de somme d'argent [v. G. VIRGO, *op. cit.*, p. 308]. Cette règle s'explique par son origine historique. Les auteurs anglais considèrent que cette distinction suivant la nature des restitutions ne se justifie pas de sorte que la *failure of consideration* devrait pouvoir être admise indistinctement pour les restitutions en nature et en argent [*Ibid.*]. Les décisions jurisprudentielles semblent confirmer la possibilité d'obtenir des restitutions en nature sur le fondement de la *failure of consideration,* quoique ce principe n'ait pas été clairement reconnu [*Ibid.*].

[488] V. *infra*, n° 115 et s.

[489] Il est même affirmé, similairement au contrôle de la contrepartie ne droit français, que la considération ne doit pas être *illusory.* V. par ex. W. R. ANSON, *Principles of the English law of contract and of Agency in its relation to contract*, 2nd American from 4th London Edition, Chicago : Callaghan and Company, 1887, p. 93 : « Although Cours of Law will not inquire into the inadequacy of consideration, they will insist that it should not be illusory or unreal ».

[490] V. A. BURROWS, *The law of Restitution*, *op. cit.*, p. 330 et s. ; G. VIRGO, *op. cit.*, p. 323 et s.

[491] Cette dernière n'est admise que par exception notamment en matière de *frustration*.

[492] Deux principaux arguments sont invoqués pour fonder le rejet traditionnel des restitutions en cas de *partial failure of consideration* [v. A. BURROWS, *The law of Restitution*, *op. cit.*, p. 330 et s. ; G. VIRGO, *op. cit.*, p. 323 et s.]. Le premier tient d'une part, à la volonté de faire prévaloir la répartition des risques entre les parties : l'admission des restitutions en cas de *partial failure of consideration* conduirait en ce sens à la possibilité d'obtenir des restitutions en cas d'inexécution mineure du contrat, de sorte qu'il serait possible d'échapper à la répartition des risques du contrat. Cet argument tient difficilement dès lors que l'action en restitution est subordonnée à la condition que la force obligatoire du contrat ait été écarté, étant précisé qu'à côté des *restitutionnary claims* (actions en restitution), les contractants disposent des *compensatory claims* pour inexécution du contrat (action en dommages et intérêts pour inexécution du contrat, dite *breach of contract*). Il s'agit là d'un principe fondamental du droit des restitutions : les restitutions ne sont pas possibles que si le contrat est remis en cause [v. G. VIRGO, *op. cit.*, p. 40 et s., spéc. p. 40 : « One of the most important principles in the law of restitution is that restitutionary remedies cannot be awarded where their effect

*consideration* en considérant parfois que la *failure of consideration* est totale dans des cas où cela ne devrait *a priori* pas être le cas afin de permettre le jeu des restitutions. M. VIRGO parle de « *manipulation de la notion de total failure of consideration* » par la jurisprudence[493]. Pour ce faire, les juges vont parfois écarter certains bénéfices dits « collatéraux » – par opposition au bénéfice réel – pour considérer que la *consideration* est totalement défaillante[494]. Une autre technique est également utilisée : la répartition de la *consideration* (*apportionment of the consideration*)[495]. Il s'agit alors de considérer que la *consideration* est totalement défaillante dès lors qu'une part divisible de l'engagement contractuel n'a pas été exécuté, quand bien même les autres obligations auraient été pour tout ou partie remplies. En dépit de solutions jurisprudentielles allant dans le sens de l'admission de la *partial failure of consideration*, la Chambre des Lords n'a pas fait le choix de la consacrer quand elle en a eu l'occasion[496]. Le principe demeure donc celui de la *total failure of consideration*.

Au-delà de l'admission de la *partial failure of consideration*, une partie de la doctrine anglaise soutient que le caractère *void* du contrat résultant de son invalidité devrait finalement permettre de fonder des restitutions, c'est-à-dire de s'affranchir de la rigueur de la *total failure of consideration*[497]. L'idée est alors que, lorsque le contrat est *void*, il n'y a juridiquement aucun contrat valable de sorte qu'il n'y a pas *failure of consideration* mais, plus radicalement, *absence of consideration* dès la conclusion du contrat[498]. Le concept d'*absence of consideration* fonderait alors le droit aux restitutions dans les hypothèses d'invalidité du contrat conduisant à son caractère *void ab initio*[499]. La reconnaissance de la nullité du contrat comme fondement aux restitutions ne fait toutefois pas l'unanimité. D'après l'analyse de la doctrine, il ne serait en effet pas justifié d'admettre des restitutions – en dehors des cas de *total failure of consideration* – alors même qu'il n'y a aucune erreur des contractants sur la cause de la nullité du contrat ou

---

would be to subvert a contract ; the sanctity of the agreement between the parties is of paramount importance. (…) It is only where the agreement does not operate, or has ceased to operate, that the law of restitution should have a role to play in any dispute between the parties ». Traduction : « L'un des plus importants principes du droit des restitutions est que les restitutions constituent un remède qui ne peut pas être accordé si elles conduisent à contourner un contrat ; la force obligatoire des accords entre les parties est d'une importance capitale. (…) C'est seulement lorsque l'accord est ineffectif, ou a cessé d'être effectif, que le droit des restitutions peut avoir un rôle à jouer dans le litige entre les parties. »]. Le second argument au rejet de la *partial failure of consideration* comme fondement aux restitutions n'est guère plus valable. Il tient au fait que les juridictions refusaient traditionnellement d'admettre leur faculté d'ordonner des contre-restitutions (l'idée étant alors qu'il ne fallait pas pas substituer à une injustice une autre injustice). Cette faculté a fait l'objet d'une admission lente par les juridictions [v. G. VIRGO, *op. cit.*, p. 324].

[493] G. VIRGO, *op. cit.*, p. 318 et s.

[494] *Ibid.*

[495] *Ibid.*, p. 320.

[496] V. G. VIRGO, *op. cit.*, p. 326.

[497] V. *Ibid.*, p. 371 et s.

[498] *Ibid.*

[499] *Ibid.*, p. 374 et s.

autre circonstance, telle un abus d'une partie – c'est-à-dire, concrètement, lorsque les deux parties ont exécuté leur engagement en connaissance de cause[500].

Cette conception apparaît particulièrement intéressante dans une perspective comparative. En effet, la difficulté de la *total failure of consideration* est qu'elle ne permet pas des restitutions à défaut d'absence totale de contrepartie. En droit français, l'exigence d'une cause se traduit traditionnellement par un contrôle de la réalité de la contrepartie, dont le caractère illusoire ou dérisoire entraîne alors l'invalidité du contrat au même titre que son absence. Or, comme cela sera démontré ci-après, les solutions retenues en droit français sur le fondement de la contrepartie illusoire ou dérisoire se retrouvent en droit anglais, notamment en application d'institutions – telles que l'erreur ou l'*unconscionability* (forme de lésion qualifiée) – qui constituent des fondements reconnus aux restitutions, c'est-à-dire que le critère de la *total failure of consideration* n'a pas à être rempli[501].

En définitive, les droits français, anglais et allemand se rejoignent non seulement dans le principe de l'exigence d'une contrepartie pour la validité du contrat à titre onéreux mais, en outre, dans les conséquences de l'absence d'une telle contrepartie – entraînant la nullité du contrat et, le cas échéant, des restitutions.

**108. Conclusion du chapitre.** La nécessité du motif-contrepartie est un principe qui peut être unitairement établie en droits français, anglais et allemand. A ce titre, l'appréciation de la portée de la convergence des droits étudiés suppose d'examiner comment se concrétise cette exigence sur le plan du régime de l'intégration de la contrepartie, c'est-à-dire non seulement au regard des critères d'intégration du motif-contrepartie mais également des conséquences du défaut d'une telle intégration.

L'intégration d'une contrepartie pose, tout d'abord, la question du degré de précision exigé pour qu'une contrepartie soit considérée comme valablement intégrée. Les droits français, anglais et allemand imposent que la contrepartie soit au moins déterminable. Il n'est ainsi pas exigé que la contrepartie soit fixée dans son *quantum* au moment de la conclusion du contrat, pourvu qu'un procédé de détermination de la contrepartie ait été expressément ou tacitement convenu. Les procédés exprès classiquement admis sans difficulté dans les droits français, anglais et allemand sont alors les procédés objectifs – tels que les indices – ou encore subjectifs – lorsque, par exemple, le pouvoir de fixer la contrepartie est confié à un tiers. La possibilité de prévoir qu'un contractant aura le pouvoir de fixer le montant de la contrepartie qui consiste en

[500] V. G. VIRGO, *op. cit.*, p. 383 et s.
[501] C'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire d'établir une *failure of consideration*, et, par conséquent, le degré d'exécution du contrat est indifférent.

un prix est unitairement reconnue dans les droits étudiés, bien que la reconnaissance de cette possibilité ait soulevé des difficultés particulières en droit français, lesquelles doivent être relativisées. A défaut pour les parties d'avoir expressément prévu un procédé de fixation de la contrepartie, il est possible que celle-ci puisse être déterminée suivant une interprétation raisonnable du contenu du contrat ou encore en application de dispositions supplétives de volonté, de sorte qu'elle est tacitement déterminable.

L'intégration de la contrepartie – laquelle doit être *a minima* déterminable – pose, ensuite, la question des conséquences attachées à son indétermination. L'absence d'intégration valable d'une contrepartie conduit unitairement en droits français, anglais et allemand à invalider le contrat. Il en résulte que l'acte est anéanti rétroactivement ce qui, le cas échéant, conduit à des restitutions. Le rôle joué par les motifs est en droit du contrat donc fondamental, au regard de l'exigence d'intégration d'une contrepartie, dans la mesure où à défaut pour les parties d'intégrer un élément pouvant être identifié comme la contrepartie du contrat à titre onéreux, ce dernier ne pourra pas produire ses effets de droit.

**109. Conclusion du titre. «** *Il est de la nature de l'évidence qu'elle passe inaperçue* »[502]. Il pourrait sans doute être conclu en ces termes s'agissant de la nécessité de l'intégration du motif-contrepartie pour la validité du contrat à titre onéreux. En dépit de la spécificité des approches dogmatiques, l'exigence d'une contrepartie peut être unitairement établie dans les droits étudiés.

En droit français, la nécessité d'une contrepartie résultait de l'exigence de l'existence d'une cause pour la validité du contrat, laquelle était précisément identifiée à la contrepartie du contrat à titre onéreux. Depuis la réforme, la nécessité d'une contrepartie peut être fondée sur la définition du contrat à titre onéreux donné par l'article 1107 du Code civil : l'engagement intéressé suppose de recevoir un avantage en contrepartie. La contrepartie représente ainsi un élément structurel essentiel du contrat à titre onéreux.

A l'instar de l'ancienne exigence d'une cause en droit français, le droit anglais formalise l'exigence d'une justification minimale de l'engagement. C'est ce qui résulte de la mise en œuvre de la *consideration*. La *consideration* anglaise constitue le critère de reconnaissance des engagements juridiquement contraignant, au regard du *bargain* – c'est-à-dire de l'échange – qu'ils réalisent. Au-delà de la conception traditionnelle de la consideration, une analyse des solutions rendues en droit anglais témoigne que la justification de l'engagement exigée pour la reconnaissance du contrat tend à s'identifier à la contrepartie, s'agissant de l'acte intéressé.

---

[502] J. PAULHAN, *De la paille et du grain*, Gallimard, 1948.

Si le droit allemand ne dispose pas de concept similaire à la cause ou à la *consideration* – de nature à fonder le caractère nécessaire de la contrepartie – les règles en matière de *Dissens* imposent toutefois de considérer que le défaut d'accord sur la contrepartie, constituant un élément essentiel de la structure du contrat à titre onéreux, empêche la formation du contrat. L'idée est alors que si les parties ont l'intention de conclure un contrat à titre onéreux et qu'aucun accord sur la contrepartie n'a lieu alors aucun contrat ne peut être identifié. L'étude du droit allemand révèle ainsi que la question de la formalisation ou non de l'exigence d'une contrepartie n'est finalement qu'un choix de technique juridique.

La convergence des droits étudiés ne s'arrête toutefois pas à la reconnaissance d'un principe de nécessité de l'intégration du motif-contrepartie : elle se prolonge sur le terrain du régime de cette intégration. En effet, il est unitairement admis que, pour être valablement intégrée, la contrepartie doit être *a minima* déterminable, que ce soit par des procédés expressément ou tacitement prévus par les parties. A défaut pour la contrepartie d'être *a minima* déterminable, le contrat ne peut produire ses effets de droit : les droits français, anglais et allemand retiennent qu'il est nul *ab initio*, ce qui implique, le cas échéant, des restitutions.

L'intégration d'une contrepartie est nécessaire en ce qu'elle représente, techniquement, le caractère intéressé de l'engagement. A ce titre, les droits français, anglais et allemand vérifient que la contrepartie est, effectivement, porteuse d'un intérêt minimal pour son bénéficiaire puisqu'ils en sanctionnent l'insuffisance. C'est dire que la contrepartie prévue doit véritablement pouvoir être considérée comme un motif de l'engagement.

# TITRE 2 – L'INSUFFISANCE DE LA CONTREPARTIE

**110. L'exigence d'un intérêt minimal par le contrôle de la réalité de la contrepartie en droit français.** Un motif pouvant être identifié comme la contrepartie doit nécessairement intégrer le contrat intéressé pour que ce dernier puisse produire ses effets de droit. A ce titre, la contrepartie prévue ne doit pas être un élément de forme déconnecté de la réalité de la motivation des parties. La valeur de la contrepartie est en effet traditionnellement appréciée au moment de la formation du contrat : elle doit représenter un intérêt minimal pour son bénéficiaire. Ce contrôle – auparavant opéré sur le fondement de l'exigence d'une cause – porte, en droit français, sur l'existence contrepartie dite « *réelle et sérieuse* »[503]. Cette formule signifie que la présence formelle d'une contrepartie n'est pas satisfaisante : elle doit avoir une certaine consistance. Le contrôle de la réalité de la contrepartie est désormais consacré à l'article 1169 du Code civil selon lequel le contrat à titre onéreux dont la contrepartie est illusoire ou dérisoire est nul. La contrepartie est dérisoire lorsqu'elle est d'un montant jugé excessivement faible, ce qui suppose de la mettre en perspective avec la portée de l'engagement pris. La vérification de l'intérêt minimal porté par la contrepartie suppose alors d'apprécier l'équilibre contractuel défini par les parties.

**111. L'exigence d'un intérêt minimal par la sanction des déséquilibres contractuels graves en droit français.** Dire que la contrepartie doit être minimale signifie qu'elle doit avoir une certaine consistance sans pour autant que l'équilibre contractuel objectif soit requis : la contrepartie peut avoir une valeur inférieure à celle de l'engagement de son bénéficiaire[504]. Le contrôle de la réalité de la contrepartie ne conduit alors pas, en principe, à l'exigence d'équivalence des avantages obtenus par les parties. La simple lésion n'est ainsi, sauf exceptions, pas sanctionnée en droit français. Un contractant peut donc réaliser une bonne affaire pourvu que la contrepartie, devant représenter le motif minimal de l'engagement de son cocontractant, ne soit pas illusoire ou dérisoire. Il en est autrement dans des situations d'abus. La réforme a en effet consacré, à l'article 1143 du Code civil, un nouveau cas de violence constitué par l'abus de l'état de dépendance d'un contractant par l'autre qui en tire un avantage manifestement excessif. La contrepartie gravement disproportionnée, sans être pour

---

[503] V. par ex. Cass. civ. 1ère, 20 oct. 1981, n° 80-14741 , *Bull. civ.* I, n° 301, *D.* 1983. 73, note C. LARROUMET ; Cass. Com. 8 février 2005, n° 03-10749, *D.* 2006. 512, note D. FERRIER, *RTD com.* 2005. 825, note B. BOULOC, *D.* 2005. 1085, note T. LAMBERT.

[504] Cela correspond au principe de commutativité subjective consacré par l'article 1108 alinéa 1er du Code civil selon lequel « [l]e contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit ».

autant dérisoire, entraîne ainsi l'invalidité du contrat lorsque le déséquilibre contractuel résulte de l'exploitation par une partie d'un déséquilibre des positions contractuelles avec son cocontractant. Le contrôle de l'intérêt porté par la contrepartie, en tant que motif nécessaire de l'engagement, dépasse donc le cadre de l'article 1169 du Code civil – faisant dépendre la validité du contrat de l'existence d'une contrepartie qui ne soit ni illusoire, ni dérisoire – et même celui de la validité du contrat.

L'insuffisance de la contrepartie au regard de son caractère gravement disproportionné peut, en effet, conduire à la remise en cause du contrat en cours d'exécution. En témoigne deux institutions consacrées par la réforme de 2016, à savoir le dispositif relatif au changement imprévisible des circonstances et l'exception d'exécution en nature disproportionnée. L'article 1195 du Code trouve ainsi application « *[s]i 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* ». Dans une telle situation le texte prévoit alors plusieurs solutions alternatives : la renégociation du contrat entre les parties, leur accord pour résoudre le contrat ou demander au juge de l'adapter, et, à défaut, l'intervention du juge pour réviser le contrat ou y mettre fin. La remise en cause du contrat peut ainsi être fondée sur la survenance d'un changement de circonstances imprévisible perturbant excessivement l'équilibre contractuel, ce qui permet de prendre en compte l'insuffisance de l'intérêt porté par la contrepartie par rapport au poids de l'engagement.

Outre l'article 1195 du Code civil, l'insuffisance de la contrepartie au stade de l'exécution du contrat peut être prise en compte au titre de la mise en œuvre de l'article 1221. Ce texte prévoit en effet que l'exécution en nature peut être refusée lorsque son coût pour le débiteur est manifestement disproportionné par rapport à son intérêt pour le créancier. Ainsi que le relèvent des auteurs, « *[l]'exécution forcée ne devrait être écartée qu'en présence d'un coût, sinon exorbitant, du moins considérable pour le débiteur* »[505], ce qui suppose de mettre en perspective le coût de l'exécution par rapport à la contrepartie obtenue en retour. Le refus de l'exécution en nature disproportionnée est susceptible d'être retenu dans des hypothèses où l'avantage obtenu par le débiteur en contrepartie de l'exécution de son engagement apparaît très insuffisant, alors que l'intérêt du créancier à l'exécution en nature est « *non pas inexistant, mais tout de même insignifiant* »[506].

[505] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 779.
[506] *Ibid.*

**112. Le contrôle de l'intérêt minimal porté par la contrepartie en droit anglais.** Un contrôle de l'intérêt au contrat se retrouve en droit anglais. La *common law* retient ainsi le principe selon lequel la *consideration* doit être *sufficient* (suffisante)[507], c'est-à-dire qu'elle doit avoir une certaine valeur aux yeux de la loi (l'expression anglaise consacrée étant que la *consideration* doit être « *of some value in the eye of the law* »[508]). Il est par ailleurs retenu qu'une *consideration illusory* (illusoire) ou *unreal* (irréelle) n'est pas valable[509]. L'idée est alors également que la *consideration* doit avoir une valeur minimale pour être satisfaisante.

L'identification des critères d'appréciation de la valeur de la *consideration* impose toutefois de dépasser le seul cadre de cette dernière. En effet, des auteurs ont mis en évidence le lien entre la *consideration* et d'autres concepts de la théorie contractuelle, par lesquels le droit anglais s'assure que la justification de l'engagement constitue une « *good reason* », c'est-à-dire un bon motif[510]. C'est ce qui résulte notamment de la mise en œuvre de concepts relatifs à l'exploitation de la situation de vulnérabilité d'un contractant par l'autre, lequel se voit octroyer un avantage excessif au détriment de son cocontractant qui, pour sa part, reçoit une contrepartie jugée insuffisante. Les concepts de l'*undue influence* et de l'*unconscionability* constituent ainsi des *vitiating factors* fondant la remise en cause du contrat dans des cas de déséquilibres contractuels excessifs résultant de l'exploitation d'un contractant par l'autre.

Le déséquilibre contractuel excessif – caractérisant une insuffisance du motif-contrepartie – est également pris en compte en droit anglais au stade de l'exécution du contrat. En effet, l'exécution en nature (*specific performance*) est un remède d'équité[511] qui est refusé lorsqu'elle est manifestement disproportionnée[512]. Le principe de proportionnalité s'applique également aux dommages et intérêts dus en cas d'inexécution[513]. S'agissant du déséquilibre excessif résultant d'un événement imprévisible, il convient d'envisager l'application de l'institution anglaise relative à l'imprévision, à savoir la théorie de la *frustration*. En effet, le la *frustration* permet de contester le contrat en raison de la survenance d'un changement de circonstances imprévisibles rendant l'exécution du contrat radicalement différente de ce que les parties ont

---

[507] V. R. STONE, *The Modern Law of Contract*, 6th ed., 2005, Cavendish Publishing Limited, n° 3.5 et s.
[508] *Ibid.*
[509] V. Par ex. W. R. ANSON, *Principles of the English law of contract and of Agency in its relation to contract*, 2nd American from 4th London Edition, Chicago : Callaghan and Company, 1887, p. 93 : « Although Cours of Law will not inquire into the inadequacy of consideration, they will insist that it should not be illusory or unreal ».
[510] P. S. ATIYAH, *Essays in Contract*, Clarendon Press, 1986, p. 179 à 243.
[511] C'est-à-dire qu'il s'agit d'un remède de l'inexécution accordé suivant l'appréciation discrétionnaire du juge, la solution de principe reconnue par la *common law* étant l'attribution de dommages et intérêts. V. S. WHITTAKER, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », *RDC* 2005, n°1, p. 49.
[512] V. *infra*, n° 193 et s.
[513] V. *infra*, n° 211.

projeté[514]. Dès lors, bien que la *frustration* soit classiquement présentée comme ne s'appliquant pas au cas où l'exécution est simplement rendue plus onéreuse[515], il doit en être autrement dans l'hypothèse où l'exécution est rendue excessivement plus onéreuse.

**113. Le contrôle de l'intérêt minimal portée par la contrepartie en droit allemand.** En droit allemand, la nécessité d'une contrepartie a pu être démontrée précédemment à partir des règles relatives au *Dissens.* A défaut de formalisation de l'exigence d'une justification de l'engagement, la question des critères d'une contrepartie suffisante ne se pose pas en tant que telle en droit allemand. Aucun contrôle de la réalité de la contrepartie n'est ainsi formellement prévu par le BGB. Néanmoins, certaines institutions conduisent à prendre en compte l'insuffisance de la contrepartie. C'est notamment le cas du § 138 (2) du BGB, qui sanctionne l'usure (*Wücher*). D'après ce texte, *[e]st nul notamment tout acte juridique par lequel une personne se fait promettre ou accorder, soit à elle-même, soit à une autre, en contrepartie d'une prestation, des avantages patrimoniaux en disproportion flagrante avec cette prestation, et cela par exploitation de l'état de nécessité, de l'inexpérience, du défaut de capacité de jugement ou de la grande faiblesse de caractère d'autrui* »[516]. La sanction de l'usure suppose ainsi de considérer la valeur de la contrepartie dont il s'agit d'apprécier le caractère insuffisant au regard du déséquilibre des positions contractuelles des parties. En dehors de toute situation d'exploitation, le déséquilibre grave des prestations et, partant, l'insuffisance de l'intérêt porté par la contrepartie est contraire aux bonnes mœurs consacrées par le § 138 (1) du BGB[517]. La contrepartie doit donc, en tant que motif nécessaire, être porteuse d'un intérêt suffisant.

L'intérêt porté par la contrepartie est, par ailleurs, vérifié au stade de l'exécution du contrat. En effet, en droit allemand, le § 313 du BGB relatif aux troubles du fondement du contrat (*Geschäftsgrundlage*) permet de contester le contrat en cas de survenance d'événements imprévus qui, en cours d'exécution rend l'exécution du contrat insupportable (*unzumutbar*) pour l'une des parties, ce qui est le cas lorsque l'exécution est excessivement onéreuse[518]. C'est dire que, dans cette hypothèse, la contrepartie devient gravement insuffisante. L'insuffisance de la contrepartie est également prise en compte, en dehors du cadre de l'imprévision, au titre

---

[514] V. les propos de Lord RADCLIFFE dans l'arrêt *Davis Contractors Ltd v Fareham UDC* [1956] 2 All ER 145 : « (…) frustration occurs whenever the law recognizes that, without default of either party, a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract » [traduction : « la *frustration* se produit à chaque fois que la loi reconnaît que, sans manquement d'aucune des parties, une obligation contractuelle est devenue impossible à executer parce que les circonstances dans lesquelles elle est amenée à être exécutée en ferait quelque chose de radicalement différent de ce qui a été accepté par le contrat »].
[515] V. *infra*, n° 177.
[516] Traduction de l'allemand par G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, *op. cit.*
[517] V. *infra*, n° 148.
[518] V. T. FINKENAUER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage, 2016, § 313, n° 76 et s.

du rejet de l'exécution en nature disproportionnée. En effet, le § 275 (2) dispose que le débiteur n'est pas obligé à la prestation lorsque celle-ci requiert pour lui un effort disproportionné par rapport à l'intérêt qu'elle présente pour le créancier. La caractérisation d'un effort disproportionné pour le débiteur suppose alors que la contrepartie qu'il en retire soit manifestement insuffisante.

**114. La prise en compte de la valeur de la contrepartie au stade de la formation et de l'exécution du contrat.** L'intégration nécessaire d'une contrepartie se présente comme l'exigence d'un intérêt minimal au contrat, en tant que motif de l'engagement. Cela se vérifie au regard de la remise en cause du contrat sur le fondement de l'insuffisance de la contrepartie, ce qui dépasse le cadre de sa formation. En effet, si un contrôle de la valeur de la contrepartie convenue au moment de la conclusion du contrat se retrouve unitairement dans les droits étudiés, ces dernières admettent par ailleurs des institutions conduisant à prendre en compte l'insuffisance de la contrepartie au stade de son exécution. L'analyse de l'insuffisance de la contrepartie à la formation du contrat (Chapitre 1) précédera donc celle de l'insuffisance de la contrepartie en cours d'exécution du contrat (Chapitre 2).

**Chapitre 1 – L'insuffisance de la contrepartie à la formation du contrat**

**Chapitre 2 – L'insuffisance de la contrepartie en cours d'exécution du contrat**

## CHAPITRE 1 – L'INSUFFISANCE DE LA CONTREPARTIE A LA FORMATION DU CONTRAT

**115. Le double aspect du contrôle de la réalité de la contrepartie en droit français.** En droit français, l'exigence d'une cause pour la validité du contrat se traduisait par un contrôle de la réalité de la contrepartie. L'idée de ce contrôle de la réalité de la contrepartie est que sa seule présence formelle n'est pas satisfaisante : la contrepartie doit être porteuse d'un intérêt et, dès lors, correspondre à un motif de l'engagement. Dès lors, si l'intégration d'une contrepartie permet de conférer une apparence de contrat à titre onéreux, la validité de ce dernier dépend néanmoins de la vérification de l'avantage attendu du contrat en contrepartie de l'engagement. En ce sens, le contrôle de la réalité de la contrepartie suppose que celle-ci ne soit ni illusoire, ni dérisoire. C'est ce que consacre désormais l'article 1169 du Code civil, aux termes duquel la validité du contrat à titre onéreux dépend en droit français de la réalité de la contrepartie qui ne doit être ni illusoire, ni dérisoire.

**116. La convergence des solutions concrètes retenues par les droits français, anglais et allemand.** Le contrôle de la réalité de la contrepartie – tel qu'il est consacré par l'article 1169 du Code civil en droit français – ne se retrouve pas formalisé de façon unitaire en droits anglais et allemand. Il convient alors de préciser le sens de la formule selon laquelle la contrepartie ne doit pas être illusoire ou dérisoire afin d'identifier d'éventuelles voies de convergence entre les droits étudiés. Les caractères illusoire et dérisoire apparaissent assez difficiles à distinguer.

Le terme illusoire renvoie à ce qui fait illusion, ce qui n'est pas conforme à la réalité, ce qui est sans existence. La contrepartie est alors illusoire lorsque, bien qu'étant *a priori* présente, son apparence est trompeuse : elle est dénuée en réalité de consistance. C'est le cas, par exemple, lorsque la contrepartie est privée de toute consistance au regard de données de fait mais aussi lorsque certaines stipulations contractuelles contredisent directement la contrepartie prévue. Une sanction similaire de la contrepartie illusoire se retrouve en droit anglais sur le fondement de la *consideration.* D'ailleurs, l'idée selon laquelle la *consideration* ne doit pas être *illusory* est parfois expressément exprimée par la doctrine[519]. En revanche, en droit allemand, le principe selon lequel la contrepartie ne doit pas être illusoire n'est pas formellement reconnue. Pour autant, les résultats concrets obtenus au titre du caractère illusoire de la contrepartie se retrouvent en droit allemand.

[519] V. par ex. M. FURMSTON, G.J. TOLHURST, *op. cit.*, n° 11.116 et s.

Le terme dérisoire renvoie quant à lui à ce qui est insignifiant, négligeable. La contrepartie est dérisoire lorsque son montant est si faible qu'il confine à l'absence total de contrepartie. L'avantage prévu ne peut être qualifié de dérisoire qu'au regard de la portée de l'engagement dont il constitue la contrepartie. C'est dire que la caractérisation du caractère dérisoire de la contrepartie suppose alors de considérer le déséquilibre contractuel grave[520]. L'analyse de la contrepartie dérisoire sans l'angle du déséquilibre contractuel extrême permet d'identifier des solutions convergentes en les droits anglais et allemand, lesquels intègrent des institutions permettant de sanctionner de tels déséquilibres.

C'est ce qu'il convient de démontrer en considérant, tout d'abord, la sanction de la contrepartie illusoire (Section 1) et, ensuite, celle de la contrepartie gravement disproportionnée (Section 2).

## *Section 1 – La sanction de la contrepartie illusoire*

**117. La contrepartie contredite.** La contrepartie est illusoire lorsqu'elle fait illusion : une contrepartie est bien intégrée au contrat mais elle ne repose sur rien de sérieux, elle est trompeuse. La contrepartie apparemment présente se retrouve alors contredite par certains éléments qui la privent de toute consistance, ce qui témoigne d'une insuffisance du motif minimal de l'engagement nécessaire à la validité du contrat.

Les éléments contredisant l'apparence d'une contrepartie peuvent d'abord être de nature contractuelle : dans ce cas, certaines clauses du contrat s'avèrent incohérentes avec la prévision relative à la contrepartie, laquelle est alors privée de sa substance. A ce titre, en droit anglais, la notion d'*illusory terms*[521] – les stipulations illusoires – et, plus particulièrement, celle d'*illusory consideration*[522], renvoie précisément à la question de la cohérence de l'accord. La *consideration* est alors considérée comme illusoire dans le cas où celui qui en est débiteur se réserve le pouvoir discrétionnaire de ne pas s'exécuter, c'est-à-dire que les termes du contrat contredisent directement l'avantage que son engagement est censé représenter pour son

---

[520] L'expression d' « équilibre contractuel » – ou encore « équilibre du contrat » ou « équilibre général du contrat » – est fréquemment employée par la Cour de cassation. V. par ex. Civ. 1ère, 31 oct. 2012, n° 11-15.529, *D.* 2012. 2658, *RTD civ*. 2013. 109, obs. B. FAGES ; Com. 7 oct. 2014, n° 13-21.086, *D.* 2014. 2329, note F. BUY, *ibid.* 2015. 943, obs. D. FERRIER, *RTD civ.* 2015. 381, obs. H. BARBIER, *RTD com*. 2015. 144, obs. B. BOULOC ; Com. 7 juin 2016, n° 14-17.978, *D.* 2016. 2042, note D. BAUGARD et N. BORGA ; *ibid*. 2365, obs. J.-C. HALLOUIN, E. LAMAZEROLLES et A. RABREAU, *ibid.* 2017. 375, obs. M. MEKKI, *RTD civ.* 2016. 614, obs. H. BARBIER ; Civ. 3ème, 30 nov. 2017, n° 15-22.861, *D.* 2018. 371, obs. M. MEKKI, *AJ fam*. 2018. 46, obs. M. SAULIER, *Rev. sociétés* 2018. 298, note J.-J. ANSAULT, *RTD civ.* 2018. 102, obs. H. BARBIER, *ibid.* 146, obs. P.-Y. GAUTIER, *RTD com*. 2018. 380, obs. A. LECOURT.

[521] V. M. FURMSTON, G.J. TOLHURST, *op. cit.*, n° 11.20.

[522] *Ibid.*, n° 11.116 et 11.117.

cocontractant[523]. Une telle situation rejoint la problématique générale rencontrée en droit français de la contradiction de certaines clauses du contrat – notamment les clauses limitatives de responsabilité – avec la portée de l'engagement pris.

La contrepartie peut ensuite être illusoire au regard de sa contradiction avec certains éléments de fait. Dans ce cas, la confrontation de la contrepartie prévue avec certaines données matérielles conduit au constat de son inconsistance totale. L'élément prévu en contrepartie d'un engagement ne représente ainsi aucun avantage réel. Une telle contrepartie est insatisfaisante dans chacun des droits étudiés.

En toute hypothèse, la contrepartie illusoire conduit à invalider le contrat dès lors qu'elle est insuffisante au regard de l'exigence d'une justification minimale à l'engagement. Elle constitue une apparence de contrepartie qui est contredite soit par des clauses du contrat (§1), soit par des éléments de fait (§2).

## §1- La contrepartie contredite par les clauses du contrat

**118. L'exigence de cohérence du contrat**. Convenir d'un avantage en contrepartie d'un engagement tout en intégrant des clauses conduisant à le priver de sa substance n'est pas satisfaisant au regard de l'exigence d'une justification minimale de l'engagement.

S'agissant du droit français, la question s'est d'abord posée dans le cadre du contrôle de l'existence de la cause. La solution de cette jurisprudence est désormais bien connue : le recours à certaines stipulations contractuelles ne peut aboutir à priver le contractant de contrepartie à son engagement. Comme l'affirme Mme HELLERINGER dans sa thèse : « *[l]es clauses de prestations contribuent à définir, y compris dans l'hypothèse d'une défaillance, les engagements des parties. Elles fixent la substance de ceux-ci par couches successives, les précisant toujours plus finement. Cette définition par additions et soustractions fait naître le danger que les engagements de l'une ou de l'autre partie soient finalement vidés de leur chair* »[524]. La sanction des clauses incohérentes avec la contrepartie a été retenue s'agissant tout particulièrement des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité[525].

**119. La question centrale des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité**. Comme leur nom l'indique, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité visent à

[523] *Ibid.*, n° 11.20.
[524] G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, these, préface L. AYNES, postface F. TERRE, L.G.D.J., 2012, n° 286.
[525] V. pour une analyse récente de ces clauses, M. LEVENEUR-AZEMAR, *Etude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, thèse, préface Y. LEQUETTE, L.G.D.J., 2017.

limiter ou exclure la responsabilité d'une partie en cas d'inexécution de son engagement. Elles sont, dès lors, de nature à vider de sa substance l'obligation dont le débiteur est tenu lorsque la mesure de la limitation ou la portée de l'exclusion sont d'une importance telle que, finalement, l'idée même d'engagement sous la sanction du droit se trouve remise en cause. Ces clauses ont concentré l'essentiel du contentieux s'agissant de la cohérence du contrat dans le cadre du contrôle de la réalité de la contrepartie, en droit français, comme en droits anglais et allemand. S'agissant plus particulièrement du droit français, elles ont donné lieu à une série d'arrêts célèbres rendus en matière de clauses limitatives de la responsabilité d'une société de transport rapide, décrite comme la saga *Chronopost*. La solution résultant de cette jurisprudence a été consacrée en termes généraux par l'article 1170 du Code civil français, lequel dispose que « *[t]oute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». C'est dire que la sanction des clauses incohérentes n'est pas exclusive aux clauses de responsabilité. Sans exprimer une telle règle générale, certaines solutions des droits anglais et allemand conduisent similairement à sanctionner les clauses incohérentes avec la contrepartie attendue du contrat.

**120. L'existence de solutions similaires spécialement retenues pour certains types de contrats en droits anglais et allemand**. La saga *Chronopost* en droit français n'est pas sans présenter certaines similitudes avec la théorie de la *fundamental breach* développée par la jurisprudence anglaise. En effet, cette dernière a conduit, de façon similaire, à la mise à l'écart des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans des hypothèses d'inexécution de l'obligation essentielle. Les difficultés soulevées en particulier par les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité sont clairement reliées par la doctrine anglaise à celles des *standard form contracts*, soit les contrats d'adhésion[526]. Dans le même sens, le BGB prévoit la suppression des clauses incohérentes avec la contrepartie dans le cadre spécifique des contrats d'adhésion. En effet, le § 307 du BGB relatif aux conditions générales d'affaires prévoit la sanction des clauses restreignant « *les droits et obligations essentiels découlant de la nature du contrat, de telle sorte que la réalisation du but contractuel est menacée* ».

Il convient, en définitive, de mesurer, dans un premier temps, la portée de la suppression générale des clauses incohérentes avec la contrepartie consacrée en droit français (A), afin de déterminer si cette règle est source de divergence avec les droits anglais et allemand, qui ne

[526] V. par ex. M.P. FURMSTON, *op. cit.*, p. 206 : « *The problems caused by exclusion clauses overlap with those caused by two other emergent themes of modern contract law, the increased use of standard forms contracts and the development of special rules for the protection of consumers* ».

sanctionnent que de façon spéciale les clauses de responsabilité incohérentes avec la contrepartie (B).

### A- La suppression générale des clauses incohérentes en droit français

**121. Le cadre de la jurisprudence *Chronopost*.** La force du contrôle de la cohérence du contrat, sur le fondement de la cause, s'est illustrée en droit français avec la célèbre jurisprudence *Chronopost*[527]. En l'espèce, la société Banchereau souhaitait envoyer deux plis en vue d'une soumission à une adjudication et, afin de respecter le délai octroyé pour le dépôt des offres, la société expéditrice recourut aux services de la société Chronopost s'engageant à livrer les plis à leur destinataire le lendemain de leur envoi, avant midi. La société Chronopost n'ayant pas livré les plis le lendemain avant midi, comme elle s'y était engagée, ils arrivèrent après la date limite de dépôts des offres pour l'adjudication. En conséquence, la société Banchereau intenta une action contre la société Chronopost afin d'obtenir réparation de son préjudice subi en raison de l'inexécution de son obligation de célérité et consistant en la perte de chance de voir son offre retenue lors des adjudications. Le défendeur invoqua alors la clause limitative de sa responsabilité fixant un plafond d'indemnisation à hauteur du prix du transport. Au visa de l'ancien article 1131 du Code civil, la Cour estima que cette clause devait être réputée dans la mesure où elle « *contredisait la portée de l'engagement pris* ». En d'autres termes, au regard du supplément de prix payé par l'expéditeur du pli, les juges ont considéré que la société *Chronopost* s'engageait à une livraison présentant des garanties de rapidité et de fiabilité, garanties contredites par le faible montant de l'indemnisation maximale prévue en cas d'inexécution.

Le demandeur ne put toutefois prétendre à l'indemnisation de son entier préjudice. En effet, il résulte d'un second arrêt *Chronopost* de 2002, que dès lors que la clause limitative de responsabilité convenue devait être réputée non écrite, les dispositions supplétives du décret du 4 mai 1988 portant sur le contrat-type messagerie trouvaient à s'appliquer, notamment celle fixant un plafond légal d'indemnisation de la responsabilité du transporteur, sauf en cas de faute lourde de ce dernier[528]. Or la limitation de la responsabilité prévue était identique à celle de la

[527] V J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation, op. cit.*, n° 740 et s.
[528] Cass. Com., 9 juillet 2002, *Bull.*, IV, n° 121, *D.* 2002, p. 2329, obs. E. CHEVRIER, D. MAZEAUD et P. DELEBECQUE, *RTD civ.* 2003, p. 567, obs. N. MOLFESSIS.

clause limitative de responsabilité initialement convenue : une limitation à hauteur du prix du transport (article 15 du décret du 4 mai 1988)[529].

**122. La particularité des faits de l'espèce.** Au regard du fait que la limitation de responsabilité prévue par décret rejoint celle faisant l'objet de la clause litigieuse, il apparaît clairement que le problème de la clause limitative de responsabilité du transporteur ne se situait pas tant sur le plan du contenu de la clause en lui-même que sur celui du procédé de son intégration, c'est-à-dire le fait qu'elle ait été imposée par le transporteur lui-même au titre de ses conditions générales. La nature de la relation contractuelle entre les parties justifiait donc une appréciation particulière de la contrepartie minimale exigée pour la validité du contrat.

A ce titre, il pourrait être considéré que si une clause est de nature à compromettre l'obligation essentielle, alors même qu'elle est le fruit de la liberté contractuelle des contractants, c'est que la contrepartie n'est peut-être pas celle qu'une appréhension immédiate du contrat suggère. La contrepartie ne peut en effet être prédéterminée, préétablie à l'avance,

---

[529] La suite de la saga *Chronopost* concernait alors la question de la caractérisation d'une faute lourde afin d'écarter le plafond d'indemnisation. Lorsque la Chambre mixte fut saisie de cette question, elle affirma, outre le fait que le seul manquement à une obligation essentielle du contrat ne peut suffire à caractériser une telle faute, qu'« *une clause limitant le montant de la réparation est réputée non écrite en cas de manquement du transporteur à une obligation essentielle du contrat* » [Chambre mixte 22 avril 2005, n° 03-14.112; *D.* 2005, 1864 note J.-P. TOSI, 2836, obs. S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON, 2748, obs. H. KENFACK ; *RTD civ.* 2005. 604, obs. P. JOURDAIN, et 779 obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTD com. 2005. 828, obs. B. BOULOC ; *JCP G* 2005.II.10066, obs. G. LOISEAU ; *RDC* 2005. 651, avis R. DE GOUTTES, 673, obs. D. MAZEAUD, et 752, obs. P. DELEBECQUE]. Une formulation similaire fût par la suite reprise dans d'autres arrêts [V. par ex. Com. 21 févr. 2006, n° 04-20.139, *D.* 2006. 717, obs. E. CHEVRIER, *RTD civ.* 2006. 322, obs. P. JOURDAIN, *RTD com*. 2006. 909, obs. B. BOULOC, *CCC* 2006. Comm. 103, obs. L. LEVENEUR, *RDC* 2006. 694, obs. D. MAZEAUD ; Com. 30 mai 2006, n° 04-14.974, *D.* 2006. 1599, obs. X. DELPECH, 2288, note D. MAZEAUD, 2638, obs. S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON, et 2007. 111, obs. H. KENFACK, *RTD civ.* 2006. 773, obs. P. JOURDAIN, *RTD com.* 2007. 224, obs. B. BOULOC, *RDC* 2006. 1075, obs. Y.-M. LAITHIER, et 1224, obs. S. CARVAL ; Com. 13 juin 2006, n° 05-12.619, *D.* 2006. 1680, et 2007. 111, obs. H. KENFACK, *RTD civ.* 2006. 773, obs. P. JOURDAIN, RTD com. 2007. 224, obs. B. BOULOC, *JCP G* 2006. II. 10123, obs. G. LOISEAU ; Com. 13 févr. 2007, n° 05-17.407, *D.* 2007. 654, obs. X. DELPECH et 2966, obs. S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON, *RTD civ.* 2007. 567, obs. B. FAGES, *Defrénois* 2007. 1042, obs. R. LIBCHABER, *JCP G.* 2007. I. 185, obs. P. STOFFEL-MUNCK, et II. 10063, obs. Y.-M. SERINET, *RDC* 2007. 707, obs. D. MAZEAUD, et 746, obs. S. CARVAL ; Com. 5 juin 2007, n° 06-14.832, *D*. 2007. 1720, obs. X. DELPECH et 2966, obs. S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON, *RTD civ.* 2007. 567, obs. B. FAGES, *RTD com.* 2008. 174, obs. B. BOULOC, *JCP G* 2007. II. 10145, obs. D. HOUTCIEFF, *RDC* 2007. 1121, obs. D. MAZEAUD, et 1144, obs. S. CARVAL.]. Or, par cette tournure, la Cour de cassation introduisit une solution radicalement différente de celle de l'arrêt *Chronopost*. D'après sa motivation, en effet, si la clause devait être réputée non écrite, c'est parce qu'elle concernait l'inexécution de l'obligation essentielle, et non pas parce qu'elle en contredisait la portée, la vidait de sa substance. Dès lors, le seul fait pour une clause limitative ou exclusive de responsabilité de viser l'inexécution de l'obligation essentielle suffisait à ce qu'elle soit réputée non écrite, ce qui n'est pas le sens de la solution de 1996, laquelle imposait un contrôle non pas du seul objet de la clause mais de ses effets. Cette solution, critiquée par la doctrine [V. not. D. MAZEAUD, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », *D.* 2008. 1776], avait pour conséquence de condamner le recours aux clauses limitatives ou exclusives de responsabilité, technique contractuelle dont l'intérêt concret est précisément le plus souvent d'encadrer la responsabilité du débiteur en cas de manquement à son obligation essentielle. La Cour de cassation a toutefois par la suite corrigé sa jurisprudence en revenant sur le sens premier de la solution de l'arrêt *Chronopost*, notamment par un arrêt du 18 décembre 2007 [Cass. com. 18 décembre 2007, n° 04-16.069, *D.* 2008, *AJ,* p. 154, note X. DELPECH : « *ayant relevé que la clause litigieuse limitait l'indemnisation pour la seule coupure inopinée de courant, sauf en cas de faute lourde du fournisseur, la cour d'appel a pu retenir que cette stipulation n'avait pas pour effet de vider de toute substance l'obligation essentielle de fourniture d'électricité, caractérisant ainsi l'absence de contrariété entre ladite clause et la portée de l'engagement souscrit* »]. D'après cet arrêt, les juges doivent se livrer à une véritable appréciation *in concreto* pour déterminer si la clause a pour effet de contrarier la portée de l'engagement souscrit.

elle doit au contraire faire l'objet d'une appréciation concrète au regard des éléments du champ contractuel. Le paradoxe est latent : comment une clause de nature à participer à la définition de la contrepartie convenue, en ce qu'elle intègre le contenu du contrat voulu par les parties, pourrait-elle être de nature à y porter atteinte ? Si les parties s'accordent pour limiter la responsabilité du transporteur rapide au prix du transport, cela ne devrait-il pas avoir une incidence sur la mesure de la portée de son obligation ?

Il semble d'ailleurs que la clause limitative de responsabilité ne privait pas en réalité le cocontractant d'une contrepartie minimale exigée au titre de la validité du contrat. Certes, un surcoût est payé par l'expéditeur en contrepartie de la garantie de la livraison dans un certain délai, et l'engagement de célérité dans la livraison apparaît comme une obligation de résultat : si la livraison a lieu plus tard qu'à l'heure convenue, l'inexécution est caractérisée. Toutefois, la limitation de la responsabilité ne vide pas cet engagement de sa substance dans la mesure où, à défaut de livraison dans les délais, l'inexécution est caractérisée et le transporteur est tenu de rembourser l'acheteur du prix du transport. L'inexécution de l'obligation de célérité n'est donc pas neutre pour le transporteur, au contraire il se retrouve même potentiellement privé de tout intérêt au contrat. Ce n'est en définitive pas à la portée de l'obligation de célérité que la clause limitative de responsabilité porte atteinte. Ce qui se retrouve exclu ce sont que les risques tenant à l'intérêt personnel de l'expéditeur à la livraison rapide puisque l'indemnisation du gain manqué en cas d'inexécution se retrouve par avance refusée. En d'autres termes, la clause ne porte pas atteinte à l'obligation de célérité mais à la répartition normale des risques : alors que le gain attendu de l'exécution du contrat pourrait être, à certaines conditions, indemnisable, la clause a pour effet de modifier la répartition normale – à défaut de stipulations contraires – de la charge de ce risque pour le faire supporter par l'expéditeur amené à le subir. Or une telle répartition des risques n'est pas sanctionnée dans l'absolu, c'est-à-dire qu'elle n'est pas en tant que telle rigoureusement inacceptable : en témoigne le plafond d'indemnisation fixé par décret dans le cadre des contrats types messagerie.

Il apparaît donc que si la clause prive de substance la contrepartie, il ne s'agit pas tant de la contrepartie minimale *convenue*, laquelle ne peut être appréciée qu'au regard du contenu du contrat lui-même, que de la contrepartie minimale *normalement attendue* par l'expéditeur suivant la répartition légale des risques. Cette contrepartie minimale normalement attendue se retrouve alors prise en compte pour des considérations de politique juridique tenant à la protection du contractant qui, à moins de renoncer au contrat, n'a pas d'autre choix que d'accepter les conditions générales du transporteur. En ce sens, selon un auteur, « *[i]l ne faut pas perdre de vue qu'à l'origine la jurisprudence Chronopost a été conçue pour lutter contre*

*des stipulations non négociées, incluses dans les contrats de masse, et directement contraires à une promesse publicitaire* »[530]. Au-delà de la jurisprudence *Chronopost*, les arrêts dans lesquels des clauses ont été réputées non écrites en raison de leur incohérence avec la contrepartie s'inscrivent ainsi dans le cadre de relations contractuelles particulières, témoignant d'un déséquilibre des positions contractuelles des parties[531].

**123. La suppression des clauses incohérentes en présence d'un déséquilibre des positions contractuelles des parties**. L'éradication de clauses compromettant la contrepartie s'est opérée pour d'autres clauses que celles limitatives ou exclusives de responsabilité dans des cas où, comme dans l'arrêt *Chronopost*, elles figuraient dans les conditions générales d'un prestataire. Ainsi, par exemple, la Chambre commerciale, dans un arrêt du 15 février 2000, a retenu que la clause rejetant expressément l'indivisibilité entre deux conventions, devait être écartée au motif qu'elle était « *en contradiction avec l'économie générale du contrat* »[532]. Un contrat de diffusion de publicités dans une officine de pharmacie avait été conclu. Les publicités étaient alors diffusées sur un matériel fourni par la société de publicité et financé en crédit-bail par une autre société. La société de publicité ayant cessé la diffusion de publicités, le pharmacien, qui ne percevait plus de redevances publicitaires, a cessé de s'acquitter de son obligation à l'égard du crédit bailleur. Le crédit bailleur invoqua la clause du contrat par laquelle le pharmacien avait expressément accepté d'assumer le risque de la défaillance du prestataire de service, le contrat précisant que le locataire restait tenu du montant des loyers même en cas de résiliation ou d'annulation du contrat d'exploitation conclu avec la société de publicité. L'indépendance des contrats avait donc été intégrée au titre des conditions particulières du contrat de location. Cet argument ne convainquit pas la Cour d'appel dont la solution fut approuvée par la Cour de cassation. Elle considéra qu'il « *s'agissait d'un matériel très spécifique et que la seule cause du contrat de crédit-bail était constituée par le contrat de prestations d'images* ». La cause du contrat de crédit-bail ne consistait pas en la seule mise à

---

[530] B. FAGES, « Manquement à une obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », *RTD civ.* 2007, p. 567.

[531] A ce titre, la sanction de l'incohérence du contrat, réalisée par la Cour de cassation sur le fondement de la cause ne manque pas de rappeler le contrôle des clauses abusives opéré en matière de contrats de consommation, au titre de l'application de l'article L 212-1 alinéa 1er du Code de la consommation. En effet, ce texte pose une disposition générale selon laquelle sont qualifiées d'abusives « *les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ». Dès lors, ce texte permet donc de sanctionner, en matière de contrats de consommation, des clauses qui, sans avoir pour objet direct de définir la contrepartie [v. article L 212-1 du Code de la consommation, alinéa 2: « L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible »] sont telles qu'elles la vident concrètement de sa substance.

[532] Cass. com. 15 février 2000, n° 97-19.793 ; *D.* 2000, somm. P. 364, obs. P. DELEBECQUE ; *Défresnois* 2000, p. 1118, obs. D. MAZEAUD ; *JCP G* 2000, I, 272, n° 9, obs. A. CONSTANTIN ; *JCP E* 2001, p. 269, obs. J.-B. SEUBE.

disposition du matériel : l'utilisation spécifique du matériel dans le cadre du contrat de prestations d'images participait de la définition de la contrepartie qui pouvait être attendue du contrat de crédit-bail, en dépit de la clause, les contrats étant alors interdépendants. La clause de divisibilité des conventions, insérée dans le contrat de crédit-bail au titre des conditions particulières du crédit bailleur, était donc de nature à compromettre la contrepartie attendue par le preneur[533]. Cette solution, comme celle de l'arrêt *Chronopost*, se justifie au regard de la situation particulière des contractants, l'un d'eux acceptant les conditions contractuelles de l'autre. Elle n'a alors pas été retenue dans des cas où un tel déséquilibre des positions contractuelles ne pouvait être caractérisé.

**124. L'inopportunité de l'application de la solution en l'absence de déséquilibre des positions contractuelles, l'affaire *Faurecia***. La jurisprudence eut à considérer l'application du principe de l'arrêt *Chronopost* de 1996 s'agissant d'un contrat informatique conclu entre les sociétés Oracle et Faurecia. Le contrat visait à déployer un nouveau logiciel informatique sur des sites de l'équipementier automobile. En raison de l'inexécution de son engagement par la société Oracle, les juges furent notamment saisis de la question de l'application de la clause limitative de sa responsabilité insérée au contrat. La Cour de cassation a estimé que la société Oracle, en ne livrant pas la version du logiciel commandée, avait manqué à une obligation essentielle, cette dernière étant « *de nature à faire échec à l'application de la clause limitative de réparation* »[534]. En d'autres termes, la Cour de cassation a fait application de la solution consistant à déplacer le contrôle des clauses de l'appréciation de leur effet à celui de leur objet, à savoir l'obligation essentielle du débiteur. En cela la solution retenue par la Cour de cassation était critiquable. Mais elle l'était aussi au regard de la nature des relations contractuelles en présence[535]. En effet, ainsi que le relève M. FAGES « *on n'imagine pas que, dans ce type d'opération contractuelle, marquée par le sur-mesure, cette stipulation relative à la responsabilité du prestataire de service informatique n'ait pas fait l'objet d'une discussion entre les parties avant d'être acceptée telle quelle en connaissance de cause* »[536]. Les faits de

---

[533] La Chambre mixte a par la suite consacré le principe selon lequel « les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants », de sorte que « sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance » [Cass. Chambre mixte 17 mai 2013, n° 11-22.768 et 11-22.927, v. L. LEVENEUR, « Interdépendance contractuelle – Location financière, la clause d'indépendance du contrat n'est pas valable !, CCC 2013, n°8-9, comm. 176 ; D. MAINGUY, « Location financière, interdépendance des contrats et clauses d'indépendance », JCP E, 2013. 1403 ; F. BUY, « L'interdépendance contractuelle à l'honneur », JCP G 2013. 1155 ; J.-B. SEUBE, « Haro sur les clauses de divisibilité ! », JCP G 2013].

[534] Com. 13 févr. 2007, Bull. civ. IV, n° 43 ; *D.* 2007. AJ 654, obs. X. DELPECH, et Pan. 2975, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.* 2007. 567, obs. B. FAGES ; *JCP G* 2007. II. 10063, note Y.-M. SERINET, et I. 185, n° 10, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; *RDC* 2007. 707, obs. D. MAZEAUD, et 746, obs. S. CARVAL.

[535] V. B. FAGES, « Manquement à une obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », art. préc.

[536] *Ibid.*

l'espèce ne sont clairement pas comparables à ceux des précédents arrêts évoqués et ayant justifié une sanction de la clause litigieuse. La position de la Cour de cassation ne fut pas suivie par la Cour d'appel de renvoi.

Comme cela a été présenté, la Cour de cassation – entre-temps revenue à l'essence de la jurisprudence *Chronopost* – n'a jamais entendu supprimer, automatiquement, toute clause limitative ou exonératoire de responsabilité du seul fait qu'elle vise l'inexécution d'une obligation jugée essentielle. Dans un second arrêt *Faurecia*[537], la Cour de cassation a alors contredit sa solution précédente. Elle réaffirma ainsi le principe selon lequel « *seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur* ». La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre la Cour d'appel ayant fait application de la clause, au motif que « *le montant de l'indemnisation négocié aux termes d'une clause stipulant que les prix convenus reflètent la répartition du risque et la limitation de responsabilité qui en résultait, n'était pas dérisoire* ». Par conséquent, la Cour a estimé que la limitation de responsabilité participait de la répartition des risques librement définie entre les parties.

Au regard de cette jurisprudence, il peut être défendu que la suppression des clauses incohérentes avec la contrepartie suppose un contexte contractuel particulier, à savoir un déséquilibre des positions contractuelles des parties justifiant une appréciation particulière de la contrepartie qui peut être raisonnablement attendue. La généralisation de la sanction des clauses incohérentes avec la contrepartie soulève alors des interrogations.

**125. La généralisation de la sanction des clauses incohérentes avec la contrepartie.** La jurisprudence conduisant à la suppression des clauses incohérentes avec la cause de l'engagement d'une partie a été consacrée par la réforme à l'article 1170 du Code civil. Ce texte prévoit que « *[t]oute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». Bien que la caractérisation d'une situation de déséquilibre des positions contractuelles ne soit pas exigée, il peut être supposé que ce texte s'appliquera lorsque des circonstances particulières justifieront qu'une clause du contrat soit écartée au motif qu'elle contredit la contrepartie minimale qui peut être raisonnablement attendue par un contractant. C'est dire que la jurisprudence continuera, vraisemblablement, à faire montre de « *plus d'égards pour la nature du contrat* », et ménagera « *un sort plus favorable aux clauses*

[537] Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, *D.* 2010. 1832, obs. X. DELPECH ; *ibid.* 1697, édito. F. ROME, note D. MAZEAUD ; *JCP G* 2010, n° 787, note D. HOUTCIEFF.

*limitatives ayant fait l'objet d'une négociation individuelle entre les parties* »[538]. A ce tire, l'article 1170 du Code civil complète le mécanisme du code civil spécialement prévu pour le contrat d'adhésion. En effet, la réforme a également introduit dans le Code civil un contrôle spécial du déséquilibre significatif des contrats d'adhésion. L'article 1171 du Code civil dispose ainsi que « *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* ». D'après l'article 1110 du Code civil, le contrat d'adhésion – par opposition au contrat de gré à gré « *dont les stipulations sont négociables entre les parties* – est « *celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Or il n'est pas exclu que, dans le cadre d'un contrat qualifié de gré à gré, un contractant se retrouve contraint d'accepter une stipulation qui est de nature à contrarier la contrepartie qu'il peut raisonnablement attendre du contrat. Dans une telle situation, l'article 1170 du Code civil est susceptible de trouver application.

Au demeurant, bien que les droits allemands et anglais ne retiennent pas, de façon générale, le principe selon lequel les clauses de responsabilité ne doivent pas être incohérentes avec la contrepartie, l'existence d'une solution spécialement retenue pour des contrats présentant un déséquilibre des positions contractuelles, tend à un rapprochement des résultats concrets entre les droits étudiés.

### B- La sanction spéciale des clauses incohérentes avec la contrepartie en droits anglais et allemand

**126. Identification de deux fondements distincts.** L'exigence de l'intégration d'un motif minimal de l'engagement, identifié comme la contrepartie du contrat intéressé, suppose que l'avantage prévu à ce titre soit suffisant. Ce n'est pas le cas lorsque l'avantage minimal qui peut normalement être attendu par un contractant est directement contredit par les conditions générales d'affaire de son cocontractant. Tandis que cette solution a été fondée, en droit anglais, sur les règles d'interprétation du contrat (1), elle est consacrée, en droit allemand au § 307 (2) du BGB (2).

[538] Suivant le souhait de M. FAGES, selon lequel : « Sans doute faut-il avoir plus d'égards pour la nature du contrat et ménager un sort plus favorable aux clauses limitatives ayant fait l'objet d'une négociation individuelle entre les parties » [B. FAGES, « Manquement à une obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », art. préc.].

### *1. Le fondement de l'interprétation du contrat en droit anglais*

**127. L'absence de sanction générale des clauses incohérentes avec la contrepartie.** Il n'existe pas de règle générale, similaire à l'article 1170, selon laquelle les clauses incohérentes avec la contrepartie doivent être réputées non écrites. Les clauses qui précisent la portée de l'engagement sont en effet considérées comme participant de la répartition des risques entre les parties, et donc sont liées aux modalités convenues d'obtention de la contrepartie. Ainsi que l'affirment des auteurs s'agissant des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, les *exemption clauses*, « *il y a souvent de bonnes raisons matérielles pour lesquelles les parties peuvent souhaiter incorporer des clauses exclusives de responsabilité dans leurs contrats* »[539]. Ils relèvent que dans nombre de situations ces clauses correspondent en pratique à un accord sur la répartition de la responsabilité de l'assurance contre certains risques[540], et d'en conclure « *il n'y a rien de nécessairement déraisonnable ou blâmable à cela* »[541].

L'analyse économique, propre à la doctrine anglaise, fournit en la matière un éclairage intéressant. En effet, le recours à des clauses de non-responsabilité en faveur d'une partie s'avère souvent efficace économiquement et même avantageuse pour le cocontractant. Suivant un exemple donné par les auteurs précités[542], de nombreux propriétaires de véhicules automobiles ont une assurance multirisque qui indemnise de toute perte ou dommage. Dès lors, si le propriétaire d'une voiture la dépose dans un garage pour des réparations et que l'exclusion de la responsabilité du garagiste pour négligence ne peut être prévue dans le contrat, alors ce dernier devra s'assurer contre ce risque et répercuter le coût de l'assurance sur le prix facturé au client. Le propriétaire devra payer un surcoût sans y avoir intérêt au regard de son assurance multirisque. Dans une perspective plus globale, et bien que cela puisse être difficile à mesurer, la stipulation d'une clause limitative ou exclusive de responsabilité n'est donc pas nécessairement dans l'intérêt exclusif du débiteur de l'obligation.

**128. La particularité des clauses de responsabilité des *standard form contracts.*** La doctrine anglaise admet que les clauses relatives à la responsabilité du débiteur d'une obligation méritent une attention particulière dans la mesure où elles s'intègrent dans la plupart des *standard form 'take-it-or-leave-it' contracts*, les contrats d'adhésion[543]. Ces clauses appellent

---

[539] P. S. ATIYAH, S. A. SMITH, *op. cit.*, p. 150 : « there are often good substantive reasons that parties may wish to incorporate exemption clauses in their contracts ».
[540] *Ibid.*
[541] *Ibid.* : « There is nothing necessarily unreasonable or undesirable about this ».
[542] *Ibid.*
[543] *Ibid.*

à une certaine vigilance puisque les parties n'ont généralement pas pleinement conscience de leur signification réelle : dès lors qu'elles ont pour objet de modifier la répartition légale des risques, il faut avoir connaissance de cette dernière pour juger de leur portée. Des auteurs relèvent que « *pour des raisons essentiellement cognitives, les parties contractantes sont davantage susceptibles d'accepter des clauses d'exclusion de responsabilité excessives que tout autre type de clauses excessives* »[544].

Les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité relèvent de l'application de la réglementation des clauses abusives résultant de deux législations principales : *The Unfair Contract Terms Act* de 1977 et *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1999. Ces législations ont pour objet de prohiber plus généralement certaines stipulations contractuelles, suivant un système de listes grise et noire. L'adoption de ces législations se fonde ainsi sur la nécessité, reconnue uniformément à l'échelle européenne, de protéger une partie réputée plus faible, le consommateur[545], ou en situation de déséquilibre des positions contractuelles, l'adhérant à un *standard form contract.* Un contrôle de la cohérence du contrat avec la contrepartie peut résulter de l'exigence de *reasonableness* consacrée par la législation de 1977[546], qui vise les *exemption clauses* des contrats conclus entre professionnels et de l'article 5 (1) de la réglementation de 1999 applicable aux contrats de consommation. Ce texte dispose, en effet, qu'une stipulation non individuellement négociée peut être regardée comme abusive, *unfair*, si, contrairement à la bonne foi, elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, au détriment du consommateur[547]. La doctrine relève que ces réglementations spécifiques sont aujourd'hui de nature à régler nombre de situations pour lesquelles la jurisprudence a pu rendre des solutions sur le fondement plus général des techniques d'interprétation du contrat, à commencer par celle de la *repugnancy.*

**129. La technique de la *repugnancy***. Une clause structurellement incohérente avec la contrepartie est tout d'abord susceptible d'être éradiquée en application de la technique dite de

---

[544] Notre traduction de P. S. ATIYAH, S. A. SMITH, *op. cit.*, p. 151 : « The most persuasive explanation of the special rules that apply to unreasonable exemption clauses would seem to be that, for essentially 'cognitive' reasons, contracting parties are more likely to 'agree'to unreasonable exemption clauses that to other kinds of unreasonable clauses ».

[545] Ce qui est finalement aujourd'hui de plus en plus discutable. Des auteurs relèvent en effet que « les difficultés soulevées par les *exemption clauses* ne semblent plus aussi graves que celles des décennies ayant suivi la seconde guerre mondiale. Non seulement l'industrie britannique est généralement devenue bien plus compétitive (de sorte que les consommateurs se voient aujourd'hui offrir un large choix de garanties, d'assurances et autres protections par les vendeurs), mais en outre, (…), les consommateurs sont bien plus exigeants, renseignés et avisés qu'auparavant. Les arguments et attitudes parfois hautement paternalistes affichés dans nombre des plus anciens cas dans ce domaine doivent être traités avec précaution aujourd'hui » [notre traduction de P. S. ATIYAH, S. A. SMITH, *op. cit.*, p. 156].

[546] *Ibid.*

[547] « A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer ».

la *repugnancy*. En effet, d'après les termes de Mme STEFFON-GREEN, « *[l]a* repugnancy *signifie qu'il est "répugnant" de promettre de faire quelque chose (…) et dans le même temps, de s'exonérer de sa responsabilité de faire cette chose. Répugnant, car le fait de promettre tout en niant la force obligatoire de sa promesse rend celle-ci à la fois illusoire et contradictoire. Il est ici fait appel à la notion d'équité et aux principes moraux. La promesse ne peut plus avoir valeur juridique ni morale si sa substance est retirée : donner et retenir ne vaut. C'est de cette constatation simple et de bon sens qu'est née la jurisprudence relative à la* repugnancy »[548]. L'auteur explique alors l'application de cette technique d'interprétation aux clauses élusives de responsabilité et relève que la *repugnancy* permet d'écarter de telles clauses « *s'il y a une contradiction flagrante entre la prestation promise dans un contrat et la clause exonératoire qui rend la promesse nulle et sans effet, les tribunaux peuvent éliminer la clause exonératoire sur le fondement de la* repugnancy. *Il s'agit alors d'une contradiction entre la prestation et l'exonération de responsabilité pour la prestation* »[549].

L'arrêt rendu par la Chambre des Lords à l'occasion de l'affaire *W. & S. Pollock v Macrae*[550] fournit un exemple d'application de cette technique d'interprétation. En l'espèce, un contrat pour la fabrication de deux machines destinées à être utilisées sur des navires de pêche avait été conclu. L'une des machines étant défectueuse, l'acheteur a perdu le bénéfice d'une saison de pêche pour l'un des bateaux et chercha à obtenir indemnisation de son préjudice auprès du fabriquant. Le contrat contenait une clause selon laquelle ce dernier ne devait être tenu « *d'aucun dommage direct ou consécutif provenant d'un matériel défectueux ou d'une malfaçon même si de tels biens sont usuellement fournis sous garantie* ». La forme de garantie usuelle en question consistait dans l'engagement à réparer et remplacer, gratuitement et pendant les douze mois à compter de la date de la facture, toute pièce défectueuse ou malfaçon. La Chambre des Lords a considéré que la clause d'exclusion était contraire (*repugnant*) au but principal du contrat, à savoir la fourniture de machines fonctionnelles et il a été fait droit à la demande de dommages et intérêts de l'acheteur.

Sur le plan des fondements en termes de politique juridique de cette technique d'interprétation, l'analyse développée par Mme STEFFON-GREEN est révélatrice de l'importance de la prise en compte du déséquilibre des positions contractuelles dans le contrôle des clauses privant de sa substance la contrepartie. Selon cet auteur, « *le terme même de*

---

[548] R. STEFFON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale –comparaison franco-anglaises*, thèse, préface J. GHESTIN, L.G.D.J., 2000, n° 125.
[549] R. STEFFON-GREEN, thése préc., n° 126.
[550] *W and S Pollock and Co v Macrae*, [1922] UKHL 4.

repugnancy *a une connotation morale et évoque la notion d'abus. Aussi la* repugnancy*, précédant de loin le concept de clauses abusives, nous semble-t-elle, une technique avant-coureur pour qualifier des clauses abusives.* »[551].

**130. La technique du *main object.*** La considération du déséquilibre des positions contractuelles dans l'appréciation de la contrepartie normalement attendue et à laquelle une clause porte atteinte se retrouve également dans l'application d'une autre technique d'interprétation dite du « *main object* » ou « *main purpose* ». Cette technique repose sur la recherche par les juges de l'objectif principal du contrat que la clause limitative ou exclusive de responsabilité ne doit pas avoir pour effet de compromettre.

L'affaire *Glynn v Margetson* en témoigne[552]. En l'espèce, un contrat d'affrètement avait été conclu et contenait une clause selon laquelle l'armateur aurait la liberté d'accoster et de séjourner dans tous les ports de certaines zones énumérées (dans toute la Méditerranée, le Levant, la mer Noire, ou l'Adriatique, ou encore sur les côtes africaines, espagnoles, portugaises, françaises, etc) et dans n'importe quel ordre. Cette clause constituait ainsi une clause dite de *liberty to deviate*, visant à exclure la responsabilité de l'armateur en cas de *deviation* de la route convenue. Le contrat portait sur la livraison d'une cargaison d'oranges à Liverpool par un navire se situant dans le port de Malaga. Le navire ne se dirigea pas directement vers Liverpool : il fit escale à Burriana à 350 milles de la côte. Or, en arrivant à Liverpool, il s'avéra que la cargaison était endommagée et que ce dommage était dû à la déviation du navire de sa route. L'armateur invoqua alors l'exonération de responsabilité résultant de la clause de libre déviation mais la Chambre des Lords écarta son application. Pour obtenir ce résultat, les juges ont cumulativement mis en œuvre la technique du *main object* et de la *repugnancy*. En effet, ils ont tout d'abord déterminé ce que constituait l'objectif principal du contrat, à savoir le voyage de Malaga à Liverpool, pour ensuite apprécier la clause litigieuse à la lumière de cet objectif : la liberté de l'armateur de s'arrêter et de séjourner dans les ports de son choix ne pouvait que s'exercer dans les ports se situant sur son trajet, tels que Cadix ou Lisbonne.

Le principe résultant de cette solution est alors qu'il n'est pas permis « *à une partie du contrat de transport d'être* frustrated [contrariée] *par d'autres stipulations du même contrat* »[553]. Les juges s'en tiennent toutefois à la recherche de l'intention des parties et la répartition des risques entre elles, c'est-à-dire que chaque situation contractuelle fait l'objet

---

[551] R. STEFFON-GREEN, thése préc., n° 133.
[552] *Glynn v Margetson,* [1893] AC 351. V. pour une analyse de cette décision R. STEFFON-GREEN, thése préc., n° 138-139.
[553] P. TODD, *Maritime Fraud and Piracy*, 2nd édition, Informa, 2003 n° 5.037.l.

d'une appréciation concrète[554]. A ce titre, comme le relève Mme STEFFON-GREEN, « *[i]l est pertinent de noter que la clause donnant une grande liberté à l'armateur était une clause « standard » imprimée sur un connaissement que nous pourrions qualifier de contrat d'adhésion* »[555]. Le déséquilibre des positions contractuelles a donc sans doute été pris en compte par les juges. S'agissant des limites du *main object*, tenant à la recherche de l'intention contractuelle, Mme STEFFON-GREEN affirme que « *dans le cas des contrats d'adhésion, une place particulière doit être donnée à cette recherche puisque l'intention des parties peut ici requérir une solution différente. On sait en effet qu'il est particulièrement difficile d'identifier l'intention de la partie qui adhère au contrat, malgré le fait que son intention est censée être incorporée dans celui-ci* »[556]. Une fois encore, le contrôle de la cohérence du contrat apparaît concerner des hypothèses dans lesquelles le contexte des négociations – ou plutôt, en l'occurrence, l'absence de négociations – impose de sanctionner les clauses contractuelles contraires à la contrepartie qui peut être raisonnablement attendue au regard de l'objet du contrat.

La mise en œuvre combinée des méthodes d'interprétation précédemment décrites, avec d'autres techniques, est à l'origine du développement de la jurisprudence de la *fundamental breach*[557], qui a conduit à l'éviction des clauses de responsabilité portant sur l'inexécution d'une obligation fondamentale consistant la contrepartie de l'engagement d'une des parties.

**131. La jurisprudence de la *fundamental breach*.** La *fundamental breach* repose sur l'idée que certains éléments du contrat ont un caractère tellement fondamental qu'il n'est pas permis de faire jouer à leur encontre des clauses de non-responsabilité. Le parallèle avec le droit français est ici frappant. L'arrêt *Karsales v Wallis* en fournit une illustration[558]. Le dénommé Wallis, très intéressé par l'achat d'un véhicule d'occasion, demanda à en faire l'acquisition dans le cadre d'un contrat de leasing, ce qui fut organisé par l'intermédiaire de la société Karsales (Harrow) Ltd. Après avoir été laissée une nuit à l'extérieur, la voiture fut livrée en très mauvais état : le pare-chocs se retrouvait maintenu par une corde, les pneus flambant neufs avaient été remplacés par des vieux, la radio avait été enlevée, de même que le chrome tout autour de la carrosserie. Wallis refusa alors de payer pour le véhicule. Pour fonder sa demande de paiement du montant dû pour le véhicule à l'encontre de Wallis, la société Karsales invoqua

---

[554] v. pour une solution différente pour des faits *a priori* proches *G. H. Renton & Co Ltd v. Palmyra Trading Corporation of Panama* [1957] AC 149 et analyse par R. STEFFON-GREEN, thése préc., n° 141 et s.
[555] R. STEFFON-GREEN, thése préc., n° 138.
[556] *Ibid.*, n° 145.
[557] *Ibid.*
[558] *Karsales v Wallis,* [1956] 1 WLR 936.

la clause selon laquelle aucune garantie n'avait été donnée quant à l'état de fonctionnement du véhicule, son âge ou son aptitude à un quelconque usage. La *Court of Appeal* a écarté l'application de cette clause. Le juge DENNING a ainsi retenu que « *[d]ans le cadre d'un contrat de leasing de cette nature, quand le locataire a préalablement vu et examiné le véhicule à moteur et formulé une demande de leasing sur la base de cette inspection, le loueur a l'obligation de délivrer la voiture dans sensiblement le même état que celui dans lequel il a été vu* ». La clause du contrat était ainsi de nature à compromettre la contrepartie qui pouvait être attendue de la part de l'acquéreur du véhicule.

Ici encore, la question de la répartition des risques et la position contractuelle des parties apparaît absolument centrale. En effet, alors que la *Court of Appeal* a tenté d'ériger l'idée de *fundamental breach* en règle de droit – c'est-à-dire qu'il ne serait jamais possible d'invoquer une clause de non-responsabilité dans l'hypothèse de l'inexécution d'une obligation fondamentale – la Chambre des Lords, à l'occasion de l'arrêt *Photo Production Ltd v Securicor* de 1980, a toutefois mis un terme à cette tentative : la *fundamental breach* ne saurait constituer une *rule of law* d'application automatique, elle constitue au contraire une *rule of construction*, soit une règle d'interprétation[559]. En l'espèce, le demandeur avait conclu un contrat avec le défendeur, une société de sécurité, pour la fourniture de services de sécurité à l'usine du demandeur. Une personne employée par le défendeur mit le feu dans les locaux du demandeur alors qu'il effectuait une patrouille de nuit. Le feu devint hors de contrôle et détruisit l'usine. Les juges du fond furent incapables d'établir précisément le motif de l'incendie – qui a pu être délibéré ou simplement dû à une négligence. Le défendeur s'est prévalu de la clause d'exclusion de responsabilité insérée dans le contrat selon laquelle la société de sécurité ne peut être tenu responsable pour les actes préjudiciables ou manquement des salariés de la société, à moins qu'un tel acte ou manquement n'ait pu être prévu et évité par des vérifications nécessaires de la part de la société au moment de l'embauche. Dès lors la société de sécurité n'avait pas été négligente en employant la personne qui a mis le feu et sa responsabilité ne pouvait être engagée en application de la clause. La Chambre des Lords a jugé unanimement que la clause ne devait pas être écartée.

La solution rendue dans l'arrêt *Photo Production Ltd v Securicor* se fonde sur la répartition des risques telle que voulue par les parties : non seulement le dommage constituait un risque prévisible et couvert par l'assurance du demandeur, mais, en outre, le prix de la

[559] Elle avait déjà essayé auparavant de corriger la jurisprudence de la *Court of Appeal* par l'arrêt *Suisse-Atlantique* de 1967, en rappelant à l'occasion de cette affaire que la *fundamental breach* ne constitue qu'une règle d'interprétation.

prestation de la société de sécurité était très bas. Selon M. MARKENISIS, ce dernier élément, la valeur de la *consideration*, a été déterminant de la solution rendue[560]. En d'autres termes, au regard des circonstances des négociations du contrat, c'est la notion de contrepartie convenue qui est ici retenue, c'est-à-dire qu'elle est appréciée au regard de la répartition contractuelle des risqus réalisée par les parties, et donc en considération de la clause litigieuse. Aucun déséquilibre des positions contractuelles ne justifiait que les juges fassent prévaloir une autre appréciation. La situation était très différente de celle où une partie, sans être nécessairement un opérateur économique faible, se trouve dans une situation de faiblesse contractuelle induisant son incapacité à négocier le contrat modifiant la répartition légale des risques normalement attendue.

En définitive, le droit anglais se fonde sur une interprétation du contrat pour admettre la suppression de clauses compromettant le *main object* du contrat ou la contreprestation promise. Afin de préserver le principe de liberté contractuelle, le droit anglais n'admet ce résultat que dans la mesure où les clauses ne peuvent pas être considérées comme participant de la répartition des risques voulue par les parties, ce qui est le cas lorsqu'une situation de déséquilibre des positions contractuelles a fait obstacle à leur négociation. Un tel déséquilibre des positions contractuelles fonde également la sanction des clauses de responsabilité en droit allemand, laquelle relève des règles applicables aux conditions générales d'affaire.

### *2. Le fondement du § 307 (2) du BGB en droit allemand*

**132. Le cadre de la règlementation des conditions générales d'affaire.** Le principe de la validité des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité est admis en droit allemand. Les clauses limitatives de responsabilité (*Haftungsbeschränkungsklauseln*) et exclusives de responsabilité (*Haftungsauschlussklauseln*) font l'objet de dispositions spécifiques dans le BGB. Le § 276 (1) admet ainsi leur validité même en cas de négligence[561]. En revanche, le § 276 (3) exclut la possibilité pour le débiteur de s'exonérer à l'avance de sa responsabilité en cas de faute intentionnelle. Le BGB règle par ailleurs l'insertion de clauses relatives à la responsabilité pour certains contrats spéciaux tels que la vente (§ 444 du BGB) ou encore le contrat de voyage (§ 651 du BGB). Ces dispositions ne fondent toutefois pas l'éventuelle mise

[560] B. MARKESINIS, art. préc., p. 746.
[561] Ce texte dispose que « [l]e débiteur est tenu de répondre de sa faute intentionnelle et de sa négligence, si une responsabilité plus sévère ou plus légère n'est pas prescrite expressément ou ne résulte pas du contenu du rapport d'obligation, en particulier de la prise en charge d'une garantie ou d'un risque d'approvisionnement » [Traduction de l'allemand par G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, *op. cit.*].

à l'écart de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité qui porteraient atteinte à la contrepartie du contrat à titre onéreux. Un tel contrôle de la cohérence des stipulations contractuelles résulte du § 307 du BGB.

Ce texte constitue une *Generalklausel*, c'est-à-dire une clause générale du droit allemand permettant d'assurer la sanction de clauses qui ne sont pas spécialement visées par des dispositions relatives au contrôle les clauses abusives des conditions générales d'affaire. Le § 307 s'inscrit en effet dans le cadre de la Section 2 du Livre 2 du BGB concernant les règles applicables aux conditions générales d'affaire, ces dernières consistant dans les conditions contractuelles non négociées qui, formulées à l'avance, sont imposées à une partie par l'autre[562]. Le § 307 (1) dispose que « *[l]es clauses des conditions générales contractuelles sont inefficaces si, contrairement aux exigences de la bonne foi, elles désavantagent de manière inappropriée le cocontractant du stipulant* »[563]. Il peut être appliqué au contrôle des conditions générales de tout contrat, sans considération de la qualité des parties. Le fondement de cette disposition ne consiste alors pas dans l'idée de nécessité de la protection d'une partie réputée faible : un professionnel aguerri peut se voir imposer des conditions générales en raison d'une situation de monopole et se prévaloir de cette disposition pour obtenir la suppression des clauses qui y contreviendraient. Le § 307 (2) précise qu'« *en cas de doute, il y a lieu d'admettre un désavantage inapproprié : (…) 2. lorsqu'elle restreint les droits et obligations essentiels découlant de la nature du contrat, de telle sorte que la réalisation du but contractuel est menacée* »[564].

Comme le relève M. WITZ, les clauses exonératoires de responsabilité se retrouvent ici particulièrement concernées[565]. Ainsi, le *Bundesgerichtshof* a écarté l'application de telles clauses lorsque, visant les obligations essentielles (les *Kardinalpflichten*), elles contrariaient la réalisation du but contractuel. La Haute juridiction a par exemple condamné la clause des conditions générales limitant la responsabilité du gérant d'un entrepôt pour perte de marchandises entreposées, même en cas de négligence grave de sa part ou de la part des cadres dirigeants de son entreprise[566]. De même, le *Bundesgerichtshof* a supprimé la clause des conditions générales d'affaires d'une entreprise l'exonérant de sa responsabilité pour les

[562] § 305 (1) du BGB.
[563] Traduction de l'allemand par G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, *op. cit.*
[564] *Ibid.*
[565] C. WITZ, *op. cit.*, n° 463.
[566] BGH, 29. 10. 1962 – II ZR 31/61, *BGHZ* 38, 183, 185 s. V. aussi BGH, 19. 01. 1984 – VII ZR 220/82, *BGHZ* 89, 363.

dommages causés aux ordinateurs particulièrement sophistiqués et sensibles pour lesquels elle était chargée d'installer une climatisation[567].

Au demeurant, le BGB, bien que limitant la suppression de clauses menaçant la réalisation du but du contrat au cadre du contrôle des conditions générales d'affaires, semble finalement permettre l'obtention de résultats concrets proches de ceux des droits anglais et français, lesquels admettent la sanction des clauses s'avérant incohérentes avec la contrepartie raisonnablement attendue dans des hypothèses de déséquilibre des positions contractuelles.

**133. Bilan du paragraphe.** En définitive, la contrepartie peut être illusoire – et donc insatisfaisante au regard de l'exigence d'une contrepartie minimale pour la validité du contrat à titre onéreux – en raison de l'intégration de clauses incohérentes avec l'avantage minimal pouvant être raisonnablement attendu par un contractant à qui, au regard du déséquilibre de sa position contractuelle, elles ont été imposées. Les effets de l'invalidité sont néanmoins ici particuliers en ce qu'ils consistent, non pas en la remise en cause du contrat dans son entier, mais en la neutralisation des seules clauses litigieuses. Les droits étudiés se rejoignent en effet sur le principe de la suppression des clauses incohérentes, suppression permettant de rétablir une contrepartie minimale satisfaisante. La contrepartie prévue peut, par ailleurs, être illusoire au regard de son incohérence avec, non pas des stipulations contractuelles, mais avec certains éléments de fait qui conduisent au constat de son inconsistance. Ces éléments de fait, constituant une réalité qui ne peut être changée, c'est, dans ce cas, le contrat dans son ensemble qui est invalidé.

## §2- La contrepartie contredite par des éléments de fait

**134. L'impossibilité de concrétiser la contrepartie.** Le principe de l'exigence d'une contrepartie minimale pour la validité du contrat à titre onéreux, signifie que, conformément à l'intention contractuelle des parties, chacune d'entre elles doit s'engager dans la perspective de l'obtention d'un avantage, lequel est un motif nécessaire de leur engagement intéressé. Pour que le contrat soit valable, cet avantage doit être réel : l'avantage prévu au contrat doit effectivement constituer un intérêt minimal. Cet avantage ne doit dès lors pas être privé de toute consistance au regard des éléments de fait. Les droits étudiés retiennent ainsi l'invalidité du contrat sur le fondement du caractère illusoire de la contrepartie lorsque cette dernière est inconsistante au regard des données de fait. Le caractère illusoire de la contrepartie a par ailleurs été retenu, en droit français, au-delà de la vérification de l'existence d'un intérêt minimal porté

[567] Exemple de l'arrêt BGH, 20. 12. 1984, *ZIP* 1985, 623, 624 cité par C. WITZ, *op. cit.*, n° 463.

par la contrepartie. En effet, la jurisprudence a eu l'occasion de retenir l'absence de contrepartie réelle, en dépit de la réalité de l'avantage minimal qu'elle conférait, dès lors qu'elle n'était d'aucune utilité concrète pour son bénéficiaire. La sanction de la contrepartie illusoire ne se présente toutefois pas comme le fondement opportun pour la prise en compte de l'impossibilité de satisfaire l'utilité poursuivie par le contrat.

Il convient d'exposer la sanction l'inconsistance de l'avantage prévu (A), opérée sur le fondement de la contrepartie illusoire, avant de considérer l'inopportunité du fondement de la contrepartie illusoire s'agissant de sanctionner l'inutilité du contrat (B).

### A- La sanction de l'inconsistance de l'avantage prévu

**135. L'inconsistance de la contrepartie au regard de la situation de fait en droits anglais et allemand.** La contrepartie est illusoire et, partant, insatisfaisante au titre de l'exigence d'une contrepartie minimale pour la validité du contrat à titre onéreux, si les données matérielles tendent à la priver de toute consistance. Ainsi, en droit anglais, l'impossibilité d'exécution de la contreprestation rend le contrat *void* (nul) sur le fondement d'une *unreal consideration* dans des cas où elle porte sur un engagement qui est, suivant une approche raisonnable, matériellement impossible de façon manifeste[568]. Il en est ainsi, par exemple, de l'engagement de découvrir un trésor par magie[569]. Suivant une autre illustration, le contrat de vente, prévoyant le paiement d'un prix en contrepartie de l'ensemble des bouteilles de vin d'une cave qui n'en contient aucune, n'est pas valable sur le fondement du caractère illusoire de la *consideration*[570]. En droit allemand, une telle situation est susceptible d'être traitée sur le terrain du *Dissens* caché[571]. En effet, le *Dissens* caché conduit, précisément, à prendre en compte les hypothèses d'absence d'accord des parties sur le contenu du contrat, en dépit de l'apparence de ce dernier. L'inconsistance de la contrepartie au regard des données de fait pourrait ainsi être assimilée à une absence d'accord sur la contrepartie, ce dont les parties non pas conscience.

**136. Le caractère illusoire de l'avantage conféré par un engagement auquel le débiteur est déjà tenu en droit français.** En droit français, la prise en compte du caractère illusoire de la contrepartie au regard de certaines données de fait a été sanctionnée dans le cas

---

[568] V. W. R. ANSON, *op. cit.*, p. 104 : « In dealing with impossibility regarded from this point of view, we must guard against being understood to mean anything more than a *prima facie* legal impossibility, or a thing physically impossible "according to the state of knowledge of the day" » [Traduction : "Concernant l'impossibilité envisagée de ce point de vue, il faut se garder de l'entendre comme renvoyant à autre chose qu'une impossibilité juridique apparente, ou une chose physiquement impossible "selon l'état des connaissances actuelles"].
[569] *Ibid.*, p. 105.
[570] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 3-028.
[571] V. *supra*, n° 77.

où elle consistait en un engagement auquel était déjà tenu le débiteur envers le créancier. Dans ce cas, il y a bien une apparence de contrepartie mais l'avantage prévu est illusoire dès lors qu'il est déjà obtenu par ailleurs par le créancier[572]. La contrepartie n'est toutefois illusoire que si le créancier de l'obligation ne tire aucun avantage de la réitération de l'engagement du débiteur dans le cadre d'un autre contrat[573]. La réitération de l'engagement du débiteur dans le cadre d'un nouveau contrat s'ajoutant à un contrat préexistant peut, en effet, correspondre à l'hypothèse d'une renégociation des termes du contrat, à laquelle le créancier peut avoir un intérêt lorsqu'elle est de nature à favoriser l'exécution. La question de la contrepartie illusoire s'est notamment posée en droit français s'agissant de la validité des contrats de gestion.

L'arrêt dit *Mécasonic*[574] fournit une illustration des difficultés que suscitent de tels contrats sous l'angle de la contrepartie. En l'espèce, le dirigeant de la société Mécasonic avait engagé celle-ci dans un contrat de prestation de services avec une société unipersonnelle (la société PGCD) dont il était gérant et unique associé. Le contrat opérait alors une délégation à la société PGCD des fonctions qui lui incombaient normalement en sa qualité de directeur général de la société Mécasonic. La Cour de cassation a donc considéré que l'engagement de la société Mécasonic à l'égard de la société PGCD se trouvait dépourvu de toute contrepartie réelle. Dans un précédent arrêt, la Cour de cassation avait déjà confirmé la nullité pour absence de cause d'un tel contrat de gestion, faisant double emploi avec les fonctions sociales d'un directeur général[575]. En dépit de sa présence apparente, la confrontation de la contrepartie convenue avec la réalité en démontre son caractère illusoire[576]. Suivant une autre illustration,

---

[572] V. J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *op. cit*., n° 251 et n ° 252.

[573] V. par ex. Com. 23 juillet 1985, n° 84-11.672 : « les rémunérations invoquées étant sans contrepartie », rémunérations d'un administrateur d'un centre médico-chirurgical qui s'était fait allouer une somme « en raison de soins et services apportés aux travaux et installations entrepris pour la société », alors qu'elle faisait double emploi avec la rémunération perçue par la société de construction dont il était le gérant.

[574] Cass. com. 23 oct. 2012, n° 11-23.376 ; *D.* 2013. 686, note D. MAZEAUD, et 391, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; *Rev. sociétés* 2013. 160, note A. REYGROBELLET ; *RTD civ.* 2013. 112, obs. B. FAGES ; *Gaz. Pal.* 21-22 déc. 2012, p. 21, note B. DONDERO ; *Dr. et patr.* juin 2013, p. 66, obs. L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK.

[575] Cass. com. 14 sept. 2010, n° 09-16.084, *Rev. sociétés* 2010. 462, obs. A. LIENHARD ; *D.* 2011. 57, note F. MARMOZ ; *JCP E* nov. 2010, n° 46, 1995, note A. VIANDIER ; *Gaz. Pal.* 17 nov. 2011, p. 17, note B. DONDERO.

[576] Le fondement de l'absence de contrepartie réelle en matière de contrat de gestion est toutefois, de l'avis d'une partie de la doctrine, assez contestable [en ce sens v. F. MARMOZ, « De la validité des conventions de gestion », *D.* 2011. 57]. En effet, le prestataire des services de gestion n'est pas dans ces arrêts le dirigeant lui-même mais la société dont il est, certes, l'associé unique mais qui dispose, en principe, d'une personnalité juridique propre et distincte. Dès lors, juridiquement, l'engagement de la société de gestion constitue, au moins en théorie, un avantage pour la société cocontractante en ce que la société de gestion engage, en tant que contractant, son patrimoine et sa responsabilité dans l'exécution des prestations. Cet engagement n'est alors pas techniquement identique à celui résultant des fonctions sociales d'un dirigeant, quand bien même ils ont le même objet. Suivant l'analyse de M. MARMOZ [art. préc.] les conventions de management visent précisément à optimiser le régime social des dirigeants mais aussi à éluder des règles impératives, notamment celle selon laquelle la fixation de la rémunération du directeur général est de la compétence exclusive du conseil d'administration. Ce n'est alors pas tant, d'après cet auteur, d'une absence de cause dont il est question dans ces arrêts que d'une illicéité de la cause, le contrat ayant pour but de frauder la loi (ce qui relève aujourd'hui de l'article 1162 du Code civil).

la jurisprudence a eu l'occasion de considérer que la cession d'une charge de syndic-administrateur, conclue moyennant le paiement d'une somme destinée à rémunérer la présentation du cessionnaire « *aux organismes, institutions et praticiens* », était dépourvue de cause, dès lors que l'activité professionnelle en question repose sur un mandat de justice, c'est-à-dire qu'aucun droit de présentation à l'autorité publique – et, partant, aucune clientèle – n'est reconnu par la loi[577]. La contrepartie apparaît donc illusoire.

### B- L'inopportunité de la sanction de l'inutilité du contrat sur le fondement de la contrepartie

**137. La jurisprudence *Point-club vidéo* du droit français.** La jurisprudence française a eu l'occasion de retenir le fondement de l'exigence d'une cause objective pour la validité du contrat – c'est-à-dire d'une contrepartie – pour sanctionner l'impossibilité de réaliser l'utilité du contrat. L'idée est que la contrepartie convenue est illusoire dès lors qu'il est impossible *ab initio* de satisfaire l'utilité intégrée au contrat qu'elle est supposée servir, quand bien même un avantage minimal pourrait être retiré du contrat. Suivant cette solution, le contrôle de la réalité de la contrepartie ne consiste pas seulement en la vérification de l'existence d'un avantage minimal, mais en la vérification de la possibilité initiale de satisfaire l'avantage attendu. C'est ce qui résulte de l'arrêt *Point-club vidéo*[578]. Il était question, en l'espèce, d'un contrat de location de cassettes vidéo, conclu pour l'exploitation d'un point-club vidéo dans une commune de 1314 habitants. La Cour de cassation a retenu 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* », ce dont la Cour d'appel a justement déduit que « *le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu'était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes* ». Il a ainsi été jugé que le contrat était dépourvu de contrepartie réelle, la contrepartie s'entendant alors non pas simplement comme la mise à disposition des cassettes mais comme une économie (celle de l'exploitation du commerce). Le contrat intégrait bien une contrepartie minimale : les contractants retiraient bien un avantage en contrepartie de leur engagement : la mise à disposition des cassettes. C'est l'impossibilité de réaliser l'utilité concrète de cette mise à disposition – constituant « *l'économie voulue par les parties* » – qui a conduit au constat de l'absence de contrepartie

[577] Civ. 1ère 25 avril 1990, n° 88-12.157, *Bull. civ.* I, n° 88.
[578] Cass. civ. 1ère 3 juillet 1996, *Point-club vidéo, Bull. civ*. I, n° 286 ; *D*. 1997. 500, note REIGNE ; *RTD civ*. 1996. 901, obs. MESTRE ; *Defrénois* 1997. 336, obs. D. MAZEAUD.

réelle. Le contrôle de la réalité de la contrepartie n'a donc pas seulement conduit, en droit français, à s'assurer de l'existence d'une contrepartie minimale : il a servi de fondement à la prise en compte de l'impossibilité initiale de réaliser l'utilité du contrat.

La solution pourrait *a priori* aujourd'hui être fondée sur l'article 1169 du Code civil, prévoyant la nullité du contrat à titre onéreux dans lequel la contrepartie est illusoire ou dérisoire au moment de la formation du contrat. L'analyse comparative des droits français, anglais et allemand permet toutefois de discuter de l'opportunité du fondement de l'exigence d'une contrepartie minimale pour sanctionner l'impossibilité initiale de satisfaire l'utilité intégrée au contrat.

**138. L'opportunité de la sanction de l'inutilité initiale du contrat sur le fondement de l'erreur.** En droits anglais[579] et allemand[580], l'impossibilité initiale de satisfaction de l'utilité intégrée au contrat peut être prise en compte dans le cadre de l'erreur[581]. Ce fondement apparaît préférable à celui de la contrepartie illusoire retenu en droit français. En effet, comme cela sera exposé ultérieurement, la mise en œuvre de l'erreur permet d'assurer la sanction de l'impossibilité initiale de satisfaction des motifs intégrés au contrat tout en prenant en compte la responsabilité du contractant dont les attentes ne peuvent être satisfaites en raison d'une erreur de sa part. Cette idée s'illustre, en droit français, à travers l'exigence du caractère excusable de l'erreur : si l'utilité poursuivie par un contractant est *ab initio* impossible à réaliser mais que celui-ci aurait dû en avoir connaissance eu égard à sa qualité, à ses compétences, alors il ne peut se prévaloir d'une erreur pour obtenir la remise en cause du contrat. Le fondement de l'erreur permet ainsi d'assurer un équilibre des intérêts en présence, contrairement au fondement de la contrepartie qui ne tient pas compte de la responsabilité des parties dans le fait d'avoir conclu un contrat dont la réalisation est impossible[582]. S'agissant de s'en tenir à la démonstration d'une convergence des droits étudiés dans l'exigence d'une justification minimale de l'engagement – consistant dans la contrepartie du contrat à titre onéreux – la question de l'inaptitude initiale du contrat à remplir le but qui lui a été assigné ne sera pas ici développée.

---

[579] V. W. R. ANSON, *Principles of the English Law of Contract*, Oxford, Clerendon Press, 1879, p. 104.
[580] V. A. MITZKAIT, *Leistungsstörung und Haftungsbefreiung: ein Vergleich der Grundregeln es Europäischen Vertragsrechts mit dem reformierten deutschen Recht*, Mohr Siebeck, 2008, p. 173.
[581] V. *infra*, n° 266 et s.
[582] V. Civ. 1ère 10 mai 1995, n° 92-10.736, *Bull. civ.* I, n° 194 : « l'erreur sur l'existence de la cause, fût-elle inexcusable, justifie l'annulation de l'engagement pour défaut de cause, la cour d'appel, n'a pas donné de base légale à sa décision » ; v. *Defrénois* 1995, art. 36145, p. 1038, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1995.880, obs. J. MESTRE ; *JCP G* 1996.I.3914, chron. M. FABRE-MAGNAN.

L'élément intégré au contrat comme la contrepartie doit véritablement être porteur d'un intérêt minimal, constituant un motif nécessaire de l'engagement. A ce titre, la contrepartie prévue ne doit pas être illusoire. Elle ne doit pas non plus être gravement disproportionnée par rapport à la portée de l'engagement pris.

## *Section 2 – La sanction de la contrepartie gravement disproportionnée*

**139. L'insignifiance de la contrepartie.** En droit français, la sanction de la contrepartie dérisoire vise à s'assurer de l'existence d'un intérêt minimal au contrat, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'imposer l'équilibre des prestations. En ce sens, le droit français ne sanctionne traditionnellement pas la lésion, sauf quelques exceptions[583]. Un équilibre objectif du contrat n'est pas requis : un contractant doit retirer une certaine valeur de la contrepartie sans que celle-ci ne corresponde nécessairement à la juste valeur de sa prestation. En d'autres termes, il est admis que l'équilibre contractuel soit purement subjectif : une partie peut, en principe, valablement s'engager à une prestation dont le coût dépasse largement la valeur de la contrepartie obtenue en retour. Il en est autrement lorsque la contrepartie est d'une valeur si faible qu'elle confine à l'absence totale de contrepartie. La contrepartie dérisoire suppose alors de prendre en compte le déséquilibre contractuel extrême.

En droit anglais, le principe est que la *consideration must be sufficient* (la *consideration* doit être suffisante), ce qui signifie simplement qu'elle doit avoir une certaine valeur (économique) aux yeux de la loi[584]. Par conséquent, l'exigence d'une *consideration sufficient* ne tend pas à l'équilibre contractuel mais à la sanction des contreparties qui ne représentent aucun avantage économique, même faible. En droit allemand, le seul déséquilibre objectif n'est en principe pas sanctionné[585]. Le (1) du § 138 du BGB – portant sur l'exigence de conformité du contrat aux bonnes mœurs – permet toutefois la sanction de déséquilibres manifestes et graves.

**140. Contrepartie gravement disproportionnée résultant d'un abus de position contractuelle.** En dehors de la question du déséquilibre extrême objectif, les droits anglais et allemand sanctionnent traditionnellement le déséquilibre contractuel résultant de l'exploitation par une partie de la situation particulière de son cocontractant, témoignant d'une certaine vulnérabilité, faiblesse ou encore dépendance par rapport à elle. Les Principes européens du

583 V. *infra*, n° 142.
584 V. R. STONE, J. DEVENNEY, *The modern contract law,* 12th ed., Routledge, 2017, n° 3.5.1.
585 V. H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, *op. cit.*, n° 227.

contrat et les principes Unidroit retiennent une solution similaire au titre de la sanction de l'« avantage excessif »[586]. La lésion prise en compte en droits anglais et allemand, ainsi que dans les projets européens, correspond au concept dit de lésion qualifiée. C'est dire que le caractère insuffisant de la contrepartie suppose ici la réunion d'un élément objectif – la disproportion grave – et d'un élément subjectif – l'exploitation de la situation de faiblesse d'un contractant par rapport à l'autre, ce qui correspond au concept de lésion qualifiée.

Depuis la réforme de 2016, le droit français intègre une institution pouvant être rapprochée des concepts relatifs à la lésion qualifiée des droits anglais et allemand : il s'agit de la violence par abus de dépendance faisant l'objet de l'article 1143 du Code civil. Ce texte consacre, en effet, un nouveau cas de violence – constituant un vice du consentement de nature à invalider le contrat – résultant de l'abus par une partie de « *l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard* » et « *en tire un avantage manifestement excessif* ». La double composante de la lésion qualifiée – à savoir le déséquilibre contractuel grave et l'exploitation d'une situation de faiblesse d'un contractant par l'autre – permet donc de caractériser la violence par abus de dépendance en droit français.

Il convient en définitive de distinguer la sanction de la contrepartie dérisoire (§1) – correspondant à l'hypothèse d'un déséquilibre extrême et objectif – de celle de la lésion qualifiée (§2) qui concerne les déséquilibres graves résultant de l'exploitation de la situation d'un contractant par l'autre.

## §1-<u>La contrepartie dérisoire</u>

**141. Divergence des approches dogmatiques.** La nécessité d'intégrer une contrepartie en tant que justification de l'engagement suppose qu'elle soit porteuse d'un intérêt minimal représentant effectivement un avantage et, partant, un motif pour son bénéficiaire. Tel n'est pas le cas lorsque l'élément obtenu en retour d'un engagement est extrêmement faible par rapport au poids de ce dernier, ce qui relève, en droit français de la sanction de la contrepartie dérisoire (A). En droit anglais, la règle traditionnelle selon laquelle la *consideration* doit avoir une certaine valeur (B) peut être rapprochée du principe de l'insuffisance d'une contrepartie dérisoire retenu en droit français. Enfin, en droit allemand, les déséquilibres particulièrement graves constituent un cas de contrariété du contrat avec les bonnes mœurs (C), relevant du § 138 (1) du BGB.

[586] V. respectivement article 4 : 207 et article 3.2.7.

### A- La sanction de la contrepartie dérisoire en droit français

**142. Le principe du refus de la sanction de la lésion.** Le fait qu'un contractant s'engage en contrepartie d'un avantage inférieur à celui que son engagement confère à son cocontractant n'est pas, en lui-même, insatisfaisant sous l'angle de l'exigence d'une justification de l'engagement. Comme le soulignent des auteurs, « *[s]i la contrepartie doit impérativement exister, elle peut en revanche être insuffisante, c'est-à-dire inférieure à la valeur de marché de la prestation due par le débiteur. Cette règle est conforme au principe de commutativité subjective, discrètement énoncé à l'article 1108 du code civil (anc. art. 1104), qui dispose que chacun des parties à un contrat commutatif « s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit* »[587].

Le seul déséquilibre contractuel ne permet pas de fonder l'invalidité du contrat : la lésion n'est en effet en principe pas sanctionnée en droit français. La lésion se définit comme la « *disproportion de valeur* »[588], « *le préjudice causé à un contractant lors de la conclusion du contrat et engendré par un défaut d'équivalence économique, par une inégalité de valeur entre les prestations contractuelles* »[589]. Le nouvel article 1168 du Code civil consacre cette solution traditionnelle en disposant que le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat synallagmatique[590], sauf exceptions prévues par la loi, lesquelles se sont diversifiées[591].

Ces exceptions concernent tout d'abord des déséquilibres affectant des certains contrats spéciaux. Le droit français sanctionne ainsi, par exemple, la lésion de plus des 7/12ème des contrats de vente immobilière (article 1674 du Code civil) et des contrats de cession de droits d'exploitation (article L.131-5, alinéa 1er, du Code de la propriété intellectuelle)[592]. La lésion est également admise, d'après l'article 889 du Code civil, en matière de partage lorsque le copartageant subit une lésion de plus du quart. Des dispositions spéciales, qui ne seront pas ici développées, prévoient par ailleurs la sanction du déséquilibre des prestations de certains

---

[587] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 394.
[588] *Vocabulaire Juridique*, dir. G. CORNU, *op. cit.*, *V°* Lésion, 1.
[589] D. MAZEAUD, « Lésion », *in Repertoire de droit civil*, Dalloz, mars 2012 (actualisation juin 2016), n° 2.
[590] A ce titre, l'article 1171 du Code civil, introduit par la réforme de 2016 et sanctionnant le déséquilibre significatif des contrats d'adhésion, n'introduit pas une exception à cette règle puisque l'alinéa 2 précise que « [l]'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».
[591] *Ibid.*, n° 25 et s.
[592] Un rapprochement peut être fait avec le § 32 du code de la propriété intellectuelle allemand, le *Urheberrechtsgesetz*, qui prévoit que la révision du contrat de cession des droits d'exploitation de l'œuvre dont la rémunération n'est pas adéquate. Le texte ne fixe toutefois pas le montant de la disproportion à partir duquel le contrat est considéré comme lésionnaire.

contrats[593]. Les exceptions au refus de sanctionner la lésion concernent, ensuite, les contrats conclus par des contractants frappés d'une incapacité. En application de l'article 1148 du Code civil, les incapables peuvent en effet accomplir seuls les actes courants autorisés par la loi ou l'usage. Les incapables ont ainsi une capacité résiduelle pour les actes courants autorisés, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales. Ces actes courants accomplis par un incapable peuvent alors être remis en cause pour simple lésion[594].

En dehors de ces dispositions spéciales, la lésion n'entraîne pas l'invalidité du contrat, pourvu toutefois que la disproportion entre la portée de l'engagement et la contrepartie prévue en retour ne soit pas si importante que cette dernière apparaisse dérisoire.

**143. La sanction du défaut d'équivalence extrême**. La contrepartie dérisoire implique un défaut d'équivalence tel qu'il puisse être assimilé à une absence totale de contrepartie[595]. Il n'est pas suffisant que la contrepartie soit d'une valeur très inférieure à celle de l'engagement de son bénéficiaire. La valeur de la contrepartie doit véritablement être dérisoire. C'est ce qui ressort d'un arrêt selon lequel la vente d'un bijou, pour un prix inférieur à quatre fois son prix réel, n'est pas nulle pour absence de cause[596]. En revanche, la Cour de cassation a jugé dérisoire le prix forfaitaire payé par des époux en contrepartie d'un droit d'usage et d'habitation accordé par un propriétaire sur sa ferme et ses dépendances, à charge pour ce dernier d'assurer toutes les réparations, menues ou grosses, et de supporter les charges de chauffage, d'eau et d'électricité[597]. C'est, dans cette affaire, au regard de l'importance des obligations accessoires du propriétaire que la contrepartie est apparue comme dérisoire. Il en résulte que le caractère dérisoire de la contrepartie s'apprécie en droit français non pas abstraitement, mais par rapport à ce que son bénéficiaire a fourni en retour. En effet, strictement parlant, la contrepartie – le prix forfaitaire – ne représentait pas rien : elle constituait un avantage économique, incontestablement faible par rapport à celui accordé, mais d'une valeur certaine. La motivation de la Cour de cassation valide ainsi le raisonnement de la Cour d'appel qui s'est référée à « *l'économie du contrat* ». Par conséquent, l'exigence que la contrepartie ne soit pas dérisoire

---

[593] Tels que le bail rural, la vente d'engrais, de semences et de plants destinés à l'agriculture. V. D. MAZEAUD, « Lésion », *in Répertoire de droit civil*, op. *cit*., n° 31.

[594] C'est ce qui résulte de l'article 1149, alinéa 1er, du Code civil pour les mineurs, de l'article 435, alinéa 2, pour les majeurs sous sauvegarde, de l'article 465, alinéa 2, pour les majeurs sous tutelle ou curatelle, et de l'article 488, alinéa 1er, pour les personnes faisant l'objet d'un mandat de protection future.

[595] Il n'a jamais, en effet, été question de faire de la cause un instrument de contrôle de l'équilibre des prestations [J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *op. cit.*, n° 256 et s.], l'article 1169 n'a de même pas vocation à sanctionner la lésion. V. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, op. cit.*, n° 435.

[596] Civ. 1ère 4 juillet 1995, n° 93-16.198, *Bull. civ.* I, n° 303 ; *CCC* 1995, n° 181, obs. L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1995, p. 881, obs. J. MESTRE.

[597] Civ. 1ère 10 mai 2005, n° 03-12.496, *Bull. civ.* I, n° 203 ; *AJDI* 2005. 934, obs. S. PRIGENT ; *RTD civ.* 2005. 778, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP G* 2005. I. 181, n° 6, obs. PERINET-MARQUET.

ne s'entend pas comme la sanction du caractère insignifiant de la valeur intrinsèque de la contrepartie, mais comme la sanction du déséquilibre contractuel grave – pour ne pas dire d'une lésion grave – c'est-à-dire lorsque l'économie du contrat conduit à remettre en cause son caractère onéreux.

Si la jurisprudence ne se satisfait pas de la seule apparence d'une contrepartie pour sanctionner son caractère dérisoire, l'inverse se vérifie également : le caractère *a priori* dérisoire de la contrepartie n'entraîne pas l'invalidité du contrat dès lors que l'examen de l'accord permet de conduire à l'existence d'un intérêt minimal au contrat. Ainsi, suivant les termes d'un auteur, la jurisprudence « *accroît, d'une part, au sein du contrôle des contreparties, quand celles-ci existent, l'exigence qu'elles représentent un avantage réel, et non simplement un élément formel. Elle regarde, d'autre part, au-delà de contreparties qui dans certaines situations ne semblent pas immédiatement exister, comme les « cessions » à prix négatif par exemple, ou les contrats unilatéraux non réels, l'intérêt véritable offert à chacun des contractants* »[598]. La Cour de cassation a, par exemple, pu considérer que l'indemnité contractuelle de rupture prévue dans le contrat de travail d'un dirigeant d'une société, clause dite « *golden parachute* », consentie en cas de changement de direction ou de capital, « *avait été convenue en raison des avantages que la société (...) tirait du recrutement de ce salarié et de l'importance des fonctions qui lui avaient été attribuées* »[599]. Ces avantages constituaient ainsi la contrepartie de l'engagement de la société de verser au salarié une « *indemnité équivalente au double de la rémunération totale perçue au cours des 12 mois précédant le fait générateur* », de la rupture du contrat. De même, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a pu considérer que l'engagement d'approvisionnement exclusif portant sur la fourniture de boissons n'était pas dépourvu de contrepartie, en dépit des faibles engagements du fournisseur, « *puisqu'en échange de son approvisionnement en boissons, le revendeur se voyait mettre à disposition du mobilier de terrasse et retenu que l'avantage procuré ne s'évaluait pas seulement au travers de considérations quantitatives mais également qualitatives* »[600]. Le contrôle du caractère dérisoire de la contrepartie suppose ainsi une appréciation globale du contrat.

---

[598] J. ROCHFELD, thèse préc., n° 100.
[599] Soc. 10 avril 2013, n° 11-25.841, *Bull. civ.* V, n° 97 ; *D.* 2013. 1009, et 2014. 630, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; *Rev. sociétés* 2013. 684, note R. VATINET ; *Dr. soc.* 2013. 551, obs. J. MOULY, et 576, chron. S. TOURNAUX ; *RDT* 2013. 401, obs. S. TOURNAUX ; *RTD civ.* 2013. 601, obs. H. BARBIER ; *RDC* 2013. 1321, note T. GENICON. V. aussi G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *art. préc.*, n° 14.
[600] Com. 11 mars 2014, n° 12-29.820 ; *D.* 2014. 1915, note D. MAZEAUD.

**144. L'application du contrôle de la contrepartie dérisoire au contrat aléatoire.** Le contrôle de la réalité de la contrepartie est susceptible de concerner tout contrat à titre onéreux, qu'il soit de type commutatif ou aléatoire. La distinction des contrats commutatifs et aléatoires, qui constitue une subdivision des contrats à titre onéreux[601], fait l'objet de l'article 1108 du Code civil. Le contrat commutatif est ainsi défini comme celui par lequel « *chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit* » (alinéa 1), tandis que le contrat aléatoire est celui dans lequel « *les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un évènement incertain* » (alinéa 2). Dans le cas du contrat aléatoire, les parties contractent au sujet d'un risque réciproque, un aléa, dont la réalisation se traduit par des gains pour l'une des parties et des pertes pour l'autre. Le contrat de pari ou encore le contrat d'assurance constituent des exemples classiques de contrats aléatoires[602]. Conformément à l'adage « *l'aléa chasse la lésion* »[603], le contrat aléatoire ne se prêterait pas à l'appréciation de l'économie du contrat et à la sanction du déséquilibre excessif. Le contrôle de la réalité de la contrepartie serait ainsi satisfait, pour le contrat aléatoire, par la vérification de l'existence d'un aléa, c'est-à-dire l'existence d'un risque réciproque de gains et de pertes entre les parties[604]. Un tel contrôle de la contrepartie du contrat aléatoire n'exclut en réalité pas la possibilité de la sanction de son caractère dérisoire au regard d'un déséquilibre contractuel excessif. En effet, comme le relève un auteur, « *le contrôle peut porter sur l'équivalence des chances encourues de pertes et de gains* »[605]. A ce titre, la faiblesse des chances de gains d'un contractant est susceptible d'être considérée comme une contrepartie dérisoire au regard de l'importance des chances de gains de l'autre. La jurisprudence a ainsi pu juger qu'un contrat de rente viagère était dépourvu de tout aléa et, partant, nul dans la mesure où le débirentier avait eu connaissance de la gravité de l'état de santé du vendeur qui était condamné à une mort imminente[606]. Comme pour tout autre contrat à titre onéreux, une appréciation globale de l'économie du contrat aléatoire peut conduire à la caractérisation d'un déséquilibre contractuel excessif.

---

[601] V. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 103.
[602] *Ibid*.
[603] *Ibid.*, n° 104.
[604] *Ibid*., n° 104 et n° 412.
[605] V. Y.-M. LAITHIER, « Aléa et théorie générale du contrat », *in L'aléa*, *Journées nationales, Tome XIV, Le Mans,* Association Henri Capitant, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2011, p. 7 et s., spéc. p. 19.
[606] V. Cass. civ. 1ère, 16 avril 1996, *Bull. civ.* I, n° 184 ; *D.* 1996. 584, note Y. DAGOME-LABBE, JCP 1996. IV. 1375 ; *Defrénois* 1996. 1078, obs. A. BENABENT. V. aussi Cass. civ. 3ème, 2 février 2000, *Bull. civ.* III, n° 26.

### B- L'exigence d'une *consideration* d'une certaine valeur en droit anglais

**145. « Consideration must be something which is of some value in the eye of the law »[607].** En droit anglais, selon le principe de l'arrêt *Thomas v Thomas* de 1842, la *consideration* doit être « *of some value in the eye of the law* »[608], d'une certaine valeur économique[609]. Il n'est toutefois pas exigé que la *consideration* soit *adequate*[610] (adéquate). C'est-à-dire que la contrepartie doit avoir une valeur minimale mais l'équilibre des prestations n'est pas requis. La question du caractère adéquat de la *consideration* relève en effet de la liberté contractuelle des parties. Selon les termes du juge BLACKBURN dans l'arrêt *Bolton v Madden* de 1873, « *[l]'adéquation de la consideration est à considérer par les parties au moment de la formation de leur accord, non par la Cour quand il est question de l'appliquer* »[611]. Le droit anglais, à l'instar du droit français, exige donc que la *consideration* ait une certaine valeur sans imposer l'équilibre objectif du contrat. En dépit du principe selon lequel la *consideration* doit avoir une valeur suffisante, il est traditionnellement enseigné qu'un grain de poivre constitue une *consideration* valable. Or la valeur d'un grain de poivre apparaît manifestement dérisoire. Le caractère satisfaisant d'une telle *consideration* en droit anglais se justifie au regard du fait qu'il ne s'agit pas d'un concept exclusif au contrat à titre onéreux.

**146. L'appréciation différenciée de la valeur de la *consideration* suivant la nature de l'acte**. La difficulté s'agissant de l'appréciation du caractère dérisoire de la *consideration* tient au fait qu'elle constitue une exigence pour la validité tant du contrat à titre onéreux que du contrat à titre gratuit. Pour rappel, la *consideration* est le critère des engagements juridiquement obligatoires – quelle qu'en soit la nature – dès lors qu'ils ne sont pas pris sous un formalisme particulier (le *deed*)[612]. Il apparaît alors que l'appréciation de la suffisance de la *consideration* devrait être distinguée suivant la nature gratuite ou onéreuse de l'acte. En effet, dans le cas d'un contrat à titre gratuit, une livre sterling – ou un grain de poivre (*a peppercorn*) selon la formule

---

[607] Traduction : la *consideration* doit être d'une certaine valeur aux yeux de la loi. Cette formule fait partie des principes traditionnellement applicables à la doctrine de la *consideration*. Elle résulte des propos du Juge Patterson dans l'arrêt *Thomas v Thomas*, [1842] 2 QB 851, p. 859.

[608] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 3-027.

[609] *Ibid* : « " natural affection of itself is not a sufficient consideration", and the same is true of other merely sentimental motives for promising » [notre traduction : « " l'affection naturelle n'est pas, à elle seule, une *consideration* suffisante", il en est de même des autres motifs d'engagement purement sentimentaux »]. L'intention libérale ne permet donc pas de fonder le caractère obligatoire des promesses à titre gratuit. V. *White v Bluett* (1853) 23 LJ Ex 36 : les juges estimèrent que l'engagement d'un fils de cesser de se plaindre constammeent, en contrepartie de l'engagement de son père de renoncer au paiement d'un billet à ordre, ne constitue pas une *consideration* valable.

[610] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 3-013 à 3-016.

[611] Texte original : « [t]he adequacy of the consideration is for the parties to consider at the time of making the agreement, not for the Court when it sought to be enforced ».

[612] V. *supra*, n° 54.

consacrée – pourrait constituer une *consideration* valable, tandis que dans le cas d'un contrat à titre onéreux, une telle *consideration* symbolique ne devrait pas être suffisante, à défaut de caractériser une véritable contrepartie suivant une appréciation globale de l'avantage attendu du contrat. Cette approche semble se vérifier en jurisprudence.

Le célèbre arrêt *Chappell Co Ltd v. Nestlé Co Ltd*[613] doit ici être mentionné. En l'espèce, Nestlé s'était engagée à offrir un disque à toute personne lui adressant trois emballages de chocolat avec 1 shilling 6 pence. Les emballages n'avaient aucune valeur – le fabriquant les jetait à la réception – mais il fut jugé qu'ils constituaient bien une partie de la *consideration* pour le contrat conclu entre Nestlé et les personnes ayant accepté son offre. Dans cette affaire, la contrepartie ne peut être considérée comme dérisoire dès lors qu'elle consiste, plus globalement, en l'avantage commercial retiré du contrat : le contrat s'inscrit dans une stratégie marketing de laquelle la société Nestlé tire un avantage non seulement au regard de la publicité résultant du contrat mais en outre de l'incitation à la consommation des produits.

Le caractère onéreux des contrats dans lesquels la *consideration* apparaît dérisoire peut par ailleurs être discuté. En témoigne l'arrêt *Midland Bank Trust Ltd v Green*[614], fréquemment cité par la doctrine anglaise au titre de la règle selon laquelle la *consideration* n'a pas à être adéquate[615]. En l'espèce, un père accorda une option d'achat de sa ferme à l'un de ses fils qui ne l'a pas faite enregistrer conformément au *Land Charges Act* de 1925. Suite à un désaccord familial et afin de faire obstacle au droit d'option du fils, le père vendit la ferme à sa femme pour le prix de 500 £, alors qu'elle en valait plus de 40 000. La femme procéda ensuite à une modification de son testament pour que la ferme revienne à ses cinq enfants, dont celui à qui avait été accordé une option d'achat. Ce dernier chercha alors à se prévaloir de son droit d'option en invoquant l'insuffisance de la *consideration* au regard de la section 13 (2) du *Land Charges Act* de 1925. En effet, d'après ce texte, la charge foncière non enregistrée n'est pas opposable à celui qui a acquis le bien « *for money or money's worth* », c'est-à-dire pour de l'argent ou une valeur pécuniaire. D'après le fils, la femme n'aurait ainsi pas acquis la ferme « pour de l'argent » de sorte que l'option pourrait lui être opposée. La Cour d'appel considéra en ce sens que le déséquilibre de la vente était tel qu'il ne pouvait pas être considéré que le transfert de la ferme avait été opéré pour de l'argent. C'est dire que la solution de la Cour d'appel tend à contester le caractère onéreux de l'acte. La Chambre des Lords considéra que le transfert de la ferme s'était bien opéré conformément à la section 13 (2) du *Land Charges Act*

---

[613] *Chappell and Company Limited and others v The Nestlé Company Limited and others* [1959] UKHL 1, [1960] AC 87.
[614] *Midland Bank Trust Ltd v Green* [1981] AC 513.
[615] V. par ex. P. RICHARDS, *Law of contract*, Pearson, 13ème éd., 2017, p. 66.

– de sorte que l'option du fils n'était pas opposable – mais sans se prononcer sur la valeur de la *consideration*. En effet, elle estima que le *Land Charges Act* n'imposait pas un contrôle de la valeur de l'argent versé au titre de l'acquisition du bien. D'après le juge WILBERFORCE, il importait peu de déterminer si le transfert de propriété avait été motivée par la recherche d'un bénéfice ou la volonté que le bien revienne à l'ensemble des enfants : l'intention du législateur du *Land Charges Act* était précisément d'éviter ce type d'investigation en retenant simplement le critère de l'acquisition « pour de l'argent ». La solution de la Chambre des Lords ne permet donc pas d'affirmer que les 500 £ constituaient en l'espèce la *consideration* valable d'un contrat intéressé. Au demeurant, au vu des données de l'arrêt et de la solution de la Cour d'appel, le caractère onéreux du contrat apparaît contestable.

**147. L'importance des institutions relatives à la lésion qualifiée.** En toute hypothèse, comme cela sera développé ci-après, le droit anglais admet la sanction des contrats dans lesquels la *consideration* est réellement disproportionnée lorsqu'elle s'inscrit dans le cadre de relations contractuelles elles-mêmes déséquilibrées[616]. Il intègre en effet des institutions permettant de prendre en compte la faiblesse de la position contractuelle d'un contractant et de le protéger en sanctionnant l'abus dont il peut être victime, lequel est susceptible de se traduire par la faiblesse de la valeur de la contrepartie[617]. Suivant l'analyse de la jurisprudence par la doctrine anglaise, la valeur de la *consideration* est alors, en fait, « *un principe important en droits des contrats* »[618], ce dernier étant imprégné de la notion de *fairness* (équité, équilibre).

La sanction de la lésion qualifiée est également importante en droit allemand s'agissant de prendre en compte le déséquilibre grave et de contrôler la suffisance de l'intérêt d'une partie au contrat. Néanmoins, en dehors de toute situation d'exploitation d'un contractant par l'autre, le déséquilibre grave résultant du caractère dérisoire de la contrepartie est susceptible d'être sanctionné, en droit allemand, au titre de la contrariété du contrat aux bonnes mœurs.

### C- Le déséquilibre grave contraire aux bonnes mœurs en droit allemand

**148. Le fondement des bonnes mœurs du § 138, I du BGB.** En droit allemand, le principe est que la validité du contrat ne dépend pas de l'équilibre entre la prestation et la contrepartie[619]. Le contractant qui a réalisé une mauvaise affaire n'en demeure ainsi pas moins

---

[616] V. *infra*, n° 150 et s.

[617] La valeur de la *consideration* est, par ailleurs, susceptible d'être prise en compte au titre de la mise en œuvre des notions de *duress* et d'*unconscionability*. V. *infra*, n° 136 et s.

[618] B. S. MARKESINIS, « La notion de consideration dans la common law : vieux problèmes ; nouvelles théories », *RIDC* 1983, n° 4, p. 735 s.

[619] H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, *op. cit.*, n° 227.

lié par son engagement dès lors qu'il a obtenu une contrepartie. Le BGB ne contient aucune disposition qui, à l'instar de l'article 1169 du Code civil français, sanctionnerait le contrat à titre onéreux dont la contrepartie est dérisoire. La notion de bonnes mœurs permet néanmoins de fonder, eu égard aux impératifs de la justice commutative[620], la sanction de la contrepartie excessivement disproportionnée au moment de la formation du contrat. Cette sanction, fondée sur le § 138 I du BGB, a été appliquée par la jurisprudence.

**149. Applications en jurisprudence.** La jurisprudence allemande a sanctionné, sur le fondement du § 138 I du BGB, des déséquilibres flagrants entre la prestation et la contre-prestations jugés immoraux mais qui ne pouvaient donner lieu à l'application du § 138, II du BGB. Le § 138, I du BGB est en effet une clause générale par laquelle le droit allemand sanctionne de nullité tout acte juridique contraire aux bonnes mœurs. Certes, il est alors enseigné que, pour que le § 138 I s'applique aux déséquilibres flagrants, il faut, en plus d'une disproportion manifeste, un élément de nature à vicier le contrat, un élément faisant douter de la libre volonté de celui qui en subit le préjudice[621]. Néanmoins, en comparaison avec l'application du § 138, II du BGB, cette exigence fait l'objet d'une appréciation nettement plus souple, elle est même, dans certains cas, purement artificielle. Ainsi, les juges ont eu l'occasion d'appliquer le § 138, I du BGB au déséquilibre flagrant du contrat de location accepté par le débiteur alors même que le créancier ignorait la situation de faiblesse de ce dernier[622], ce qui est loin de la situation d'exploitation exigée pour la mise en œuvre du § 138, II du BGB.

En outre, la jurisprudence est même allée jusqu'à inverser la charge de la preuve : elle a pu considérer que le déséquilibre manifeste fait présumer l'abus de la position de force du cocontractant qui en bénéficie, de sorte que la sanction du contrat puisse être encourue[623]. S'agissant de l'appréciation du déséquilibre, une disproportion à hauteur du double de la valeur réelle de la contrepartie est jugée suffisante[624]. La jurisprudence a ainsi eu l'occasion de sanctionner, sur le fondement du § 138 I du BGB, le contrat de vente d'un immeuble ou d'un terrain lorsque le prix était plus du double du prix du marché[625]. En toute autre matière, le § 138 du BGB a été appliqué au contrat de travail dont la rémunération n'atteint pas les 2/3 du

---

620 *Ibid.*

621 Les accords visés sont alors dits « ressemblant à des contrats usuraires » (*wucherähnliche Rechtsgeschäfte*).

622 BGH, 11. 01. 1995 – VIII ZR 82/94, *BGHZ* 128, 255, 257, *NJW* 1995, 1019.

623 V. BGH, 10. 07. 1986 – III ZR 133/85, *BGHZ* 98, 174, 178, *NJW* 1986, 2563 ; BGH, 24. 01. 1979 – VIII ZR 16/78, *NJW* 1979, 758 ; BGH, 19. 01. 2001 – V ZR 437/99, *NJW* 2001, 1127, 1128 ; BGH, 05. 10. 2001 – V ZR 237/00, *NJW* 2002, 429, 430f.

624 V. BGH, 14. 07. 2004 – XII ZR 352/00, *NJW* 2004, 3553 ; BGH 24. 01. 2014 –V ZR 249/12, *NJW* 2014, 1652.

625 V. BGH, 08. 11. 1991 – V ZR 260/90, *NJW* 1992, 899 ; BGH, 19. 01. 2001 – V ZR 437/99, *NJW* 2001, 1127 ; BGH, 19. 02. 2003 – XII ZR 142/00, *NJW* 2003, 1860. Cette jurisprudence n'est pas limitée à la vente immobilière : voir par exemple BGH 18. 12. 2002 – VIII ZR 123/02, *NJW-RR* 2003, 558 relatif à la vente d'un cheval.

salaire généralement versé dans le secteur d'activité et la région concernés[626]. L'appréciation du caractère satisfaisant ou non de la contrepartie dépend ainsi du type de contrat en cause. En définitive, le droit allemand, sanctionne le déséquilibre contractuel si important que la contrepartie apparaît objectivement insuffisante.

Les droits étudiés sanctionnent, par ailleurs, le déséquilibre contractuel qui résulte de l'exploitation par un contractant de la position de faiblesse de l'autre. La contrepartie, en tant que motif nécessaire de l'engagement, est ainsi insuffisante dans les hypothèses de lésion qualifiée.

## §2- La sanction de la lésion qualifiée

**150. Identification de concepts correspondant à la lésion qualifiée dans chacun des droits étudiés.** L'engagement pris par une partie en position de faiblesse par rapport à son cocontractant ne peut être valable dès lors que ce dernier en profite pour s'octroyer un avantage excessif. C'est dire que la partie faible fait, dans ce cas, une très mauvaise affaire : son intérêt au contrat – sans être inexistant – est si disproportionné par rapport au poids de son engagement qu'il ne peut être considéré comme un motif suffisant. Les droits français, anglais et allemand sanctionnent unitairement les situations d'abus constitutives d'une lésion qualifiée. Le droit allemand sanctionne en effet l'usure, *Wücher*, au titre du § 138 II du BGB. Le § 138 (2) du BGB dispose en effet qu'« *[e]st nul notamment tout acte juridique par lequel une personne se fait promettre ou accorder, soit à elle-même, soit à une autre, en contrepartie d'une prestation, des avantages patrimoniaux en disproportion flagrante avec cette prestation, et cela par exploitation de l'état de nécessité, de l'inexpérience, du défaut de capacité de jugement ou de la grande faiblesse de caractère d'autrui* ». Cette disposition consacre ainsi expressément la sanction d'une hypothèse particulière de contrariété de l'acte aux bonnes mœurs : celle de lésion qualifiée. En droit anglais, la sanction de la lésion qualifiée relève de plusieurs institutions d'équité (*Equity*) qui visent à tempérer la rigueur des solutions de principe de la *common law*[627]. Elle est tout d'abord assurée sur le fondement de l'*unconscionability* qui se réfère aux cas dans lesquels le contrat est à ce point désavantageux pour une partie en situation de faiblesse[628] que seul un cocontractant peu scrupuleux peut l'avoir conclu. Le contrat est alors

[626] BAG, 22. 04. 2009 – 5 RZA 436/08, *MDR* 2009, 1117, *NZA* 2009, 837.
[627] V. M. CUMYN, thése préc., n° 107.
[628] La doctrine de l'*unconscionability* a donné lieu à l'émergence du concept d'*inequality of bargaining power*, qui correspond à la notion de déséquilibre des positions contractuelles des parties. Certaines affirmations faites à l'occasion de décisions de jurisprudence ont soutenu la théorie selon laquelle une partie doit, de façon générale, pouvoir obtenir un remède lorsque l'autre a tiré un avantage injuste du déséquilibre de leurs positions contractuelles (*inequality of bargaining power*) [v. E. PEEL, G. H.

*unconscionable,* c'est-à-dire scandaleux. La lésion qualifiée est également prise en compte à travers la mise en œuvre de l'*undue influence* (influence excessive) qui vise les hypothèses où le contrat est déterminé par l'abus d'une relation de confiance, d'autorité[629].

Si le droit français ne consacre pas la sanction de la lésion qualifiée[630], le concept de violence par abus de dépendance en développe la logique. L'article 1143 du Code civil, relatif au nouveau cas de violence par abus de dépendance, est en effet susceptible de couvrir une partie des situations constitutives d'une lésion qualifiée. Ce texte dispose qu'« *[i]l 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* ». La violence est ainsi constituée lorsqu'une partie abuse de l'état de dépendance de l'autre pour obtenir un avantage manifestement excessif. La sanction de l'acte est donc encourue que lorsque s'ajoute à une situation de dépendance un déséquilibre grave du contrat. Cette réunion d'un élément subjectif et d'un élément objectif rapproche substantiellement la violence économique du concept de lésion qualifiée bien que, formellement, la violence par abus de dépendance soit conçue sur le modèle de la violence classique, c'est-à-dire comme un vice du consentement[631].

---

TREITEL, *op. cit*., n° 10-047]. Le concept de l'*inequality of bargaining power*, défendue par Lord Denning, ne constitue toutefois pas un fondement reconnu permettant, de façon autonome, de contester un contrat en cas d'abus par une partie de sa position contractuelle favorable [*ibid.*, n° 10-049].

629 Les concepts d'*unconscionability* et d'*undue influence* présentent une certaine fongibilité. V. par ex. *Credit Lyonnais Bank Nederland NV v Burch* [1997] 1 All ER 144, spéc. 151.

630 Certaines dispositions spéciales conduisent néanmoins à la sanction de la lésion qualifiée dans des hypothèses particulières. Ainsi, l'article L 332-1 du Code de la consommation sanctionne le fait pour un créancier professionnel d'obtenir l'engagement de caution d'une personne physique dont l'engagement est manifestement disproportionné à ses biens et revenus. Il s'agit alors de protéger la caution personne physique fréquemment sujette, en pratique, à une situation de dépendance vis-à-vis du créancier professionnel : ainsi en est-il, par exemple, de l'engagement de caution pris par le dirigeant personne physique d'une petite ou moyenne entreprise pour l'obtention d'un crédit par une banque. Avant la loi Dutreil de 2003, la jurisprudence avait d'ailleurs admis de sanctionner le cautionnement disproportionné, conclu entre une personne physique et un créancier professionnel, sur le fondement de l'exigence de bonne foi. Si l'exigence de bonne foi, qui s'impose à tout contractant, justifiait que soit remis en cause l'engagement excessif de la caution à l'égard d'un créancier professionnel, aucune raison de politique juridique ne semble pouvoir justifier que la bonne foi ne puisse pas, plus largement, fonder la sanction de l'engagement gravement déséquilibré résultant de l'abus de la faiblesse, de la vulnérabilité ou de l'inexpérience d'une partie, caractérisant une exploitation aussi grave d'un déséquilibre des positions contractuelles. V. par ex. Cass. com. 17 juin 1997, n° 95-14.105*, Bull. civ.* IV, n° 188 ; *D.* 1998. 208, note J. CASEY ; *RTD civ.* 1998. 100, obs. J. MESTRE ; *RTD civ.* 1998. 157, obs. P. CROCQ ; *RTD com*. 1997. 662, obs. M. CABRILLAC ; *JCP E* 1997. II. 1007, note D. LEGEAIS.

631 C'est ce qu'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt de 2000 [Civ. 1ère, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull. civ.* I, n° 169 ; *D.* 2000. 879, note J.-P. CHAZAL ; *D.* 2001. 1140, obs. D. MAZEAUD ; *JCP* 2001. II. 10461, note G. LOISEAU ; *CCC* 2000. Comm. 142, obs. L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 2000. 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD* civ. 2000. 867, obs. P.-Y. GAUTIER ; *Defrénois* 2000, art. 37237, n° 68, obs. P. DELEBECQUE]. En l'espèce, il était question d'un contrat de transaction et la cour d'appel n'avait pas admis la nullité au motif que la transaction ne pouvant être attaquée pour cause de lésion, la contrainte économique ne saurait entraîner la nullité de l'accord. La 1ère Chambre civile a cassé l'arrêt d'appel au motif que « la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion ». En dépit de ce qu'exprime *a priori* cette solution, il semble qu'elle ne s'oppose pas au rattachement de la violence économique au concept de lésion qualifiée. En effet, la Cour de cassation censure le raisonnement des juges d'appel consistant à déduire du rejet de la lésion le refus de sanctionner la contrainte économique. En énonçant au contraire que la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion, elle suggère simplement que ce n'est pas au titre du seul déséquilibre contractuel que la violence économique est sanctionnée. En d'autres termes, le rejet de la lésion en droit français n'est pas

Une approche unitaire de la lésion qualifiée peut être établie entre les droits étudiés, tant au regard des conditions de sa sanction (A) que la nature de cette dernière (B).

### A- Les conditions de la sanction de la lésion qualifiée

**151. La réunion d'un élément objectif et subjectif**. La contrepartie, exigée en tant que motif minimal de l'engagement, ne doit pas être gravement déséquilibrée en présence d'un déséquilibre des positions contractuelles des parties, ce qui correspond à la lésion qualifiée. La lésion qualifiée suppose en effet la réunion d'un élément objectif, le déséquilibre flagrant entre les prestations, et d'un élément subjectif, la situation d'exploitation d'une partie par l'autre. En d'autres termes, le seul déséquilibre ne suffit pas à remettre en cause le contrat. Cette double condition se retrouve s'agissant de la mise en œuvre des institutions qui relèvent de la sanction de la lésion qualifiée en droits français, anglais et allemand. L'*undue influence* et l'*unconscionability* en droit anglais, la *Wücher* en droit allemand et la violence par abus de dépendance du droit français présentent ainsi une même logique : la disproportion grave est inacceptable au regard de la particularité de la relation entre les parties, caractérisée par un déséquilibre des positions contractuelles.

Une convergence des droits étudiés peut être établie dans la mesure où les concepts assurant la sanction de la lésion qualifiée dans les droits étudiés se rejoignent à travers l'exigence de la réunion d'un élément subjectif – un déséquilibre des positions contractuelles des parties – (1) et d'un élément objectif – le déséquilibre grave du contrat (2) pour que la sanction du contrat soit encourue.

#### *1. L'élément subjectif : le déséquilibre des positions contractuelles des parties*

**152. L'élément subjectif dans la mise en œuvre de la lésion du droit allemand**. La lésion qualifiée ne peut être constituée à défaut d'un déséquilibre des positions contractuelles des parties, c'est-à-dire que l'une d'elles doit être dans une position de faiblesse par rapport à l'autre. En droit allemand, le *Bundesgerichtshof* l'a rappelé avec force aux juridictions inférieures : la mise en œuvre du §138 (2) du BGB suppose la caractérisation d'un élément subjectif, la condition d'exploitation[632]. La partie bénéficiant du contrat doit avoir ainsi profité

incompatible avec la sanction de l'exploitation d'une situation de contrainte de laquelle résulte un déséquilibre excessif du contrat, que cela soit nommé violence économique, ou encore violence par abus de dépendance, ou encore lésion qualifiée.

[632] V. C. WITZ, *op. cit.*, n° 272.

de la situation difficile de l'autre partie (*Zwangslage*), de son inexpérience (*Unerfahrenheit*) de son manque de jugement (*Mangel an Urteilsvermögen*) ou d'une particulière vulnérabilité de sa volonté (*erhebliche Willensschwäche*)[633].

Suivant le critère de *Zwangslage,* un contractant se trouve dans une situation difficile lorsqu'il a un besoin urgent d'argent ou de biens, ce qui correspond à l'hypothèse où son existence économique est menacée. Les situations de détresses sérieuses sont également concernées, le contrat usuraire apparaissant dans ce cas comme un moindre mal (*kleinere Übel*) [634] . Toute autre difficulté grave qui ne serait pas directement financière mais éventuellement commerciale, telle qu'une menace à la bonne réputation, ou encore médicale, en cas de problèmes importants de santé[635], permet d'établir l'élément subjectif de la lésion. En outre, les difficultés éprouvées peuvent donner lieu à l'application du § 138 II quand bien même elles ne seraient que temporaires[636]. L'*Unerfahrenheit*[637], l'inexpérience, est généralement invoquée en matière commerciale et ne s'entend pas comme le fait pour un contractant d'être inexpérimenté dans le seul cadre du contrat en question. Ce critère rejoint alors l'idée exprimée par les deux derniers, à savoir le manque de jugement[638] ou la particulière vulnérabilité de la personne[639].

**153. L'élément subjectif dans la mise en œuvre de l'*unconscionability* et de l'*undue influence* du droit anglais**. La *Wücher* du droit allemand trouve un équivalent en droit anglais à travers la notion d'*unconscionable bargains*[640] qui vise les situations d'exploitation de la faiblesse particulière de l'une des parties au contrat par l'autre. La doctrine des *unconscionable bargains* relève alors de l'*equity*[641].

---

[633] *Ibid*.
[634] C. AMBRÜSTER, *in Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 138, n° 149.
[635] *Ibid.*
[636] *Ibid*.
[637] *Ibid*., n° 150.
[638] *Ibid*., n° 151.
[639] *Ibid*., n° 152.
[640] Il convient de mentionner, en outre, une disposition spécifiquement applicable aux contrats de consommation. Le *Consumer Credit Act* de 1974 autorise ainsi les juges à '*reopen*' un '*extortionate credit bargain*' (section 137 (1)). Pour que le contrat soit qualifié d' '*extortionate*', il faut qu'il soit '*grossly exorbitant*' ou qu'il '*grossly contravene ordinary principles of fair dealing*' (section 138 (1)). Ces éléments doivent être établis au moment de la conclusion du contrat [v. *Paragon Finance plc v Staunton*, [2002] 2 All ER 248]. L'appréciation de la dispropotion du coût du crédit doit être réalisée au regard de l'âge et des capacités d'affaires du débiteur et du degré de pression financière auquel il a été soumis mais aussi au regard du risque pris par le créancier [v. par ex : *Ketley (A) Ltd v Scott* [1981] ICR 241, le taux d'intérêts annuels de 48% n'a pas été considéré comme '*extortionate*' dès lors que le créancier ne bénéficiait que de faibles garanties]. Le texte prévoit la possibilité d'une réduction des sommes excessives au regard de ce qui est juste et raisonnable (section 139 (2)) ainsi que la restitution des sommes excessives déjà payées.
[641] L'équité vient en effet nuancer la rigueur des solutions de principe, dites de *common law*, en offrant des tempéramments qui ne sont pas de droit pour les parties, c'est-à-dire que leur mise en œuvre est laissée au pouvoir discrétionnaire des juges.

Une illustration classique de l'application de cette théorie consiste dans les « *catching bargains* » concernant des accords conclus avec des héritiers en anticipation de la succession à laquelle ils ont vocation à hériter. A la fin du XVII[ème] siècle, en effet, les Cours ont admis la « réouverture » de contrats conclus par de jeunes nobles ayant vendu leurs droits à une succession à venir ou consenti des baux sur des biens desquels ils étaient appelés à hériter, en contrepartie d'une *inadequate consideration*. A l'occasion du *leading case Earl of Ardglasse v Muschamp*[642], les juges ont retenu que l'*equity* n'interviendrait en la matière que si le contrat résulte de l'exploitation de la faiblesse de l'héritier.

Dans les cas, peu nombreux, où *l'unconscionability* a été admise, l'attention est portée sur comportement non consciencieux de la partie bénéficiant du contrat et les Cours refusent d'intervenir lorsque le contrat est déséquilibré en dehors de toute situation d'exploitation d'un contractant par l'autre[643]. Suivant les exemples jurisprudentiels donnés par Mme CHEN-WHISART, l'*unconscionability* a été retenue s'agissant de l'exploitation de la pauvreté d'un contractant, de son inexpérience, de son âge avancé, de sa maladie ou encore du caractère limité de ses capacités intellectuelles[644]. La situation de vulnérabilité peut être de nature économique. C'est ce dont témoigne l'arrêt *The Medina*[645], rendu sur le fondement de l'*unconscionability*, et dont les faits rappellent très fortement ceux des contrats d'assistance maritime à l'occasion desquels le concept de violence économique a été développé en droit français. Il s'agissait, en effet, de sanctionner un déséquilibre contractuel résultant de l'exploitation d'une situation de détresse, d'un état de nécessité, en l'occurrence celle du naufrage d'un navire dont le capitaine n'a eu d'autre choix que d'accepter le prix exorbitant proposé en contrepartie de l'assistance aux naufragés. Dans l'arrêt *Fry v Lane*[646], un contrat très déséquilibré a été jugé *unconscionable* dès lors qu'il avait été conclu par « *a poor and ignorant person* » (une personne pauvre et inculte). Plus récemment, dans l'affaire *Creswell v Potter*[647], il a été jugé que la personne appartenant à un « *lower income group* » (milieux les plus défavorisés) et « *less highly educated* » (ayant un plus faible niveau d'instruction) devait être regardée comme l'équivalent moderne de la personne pauvre et ignorante. De même qu'en droit allemand, *l'impropriety,* est

---

642 *Earl of Ardglasse v Muschamp* (1684), 23 Eng. Rep. 438, 1 Vern. 237.
643 Ainsi, par exemple, dans l'arrêt *Portman Building Society v Dusangh*, [(2000), Lloyd's Rep. Bank 197], il a été jugé que le prêt hypothécaire consenti par un parent âgé et illétré, en contrepartie d'une rémunération très faible, afin d'aider l'activité commerciale de son fils, n'était pas *unconscionable*.
644 M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, 5th ed., Oxford, 2015, n° 9.4.1., p. 363.
645 *The Medina* (1876) 2 PD 5.
646 *Fry v Lane* (1888) 40 Ch D 312.
647 *Creswell v Potter* [1978] 1 WLR 225.

parfois plus simplement déduite du déséquilibre grave et de l'absence d'explication rationnelle, d'*innocent explanation*[648].

L'élément subjectif d'exploitation se retrouve dans le cadre de l'*undue influence* concernant les rapports de *trust* ou *confidence* (confiance). L'*undue influence* est, à l'instar de l'*unconscionability*, une doctrine d'équité. Elle vise des situations dans lesquelles un contractant est déterminé à conclure le contrat sous l'influence exercée par une personne ayant des liens personnels particuliers de confiance. De tels liens sont généralement présumés dans les relations, par exemple, entre un avocat et son client, un représentant de l'autorité religieuse et son disciple, un parent et un enfant[649]. Ils ont également pu être reconnus par la jurisprudence entre un mari et sa femme, un oncle et un neveu, un banquier et un client ou encore deux paysans voisins[650]. Dans l'arrêt *Allcard v Skinner,* la doctrine l'*undue influence* a ainsi été appliquée à la relation entre la mère supérieure d'un couvent et une none qui lui avait fait don de l'ensemble de ses biens, en raison de son autorité et la nécessité pour les religieuses d'être autorisées par elle pour solliciter d'autres conseils.

**154. L'élément subjectif de la violence par abus de dépendance en droit français.** A l'instar des concepts des droits allemand et anglais précédemment décrits, la violence par abus de dépendance du droit français suppose la caractérisation d'une exploitation, ce qui suppose une situation particulière de faiblesse, laquelle est d'abord de nature économique. En effet, l'article 1143 du Code civil a vocation à consacrer la violence économique développée en jurisprudence.

L'exploitation d'une situation de nécessité a ainsi été mise en avant dans le célèbre arrêt *Le Rolf* rendu en matière de contrat d'assistance maritime et précurseur dans la reconnaissance de la violence économique : c'est au regard de la situation de péril dans laquelle il se trouvait que le capitaine d'un navire avait été contraint d'accepter des conditions contractuelles désavantageuses[651]. La solution est aujourd'hui consacrée à l'article L. 5132-6 du Code des transports. Plus récemment, la Cour de cassation a retenu la violence économique s'agissant d'une convention d'honoraires d'avocat conclue alors que l'état de faiblesse de la cliente était caractérisé, cette dernière se trouvant *« dans un état de moindre résistance en raison du besoin de percevoir rapidement les dommages-intérêts qui lui étaient dus, compte tenu de son état de*

---

[648] *Crédit Lyonnais Bank Nederland NV v Burch* (1997), 1 ALL E.R. 144 ; H. G. BEALE, *Chitty on Contracts*, 27 ed. Sweet & Maxwell, 2004, n° 7- 118.
[649] P. S. ATIYAH, S. A. SMITH, *op. cit.*, p. 286.
[650] *Ibid.*
[651] Req. 27 avr. 1887, *D.* 1888.1.263, *S.* 1887.1.372.

*surendettement* »[652]. De même encore, dans un arrêt de 1965, la Chambre sociale a appliqué le concept de violence économique à l'égard d'un représentant ayant accepté de « *poursuivre son activité sous des clauses draconiennes, avec une diminution considérable du taux des commissions* », alors qu'il « *devait quitter Paris et s'installer à Grenoble avec un enfant malade* » et « *avait de pressants besoins d'argent* »[653].

Au-delà l'état de de nécessité de nature économique, la situation de dépendance du nouveau cas de violence de l'article 1143 du Code civil devrait pouvoir être entendue largement afin d'inclure toute situation de vulnérabilité d'une partie. En effet, la violence par abus de dépendance doit pouvoir apporter un fondement permettant en cas d'abus de position contractuelle favorable, quelle que soit la nature de la faiblesse de celui qui en est victime. Suivant les termes du rapport au Président de la République, le champ d'application de l'article 1143 est « *en réalité plus large, et n'est pas circonscrit à la dépendance économique* », de sorte que « *toutes les hypothèses de dépendance sont visées* ». La notion de dépendance est alors susceptible d'être interprétée largement pour inclure la faiblesse, la vulnérabilité ou encore l'inexpérience d'une partie. Le nouvel article 1143 permet donc potentiellement de recouper, en pratique, les solutions obtenues sur le fondement de la lésion qualifiée en droits anglais et allemand. Ainsi, le fondement de la violence par abus de dépendance devrait trouver à s'appliquer dans des faits similaires à ceux ayant donné lieu à la solution de l'arrêt de la troisième chambre civile du 17 janvier 2007[654]. Les juges du fond avaient admis la nullité d'une promesse de vente immobilière, sur le fondement du dol par réticence de l'acheteur professionnel, un agent immobilier et marchand de biens, sur la valeur du pavillon, au motif que le propriétaire de ce dernier était un agriculteur devenu manœuvre après que son épouse se soit retrouvée en incapacité totale de travail et qu'il ne pouvait connaître lui-même la valeur de son bien. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel en retenant l'absence d'obligation d'information sur la valeur du bien acquis à la charge de l'acheteur, même professionnel. La situation de particulière vulnérabilité du vendeur semblait assez indiscutable. Ainsi que le relève M. STOFFEL-MUNCK, à la lecture du moyen annexé au pourvoi, « *le vendeur était*

---

[652] Cass. civ. 2ème, 5 oct. 2006, n° 04-11.179, *D.* 2007. 2215, note G. RAOUL-CORMEIL ; *CCC* 2007. Somm. 44, obs. LEVENEUR.
[653] Cass. soc. 5 juillet 1965, *Bull. civ.* V, n° 545.
[654] V. en ce sens J.-P. CHAZAL, « La contrainte économique : violence ou lésion ? », *D.* 2000. 879, n° 10 : « Certes, les textes du code civil (art. 1118) et le poids d'une tradition doctrinale bicentenaire entravent l'utilisation de la lésion qualifiée pour sanctionner les injustices contractuelles. Mais, après tout, qu'importent les mots, l'essentiel réside dans les concepts ; et le droit français recèle suffisamment d'instruments adéquats pour satisfaire cet antique précepte juridique (et pas seulement moral) qui commande de ne pas s'enrichir injustement aux dépens d'autrui : l'équivalence et la commutativité (art. 1104), la cause (art. 1131), la bonne foi (art. 1134, al. 3), l'équité (art. 1135) ».

*plus à même d'inspirer la compassion que la sévérité* »[655]. L'auteur ajoute que « *si l'arrêt avait opiné pour une solution en faveur d'un tel malheureux et l'avait discrètement classé en FD, on aurait pu concevoir qu'il se serait agi d'une décision d'équité. Mais c'est tout le contraire qui s'est produit et c'est donc en droit strict que la Cour a rendu son arrêt, et l'a destiné à la publication au Bulletin. Or, de ce point de vue, elle nous semble pouvoir être approuvée* »[656]. Sans remettre en cause les principes établis en matière de dol par réticence, la Cour de cassation aurait très bien pu, par une substitution de motifs, se fonder sur la bonne foi pour admettre, à l'image de la *Wücher* du droit allemand ou la doctrine de l'*unconscionability* du droit anglais – laquelle est précisément un concept d'équité – que l'acheteur professionnel avait exploité la situation du vendeur en situation de particulière vulnérabilité en concluant la vente à un prix bien inférieur à l'estimation du bien sur le marché suite à la hausse du prix de l'immobilier. A ce titre, il convient de relever que le vendeur avait déjà vendu deux terrains, trois ans plus tôt, au même marchand de biens, de sorte que, sans pouvoir parler de l'instauration d'une relation de confiance entre les parties[657], il peut à tout le moins être considéré que l'acheteur professionnel n'était pas sans ignorer les difficultés particulières éprouvées par son cocontractant. N'était-il pas envisageable de retenir l'existence d'une situation de contrainte économique ? Certes ce n'est pas la question qui était posée à la Cour de cassation. Toujours est-il que ce ne serait alors pas nier le principe du droit des acheteurs de faire une bonne affaire que de sanctionner l'abus de celui qui réalise sciemment un profit excessif sur le compte de la faiblesse de son cocontractant, qu'elle soit économique ou de toute autre nature. Le nouveau cas de violence par abus de dépendance devrait aujourd'hui permettre de fonder une solution différente.

Dès lors que la situation d'exploitation est caractérisée, le déséquilibre grave témoignant de l'exploitation abusive de cette situation devrait être sanctionné. La sanction de la lésion qualifiée suppose en effet que l'avantage reçu du contrat en contrepartie de l'engagement du contractant dont la position contractuelle est plus faible soit gravement disproportionné par rapport à celui que son cocontractant reçoit.

### *2. L'élément objectif : le déséquilibre grave du contrat*

**155. La condition de la disproportion grave**. Dans des circonstances de lésion qualifiée, la prévision d'un avantage strictement minimal en contrepartie de l'engagement d'un

---

[655] P. STOFFEL-MUNCK, « Réticence de l'acquéreur sur la valeur du bien vendu : la messe est dite ! », *D.* 2007 p. 1054, n° 2.
[656] *Ibid.*
[657] V. P. STOFFEL-MUNCK, « Réticence de l'acquéreur sur la valeur du bien vendu : la messe est dite ! », art. préc., n° 4.

contractant plus faible n'est pas satisfaisante : la disproportion grave de la contrepartie n'est pas admise dans ces circonstances. S'il n'est pas interdit de conclure un contrat avec une partie plus faible et de faire une meilleure affaire que cette dernière, il n'est en revanche pas permis d'abuser de ce droit. L'idée n'est alors pas de sanctionner tout déséquilibre mais le déséquilibre inacceptable.

**156. L'appréciation de la disproportion manifeste en droit allemand.** En droit allemand, la sanction de la lésion qualifiée suppose ainsi que la valeur de la promesse et celle de la contre-promesse soient manifestement disproportionnées (*auffäliges Mißverhältnis*)[658]. Dans le cas d'une vente d'un immeuble ou d'un terrain, le §138, II du BGB a souvent été appliqué lorsque le prix était plus du double du prix du marché[659]. Suivant un autre exemple, un contrat de prêt peut être usuraire si le taux d'intérêt dépasse de 100 % le taux d'intérêt du marché[660]. L'appréciation est plus délicate s'agissant des contrats unilatéraux, pour autant, l'application du § 138, II du BGB a pu être retenue, notamment en matière de sûretés[661]. Après quelques hésitations, le *Bundesverfassungsgericht* (la Cour constitutionnelle) a posé les bases de l'application judiciaire du § 138, II BGB aux contrats de sûretés[662]. La Cour a retenu que les garanties, considérablement désavantageuses (*ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen*), prises par les membres d'une famille pour le paiement d'un loyer et résultant d'un « *déséquilibre structurel des forces contractuelles* » (*strukturell ungleiche Verhanlungsstärke*), ou « *disparité du contrat* » (*gestörte Vertragsparität*), sont de nature à constituer une violation des droits constitutionnels d'une partie consistant en l'auto-détermination, soit le principe de liberté contractuelle. Le caractère disproportionné de l'engagement résulte alors de la démesure du montant de la dette garantie par rapport aux capacités financières de la caution au moment de la conclusion du contrat : ainsi en est-il par exemple de l'engagement de caution d'une femme de vingt-et-un ans, pris en garantie des dettes de la société de son père, alors qu'elle n'avait ni bien, ni revenu, ni aucune perspective d'amélioration de sa situation financière[663]. Il en résulte que l'engagement manifestement disproportionné de la caution doit être nul en aplication du § 138, I du BGB dès

---

[658] Généralement, quand le prix excède 100% du prix du marché il est regardé comme un avantage manifestement disproportionné. V. par ex : BGH, 19.02.2003 - XII ZR 142/00; NJW 2003, 1860.

[659] BGH, 08.05.1992 – V ZR 95/91, *NJW* 1992, 899 ; BGH, 19.01.2001 - V ZR 437/99, *NJW* 2001, 1127 ; BGH, 19.02.2003 – XII ZR 142/00, NJW 2003, 1860. Cette jurisprudence n'est pas limitée à la vente immobilière : voir par exemple BGH, 18.12.2002 – VIII ZR 123/02, *NJW-RR* 2003, 558 portant sur la vente d'un cheval.

[660] V. M. LÖHNING, *Schuldrecht II, Besonderer Teil 1 : Vertragliche Schuldverhältnisse*, W. Kohlhammer, 2009, n° 456.

[661] V. A. COLOMBI CIACCHI, S. WEATHERILL, *Regulating Unfair Banking Practices in Europe : The Case of Personal Suretyships*, Oxford, 2010, n° 4. 2 et s. p. 17 et s.

[662] BVerfG, 19.10.1993 - 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89 ; BVerfGE 89, 214 ; NJW 1994, 36.

[663] V. A. COLOMBI CIACCHI, S. WEATHERILL, *op. cit.*, p. 17 et s.

lors qu'il peut être présumé qu'il résulte de l'exploitation par le créancier de liens émotionnels (« *emotionaler Verbundenheit* ») entre la caution et le débiteur principal[664]. Cette présomption peut être renversée, notamment si la caution tire un bénéfice direct dans la dette cautionnée[665].

**157. L'appréciation de la disproportion manifeste dans le cadre de la doctrine de l'*unconscionability* anglaise.** Une disproportion manifeste est exigée dans la mise en œuvre de la doctrine de l'*unconscionability* du droit anglais. Dans l'affaire *Earl of Aylesford v Morris* précitée, un héritier, pressé par les créanciers de la succession, avait contracté un prêt afin de rembourser les dettes de son père, pour un taux d'intérêt de plus de 60 %. Plus récemment, dans l'affaire *Boustany v Piggott*[666], la doctrine de l'*unconscionability* fut appliquée au contrat de bail conclu avec un propriétaire vulnérable, une femme âgée et mentalement diminuée, et dont les conditions étaient particulièrement désavantageuses pour cette dernière (bail de dix ans, pour un loyer fixe, et renouvelable pour le même montant à la demande des locataires). Le contrat doit ainsi être « *substantively unfair* », soit d'une valeur significativement différente du prix du marché, ou substantiellement différente du prix qui correspondrait à un profit normal[667]. L*'unconscionability* a par exemple été retenue s'agissant de la cession d'une part dans une succession, estimée à 1700 £, pour le prix d'environ 210 £, par un homme dans une situation de pauvreté[668], ou encore de la vente de tableaux d'une valeur sur le marché entre 6 000 £ et 7 000 £ pour le prix de 40 £, par une femme âgée, veuve et sénile[669].

**158. La question de l'exigence d'une disproportion manifeste dans le cadre de l'*undue influence* anglaise.** Le déséquilibre contractuel n'est *a priori* pas une condition d'application de l'*undue influence* qui est, en principe, sanctionnée au titre, non pas du caractère désavantageux du contrat pour le contractant qui en est victime, mais de l'absence de libre consentement à l'acte[670]. Pourtant, suivant l'analyse d'une partie de la doctrine, il ne s'agit pas tant en réalité de sanctionner l'absence d'un réel consentement libre que d'empêcher qu'une

---

664 V. par ex. BGH, 14.05.2002 - XI ZR 50/01 ; *NJW* 2002, 2228.

665 V. D. SCHWARB, M. LÖHNING, *Einführung in das Zivilrecht : mit BGB-Allgemeiner Teil, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Kauf- und Deliktsrecht*, 19. Auflage, C.F. Müller, 2012, n° 687 ; O. O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Contract Law and the protection of the Weaker Party : A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, these, Sellier. European Law Publishers, 2007, n° 6.2.3.2.3, p. 318 et s. V. par ex. BGH, 27.05.2003 – IX ZR 283/99 ; *WM* 2003, 1563, 1565 (dans cet arrêt la caution était supposée acquérir une part du bien financé au moyen du crédit). Toutefois, un simple intérêt indirect ne suffit pas [v. BGH, 27.01.2000 – IX ZR 198/98, NJW 2000, 1182, 1184 : le fait que la caution vive avec le débiteur principal dans la maison dont le prêt a permis l'acquisition a été jugé insuffisant pour renverser la présomption].

666 *Boustany v Pigott* (1995) 69 P & CR 298.

667 S. A. SMITH, *Contract theory*, *op. cit.*, p. 343.

668 *Evans v Llewellin* (1787), 1 Cox 334.

669 *Ayres v Hazelgrove* (1984), non-publié, v. explications par P. BIRKS, *Restitution : The Future*, The Federation Press, 1992, p. 50 à 52.

670 V. P. MACDONALD EGGERS, *Vitiation of Contractual Consent*, 1st ed., Informa Law from Routledge, 2017, n° 4.1, p. 233 et s.

personne exploite cette situation, qu'elle en tire ou non un bénéfice personnel[671]. En d'autres termes, c'est le caractère *undue* de l'*influence*, l'abus, et non l'*influence* seule qui est déterminant de la sanction de l'acte, de sorte qu'il apparaît en pratique qu'un déséquilibre contractuel sera le plus souvent présent[672]. Il convient toutefois sur ce point de considérer la distinction classique entre deux types d'*undue influence* : l'*actual undue influence* (influence excessive prouvée) et la *presumed undue influence* (influence excessive présumée). Dans le premier cas, la preuve doit être rapportée que le contractant a effectivement usé de sa position dominante pour contraindre l'autre partie à conclure le contrat et il est enseigné que le déséquilibre contractuel n'est pas exigé. Pourtant, comme le relèvent des auteurs, dans la plupart des cas, le contrat sera effectivement particulièrement désavantageux pour le contractant victime de l'*undue influence*[673]. Le désavantage manifeste est en revanche expressément une condition de la mise du second type d'*undue influence.* Il y a *presumed undue influence* lorsqu'il existe une relation de *trust and confidence* (une relation de confiance) entre les parties et que le contrat « *calls for explanation* » (nécessite des explications), dès lors qu'il présente un caractère manifestement désavantageux. Dans la mesure où « *the purpose of the law is not to prevent people from disposing of their property in strange or eccentric ways* »[674], la présomption n'est pas irréfragable. Il peut ainsi être démontré, par exemple, que le contractant désavantagé a reçu les conseils d'une personne indépendante et compétente, ce qui finalement revient à contredire son présupposé état de dépendance. Comme le relèvent des auteurs, cette seconde catégorie *d'undue influence* tend aujourd'hui à se développer[675].

La *presumed undue influence* a pu être retenue s'agissant de l'accord d'augmentation de la garantie donnée par un paysan âgé des dettes de son fils, dont l'entreprise était en difficulté, à l'égard d'une banque, avec laquelle il avait une relation de « *trust and confidence* »[676] et alors même que celle-ci bénéficiait déjà d'une garantie sur son unique bien, sa ferme. A l'occasion de l'affaire *Bank of Credit and Commerce International SA v Aboody*, la *Court of Appeal* a

---

[671] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 10-013.
[672] V. M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, 5th ed., Oxford, 2015, n° 9.2.3.2, p. 348 ; v. en ce sens pour le droit allemand A. RIEG, th. préc., n° 204 : « Si donc, de par sa nature, la lésion est un vice à vocation générale, son efficacité sur le plan juridique doit être soumise à une condition supplémentaire. Ce n'est pas la lésion en elle-même qui doit permettre d'invalider un acte juridique, mais *l'abus* d'un contractant qui a rendu le déséquilibre possible. On doit s'attaquer non au défaut d'équivalence proprement dit, mais au défaut d'équivalence *injuste*. C'est précisément l'idée sur laquelle repose le principe du §138 BGB : la lésion n'est efficace juridiquement que si, au déséquilibre arithmétique des prestations, il s'ajoute une faute du cocontractant bénéficiaire du contrat ».
[673] P. S. ATIYAH, S. A. SMITH, *op. cit.*, p. 284 à 285.
[674] *Ibid.*, p. 287 : « le but du droit n'est pas d'empêcher les individus de disposer de leurs biens de manière saugrenue ou extravagante [notre traduction] ».
[675] *Ibid.*, p. 285.
[676] *Lloyd's Bank v Bundy* [1975] QB 326.

précisé que le « *manifest disadvantage* »[677] exigé dans l'application de la doctrine de *l'undue influence* doit consister en « *a disadvantage which was obvious as such to any independent and reasonable person who considered the transaction at the time with knowledge of all the relevant facts* »[678]. Le désavantage doit alors être grave, important, de sorte qu'une personne raisonnable n'aurait pas pu accepter de passer l'acte. La même exigence d'un critère objectif se retrouve en droit français pour la mise en œuvre de la violence par abus de dépendance.

**159. L'appréciation de l'avantage excessif dans la violence par abus de dépendance du droit français.** Ainsi que le relève M. CHAUVEL, « *la contrainte économique qui résulte, notamment, d'une situation de dépendance, ne peut être assimilée au vice de violence tant que, du moins, on ne peut qualifier cette contrainte d'illégitime. Cette illégitimité résultera, précisément, de l'abus de situation, lequel se traduira par des conditions déséquilibrées, anormalement onéreuses, ou, au contraire, par trop lésionnaires* »[679]. La situation de dépendance doit donc avoir été exploitée, ce qui implique un déséquilibre important du contrat, caractérisant l'élément objectif. C'est le sens de l'arrêt de 2002 dans lequel la Cour de cassation exige « *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* »[680]. En l'espèce, une salariée tenta d'invoquer la violence pour obtenir l'annulation d'une convention avec son employeur, une société d'édition, lui conférant la propriété des droits d'exploitation d'un ouvrage, alors qu'elle était menacée par un plan de licenciement. La Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel au motif qu'elle n'avait pas constaté l'exploitation par l'employeur de la situation de dépendance de la salariée. Il n'est donc pas suffisant que l'élément subjectif soit établi, il faut en plus caractériser un abus qui se traduit par l'obtention d'un avantage excessif en faveur du contractant en situation de force.

Si l'élément subjectif et l'élément objectif constitutifs de la lésion qualifiée sont réunis – c'est-à-dire en cas de disproportion grave de la contrepartie résultant d'un abus de la position

---

[677] [Traduction : désavantage manifeste.]

[678] [Traduction : « un désavantage qui était évident en tant que tel pour toute personne raisonnable et indépendante qui considérait l'opération à ce moment en connaissance de tous éléments pertinents »]. *BCCI v Aboody* [1989] 2 WLR 759. Il convient de préciser que, dans cet arrêt, la *Court of Appeal* exige la démonstration d'un *manifest disavantage* tant pour la mise en œuvre de l'*undue influence* de façon générale, soit tant pour la *presumed undue influence* que pour l'*actual undue influence*. Cette solution a fait l'objet d'une révision par la Chambre des Lords à l'occasion de l'arrêt *CIBC Mortgages plc v Pitt* [(1993) UKHL 7], qui a établi le principe selon lequel le *manifest disavantage* n'est pas une condition pour l'application de l'*actual undue influence.*

[679] V. P. CHAUVEL, « Violence », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2013, n° 32.

[680] Cass. civ. 1ère 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *Bull. civ*. I, n° 108 ; *D.* 2002. 1860, note J.-P. GRIDEL ; *D.* 2002. 1860, note J.-P. CHAZAL ; *D.* 2002. Somm. 2844, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2002. 502, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Defrénois* 2002, art. 37607, n° 65, obs. E. SAVAUX ; *CCC* 2002, n° 80, obs. C. CARON, et n° 89, obs. P. STOFFEL-MUNCK.

de faiblesse d'une partie par l'autre – l'intérêt au contrat du contractant qui en est victime est insuffisant, de sorte que la sanction du contrat est encourue.

### B- La nature de la sanction de la lésion qualifiée

**160. Le principe de la nullité du contrat.** La mesure de la portée de la convergence des droits étudiés dans l'insuffisance d'une contrepartie en présence d'une lésion qualifiée suppose de considérer la nature de la sanction de cette dernière. La sanction de principe de la lésion qualifiée en droits anglais et allemand apparaît être la même : la nullité du contrat. L'invalidité du contrat résultant du caractère lésionnaire de la contrepartie produit donc des effets *a priori* similaires à ceux de l'invalidité du contrat fondée sur l'absence de contrepartie, à savoir l'anéantissement rétroactif de l'acte. Ainsi, en droit français, d'après l'article 1131 du Code civil, la violence par abus de dépendance entraîne – en tant que vice du consentement – la nullité relative du contrat. C'est dire que le titulaire du droit d'action en contestation du contrat est le contractant victime de violence ou lésion.

Le titulaire de l'action en contestation du contrat est, de façon similaire, la victime de la lésion en droit anglais. L'*unconscionability* et l'*undue influence* rendent en effet le contrat *voidable*, c'est-à-dire qu'il peut être annulé *ab initio* par la partie qui en est victime et qui dispose ainsi du pouvoir de *rescission* de l'acte[681]. Le caractère relatif de la nullité apparaît de prime abord justifié. En effet, la contrepartie n'est pas insuffisante dans l'absolu : ce n'est qu'au regard de l'exploitation d'un déséquilibre des positions contractuelles que l'invalidité du contrat est encourue. C'est dire qu'entre deux contractants de même force, la nullité du contrat ne pourrait pas être obtenue. La sanction de la lésion qualifiée visant la protection d'une partie faible, cette dernière dispose seule du pouvoir d'en demander la nullité.

Pourtant, la solution du droit allemand fournit un argument en faveur d'une nullité absolue du contrat constitutif d'une lésion qualifiée. En effet, la nullité du droit allemand apparaît plus radicale : le contrat n'est pas simplement annulable, il est nul sur le fondement de sa contrariété avec les bonnes mœurs, en application du § 138, II du BGB. Cette sanction apparaît particulièrement opportune au regard de la situation de faiblesse dans laquelle se trouve, par hypothèse, le contractant victime de lésion qualifiée. Il se trouve en effet dans une situation de dépendance qui, sauf à n'être que temporaire, ne semble guère être propice à une action contre son cocontractant abusif, d'autant que la dépendance économique n'est pas le seul

[681] V. A. BURROWS, *A Restatement of the English Law of Contract, op. cit.*, n° 34, p. 169 ; n° 38, p. 200 et s. ; n° 41, p. 209 et s.

type de dépendance visé par le texte. La partie victime de lésion qualifiée ne sera ainsi pas nécessairement en position de se prévaloir elle-même de la nullité du contrat[682]. Au regard de la situation particulière du contractant victime d'un abus d'exploitation de sa dépendance, il semble donc opportun de permettre une sanction ouverte à toute personne intéressée, et non au seul contractant ayant subi la violence sur le fondement d'un vice de son consentement. Il apparaît alors souhaitable que la nullité puisse être invoquée par toute personne intéressée, y compris son cocontractant. Bien que ce dernier soit l'auteur de l'abus, il ne semble pas justifié que l'action en nullité du contrat lui soit refusée. En effet, l'impératif de protection de la partie faible victime de lésion qualifiée impose l'admission de l'action en nullité intentée par son cocontractant, d'autant plus que le jeu des restitutions est susceptible de conduire à une correction du déséquilibre.

La particularité de la sanction de la lésion qualifiée apparaît en effet être celle d'une possible correction du contrat, que ce soit au titre de la mise en œuvre des restitutions consécutives à la nullité du contrat mais aussi dans le cadre du maintien de ce dernier.

**161. La correction du contrat.** L'invalidité du contrat fondée sur la caractérisation d'une lésion qualifiée – c'est-à-dire lorsque la contrepartie est gravement disproportionnée en défaveur d'une partie en situation de faiblesse – conduit à la nullité du contrat dont la particularité se situe sur le terrain des restitutions qui y sont consécutives et par lesquelles une correction du déséquilibre peut être réalisée.

Ainsi, en droit allemand, le caractère usuraire du contrat donne lieu à certains ajustements sur le plan des restitutions, notamment lorsque les restitutions en nature sont impossibles[683]. Dans le cas, par exemple, d'un contrat de prestation de services exécuté mais nul en raison d'une violence par abus de dépendance caractérisée par un prix exorbitant, consécutivement à la nullité, le prestataire doit en principe restituer le prix tandis que son cocontractant doit restituer la valeur de la prestation. Or cette dernière ne sera pas évaluée conformément aux prévisions contractuelles mais par rapport à sa valeur réelle, en prenant donc en compte les dépenses effectivement engagées et le prix habituel de la prestation[684]. En d'autres termes,

---

[682] En ce sens, s'agissant d'une décision dans laquelle la Cour de cassation a retenu l'abus dans la fixation du prix dans le cadre d'un contrat d'approvisionnement exclusif, M. STOFFEL-MUNCK relève qu'« [o]n imagine mal, en effet, un concessionnaire intenter une action en responsabilité pour abus dans la fixation du prix contre son fournisseur exclusif et espérer poursuivre avec lui d'heureuses relations commerciales. Quant à changer de fournisseur, on sait que les coûts en sont très lourds, ce pourquoi il est probable que, le plus souvent, ces procès en abus interviendront une fois la cessation d'activité, et vraisemblablement de paiement, advenue » [P. STOFFEL-MUNCK, « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ? », *D.* 2002, p. 1974, n° 3].
[683] R. SACK, P. S. FISCHINGER, in *Staudinger*, *op. cit.*, §138, n° 142 et s.
[684] V. pour une illustration avec le calcul du montant des restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat de sous-traitance, Cass. civ. 3ème, 30 novembre 2011, n° 10-27.021, *Bull. civ*. III, n° 204.

s'agissant de prestations non restituables en nature, le jeu des restitutions par équivalent devrait logiquement entrainer, *de facto*, une correction de l'excès du contrat. S'agissant en revanche du contrat de crédit usuraire, s'il est admis que le prêteur puisse obtenir restitution du capital prêté sans qu'il puisse se voir opposer le § 817 (2) du BGB consacrant la règle *nemo auditur*, la restitution du montant du capital ne peut être exigée que suivant les échéances contractuellement prévues, conformément au § 812 du BGB [685]. Bien que certains auteurs plaident pour une solution contraire, le remboursement du prêt avec des intérêts suivant un taux raisonnable est refusé[686]. La correction du contrat peut par ailleurs être opérée en droit allemand sans qu'elle ne s'inscrive dans le cadre de l'annulation du contrat. En effet, l'analyse de la jurisprudence allemande rendue sur le fondement du § 138, II du BGB démontre que la sanction consiste parfois, notamment pour les contrats s'inscrivant dans la durée[687] – tels les contrats de bail ou de travail – en une réduction ou une augmentation du *quantum* caractérisant une lésion qualifiée. Il s'agit alors d'une sanction qui peut être présentée comme exceptionnelle en matière de contrariété du contrat aux bonnes mœurs[688] mais finalement assez opportune. Par exemple, pour les baux d'habitation, le contrat usuraire n'est pas déclaré nul : le prix excessif est remplacé par un prix correspondant au taux du marché et le commencement d'exécution de l'acte donne lieu à l'application des règles de l'enrichissement injustifié[689]. Dans un sens opposé, mais suivant la même logique, le contrat de travail usuraire n'est pas déclaré nul : le salaire excessivement bas est remplacé par un montant usuel[690]. La lésion qualifiée peut ainsi conduire, en droit allemand, à une correction du contrat, tant dans le cadre de son annulation – à travers le jeu des restitutions – que de son maintien. Il en est de même en droit anglais.

En droit anglais, en dépit de l'exploitation d'un contractant par l'autre, les restitutions consécutives à la nullité du contrat sont dues à l'égard des deux parties : le contractant ayant abusé de sa position contractuelle ne peut pas se voir opposer la règle *non in pari delicto*, il est fondé à obtenir des contre-restitutions. La solution est admise que le contrat soit nul sur le fondement de l'*unconscionability*[691] ou sur celui de l'*undue influence*[692] : la *rescission* du

---

[685] M. LÖHNING, *op. cit.*, n° 459 : suivant l'exemple donné par l'auteur, s'agissant d'un contrat de crédit pour un capital de 10 000 euros pour un remboursement de 50 échéances mensuelles au taux usuraire de 14 % contre un taux habituel de 6 %, nul en application du § 138 du BGB, le créancier ne pourra obtenir que le remboursement du capital aux termes convenus, soit 50 échéances à 200 euros.
[686] C. AMBRÜSTER, *in Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 138, n° 166 ; R. SACK, P. S. FISCHINGER, in *Staudinger*, *op. cit.*, §138, n° 143 et 144.
[687] C. AMBRÜSTER, *in Münchener Kommentar zum BGB*, op. cit., § 138, n° 161.
[688] *Ibid.*
[689] R. SACK, P. S. FISCHINGER, *Staudinger Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 138, n° 139.
[690] *Ibid.*, n° 141.
[691] V. A. BURROWS, *The Law of Restitution*, *op. cit.*, p. 301 ; G. VIRGO, *op. cit.*, p. 246.
[692] V. A. BURROWS, *The Law of Restitution*, op. cit., p. 286 et s. ; G. VIRGO, *op. cit.*, p. 262 et s.

contrat ouvre droit à *restitution* pour le demandeur et *counter-restitution* pour le défendeur. Toutefois, la mise en œuvre de ces restitutions peut donner lieu au rétablissement de l'équilibre[693]. En outre, il est possible pour les juges d'accorder des dommages et intérêts au lieu de la *rescission* au titre d'une *equitable compensation*, notamment lorsqu'il est impossible de rétablir les parties dans leur position originelle[694]. En ce sens, dans l'arrêt *O'Sullivan v Management Agency & Music Ltd*[695], la *Court of Appeal* a estimé que, dès lors que les restitutions en nature étaient impossibles en raison de l'exécution du contrat, il est possible pour les juges d'imposer ce qui était juste entre les parties en obligeant le contractant ayant abusé de sa position à conférer à l'autre l'avantage qu'il a retiré, déduction faite de la valeur de ce qu'il a effectivement exécuté en accord avec le contrat. Il s'agit non pas tant de rétablir les parties dans le *statu quo ante* mais de rétablir la justice[696]. A ce titre, à l'instar du droit allemand, l'*unconscionability* du droit anglais est susceptible d'entraîner une réduction à hauteur de l'excès. Par exemple, dans l'arrêt *The Medina*[697], le capitaine d'un navire, le *Timor*, avait réclamé 4000 £ avant de porter secours aux passagers du *Medina* qui avait fait naufrage. La *Court of Appeal* a estimé que la somme demandée était excessive et obtenue dans une situation de contrainte particulière. Le contrat n'a pas été déclaré nul mais le montant auquel pouvait prétendre le capitaine du *Timor* a été réduit à 1800 £. Le maintien du contrat avec une correction du déséquilibre n'est pas toujours admis. Dans l'arrêt *Zamet v Hyman,* il n'a ainsi pas été admis que l'*undue influence* donne lieu à une substitution de justes stipulations contractuelles[698]. Le maintien du contrat corrigé demeure ainsi une sanction exceptionnelle.

En droit français, la violence peut, à l'instar du dol, conduire à la nullité du contrat mais aussi à l'attribution de dommages et intérêts. Une correction du déséquillibre est alors susceptible d'être opérée à travers l'allocation de ces dommages et intérêts, notamment lorsqu'il s'agit de sanctionner la violence par abus de dépendance d'un contrat de prestation de services exécuté[699]. Les dommages et intérêts permettent une correction du déséquilibre en compensant l'insuffisance de la contrepartie du contractant plus faible, tout en maintenant le contrat[700]. Une

---

693 V. G. VIRGO, *op. cit.*, p. 263 et s.
694 *Ibid*. p. 266 et 267.
695 *O'Sullivan v Management Agency & Music Ltd*, [1998] 3 All ER 876 ; v. aussi *Mahoney v Purnell* [1996] 3 All ER 61.
696 A. BURROWS, *The Law of Restitution*, op. cit., p. 287.
697 *The Medina* (1876) 2 PD 5.
698 *Zamet v Hyman* [1961] 1 WLR 1442.
699 C'est d'ailleurs la sanction prévue par l'article L. 442-I, 1°du Code de commerce réprimant l'abus de dépendance en matière commerciale.
700 En matière d'abus dans la fixation unilatérale du prix, la réforme n'a pas consacré le pouvoir du juge de corriger le contrat, l'article 1164 alinéa 2 offrant simplement la possibilité de demander au juge, conformément à la jurisprudence, des dommages et intérêts et la résolution du contrat. L'allocation de dommages et intérêts conduit en pratique à un résultat très proche de celui d'une correction. Les nouveaux textes ne permettent toutefois pas *a priori* un maintien du contrat ainsi corrigé [V. J. MOURY, « La

réduction de l'excès du quantum de l'obligation à la charge de la victime de la violence par abus de dépendance devrait également pouvoir être admise. Ainsi, d'après l'analyse de M. CHAUVEL, « *[l] a violence pourra parfois n'être sanctionnée que par une simple réduction de l'obligation excessive* (…). *Il est alors possible de réaliser une « réduction » de l'acte : l'engagement sera réduit dans la mesure de son caractère excessif, donc illégitime* »[701].

La correction du contrat apparaît une sanction qui peut être unitairement admise par les droits étudiés en cas de lésion qualifiée. Une telle correction permet en effet de restaurer à la contrepartie une valeur satisfaisante eu égard à la particularité de la situation des parties, l'une d'elles étant en situation de faiblesse par rapport à l'autre. Cette circonstance fonde une appréciation spéciale du motif nécessairement intégré comme la contrepartie de l'engagement : dans le cadre d'un déséquilibre des positions contractuelles des parties, la justification minimale de l'engagement exigée pour la validité du contrat à titre onéreux ne peut pas être excessivement disproportionnée par rapport à l'engagement pris. Le motif, l'intérêt de la conclusion du contrat doit, dans ce cadre particulier, être un juste intérêt et non pas, juste, un intérêt.

**162. Conclusion du chapitre.** Le contrôle de l'intérêt porté par la contrepartie au moment de la conclusion du contrat permet de considérer que l'élément intégré comme tel par les parties n'est pas purement formel mais constitue bien un motif minimal de l'engagement. En effet, les droits français, anglais et allemand convergent dans l'admission de solutions sanctionnant l'insuffisance de la contrepartie au regard de son caractère illusoire ou dérisoire.

La contrepartie ne doit, en premier lieu, pas être illusoire : l'apparence de l'intégration d'un intérêt minimal en retour d'un engagement ne doit pas être contredite par des éléments contractuels ou de fait. En droit français, le contrôle de l'existence de la cause a ainsi permis de fonder la sanction des clauses incohérentes avec la portée de l'engagement pris par un contractant et, donc, avec la contrepartie attendue de l'autre. Cette solution a d'abord été rendue en jurisprudence s'agissant des clauses relatives à la responsabilité des contrats d'adhésion, avant d'être consacrée, en termes généraux, par la réforme de 2016 à l'article 1170 du Code civil. Bien que les droits anglais et allemand ne retiennent pas un tel principe général de

---

fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre », *AJCA* 2016, p. 123 : « Allant au-delà de la jurisprudence issue des arrêts de 1995, le projet de réforme du droit des contrats de 2015 prévoyait au cas d'abus dans la fixation du prix par l'une des parties, entre autres sanctions possibles, la révision du prix. La solution était expédiente, qui présentait une supériorité indéniable non seulement sur l'anéantissement du contrat qui résultait naguère de son annulation ou aujourd'hui de sa résolution, mais encore en 1995 sur sa résiliation : révisé son prix, le contrat demeurait. La révision constituait la réparation la plus satisfaisante, parce qu'en nature, emportant la suppression des effets de l'abus ». L'auteur relève ensuite que « [l]a solution que le projet avait retenue allait pourtant dans le sens des préconisations tant des Principes européens du contrat que des Principes Unidroit ». V. aussi C. AUBERT DE VINCELLES, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *D.* 2006. 2629, n° 26 et s., qui relève que la réfaction judiciaire est « la sanction la plus efficace et la plus légitime »].

[701] V. P. CHAUVEL, « Violence », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2013 (actualisation 2016), n° 5.

suppression des clauses incohérentes avec la portée de l'engagement pris – cette suppression concernant spécialement les *standard form contracts* et conditions générales d'affaire – une analyse des solutions concrètes retenues dans les droits étudiés témoignent que la question de l'incohérence de certaines stipulations contractuelles avec la contrepartie attendue par une partie se pose en présence d'un contrat d'adhésion. Dans une telle circonstance, les clauses que le bénéficiaire de la contrepartie n'a pas pu négocier ne doivent pas contredire l'intérêt auquel il peut raisonnablement s'attendre. Par ailleurs, la contrepartie ne doit pas être privée de toute consistance au regard des données de fait, ce qui est unitairement admis par les droits étudiés.

La contrepartie ne doit, en second lieu, pas être dérisoire. La contrepartie est dérisoire lorsqu'elle est si faible qu'elle confine à l'absence totale de contrepartie. L'appréciation du caractère dérisoire de la contrepartie suppose de prendre en compte l'équilibre contractuel : la contrepartie ne peut être jugée dérisoire qu'au regard de la portée de l'engagement pris par son bénéficiaire. Sous l'angle des motifs, la caractérisation d'un intérêt minimal au contrat suppose en effet de mettre en perspective le poids de l'engagement pris par rapport à l'avantage attendu en retour. C'est dire que le contrôle de la contrepartie suppose de considérer le déséquilibre des prestations. A ce titre, les droits étudiés convergent dans le rejet de la simple lésion : un contractant peut, juridiquement, retirer un intérêt suffisant du contrat bien qu'il réalise une mauvaise affaire. Il en est autrement en présence d'un déséquilibre inacceptable. Le déséquilibre contractuel grave est en effet de nature à caractériser une insuffisance de l'intérêt de la contrepartie pour son bénéficiaire, laquelle ne peut alors être satisfaisante au titre de l'exigence d'un motif suffisant de l'engagement. Le déséquilibre contractuel est d'abord inacceptable et, partant, la contrepartie insuffisante, lorsqu'il est extrême. Une telle hypothèse correspond, formellement, à la sanction classique de la contrepartie dérisoire en droit français. En droit allemand, le déséquilibre particulièrement grave des prestations est susceptible d'entraîner l'invalidité du contrat sur le fondement de la contrariété de ce dernier aux bonnes mœurs. En droit anglais, l'exigence traditionnelle d'une *consideration* ayant une certaine valeur aux yeux de la loi suppose que cette dernière ait une valeur économique minimale. Toutefois, dès lors que la *consideration* n'est pas une notion exclusive au contrat à titre onéreux, sa valeur suffisante fait l'objet d'une appréciation en principe souple. Cette souplesse de la *common law* s'agissant de l'appréciation de la valeur de la *consideration* est néanmoins à mettre en perspective avec les solutions retenues par ailleurs, en équité, sur le fondement des doctrines de l'*unconscionability* et de l'*undue influence*. Ces concepts fondent la remise en cause du contrat dans des hypothèses de lésion qualifiée : c'est-à-dire en cas de déséquilibre important résultant de l'exploitation par une partie de la position de faiblesse de son cocontractant. En

effet, le déséquilibre contractuel est, ensuite, inacceptable, unitairement dans les droits étudiés, lorsqu'il est la résultante de l'exploitation abusive d'un déséquilibre des positions contractuelles entre les parties. Le droit allemand sanctionne ainsi de telles situations de lésion qualifiée en application du § 138 (2) du BGB relatif à l'usure. En droit français, la violence par abus de dépendance consacré par la réforme permet à l'article 1143 du Code civil d'obtenir des résultats similaires dans la mesure où elle est retenue lorsqu'un contractant, en abusant de l'état de dépendance de son cocontractant, en tire un avantage manifestement excessif. L'intérêt porté par la contrepartie du contractant victime de lésion qualifiée est donc insuffisant et ne permet pas de satisfaire l'exigence d'un motif minimal de l'engagement.

Dès lors que l'insuffisance de l'intérêt porté par la contrepartie est susceptible d'être caractérisé en présence d'un déséquilibre contractuel grave, la question se pose des perturbations de l'équilibre contractuel en cours d'exécution du contrat. En effet, l'équilibre du contrat, initialement satisfaisant sous l'angle de l'exigence d'un motif minimal de l'engagement, peut se retrouver gravement affecté par un changement de circonstances en cours d'exécution. Dans une telle situation, certaines institutions conduisent à remettre en cause le contrat, c'est-à-dire que l'insuffisance de la contrepartie peut aussi être prise en compte lorsqu'elle survient en cours d'exécution.

## CHAPITRE 2 – L'INSUFFISANCE DE LA CONTREPARTIE EN COURS D'EXECUTION DU CONTRAT

**163. L'insuffisance de la contrepartie en cours d'exécution du contrat.** La contrepartie constitue un motif nécessaire de l'engagement en ce qu'elle en traduit le caractère intéressé. Une contrepartie n'a de sens et d'intérêt que par rapport au poids du sacrifice auquel une partie consent pour l'obtenir. Pour dire simplement, un contractant ne s'engage pas à n'importe quel prix, largement entendu. L'équilibre contractuel participe nécessaire de l'appréciation du motif minimal que doit représenter la contrepartie. A ce titre, certaines solutions retenues dans les droits étudiés conduisent à remettre en cause le contrat, en cours de son exécution, lorsque la contrepartie obtenue par un contractant apparaît très insuffisante par rapport au poids de son engagement.

**164. Le cadre de l'insuffisance de la contrepartie en cours d'exécution du contrat.** L'insuffisance de la contrepartie en cours d'exécution est, tout d'abord, susceptible d'être caractérisée dans un contexte de changement imprévisible des circonstances. Ainsi, en droit français, l'article 1195 du Code civil introduit par la réforme de 2016 offre aux parties des remèdes – pouvant conduire à la révision judiciaire du contrat ou à sa résolution – en cas de bouleversement de leur prévision résultant d'un changement imprévisible des circonstances. Le critère de la mise en œuvre du dispositif est le fait que l'exécution soit rendue excessivement onéreuse. Ce critère renvoie, en tant que tel, à la gravité du déséquilibre entre l'avantage obtenu en retour d'un engagement et le poids économique de ce dernier, ce qui témoigne de l'insuffisance du motif-contrepartie. Le coût de l'exécution ne peut en effet être qualifié d'excessivement onéreux en cours d'exécution que par rapport à l'intérêt prévu en retour, lequel doit apparaître insuffisant.

De façon similaire, en droit allemand, le § 313 du BGB, concernant les troubles du fondement du contrat, permet la remise en cause de l'acte lorsqu'un changement imprévisible des circonstances rend insupportable du coût de l'exécution de la prestation en cours d'exécution [702]. Les institutions relatives au changement imprévisible des circonstances permettent ainsi, similairement en droits français et allemand, de prendre en compte les situations où la contrepartie apparaît gravement insuffisante en cours d'exécution du contrat.

[702] V. *infra*, n° 168.

En droit anglais, la question du changement imprévisible des circonstances fait l'objet de la théorie de la *frustration*[703]. Il est ainsi admis que les contractants puissent être libérés de leur engagement lorsque le contrat est dit *frustrated*, ce qui peut être traduit comme empêché, entravé ou encore contrarié. Le concept de la *frustration* ne s'applique toutefois pas, en principe, au cas où un changement imprévisible des circonstances rend l'exécution du contrat plus onéreuse pour l'une des parties[704]. L'insuffisance de la contrepartie ne serait dès lors pas en tant que tel prise en compte en droit anglais dans un contexte de changement imprévisible des circonstances. L'appréciation de l'intérêt porté par la contrepartie en cours d'exécution du contrat dépasse toutefois le cadre du changement imprévisible des circonstances.

L'insuffisance de la contrepartie, en cours d'exécution du contrat, est également susceptible d'être prise en compte dans le cadre de la mise en œuvre des remèdes de l'inexécution. Cela s'illustre significativement en droits français et allemand à travers le rejet de l'exécution en nature disproportionnée. L'article 1221 du Code civil pose une exception à la possibilité d'obtenir l'exécution en nature lorsque son coût pour le débiteur est manifestement disproportionné par rapport à son intérêt pour le créancier. L'insuffisance de la contrepartie par rapport au poids de l'engagement son bénéficiaire est ainsi susceptible de conduire au refus de l'exécution en nature de sa prestation, sous réserve que l'intérêt du créancier ne justifie pas une autre solution. Une disposition similaire est consacrée en droit allemand. En effet, d'après le § 275 (2) du BGB, l'exécution en nature de la prestation peut être refusée lorsqu'elle requiert des dépenses qui sont gravement disproportionnées par rapport à l'intérêt qu'elle représente pour le créancier. En droit anglais, l'exécution en nature (*specific performance*) constitue un remède d'équité accordé lorsque les dommages et intérêts sont jugés insatisfaisants[705]. A l'instar des solutions retenues en droits français et allemand, l'exécution en nature ne peut pas être obtenue lorsqu'elle est constitutive d'une *severe hardship*, ce qui est le cas lorsque son coût pour le débiteur est sans commune mesure par rapport au bénéfice que le créancier en retire[706].

---

[703] La remise en cause du contrat en raison de la survenance d'événements imprévisibles a été initiallement rejetée en application du principe de l'*absolute contract*. Ce principe consacré par l'arrêt *Paradine v Jane* de 1647 [(1647) EWHC KB J5] consistait à affirmer que les contrats étaient absolus dans le sens où ils devaient être exécutés en toutes circonstances. La solution était alors justifiée par l'idée qu'il appartenait aux parties d'anticiper d'éventuels changements de circonstances, même imprévisibles, et de prévoir des clauses contractuelles en conséquences. A défaut d'avoir fait usage d'une telle possibilité, le contrat était donc censé s'appliquer, même en cas de changement de circonstances imprévisible.

[704] V. par ex. A. BURROWS, *A Restatement of the English Law of Contract, op. cit.*, art. 32, p. 164 : "The mere fact that performance has been made more onerous or expensive does not constitute frustration".

[705] V. S. WHITTAKER, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », art. préc.

[706] V. R. HALSON, *Contract Law*, Pearson Education Limited, 2001, p. 451 et 452.

**165. Délimitation du champ d'analyse.** D'autres institutions permettant de prendre en compte l'insuffisance de la contrepartie en cours d'exécution du contrat pourraient être considérées, notamment la sanction de l'abus dans la fixation unilatérale du prix confiée à l'une des parties[707]. Il y a abus dans la fixation du prix lorsque la partie qui exerce ce pouvoir « *se réserve un profit qui ne permet plus à l'autre de retirer celui qu'elle est aussi en droit d'attendre de l'exécution du contrat, rompant ainsi son équilibre* »[708]. Suivant les termes d'un auteur, « *ce n'est pas tant le caractère excessif du prix que l'impossibilité de s'y soustraire qui fait, sur le terrain de ses critères objectifs, le lit de l'abus* »[709]. L'idée est ainsi de sanctionner, au stade de l'exécution du contrat, une insuffisance de la contrepartie caractérisée au regard de l'existence d'une situation de dépendance[710]. L'abus dans la fixation du prix est alors retenu dans des circonstances qui peuvent être rapprochées de celles de la lésion qualifiée, précédemment développée[711].

A des fins de clarté et de cohérence, l'examen de l'insuffisance de la contrepartie en cours d'exécution du contrat se limitera aux institutions relatives à l'imprévision et au refus de l'exécution en nature disproportionnée. La proximité de ces institutions est en effet mise en évidence en droits allemand et anglais et la question de leur champ d'application respectif constitue une problématique qui mérite d'être développée. Aussi, l'analyse de l'insuffisance de la contrepartie résultant d'un changement imprévisible des circonstances (Section 1) précédera celle de l'insuffisance de la contrepartie résultant de l'exécution en nature (Section 2).

---

[707] V. *supra*, n° 94 et s.

[708] V C. JAMIN, « Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP* 1996, I, n° 3959, n° 10.

[709] J. MOURY, « La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre », *AJCA* 2016, p. 123.

[710] V. not. Cass. civ. 1ère, 30 juin 2004, n° 01-00.475 ; *Contrats, conc., consomm*. 2004, comm. n° 151, obs. L. LEVENEUR ; *D.* 2001. somm. 3236, obs. D. MAZEAUD ; *D.* 2004. 2150, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *Droit & Patrimoine*, nov. 2004, n° 566, obs. P. CHAUVEL ; *RDC* 2005, p. 275, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; *RTD civ.* 2004, p. 749, obs. P-Y. GAUTIER ; *RTD civ.* 2005, p. 126, obs. J. MESTRE et B. FAGES. En l'espèce, la Cour de cassation a refusé de retenir un abus de la part d'une banque dans l'exercice de son pouvoir de fixation unilatérale du prix du loyer du contrat de location de deux chambres fortes par une cliente, au motif que cette dernière avait été informée à l'avance du changement de politique de la banque, ayant conduit à une augmentation significative du montant du loyer – de presque 200 % – et qu'elle disposait ainsi « *du temps nécessaire pour s'adresser à la concurrence, de sorte qu'il n'était pas démontré en quoi elle avait été contrainte de se soumettre aux conditions de la [banque] en renouvelant un contrat qu'elle restait libre de ne pas poursuivre* ». V. pour des cas où l'abus a été retenu, Cass. com. 15 janv. 2002, n° 99-21.172, *D.* 2002. 1974, note P. STOFFEL-MUNCK, et 2841, obs. D. MAZEAUD ; *RTD* civ. 2002. 294, obs. J. MESTRE et B. FAGES [la Chambre commerciale a retenu l'abus dans la fixation des conditions générales de vente par un fournisseur de véhicules automobiles envers son concessionnaire exclusif – partant, en situation de dépendance – qui s'était retrouvé confronté à d'importantes difficultés en raison de l'effondrement général du marché de l'automobile et la hausse du yen] et Com. 4 nov. 2014, n° 11-14.026, *D.* 2015. 183, note J. GHESTIN, et 529, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; *AJCA* 2015. 78, obs. S. BROS ; *JCP E* 2014. 1639, obs. A.-S. CHONE-GRIMALDI [la Chambre commerciale a retenu le caractère abusif du prix d'un contrat d'approvisionnement exclusif, 25 % plus élevé que celui pratiqué à l'égard des autres clients, de sorte que le taux de marge brute moyen du fournisseur était de 29 % sur les ventes avec ce contractant, contre 10 % avec les autres clients].

[711] V. *supra*, n° 151 et s.

## *Section 1 – L'insuffisance de la contrepartie résultant d'un changement imprévisible des circonstances*

**166. L'importance du critère de l'excessivité du coût de l'exécution.** La prise en compte de l'insuffisance de l'intérêt porté par la contrepartie en cours d'exécution du contrat s'illustre en cas de changement imprévisible des circonstances. L'article 1195 du Code civil, en droit français, et le § 313 du BGB, en droit allemand, permettent en effet la remise en cause du contrat lorsqu'un changement imprévisible des circonstances rend l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour l'une des parties, c'est-à-dire en cas de grave disproportion de la contrepartie obtenue par rapport au poids de l'engagement pris par le débiteur.

Le fait que l'exécution doive être excessivement onéreuse – et non pas simplement plus onéreuse – doit être mis en avant dans une perspective comparative. En effet, traditionnellement en droit anglais, il est enseigné que la théorie relative à l'imprévision – la *frustration* – ne permet pas de couvrir les cas d'exécution rendue plus onéreuse[712]. Or les dispositifs relatifs à l'imprévision des droits français et allemand – respectivement l'article 1195 du Code civil et le § 313 du BGB – ne concernent pas non plus une exécution simplement plus onéreuse : le déséquilibre doit être excessif. La notion d'excessive onérosité peut être rapprochée du critère de mise en œuvre de la *frustration* selon lequel l'exécution du contrat doit être radicalement différente de ce que les parties ont projeté au moment de la conclusion du contrat. Il peut alors être défendu que la *frustration* devrait pouvoir être appliquée aux hypothèses d'exécution excessivement onéreuse. Une telle application de la théorie de la *frustration* est d'ailleurs reconnue en droit anglo-américain, à travers le concept d'*impraticability* (ce qui désigne une impossibilité commerciale, c'est-à-dire l'impossibilité d'exécuter le contrat sans méconnaître gravement l'économie du contrat)[713].

**167. Opposition des droits sur la question des effets de l'excessivité du coût de l'exécution.** La question des conséquences attachées à la survenance d'un événement imprévisible privant une des parties d'intérêt minimal au contrat semble, quant à elle, être source de divergences irréductibles entre le droit anglais et les droits français et allemand. En effet, tandis que les droits français et allemand consacrent une préférence pour l'adaptation du

---

[712] V. H. KÖTZ, B. FAUVARQUE- COSSON, C. SIGNAT, D. GALBOIS- LEHALLE, *Droit européen des contrats*, *op. cit.*, n° 432 : : « l'objectif de la doctrine de la frustration n'est pas de libérer les parties contractantes des conséquences normales d'un « imprudent bargain ». Le débiteur ne peut pas se libérer du contrat en invoquant sa frustration si les circonstances qui ont rendu sa prestation plus onéreuse font partie du risque qu'il a assumé ».

[713] V. C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles. Exemption for Non-Performance in international Arbitration.* Kluwer Law international 2009, p. 97.

contrat sur sa résolution, le droit anglais n'admet pas d'autre solution que la *termination* du contrat en cas de *frustration*.

Il convient en définitive d'analyser les conditions de la prise en compte de l'insuffisance de la contrepartie (§1), avant d'examiner les conséquences qui y sont attachées (§2).

## §1- Les conditions de la prise en compte de l'insuffisance de la contrepartie

**168. L'éclairage apporté par l'analyse en termes de répartition contractuelle des risques.** En droit français, la mise en œuvre du dispositif de l'article 1195 du Code civil concerne les cas où l'exécution du contrat est excessivement onéreuse pour une partie en raison d'un changement imprévisible des circonstances. L'article 1195 du Code civil réserve toutefois l'hypothèse où le contractant, pour lequel l'exécution est devenue excessivement onéreuse en raison du changement de circonstances, aurait accepté d'en supporter le risque.

En droit allemand, d'après l'analyse de la doctrine, trois critères sont traditionnellement requis pour la mise en œuvre du § 313 du BGB. Le premier est qualifié d'élément réel[714] ou matériel[715] et correspond à l'exigence d'un changement profond des circonstances constituant le fondement du contrat après sa conclusion[716]. Le deuxième critère est désigné comme l'élément hypothétique[717] : le changement de circonstances atteignant le fondement du contrat doit être tel que les parties n'auraient pas conclu le contrat si elles l'avaient prévu[718], ce qui impose de considérer la gravité de l'atteinte à la prévision contractuelle. Le troisième critère est dit normatif[719] : la remise en cause du contrat doit être conforme à la répartition contractuelle des risques. En droit anglais, la *frustration* a vocation à être mise en œuvre lorsque l'exécution du contrat est radicalement différente de ce que les parties ont entendu assumer par le contrat[720]. Un contrat est ainsi *frustrated* lorsqu'il ne peut pas être exécuté dans le respect de la prévision des parties, ce qui suppose que l'événement affectant l'exécution du contrat ne soit pas un risque à la charge du contractant qui le subit.

---

[714] M. REGENER, art. préc.
[715] V. T. FINKENAUER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage, 2016, § 313, n° 56.
[716] *Ibid.*, n° 10.
[717] *Ibid.*, n° 56.
[718] L'appréciation de ce critère s'effectue, à défaut de pouvoir clairement établir l'intention particulière des parties, suivant le standard du contractant raisonnable placé dans la même situation. V. M. REGENER, art. préc.
[719] V. T. FINKENAUER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 313, n° 56.
[720] En droit anglo-américain, la notion de *commercial impraticability* – renvoyant à l'idée de projet commercial irréalisable – est ainsi davantage mise en avant que celle d'*impossibility* de sorte que, s'il ne suffit pas que l'exécution soit simplement plus onéreuse, la *frustration* peut être retenue en cas d'exécution *excessively more onerous* (excessivement plus onéreuse). L'idée est alors que l'exécution se situe en dehors du risque d'augmentation des coûts d'exécution accepté par les parties. Cette présentation retenant le critère de l'excessive onérosité rejoint davantage celle des droits français et allemand. V. C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles*, *op. cit.*, p. 97.

Davantage qu'un critère autonome, l'analyse de la répartition contractuelle des risques que suppose la mise en œuvre des institutions relatives à l'imprévision peut-être considérée comme la justification des conditions relatives à la caractérisation d'un changement imprévisible des circonstances et à la gravité des conséquences de ce dernier sur la prévision des parties. A ce titre, d'après l'analyse de certains auteurs, la condition d'un risque qui n'est pas assumé par le débiteur, posée par l'article 1195 du Code civil, est « *au cœur du dispositif, à telle enseigne que l'on pourrait même finir par se demander si toutes les autres conditions ne convergent pas vers elle. La circonstance prévisible comme l'onérosité tolérable ne se définissent-elles pas avant tout par référence à ce que les parties ont pu vouloir désigner ensemble comme telles, serait-ce implicitement ?* »[721]. Les deux conditions essentielles de la mise en œuvre de l'article 1195 du Code civil – à savoir l'existence d'un changement imprévisible des circonstances et l'excessivité du coût de l'exécution pour le débiteur qui en résulte – peuvent ainsi être analysées sous l'angle de la question de la répartition contractuelle des risques. Le caractère imprévisible la prévisibilité d'un changement des circonstances au moment de la conclusion du contrat permet de considérer que ses conséquences sont, dans le silence du contrat, laissées à la charge du contractant qui les subit. *A contrario*, sauf prévision contraire expresse, le caractère imprévisible du changement de circonstances justifie que ses conséquences soient considérées comme un risque non assumé par les contractants, pourvu qu'elles soient d'une gravité certaine.

Aussi, deux conditions unitaires, fondées sur une analyse de la répartition contractuelle des risques, peuvent être identifiées dans pour que le déséquilibre affectant la contrepartie soit pris en compte : il doit être causée par un changement imprévisible des circonstances (A), et grave (B).

### A- Le déséquilibre causé par un changement imprévisible des circonstances

**169. L'importance de la cause du déséquilibre.** L'insuffisance du motif-contrepartie en cours d'exécution du contrat est prise en compte par les droits français, anglais et allemand dans un contexte particulier : celui de la survenance d'un événement imprévisible. La survenance d'un changement imprévisible de circonstances peut être considérée comme un risque que les parties, eu égard à son caractère imprévisible, n'ont tacitement pas accepté de supporter. La notion d'imprévisibilité de l'événement apparaît ainsi fondamentale (1). L'insuffisance de la contrepartie ne sera toutefois prise en compte que pour autant qu'elle

[721] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 452-453.

trouve véritablement sa cause dans l'événement imprévisible identifié. En effet, classiquement, les institutions relatives à l'imprévision ne s'appliquent que dans la mesure où les conséquences du changement imprévisible des circonstances ne sont pas imputables au débiteur (2).

### *1. La notion d'imprévisibilité*

**170. La condition d'imprévisibilité.** En droit français, la mise en œuvre du nouveau dispositif de l'article 1195 du Code civil exige que l'exécution soit rendue excessivement plus onéreuse par la survenance d'un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat. D'après la doctrine, la notion de changements de circonstances doit être interprétée largement et inclure des événements de différentes natures (économiques, sociale, monétaire, juridique, climatique, géopolitique, technologique etc.)[722]. L'essentiel est que ces événements aient été imprévisibles pour les parties au moment de la conclusion du contrat. Le critère de l'imprévisibilité se justifie au regard de la répartition contractuelle des risques : les conséquences d'événements raisonnablement prévisibles peuvent être considérés comme tacitement mis à la charge de celui qui le subit. D'après les termes d'un auteur, « *si elles* [les parties] *ne l'ont pas prévu alors qu'elles auraient pu le prévoir, elles ne peuvent s'en prendre qu'à elles-mêmes* »[723]. Dès lors, « *[c']est l'imprévisibilité, c'est-à-dire l'impossibilité de prévoir qui est prise en compte et pas la non-prévision* »[724]. Le texte de l'article 1195 exige un changement imprévisible des circonstances.

L'appréciation de la notion d'imprévisibilité dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 1195 du Code civil devrait être similaire à celle qui est faite s'agissant de la force majeure. Faisant l'objet de l'article 1218 du Code civil, elle fonde, en effet, la libération des parties en cas d'impossibilité d'exécution de la prestation résultant d'un cas de force majeure[725]. Traditionnellement, les caractères de la force majeure sont au nombre de trois et consistent en l'extériorité, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité[726]. Les faits imprévisibles susceptibles de constituer des cas de force majeure peuvent aussi bien être des faits de la nature ou des faits de l'homme[727]. Ainsi, la jurisprudence a admis la résiliation d'un contrat de bail rural sur le

---

[722] V. C. GIJSBERS, « La révision du prix », *RDC* 2017. 564.
[723] P. ANCEL, « Imprévision », in *Répertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 80.
[724] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 445.
[725] V. H. BOUCARD, « Article 1218 : la force majeure contractuelle », *RDC*, 2015, n° 112f4, p. 779.
[726] Les caractères de l'événement de force majeure ont été débattus en jurisprudence. La jurisprudence avait notamment pu s'affranchir du critère de l'imprévisibilité avant que celui-ci ne soit réaffirmé l'Assemblée Plénière [Cass., ass. plén., 14 avr. 2006, n° 04-18.902 et n° 02-11.168, *Bull. ass. plén.*, n° 5 et 6, *JCP* 2006. II. 10087, note P. GROSSER ; *RTD civ.* 2006. 775, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2006. 1577, note P. JOURDAIN ; *Gaz. Pal.* 2006. 2496, concl. R. DE GOUTTES ; *Defrénois* 2006. 1212, obs. E. SAVAUX ; *CCC* 2006. comm. 152, obs. L. LEVENEUR]. V. aussi Cass. Civ. 1ère 30 octobre 2008, n° 07-17.134].
[727] V. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 12ème éd., Dalloz, 2018, n° 748.

fondement de l'impossibilité d'exécuter son obligation en raison d'une invasion du phylloxéra[728]. De même la résolution a été retenue s'agissant du contrat entre des religieuses et des congrégations sur le fondement de l'impossibilité pour ces dernières d'exécuter leur engagement – consistant à nourrir les religieuses en échange de l'apport par celles-ci d'une dot – en raison de la force majeure résultant de la dissolution par la loi des congrégations[729]. Plus récemment, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que l'incendie d'un entrepôt ayant détruit des marchandises confiées en dépôt[730] et le vol à main armée de la cargaison d'un transporteur routier[731] constituait des cas de force majeure rendant impossible l'exécution par une partie de ses engagements et libérant celle-ci à l'égard du créancier. S'agissant des épidémies, le caractère imprévisible de l'événement n'a pas toujours été retenu par la jurisprudence[732]. Le caractère imprévisible devrait néanmoins pouvoir être retenu s'agissant, par exemple, de l'épidémie de la Covid-19 au regard de son intensité, de sa soudaineté mais aussi de la sévèrité des mesures administratives[733]. A ce titre, il peut être relevé qu'un changement de circonstances peut, en lui-même, être prévisible sans que ses conséquences le soient. Le dispositif de l'article 1195 du Code civil devrait pouvoir s'appliquer à l'hypothèse d'un changement de circonstances qui, sans être à strictement parler imprévisible, a bouleversé de façon imprévisible la prévision des parties. A suivre l'analyse de la doctrine, en effet, « *il y a tout lieu de penser que l'imprévisibilité trouve à s'appliquer à l'ampleur d'un événement par ailleurs prévisible.* […] *il est bien évident que des engagements sont créés et mesurés à la lumière non seulement d'un type d'événement abstraitement considéré mais aussi à la lumière d'une certaine intensité de cette événement* »[734].

En droit allemand, l'application du § 313 du BGB (1) concerne le cas où « *les circonstances qui constituent le fondement du contrat ont profondément changé après sa conclusion* »[735]. Bien que le texte du § 313 du BGB n'exige pas expressément que le changement de circonstances ait été imprévisible, ce critère est déduit de la condition selon laquelle la perturbation du fondement du contrat ne doit pas constituer un risque à la charge de

---

[728] Cass. Civ. 14 avril 1891, *DP* 1891.1.329.
[729] Cass. Civ. 13 mars et 4 juin 1907, *DP* 1907.1.281
[730] Cass. Civ. 1ère 17 novembre 1999, n° 97-21.823, *D.* 1999. IR 280 : l'incendie d'un entrepôt ayant détruit des marchandises confiées en dépôt a été considéré comme constituant un événement irrésistible pour le dépositaire, et donc un cas de force majeure l'exonérant de sa responsabilité à l'égard du déposant, dès lors que l'incendie a été allumé par des agriculteurs dont la manifestation a dégénéré en émeute et qui ont échappé au contrôle des forces de l'ordre.
[731] Cass. Com. 29 mai 2001, n° 98-17.247, *RTD com.* 2001. 969, obs. B. BOULOC.
[732] V. L. VOGEL, J. VOGEL, « Possibilités, limites et exclusions du recours à l'imprévision dans la crise du Covid-19 », *AJ contrat* 2020, p. 275.
[733] *Ibid*.
[734] *Ibid*., p. 446.
[735] Traduction de l'allemand par G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, *op. cit.*

celui qui en subit les conséquences. En effet, « *[lo]rsqu'une partie aurait pu prévoir le changement des circonstances, mais a omis de prendre des mesures préventives en acceptant le risque, elle est tenue de supporter les désavantages qui en résultent* »[736].

En droit anglais, la théorie de la *frustration* a été développée dans des hypothèses de changement imprévisible des circonstances rendant impossible l'exécution des prestations, ce qui, comme le relève un auteur, correspond à la force majeure en droit français[737]. L'arrêt *Taylor v Caldwell*[738] en fournit une illustration : l'exécution des obligations d'un contrat de location d'une salle de spectacle ayant été rendue impossible en raison d'une destruction non imputable au propriétaire, il a été jugé que les parties étaient libérées de leurs engagements. Dans un autre arrêt, la Cour Suprême anglaise a retenu le caractère *frustrated* du contrat conclu en 1914 et portant sur la construction d'un réservoir qui a été empêché par ordre du Gouvernement en 1916[739]. De même, les juges ont plus tard estimé que le contrat portant sur la fabrication et la livraison de machines en Pologne était *frustrated* dès lors que le fabricant était dans l'impossibilité de livrer les machines en raison de l'occupation de la Pologne par l'armée allemande [740] . Pour que la *frustration* puisse être retenue l'événement conduisant à l'impossibilité d'exécution des prestations doit ainsi avoir été imprévisible[741]. Il est considéré que si les parties n'ont pas inclus de prévisions relatives aux événements prévisibles alors elles sont présumées avoir entendu faire supporter le risque de la survenance de ces événements sur le contractant qui le subit[742].

**171. Le caractère relatif de la notion d'imprévisibilité.** L'imprévisibilité ne doit pas être entendue de façon absolue : sont imprévisibles les événements qui ne peuvent légitimement avoir été anticipés par les parties[743]. L'appréciation de la notion d'imprévision s'effectue par rapport au standard du raisonnable, ce qui implique non seulement des considérations en termes de probabilité des événements visés, mais aussi des considérations particulières relatives aux qualités des contractants. D'après l'analyse de la doctrine « *[l]'événement imprévisible est celui*

---

[736] V. M. REGENER, art. préc.
[737] V. W. SWADLING, « The judicial construction of force majeure clauses », in E. MCKENDRICK (dir.), *Force Majeure and Frustration of Contract*, 2nd ed., Informa Law from Routledge, 1995, p. 3 et s. L'auteur relève que la théorie de la force majeure est toutefois plus limitée que celle de la frustration dans la mesure où cette dernière s'applique également à la disparition du fondement du contrat et non à la seulement impossibilité « technique » d'exécution des prestations (*technical performance*) [*ibid.*, p. 7 et s.].
[738] *Taylor v Caldwell* [1863], EWHC QB J1.
[739] *Metropolitan Water Board v Dick Kerr and Co* [1918], AC 119.
[740] *Fibrosa Spolka Akcyjna v Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd* [1943], AC 32.
[741] V. W. SWADLING, « The judicial construction of force majeure clauses », in E. MCKENDRICK (dir.), *Force Majeure and Frustration of Contract*, 2nd ed., Informa Law from Routledge, 1995, p. 3 et s.
[742] *Ibid.*
[743] *Ibid.*, n° 81 ; v. aussi O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 445.

*qu'une personne raisonnable, normalement diligente, n'aurait pas davantage prédit que le contractant considéré* »[744]. L'appréciation du caractère raisonnablement imprévisible de l'événement se prête alors, comme celle de l'excessivité du déséquilibre, à la prise en compte des qualités des parties : ce qui sera considéré comme un risque prévisible pour un professionnel ne le sera pas nécessairement, par exemple, pour un consommateur[745].

### *2. La non-imputabilité des conséquences de l'événement imprévisible au débiteur*

**172. La non-imputabilité des conséquences du changement imprévisible des circonstances en droits allemand et anglais.** Même dans le cas où le changement de circonstances a un caractère imprévisible, la remise en cause du contrat ne peut être admise en faveur du contractant disposant des moyens raisonnables de remédier aux conséquences de cet événement sur le contrat. La cause du déséquilibre excessif doit véritablement être la survenance de l'événement imprévisible et non le comportement du débiteur. Ainsi, en droit allemand, le changement de circonstances « *doit avoir été* imprévisible *(unvorhersehbar) pour les parties et ne pas être imputable à celle qui l'invoque* »[746]. De même, en droit anglais, la *frustration* ne sera pas caractérisée lorsque le débiteur a la possibilité de remédier aux obstacles à l'exécution[747]. Le principe est que le débiteur ne doit pas être en faute. Il est en effet considéré que la *frustration* doit survenir « *without blame or fault* »[748]. Si l'exécution excessivement onéreuse est imputable à l'une des parties, celle-ci ne pourra donc pas s'en prévaloir. La *self-induced frustration* ne permet ainsi pas la remise en cause du contrat[749].

**173. Le parallèle avec la non-imputabilité de l'événement de force majeure en droit français.** Une solution similaire devrait être retenue en droit français s'agissant de l'application de l'article 1195 du Code civil. C'est ce que tend à confirmer mise en œuvre de la force majeure dont un des critères d'application est celui de l'extériorité. Le critère de l'extériorité suppose, d'après l'article 1218 alinéa 1er du Code civil, un événement « *échappant au contrôle du*

---

[744] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 445.
[745] V. en ce sens T. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016. 373, nº 10.
[746] A. RIEG, *th. préc.*, n° 538.
[747] V. W. SWADLING, « The judicial construction of force majeure clauses », in E. MCKENDRICK (dir.), *Force Majeure and Frustration of Contract*, 2nd ed., Informa Law from Routledge, 1995, p. 3 et s.
[748] V. *Bank Line v Artur Capel & Co* [1919] AC 435, 452 ; *North Shore Ventures Ltd v Anstead Holdings Inc* [2011] EWCA Civ 230.
[749] T. RÜFNER, « Excuse Due to an Impediment », in N. JANSEN, R. ZIMMERMANN (dir.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018, Art 8:108, p. 1164 et s., v. spéc. n°16, p. 1172-1173.

*débiteur* ». Réaffirmé avec force par l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation[750], la question de l'extériorité de l'événement de force majeure avait pu être discutée antérieurement à la réforme, notamment dans le cas de la maladie du débiteur[751]. En effet, la maladie n'est pas, à strictement parler, extérieure au débiteur mais elle a pourtant pu être admise comme un cas de force majeure en jurisprudence[752]. Le texte de l'article 1218 tend alors à préciser le critère de l'extériorité qui se présente en réalité davantage comme un critère de non-imputabilité au regard du caractère incontrôlable de l'événement considéré[753]. Le critère d'extériorité met alors en lumière l'importance du rôle causal que l'événement considéré doit avoir eu : l'impossibilité d'exécution doit être la conséquence de l'événement imprévisible et non du comportement du débiteur. Le critère de l'irrésistibilité témoigne également de l'exigence de la non-imputabilité des conséquences du changement de circonstances imprévisible au débiteur pour que le contrat puisse être remis en cause. En effet, d'après l'article 1218 du Code civil, l'irrésistibilité implique que le débiteur soit dans l'impossibilité d'éviter les effets de l'événement « *par des mesures appropriées* ». De façon similaire, s'agissant du dispositif de l'article 1195, l'excessive onérosité de l'exécution qui aurait pu être évitée par des mesures appropriées n'est-elle pas imputable au débiteur de sorte qu'elle doive être considérée comme un risque à sa charge ? L'exécution excessivement onéreuse ne devrait pas être considérée comme causée par un événement imprévisible et libératoire du débiteur alors que ce dernier est en mesure raisonnablement d'y remédier.

Toutes les conséquences d'un changement imprévisible des circonstances ne sont pas de nature à justifier la remise en cause du contrat : ne sont prises en compte que les atteintes graves à la prévision des parties.

### B- La gravité du déséquilibre

**174. La distinction du simple déséquilibre et du déséquilibre excessif.** L'insuffisance de la contrepartie est prise en compte en cours d'exécution du contrat en cas de changement

---

[750] Cass. Ass. Plén., 10 juillet 2020, n° 18-18.542, note P. OUDOT, *JCP G* 2020 ; note J.-D. PELLIER, *Dalloz Actualité*, 20 juillet 2020. La Cour de cassation a énoncé le principe selon lequel, « ne constitue pas un cas de force majeure pour celle qui le subit, faute d'extériorité, le gel des avoirs d'une personne ou d'une entité qui est frappée par ses mesures en raison de ses activités ».

[751] V. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, op. cit.*, n° 618.

[752] V. Cass. Civ. 1ère 10 février 1998, n° 96-13.316, *Bull. civ.* I, n° 53 ; Cass., ass. plén., 14 avr. 2006, n° 04-18.902 et n° 02-11.168, *Bull. ass. plén*., n° 5 et 6, *JCP* 2006. II. 10087, note P. GROSSER ; *RTD civ.* 2006. 775, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2006. 1577, note P. JOURDAIN ; *Gaz. Pal.* 2006. 2496, concl. R. DE GOUTTES ; *Defrénois* 2006. 1212, obs. E. SAVAUX ; *CCC* 2006. comm. 152, obs. L. LEVENEUR.

[753] V. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, op. cit.*, n° 619. V. aussi, à propos de l'arrêt de l'Assemblée pléinère du 10 juillet 2020 [Cass. Ass. Plén., 10 juillet 2020, n° 18-18.542], P. OUDOT, « Force majeure : l'opportune extériorité », *JCP G* 2020. 1032.

imprévisible des circonstances dans la mesure où l'exécution est rendue excessivement onéreuse pour un contractant. C'est dire que le simple fait que l'exécution soit rendue plus onéreuse pour une partie ne justifie pas la remise en cause du contrat, et, ce, unitairement dans les trois droits étudiés. Les droits étudiés s'accordent en effet à exiger que le coût de l'exécution soit tel qu'il soit insupportable pour le débiteur. Le principe est donc que chaque partie supporte le risque d'une exécution plus onéreuse de sa prestation. Il en est autrement en cas de déséquilibre contractuel excessif, c'est-à-dire lorsque la perturbation de l'équilibre du contrat va au-delà de ce qu'une partie doit normalement supporter et la prive d'un intérêt minimal au contrat. L'analyse du principe de l'indifférence du simple déséquilibre (1) précédera celle de la prise en compte du déséquilibre excessif (2).

### *1. L'indifférence du simple déséquilibre*

**175. Répartition tacite et expresse du simple déséquilibre.** Le principe d'indifférence du simple déséquilibre se fonde sur le fait que chaque contractant supporte normalement le risque que l'exécution de sa prestation soit plus onéreuse que prévue au moment de la formation du contrat. Il s'agit là de la répartition tacite du risque d'exécution simplement plus onéreuse. Les parties peuvent alors tout à fait expressément anticiper les perturbations de l'équilibre contractuel et prévoir des mécanismes d'adaptation du contrat. Ainsi, si les parties prennent en principe en charge le risque d'exécution plus onéreuse (a), elles peuvent toutefois y déroger expressément (b), en intégrant, par exemple, des clauses d'adaptation du contrat.

#### a. La prise en charge par les parties du risque d'exécution plus onéreuse

**176. En droit français.** Le fait que l'intérêt d'une partie au contrat soit moindre que prévu au moment de sa conclusion, en raison d'un changement imprévisible des circonstances affectant l'équilibre contractuel, ne suffit pas à fonder la remise en cause de l'acte. A ce titre, en droit français, la perturbation de l'équilibre du contrat constituait, avant la réforme, un risque traditionnellement mis à la charge du contractant qui le subit, qu'elle que soit l'ampleur de l'augmentation du coût de l'exécution pour une partie[754]. La remise en cause du contrat ne pouvait donc intervenir qu'en application d'une prévision expresse des parties ayant anticipé dans le contrat la survenance d'événements de nature à en compromettre l'équilibre[755]. Le

[754] Cass. civ., 6 mars 1876 : *D. P.* 1876. 1. 193, note A. GIBOULOT ; *GAJC*, tome 2, n° 165.
[755] La cause avait toutefois paru offrir un fondement permettant la prise en compte du déséquilibre contractuel excessif résultant d'un changement imprévisible des circonstances, sans que cela n'ait jamais été clairement consacré. V. not. Cass. com., 29 juin

dispositif de l'article 1195 du Code civil n'abroge que partiellement cette solution. En effet, la mise en œuvre de l'article 1195 du Code civil suppose la caractérisation d'une « *exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque* ». Il en résulte alors, d'après l'analyse de la doctrine, qu'il ne suffit pas que la survenance d'un changement imprévisible des circonstances « *entraîne un renchérissement du coût d'exécution pour le débiteur et un déséquilibre du contrat* »[756]. Dès lors, « *le principe est que chacun est tenu de supporter le surcoût de l'exécution causé par la survenance d'un événement imprévisible* » [757] . Tout déséquilibre contractuel en cours d'exécution résultant d'un changement imprévisible des circonstances ne peut donc justifier l'application de l'article 1195 du Code civil.

**177. En droit anglais.** Le risque d'exécution plus onéreuse pèse en principe sur le débiteur en droit anglais. D'après l'article 32 (2) du *Restatement of the English Law of Contract*, « *le simple fait que l'exécution ait été rendue plus onéreuse ou coûteuse ne constitue pas une* frustration »[758]. C'est ce qu'illustre de façon particulièrement significative le célèbre arrêt *Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council*[759]. En l'espèce, un constructeur avait conclu un contrat avec une municipalité pour la construction de vingt-huit maisons pour environ 100 000 £, dans un délai de huit mois. En raison d'une pénurie de main d'œuvre qualifiée et des difficultés dans l'obtention des matériaux, qui n'étaient imputables à aucune des parties, le constructeur ne put respecter le délai de construction prévu et les travaux durèrent vingt-deux mois. Le coût de la construction en fut par ailleurs augmenté. Le constructeur estima alors qu'il était en mesure de se prévaloir de la théorie de la *frustration*, ce que rejeta la Chambre des Lords : le coût de l'exécution du contrat s'était simplement révélé plus onéreux que prévu, ce qui constitue un risque qu'il devait supporter. Cette solution a été confirmée à de nombreuses reprises. Ainsi, le fait que le coût de l'exécution d'un contrat de transport soit augmenté du fait de la fermeture du Canal de Suez n'a pas justifié l'application de la *frustration*[760]. Il en a été de même en cas d'aggravation des dépenses d'un vendeur de marchandises en raison d'une

---

2010, n° 09-67369 ; *RDC* 2011, p. 34, obs. E. SAVAUX ; *D.* 2010, p. 2481, note D. MAZEAUD, et p. 2485 ; *JCP G* 2010, 1056, note T. FAVARIO ; *JCP G* 2011, n° 63, obs. J. GHESTIN ; *RTD civ.* 2010, p. 782, obs. B. FAGES ; *LPA* 24 déc. 2010, p. 7, note A.-S. CHONE ; *Dr. et patr.* 2011, n° 200, 68, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; *Gaz. Pal.* 2011, n° 12-13, p. 21, obs. D. HOUTCIEFF ; *Defrénois* 2011, n° 8, p. 811, obs. J.-B. SEUBE.

[756] V. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 447.

[757] *Ibid.*

[758] A. BURROWS, *A Restatement of the English Law of Contract, op. cit.*, art. 32, p. 164 : "The mere fact that performance has been made more onerous or expensive does not constitute frustration".

[759] *Davis Contractors v Fareham UDC* [1956], AC 696.

[760] *Tsakiroglou v Noblee and Thorl* [1961], 2 All ER 179.

augmentation imprévue du coût du fret[761] ou des frais imprévus pour l'obtention d'une licence d'exportation[762]. Peu importe dans ces hypothèses que l'augmentation du coût de la prestation soit due à la survenance d'un événement imprévisible. Le contractant qui s'était ainsi engagé à vendre de l'alliage de zinc n'a pas été libéré de son engagement même si, à cause de la survenance de la guerre, il ne pouvait s'approvisionner qu'à un prix anormal[763]. Le risque d'une exécution simplement plus onéreuse est également mis à la charge du contractant qui en subit la réalisation en droit allemand.

**178. En droit allemand.** Il est admis en droit allemand que chaque partie doit en principe assumer le risque d'une perturbation de l'équilibre contractuel en sa défaveur[764]. Un arrêt de 1978 en fournit une illustration[765]. Un contrat de location d'un hôtel situé en bord de mer avait été conclu pour une période de vingt ans en vue de l'exploitation par le preneur de l'établissement. Néanmoins, en raison d'un chiffre d'affaires insuffisant et de l'augmentation des coûts résultant de l'obsolescence du mobilier, le preneur exigea une réduction du loyer neuf ans après la conclusion du contrat. Les juges ont estimé que le gérant de l'hôtel devait assumer le risque entrepreneurial, c'est-à-dire une éventuelle augmentation des coûts de fonctionnement. A ce titre, la modification des préférences de voyage et des exigences accrues en matière de confort n'ont pas été considérées comme des éléments permettant d'invoquer une disparition du fondement du contrat (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*).

Dès lors que le simple déséquilibre n'est pas pris en compte au titre des institutions relatives à l'imprévision, cela signifie que d'un changement de circonstances imprévisible entraînant une exécution simplement plus onéreuse pour une partie est tacitement mis à la charge de cette dernière. Les parties ont toutefois la possibilité de déroger expressément à cette répartition tacite des risques.

### b. La dérogation à la répartition tacite du risque d'exécution plus onéreuse

**179. Les techniques des clauses de *hardship* et clauses *mac.*** Les parties peuvent expressément prévoir des clauses prenant en compte l'exécution rendue plus onéreuse par la survenance d'un événement imprévisible, c'est-à-dire des hypothèses de déséquilibre du contrat

[761] *Blockow Vaughan and Co v Compania Minera de Sierra Minera* [1916], 33 TLR 111.
[762] *Braueur and Co Ltd James Clark (Brush Materials) Ltd* [1952], 2 All ER 497.
[763] *Greenway Brothers Ltd v SF Jones and Co* [1915], 32 TLR 184.
[764] H. KÖTZ, *Vertragsrecht, op. cit*, n° 1014.
[765] BGH 19 avril 1978, *NJW* 1978, 2390.

qui ne sont pas admises au titre des institutions relatives à l'imprévision. Ces clauses peuvent emprunter aux techniques des clauses de type *hardship* et *mac* (*material adverse change*).

Suivant l'analyse de M. DROSS, la clause de *hardship* permet ainsi « *à l'une des parties d'exiger de l'autre la renégociation de leur accord à exécution successive lorsque l'équilibre économique qui existait lors de sa conclusion a disparu par suite d'un bouleversement des circonstances* »[766]. Les clauses de *hardship* se distinguent alors des clauses *mac* sur le plan des du traitement réservé au déséquilibre contractuel. En effet, la clause *mac* est une « *stipulation importée de la pratique anglo-saxonne des affaires et dont l'objet est de permettre à l'une des parties de ne pas donner suite au contrat lorsque les circonstances évoluent de telle manière que la rentabilité économique de l'opération disparaît ou devient simplement sujette à caution* »[767]. Si le déséquilibre contractuel est similairement pris en compte par la clause de *hardship* comme par la clause *mac*, la première conduit à une renégociation du contrat tandis que la seconde conduit à sa disparition. En résumé, suivant les termes de M. DROSS, « *[t]andis que les Mac clauses visent à faire disparaître la relation contractuelle, la clause de hardship recherche sa pérennité* »[768]. Quelle que soit la technique contractuelle retenue, il appartient aux parties de définir les conditions de la mise en œuvre de la clause et, notamment, les déséquilibres contractuels qui en permettront l'application. Par de telles clauses, les parties prévoient expressément que leur intérêt au contrat porté par la contrepartie suivra l'évolution des circonstances de nature à l'affecter en cours d'exécution.

En dehors de telles clauses, les institutions relatives à l'imprévision ne permettront la prise en compte que des déséquilibres qualifiés d'excessifs compromettant gravement l'intérêt minimal au contrat d'une partie.

### *2. La prise en compte du déséquilibre excessif*

**180. Un déséquilibre excessif.** Si les droits étudiés n'admettent pas de prendre en compte le simple déséquilibre en cours d'exécution du contrat, il en est autrement du déséquilibre présentant un degré certain de gravité, lequel témoigne d'une insuffisance manifeste de l'intérêt porté par la contrepartie. La solution se fonde, en droit français, sur le nouvel article 1195 du Code civil relatif à l'exécution rendue excessivement onéreuse, et, en droit allemand, sur le § 313 du BGB s'appliquant notamment aux troubles graves de l'équivalence entre la prestation

---

[766] W. DROSS, *Le clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 2ème éd., Litec, 2011, *v°* « *clause mac* ».
[767] *Ibid.*, *v°* « *clause mac* ».
[768] *Ibid.*, *v°* « *clause de hardship* ».

et la contreprestation. En droit anglais, la théorie de la *frustration* doit également pouvoir s'appliquer dans le cas d'une exécution excessivement onéreuse. En effet, au regard de son caractère excessivement onéreux, l'exécution peut, dans ce cas, être considérée comme radicalement différente de ce que les parties avaient projeté au moment de sa conclusion[769]. A ce titre, le droit anglo-saxon outre-Atlantique, a développé la notion d'*impraticability*[770], constituant un cas de *frustration*, définie comme l'« *"extrême et déraisonnable difficulté, dépense, préjudice ou perte" subie par l'une des parties* » du fait d'un changement de circonstances imprévisible[771]. Ainsi que le relève la doctrine, bien que la notion d'*impraticability* ne soit pas consacrée en droit anglais, certaines solutions s'en rapprochent et le principe selon lequel l'*impraticability* doit permettre une libération des parties (*discharged*) se retrouve même parfois affirmé[772].

La question se pose de savoir ce que recouvre précisément la notion de déséquilibre excessif. En effet, un déséquilibre peut être caractérisé non seulement lorsque le coût de la prestation augmente significativement mais aussi en cas de perte de valeur significative de la contreprestation. La mesure de la convergence des droits étudiés s'agissant des perturbations de l'équilibre contractuel résultant de la survenance d'un événement imprévu suppose alors de préciser la nature des déséquilibres susceptibles d'être pris en compte. Au-delà de la question de savoir ce que recouvre précisément la notion de déséquilibre, l'appréciation de son caractère excessif – critère de sa prise en compte – est susceptible d'être discutée. Est-ce que la gravité du déséquilibre doit être établie suivant l'importance objective du *quantum* du déséquilibre de la valeur des prestations par rapport à ce qui a été convenu, où est-ce qu'elle doit intégrer des considérations plus subjectives, notamment la capacité ou non du débiteur d'y faire face ?

Il convient en définitive d'analyser la notion de déséquilibre (a), avant d'envisager le critère de son excessivité (b).

### a. La notion de déséquilibre

**181. La perturbation du rapport économique entre la prestation et la contrepartie.** La notion d'exécution excessivement onéreuse renvoie de prime abord à l'idée d'une augmentation importante du coût de l'exécution de la prestation d'une partie : la perturbation

---

769 V. R. GRANVILLE MCELROY, *Impossibility of Performance : A Treatise on the Law of Supervening Impossibility of Performance of Contract, Failure of Consideration, and Frustration*, Cambridge, 1941, p. 50 et s.
770 V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 19-032 et s.
771 V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 19-032 : : « "extreme and unreasonable difficulty, expense, injury or loss" to one of the parties ».
772 *Ibid.*

de l'équilibre contractuel se traduit alors par le fait que l'exécution de ce à quoi le débiteur est tenu lui impose des sacrifices insupportables par rapport à ce qui était prévu. Suivant l'exemple donné par MM. DESHAYES, GENICON et LAITHIER, « *[a]insi en va-t-il lorsque le fournisseur de produits manufacturés se plaint du coût considérable que représente à présent la fabrication du bien en raison d'une augmentation vertigineuse du prix d'achat de la matière première* »[773]. La notion d'exécution excessivement onéreuse permet la prise en compte du déséquilibre résultant, non pas seulement d'une augmentation du coût de la prestation due par une partie, mais aussi de la baisse de la valeur de celle que cette dernière reçoit. La doctrine considère en effet que l'esprit du texte de l'article 1195 doit permettre d'intégrer les hypothèses de déséquilibre résultant de la diminution de la valeur de la prestation reçue par un contractant[774]. D'après une autre illustration donnée par les auteurs précités, « *[a]insi en va-t-il par exemple de celui qui échange périodiquement une quantité arrêtée de blé contre une quantité arrêtée d'orge lorsque la valeur de l'orge s'effondre subitement sur le marché* »[775]. Ainsi que le relève M. ANCEL, « *les arrêts emblématiques qui ont servi de base au développement de la théorie de l'imprévision (l'arrêt du Canal de Craponne et l'arrêt du bail à cheptel en 1922) relevaient de la seconde hypothèse : dans les deux cas, le contractant demandait la révision du contrat parce que, en raison de la perte de valeur de la monnaie, le prix qu'il recevait en contrepartie de sa prestation – l'entretien du canal ou l'abandon de la propriété du bétail – était devenu dérisoire* »[776].

En droit allemand, le § 313 du BGB s'applique notamment aux cas de perturbations de l'équivalence (*Äquivalenzstörungen*) entre la prestation (*Leistung*) et la contreprestation (*Gegenleistung*)[777], ce qui recouvre alors les deux hypothèses de déséquilibre susmentionnés, à savoir : l'augmentation du coût de l'une et la baisse de valeur de l'autre. En droit anglais, l'*impraticability*, au regard de la définition qui en est donnée par la doctrine, semble davantage correspondre à la situation dans laquelle le coût de l'exécution par une partie de sa prestation a augmenté, et non à l'hypothèse dans laquelle la valeur de la contreprestation a diminué[778]. Néanmoins, l'hypothèse d'une baisse significative de la valeur de la contreprestation doit pouvoir être prise en compte sur le fondement de la *frustration* lorsqu'elle est telle que l'exécution du contrat aboutit à un résultat radicalement différent de ce que les parties ont

---

[773] V. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 449.
[774] *Ibid.* ; v. aussi P. ANCEL, « Imprévision », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2017, n° 75.
[775] V. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 449.
[776] P. ANCEL, « Imprévision », in *Répertoire de droit civil*, *op.cit.*, n° 75.
[777] V. T. FINKENAUER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 313, n° 77.
[778] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 19-032.

convenu et accepté de supporter. En ce sens, l'article 6.2.2 des Principes Unidroit relatif au *hardship* prévoit l'application de ce dernier « *lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement 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* ».

### b. Le caractère excessif du déséquilibre

**182. Le critère de l'excès.** Pour être pris en compte, le déséquilibre contractuel résultant de la survenance d'un changement imprévisible des circonstances doit présenter un degré certain de gravité. C'est dire que le déséquilibre doit être tel que l'intérêt minimal au contrat porté par le motif-contrepartie apparaisse très insuffisant. L'exécution doit, selon la terminologie du droit français, être excessivement onéreuse, ce qui signifie que « *ce sont seulement certains déséquilibres, les plus criants qui sont pris en compte* »[779]. Le droit allemand est susceptible d'éclairer l'appréciation de l'excès qui pourra être faite en droit français dans le cadre du nouvel article 1195 du Code civil.

En droit allemand, l'application du § 313 du BGB suppose ainsi une « "*une disproportion flagrante entre les prestations*" (*ein großes Missverhältnis zwischen den Leistungen*) »[780], ce qui caractérise une disproportion manifeste de la contrepartie, laquelle doit, en outre, être insupportable (*unzumutbar*) pour le contractant subissant le changement des circonstances. D'après un auteur, il résulte de cette condition que « *l'ébranlement ou la disparition du fondement contractuel ne sont pris en considération que si l'on dépassait la « limite de sacrifice » (Opfergrenze) imposable au débiteur* »[781]. Cette condition relative au caractère insupportable de l'exécution ne se confond pas avec celle imposant l'existence d'une disproportion flagrante entre les prestations. En effet, l'existence d'une disproportion flagrante ne préjuge pas de son caractère insupportable : l'idée est alors que le coût de l'exécution pour le contractant subissant la disproportion doit être excessif. La gravité de la disproportion doit être telle qu'imposer au débiteur l'exécution serait contraire à la bonne foi et inéquitable[782].

La notion d'excès apparaît également dans certains cas d'*impraticability* retenus au titre en droit anglo-américain. D'après l'analyse de la doctrine, « *les autorités anglaises n'admettent pas l'opinion selon laquelle l'inflation est un fondement à la* frustration*, bien que la possibilité qu'une inflation extrême (par opposition à une inflation simplement grave) puisse entraîner la*

---

[779] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 448.
[780] A. RIEG, *th. préc.*, n° 537.
[781] *Ibid.*, n° 539.
[782] V. T. FINKENAUER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 313, n° 76.

frustration *d'un contrat ne soit pas complétement exclue* »[783]. Si les juges ont par exemple retenu qu'une augmentation de plus de 88 % du prix du charbon en raison de la guerre ne permettait pas de considérer comme *frustrated* un contrat de vente de charbon[784], ils ont en revanche pu estimer qu'une augmentation de cent fois du coût de l'exécution permet de considérer le contrat comme *frustrated*[785]. Suivant l'application qui est faite en droit anglo-américain de l'*impraticability*, la mise en œuvre de cette théorie suppose une augmentation extrême des coûts de l'exécution, laquelle confine alors à une impossibilité d'exécution[786]. Ainsi, d'après l'arrêt *Gulf Oil v Federal Power Commission (F.P.C.)*, les juge ont estimé que « *la question centrale dans l'application de cette doctrine à une situation donnée est de déterminer si le coût de l'exécution est effectivement devenu si excessif et déraisonnable que le défaut de libération du contractant serait constitutif d'une grave injustice* »[787].

**183. Approche objective et subjective de l'excessivité du déséquilibre.** Pour être éventuellement admis, le déséquilibre contractuel résultant de la survenance d'un événement imprévisible doit être d'une particulière gravité, extrême[788]. La question se pose alors de savoir comment doit s'apprécier l'excessivité du déséquilibre. En effet, s'agit-il seulement de retenir objectivement l'importance du coût de l'exécution de la prestation par rapport à la contreprestation ou de prendre en compte des éléments subjectifs, tels que la situation financière du débiteur, pour en apprécier le caractère effectivement insupportable[789] ? Suivant l'analyse de la doctrine française, de deux choses l'une : soit l'exécution excessivement onéreuse exigée pour l'application de l'article 1195 du Code civil sera appréciée « *à la seule échelle du contrat, envisagé comme une opération appréciée pour elle-même* », de sorte que « *l'excès sera consommé à chaque fois que le contrat sera absurdement déficitaire pour l'une des parties et virera à l'aberration économique* » ; soit elle sera envisagée « *à l'échelle de la personne même*

---

[783] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 19-039 : inflation : « the English authorities do not support the view that inflation is a ground of frustration, though the possibility that extreme (as opposed to merely severe) inflation may be capable of frustrating a contract cannot be wholly ruled out" ».

[784] *S Instone & Co Ltd v Speeding Marshall & Co Ltd* [1915], 32 TLR 202 ; v. aussi *Greenway Brothers Ltd v SF Jones and Co* [1915], 32 TLR 184.

[785] G.H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure,* 2nd ed., London, Sweet & Maxwell, 2004, p. 289-290.

[786] S. L. EMANUEL, *Contracts*, Aspen Publishers, 2006, p. 423 et s.

[787] Cité par S. DIGWA-SINGH, « The application of commercial impracticability under article 2-615 of the Uniform commercial code », in E. MCKENDRICK (dir.), *Force majeure and Frustration of Contrat*, *op. cit.*, p. 305 et s., spec. p. 313 [notre traduction, texte original : "The crucial question in applying that doctrine to any given situation is whether the cost of performance has in fact become so excessive and unreasonable that the failure to excuse performance would result in grave injustice"].

[788] Il peut être relevé que, en droit de l'arbitrage international, une augmentation du coût de l'exécution de près de 50 % est ainsi insuffisante à caractériser une *hardship* [v. C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles. Exemption for Non-Performance in international Arbitration. op. cit.*, p. 427. D'après l'auteur, le caractère excessif du coût de l'exécution doit être apprécié en fonction des risques pris par le débiteur. A ce titre, une marge de profit plus élevée tend par exemple à indiquer que le fournisseur assume un plus grand risque (*ibid*., p. 433)].

[789] P. ANCEL, « Imprévision », in *Répertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 76.

*du débiteur, de sa situation économique, voire de sa situation humaine* » et, dans ce cas, « *l'excès sera consommé lorsque le déficit du contrat menacera sa condition patrimoniale ou la survie de l'entreprise (ce qui pourrait conduire à être moins regardant sur l'ampleur du déficit contractuel)* » [790]. En l'absence de solution jurisprudentielle contraire, la combinaison de ces deux approches est à privilégier, elle ne peut à tout le moins pas être exclue. L'appréciation de l'excessivité du déséquilibre devrait s'opérer suivant une double approche abstraite et concrète[791].

En droit allemand, l'appréciation du critère de l'*Unzumutbarkeit* (caractère insupportable) doit être réalisée en prenant en compte des éléments inhérents au contrat[792]. Il a ainsi été jugé qu'une augmentation des coûts de production de plus de 60 % était excessive[793]. Néanmoins, l'établissement de critères objectifs permettant d'établir abstraitement l'ampleur de la perturbation nécessaire à la mise en œuvre du § 313 du BGB – par exemple un déséquilibre du double au moins – est toutefois rejeté en raison de son caractère trop général et arbitraire[794]. Cela tend à indiquer que des considérations plus subjectives ne sont pas exclues. Néanmoins, la jurisprudence a estimé que des circonstances telles que le fait pour le débiteur d'être en mesure de compenser les pertes résultant du contrat envisagé par d'autres ou encore le niveau de vie des parties ou leur situation familiale n'étaient pas des éléments pertinents pour apprécier le caractère insupportable du trouble de l'équivalence[795].

En droit anglais, parmi les critères retenus pour établir le caractère excessif de l'exécution, se retrouve l'idée d'une exécution du contrat qui n'est plus commercialement viable[796]. La question se pose alors de savoir si la viabilité du contrat doit s'apprécier de façon purement objective ou si peuvent être pris en compte des éléments subjectifs tenant notamment à la situation particulière du débiteur. L'analyse de la jurisprudence américaine démontre que l'approche est éminemment factuelle et que les solutions ne reposent pas sur des critères abstraits mais sur les particularités de l'espèce. Ainsi, des augmentations du coût de l'exécution

---

[790] V. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 452.
[791] A ce titre, en droit de l'arbitrage international, l'excessivité du coût de l'exécution permettant de caractériser une *hardship* peut être établie lorsqu'elle est de nature à conduire à la ruine du débiteur [C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles*, *op. cit.*, p. 435-437].
[792] V. T. FINKENAUER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 313, n° 77.
[793] P. KREBS, S. JUNG, in *BGB Schuldrecht*, Band 2/1, 3. Auflage, Nomos, 2016, § 313, n° 93.
[794] V. T. FINKENAUER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 313, n° 77.
[795] *Ibid.*
[796] S. DIGWA-SINGH, « The application of commercial impracticability under article 2-615 of the Uniform commercial code », in E. MCKENDRICK (dir.), *Force majeure and Frustration of Contrat*, *op. cit.*, p. 314.

de plus de 100% n'ont parfois pas été retenues, ce qui indique l'absence de critère arithmétique dans l'évaluation de l'excessivité[797].

En définitive, en dépit des principes traditionnels de la théorie de la *frustration*, une convergence des droits français, anglais et allemand n'apparaît pas impossible s'agissant d'admettre la remise en cause du contrat en raison d'un changement imprévisible des circonstances rendant excessivement onéreuse l'exécution du contrat pour le débiteur. Les critères d'appréciation de l'insuffisance de la contrepartie sont par ailleurs susceptibles d'être similaires entre les droits étudiés. La portée de la remise en cause du contrat dans de telles circonstances semble quant à elle donner lieu à d'irréductibles divergences entre les droits français et allemand d'un côté et, de l'autre, le droit anglais.

## §2- Les effets de l'insuffisance de la contrepartie

**184. Le sens et la portée de la remise en cause du contrat.** Lorsqu'un changement imprévisible des circonstances porte atteinte à l'intérêt minimal d'une des parties, le contrat est susceptible d'être remis en cause. Cette remise en cause du contrat ne prend toutefois pas le même sens suivant le droit considéré. En effet, les institutions des droits français et allemand ouvrent la possibilité d'une remise en cause partielle du contrat qui fait l'objet d'une adaptation. A supposer que la *frustration* soit retenue dans l'hypothèse d'un changement imprévisible des circonstances rendant l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour l'une des parties, l'adaption du contrat, telle qu'elle est possible en droits français et allemand, apparaît rigoureusement inenvisageable en droit anglais. La *frustration* ne peut conduire qu'à une remise en cause totale de l'acte. Ces effets de l'insuffisance de la contrepartie résultant d'un changement imprévisible des circonstances ne peuvent être obtenus que pour autant que l'application des dispositifs relatifs à l'imprévision n'a pas été expressément écartée dans le contrat. En effet, les parties peuvent en principe prévoir une autre répartition du risque d'exécution rendue excessivement onéreuse par un changement imprévisible des circonstances. Une prévision est toutefois source de difficultés au regard, précisément, de l'objet des institutions visées, à savoir la prise en compte d'une insuffisance grave du motif-contrepartie en cours d'exécution du contrat. L'analyse de la remise en cause du contrat (A), résultant des institutions relatives à l'imprévision, précédera donc celle de l'exclusion contractuelle de leur application (B).

[797] *Ibid.*

### A- La remise en cause du contrat

**185. La divergence du droit anglais avec les droits allemand et français**. En droits français et allemand, la mise en œuvre des institutions relatives à l'imprévision du contrat peut se résoudre par son adaptation. Conformément à sa conception traditionnelle, la théorie de la *frustration* ne peut entraîner d'autres solutions que la *termination* du contrat. Il convient donc de distinguer les solutions retenues en droits français et allemand (1), de celles du droit anglais (2).

#### *1. La possible adaptation du contrat en droits français et allemand*

**186. La préférence pour l'adaptation du contrat.** Les droits français et allemand se rejoignent sur le plan des conséquences assignées au déséquilibre excessif résultant d'un changement de circonstances imprévisible : il entraîne soit l'adaptation du contrat, soit, à défaut, sa résolution. D'après l'article 1195 du Code civil, les parties sont d'abord invitées à renégocier leur contrat et, à défaut, à convenir de sa résolution ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation[798], ce n'est alors qu'en cas de désaccord persistant que le juge peut être saisi par l'un des contractants et décider de réviser le contrat ou d'y mettre fin. Le juge peut donc parfaitement estimer, par exemple, que le désaccord des parties rend plus opportune la résolution du contrat, alors que son adaptation n'est pas pour autant impossible ou insupportable à l'égard de l'une d'elles[799]. C'est dire que le juge français dispose *a priori* d'un pouvoir discrétionnaire s'agissant de la détermination du remède approprié au déséquilibre excessif en cas d'imprévision.

En droit allemand, l'adaptation du contrat constitue une solution qui n'est pas seulement possible mais privilégiée. En effet, la résolution ou résiliation du contrat n'est admise en cas de trouble de son fondement que de façon subsidiaire : le § 313 du BGB prévoit prioritairement l'adaptation du contrat. Ainsi, d'après l'alinéa 1er de ce texte, une partie peut demander l'adaptation du contrat dans la mesure où son maintien, tel que stipulé à l'origine, ne peut lui être imposé. L'adaptation du contrat doit alors permettre de remettre ce contractant dans une situation supportable[800]. D'après l'analyse de la doctrine allemande, il s'agit précisément d'un

---

[798] Sur cette phase extrajudiciaire v. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 458 et s.

[799] V. en ce sens O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 470 : « A supposer qu'il soit saisi d'une telle demande [en résolution] en même temps qu'une demande en révision, il est probable qu'il la préférera, tant les espoirs de voir une relation contractuelle déjà sérieusement malmenée par la mésentente entre les parties reprendre dans des conditions satisfaisantes sont minces ».

[800] V. T. FINKENAUER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 313, n° 89. L'auteur précise qu'il ne s'agit pas d'aller au-delà de ce qui est nécessaire à une exécution raisonnable.

« *droit au consentement à l'adaptation, qu'il convient de faire valoir auprès du cocontractant* »[801]. Ce droit peut être exercé par les deux parties, et non pas par le seul contractant défavorisé par le trouble du fondement du contrat[802]. En cas de refus ou échec des négociations entre les parties, l'adaptation peut être demandée en justice par l'une d'elles[803]. Ce n'est que si, d'après les termes de l'alinéa 3 du § 313 du BGB, l'adaptation est impossible ou insupportable à l'une des parties que la résolution du contrat peut être mise en œuvre par le contractant subissant le changement de circonstances[804]. La résolution entraîne alors des restitutions conformément aux §§ 346 et s. du BGB, à moins qu'une résiliation ne lui soit substituée pour les contrats à exécution successive. Il est toutefois possible, d'après les solutions retenues en jurisprudence, de concilier résolution ou résiliation et adaptation du contrat[805], ce qui, en pratique, relèvera d'une adaptation du contrat entendue au sens large[806]. Ainsi que le relève la doctrine, en dépit de la lettre du § 313 (3) du BGB qui semble n'accorder une telle possibilité qu'au contractant défavorisé, la résolution ou résiliation du contrat peut aussi bien être demandée par ce dernier que son cocontractant[807].

**187. Les modalités de l'adaptation du contrat.** S'agissant des modalités de l'adaptation, elle se retrouve limitée en droit allemand dès lors qu'il s'agit simplement de corriger l'excès de la perturbation de l'équivalence, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas véritablement de supprimer le déséquilibre mais de lui faire retrouver un niveau raisonnable, admissible[808]. Cette solution devrait similairement s'imposer s'agissant de la mise en œuvre de la révision du contrat en application de l'article 1195 du Code civil. En effet, suivant l'analyse de la doctrine « *il faut donc considérer que le juge n'a pas à replacer les parties dans la situation d'équilibre qui était la leur lors de la conclusion du contrat. Il doit uniquement "raboter" le déséquilibre dans sa seule portion jugée excessive* »[809]. Le juge peut aussi, d'après l'article 1195 alinéa 2, mettre fin au contrat « *à la date et aux conditions qu'il fixe* ». Comme

---

[801] *Ibid*., n° 8.
[802] V. M. REGENER, art. préc. : « Le fait que ce dernier [le contractant favorisé] puisse aussi avoir un intérêt à ce que le contrat soit adapté se comprend si l'on considère que la partie défavorisée peut, lors de la revendication, opposer au contractant une exception, de sorte que le cocontractant soit empêché d'obtenir la prestation » ; T. FINKENAUER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 313, n° 85.
[803] *Ibid.*
[804] V. T. FINKENAUER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 313, n° 115.
[805] *Ibid*., n° 91.
[806] *Ibid.*
[807] *Ibid*., n° 92.
[808] V. T. FINKENAUER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 313, n° 94.
[809] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 470 .

en droit allemand, il s'agira alors concrètement de prononcer la résolution du contrat, laquelle prendra la forme d'une résiliation dans le cas des contrats à exécution successive[810].

### *2. La termination du contrat en droit anglais*

**188. La libération des parties.** Ainsi que l'affirment expressément des auteurs, les juges « *n'ont aucun pouvoir pour modifier les contrats compte tenu d'un événement fortuit* »[811]. La règle en cas de *frustration* est que le contrat est *terminated*, ce qui conduit tout d'abord à considérer que les parties sont déchargées de leur obligations premières (*primary obligations*). La *termination* du contrat en cas de *frustration* opère automatiquement, c'est-à-dire sans intervention ni du juge ni des parties[812]. Conformément à la formule consacrée, l'empêchement doit être d'une gravité particulière puisque l'exécution du contrat doit être « *radicalement différente de l'intention des parties au moment où le contrat a été formé* »[813]. Toutefois, les obligations déjà exécutées ne sont pas en principe remises en cause : l'anéantissement du contrat n'est pas rétroactif, il n'opère que pour l'avenir[814].

**189. Le traitement des restitutions.** Les restitutions ne sont pas admises par principe. Ainsi, pour qu'un contractant se prévale d'un droit à des restitutions, il doit établir une *total failure of consideration*, c'est-à-dire que l'inexécution de la part de son cocontractant doit être totale[815]. Néanmoins, outre les tempéraments admis en jurisprudence à la rigueur du critère de la *total failure of consideration*[816] , le législateur a adopté le *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* en 1943 afin de remédier aux résultats injustes auxquels l'exigence d'une *total failure of consideration* aboutit spécifiquement en matière de *frustrated contracts*[817]. Ce texte donne pouvoir aux juges d'ajuster la situation financière des parties suite à la *frustration* de leur contrat en ordonnant la restitution soit de l'argent versé, soit du bénéfice accordé sans avoir obtenu la

---

[810] Le juge pourra alors « fixer la date de fin du contrat au jour de sa décision, ou la faire remonter au moment où le changement de circonstances a rendu l'exécution excessivement onéreuse, ou encore la repousser dans le temps pour donner aux contractants un délai leur permettant de se retourner » [P. ANCEL, « Imprévision », in *Répertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 93].
[811] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n°19-007 [notre traduction, texte original : "courts have no power to *modify* contracts in the light of supervening events"].
[812] V. J. CARTWRIGHT, *Contract Law : An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, *op. cit.*, p. 266 et s.
[813] *Ibid.*, p. 264 [notre traduction, texte original : "performance according to the terms of the contract would be 'radically different' from that which the parties intended at the time of the contract"].
[814] *Ibid.*, p. 266 et s.
[815] V. *supra*, n° 106.
[816] *Ibid.*
[817] V. A. BURROWS, *The Law of Restitution, op. cit.*, p. 363 et s.

contrepartie convenue[818]. Ce tempérament législatif tend donc à un rapprochement du droit anglais avec les solutions des droits français et allemand sous l'angle des restitutions.

### B- L'exclusion contractuelle de l'application des institutions relatives à l'imprévision

**190. L'admission de principe des stipulations contraires expresses.** La question se pose de savoir si les parties peuvent expressément exclure l'application des dispositifs relatifs à l'imprévision en cas changement imprévisible des circonstances rendant l'exécution excessivement onéreuse pour l'une d'elles. En droit français, à l'instar des aménagements contractuels relatifs à la force majeure qui ont toujours été admis[819] les parties ont en principe la possibilité d'exclure expressément l'application du dispositif de l'article 1195 du Code civil. La possibilité de mettre à la charge d'une partie les risques résultant d'événements imprévisibles est pareillement reconnue en droits anglais[820], et en droit allemand[821]. L'exclusion du dispositif relatif à l'imprévision (*hardship*) se retrouve par ailleurs mentionnée par les Principes Unidroit[822]. Une telle possibilité soulève toutefois des difficultés au regard de l'exigence d'un intérêt minimal de l'engagement à travers la contrepartie.

**191. L'impossibilité d'une exclusion totale des dispositifs.** La question qui se pose est celle de savoir dans quelle mesure les parties peuvent exclure l'application des institutions relatives à la prise en compte du déséquilibre excessif causé par un événement imprévisible. Même en supposant que la clause soit rédigée de telle sorte que le risque de survenance d'un changement imprévisible des circonstances, quel qu'il soit, soit mis à la charge d'une partie, une incertitude peut survenir quant aux conséquences qui se retrouveront effectivement supportées par ce contractant. Il n'est ainsi pas exclu que l'ampleur du déséquilibre soit telle que la clause soit interprétée comme n'ayant pas eu pour finalité de couvrir un tel cas extrême. Par ailleurs, la clause de prise en charge du risque d'exécution excessivement onéreuse en raison d'un changement imprévisible des circonstances peut être considérée comme abusive et, partant, réputée non écrite en présence d'un déséquilibre des positions contractuelles des parties, comme dans le cadre des contrats de consommation ou d'adhésion. En toute hypothèse,

---

[818] V. J. CARTWRIGHT, *Contract Law : An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 3rd ed., Hart publishing, 2016, p. 267 et s.
[819] F. GREAU, « Force majeure », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2017, n° 106.
[820] Sur la possibilité pour les parties d'exclure l'application de la *frustration* v. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 19-070.
[821] La jurisprudence allemande admet ainsi qu'un contractant prenne expressément en charge les risques résultant de la survenance d'événements imprévisibles. V. BGH 22 octobre 2003, *NJW* 2004, 58, 59 ; BGH 21 septembre 2005, *NJW* 2006, 899.
[822] V. article 6.6.2 (d).

tant au regard du caractère imprévisible de l'événement que de la gravité de ces conséquences en cas d'exécution rendue excessivement onéreuse pour le débiteur – privant ce dernier d'un intérêt minimal au contrat – la clause excluant l'application des institutions relatives à l'imprévision devrait être interprétée strictement comme ne concernant pas les situations les plus extrêmes.

Le caractère aléatoire du contrat[823] n'est pas davantage de nature à exclure totalement l'application du dispositif de l'article 1195 du Code civil. En effet, bien que l'aléa semble *a priori* empêcher de considérer l'insuffisance de la contrepartie en cours d'exécution du contrat[824], un changement imprévisible des circonstances peut rendre excessivement onéreuse l'exécution du contrat pour l'une des parties en affectant ses chances de gains ou de pertes. Une partie à un contrat aléatoire accepte le risque que le contrat tourne en sa défaveur en contrepartie de la chance réciproque qu'il se révèle au contraire avantageux, ce qui constitue un équilibre contractuel qui, comme pour tout autre contrat à titre onéreux, peut se retrouver bouleverser en cours d'exécution du contrat. L'hypothèse de la révision du contrat à forfait en fournit une illustration[825]. Lorsque la stipulation d'un forfait s'accompagne d'une prise de risque réciproque alors l'acte constitue un contrat aléatoire[826]. C'est dire que, suivant l'évolution des circonstances, le montant du forfait convenu se révélera avantageux pour l'une des parties – qui aura fait une bonne affaire – et, au contraire, défarorable pour l'autre qui ne pourra en principe pas se prévaloir du caractère trop onéreux de l'exécution du contrat à son égard. Néanmoins, ainsi que l'explique un auteur, « *grâce à la notion de « bouleversement de l'économie du contrat », qui est apparue explicitement au début des années 1990, le juge peut, à certaines conditions, exclure le forfait et par suite exclure l'aléa* »[827], ce qui correspond à un contrôle judiciaire du déséquilibre contractuel manifeste[828]. Un tel contrôle du déséquilibre contractuel excessif résultant d'un changement imprévisible des circonstances ne peut donc pas être exclu du seul fait de la nature aléatoire de l'acte.

**192. L'insuffisance de la contrepartie en cours d'exécution du contrat en dehors d'un contexte d'imprévision.** Dès lors que les institutions qui viennent d'être analysées reposent sur l'idée que l'exécution excessivement onéreuse résultant d'un changement imprévisible des circonstances n'est pas un risque qui doit être supporté par le débiteur, il

[823] Sur la notion de contrat aléatoire v. *supra*, n° 144.
[824] V. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 104 et n° 641 et s.
[825] V. Y.-M. LAITHIER, « Aléa et théorie générale du contrat », art. préc., p. 20 et s.
[826] *Ibid*.
[827] *Ibid*., p. 21.
[828] *Ibid*.

pourrait être considéré ce dernier peut être privé d'un intérêt minimal au contrat lorsque l'insuffisance de la contrepartie résulte d'un changement de circonstances prévisible. C'est sans compter sur le refus de l'exécution en nature disproportionnée qui, unitairement dans les droits étudiés, conduit à prendre en compte l'insuffisance de la contrepartie du débiteur en cours d'exécution du contrat et en dehors de tout contexte d'imprévision.

## *Section 2 – L'insuffisance de la contrepartie en cas d'exécution en nature disproportionnée*

**193. Le rejet de l'exécution en nature disproportionnée.** L'insuffisance de l'intérêt porté par le motif-contrepartie, en cours d'exécution du contrat, peut être caractérisée dans le cadre de la mise en œuvre des remèdes de l'inexécution. Les droits allemand et français excluent en effet expressément la possibilité d'obtenir l'exécution en nature lorsque son coût pour le débiteur est disproportionné par rapport à son intérêt pour le créancier. L'article 1221 du Code civil prévoit ainsi que l'exécution en nature ne peut être obtenue par le créancier lorsqu'il existe une disproportion manifeste entre son intérêt pour ce dernier et son coût pour le débiteur. Le § 275 (2) du BGB, décrit comme un cas d'impossibilité qualifiée d'économique (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*), couvre similairement des hypothèses où la prestation requiert des dépenses qui sont gravement disproportionnées par rapport à l'intérêt de la prestation pour le créancier[829]. Des dispositions similaires sont prévues par les Principes Unidroit[830] et PEC[831].

En droit anglais, la question se pose en des termes quelque peu différents dans la mesure où la *specific performance* (exécution forcée en nature) est un remède d'équité[832] – en tant que tel soumis au pouvoir discrétionnaire d'appréciation des juges (*discretionary remedy*)[833] – le principe de *common law* étant celui de l'attribution de dommages et intérêts. Il s'agit alors de considérer le caractère disproportionné de l'exécution, non pas comme une exception au principe de l'admission de l'exécution forcée en nature, mais comme une circonstance de nature à établir son inopportunité et donc à fonder le rejet d'une exception au principe des dommages

[829] La même solution est expressément consacrée pour certains contrats spéciaux. V. le § 439 (3) du BGB pour le contrat de vente et le § 635 (3) du BGB pour le contrat d'entreprise.
[830] V. article 7.2.2 prévoyant que le créancier peut exiger l'exécution par le débiteur d'une obligation autre que de somme d'argent sauf lorsque « b) l'exécution, ou s'il y a lieu, les voies d'exécution exigent des efforts ou des dépenses déraisonnables ».
[831] V. article 10:102 selon lequel le créancier a droit à l'exécution en nature sauf lorsque « (b) elle comporterait pour le débiteur des efforts ou dépenses déraisonnables ».
[832] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 21-016 et s. La *specific performance* est alors admise lorsqu'il apparaît que les dommages et intérêts ne sont pas un remède *adequat* (adéquat).
[833] *Ibid.*, n° 21-028.

et intérêts. Le fait que l'exécution en nature soit laissée à l'appréciation discrétionnaire des juges ne signifie pas qu'elle soit soumise à leur arbitraire : ce remède est encadré par des règles et principes établis[834], parmi lesquels figure celui selon lequel l'exécution forcée doit être refusée lorsque le coût de l'exécution pour le défendeur est totalement disproportionné avec le bénéfice que celle-ci conférerait au demandeur[835].

Il convient d'analyser la notion d'exécution en nature disproportionnée (§1), avant d'en examiner les conséquences (§2).

## §1- La notion d'exécution en nature disproportionnée

**194. Le cadre de l'exécution en nature disproportionnée.** Ainsi que le relève un auteur, « [l]'idée même que l'exécution forcée en nature puisse être « excessive » est de prime abord déroutante : qu'est-il demandé au débiteur sinon le respect des engagements qu'il a librement contractés ? Toutefois, en certaines circonstances, il arrive que ce coût soit disproportionné pour la simple raison que l'exécution en nature est une sanction qui n'a pas la fluidité de l'argent (…) »[836]. Certains événements postérieurs à la conclusion du contrat peuvent bouleverser l'équilibre contractuel initial, de sorte que le coût de l'exécution par une partie de son engagement apparaisse excessif au regard de la contrepartie obtenue en retour. Le champ d'application du rejet de l'exécution en nature disproportionnée soulève dès lors un problème d'articulation avec les dispositifs relatifs au changement imprévisible des circonstances. A ce titre, il peut être relevé que le critère du rejet de l'exécution en nature n'est pas formellement identique à celui retenu pour la mise en œuvre des institutions relatives à l'insuffisance de la contrepartie en cas de changement imprévisible des circonstances, retenue lorsque l'exécution est rendue excessivement onéreuse. Le refus de l'exécution en nature se fonde ainsi sur le caractère disproportionné de son coût pour le débiteur par rapport à son intérêt pour le créancier, ce qui, de prime abord, ne suppose pas nécessairement qu'elle soit excessivement onéreuse. L'insuffisance de la contrepartie dans le cadre du refus de l'exécution en nature disproportionnée doit alors être précisée.

Il convient, tout d'abord, d'analyser les causes de la disproportion de l'exécution en nature (A), avant d'analyser, ensuite, le critère de la disproportion de l'exécution en nature (B).

---

[834] *Ibid.*
[835] *Ibid.*, n°21-029.
[836] Y-M. LAITHIER, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC* 2005. 161, spéc. p. 181.

### A- Les causes de la disproportion de l'exécution en nature

**195. Exécution imparfaite et changement de circonstances.** Le refus de l'exécution en nature, intervenant au stade de l'exécution du contrat, ne vise pas à sanctionner une insuffisance de la contrepartie qui aurait préexisté au moment de sa formation[837]. C'est dire qu'il s'agit de prendre en compte des circonstances ultérieures conduisant à une perturbation de l'équilibre contractuel défini par les parties. L'exécution en nature des prestations est susceptible d'apparaître disproportionnée dans deux situations. La première est intrinsèque à l'inexécution du contrat et se présente lorsqu'est en jeu la correction d'une exécution imparfaite par le débiteur de sa prestation (1). C'est alors au regard des coûts supplémentaires exorbitants qu'imposerait une telle correction que l'exécution en nature peut apparaître disproportionnée. La seconde est l'hypothèse d'un changement des circonstances (2), qu'il ait été ou non imprévisible au moment de la conclusion du contrat.

#### *1. L'exécution imparfaite par le débiteur de sa prestation*

**196. La jurisprudence en matière de construction à l'origine du refus de l'exécution en nature disproportionnée en droit français.** En droit français, l'exception à la possibilité pour un créancier d'obtenir l'exécution en nature lorsque son coût est disproportionné pour le débiteur, prévue par l'article 1221 du Code civil est une nouveauté introduite par la réforme[838]. Avant la réforme, la jurisprudence appliquait avec rigueur le principe de primauté de l'exécution forcée en nature qu'elle avait consacrée[839]. L'exécution ne pouvait alors être forcée que si elle était impossible matériellement[840], juridiquement[841] ou encore moralement[842]. Les considérations de nature économique fondées sur le caractère disproportionné de cette sanction

---

[837] Il convient toutefois de relever que, en droit anglais, l'exécution forcée en nature a pu être rejetée en raison d'un déséquilibre du contrat existant dès sa conclusion. C'est dire que le refus, sur le terrain de l'*equity*, de la *specific performance* a permis de sanctionner l'insuffisance de la contrepartie au moment de la formation du contrat. V. Y.-M. LAITHIER, thèse préc., n° 309.

[838] V. pour une analyse du régime de l'exécution en nature issu de la réforme, D. MAZEAUD, « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 2477.

[839] V. Cass. civ. 1ère, 16 janvier 2007, *Bull. civ.* I, n° 19 ; *D.* 2007, p. 1119, note O. GOUT ; *RDC* 2007, p. 719, obs. D. MAZEAUD, p. 741, obs. G. VINEY ; *RTD civ.* 2007, p. 342, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

[840] V. par ex. Cass. com. 12 novembre 1992, *Bull. civ.* IV, n° 313.

[841] V. par ex. Cass. civ. 1ère, 27 novembre 2008, *RDC* 2009, p. 613, note J.-B. SEUBE.

[842] V. sur cette notion M. E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, thèse Paris, préface P. HEBRAUD, LGDJ, 1974, p. 173-175 ; v. aussi H. L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, Tome II, volume 1, Montchrestien, 9ème éd. par F. CHABAS, 1998, n° 935 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, Thémis droit privé, PUF, 22ème éd., 2000, n° 372 ; A. LEBOIS, « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », *JCP G* 2008, n° 47, I, 210 ; pour des exemples jurisprudentiels CA Paris, 4 juillet 1865, *DP* 1865, jurispr., p. 201 ; Cass. civ. 14 mars 1900, *DP* 1990, 1, p. 497, note PLANIOL, S. 1990, 1, p. 489 ; CA Paris, 3 mars 1855, *S.* 1855, 2, p. 410 ; TGI Paris, 3 octobre 1968, *Gaz. Pal.* 1968, 2, p. 345, note J.-P. DOUCET.

de l'inexécution étaient rejetées, ce qui, dans certaines circonstances, est apparu critiquable[843]. Cela s'est significativement illustré en matière de contrat de construction. L'exécution en nature dans le cas où un constructeur n'a pas scrupuleusement respecter son engagement peut, en pratique, se traduire par la destruction et reconstruction de l'ouvrage. Il en est ainsi dans l'arrêt de la Chambre civile du 17 janvier 1984[844]. En l'espèce, un entrepreneur qui n'avait bâti que trois marches au lieu des quatre prévues pour accéder à une piscine fut tenu de recommencer l'ouvrage pour se conformer au strict respect de son obligation. De même, dans un arrêt de la 3ème Chambre civile du 11 mai 2005[845], l'exécution forcée en nature fut retenue s'agissant de la construction d'une maison d'habitation présentant une insuffisance de seulement 0,33 mètre par rapport aux stipulations contractuelles. Dans de telles circonstances, l'exécution par le constructeur de ses obligations, conformémement aux prévisions contractuelles, est de nature à le priver de son intérêt au contrat : le coût de la correction de sa mauvaise exécution apparaît tel qu'il est vraisemblable que le prix payé en contrepartie par son cocontractant soit insuffisant pour lui conférer un bénéfice minimal. Ces solutions jurisprudentielles sont à l'origine de l'aspiration de la doctrine à « *la reconnaissance d'un pouvoir d'appréciation du caractère adéquat de l'exécution forcée* »[846]. Le sens de la consécration par la réforme du refus de l'exécution en nature disproportionnée se comprend donc au regard de la rigueur de la jurisprudence relative à l'exécution en nature des contrats de constructions dont elle vise à empêcher les excès.

**197. Le cas d'école de la construction imparfaite d'un immeuble en droit allemand.** En droit allemand, le refus de l'exécution en nature disproportionnée est prévu par le § 275 (2) du BGB relatif à l'impossibilité d'exécution en nature qualifiée d'économique (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*). En effet, ce texte prévoit la possibilité pour le débiteur de refuser la prestation lorsque celle-ci « *requiert des dépenses qui, eu égard au contenu du rapport d'obligation et au principe de bonne foi, sont gravement disproportionnées par rapport à l'intérêt que présente cette prestation pour le créancier* ». Le cas d'école traditionnellement cité par la doctrine allemande est alors celui de la disproportion du coût de reconstruction d'une piscine à laquelle il manque quelques centimètres[847]. En effet, dans un tel cas, l'exécution en nature de

[843] V. Y.-M. LAITHIER, thèse préc., n° 312.
[844] Cass. civ. 3ème 17 janvier 1984 ; *RTD civ.* 1984, p. 711 obs. J. MESTRE.
[845] Cass. civ. 3ème 11 mai 2005, *Bull. civ.* III, n°103 ; *JCP* 2005, II, 10152, note S. BERNHEIM-DESVAUX ; *RDI* 2005, p. 299, note P. MALINVAUD ; *RTD civ.* 2005, p. 596 obs. J. MESTRE et B. FAGES.
[846] V. *notam.* J.-P. GRIDEL et Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *JCP G* 2008, I.143.
[847] H. KÖTZ, *Vertragsrecht, op. cit*, n° 817.

l'engagement du constructeur suppose des dépenses considérables pour ce dernier, dépenses qui peuvent être de nature à le priver d'un intérêt minimal au contrat, alors même que l'intérêt du créancier à l'exécution apparaît limité. L'hypothèse du contrat de construction qui n'a pas été correctement exécuté constitue ainsi, comme en droit français, une illustration de l'opportunité du rejet de l'exécution en nature en raison de son caractère disproportionné.

**198. Le caractère exceptionnel de la *specific performance* des contrats de construction en droit anglais.** L'approche du droit anglais est différente de celle des droits français et allemand dans la mesure où l'exécution forcée en nature (*specific performance*) est un remède d'*equity,* ce qui signifie qu'elle ne constitue pas un remède de principe accordé en cas d'inexécution du contrat. Dans le cas où un contrat aurait été mal exécuté, la question n'est donc pas de savoir si la *specific performance* doit être refusée mais si, au contraire, elle doit être accordée. S'agissant plus particulièrement des contrats de construction, le principe retenu en droit anglais est, précisément, celui du refus de la *specific performance*[848]. L'exécution en nature des contrats de construction n'est en effet admise que dans des circonstances exceptionnelles[849], au regard desquelles elle constitue le remède de l'inexécution le plus juste[850]. A ce titre, l'exécution en nature d'un contrat de construction ne sera pas imposée si elle apparaît excessivement onéreuse pour le débiteur[851]. L'insuffisance grave de l'intérêt de la contrepartie pour le débiteur en cours d'exécution est donc prise en compte et justifie le refus de la *specifc perfomance*. Au-delà de l'application de ce remède de l'inexécution, le caractère excessif du coût de l'exécution en matière de contrat de construction est considérée au titre de l'évaluation du montant des dommages et intérêts qui doivent être accordés au titre de la méconnaissance par le constructeur de ses obligations[852]. En dehors de cette hypothèse particulière, la *specific performance* est, de façon générale, rejetée en droit anglais lorsqu'elle est de nature à causer de graves difficultés pour le débiteur, lesquelles sont qualifiées de *severe hardship*, ce qui concerne notamment le cas où l'exécution est rendue excessivement onéreuse en raison d'un changement de circonstances.

[848] V. R. TER HAAR, *Remedies in Construction Law*, 2nd ed., Informa Law from Routledge, 2017, n° 22.16 et s.
[849] *Ibid.,* n° 22.22.
[850] *Ibid.*, n° 22.14.
[851] *Ibid.,* n° 22.22.
[852] V. *infra,* n° 212.

### *2. La disproportion de l'exécution en raison d'un changement de circonstances*

**199. La disproportion de l'exécution résultant d'un changement des circonstances.** Outre l'hypothèse d'une inexécution imparfaite de la prestation dont la correction imposerait des dépenses disproportionnées, l'exécution en nature peut apparaître disproportionnée en cas de changement des circonstances. Cette situation a d'ailleurs été expressément envisagée par les rédacteurs des Principes Unidroit qui expliquent, au titre de l'exception au droit d'imposer l'exécution imposant des efforts déraisonnables au débiteur, que « *dans des cas exceptionnels, en particulier lorsqu'il y a eu un changement radical de circonstances après la conclusion du contrat, l'exécution, bien qu'encore possible, peut être devenue tellement onéreuse qu'il serait contraire au principe général de bonne foi (...) de l'imposer* »[853]. La question se pose alors de savoir si, au regard de l'existence d'institutions spéciales aux situations d'imprévision, le refus de l'exécution en nature au motif de sa disproportion peut être retenu en présence d'un changement imprévisible des circonstances. Ainsi, en droit français, l'article 1221 ne précisant pas la cause de la disproportion, celle-ci peut *a priori* résulter d'un changement des circonstances, qu'il soit ou non imprévisible. Dès lors, ce texte pourrait, dans certaines situations, être d'application concurrente avec le dispositif de l'article 1195 relatif à l'exécution rendue excessivement onéreuse par un changement imprévisible des circonstances. La solution du droit allemand s'inscrit en ce sens.

**200. L'application concurrente des §§ 275 (2) et 313 du BGB en droit allemand.** En droit allemand, le § 275 (2) du BGB – fondant le refus de l'exécution en nature disproportionnée – et le 313 du BGB – relatif aux troubles du fondement du contrat – sont considérés comme d'application concurrente[854] et ce dans nombre d'hypothèses[855]. Le § 275 (2) du BGB peut ainsi recevoir application en cas d'augmentation du coût de l'exécution par le débiteur en raison de la survenance d'un événement de force majeure l'obligeant à des dépenses supplémentaires[856]. La doctrine relève alors que, en pratique, la concurrence des textes est loin d'être marginale[857]. Il est considéré que le débiteur dispose d'une option : il peut se placer sur le terrain du § 275

---

[853] V. Principes Unidroit, *op. cit.*, p. 257.
[854] Il convient toutefois de relever que, lors des travaux préparatoires de la loi de modernisation ayant introduit le § 313 dans le BGB, il a été suggéré de donner priorité d'application au § 313 en cas de concurrence avec le § 275, ce qui n'a toutefois pas été retenu par le lagislateur. V. W. ERNST, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 275, n° 23.
[855] V. T. FINKENAUER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 313, n° 160 et s. et W. ERNST, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 275, n° 23.
[856] V. T. FINKENAUER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 313, n° 161.
[857] *Ibid*., n° 162.

(2) du BGB et opposer l'exception de disproportion à la demande d'exécution en nature ou se prévaloir du § 313 du BGB pour obtenir l'adaptation du contrat par préférence à sa résolution[858]. Le débiteur se retrouve alors lié par son choix d'invoquer le § 275 (2) du BGB puisqu'il ne peut, ensuite, se prévaloir du dispositif du § 313[859].

De prime abord, cette possibilité pour le débiteur de se placer sur le terrain du § 275 (2) du BGB peut sembler contraire à la logique du § 313, lequel n'admet la résolution du contrat que si son adaptation est impossible ou insupportable pour l'une des parties. Le débiteur peut en effet *a priori* préférer invoquer le § 275 (2) afin d'échapper *de facto* à un engagement qui, même s'il était révisé, ne lui serait plus aussi avantageux. Il faut en effet rappeler que l'adaptation du contrat en vertu du § 313 du BGB n'implique une correction que du seul excès rendant l'exécution insupportable. Il convient toutefois de relever que, si le débiteur est lié par le choix qu'il a fait d'invoquer le § 275 (2) du BGB, le créancier peut, quant à lui, demander une adaptation du contrat en application du § 313 du BGB[860]. Il apparaît alors, en définitive, qu'il n'est pas permis au débiteur de choisir, par opportunisme, l'application du § 275 (2) au détriment des intérêts du créancier qui, en toute hypothèse, pourra à se prévaloir de l'adaptation du contrat conformément au § 313 du BGB.

**201. La complémentarité du refus de l'exécution disproportionnée et de la *frustration*.** En droit anglais, la notion de *severe hardship* (littéralement, « sérieuses difficultés ») permet de fonder le rejet de la *specific performance*. L'exécution forcée, remède relevant de l'*equity*, ne peut pas être obtenue si elle est de nature à causer de graves difficultés au débiteur. Le fait que le coût de l'exécution en nature soit sans commune mesure par rapport à son bénéfice pour le créancier relève ainsi de la *severe hardship*[861]. Le refus de la *specific performance* sur le fondement de la *severe hardship* apparaît alors tempérer la rigueur des solutions rendues sur le fondement de la théorie de la *frustration*[862]. En effet, suivant sa conception traditionnelle, la *frustration* ne peut pas en principe être retenue lorsqu'un changement imprévisible des circonstances affecte l'équilibre économique du contrat et rend l'exécution excessivement plus onéreuse pour le débiteur[863]. Dans un tel cas, la *severe hardship* est susceptible d'être retenue et de fonder le rejet d'une demande d'exécution en nature du contrat. En ce sens, il a pu être affirmé, à l'occasion d'un arrêt portant sur la *specific*

[858] *Ibid.*
[859] *Ibid.*, n° 164.
[860] *Ibid.*
[861] R. HALSON, *Contract Law*, Pearson Education Limited, 2001, p. 451 et 452.
[862] V. Y.-M. LAITHIER, thèse préc., n° 308.
[863] V. *supra*, n° 167 et s.

*perfomance*, que ce « *remède d'équité (…) peut être refusé dans un cas de changement imprévisible des circonstances ne relevant pas de la* frustration *en droit* »[864]. La doctrine relève que si le champ d'application de la *severe hardship* apparaît relativement étroit, il est néanmoins clair que les juges sont désireux de la retenir dans les cas, notamment, où la doctrine de la *frustration* apparaît insatisfaisante[865]. La doctrine de la *severe hardship* en matière d'admission de la *specific performance* n'apparaît donc pas être concurrente de celle de la *frustration* mais complémentaire.

**202. La distinction du critère de la disproportion de l'exécution et du critère de l'exécution excessivement onéreuse.** En droit français, d'après l'analyse de certains auteurs, la mise en œuvre de l'article 1221 du Code civil serait plus aisée que celle de l'article 1195 dans la mesure où le premier serait « *moins sévère dans ces conditions* »[866]. En effet, outre le fait que le refus de l'exécution forcée en nature ne suppose pas la caractérisation d'un changement imprévisible des circonstances, le critère retenu est celui de la disproportion de l'exécution et non celui de son excessive onérosité. L'exécution en nature pourrait donc *a priori* être refusée dans des cas où, son coût, même faible, apparaîtrait très supérieur à l'intérêt du créancier à l'exécution en nature de la prestation. Une analyse des solutions retenues par les droits anglais et allemand tend à indiquer que le refus de l'exécution en nature ne peut être retenu que pour autant que le coût de celle-ci est excessif pour le débiteur. C'est ce qu'il convient de considérer en analysant le critère de la disproportion de l'exécution.

### B- Le critère de la disproportion de l'exécution

**203. L'excessivité du coût de l'exécution pour le débiteur.** Le critère de la mise en œuvre du refus de l'exécution en nature est celui de la disproportion entre le coût de l'exécution pour le débiteur et son intérêt pour le créancier. Cette formule se retrouve similairement dans les droits étudiés. En droit français, l'article 1221 du Code civil exige ainsi une « *disproportion manifeste entre son coût* [de l'exécution] *pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* ». De même, en droit anglais, le refus de la *specific performance* est fondé sur la notion de *severe hardship* qui renvoie aux cas où « *le coût de l'exécution pour le défendeur est*

---

[864] Propos du Juge Goulding à l'occasion de l'affaire *Patel v Ali* [*Patel v Ali* [1984], 1 All ER 978], cité par V. MAK, *Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Hart publishing, 2009, p. 98 [notre traduction, texte original : "[e]quitable relief may (…) be refused of an unforeseen change of circumstances not amounting to legal frustration, just as it may on the ground of mistake unsufficient to avoid a contract at law"].
[865] *Ibid.*
[866] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 473.

*totalement hors de proportion avec le bénéfice que l'exécution conférerait au demandeur* »[867]. En droit allemand, le déséquilibre contractuel exigé pour la mise en œuvre du § 275 du BGB s'entend similairement comme une disproportion grave entre le coût de l'exécution pour le débiteur et son intérêt pour le créancier. Une différence peut néanmoins être relevée entre la formulation de l'article 1221 du Code civil et les solutions des droits anglais et allemand : tandis que le droit français exige une disproportion manifeste, les autres droits étudiés imposent une disproportion grave.

En droit anglais, la notion de *severe hardship* suppose, lorsque les difficultés rencontrées par le débiteur sont de nature économique, de caractériser l'excessivité du coût de l'exécution[868]. Ainsi que le souligne la doctrine, le refus de la *specific performance* ne constitue pas un moyen offert à un contractant de s'échapper d'une mauvaise affaire (*bad bargain*)[869]. Le refus de l'exécution en nature est alors retenu lorsque l'exécution est excessivement onéreuse pour le débiteur [870].

De même, en droit allemand, la gravité de la disproportion entre le coût de l'exécution pour le débiteur et son intérêt pour le créancier, retenue par le § 275 (2) du BGB, implique le caractère excessivement onéreux de l'exécution du contrat pour le débiteur[871]. Suivant l'analyse de la doctrine, l'exécution doit « *exiger un effort financier qu'il n'est pas raisonnable d'imposer au débiteur* »[872]. Un arrêt du *Bundesgerichtshof* en fournit une illustration[873]. En l'espèce, un immeuble résidentiel avait été construit sur un terrain qui fut en partie cédé à l'acquéreur des appartements, l'autre partie servant à la réalisation d'un parking. Par erreur, le parking construit s'étendait sur près de vingt mètres carrés sur le terrain de l'acquéreur de l'immeuble qui demanda l'exécution en nature de l'engagement de son cocontractant. Cette demande fut refusée au motif du coût considérable qu'une telle exécution imposerait au constructeur. Dans

---

[867] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 21-029 [notre traduction, texte original : "where the cost of performance to the defendant is wholly out of proportion to the benefit which performance will confer on the claimant"].
[868] V. en ce sens Y.-M. LAITHIER, thèse préc., n° 317 : « On ne peut qu'approuver les juges anglais et américains lorsqu'ils indiquent, sans d'ailleurs préciser d'illusoires seuils chiffrés, que le montant des dépenses doit être manifestement plus élevé que ce qui était convenu ou envisageable. Le débiteur n'échappe pas à l'exécution forcée en nature au seul motif qu'il éprouve des difficultés financières ou sociales, ou que l'évolution du marché modifie quelque peu l'équilibre économique de l'opération contractuelle prévu ou existant au jour de sa conclusion. Grâce à cette politique juridique, les tribunaux empêchent les plus criantes injustices, en évitant de porter trop gravement atteinte à la stabilité des conventions, exigence dont nul ne conteste le bien-fondé ».
[869] R. HALSON, *Contract Law*, Pearson Education Limited, 2001, p. 451 et 452.
[870] V. *Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd* [1997] UKHL 17.
[871] V. B. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, *op. cit.*, 413 et s.
[872] *Ibid.*, p. 413.
[873] BGH, 21. 06. 1974 - V ZR 164/72 ; *BGHZ* 62, 388 ; cité par B. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, *op. cit.*, p. 414.

un autre arrêt[874], portant sur la conclusion d'un *trust* (*treuhänderisch*), le défendeur avait acquis le terrain qu'il gérait pour du demandeur et en avait vendu une partie à un tiers. Ce dernier disposait alors d'un intérêt supérieur aux éventuels droits du créancier. Le tiers fut disposé à renoncer à son droit à la condition que le défendeur rachète le terrain pour trente fois sa valeur estimée. Le demandeur se fonda sur les règles du mandat pour exiger que le défendeur rachète le terrain afin de le lui transmettre, ainsi qu'il en avait l'obligation. Les juges ont estimé qu'il ne pouvait pas être exigé du défendeur qu'il rachète le terrain au prix demandé par le tiers, c'est-à-dire que l'exécution en nature de son obligation fut refusée. Le § 275 (2) du BGB, dont l'introduction dans le BGB visait à consacrer les solutions retenues dans ces arrêts[875], a ainsi vocation à s'appliquer dans des cas où le coût de l'exécution en nature apparaît excessif pour le débiteur.

En droit français, suivant une analyse littérale de l'article 1221 du Code civil, l'exécution forcée en nature pourrait être refusée en raison d'une disproportion manifeste entre son intérêt pour le créancier et son coût, même faible, pour le débiteur. C'est dire que l'exécution forcée en nature pourrait être refusée dans des hypothèses où la contrepartie du débiteur n'apparaîtrait pas insuffisante. Outre l'argument tiré des solutions retenues en droits anglais et allemand, une telle interprétation apparaît peu vraisemblable au regard du principe traditionnel de primauté de l'exécution en nature sur les autres remèdes de l'inexécution reconnu en droit français[876]. Le caractère exceptionnel du refus de l'exécution en nature commande que le caractère manifeste de la disproportion, exigé par l'article 1221 du Code civil, soit entendu comme celui de sa gravité. Aussi, quand bien même une disproportion serait évidente, elle ne devrait pas être prise en compte à défaut d'être excessive pour le débiteur.

**204. Les éléments d'appréciation de la gravité de la disproportion.** De même que pour l'exécution excessivement onéreuse exigée pour la mise en œuvre des institutions relatives à l'imprévision, l'appréciation de la disproportion grave peut faire l'objet d'une appréciation objective et/ou subjective. Un auteur pose ainsi le problème en ces termes : « *le coût de l'exécution pour le débiteur doit-il s'apprécier de manière objective, par rapport à la valeur de marché de la prestation fournie, ou de manière subjective, en tenant compte du patrimoine du débiteur (…) ?* »[877]. Il peut être défendu que l'appréciation du coût de l'exécution pour le débiteur devrait être similaire à celle retenue dans le cadre du changement imprévisible des

---

[874] *BGH NJW* 1988, 799 ; cité par B. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, *op. cit.*, p. 414.
[875] V. B. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, *op. cit.,* p. 414.
[876] V. Y.-M. LAITHIER, thèse préc., n° 39 et s.
[877] V. V. FORTI, « Exécution forcée en nature », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2016, n° 78.

circonstances, c'est-à-dire qu'elle devrait faire intervenir des éléments à la fois objectifs et subjectifs. Ainsi, la portée de l'engagement consenti au contrat devrait en premier lieu entrer en ligne de compte, ainsi que d'autres éléments objectifs tels que la valeur sur le marché de la prestation. La considération de la situation particulière du débiteur ne devrait par ailleurs pas être exclue. D'après l'opinion défendue par certains auteurs, la prise en compte de la situation patrimoniale du débiteur devrait notamment être permise dans l'appréciation de la disproportion du coût de l'exécution forcée en nature[878].

L'importance de la considération d'éléments subjectifs tenant à la situation personnelle du débiteur peut être illustrée par l'affaire anglaise *Patel v Ali*[879]. En l'espèce, la demande d'exécution forcée concernait le contrat de vente d'une maison, dont l'exécution avait été suspendue pendant quatre ans. Il a alors été jugé que contraindre la venderesse à s'exécuter, impliquant pour elle de quitter la maison, aurait constitué une *severe hardship,* dans la mesure où les circonstances avaient changé de façon désastreuse pour la venderesse qui avait dû supporter la banqueroute de son mari, la prison de ce dernier en même temps que la grossesse de son troisième enfant, et une maladie l'ayant rendue handicapée[880]. Des éléments tenant à la situation personnelle du débiteur ont ainsi été pris en compte pour apprécier le caractère disproportionné de l'exécution forcée dans ces circonstances. A ce titre, un auteur relève que de simples difficultés financières ne suffisent pas et que la *severe hardship* a notamment pu être caractérisée dans des cas où la *specific performance* aurait imposé à une entreprise de travailler à perte[881].

Quand bien même son coût excessif serait établi, l'exécution en nature peut toujours être imposée au débiteur si l'intérêt du créancier le justifie. En ce sens, l'excessivité du coût de l'exécution pour le débiteur est un critère nécessaire mais insuffisant du refus de l'exécution en nature. Encore faut-il que l'intérêt du créancier ne se retrouve pas affecté par le refus de la mise en œuvre de ce remède de l'inexécution.

**205. L'insuffisance de l'intérêt du créancier à l'exécution.** L'insuffisance de la contrepartie du débiteur en cours d'exécution du contrat, quand bien même serait-elle particulièrement criante, ne permet pas de fonder de le refus de l'exécution en nature lorsque cette dernière s'avère nécessaire à la préservation de l'intérêt du créancier au contrat. En considérant l'exemple de la construction d'une piscine non conforme aux stipulations

---

878 V. N. DISSAUX, C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2016, p. 130 ; C. JAMIN, « Paiement du loyer des baux commerciaux : libre lecture de l'article 1221 du code civil », *D.* 2020, p. 888.
879 *Patel v Ali* [1984], 1 All ER 978.
880 V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 21-029.
881 V. V. MAK, *Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Hart publishing, 2009, p. 98.

contractuelles, si les quelques centimètres en moins ou la marche manquante rendent la piscine dangereuse à l'utilisation, alors le créancier sera fondé à obtenir l'exécution forcée en nature de la prestation du débiteur, quand bien même son coût serait excessivement onéreux pour ce dernier. Sous cet angle, le régime du refus de l'exécution en nature au motif de sa disproportion apparaît plus strict que celui des institutions relatives au changement imprévisible des circonstances. Encore faut-il déterminer la façon dont l'intérêt du créancier à l'exécution doit être appréhendé. D'après la doctrine allemande, il n'y a pas de disproportion si l'intérêt du créancier suit l'évolution du coût pour le débiteur[882]. Une augmentation des coûts d'exécution du débiteur, d'une importance telle qu'elle justifierait la mise en œuvre du § 313 du BGB, ne pourrait permettre la mise en œuvre du § 275 (2) si l'intérêt du créancier augmente également[883]. C'est dire que l'intérêt du créancier pris en compte dans l'appréciation de la proportionnalité de l'exécution en nature est susceptible d'aller au-delà des prévisions contractuelles. Il résulte de cette conception que, quand bien même le coût de l'exécution serait totalement excessif pour le débiteur, l'exécution en nature pourrait toujours être obtenue dès lors que le créancier y trouve un intérêt non-négligeable. Cette présentation apparaît discutable. En effet, il n'apparaît pas cohérent que l'intérêt du créancier pris en compte pour établir la disproportion du coût de l'exécution pour le débiteur dépasse celui exprimé au contrat. De la même manière que l'excessivité du coût de l'exécution doit être considéré par rapport à la portée de l'engagement contractuel intialement pris par le débiteur, l'intérêt de l'exécution pour le créancier devrait être apprécié par rapport à l'utilité assignée à la prestation par le contrat. Par conséquent, le caractère excessif du coût de l'exécution pour le débiteur devrait permettre de justifier le refus de l'exécution en nature quand bien même celle-ci aurait pour le créancier un intérêt réel mais dépassant celui prévu au contrat. Une façon de limiter le champ d'application du refus de l'exécution en nature consiste donc à expliciter dans le contrat l'utilité que le créancier attend de l'exécution par le débiteur de sa prestation. La possibilité pour les parties d'exclure expressément tout refus éventuel de l'exécution en nature au motif de sa disproportion apparaît quant à elle pour le moins incertaine. C'est ce qui sera développé dans le cadre de l'analyse du régime du refus de l'exécution en nature disproportionnée.

[882] W. ERNST, in Münchener Kommentar zum BGB, op. cit., § 275, n° 21.
[883] *Ibid.*

## §2- Le régime du refus de l'exécution en nature disproportionnée

**206. La particularité du régime de l'exécution en nature.** L'insuffisance de la contrepartie, caractérisée au regard du caractère disproportionné de l'exécution en nature, ne conduit pas, contrairement aux institutions relatives à l'imprévision, à l'adaptation du contrat ou à la libération des parties[884]. A ce titre, il peut être relevé que l'article 1221 du Code civil ne pose aucun critère tenant à l'analyse de la répartition contractuelle des risques. En ce sens, l'exécution en nature peut être refusée quand bien même son caractère disproportionné résulterait de la mauvaise exécution par le débiteur de sa prestation ou d'un changement de circonstances qui était prévisible au moment de la conclusion du contrat. Le refus de l'exécution en nature disproportionnée est néanmoins conditionné à la bonne foi du débiteur. Cette condition est de nature à permettre une analyse de la répartition contractuelle des risques se rapprochant, dans une certaine mesure, de celle retenue dans le cadre des institutions relatives à l'imprévision[885]. Par ailleurs, si le refus de l'exécution en nature est, en principe, moins favorable au débiteur que ces dernières – dont l'application se résout par l'adaptation du contrat ou à sa résolution – ses conséquences peuvent en réalité être assez proches dans la mesure où elle s'accompagne d'une limitation du montant des dommages et intérêts auxquels le créancier peut prétendre. C'est ce qu'il convient d'établir en analysant la mise en œuvre du refus de l'exécution en nature (B), après avoir considéré le critère de la bonne foi du débiteur (A).

### A- Le critère de la bonne foi du débiteur

**207. Les difficultés soulevées par le critère de la bonne foi.** Une différence fondamentale entre les institutions relatives à l'imprévision et celles portant sur l'exécution en nature disproportionnée mérite d'être mise en avant : le refus de l'exécution en nature est susceptible d'être retenu dans des cas où la disproportion trouve sa cause dans un fait fautif du débiteur qui tente de s'en prévaloir, c'est-à-dire en cas d'inexécution imparfaite de sa prestation. C'est le cas, par exemple, du constructeur de piscine qui n'a réalisé que trois marches pour y accéder au lieu des quatre prévues au contrat ou du constructeur de maison qui n'a pas scrupuleusement respecté les prévisions contractuelles quant à la hauteur du plafond. Au demeurant, d'aucuns pourraient trouver assez injuste le fait de refuser à un créancier la possibilité d'obtenir l'exécution en nature de la prestation qui lui a été promise alors que la

[884] V. *supra*, n° 186 et s.
[885] V. *supra*, n° 168 et s.

faute du débiteur – l'exécution imparfaite de son engagement – est directement à l'origine du coût que ce dernier n'entend pas supporter.

L'existence d'une disproportion entre le coût de l'exécution pour le débiteur et son intérêt pour le créancier n'est alors pas le seul critère permettant de fonder le refus de l'exécution en nature : il faut encore que le débiteur qui s'en prévaut soit de bonne foi. En droit français, l'article 1221 du Code civil conditionne l'admission du refus de l'exécution en nature disproportionnée à la bonne foi du débiteur. De même, en droit allemand, le § 275 (2) du BGB fait expressément référence au principe de bonne foi pour considérer que l'obligation à la prestation doit être exclue. L'exigence de bonne foi semble être la garantie que le droit du créancier à l'exécution en nature ne sera pas méconnu en faveur d'un débiteur peu scrupuleux

**208. L'application du critère de la bonne foi dans le cadre de l'exécution en nature disproportionnée.** La question se pose de savoir dans quelles circonstances un débiteur qui invoque l'exception de disproportion de l'exécution en nature peut être de mauvaise foi. En présence d'un changement imprévisible des circonstances, il pourrait être considéré que le débiteur qui ne prend pas les mesures raisonnables pour limiter ou empêcher les conséquences de cet événement sur le coût de l'exécution de sa prestation est de mauvaise foi. En ce sens, le critère de la bonne foi rejoindrait celui de non-imputabilité au débiteur des conséquences du changement imprévisible des circonstances, retenu en matière d'imprévision [886]. Si la disproportion du coût de l'exécution résulte d'un changement des circonstances qui était prévisible au moment de la conclusion du contrat, la mauvaise foi du débiteur pourrait d'autant plus être retenue en l'absence d'actes de sa part visant à neutraliser les conséquences sur le coût de sa prestation.

Plus délicate est la question de la bonne foi du débiteur dans le cas où le caractère disproportionné de l'exécution en nature ferait suite à une mauvaise exécution de sa part de sa prestation, c'est-à-dire en présence d'un manquement contractuel. Il s'agirait, *a priori*, de considérer que le débiteur est de bonne foi s'il n'a pas intentionnellement mal exécuté son engagement. Or, la bonne foi étant toujours présumée, la preuve d'une éventuelle mauvaise foi du débiteur apparaît difficile à apporter. Cette hypothèse est pourtant loin d'être marginale. Un contractant peut ainsi avoir un intérêt économique à ne pas respecter son engagement. En considérant le cas des contrats de construction, un constructeur pourrait être tenté de ne pas respecter les prévisions du contrat – en réalisant, par exemple, certains éléments du projet dans une qualité moindre que celle prévue – afin de faire des économies puisque l'exécution forcée

[886] V. *supra*, n° 172 et s.

sera vraisemblablement considérée comme disproportionnée et, dès lors, refusée. Il s'agit là d'une problématique expressément formulée par un auteur anglais qui relève qu'« *un contractant sans scrupules peut apparemment jouer avec les prévisions d'un contrat de construction, pourvu que le produit final corresponde aux buts pour lesquels l'autre partie souhaite en faire usage* »[887]. Cela ne manque pas de faire écho à la théorie de l'*efficient breach of contract*. Cette théorie anglaise conduit à analyser les règles de droit sous l'angle économique, plus précisément il s'agit de déterminer la meilleure répartition des richesses[888]. A ce titre, d'après cette théorie, l'exécution ne doit pas être imposée lorsqu'elle représente pour le débiteur un coût supérieur à celui des dommages et intérêts auxquels il peut être tenu en raison de son inexécution[889]. En effet, dans ce cas, en retenant simplement les dommages et intérêts le droit offre au débiteur la possibilité d'utiliser les ressources qui lui restent après s'être acquitté des dommages et intérêts, ce qui est économiquement plus efficace[890]. Car, si le caractère disproportionné de l'exécution en nature est retenu, certes le débiteur n'est pas libéré de son engagement et demeure tenu de payer des dommages et intérêts mais ces derniers ne peuvent pas correspondre au coût de l'exécution en nature, au risque d'imposer la disproportion qu'il s'agissait d'éviter. C'est ce qu'il convient de développer en considérant la mise en œuvre du refus de l'exécution en nature.

### B- La mise en œuvre du refus du remède de l'exécution en nature

**209. La portée du refus de l'exécution en nature disproportionnée.** L'insuffisance de la contrepartie prise en compte dans le cadre du refus de l'exécution en nature disproportionnée n'entraîne ni la libération du débiteur, ni l'adaptation du contrat, comme c'est le cas dans le cadre des institutions relatives à l'imprévision. A suivre l'analyse de certains auteurs, « *le débiteur qui invoque l'article 1221 entend seulement échapper à l'exécution forcée, ce qui ne le met nullement à l'abri d'une autre sanction de l'inexécution et notamment des dommages et intérêts, cependant qu'en invoquant l'article 1195, il entend être libéré totalement ou partiellement de ses obligations sans rien devoir au créancier* »[891]. Sous cet angle, une

---

[887] R. STONE, *The Modern Law of Contract*, 10th ed., Routledge, 2013, n° 15.4.3. L'auteur relève qu'une solution à cette difficulté a été envisagée par *la Court of appeal*, approche qui a toutefois été rejetée par la Chambre des Lords. Il s'agissait de se placer sur le terrain des restitutions et de considérer que le constructeur devait restituer au client l'argent qu'il avait économisé en n'effectuant pas la construction conformément aux prévisions contractuelles.
[888] H. KÖTZ, *European Contract Law*, 2nd ed., translated from the German by Gill MERTENS and Tony WEIR, Oxford, 2017, p. 212.
[889] *Ibid*.
[890] *Ibid*.
[891] V. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 473.

appréciation plus souple de la disproportion du coût de l'exécution pour le débiteur par rapport à son intérêt pour le créancier – par rapport à celle retenue s'agissant de l'exécution excessivement onéreuse exigée par l'article 1195 – serait compréhensible[892]. Néanmoins, il n'est pas certain que les conséquences de l'article 1221 soient véritablement plus sévères à l'égard du débiteur que celles de l'article 1195. Le refus de l'exécution en nature au motif de sa disproportion s'accompagne, en effet, d'une limitation des dommages et intérêts auxquels le débiteur est tenu (1). Se perçoit clairement le risque que le refus de l'exécution en nature disproportionnée ne soit une voie pour la commission d'une faute lucrative, contre laquelle le critère de bonne foi du débiteur peut s'avérer être un bien faible rempart. Reste alors à envisager la possibilité pour les parties de se prémunir contre ce risque de faute lucrative en excluant contractuellement le refus de l'exécution en nature disproportionnée (2), c'est-à-dire de prévoir, au moment de la conclusion du contrat, que l'exécution en nature sera due quand bien même son coût pourrait apparaître disproportionné.

### *1. La limitation du montant des dommages et intérêts*

**210.La nécessaire proportionnalité des dommages et intérêts en droit français.** Le refus de l'exécution forcée en nature disproportionnée ne conduit pas, en principe, à la libération du débiteur[893] : ce dernier demeure tenu d'éventuels dommages et intérêts. Toutefois, le montant de ces derniers ne peut correspondre au coût de l'exécution en nature par le débiteur de sa prestation, à défaut de quoi le débiteur ne serait finalement pas épargné des conséquences économiques que le refus de l'exécution en nature vise à empêcher[894]. Bien que le refus de l'exécution en nature en raison de son caractère disproportionné ne conduise pas à la libération du débiteur, les dommages et intérêts doivent corrélativement être limités dans la mesure où ils ne peuvent pas correspondre au coût de l'exécution en nature du contrat.

Le refus de l'exécution en nature en raison de son caractère disproportionné doit en outre avoir des incidences sur la mise en œuvre de la faculté de remplacement offerte au créancier par l'article 1222 du Code civil. En effet, d'après ce texte, le créancier peut, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter par un tiers la prestation, et demander ensuite le remboursement au débiteur des sommes engagées à cette fin. Ne peuvent alors être considérés

---

[892] *Ibid*.
[893] La libération du débiteur est néanmoins admise en droit allemand dès lors que ce dernier n'a pas à répondre de l'exécution disproportionnée, en cas de changement imprévisible des circonstances notamment. V. W. ERNST, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 275, n° 102.
[894] En ce sens v. A. DOWNE, « Vers un droit raisonnable : l'influence du nouvel article 1221 du Code civil sur les sanctions de l'inexécution », *LPA* 2019, n° 148k0, p. 6 et s., spéc. n° 8.

comme raisonnables les coûts de l'exécution de la prestation par un tiers dans des cas visés par l'article 1221 du Code civil.

Il peut être relevé que la nécessaire limitation des conséquences pécuniaires du refus de l'exécution forcée en nature disproportionnée est un argument à la possibilité d'un tel refus s'agissant des obligations de somme d'argent. En effet, ainsi que le relève M. JAMIN, « *s'agissant d'une obligation de payer une somme d'argent, l'exécution forcée, c'est-à-dire l'exercice du droit de gage général, n'engendre pas de frais tels qu'ils puissent être mis en balance avec l'intérêt du créancier. Il s'agit toujours de remplacer une somme d'argent par une autre somme d'argent. L'article 1221 n'aurait donc pas vocation à jouer en dépit de la généralité du texte* »[895]. Soutenant une solution contraire, l'auteur avance des arguments d'opportunité, s'agissant d'éviter la ruine de certains débiteurs dans des cas où le montant de l'obligation de somme d'argent, initialement convenu, apparaîtrait excessif au regard d'un changement des circonstances[896]. Le refus de l'exécution forcée en nature en raison de sa disproportion, imposant logiquement la proportionnalité des dommages et intérêts dus par le débiteur au créancier, doit pouvoir concerner les obligations de somme d'argent dont le coût peut, comme pour les obligations de toute autre nature, apparaître excessif en cours d'exécution du contrat. En effet, l'appréciation du coût d'un engagement dépend de la contrepartie obtenue en retour. Aussi, le montant faisant l'objet d'une obligation de somme d'argent peut tout à fait être jugé suffisant au moment de la conclusion du contrat mais s'avérer disproportionné au stade de son exécution au regard d'un changement de circonstances conduisant à une forte dépréciation de la valeur contrepartie obtenue en retour. Il importe peu, à ce titre, que le montant de l'obligation ait été précisément établi au moment du contrat ou qu'il fasse l'objet d'une détermination ultérieure, par un indice par exemple.

**211. La reconnaissance de la proportionnalité du montant des dommages et intérêts en droits allemand et anglais.** En droit allemand, d'après le § 280 (1) du BGB, le droit d'obtenir des dommages et intérêts du créancier suppose que le débiteur soit tenu de répondre de l'inexécution. Le débiteur doit répondre des conséquences de sa faute intentionnelle comme de sa négligence[897]. D'après le § 283 du BGB, cette règle s'applique aux cas d'impossibilité d'exécution en nature de la prestation, relevant du § 275. Le débiteur doit donc indemniser le créancier dans la mesure où il doit répondre de l'impossibilité d'exécution en nature de sa

[895] C. JAMIN, « Paiement du loyer des baux commerciaux : libre lecture de l'article 1221 du code civil », art. préc.
[896] *Ibid*. L'auteur considère la question du refus de l'exécution forcée en nature des obligations de somme d'argent s'agissant du paiement des loyer des baux commerciaux dans les circonstances de la crise sanitaire de la covid-19.
[897] V. B. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, *op. cit.,* p. 444 et s.

prestation[898]. S'agissant de l'évaluation du montant des dommages et intérêts qui doivent être attribués en cas d'inexécution par le débiteur de sa prestation, la règle générale est celle de l'obtention par le créancier de son intérêt positif (*Erfüllungsinteresse*) à l'exécution du contrat[899]. Néanmoins, d'après le § 281 (1) du BGB, l'exécution par équivalent, au moyen de dommages et intérêts, à la place de l'exécution en nature de la prestation dans son intégralité, n'est pas possible si la violation n'a que peu d'importance. Par conséquent, si l'inexécution s'inscrit dans le cadre d'une l'impossibilité économique de l'exécution en nature relevant du § 275 (2) du BGB – c'est-à-dire que le coût de l'exécution en nature pour le débiteur est gravement disproportionné par rapport à son intérêt pour le créancier – alors les dommages et intérêts ne peuvent pas correspondre au coût de l'exécution en nature, à défaut de quoi la disproportion s'en retrouverait réalisée[900].

En droit anglais, le créancier victime de l'inexécution du contrat (*breach of contract*) peut prétendre à des *expectation damages,* c'est-à-dire les dommages et intérêts visant à le placer dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été correctement exécuté[901]. Le montant de ces *expectation damages* est susceptible d'être évalué en prenant en compte soit la différence de valeur entre ce que le créancier a reçu de la part du débiteur et ce qu'il aurait dû recevoir, soit le coût correspondant à l'exécution en nature par le débiteur de sa prestation[902]. Ainsi que le relève la doctrine, le plus souvent ces deux procédés d'évaluation des dommages et intérêts aboutissent à un montant équivalent[903]. Néanmoins, dans certaines hypothèses, le montant des *expectation damages* ne peut correspondre au coût de l'exécution en nature par le débiteur de sa prestation, dès lors que ce coût apparaît disproportionné par rapport à l'intérêt du créancier[904]. C'est la solution qui a été retenue dans l'arrêt *Ryxley Electronics and Construction Ldt v Forsyth*[905], dont les faits ne manquent pas de faire écho aux arrêts qui, en droits français et allemand, illustrent l'opportunité du refus de l'exécution en nature notamment en matière de contrat de construction. En l'espèce, les juges furent saisis de la mauvaise exécution par un constructeur de sa prestation portant sur la réalisation d'une piscine. La piscine édifiée présentait en effet une profondeur inférieure aux prévisions contractuelles, de près de cinquante

---

[898] V. W. ERNST, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 275, n° 1-5.
[899] V B. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, *op. cit.,* p. 442 et s.
[900] *Ibid*., p. 454.
[901] C'est le principe de l'arrêt *Robinson v Harman* [1848], 154 ER 363.
[902] V. E. MCKENDRICK, *Contract Law*, Macmillan International Higher Education, 13th ed., 2019, n° 21.3.
[903] *Ibid*.
[904] V. E. MCKENDRICK, *Contract Law*, Macmillan International Higher Education, 13th ed., 2019, n° 21.3 ; E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 20-042 ; Y.-M. LAITHIER, thèse préc., n° 398 et s.
[905] *Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth* [1995] UKHL 8.

centimètres. La question était alors celle de déterminer le montant des dommages et intérêts accordés du fait de cette inexécution du contrat. Les juges de première instance estimèrent que la différence de valeur entre la piscine qui aurait dû être construite et celle qui a été réalisé était nulle, tandis que le coût de la reconstruction conformément aux stipulations contractuelles était de 21 560 livres. La Chambre des Lords considéra que les juges n'étaient pas tenus de choisir entre l'une ou l'autre de ces méthodes d'évaluation des dommages et intérêts. En l'espèce aucun des montants avancés n'apparut satisfaisant [906]. La Chambre des Lords mis en avant l'importance du critère de *reasonableness* (critère du raisonnable) et du « *common sense* » (sens commun) dans l'appréciation du montant des dommages et intérêts devant être accordés au créancier[907]. Au regard des faits de l'espèce, il a été jugé qu'il n'était pas raisonnable pour le crancier d'obtenir le coût de l'exécutionen nature parce que ce dernier était hors de proportion avec le bénéfice qu'il en retirerait. Ainsi que le relève la doctrine, l'appréciation du caractère déraisonnble des dommages et intérêts correspondant au montant de l'exécution en nature résulte de la « *combinaison de deux facteurs : le premier est le coût des réparations (21 560 livres) et le second est le fait qu'il résulterait du travail réalisé un bénéfice très faible pour le créancier* »[908]. Par conséquent, la logique du refus de l'exécution en nature disproportionnée – reposant sur la mise en perspective du coût de l'exécution pour le débiteur par rapport à son intérêt du créancier à l'exécution – se retrouve en droit anglais s'agissant d'évaluer le montant des dommages et intérêts auquel un créancier peut prétendre du fait de l'inexécution du contrat. A ce titre, d'après les propos du juge Jauncey dans l'arrêt *Ruxley Electronics and Construction Ldt v Forsyth*, « *si un immeuble est construit de façon si défectueuse qu'il devient sans utilité au regard du but qui lui a été assigné, le propriétaire devrait avoir peu de difficulté à démontrer que son préjudice correspond au coût nécessaire de la reconstruction* »[909]. Comme pour le refus de l'exécution nature, l'explicitation dans le contrat de l'utilité attendue par le créancier de l'exécution de la prestation du débiteur est dès lors de nature à limiter l'éventualité d'un refus des dommages et intérêts correspondant au coût de l'exécution en nature de la prestation. La question se pose toutefois de savoir si les parties peuvent contractuellement prévoir que le

[906] Les juges ont alors retenu le préjudice de déception du fait de la non-obtention de la piscine conformément aux stipulations contractuelles – qualifié de préjudice d'agrément (« loss of amenity damages ») – et dont le montant de la réparation fut fixé à 2 500 livres. V. E. MCKENDRICK, *Contract Law*, Macmillan International Higher Education, 13th ed., 2019, n° 21.3.
[907] *Ibid.*
[908] *Ibid*., [notre traduction, texte original : "it is a combinaison of two factors : the first is the cost of the repairs (£21,560) and the second is the fact that the word would have resulted in little by way of benefit to the defendant"].
[909] *Ibid*., [notre traduction, texte original : "if a building is constructed so defectively that it is of no use for its designed purpose the owner may have little difficulty in establishing that his loss is the necessary cost of reconstructing"].

débiteur devra en toute hypothèse exécuter en nature sa prestation ou, à défaut, qu'il sera tenu de dommages et intérêts correspondant au coût de cette dernière.

### *2. La question de l'exclusion contractuelle du refus de l'exécution en nature*

**212. L'invalidité vraisemblable de la clause excluant le refus de l'exécution en nature disproportionnée.** Dans la mesure où le refus de l'exécution en nature disproportionnée fonde l'exigence de proportionnalité du montant des dommages et intérêts auxquels le débiteur est tenu, les parties peuvent souhaiter se prémunir du risque de faute lucrative en prévoyant que l'exécution en nature pourra, en toute hypothèse, être obtenue[910]. La question de la validité d'une telle clause est discutée par la doctrine. D'après l'analyse d'un auteur, « *la validité de la clause pourrait être défendue en tant qu'elle constitue un moyen de répartir et d'accepter les risques, ou un moyen de faire échec aux fautes lucratives, ou encore, plus généralement, un indicateur de la valeur ou de l'importance subjective que le créancier accorde à l'exécution en nature escomptée et qui est (ou a pu être) la raison de son engagement* »[911]. Néanmoins, d'après un autre auteur, « *pour franchir le test de validité, outre la nature du contrat dans lequel elle est stipulée (gré à gré ou adhésion), une telle clause devrait surmonter deux obstacles. D'une part, et celui-ci nous paraît infranchissable, celui de la réserve d'abus dont l'exception nous semble être une expression ; on voit mal, en effet, qu'un créancier puisse conventionnellement se ménager l'exercice abusif d'un droit dont il est titulaire. D'autre part, une telle clause irait à contre-courant de l'attraction pour le contrôle de proportionnalité auquel le juge succombe plus souvent qu'à son tour en droit positif* »[912]. La validité de la clause excluant le refus de l'exécution en nature disproportionnée apparaît donc très incertaine en droit français.

En droit anglais, l'exécution en nature (*specific performance*) constitue un remède d'équité qui est, en tant que tel, accordé pour des considérations d'opportunité suivant le pouvoir discrétionnaire d'appréciation du juge. Les parties peuvent intégrer dans leur contrat une clause expresse d'exécution en nature (*specific performance clause*) afin de faire valoir leur intérêt à l'exécution du contrat par rapport à une éventuelle compensation pécuniaire[913]. Néanmoins, ainsi que le relève la doctrine, « *une juridiction pourra refuser tout remède prévu*

---

[910] En ce sens, v. V. FORTI, « Exécution forcée en nature », in *Répertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 34 : « l'un des intérêts pratiques de la clause d'exécution forcée en nature serait de dissuader le débiteur calculateur de commettre une faute lucrative, laquelle consiste à ne pas exécuter le contrat pour obtenir un profit qu'une condamnation au paiement de dommages et intérêts ne suffit pas à effacer ».

[911] Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *RDC* 2016, hors série, n° 112y, p. 39 et s., spéc. p . 43.

[912] D. MAZEAUD, « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.* 2016. 2477, n° 13.

[913] E. YORIO, *Contract Enforcement, Specific Performance and Injunctions*, 2nd ed., updated by S. THEL, Wolters Kluwer, 2020, § 19.2.3.

*par les parties (y compris un montant pécuniaire) si elle juge ce remède considérablement injuste* »[914]. L'application d'une clause prévoyant l'exécution en nature, y compris lorsqu'elle est disproportionnée, apparaît donc inenvisageable en droit anglais.

En droit allemand, l'exigence de conformité du contrat aux bonnes mœurs, posée au § 138 du BGB, permet de sanctionner les clauses revêtant un caractère abusif[915]. Aussi, le § 138 du BGB est de nature à fonder l'invalidité de la clause qui prévoirait que le créancier pourra en toute hypothèse obtenir l'exécution en nature, même dans le cas où cette exécution apparaîtrait disproportionnée.

**213. Conclusion du chapitre.** Des institutions permettent de fonder la prise en compte de l'insuffisance de l'intérêt porté par la contrepartie en cours d'exécution du contrat. Elles concernent les changements imprévisibles des circonstances rendant l'exécution excessivement onéreuse pour l'une des parties et la situation où le coût de l'exécution en nature pour le débiteur est disproportionné par rapport à l'intérêt du créancier.

S'agissant des institutions relatives aux changements imprévisibles des circonstances, l'exécution du contrat doit être excessivement onéreuse pour que le contrat puisse être remis en cause. En effet, le principe est que chaque partie est tenue de supporter le risque d'une mauvaise affaire, même en cas de survenance d'un événement imprévisible, et, par conséquent, le risque que l'exécution de sa prestation soit plus onéreuse que prévu. Il en est autrement lorsque le changement de circonstances rend l'exécution excessivement plus onéreuse que prévue, ce qui est de nature à affecter le motif minimal de l'engagement, à savoir l'intérêt minimal que doit représenter la contrepartie. Le droit français, sur le fondement de l'article 1195 du Code civil, et le droit allemand, sur le fondement du § 313 du BGB, retiennent ainsi la possibilité que le contrat soit adapté ou qu'il y soit mis fin en cas d'exécution rendue excessivement onéreuse par un changement imprévisible des circonstances. En droit anglais, la théorie de la *frustration* ne permet pas, en principe, de prendre en compte les cas de déséquilibre économique du contrat. Toutefois, elle est amenée à s'appliquer lorsqu'un événement imprévisible rend l'exécution du contrat radicalement différente de ce que les parties avaient projeté, ce qui est le cas lorsque l'exécution est excessivement plus onéreuse que prévue.

L'insuffisance de l'intérêt au contrat est, par ailleurs, susceptible d'être prise en compte au titre du refus de l'exécution forcée en nature disproportionnée. Les droits français, anglais

---

[914] *Ibid.* : « a court may deny any remedy stipulated by the parties (including monetary amount) if the court regards the remedy as substantively unfair ».

[915] Ainsi, par exemple, les clauses de non-concurrence excessives sont sanctionnées sur le fondement d'une atteinte aux bonnes mœurs du § 138 du BGB [v. BGH 13.03.1979, KZR 23/77, *NJW* 1979, 1605, 1606 ; BGH 19.11.1973, II ZR 52/72, *WM* 1974, 74, 76 ; BGH 28. 04. 1986, II ZR 254/85, *NJW* 1986, 2944].

et allemand admettent que l'exécution en nature du contrat ne peut pas être imposée lorsque son coût pour le débiteur est disproportionné par rapport à son intérêt pour le créancier. L'article 1221 du Code civil et le § 275 (2) du BGB prévoient en effet que le remède de l'exécution en nature ne peut être obtenu lorsque le coût de l'exécution pour le débiteur de bonne foi est disproportionné par rapport à son intérêt pour le créancier. La formulation de ces dispositions autorise leur application dans des cas de disproportion causée par un changement imprévisible des circonstances, ce qui est d'ailleurs reconnu et admis en droit allemand. En droit anglais, la *specific performance*, remède d'équité correspondant à l'exécution en nature, est similairement refusée en cas de *severe hardship*, ce qui est le cas lorsque son coût pour le débiteur est disproportionné par rapport à l'intérêt pour le créancier. La *severe hardship* est alors notamment retenue dans des hypothèses de *supervening events* (événements imprévisibles) pour lesquelles la théorie de la *frustration* ne trouve pas à s'appliquer. En dehors de tout changement de circonstances, l'exécution en nature est également susceptible d'être refusée lorsque la correction d'une exécution imparfaite par le débiteur de sa prestation lui impose des coûts excessifs, sans que l'intérêt du créancier ne le justifie. Le refus de l'exécution en nature disproportionnée, notamment dans le cadre d'une mauvaise exécution par le débiteur de sa prestation, présente le risque de conduire à des fautes lucratives. En effet, les dommages et intérêts auxquels le débiteur est tenu en cas de refus de l'exécution en nature sont limités dans la mesure où leur montant ne peut pas correspondre au coût de l'exécution en nature. La condition de bonne foi du débiteur, unitairement posée par les droits étudiés au refus de l'exécution en nature, permet de réduire, dans une certaine mesure, ce risque de fautes lucratives.

**214. Conclusion du titre.** La contrepartie constitue un motif nécessaire du contrat à titre onéreux dans la mesure où elle est la traduction technique du caractère intéressé. A ce titre, les droits français, anglais et allemand convergent dans l'exigence que la contrepartie ne soit pas purement formelle mais soit véritablement porteuse d'un intérêt minimal.

Un contrôle de la suffisance de la contrepartie est, en premier lieu, assuré au moment de la conclusion du contrat. En droit français, cela relève traditionnellement du contrôle de la réalité de la contrepartie, laquelle ne doit être ni illusoire, ni dérisoire. Les données de ce contrôle se retrouvent en droits anglais et allemand. La contrepartie doit ainsi ne pas être illusoire au regard d'éléments contractuels ou de fait qui conduisent à la vider de toute substance. Elle ne doit, par ailleurs, pas être d'un montant si faible par rapport à la portée de l'engagement pris par son bénéficiaire qu'elle doive être regardée comme dérisoire. Le contrôle de la suffisance de la contrepartie suppose de considérer l'équilibre contractuel dont il s'agit de

sanctionner la grave disproportion. Le déséquilibre contractuel objectif est alors pris en compte au regard de son caractère extrême. Par ailleurs, les droits étudiés sanctionnent le déséquilibre contractuel dans des hypothèses de lésion qualifiée, c'est-à-dire lorsqu'il est la résultante de l'exploitation par une partie de la position de faiblesse de l'autre. C'est dire que, dans ces situations, l'intérêt au contrat de la partie désavantagée ne peut être regardé comme un motif minimal satisfaisant. L'insuffisance de l'intérêt portée par la contrepartie est susceptible de conduire à la remise en cause du contrat au cours de son exécution.

Un contrôle de la suffisance de la contrepartie est, en second lieu, mis en œuvre au stade de l'exécution du contrat. Il s'agit, à l'instar de la sanction de la contrepartie dérisoire, de considérer la disproportion grave entre la portée de l'engagement pris par un contractant et la contrepartie reçue en retour. Une telle disproportion excessive est susceptible d'être prise en compte, en cours d'exécution, en cas de changement imprévisible des circonstances. En effet, il résulte des institutions relatives à l'imprévision – à savoir le nouvel article 1195 du Code civil en droit français et la théorie des troubles du fondement du contrat en droit allemand – que l'exécution rendue excessivement onéreuse par un changement imprévisible des circonstances permet de fonder la remise en cause du contrat. Le critère de l'excessivité du coût de l'exécution suppose alors de mettre ce dernier en perspective avec la contrepartie reçue, laquelle doit apparaître insuffisance. Bien que la théorie de la *frustration* ne s'applique traditionnellement pas à l'hypothèse de l'exécution rendue excessivement onéreuse par un changement imprévisible de circonstances, l'insuffisance de la contrepartie en cours d'exécution du contrat peut être prise en compte en droit anglais au titre de l'exigence de proportionnalité dans la mise en œuvre des remèdes de l'inexécution du contrat. Les droits étudiés admettent unitairement que l'exécution en nature des engagements doit être refusée lorsqu'elle implique un coût disproportionné pour le débiteur par rapport à l'intérêt qu'elle représente pour le créancier. La disproportion du coût de l'exécution implique, une nouvelle fois, de considérer la contrepartie obtenue en retour par le débiteur et, partant, l'insuffisance de l'intérêt de ce dernier au contrat.

**215. Conclusion de la partie.** Le motif consistant en la poursuite d'un intérêt par la conclusion d'un contrat à titre onéreux doit être intégré au contrat à travers la prévision d'une contrepartie. La convergence des droits français, anglais et allemand sur le principe de nécessité d'une contrepartie pour la validité du contrat à titre onéreux peut être établie au regard de diverses institutions. Il en est ainsi, en droit français, au regard de l'ancienne exigence d'une cause objective pour la validité du contrat, laquelle correspondait à la contrepartie du contrat à titre onéreux. Or la contrepartie se trouve désormais expressément mentionnée dans la définition du contrat à titre onéreux et la nullité du contrat à titre onéreux dont la contrepartie

est dérisoire ou illusoire est, par ailleurs, expressément prévue. En droit anglais, les développements de la notion de *consideration* – exigée pour la reconnaissance d'un engagement juridiquement contraignant – et leurs prolongements sur le terrain de l'*estoppel*, permettent de fonder la nécessité d'une contrepartie, entendue comme la prévision d'un avantage retiré du contrat, pour la validité du contrat intéressé. En droit allemand, c'est le concept de *Dissens* – liant la reconnaissance du contrat à l'existence d'un accord suffisant – qui permet de fonder la nécessité de l'intégration du motif contrepartie pour la validité du contrat à titre onéreux.

Les droits français, anglais et allemand se rejoignent par ailleurs s'agissant du régime de l'intégration du motif-contrepartie. Il n'est ainsi pas exigé que la contrepartie soit effectivement fournie au moment de la formation du contrat : la représentation d'un avantage suffit. Cette représentation doit toutefois être suffisamment précise. Il se peut, en effet, que la contrepartie soit définie dans sa nature et non dans son *quantum*, notamment lorsqu'elle consiste en un prix. *A priori*, suivant les règles relatives au contenu du contrat, la contrepartie doit être déterminée ou au moins déterminable. Les procédés rendant la contrepartie déterminable peuvent être soit expressément prévus par le contrat, soit implicitement résulter de l'interprétation du contrat ou de la mise en œuvre de dispositions supplétives de volonté. La sanction du défaut d'intégration d'une contrepartie consiste dans l'invalidité du contrat qui est alors anéanti *ab initio.*

La convergence des droits français, anglais et allemand ne se limite pas à l'exigence d'intégration d'un élément pouvant être identifié comme la contrepartie. Ils admettent par ailleurs unitairement un contrôle de la suffisance de la contrepartie qui doit être porteuse d'un intérêt minimal pour son bénéficiaire. C'est dire que l'élément identifié doit véritablement représenter un avantage pouvant être considéré comme un motif minimal de l'engagement. C'est le sens du contrôle de la réalité de la contrepartie consacré en droit français à l'article 1169 du Code civil, selon lequel la contrepartie ne doit être ni illusoire, ni dérisoire. Les droits anglais et allemand admettent également des institutions en application desquelles le caractère dérisoire ou illusoire de la contrepartie se retrouve sanctionné. A ce titre, les institutions relatives à la lésion qualifiée ont une importance particulière en droits anglais et allemand, s'agissant de l'appréciation de la valeur de la contrepartie. En effet, les concepts d'*unconscionability* et d'*undue* influence, en droit anglais, et de *Wücher* du § 138, II du BGB, en droit allemand, conduisent à la sanction du contrat qui présente un déséquilibre important des prestations et résultant de l'exploitation de la situation de faiblesse d'une partie par l'autre. Le nouveau cas de violence par abus de dépendance permet, en droit français, de fonder des solutions similaires à celles retenues en droits allemand et anglais s'agissant de la vérification

de l'intérêt minimal porté par la contrepartie dans le cadre particulier d'un déséquilibre des positions contractuelles des parties.

Le contrôle de l'intérêt porté par la contrepartie n'est pas exclusif à la formation du contrat. En effet, les droits français, anglais et allemand intègrent des institutions fondant la remise en cause de l'exécution du contrat lorsque le coût de cette exécution devient excessif pour l'une des parties, c'est-à-dire que le poids de son engagement devient gravement disproportionné par rapport à l'intérêt qu'elle en retire. Cette solution est d'abord admise dans le cadre spécial du changement imprévisible des circonstances en droits français et allemand. Le dispositif de l'article 1195 du Code civil et le § 313 du BGB conduisent à remettre en cause le contrat lorsqu'un changement imprévisible des circonstances rend l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour l'une des parties. Une telle solution devrait également pouvoir être retenue en droit anglais sur le fondement de la *frustration* qui concerne les cas où un événement imprévisible rend l'exécution du contrat radicalement différente de ce que les parties avaient projeté au moment de la conclusion de l'acte. L'insuffisance de la contrepartie en cours d'exécution est par ailleurs susceptible d'être prise en compte au titre du refus de l'exécution en nature disproportionnée. Le refus de l'exécution en nature suppose que le coût de l'exécution pour le débiteur, outre son caractère disproportionné par rapport à l'intérêt du créancier, soit excessif. C'est dire que l'intérêt obtenu par le débiteur en contrepartie de son engagement doit apparaître insuffisant au regard du coût de l'exécution.

Le rôle des motifs contractuels dépasse la question de l'exigence d'un intérêt minimal constituant la contrepartie de l'engagement. En effet, les droits étudiés prennent unitairement en compte l'impossibilité de réaliser l'utilité assignée au contrat. La remise en cause du contrat se fonde alors, non pas sur l'intégration insuffisante des motifs dans le champ contractuel, mais, au contraire, sur l'intégration dans le champ contractuel de motifs dont la satisfaction s'avère impossible.

# PARTIE II – L'INTEGRATION APPROFONDIE DES MOTIFS PAR LA SANCTION DE L'INUTILITÉ DU CONTRAT

**216. L'invalidité du contrat fondée sur son inutilité.** Le rôle des motifs en droit du contrat ne se limite pas, sur le plan de la validité du contrat, à la vérification d'une justification minimale de l'engagement. Ainsi, en droit français, l'exigence d'une cause pour la validité du contrat se traduisait, à côté de la vérification de l'existence d'une contrepartie, par un contrôle de la licéité du but. La cause était alors entendue de façon subjective et supposait de prendre en compte l'utilité concrète poursuivie par le contrat. Le contrôle de la licéité du but est désormais prévu par l'article 1162 du Code civil. D'après ce texte, « *[l]e 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* ». Un tel contrôle de la licéité de la finalité poursuivie par les contractants – et, partant, de leurs motifs – se retrouve en droit anglais et allemand. Il est en effet classique de soumettre la validité du contrat à la condition de licéité du but poursuivi[916]. Les contrats dont le but heurte l'ordre public (la *public policy* en droit anglais) ou les bonnes mœurs (*guten Sitten* en droit allemand), ou qui est prohibé par des lois (*statutory prohibitions* en droit anglais et *gesetzliches Verbot* en droit allemand) ne peuvent ainsi se voir reconnaître force obligatoire[917]. Les motifs illicites sont donc de réalisation impossible dans la mesure où l'invalidité du contrat sera retenue au regard de l'illicéité de son but.

L'utilité poursuivie par les parties à un contrat est en outre prise en compte, au stade de la formation du contrat, s'agissant d'invalider ce dernier sur le fondement de l'impossibilité de concrétiser les attentes des parties. Cela concerne les cas où les parties ont contracté sur la base de présuppositions qui s'avèrent erronées. Les motifs sont concernés dans la mesure où ces présuppositions erronées doivent constituer des éléments essentiels de l'accord. Cette situation relève du fondement de l'erreur qui est une institution se retrouvant unitairement dans les droits étudiés. En droit français, l'erreur est ainsi, d'après l'article 1130 du Code civil, un vice du consentement et, dès lors, d'après l'article suivant, une cause de nullité du contrat. L'erreur est admise lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation convenues par les parties

[916] Le chapitre 3 relatif à la validité du contrat des principes Unidroit contient ainsi une section 3 intitulée « Illicéité », de même le chapitre 4 des principes européens du contrat sur l'invalidité contient une section 3 sur l' « invalidité pour illicéité ».
[917] V. pour le droit anglais, S. A. SMITH, *op. cit.*, p. 250 ; v. pour le droit allemand H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, 2ème éd., Mohr Siebeck, 2012, § 5, n° 197 et s.

et en considération desquelles ces dernières ont contracté[918]. Ces éléments essentiels sont susceptibles, par nature, de constituer des motifs participant à la définition de l'utilité du contrat pour un contractant. Il peut s'agir, en effet, par exemple, de la valeur artistique de la chose ou de son aptitude à remplir l'usage auquel elle est destinée. En droit anglais, le décalage entre la représentation d'éléments déterminant et la réalité permet de contester le contrat sur le fondement de la *mistake* et de la *misrepresentation*[919]. En droit allemand, l'admission de l'erreur (*Irrtum*), faisant l'objet du § 119 du BGB, dans le contenu de la déclaration de volonté permet de fonder l'invalidité du contrat lorsqu'elle porte sur des qualités essentielles de la personne ou de la chose. L'erreur est également admise en droit allemand dans le cadre de la théorie du fondement du contrat (*Geschäftsgrundlage*), faisant l'objet du § 313 du BGB. Cette institution concerne la prise en compte des troubles dans le fondement du contrat (*Störung der Geschäftsgrundlage*). Le droit allemand assimile à un trouble du fondement du contrat le fait que des éléments y participant se révèlent dès l'origine erronés : il s'agit alors de prendre en compte, au-delà des changements imprévisibles des circonstances, des hypothèses d'erreur. Le § 313 du BGB permet alors de lier la question de l'inutilité du contrat caractérisée au moment de la formation du contrat, en raison de l'inexactitude des éléments déterminants présupposés par les parties, et celle qui survient en cours d'exécution, en raison notamment d'un changement imprévisible des circonstances.

**217. La prise en compte de l'inutilité du contrat au stade de son exécution.** La perte d'utilité du contrat est susceptible de conduire à sa remise en cause, de sorte que la satisfaction des motifs contractuels apparaît déterminante de l'exécution du contrat. Cela peut résulter du recours par les parties à une technique contractuelle, désignée comme la condition, qui consiste à lier le sort du contrat d'un événement futur et incertain dont dépend la réalisation des attentes des parties. Ainsi, en droit français, la condition, soumise aux règles des articles 1304 à 1304-7 du Code civil, renvoie à un procédé contractuel particulier présenté comme une « *modalité de l'obligation* »[920]. L'insatisfaction des motifs ayant fait l'objet d'une condition conduit alors à l'anéantissement du contrat[921]. En droit allemand, le concept *Bedingung* faisant l'objet des §§ 158 à 162 du BGB apparaît équivalent à celui de la condition du droit français. La *Bedingung* est en effet une technique contractuelle particulière permettant de faire dépendre les effets du contrat de la survenance d'un événement déterminant pour les parties. De même, en droit

[918] V. article 1133 du Code civil.
[919] V. *infra*, n° 268 et s.
[920] Y. BUFFELAN-LANORE et J.-D. PELLIER, « Condition », in *Repertoire de droit civil*, Dalloz, 2017, n° 31 et s.
[921] V. articles 1304-6 alinéa 3, pour la condition dite suspensive, et 1304-7 alinéa 1, pour la condition dite résolutoire.

anglais, la *contingent condition* permet de faire dépendre le sort du contrat de la survenance d'un événement incertain[922]. Les parties disposent donc, dans chacun des droits étudiés, d'une technique permettant d'anticiper l'impossibilité de leurs motifs en cours d'exécution du contrat.

Quand bien même les parties n'auraient pas anticipé le risque d'insatisfaction de leurs attentes par le recours à une condition, les atteintes à leurs motifs en cours d'exécution du contrat ne sont pas sans incidence sur ce dernier. Diverses institutions des droits français, anglais et allemand fondent ainsi la remise en cause du contrat en cours d'exécution lorsqu'un contractant ne peut pas retirer du contrat l'utilité qu'il en attendait. La satisfaction des motifs apparaît dès lors déterminante du sort du contrat, quand bien même cela n'a pas été expressément prévu par les parties. Cela s'illustre, en droit français, au regard de la formulation du nouvel article 1186 du Code civil. En effet, l'article 1186 du Code civil prévoit la caducité du contrat valablement formé si l'un de ses éléments essentiels disparaît. Cette disposition autorise la remise en cause du contrat en cas d'impossibilité de réalisation des motifs constituant des éléments essentiels de l'accord des parties. Par ailleurs, la perte d'utilité du contrat est traditionnellement prise en compte en droit français lorsque l'inexécution par une partie de son engagement est d'une gravité telle que la réalisation du but poursuivi par la conclusion du contrat s'en trouve compromise. Le contractant qui est victime d'une telle inexécution dispose ainsi de certains remèdes pouvant aller jusqu'à la remise en cause définitive de l'acte. L'atteinte portée aux motifs permet alors de justifier la mise en œuvre de certains remèdes de l'inexécution du contrat.

En droit anglais et allemand, la prise en compte de l'inutilité du contrat en cours d'exécution résulte significativement des institutions relatives aux changements imprévisibles des circonstances. La théorie de la *frustration* en droit anglais et celle des troubles du fondement du contrat (*Geschäftsgrundlage*) permettent en effet de fonder la remise en cause de l'acte en cas d'impossibilité de concrétiser les attentes des parties en raison de la survenance d'un événement imprévisible en cours d'exécution. A ce titre, l'erreur est présentée comme partageant une logique commune avec la *frustration*[923] et la théorie des troubles du fondement

---

[922] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 18-073 et s.

[923] V. E. MCKENDRICK, *op. cit.*, p. 520-521 : « Common mistake and frustration are closely linked in that they are both concerned with the situation where some common assumption shared by the parties and which is fundamental to the contract turns out to be unfounded. The difference between common mistake and frustration is a matter of timing. In the case of mistake, the common assumption is unfounded at the moment of entry into the contract, whereas in the case of frustration the common assumption is valid when the contract is concluded but turns out to be unfounded in the light of events that occur subsequent to the making of the contract » [notre traduction : « L'erreur commune et la *frustration* entretienne des liens étroits dans le sens où ells concernent toutes les deux le cas où des éléments présupposés par les parties et qui sont à la base du contrat s'avèrent infondés. La difference entre l'erreur commune et la *frustration* est une question de temps. Dans le cas de l'erreur, la présupposition commune aux parties

du contrat[924] dans la mesure où il s'agit, dans tous les cas, d'admettre une impossibilité d'exécution de l'acte conformément à ce qui a été convenu. Les institutions relatives à l'imprévision concernent une impossibilité de satisfaction des motifs qui n'est pas avérée au moment de la conclusion du contrat – comme c'est le cas en matière d'erreur – mais survenant en cours d'exécution.

**218. La distinction temporelle de l'impossibilité des motifs.** En somme, les motifs contractuels font l'objet d'une intégration approfondie dans les droits français, anglais et allemand dans la mesure où ces derniers font dépendre le sort du contrat de la satisfaction de l'utilité qui lui a été assignée. La sanction de l'inutilité du contrat peut être distinguée suivant que cette dernière est établie au moment de sa formation ou en cours de son exécution. L'étude de la sanction de l'inutilité du contrat à sa formation (Titre 1) précédera ainsi celle de la sanction de l'inutilité du contrat en cours d'exécution (Titre 2).

**Titre 1 – La sanction de l'inutilité du contrat à sa formation**

**Titre 2 – La sanction de l'inutilité du contrat en cours d'exécution**

est infondée au moment où le contrat est formé, tandis que, dans le cas de la *frustration*, la présupposition commune est exacte au lors de la conclusion du contrat mais devient sans fondement au regard d'événements qui se produisent ultérieurement »].

[924] V. M. JAENSCH, *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*, *op. cit.*, n° 295 et s.

# TITRE 1 – LA SANCTION DE L'INUTILITE DU CONTRAT A SA FORMATION

**219. L'invalidité du contrat sur le fondement de l'illicéité du but et de l'erreur.** Le contrat est inutile, au stade de sa formation, lorsque les motifs des parties ne peuvent dès l'origine pas être satisfaits. C'est dire qu'ils sont *ab initio* impossibles. La nature de l'impossibilité des motifs au stade de la formation du contrat peut être juridique – en cas de contrariété du but contractuel aux impératifs de droit – ou matérielle – en cas de décalage entre la représentation d'éléments essentiels et la réalité, de sorte que le but poursuivi ne peut pas être concrétisé au regard des données de fait. Deux fondements permettent alors, unitairement dans les droits étudiés, de remettre en cause le contrat en raison de l'impossibilité *ab initio* des motifs. Il s'agit du contrôle de la licéité du but et de l'erreur. En droit français, la prise en compte des motifs est traditionnellement distinguée suivant qu'il s'agit de contrôler la licéité du but ou d'admettre une erreur.

**220. La question de l'intégration des motifs dans le champ contractuel en droit français.** En droit français, tandis que la sanction de la l'illicéité du but autorise en principe une appréhension large des motifs, l'admission de l'erreur est limitée aux seuls éléments convenus par les parties. En effet, dans le cas du contrôle de la licéité de la cause, il était traditionnellement considéré que les motifs personnels des parties devaient pouvoir être recherchés afin de rendre ce contrôle pleinement opérant[925]. Les considérations d'ordre public devaient prévaloir sur la sécurité des transactions. Le contrat dont le but est contraire à l'ordre public est désormais sanctionné sur le fondement de l'article 1162. D'après ce texte, « *[l]e 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* ». Le principe jurisprudentiel selon lequel il importe peu qu'une partie ait ignoré le but illicite poursuivi par l'autre se trouve consacré, ce qui s'inscrit dans le sens de l'admission des motifs, même personnels, s'agissant de contrôler leur licéité. La question de l'intégration de l'utilité au champ contractuel n'apparaît donc pas se poser, de prime abord, dans le cadre de la sanction de l'illicéité du but.

La mise en œuvre de l'erreur suppose, au contraire, une intégration des motifs qui en sont l'objet dans le champ contractuel. En effet, en droit français, les qualités essentielles de la personne ou de la prestation pouvant faire l'objet d'une erreur sont, d'après l'article 1133 alinéa

[925] V. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 399 : « Quant à la cause du contrat, qui devait être licite, elle s'entendait du motif ou du but poursuivi par chaque contractant, et permettait ainsi un contrôle plus poussé de la conformité du contrat à l'ordre public et aux bonnes mœurs ».

1, celles expressément ou tacitement convenues par les parties. D'après l'article 1135 du Code civil, les autres motifs doivent, pour être pris en compte au titre de l'erreur, être expressément érigés en éléments déterminant du contrat. En toute hypothèse, l'erreur n'est admise que dans la mesure où elle porte sur des éléments intégrant le champ contractuel. Il n'en est autrement qu'en cas d'erreur provoquée par un dol qui permet de sanctionner des erreurs en principe indifférentes, c'est-à-dire portant sur de simples motifs[926].

**221. La question des conditions de l'intégration des motifs dans le champ contractuel.** En droit anglais et allemand, quelle que soit la nature de l'impossibilité affectant les motifs, ces derniers doivent nécessairement intégrer le champ contractuel pour être pris en compte et conduire à la remise en cause du contrat. En effet, le rattachement du but illicite au contrat est nécessaire en droits anglais et allemand pour que l'acte soit sanctionné[927]. En d'autres termes, contrairement au droit français, la sanction de l'illicéité du but pose, en droits anglais et allemand, la question de son intégration au champ contractuel.

Par ailleurs, la mise en œuvre des institutions relatives à l'erreur en droits anglais et allemand repose classiquement sur une appréciation de la répartition contractuelle des risques[928]. Le risque que les éléments présupposés au moment de la conclusion du contrat s'avèrent en réalité inexacts ne doit ainsi pas être mis à la charge de l'*errans*, à défaut de quoi ce dernier doit en supporter les conséquences. L'admission de l'erreur en droits anglais et allemand ne se réduit donc pas à la caractérisation d'une erreur sur des motifs intégrant le champ contractuel. Elle suppose de considérer le sens de cette intégration sous l'angle de la répartition contractuelle des risques.

Les solutions des droits anglais et allemand conduisent à reconsidérer la présentation traditionnellement faite en droit français de la sanction de l'illicéité du but et de l'erreur. C'est ce qui sera démontré à travers l'analyse successive de l'impossibilité juridique de satisfaction des motifs (Chapitre 1), et de l'impossibilité matérielle de satisfaction des motifs (Chapitre 2).

**Chapitre 1 – L'impossibilité juridique de satisfaction des motifs**

**Chapitre 2 – L'impossibilité matérielle de satisfaction des motifs**

[926] V. article 1139 du Code civil : « L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat ».
[927] V. *infra*, n° 236.
[928] V. *infra*, n° 268 et s.

## CHAPITRE 1 – L'IMPOSSIBILITE JURIDIQUE DE SATISFACTION DES MOTIFS

**222. L'illicéité des motifs contractuels.** La satisfaction des motifs des parties est impossible lorsque ces motifs sont inadmissibles juridiquement, c'est-à-dire lorsqu'ils sont, au sens large, illicites. Le contrôle de la licéité du but poursuivi se retrouve formellement dans les droits français, anglais et allemand. Cela est expressément prévu en droit français à l'article 1162 du Code civil selon lequel le contrat « *ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations ni par son but* ». En droit allemand, le contrôle de la licéité du but contractuel s'opère sur le fondement du § 138 du BGB qui dispose qu'« *est nul tout acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs* ». En droit anglais, l'illicéité du contrat peut notamment atteindre son but : il est alors question d'« *illegality at purpose* ».

La reconnaissance d'un traitement unitaire de l'invalidité du contrat résultant de l'impossibilité juridique de satisfaction des motifs contractuels, au regard de leur illicéité, ne semble, de prime abord, poser aucune difficulté. Des potentielles divergences entre les droits étudiés sont toutefois susceptibles d'être identifiées. Elles concernent, les motifs qui sont amenés à être jugés illicites. Une première approche des droits étudiés suggère que le droit français admet plus largement les motifs dans le cadre du contrôle de l'illicéité. Le principe est en effet, en droit français, celui de l'admission de la nullité du contrat dès lors que le but illicite d'un contractant est caractérisé, quand bien même serait-il resté en dehors du champ contractuel. En ce sens, d'après certains auteurs, la mention du but par le nouvel article 1162 du Code civil permettrait, conformément aux solutions antérieures à la réforme, une prise en compte des mobiles des parties[929]. En droits anglais et allemand, en revanche, un rattachement du motif au contrat est nécessaire pour que ce dernier soit invalidé[930]. Les solutions des droits étudiés apparaissent donc *a priori* divergentes s'agissant des motifs pris en compte au titre du contrôle de la licéité du but.

Les potentielles divergences entre les droits étudiés concernent également les conséquences de la caractérisation de motifs illicites. La poursuite d'une fin illicite par le contrat n'est, le plus souvent, le fait que d'une seule des parties. L'impossibilité juridique de réalisation des motifs tient ainsi à une faute d'un contractant dont les intentions sont condamnables. Si, dès lors, les droits étudiés admettent la sanction de principe de l'invalidité du contrat, c'est-à-dire la nullité de ce dernier, la question des conséquences de cette sanction,

[929] V. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, op. cit.*, n° 405.
[930] V. *infra*, n° 236.

au regard de la culpabilité du contractant dont les motifs sont illicites, se pose. En droit français, avant la réforme, le jeu normal des restitutions consécutives à l'annulation du contrat se trouvait paralysé à l'encontre du contractant dont les motifs immoraux sont la cause de l'invalidité du contrat. La solution se fondait sur l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* selon lequel nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude : le contractant qui était mû par un but immoral ne pouvait obtenir de restitutions consécutivement à l'annulation du contrat. Cet adage ne concernait toutefois que les seules contraventions aux bonnes mœurs. L'article 1162 du Code civil relatif à l'illicéité du but ne mentionnant pas les bonnes mœurs, la réforme aurait, de l'avis d'une partie de la doctrine, abrogé cet adage désuet[931]. D'après d'autres auteurs, la règle pourrait être maintenue par la jurisprudence qui « *pourrait trouver un intérêt à conserver un moyen d'action pour paralyser le jeu des restitutions en certaines circonstances, quitte à apprécier le degré de turpitude de chacune des parties* »[932] et il serait pertinent d'en élargir la portée au-delà de l'immoralité du but[933]. Cette opinion peut être appuyée par les solutions retenues en droits anglais et allemand. En effet, dans ces droits, la nullité résultant de l'invalidité du contrat en raison de l'illicéité des motifs est sujette à des règles particulières concernant les restitutions, lesquelles visent, précisément, à prendre en compte la culpabilité des contractants dans la poursuite d'une fin juridiquement inadmissible.

Aussi, l'analyse de la caractérisation de l'impossibilité juridique de satisfaction des motifs (Section 1) précédera celle de sa sanction (Section 2).

## *Section 1 – La caractérisation de l'impossibilité juridique de satisfaction des motifs*

**223. L'illicéité de motifs rattachés au champ contractuel.** Les motifs des parties sont de réalisation impossible, juridiquement, lorsqu'ils sont inadmissibles par les systèmes de droit, c'est-à-dire que les contractants poursuivent une finalité illicite. Il en résulte que le contrat n'est pas valable. Cette règle est unitairement admise par les droits français, anglais et allemand. L'appréciation de la portée de la convergence des droits impose néanmoins de ne pas s'en tenir à ce constat. Il convient, tout d'abord, d'examiner si les circonstances dans lesquelles les motifs sont impossibles à satisfaire juridiquement sont similaires dans les droits étudiés, ce qui correspond à la question de l'identification des motifs jugés illicites. Il est, ensuite, nécessaire

[931] V. P. SIMLER, in *JurisClasseur Civil*, fascicule 20, « Contrat – Contenu du contrat : conformité à l'ordre public – Cause illicite ou immorale (C. civ., art. 1131 et 1133 anciens) », n° 53.
[932] G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, op. cit.*, n° 1056.
[933] *Ibid.*

de considérer la problématique du rattachement des motifs illicites au champ contractuel. Le rôle que les motifs sont amenés à jouer dans la validité du contrat n'est en effet pas le même suivant qu'un tel rattachement au contrat est exigé ou non. Or les droits étudiés sont *a priori* divergents sur ce point. L'analyse de la notion de motifs illicites (§1) précédera donc celle des critères de leur prise en compte (§2).

## §1- La notion de motifs illicites

**224. Identification de deux fondements.** Pour qu'un motif soit jugé illicite il doit être contraire aux impératifs de droit. Ces impératifs de droit sont, en droit français, traditionnellement ceux relevant des concepts d'ordre public et de bonnes mœurs. En effet, avant la réforme, le contrôle de la licéité de la cause s'entendait comme la vérification de la conformité de la finalité poursuivie avec l'ordre public et les bonnes mœurs. Le contrôle de la licéité du but contractuel relève désormais de l'article 1162 du Code civil, lequel ne mentionne plus que l'ordre public. Une référence aux bonnes mœurs subsiste néanmoins à l'article 6, selon lequel « *[o]n ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

En droit allemand, le § 138 (1) du BGB pose le principe général de nullité des actes contraires aux bonnes mœurs (*guten Sitten*). L'illicéité du but peut également résulter de la violation d'une interdiction légale. C'est ce qui relève du § 134 du BGB prévoyant la nullité des actes contrevenant à une interdiction légale (*gesetzliches Verbot*), sauf à ce que cette dernière prévoie une autre sanction. De même, en droit anglais, l'illicéité du but poursuivi peut être caractérisée au regard de la *public policy*, c'est-à-dire aux considérations d'ordre public ou d'une *statutory prohibitions,* ce qui correspond aux interdictions posées par des textes ayant une valeur légale[934].

Bien qu'en droit français les interdictions légales peuvent être considérées comme des composantes de l'ordre public[935], il convient, au regard de la présentation traditionnelle des autres droits étudiés, de distinguer les motifs illicites au sens strict, c'est-à-dire contrevenant à

[934] V. M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, 6th ed., Oxford, 2018, p. 600 et s.

[935] A ce titre, certaines solutions ont d'abord été fondées sur des principes d'ordre public avant d'être expressément consacrées par la loi. V. par ex. Cass. civ. 1ère 29 octobre 2014, n° 13-19.729 : « le principe d'ordre public, selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, préexistait à la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 d'où est issu l'article 16-1-1 du code civil ; qu'ayant relevé que le contrat d'assurance souscrit le 7 novembre 2008 par la société Encore Events avait pour objet de garantir les conséquences de l'annulation d'une exposition utilisant des dépouilles et organes de personnes humaines à des fins commerciales, la cour d'appel en a exactement déduit que, bien qu'ayant été conclu avant l'entrée en vigueur de l'article 16-1-1 précité, le contrat litigieux avait une cause illicite et, partant, qu'il était nul ».

une interdiction légale (A), et ceux qui sont illicites au regard de leur contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs (B).

### A- Les motifs contrevenant à une interdiction légale

**225. Interdiction par une loi impérative de certains buts contractuels**. L'illicéité des motifs peut résulter de leur contrariété avec une loi prohibant la conclusion de contrats dans un certain but. L'ancien article 1133 du Code civil français définissait ainsi la cause illicite par référence, notamment, à ce qui est prohibé par la loi. Le nouvel article 1102 pose désormais plus largement le principe de la liberté contractuelle « *dans les limites fixées par la loi* ». En droit anglais, l'*illegality* du contrat peut être caractérisée au regard de la violation d'une interdiction légale, *statutory prohibition*[936], par opposition à l'*illegality* de *common law* résultant de l'établissement de principes d'origine jurisprudentielle. Quant au droit allemand, le §134 du BGB dispose que « *tout acte juridique qui contrevient à une interdiction légale* [*gesetzliches Verbot*] *est nul pour autant que la loi n'en dispose pas autrement* »[937].

Il convient de préciser que ne sont pas visées que les seules normes légales *stricto sensu*. Ainsi, en droit français, la loi ne s'entend pas seulement au sens organique et formel[938], c'est-à-dire la loi votée par le Parlement, mais dans son sens matériel, à savoir « *toute disposition générale et impersonnelle prise par un organe étatique ayant compétence pour le faire, autrement dit toute règle de droit (norme juridique générale) quelle qu'en soit l'origine* »[939]. De même, en droit allemand, l'interdiction doit être fondée sur la loi qui peut être toute norme textuelle en vigueur[940], y compris européenne, à l'exclusion des dispositions de traités internationaux ne liant que les États parties. Pareillement, en droit anglais, la notion de *statute*

---

[936] *Ibid.*
[937] Traduction de l'allemand par G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, *op. cit.*
[938] *Vocabulaire Juridique*, dir. G. CORNU, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 9ème éd., 2011, *V° Loi.*
[939] L. BACH, « Lois et décrets », *Répertoire de droit civil,* Dalloz, septembre 2014, n° 7.
[940] L'interdiction peut ainsi résulter de la Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz – GG*) dans laquelle sont énumérés les droits fondamentaux (v. C. AMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum* BGB, 7ème édition 2015, §134, n°33-34). Il peut s'agir, par exemple, de l'article 3 de la Loi Fondamentale allemande interdisant les discriminations. Ainsi, dans un arrêt du 11 mars 2003 (*BGHZ* 154, 146 ; *NJW* 2003, 1658), le *Bundesgerichtshof*, dans le contexte du débat public sur l'éventuelle interdiction du NPD (*Nationaldemokratische Partei Deustchlands*, parti ultranationaliste allemand), a jugé que les dispositions contractuelles, permettant aux banques d'épargne d'annuler les comptes des partis politiques au motif de leurs objectifs inconstitutionnels, sont illicites dans la mesure où ces partis n'ont pas fait l'objet d'une interdiction par la Cour constitutionnelle. La Cour fédérale s'est notamment fondée sur le §134 BGB pour juger que la relation contractuelle entre les parties est soumise au respect des droits fondamentaux et notamment à l'article 3 GG. Dans un autre arrêt, le *Bundesgerichtshof* a rappelé le principe de l'effet indirect des droits fondamentaux dans les relations entre particuliers, par le biais des clauses générales du droit privé, alors qu'était invoqué, sur le fondement du § 134, la nullité d'un contrat au motif de la violation de l'article 1 de la Loi Fondamentale allemande relatif à la dignité humaine (BGH,19.06.2013 - XII ZB 357/11 ; *NJW* 2013, 2961 ; il était en l'espèce question d'un contrat de cession par un avocat, désigné comme tuteur, de son droit à rémunération à un office d'encaissement des avocats, cession qui n'a pas été jugée comme violant une interdiction légale, même si la personne faisant l'objet de la tutelle n'y avait pas consenti).

inclut les arrêtés, règles et réglementations que les ministres ou autres autorités sont autorisés à émettre[941]. En toute hypothèse, la norme violée doit être impérative et non simplement supplétive de volonté[942]. En effet, si la loi est supplétive de volonté alors, par définition, sa seule méconnaissance ne peut être considérée comme illicite.

**226. Caractère exprès ou implicite de l'interdiction des motifs.** L'impossibilité juridique de satisfaire les motifs peut résulter d'une loi prohibant expressément ces derniers. C'est dire que la loi vise directement à empêcher la conclusion de contrats dans un certain but. Des illustrations peuvent être trouvées en droit français en matière sociale. Ainsi, l'article L.1242-1 du Code du travail interdit le recours au contrat à durée déterminée pour pourvoir à tout emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise de façon durable ; l'article L.4154-1 du même code interdit quant à lui l'embauche d'un salarié avec un contrat de travail à durée déterminée dans le but de réaliser des travaux considérés comme particulièrement dangereux. L'illicéité du but poursuivi ne sera pas pour autant absolument évidente et pourra soulever des difficultés portant sur question de savoir si le contrat considéré entre ou non dans le champ de l'interdiction légale[943]. Une norme légale peut également poser une interdiction qui ne vise pas directement l'outil contractuel, c'est-à-dire que son champ d'application n'est pas défini de façon exhaustive et l'hypothèse d'une violation par un contrat n'est pas expressément mentionnée.

La norme légale peut être rédigée de telle façon que la prohibition qu'elle porte est elle-même sous-jacente : la norme, sans être expressément formulée sous la forme d'une interdiction, sera toutefois interprétée comme telle. L'illicéité du but contractuel est alors implicite en ce qu'elle résulte d'une interprétation de l'interdiction légale suivant sa *ratio legis*, suivant son sens et son but (*Sinn und Zweck*) selon la terminologie allemande[944]. La norme légale peut, par ailleurs, poser une interdiction mais de portée générale, c'est-à-dire en ne précisant pas les éventuelles contraventions pouvant être commises par le biais contractuel. Le

---

[941] M.P. FURMSTON, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 16th Ed., Oxford, 2012, p. 451

[942] D. BONNET, *Cause et condition dans les actes juridiques,* thèse, préface P. VAREILLES-SOMMIERES, LGDJ, 2005, n° 284.

[943] Cette difficulté liée à la question de la qualification du contrat s'est posée dans l'affaire *Wilson, Smithett and Cope Ltd v Terruzzi* [1976] 1 All ER 817. Il s'agissait de savoir quels contrats pouvaient être qualifiés de contrat de change, lequel était alors sujet aux accords de Bretton Woods (incorporés en droit anglais par le *Bretton Woods Agreements Act* de 1945). La Chambre des Lords a approuvé l'interprétation stricte faite par la Cour d'appel en considérant que la qualification de contrat de change n'inclut pas les contrats en lien avec la vente de biens, laquelle nécessite une conversion de devises afin que l'acheteur puisse être en mesure de payer le prix.

[944] Un arrêt allemand (BGHZ 97, 304), présenté comme relevant de l'application du § 134 BGB (v. D. MEDICUS, *op. cit.*, n° 645, p. 262), en fournit une illustration : un contrat dit de « règlement des relations conjugales » entre deux conjoints, stipulant qu'ils étaient tenus de ne pas divorcer ni d'engager une procédure de divorce avant une certaine date, a été jugé contraire à l'article 6 paragraphe 1 de la Loi fondamentale allemande (GG) qui ne pose aucune interdiction mais qui prévoit que l'institution du mariage est protégée par l'Etat.

texte étant silencieux sur le plan contractuel, la caractérisation de l'illicéité des motifs supposera alors, suivant les cas, une interprétation plus ou moins fine de la norme juridique, afin de déterminer ses implications du point de vue contractuel[945]. Ainsi, par exemple, les lois imposant l'obtention d'une autorisation pour l'exercice d'une activité peuvent être interprétées comme prohibant implicitement la conclusion de contrats correspondant à l'exercice de cette activité sans autorisation[946].

Le caractère impératif de certaines lois conduit par ailleurs à poser implicitement le principe d'interdiction de la conclusion de contrats dans le but de les contourner. Le motif consistant dans la fraude à la loi est ainsi illicite.

**227. L'illicéité des motifs consistant en la fraude à la loi.** Le caractère illicite du but peut résulter du fait que le contrat a pour objectif de contourner la loi, de la frauder. Le contrat, bien qu'*a priori* licite, n'est pas valable dans la mesure où les parties sont mues par la volonté de s'affranchir de certaines contraintes légales. Ainsi, en est-il, par exemple, de la création d'une société dans le seul but de contourner la législation fiscale ou constituée par un débiteur en vue d'organiser son insolvabilité. L'illicéité tient alors à la fraude : par hypothèse le contrat conclu n'est pas en lui-même prohibé mais il est illicite dès lors qu'il a été conçu dans le but de contourner une interdiction légale[947]. Les droits étudiés sanctionnent similairement les contrats dont la finalité est de contourner la loi. Ainsi, en est-il, par exemple, en droit allemand des contrats dits « de contournement » ou *Umgehungsgeschäfte*[948]. Un contrat est dit « de

---

[945] V. par ex. *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd* [2010] EWCH 2661 (dans cette affaire, s'est posée la question de savoir si la réglementation du gouvernement du Royaume-Uni, restreignant les accords avec certains pays conclus par certains organismes ou pour certains buts déterminés, rendait illégal un contrat d'assurance maritime).

[946] A titre d'illustration, en droit allemand, un contrat de fourniture de conseil juridique conclu par une partie non autorisée à exécuter la prestation – seuls étant autorisés les avocats admis au Barreau par le *Rechtsberatungsgesetz* – a été jugé nul [BGH, 25.06.1962 – VII ZR 120/61 ; *BGHZ* 37, 258 ; *NJW* 1962, 2010]. En droit français, un contrat de société ayant pour objet l'exploitation d'une officine de pharmacie alors que l'un des associés n'était pas diplômé a de même été sanctionné au regard de son illicéité [Req. 21 juin 1898, *S.* 1899. 1. 71], de même que le contrat de travail conclu par un fonctionnaire [Tribunal civ. Laon 10 janvier 1956, *G.P*. 1956. 1. 319] ou encore le contrat de travail conclu avec l'ennemi [Paris 30 novembre 1948, *JCP* 1949. II. 4871]. De façon similaire, en droit anglais, le défaut d'autorisation légale pour l'exercice d'une activité est susceptible de fonder l'illicéité du contrat [E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit*., n° 11-020]. Ainsi en est-il par exemple de contrats d'assurance conclus alors que l'assureur ne dispose pas des autorisations gouvernementales requises [v. *Bedford Ins Co Ltd v Instituto de Resseguros do Brazil* [1985] 1 Q.B. 966 ; *Phoenix General Ins Co of Greece v Halvanon Ins Co Ltd* [1988] Q.B. 216].

[947] V. en ce sens J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, thèse, Dalloz, 1957, p. 334 et s. pour qui l'intention frauduleuse est le motif déterminant « de la mise en œuvre du moyen frauduleux » ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, 22ème éd., PUF, Thémis, 2000, n° 33, p. 130 : « ce qui fait question dans la cause illicite, c'est le motif par lequel les parties ont contracté ; dans la fraude à la loi, le motif par lequel elles ont, pour contracter, choisi tel arrangement ou tel moment plutôt que tel autre ».

[948] S. SIEKER, *Umgehungsgeschäfte : Typische Strukturen und Mechanismen ihrer Bekämpfung*, Habilitationsschrift, Mohr Siebeck, 2001. Il convient de relever que l'application du § 134 du BGB aux contrats de contournement est discutée par la doctrine allemande, certains auteurs tendant davantage à les rattacher au § 138 BGB (v. C. ARMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum* BGB, 7. Auflage, 2015, § 134 « Gestzliches Verbot », n°11 et s. ; R. SACK, M. SEIBL, in *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 2011, §134 n° 151 et s. ; D. MEDICUS, *op. cit.*, n° 660 s.)..

contournement » lorsque qu'il met en œuvre une technique juridique licite aux fins de contourner la loi[949]. La sanction de ces contrats relève classiquement de l'application du § 134 du BGB. Les contrats de contournement se retrouvent notamment en matière de montages fiscaux visant à réduire au maximum le montant de l'imposition[950]. De même en droit français, un contrat réalisant une fraude à la loi est illicite et nul. Des contrats de société ont, par exemple, pu être annulés par la jurisprudence au motif de la fraude fiscale qu'ils permettaient de réaliser[951]. Les cas de fraude à la loi se retrouvent notamment en droit anglais dans le cadre de la sanction des contrats ayant pour but de neutraliser les effets pécuniaires de l'engagement de la responsabilité d'une partie ayant commis un acte intentionnel répréhensible[952]. L'illicéité est alors retenue dans la mesure où le contrat contrevient au caractère punitif de la loi[953].

### B- Les motifs contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs

**228. Proximité des notions de bonnes mœurs et d'ordre public.** Outre l'hypothèse de méconnaissance d'une interdiction légale, l'impossibilité juridique de satisfaction des motifs peut résulter de leur contrariété aux impératifs d'ordre public ou des bonnes mœurs. Les bonnes mœurs et l'ordre public sont des notions qui sont intimement liées dans les droits considérés. L'article 6 du code civil français pose ainsi l'interdiction de déroger « *par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* » et le nouvel article 1102 prévoit dans son alinéa 2 que « *la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ». Les notions d'ordre public et de bonnes mœurs figuraient également à l'ancien article 1133 définissant la cause illicite et, comme le relèvent des auteurs, « *historiquement l'ordre public a pris sa source dans les bonnes mœurs, et leurs fonctions sont identiques* », à savoir le maintien de l'ordre social[954]. Le § 138 du BGB prévoit quant à lui la nullité de tout acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs (*guten Sitten*). Ce texte fonde un contrôle plus large de la conformité du contrat à l'ordre public, quoique la notion ne soit pas

---

[949] Les contrats de contournement doivent être distingués en droit allemand des transactions fictives, *Scheingeschäfte* qui relèvent de l'application du § 117 BGB. Il s'agit, par exemple, du contrat d'achat d'un bien immobilier dont le prix indiqué ne correspond pas au prix réel, une partie ayant été payée « en dessous de table » afin de réduire le montant de l'imposition (ex. BGH, 15.05.1970, V ZR 20/68 ; *BGHZ* 54, 62, *NJW* 1970, 1541).

[950] Le Code fiscal allemand, *Abgabenordnung*, contient ainsi une clause générale au § 42 (1), selon laquelle les dispositions fiscales ne peuvent pas être contournées par des montages juridiques, si ces derniers sont abusifs.

[951] V. Cass. req. 8 nov. 1880, *DP* 81.1.115 ; 24 mai 1913, *DP* 1916.1.264.

[952] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 11-022 et s.

[953] V. par ex. *Brown Jenkinson & Co Ltd v Percy Dalton (London) Ldt* [1957] 2 QB 621.

[954] J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, « Ordre public et bonnes mœurs », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2015, Art. 8, n° 163 et s. ; l'illicéité affectant le contrat en raison de sa contrariété aux bonnes mœurs relevait alors de ladite cause immorale.

expressément consacrée[955]. La notion de *public policy* en droit anglais présente également un aspect moral, éthique. Ainsi, dans l'affaire *Holman v Johnson*[956], posant les bases de l'*illegality doctrine* en *common law*, fondée sur la notion de *public policy*, Lord MANSFIELD a énoncé le principe selon lequel « *aucun tribunal n'accordera son aide à un homme qui fonde la cause de son action sur un acte immoral ou illégal* »[957].

La présentation des concepts en présence (1) précédera un exposé non exhaustif des motifs inadmissibles sur leur fondement (2).

### *1. Définition des concepts d'ordre public et de bonnes mœurs*

**229. Définition des bonnes mœurs.** En droit français, les bonnes mœurs ne sont pas mentionnées par l'article 1162 du Code civil mais l'invalidité des conventions y dérogeant résulte toujours de l'article 6. Les bonnes mœurs ont pu être définies comme « *les règles de morale sociale considérées comme fondamentales pour l'ordre même de la société* » [958]. Elles présentent ainsi une dimension essentiellement morale, à laquelle ne peut se réduire la notion d'ordre public[959]. Des motifs immoraux sont donc contraires aux bonnes mœurs et, partant, inadmissibles.

Le concept de bonnes mœurs ne se retrouve pas en droit anglais. Néanmoins les motifs peuvent similairement être inadmissibles au regard de considérations morales, lesquelles constituent un aspect particulier de la *public policy*[960] et sont « *conçues comme touchant essentiellement la morale sexuelle* »[961]. *A contrario*, en droit allemand, la notion de bonnes mœurs est consacrée tandis que celle d'ordre public n'est pas retenue.

---

[955] v. B. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, 2nd éd., Hart publishing, 2006, p. 253 ; D. MEDICUS, *op. cit.*, n° 683.
[956] *Holman v Johnson* (1775) 1 Cowp 341, 98 ER 1120.
[957] « *No court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or an illegal act* ».
[958] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 499.
[959] Certains auteurs présentent les bonnes mœurs en les englobant plus largement dans la notion d'ordre public (v. en ce sens J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, 16ème éd., Sirey, 2014 ; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, 13ème éd., LexisNexis, 2014 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, 2. Le contrat*, 6ème éd., Litec, 1998), alors que d'autres, au contraire, distinguent les deux notions (v. en ce sens L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, thèse Bordeaux, préface G. WICKER, LGDJ, 2008, n° 595).
[960] v. B. KAIN, D.T. YOSHIDA, « The doctrine of Public Policy in Canadian Contract Law », *Annual review of Civil Litigation*, 2007, p. 7 : les auteurs relèvent que les juridictions anglo-américaines refusent l'exécution de contrats contraires à la *public policy* dans le sens où « *they injure the public welfare or interests, or are contrary to public decency sound policy and good morals* ». En droit français, certains auteurs présentent d'ailleurs les bonnes mœurs en les englobant plus largement dans la notion d'ordre public (v. en ce sens J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, 16ème éd., Sirey, 2014 ; - P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, 13ème éd., LexisNexis, 2014 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, 2. Le contrat*, 6ème éd., Litec, 1998), alors que d'autres, au contraire, distinguent les deux notions (v. en ce sens L. SAUTONIE-LAGUIONIE, thése préc., n°595).
[961] D. TALLON, « Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais », *Mélanges Savatier*, Dalloz, 1965, p. 887.

La notion de bonnes mœurs est centrale en droit allemand. En dehors des cas de violation d'une interdiction légale relevant du § 134 du BGB, les motifs sont inadmissibles lorsqu'ils sont contraires aux bonnes mœurs figurant au § 138 du BGB. Le *Reichsgericht*, qui fut saisi de la notion de *gute Sitten*, a retenu le principe selon lequel l'acte juridique contraire aux bonnes mœurs viole « *le sentiment des convenances qu'ont toutes les personnes pensant juste et bien* »[962]. Cette définition a par la suite été adoptée par le *Budesgerichtshof*[963]. Face à l'insuffisance de la seule notion de bonnes mœurs, un auteur allemand a plaidé pour l'introduction de la notion d'ordre public en tant que telle dans le BGB, dans la mesure où la jurisprudence et la doctrine ont dans la pratique dépassé le seul critère moral de la notion de bonnes mœurs[964]. En pratique le § 138 du BGB permet de retenir l'illicéité des motifs contraires aux bonnes mœurs suivant une conception large de cette dernière, c'est-à-dire en incluant des considérations qui seraient qualifiées d'ordre public en droit français.

**230. Définition de l'ordre public.** Se référant, de prime abord, aux valeurs imposées par les systèmes de droit, l'ordre public fait l'objet de nombreuses tentatives de définition en droit français[965] mais, comme le relève un auteur, « *protéiforme et omniprésente, la notion [d'ordre public] ne saurait se réduire à une définition ou à un catalogue* »[966], de sorte que la notion « *emprunte une partie de sa majesté au mystère qui l'environne* »[967]. La définition proposée par le Vocabulaire juridique du Doyen CORNU rend compte des diverses finalités de l'ordre public : « *une norme qui, exprimée ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales (sociales, politiques, etc.) considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité (en ce sens l'ordre public englobe les bonnes mœurs), à la marche de l'économie (ordre public économique) ou même à la sauvegarde des intérêts particuliers primordiaux (ordre public de protection individuelle)* »[968]. L'ordre public inclut ainsi largement des considérations d'ordre social, politique, voire économique[969]. C'est un concept très proche de la *public policy* du droit anglais.

---

962 RG, 15.10.1912 – Rep. VII. 231/12, *RGZ* 80, 219, 221. V. aussi RG, 03.2.1928 – VI 261/27, *RGZ* 120, 144, 148 ; SACK, « Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktoren der gutten Sitten », *NJW* 1985, 761 s.

963 BGH, 09.07.1953 – IV ZR 242/52, *BGHZ* 10, 228, 232, *NJW* 1953, 1665.

964 K. SIMITIS, *Gute Sitten und ordre public : Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB*, 1960, p. 64.

965 P. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public, Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.*, thèse Reims, Editions Matot-Braine, 1953, p. 261 à 263.

966 B. FAUVARQUE-CAUSSON, *L'ordre public*, in *Le Code civil 1804-2004 – Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 473 s., n° 1.

967 R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse Dijon, 1909, p. 302.

968 *Vocabulaire Juridique*, dir. G. CORNU, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 9ème éd., 2011, *V° Bonnes mœurs.*

969 V. J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, « Ordre public économique », *op. cit.*, Art. 4, n° 79-83.

La notion de *public policy*, qui constitue une institution de *common law*, a pareillement pu être qualifiée « *d'insaisissable par nature* »[970]. Dans l'arrêt fondateur *Egerton v Brownlow*[971], la *public policy* est présentée comme « *le principe de droit selon lequel aucun sujet ne peut légalement faire ce qui tend à être préjudiciable au public, ou contraire au bien public* »[972]. La parenté de la conception française de l'ordre public avec celle de la *public policy* de la *common law* a pu être relevée par un auteur qui constate que la différence fondamentale entre les deux concepts résulte du caractère exclusivement judiciaire de la *public policy* anglaise[973]. Comme en droit français, la *public policy*, comparée à « *un cheval très indiscipliné* »[974], ne peut véritablement faire l'objet d'une définition claire et définitive.

Au demeurant, les différents concepts d'ordre public, *public policy* ou encore *gute Sitten* retenus respectivement en droits français, anglais et allemand sont proches et ils permettent de caractériser une impossibilité juridique de satisfaction des motifs dans des situations similaires.

### *2. Les motifs inadmissibles sur le fondement de l'ordre public ou des bonnes mœurs*

**231. L'évolution des impératifs moraux.** Les motifs jugés immoraux ne peuvent être admis par les ordres juridiques considérés. Néanmoins, un même phénomène de réduction du champ de l'immoralité des motifs peut être constaté dans les droits étudiés. Le contenu des bonnes mœurs est en effet relatif à une époque donnée[975] et, comme cela a été relevé, la tendance en la matière est « *à une évolution dans le sens d'une permissivité de plus en plus grande* »[976]. Dès lors la sanction des motifs sur le fondement de ce qui relève en droits français et anglais de la notion de bonnes mœurs tend à être de plus en plus rare. Il en est de même en

---

[970] P. H. WINFIELD, « Public policy in the English Common Law », *Harvard law review*, vol. 42, n°1, 1928, p. 92-93 : « the concept of public policy is by nature elusive and leads to paradoxical results ».
[971] *Egerton v Brownlow* [1853], 4 H.L. Cas. 1.
[972] *Ibid.* : « that principle of the law which holds that no subject can lawfully do what which has a tendancy to be injurious to the public, or against the public good ».
[973] D. TALLON, « Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais », *op. cit.*, p. 887 et s.
[974] Suivant la célèbre formule du Lord Judge BURROUGHS rendue à l'occasion de l'arrêt *Richardson v Mellish* (1824) 2 Bing. 229, 252 : « a very unruly horse, and when once you get astride it you never know where it will carry out » [traduction : « un cheval très indiscipliné, et une fois qu'on arrive à l'enfourcher, on ne sait jamais où il va nous emmener »]. Ce à quoi Lord Denning a répondu : « with a good man in the saddle, the unruly horse can be kept in control. It can jump over obstacles. It can leap the fences put up by fictions and come down on the side of justice » [traduction : « avec un bon cavalier en selle, le cheval indiscipliné peut être gardé sous contrôle. Il peut surmonter des obstacles. Il peut franchir les barrières érigées par fiction et se retrouver du côté de la justice » ; *Enderby Town Football Club Ltd v The Football Association Ltd* (1971) Ch. 591, 606].
[975] V. K. LARENZ, M. WOLF, J. NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10. Auflage, Verlag C. H. Beck München, 2012, § 46, n°10, p. 536 sur « Die Relativität der guten Sitten » : « Die guten Sitten sind keine konstante Größe, sondern abhängig von Raum und Zeit ».
[976] J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, « Ordre public et bonnes mœurs », *op. cit.*, Art. 8, n°166. ; v. D. FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Mélanges en l'honneur de P. CATALA*, Litec, 2001, p. 487 s.

droit anglais. Les propos de Lord JESSEL, à l'occasion de l'arrêt *Besant v Wood* rendu au XIXème siècle, témoignent déjà de ce relâchement lorsqu'il constate que si les accords de séparation des couples auraient été jugés comme « *quelque chose de vraiment horrible et contre l'ordre public* » il y a quelques années, un changement d'opinion s'est opéré de sorte qu'ils ont été par la suite considérés comme acceptables[977].

L'évolution est ainsi particulièrement manifeste en matière de morale sexuelle. En droit français, alors qu'en 1976 le tribunal de grande instance de Chartres a jugé immoral le contrat de courtage matrimonial mettant en rapport des personnes déjà mariées[978], un arrêt de la Cour de cassation de 2011 a considéré que « *le contrat proposé par un professionnel, relatif à l'offre de rencontres en vue de la réalisation d'un mariage, n'est pas nul, comme ayant une cause contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, du fait qu'il est conclu par une personne mariée* »[979]. Le contrat de courtage matrimonial est en principe illicite en droit anglais depuis l'affaire *Hermann v Charlesworth*[980] ayant établi sa nullité. Cette solution constitue toujours le droit positif mais son application doit toutefois être nuancée, du fait notamment que les activités très diverses des agences de rencontre échappent à cette jurisprudence[981]. De même, si le contrat par lequel un homme s'engageait à verser de l'argent à une femme afin qu'elle devienne sa maîtresse a été jugé illégal en raison de son immoralité[982], la position du droit anglais a récemment évolué et le contrat de publicité pour une *sex-line* ainsi que le contrat entre deux

---

[977] *Besant v Wood* [1879] 12 Ch. D. 605 at 620 : « For a great number of years, both ecclesiastical Judges and lay Judges thought it was something very horrible, and against public policy, that the husband and wife should agree to live separate, and it was supposed that a civilised country could no longer exist if such agreements were enforced by the Courts of Law, whether ecclesistical or not. But a change came over judicial opinion as to public policy ; other considerations arose, and people began to think that after all it might be better and more beneficial for married people to avoid in many cases the expense and the scandal of suits of divorce by settling their differences quietly by the aid of friends out of Court, although the consequence might be that they would live separately, and that was the view carried out by the Courts when it became once decided that separation deeds per se were not against public policy » [notre traduction : « Pendant un certain nombre d'années, les juges ecclésiastiques et les juges laïcs ont considéré qu'il était vraiment horrible et contraire à l'ordre public qu'un mari et sa femme s'accordent pour vivre séparemment, et il était supposé qu'un pays civilisé ne pourrait plus exister si ces accords étaient rendus obligatoires par les tribunaux, qu'ils soient ecclésiastiques ou non. Mais les juges ont changé d'opinion en matière d'ordre public ; d'autres considérations ont émergé, et les gens ont commencé à penser que, tout compte fait, il était dans de nombreux cas préférable et plus avantageux pour les personnes mariées d'éviter les frais et le scandale des poursuites en divorce, en réglant leurs différends discrètement, avec l'assistance d'amis en dehors des juridictions, quitte à ce que cela conduise à leur séparation, et ce fut le point de vue défendu par les tribunaux lorsqu'il a été finalement décidé que les actes de séparation n'étaient pas, en eux-mêmes, contraires à l'ordre public »].

[978] TI Chartres 12 octobre 1976, *Gaz. Pal.* 1977. 1. Somm. 127.

[979] Cass. civ. 1ère 4 novembre 2011, n°10-20.114, *D.* 2012. 59, note R. LIBCHABER *; ibid*. 971, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU *; AJ fam.* 2011. 613, obs. F. CHENEDE ; *RTD civ*. 2012. 93, obs. J. HAUSER ; *ibid.* 113, obs. B. FAGES ; *JCP* 2011, nº 9, note D. BAKOUCHE ; *Dr. fam.* 2012, nº 21, obs. D. VIGNEAU ; *RDC* 2012. 383, note Y.-M. LAITHIER *; ibid.* 473, note D. FENOUILLET ; *RLDC* 2012/94, nº 4703, note C. BERNARD-XÉMARD.

[980] *Hermann v. Charlesworth* [1905], 2 KB 123

[981] M.P. FURMSTON, *op. cit.*, p. 505.

[982] v. *Walker v Perkins* [1764] 1 W Bl 517 ; *Benyon v Nettlefold* [1850] 3 Mac & G 94.

personnes s'engageant dans « *a slave sexual relationship* » n'ont pas été jugés contraires à l'ordre public[983].

Le droit allemand connaît un affaiblissement similaire des bonnes mœurs s'agissant de la morale sexuelle. Par exemple, l'opinion selon laquelle les relations sexuelles hors mariage sont contraires aux bonnes mœurs[984] a depuis longtemps été abandonnée. Le § 138 I du BGB ne s'applique ainsi pas au contrat de bail conclu avec un couple non marié[985], ni à celui conclu dans le but d'exploiter une maison close[986].

**232. La diversité des considérations d'ordre public**. Les considérations qui constituent l'ordre public en droit français, la *public policy* en droit anglais ou encore les *gute Sitten* en droit allemand ont fondé l'illicéité des motifs contractuels dans des hypothèses variées. Il en est ainsi, par exemple, des contrats ayant pour finalité une restriction inadmissible à la liberté individuelle, notamment lorsque sont en cause les droits fondamentaux de la personne. En effet, la conclusion d'un contrat constitue en soi un acte d'assujettissement dont il résulte une autolimitation de la liberté individuelle du contractant[987]. Si cela résulte du principe même de la liberté contractuelle, les droits étudiés en sanctionnent toutefois les excès et dérives. En droit anglais, le contrat par lequel un homme a promis à une femme qu'il ne se marierait avec personne d'autre qu'elle et qu'il lui paierait 1000 £ dans le cas contraire a ainsi été jugé contraire à l'ordre public[988]. De même, dans l'arrêt *Horwood v Millar's Timber and Trading Co*[989], un contrat de prêt a été jugé illicite en raison des limitations exceptionnelles qui étaient imposées à l'emprunteur, afin d'accroître les chances de remboursement de la somme, et, notamment, une interdiction de vivre ailleurs que dans sa maison actuelle ainsi que la vente de tout meuble n'ayant pas été l'objet d'une sûreté au titre de l'accord. La Cour a considéré que le contrat consistait à établir un statut de servage et, en tant que tel, était contraire à l'ordre public. Similairement, en droit français, la jurisprudence a clairement affirmé que le droit au mariage est « *un droit individuel d'ordre public qui ne peut se limiter ni s'aliéner* »[990], de sorte qu'un

---

983 V. respectivement *Armhouse Lee Ltd v Chappell* [1996] et *Sutton v Mischon de Reya* [2004] 1 FLR 837 ; v. J. POOLE, *Textbook on contract law,* 13ème éd., Oxford University Press, 2016, n° 16.4.4, p. 603 et s.

984 BGH, 15.02.1956 - IV ZR 294/55 , *BGHZ* 20, 71, 72, *NJW* 1956, 865.

985 BGH, 07.05.1982 – V ZR 58/81, *BGHZ* 84, 36, *NJW* 1982, 1868 ; BGH, 03.10.1984 – VIII ARZ 2/84, *BGHZ* 92, 213, 219, *NJW* 1985, 130.

986 BGH, 08.01.1975 – VIII ZR 126/73, *BGHZ* 63, 365, *NJW* 1975, 638. Dans la mesure où le contrat ne tombe pas dans le champ d'application du § 180, a du Code criminel allemand.

987 V. G. WICKER, thèse préc., n° 151 et s. ; C. ARMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage, 2015, §134, n° 68.

988 *Lowe v Peers* [1768], 4 Burr. 2225. V. aussi *Re Michelham's Will Trusts* [1964], Ch. 550, 2 All ER 188.

989 *Horwood v Millar's Timber and Trading Co* [1917] 3 K.B. 305.

990 CA Paris, 30 avril 1963, *D.* 1963. 428, note A. ROUAST ; *S.* 1963. 179, note A. TOULEMON ; *RTD civ.* 1963. 570, obs. G. CORNU ; *RTD civ*. 1963. 697, obs. G. DESBOIS.

contrat ayant pour but de limiter le droit au mariage relevant de la liberté individuelle serait considéré comme illicite. Le droit allemand sanctionne également les contrats dont le but consiste en une pareille restriction de la liberté individuelle. Il est impossible de s'engager juridiquement, de façon efficace, à changer de religion ou à ne pas se marier au regard de l'atteinte portée à l'exercice de la liberté individuelle[991]. Ainsi en est-il, par exemple, du contrat de fourniture de tabac conclu avec un prisonnier dans le but de l'inciter à quitter l'Église[992]. Plus globalement, les contrats visant à imposer à un contractant d'agir en contrariété avec sa conscience personnelle[993], ou encore de le forcer à maintenir ou changer de religion, de nationalité, de travail ou de domicile (portant ainsi atteinte à sa liberté de circulation)[994] sont contraires au § 138 du BGB en droit allemand.

Une autre illustration du caractère inadmissible des motifs sur le fondement des concepts d'ordre public ou de bonnes mœurs est fournie par l'hypothèse des contrats ayant pour but de contourner les règles de fonctionnement des institutions de l'état. Le contrat ainsi conclu dans le but d'obtenir, contre rémunération, l'investiture d'un candidat par un parti politique[995], le vote d'un membre du parlement[996] ou encore un titre académique[997] sont illicites en raison de leur contrariété à l'ordre public. Le but poursuivi par la conclusion du contrat sera également contraire à l'ordre public s'il tend à la réalisation d'une infraction pénale. En droit anglais, les contrats ayant pour objet de commettre un crime (*contract to commit a crime*), ne sont ainsi pas admis. Dans l'affaire dite *Highwayman's Case*[998] la validité de l'accord conclu entre deux brigands et ayant pour objet le partage de leurs méfaits ne fut pas reconnue, la Cour de l'Échiquier jugeant l'action en exécution du contrat « *aussi scandaleuse qu'impertinente* »[999]. Le demandeur et le défendeur furent alors tous deux pendus, tandis que l'un des avocats impliqués dans l'affaire échappa de peu au même sort. Une partie à un contrat ne peut ainsi s'engager en vue de la commission d'un acte qui constitue un délit, y compris lorsque la qualification de l'infraction s'opère en application de la législation d'un pays ami[1000]. Il importe

---

[991] W. HEFERMEHL, in *Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil*, t. 2, 13. Auflage, 1999, §138, n° 22.
[992] BVerfG, 08.11.1960 – 1 BvR 59/56, *BVerfGE* 12, 1, *NJW* 1961, 211.
[993] V. C. ARMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage, 2015, § 134, n° 69.
[994] R. SACK, P. S. FISCHINGER, *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 2011, § 138, n° 631.
[995] Civ. 1ère, 3 novembre 2004, n° 02-10.880, *Bull. civ.* I, n° 237
[996] *Osborne v Amalgamated Society of Railway Servants* [1910] AC 87 : salaire versé à un membre du Parlement afin que ce dernier vote in the House of Commons dans le sens voulu par la société. *Parkison v. College of ambulance and Harrison* [1925] 2 KB 1 : Monsieur Parkinson, qui avait versé 3 000 £ pour être nommé chevalier et qui ne l'a pas été, n'a pu obtenir répétition.
[997] Sur l'achat d'un titre académique v. OLG Koblenz 16.12.1998, 7 U 124/98, *NJW* 1999, 2904, *MDR* 1999, 537.
[998] *Everet v Williams* [1725], *LQR* 197.1893.
[999] *Ibid.*
[1000] V. par ex. *Foster v Driscoll* [1929] 1 KB 470, sur l'illicéité du contrat visant à faire passer du whisky aux États-Unis durant la prohibition.

peu que la réalisation de l'infraction ne soit pas l'objet même du contrat : par exemple, le contrat d'assurance visant à assurer les profits d'un trafic de drogues n'est pas valable[1001].

Les contrats visant la réalisation d'une infraction sont pareillement contraires à l'ordre public en droits français et allemand mais, dès lors que ces derniers intègrent des législations pénales, l'illicéité peut aussi bien être fondée sur la violation de la loi. La jurisprudence française a ainsi retenu la nullité du contrat organisant un trafic d'influence[1002] et celle de la vente d'objets ayant pour but de permettre l'exercice du métier de deviner et de pronostiquer, activité auparavant prohibée par l'article R. 34 du code pénal[1003]. Le droit allemand a, quant à lui, par exemple sanctionné la cession de créance de frais médicaux exécutée sans le consentement du patient, violant de ce fait le devoir de confidentialité du § 203 (1) 1. du Code criminel allemand (le *Strafgesetzbuch* – StGB)[1004].

C'est également sur le fondement de considérations impératives, désignées en droit français comme étant d'ordre public de protection, que le contrat conclu dans l'intention de porter atteinte aux droits des tiers est illicite et sanctionné.

**233. Le cas particulier de la fraude aux droits des tiers.** La fraude aux droits des tiers constitue, unitairement dans les droits étudiés, un motif contractuel illicite[1005]. En droit français, l'illicéité de la cause du contrat conclu au mépris des droits d'un tiers – c'est-à-dire l'illicéité de la cause de l'acte constitutif d'une fraude paulienne – a été démontrée[1006]. La fraude paulienne est caractérisée lorsque des parties concluent intentionnellement un acte portant atteinte aux droits du créancier de l'une d'elles[1007]. Le but du contrat opérant une fraude aux droits des tiers est donc contraire à l'ordre public[1008].

---

[1001] J. LOWRY, P. RAWLINGS, R. MERKIN, *Insurance Law, Doctrines and Principles*, 3me ed., Hart Publishing, p. 176.

[1002] Com. 7 mars 1961, *Bull. civ.* III, n°125 ; Paris, 30 sept. 1993, *D.* 1993. IR 226, *RTD civ.* 1994. 96, obs. J. MESTRE.

[1003] 1ère Civ. 12 juillet 1989, *M. Pirmamod c. Mme Guichard, Bull. civ.* I n° 293, *JCP* 1990. II. 21546, note Y. DAGORNE-LABBE, *Defrénois* 1990. 358, obs. J.-L. AUBERT ; Y. LEQUETTE, F. TERRE, H. CAPITANT, F. CHENEDE, *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, 13ème édition, 2015, n° 156, p. 90.

[1004] BGH 10.07.1991 - VIII ZR 296/90, *BGHZ* 115, 123, NJW 1991, 2955 ; v. C. AMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7ème édition, 2015, §134, n° 50-60.

[1005] Le droit de l'insolvabilité en fournit une illustration particulière. En effet, les trois droits étudiés admettent de sanctionner les contrats conclus dans une certaine période par une entreprise qui se retrouve ensuite soumise à une procédure d'insolvabilité. L'idée est alors que ces actes doivent être remis en cause sur le fondement de la fraude qu'ils réalisent aux droits des créanciers de l'entreprise en situation d'insolvabilité. Il en est ainsi en droit français de la nullité des actes conclus pendant la période suspecte [L. 632-1 à L. 632- 4 du Code de commerce]. Il en est de même, en droit anglais, des *vulnerable transactions* conclues avant le début de la procédure d'*insolvency* [*Insolvency Act 1986*] et pouvant être contestées par le liquidateur ou l'administrateur [v. J. ARMOUR, H. BENNETT, (dir.), *Vulnerable Transactions in Corporate Insolvency*, Oxford, 2003, *passim.*]. Enfin, en droit allemand, le § 129 de l'*Insolvenzordnung* (InsO), le code allemand de l'insolvabilité, prévoit la possibilité de contester les actes juridiques conclus avant l'ouverture de la procédure et pénalisant les créanciers de l'insolvabilité (« *die Insolvenzgläubiger benachteiligen* »).

[1006] V. L. SAUTONIE-LAGUIONIE, thèse préc., n° 560 et s.

[1007] V. L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « Action paulienne », in *Répertoire de droit civil,* Dalloz, 2016, n° 42 et s. sur les éléments constitutifs de la fraude paulienne.

[1008] Le fondement de cette illicéité a toutefois pu être discuté par la doctrine. L'atteinte aux droits des tiers peut, en effet, tout d'abord être rattachée au fondement de l'ordre public, de sorte que la sanction du contrat opérant une fraude paulienne constituerait

En droit allemand, la violation des intérêts d'un tiers est contraire au § 138 du BGB[1009]. Il est nécessaire que soit caractérisé un élément matériel, consistant en l'atteinte aux droits des tiers, et un élément intentionnel, révélant la culpabilité des parties[1010]. Ce sera le cas, en particulier, lorsque le tiers tentera d'inciter le contractant à méconnaître ses obligations contractuelles au détriment de son cocontractant[1011]. En général, la jurisprudence exige une collaboration secrète préjudiciant aux intérêts du bénéficiaire de la promesse, de sorte que l'illicéité du contrat sur le fondement de la fraude aux droits des tiers n'est reconnue que dans des cas particuliers[1012].

De façon générale, en droit anglais, les contrats dont l'objet consiste à porter préjudice à un tiers sont illicites en droit anglais sur le fondement de la *public policy*[1013]. Ainsi, dans l'arrêt *Brown Jenkinson & Co Ltd v Percy Dalton (London) Ltd*[1014], un contrat de transport avait été conclu entre le vendeur de marchandises et les propriétaires d'un navire sur lequel devait été expédiée une cargaison de jus d'orange, emballée dans des fûts usagés, fragiles et fuyants. Or

---

une « illustration supplémentaire et plus générale de ces règles, rattachées à l'ordre public de protection, qui protègent les intérêts de certains tiers liés à l'une des parties à l'acte » [L. SAUTONIE-LAGUIONIE, thèse préc., n° 602]. Pourtant, Mme SAUTONIE-LAGUIONIE relève que « pour la majorité de la doctrine, l'ordre public de protection n'est pas un instrument normatif protecteur des tiers, mais protecteur de la partie faible du contrat » (*ibid.*), de sorte que le fondement de l'illicéité, en cas de fraude paulienne, dépendrait finalement de la conception de l'ordre public retenue. Il serait davantage opportun de retenir que « [c]'est parce que l'acte frauduleux méconnaît le principe de l'article 1165 du code civil selon lequel les parties ne doivent pas conclure une convention ayant pour effet de nuire à autrui, que la cause de cet acte est illicite » (*Ibid*). L'illicéité du contrat réalisant une fraude paulienne se fonderait ainsi sur la violation de la loi, à savoir l'ancien article 1165 du Code civil qui disposait que « [l]es conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ». Néanmoins, il convient de remarquer que la réforme de 2016 a remplacé ce texte par le nouvel article 1199, lequel ne reprend plus formellement le principe en vertu duquel les conventions « ne nuisent point au tiers ». Cette nouvelle rédaction ne signifie naturellement pas que ce principe a été abrogé et n'est plus en vigueur en droit du contrat français. L'absence d'assise textuelle n'empêche pas, précisément, d'y voir un principe d'ordre public auquel le contrat ne peut déroger. La nouvelle rédaction du Code civil – ne faisant plus ni référence aux bonnes mœurs ni mention du principe selon lequel les conventions ne nuisent point au tiers – tend à fonder l'illicéité du contrat portant atteinte aux droits de tiers sur des considérations d'ordre public. L'article 1341-2 du Code civil, relatif à l'action paulienne, pourrait toutefois être interprété comme impliquant l'interdiction pour un contractant de porter atteinte aux droits des tiers. Il faut bien accorder que le choix du fondement théorique le plus approprié, entre l'ordre public et la violation de la loi, à la question de l'illicéité du contrat opérant une fraude paulienne, ne revêt pas, en définitive, un enjeu fondamental, au regard de leur relative fongibilité.

[1009] V. C. WITZ, *op. cit.*, n° 261 et s. ; v. R. WINGTEN, thèse préc., n° 200 et s. V. par exemple BGH 14.11.1969, V ZR 115/66, *WM* 1970, 321, 322 à propos de la violation d'un pacte de préférence.

[1010] C. WITZ, *op. cit.*, n° 263 : « La réunion de deux éléments peut être dégagée de la jurisprudence : il faut un élément objectif : les tiers doivent avoir été induits en erreur par les sûretés occultes – et un élément subjectif : les parties doivent avoir eu conscience du danger qu'elles faisaient courir aux tiers ou s'être rendues coupables d'une grave négligence en ne prenant pas conscience de ce risque. ; l'auteur mentionne une autre série d'arrêts rendus en matière de conflits entre bénéficiaires de cessions globales de créances et les vendeurs titulaires de réserve de propriété prolongée, soit les « conflits opposant les vendeurs qui se sont fait céder la créance du prix de revente dans le cadre d'une clause de réserve de propriété prolongée au banquier de l'acquéreur sous réserve de propriété bénéficiaire d'une cession globale ».

[1011] BGH, 02.06.1981, VI ZR 28/80, *NJW* 1981, 2184, 2185, *MDR* 1982, 46 : dans cette affaire un tiers à un contrat a offert d'indemniser le promettant contre toute demande de dommages et intérêts pour inexécution de la part du bénéficiaire.

[1012] V. BGH 18.03.1996, II ZR 10/95, *NJW-RR* 1996, 869 ; BGH 14.12.1987, II ZR 166/87, *NJW* 1988, 902.

[1013] V. M. P. FURMSTON, *op. cit.*, p. 462 s. ; E. MCKENDRICK, in *English Private law*, (dir.) A. BURROWS, 3rd ed., Oxford, 2013, n° 8.215 : « A contract for the commission of a civil wrong is illegal if both parties share a guilty intent (eg to defraud creditors) ».

[1014] V. *Brown Jenkinson & Co Ltd v Percy Dalton (London) Ltd* (1957), [1957] 2 QB 621 ; P. TODD, *Maritime Fraud and Piracy*, 2nd ed., Informa, 2010, n° 2.134.

le vendeur, afin de réaliser la vente, avait obtenu l'accord des propriétaires du navire pour l'établissement d'un connaissement attestant du bon état apparent des marchandises, en leur offrant une indemnité pour les pertes pouvant résulter de l'établissement d'une telle facture en ordre. L'illicéité du contrat a alors été reconnue et sanctionnée.

**234. L'insuffisance de la seule caractérisation d'un motif illicite.** L'identification d'un motif contractuel contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou à une interdiction légale ne suffit pas à entraîner la remise en cause de l'acte. En effet, à rebours de la présentation du droit français selon laquelle les motifs même extérieurs au champ contractuel sont pris en compte, la sanction du contrat sur le fondement de l'illicéité de son but suppose que ce dernier y soit suffisamment rattaché. C'est ce qu'il convient de démontrer.

## §2- Les critères de la prise en compte des motifs illicites

**235. Les critères de rattachement des motifs illicites au champ contractuel.** Avant la réforme de 2016, la question de l'illicéité du but du contrat était classiquement réglée en droit français sur le fondement de la cause dite subjective[1015] : il était admis que le juge puisse scruter l'intention réelle des parties pour retenir l'illicéité de la cause impulsive et déterminante du contrat et, partant, prononcer la nullité de ce dernier[1016]. Les droits anglais et allemand, pour lesquels la question du rattachement du motif illicite au contrat se pose expressément, tendent à reconsidérer cette présentation traditionnelle du droit français. La règle selon laquelle le motif illicite doit être rattaché au contrat pour que ce dernier soit invalidé s'impose en réalité dans l'ensemble des droits étudiés (A). Des critères unitaires de rattachement du motif illicite au champ contractuel peuvent alors être identifiés (B).

### A- Le nécessaire rattachement des motifs illicites au champ contractuel

**236. La problématique du degré de rattachement des motifs illicites au contrat en droits anglais et allemand.** En droits anglais et allemand, pour que l'invalidité du contrat sur le fondement de l'illicéité des motifs qui l'ont motivé puisse être retenue, il faut que ces derniers soient suffisamment rattachés au contrat. La caractérisation d'une intention juridiquement inadmissible de la part d'une partie ne suffit donc pas à remettre en cause le contrat qu'elle a conclu dans cette fin. Cette problématique est clairement posée par les doctrines anglaise et allemande. Un auteur anglais s'interroge ainsi en ces termes : « *quelle sorte de lien est exigé*

[1015] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 518.
[1016] *Ibid.*

*entre une activité "répréhensible" et un contrat de sorte que les juges refuseront d'imposer l'exécution de ce dernier ? Un contrat visant la commission d'un crime ne sera sans aucun doute pas valable – le lien entre l'activité et l'accord est suffisamment évident. Mais qu'en est-il du contrat conclu entre une personne ayant l'intention de commettre un meurtre et le vendeur d'armes* ? »[1017]. La jurisprudence anglaise retient alors que, quand bien même un contrat aurait été conclu dans le but de commettre un acte illicite, il a force obligatoire si l'illicéité est trop éloignée du contrat[1018]. En droit allemand, l'absence de rattachement suffisant au contrat de l'illicéité du motif-but constitue un obstacle à la sanction de l'acte[1019]. Ainsi, d'après les termes d'un auteur allemand, « *[l]'acte est immoral non en raison de l'immoralité du motif à l'origine de la conclusion du contrat, mais parce que le régime du contrat est lui-même immoral en raison de son rattachement au but immoral »*[1020].

La question du rattachement des motifs illicites au champ contractuel apparaît incontournable, y compris en droit français.

**237. Le caractère incontournable du rattachement des motifs illicites au champ contractuel.** Il ne peut être admis que tout contrat qui, bien qu'en lui-même parfaitement neutre, a été instrumentalisé par l'une des parties au service d'une fin condamnable soit remis en cause. Faut-il admettre, par exemple, que soit remis en cause le contrat de transport conclu par un usager ayant acheté son ticket de train pour aller commettre un délit[1021] ? Ainsi que le relève la doctrine, la jurisprudence française n'admettrait pas la sanction du contrat dans de telles hypothèses[1022]. Les solutions de la Cour de cassation ne s'accordent dès lors pas toutes avec la proposition selon laquelle la protection de l'ordre public justifierait une prise en compte

---

[1017] S. A. SMITH, *op. cit.*, p. 246 : « what sort of connection is required between an 'objectionable' activity and an agreement so that courts will refuse to enforce the agreement ? A contract to commit murder will certainly be invalid – the connection between the activity and the agreement is obvious enough. But what about a contract between an aspiring murderer and a gun merchant ? » ; p. 252 : « [t]he main difficulty raised by such cases is the practical one of distinguishing acts that are properly regarded as assisting an objectionable activity from acts that are related only tangentially to objectionable activities. A thief needs to be healthy, and thus to eat, in order to continue stealing ; but does this mean that a person who provides a meal to a thief is assisting in the thief's wrongdoing ? »

[1018] *21st Century Logistic Solutions Ltd (In Liquidation) v Madysen Ltd*, [2004] EWHC 231.

[1019] V. en ce sens, C. WITZ, *op. cit.*, n° 264 : « Les motifs immoraux d'une seule partie à un contrat, dont le contenu proprement dit ne heurte pas en soi les bonnes mœurs et s'avère ainsi neutre, ne suffisent pas à rendre le contrat immoral, et ce, même si le cocontractant connaissait ces motifs ».

[1020] W. FLUME cité par C. WITZ, *op. cit.*, n° 264.

[1021] Illustration donnée par J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat, op. cit.,* n° 1249, note en bas de page 41 ; dans le même ordre d'idée v. M. DEFOSSEZ, « Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations », *op. cit*., n° 33, p. 533 : « Nul ne songe à annuler le contrat liant un voyageur à la S.N.C.F. au motif que la cause impulsive et déterminante de l'achat du billet serait un rendez-vous de ce voyageur chez sa maîtresse et cela même si l'employé de la gare connaît les motifs de l'achat du billet ».

[1022] *Ibid.* n° 33 et s.

sans limites de la motivation réelle des parties[1023]. L'impératif de protection de l'ordre juridique n'impose en réalité une sanction contractuelle que dans la mesure où le contrat constitue le vecteur adéquat de l'illicéité. Si le motif illicite n'est pas suffisamment rattaché au contrat, l'illicéité ne restera pas pour autant impunie : la sanction de l'illicéité n'interviendra simplement pas en matière contractuelle, à tout le moins elle ne sera pas mise en œuvre à l'encontre du contrat considéré. Par hypothèse, l'exercice d'une activité illicite – ayant peut-être motivé la conclusion de certains contrats qui seront, le cas échéant, maintenus – pourra être réprimée sur d'autres terrains, tels que celui du droit pénal ou du droit fiscal.

L'analyse de la jurisprudence permet en réalité d'identifier des critères à partir desquels le motif illicite est rattaché au champ contractuel, ce qui justifie l'invalidité du contrat.

### B- Les critères de rattachement du motif illicite au champ contractuel

**238. L'identification de critères d'intégration dans le champ contractuel.** La question du rattachement du but illicite au contrat, justifiant la sanction de ce dernier, transparaît indirectement en droit français à travers la référence aux caractères impulsif et déterminant de la cause illicite[1024]. Néanmoins, la distinction du motif impulsif et déterminant et des autres motifs, qui ne seraient dès lors que secondaires, est artificielle. Un motif est, en tant que tel, toujours impulsif et déterminant. Le caractère impulsif et déterminant du motif ne peut pas constituer un critère opérant de rattachement du but illicite au contrat. Un autre critère peut être envisagé à partir de l'exigence qui avait été retenue en jurisprudence de la connaissance du motif illicite. En effet, pendant longtemps, en droit français, la jurisprudence n'admettait la sanction du contrat en raison du but illicite poursuivi par un contractant que si le cocontractant en avait eu connaissance au moment de la conclusion de l'acte[1025]. Une analyse comparative des solutions retenues en droits français, anglais et allemand démontre toutefois que la connaissance du motif illicite par le cocontractant doit être rejetée en tant que critère

---

[1023] Voir par ex. Cass. Com. 17 mai 1977, *Bull. civ.* n°141 qui refuse d'annuler un prêt consenti entre coacquéreurs d'un fonds de commerce et destiné à financer la soulte occulte du prix d'achat de ce fonds.

[1024] 1ère Civ. 12 juillet 1989, *M. Pirmamod c. Mme Guichard, Bull. civ.* I n° 293, *JCP* 1990. II. 21546, note Y. DAGORNE-LABBE, *Defrénois* 1990. 358, obs. J.-L. AUBERT ; Y. LEQUETTE, F. TERRE, H. CAPITANT, F. CHENEDE, *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, 13ème édition, 2015, n° 156, p. 90. V. J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *op. cit.*, n° 1251 et s.

[1025] A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, *op. cit.*, n° 325, p. 317 au sujet du droit français : « cette recherche psychologique du but que les parties cherchent à atteindre, n'est-elle pas contraire à la stabilité des transactions juridiques ? Va-t-on annuler la convention du seul fait que l'un des contractants a été déterminé par un motif illicite ou immoral ? (…) Cet argument n'a pas échappé aux juges ; ainsi, pour annuler le contrat, exigent-ils que le motif illicite ou immoral qui a poussé l'une des parties à conclure l'acte ait été connu de l'autre » ; D. BONNET, thèse précité, n° 310, v. aussi note bas de page n° 8 au sujet du mobile illicite : « L'exigence de *connaissance* du caractère *déterminant* ne signifie pas autre chose que sa déclaration à l'acte et doit être tenue pour synonyme de celle d'*intégration au champ contractuel* ».

d'admission de la sanction du contrat (1) et permet, par ailleurs, d'identifier quels éléments constituent des critères de rattachement déterminant (2).

### *1. Le rejet du critère de la connaissance du motif par le cocontractant*

**239. L'ancien critère de la connaissance du but par le cocontractant en droit français.** La jurisprudence française a, pendant un temps, imposé le critère de la connaissance par le cocontractant du but illicite pour la sanction du contrat[1026]. La nullité du contrat pour illicéité de la cause ne pouvait pas être obtenue si le cocontractant avait été « innocent » et l'avait ignorée, qu'il soit défendeur ou demandeur à l'action en nullité[1027]. Il n'était pas pour autant nécessaire que le motif soit commun aux deux parties[1028]. Cette solution a par la suite été critiquée, notamment en raison du résultat paradoxal auquel elle aboutissait : la partie parfaitement innocente, qui n'avait pas connaissance du motif illicite, se voyait privée de la possibilité de poursuivre la nullité du contrat alors que le cocontractant qui en avait connaissance, et donc qui n'était pas tout à fait irréprochable, le pouvait[1029]. L'argument principal opposé au critère de la connaissance du but par le cocontractant est posé en termes d'efficacité du contrôle de la licéité du but : ce critère conduirait à admettre la validité de contrats par lesquels une des parties poursuit pourtant une fin contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Ainsi, « *en exigeant que le mobile illicite ou immoral qui anime l'un des contractants ait été connu de l'autre, la solution retenue présentait l'inconvénient de raréfier les annulations et par là-même d'édulcorer son rôle moralisateur* »[1030]. Aussi, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence dans un arrêt de de la première chambre civile du 7 octobre 1998[1031]. La réforme du droit des obligations a consacré cette solution puisque l'article 1162 précise que le contrat ne peut déroger à l'ordre public par son but « *que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ».

**240. Le rejet du critère de la connaissance par le cocontractant en droit anglais**. En droit anglais, le critère de la connaissance de l'illicéité du contrat par le cocontractant semble

---

[1026] V. A. WEILL, « Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l'action en nullité, in *Mélanges Marty,* 1978, p. 1165 s. ; J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *op. cit.*, n° 1243 et s.
[1027] J. GHESTIN , *op. cit.*, n° 1243.
[1028] P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 2ème éd., L.G.DJ., 2005, n° 620 : « un motif n'est jamais commun aux deux parties, il est toujours individuel : chacun poursuit ses propres fins ».
[1029] V. M. DEFOSSEZ, art. préc., n° 23.
[1030] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 526.
[1031] 1ère Civ. 7 octobre 1998, n° 96-14.359 *Malvezin c. Mme Grostabussiat* ; *D.* 1999, Somm. 110 obs. P. DELEBECQUE ; *JCP* 1998. II. 10202, note M.-H. MALEVILLE ; *JCP* 1999. I. 114, n° 1, obs. C. JAMIN ; *Defrénois* 1998. 1408 obs. D. MAZEAUD ; Y. LEQUETTE, F. TERRE, H. CAPITANT, F. CHENEDE, *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, 13ème édition, 2015, n° 158, p. 123 et s.

avoir été retenu dans plusieurs décisions. Ainsi, dans l'arrêt *Pearce v Brooks*[1032], un contrat portant sur la vente d'une voiture à chevaux « ornementale » avait été conclu aux fins d'être utilisée par l'acheteur dans le cadre de son activité de prostitution. Il a été considéré que le demandeur, le vendeur, n'était pas fondé à recouvrer le prix de vente dans la mesure où il avait eu connaissance du but poursuivi par l'acheteur. La connaissance par le vendeur de l'utilisation illicite de la chose objet du contrat par l'acheteur apparaît comme le critère de l'*unenforceability* du contrat. Cependant, ainsi que cela a pu être relevé par les juges, la voiture à chevaux était « *particulièrement appropriée pour le commerce de l'acheteur en tant que prostituée* »[1033], de sorte que le motif-but illicite pouvait, au moins en partie, être rattaché à l'objet même du contrat et participait donc indirectement de son contenu. Dans un autre arrêt[1034], du jus espagnol, de l'ichtyocolle et du gingembre avaient été vendus à un fabriquant de bière et le contrat a été jugé illicite en raison d'un *Act* de 1802 réprimant l'usage de tout autre ingrédient que le malt et le houblon comme saveurs pour la bière. La connaissance par le vendeur de l'intention de faire un usage illicite de la chose objet du contrat a, une nouvelle fois, été caractérisée. Toutefois, l'importance du critère de la connaissance par le cocontractant semble devoir être nuancée en l'espèce : les éléments objectifs que sont les objets de la vente et la qualité de l'acheteur permettent de considérer que le but illicite – l'usage des ingrédients interdits pour la fabrication de bière – était intégré au champ contractuel.

Quelle que soit l'interprétation pouvant être faite de ces arrêts, la solution consistant à retenir le critère de la connaissance de l'illicéité par le cocontractant a par la suite été abrogée par l'arrêt *JM Allan (Merchandising) Ltd v Cloke*[1035]. En l'espèce, un contrat portant sur la location d'une table de roulette et d'un livre de règles du jeu avait été conclu. Les règles figurant dans le livre étaient interdites par les dispositions du *Betting and Gaming Act 1960*, ce que les parties ignoraient. L'illicéité du contrat a été retenue et sanctionnée. Le célèbre juge Lord DENNING[1036] a alors affirmé le principe selon lequel la connaissance du but illicite n'est pas le critère de la sanction du contrat. Il explique alors que la sanction du contrat peut parfois être refusée alors même qu'un contractant n'ignorait pas le but illicite poursuivi par son cocontractant. Il prend ainsi l'exemple d'une blanchisseuse qui lave le linge d'une prostituée : quand bien même elle a connaissance de l'activité de cette dernière, elle peut obtenir paiement

---

[1032] *Pearce v Brooks* (1866) LR 1 Exch 213.
[1033] R. TOULSON, « Illegality : Where are we now ? », *in Defences in Contract*, (dir.) A. DYSON, J. GOUDKAMP, F. WILMOT-SMITH, p. 279.
[1034] *Langton v Hughes* (1813) 1 M. & S. 593.
[1035] *JM Allan (Merchandising) Ltd v Cloke*, [1963] 2 QB 340.
[1036] *Master of the Rolls*, juge ayant pour fonction de présider la section civile de la *Court of Appeal*.

de sa prestation, c'est-à-dire que le contrat est valable en dépit du fait que le but poursuivi par son cocontractant est l'exercice d'une activité prohibée. Il en est autrement du propriétaire qui donne à bail un appartement à la prostituée, en contrepartie d'un loyer commercial anormal. Le juge DENNING emploie alors la formule selon laquelle le cocontractant doit avoir eu une « *participation active* » dans le but illicite. Ce critère de la participation active renvoie alors à l'appréciation d'éléments objectifs permettant de considérer que le motif intègre le champ contractuel. Suivant l'analyse d'un auteur, « *plus la chose objet du contrat est adaptée au but illicite, plus la conclusion de la participation est susceptible d'être retenue* » [1037]. La « *participation active* » semble ainsi directement renvoyer à une appréciation objective du champ contractuel. La question ne devrait en effet finalement pas être de savoir si le motif est connu ou non du cocontractant mais si, objectivement, il imprègne le contrat de telle sorte que la norme méconnue impose la sanction de ce dernier. Il convient alors d'identifier les éléments objectifs au regard desquels le motif illicite poursuivi peut être considéré comme rattaché au champ contractuel et entraîner une sanction du contrat.

### *2. Les critères déterminant de rattachement du motif illicite au champ contractuel*

**241. L'insuffisance du seul critère du résultat du contrat.** Il pourrait être considéré que si le contrat a effectivement permis la réalisation d'une fin illicite, c'est que cette dernière constitue un motif suffisamment rattaché au champ contractuel. Ainsi, selon la thèse défendue par Mme GUELFUCCI-THIBIERGE, « *[l]'inhérence à l'acte du but illicite ou immoral est une condition du prononcé de la nullité pour cause illicite ou immorale* »[1038] et « [c]*ette inhérence peut revêtir trois formes selon que le but illicite relève du contenu de l'acte lui-même, des circonstances de sa conclusion ou de ses effets* »[1039]. En réalité, le résultat auquel aboutit le contrat ne constitue jamais, à lui seul, un critère déterminant de rattachement du motif illicite à l'acte. Il constitue davantage un élément permettant d'identifier un but illicite. En effet, le résultat du contrat permet de révéler l'existence d'un motif illicite[1040], sans pourtant régler la question de savoir si ce motif est suffisamment rattaché au contrat pour entraîner une sanction

---

[1037] E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 11-018.
[1038] C. GUELFUCCI-THIBIERGE, thése préc., n° 417.
[1039] *Ibid.*
[1040] En effet, suivant les termes de M. WICKER, « il paraît bien évident que le résultat, juridique ou matériel, résultant de l'exécution du contrat aura nécessairement motivé l'engagement. De fait, ce n'est pas parce que le résultat du contrat est une donnée objective, que ce résultat n'a pas, d'un point de vue subjectif, déterminé l'une ou l'autre des parties à contracter, et a par là-même constitué un motif déterminant de son engagement » (G. WICKER, « La suppression de la cause et les solutions alternatives », art. préc., n° 8.

de ce dernier. Le résultat illicite obtenu par le biais du contrat permet alors de mettre en évidence le motif illicite mais ne constitue pas, à lui seul, un critère satisfaisant de rattachement au contrat[1041].

Si le résultat de l'exécution du contrat ne constitue pas un critère déterminant de rattachement du motif au contrat, les deux autres éléments identifiés par l'auteur précité, eux le sont, à savoir le contenu du contrat (a) ainsi que les circonstances de sa conclusion (b).

### a. Le contenu du contrat

**242. Le critère du contenu du contrat.** La réforme du droit des obligations semble précisément avoir conçu l'illicéité du but du contrat suivant le critère du rattachement au contenu du contrat. En effet, la disposition de l'article 1162 selon lequel « *[l]e 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* » figure dans une sous-section 3 relative au contenu du contrat. D'après la façon dont les textes sont ordonnés, l'illicéité du but est ainsi essentiellement considérée comme une question relevant du contenu du contrat.

---

[1041] Une distinction anglaise traditionnelle en témoigne. Le droit anglais distingue classiquement l'*illegality at formation* et l'*illegality at performance* [E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 11-019 et s.] : la première envoie à l'illicéité affectant l'accord *ab initio* et de nature à en remettre en cause la validité, la seconde vise les moyens d'exécution illicites auxquels un contractant a recours, sans que la validité de l'acte ne soit en cause. En effet, un contrat peut, par exemple, porter sur la construction d'un immeuble qui, pour être exécuté, nécessitera l'obtention d'autorisation, ou encore sur le transport de marchandises qui nécessitera du transporteur l'obtention d'une licence. La validité des contrats en question n'est alors pas remise en cause du seul fait qu'ils sont exécutés en violation de ces exigences légales : le contrat sera illicite si la prévision de l'exécution du contrat sans les autorisations imposées par la loi intègre le champ contractuel. Ainsi, dans l'arrêt *Ashmore & Co v Dawson Ltd* [*Ashmore & Co v Dawson Ltd* [1973] 1 WLR 828], un contrat portait sur le transport de deux charges de 25 tonnes et il a été exécuté par le recours à des camions ne pouvant pas légalement transporter plus de 20 tonnes. La Cour a rejeté la demande d'indemnisation des dommages subis lors du transport, intentée par le propriétaire des marchandises. Elle a relevé que, non seulement le demandeur avait eu connaissance de la surchage des camions, mais qu'il y avait en plus participé. Cette participation du demandeur témoigne alors de son acceptation à la modalité illicite d'exécution du contrat, cette dernière intégrant alors le champ contractuel. En revanche, dans l'affaire *Archbolds (Freightage) Ltd v S Spanglett Ltd* [*Archbolds (Freightage) Ltd v S Spanglett Ltd* [1961] 1 QB 374 ; v. aussi *Marles v Philip Trant & Sons Ltd* [1954] 1 QB 29] , un contrat portant sur le transport de whisky avait été conclu et celui-ci fut transporté dans une caravane, appartenant à un tiers et non autorisée au transport de marchandises. Une action a été intentée en responsabilité contractuelle suite au vol du whisky et elle fût accueillie par la Cour, sans que l'illicéité ne puisse y faire obstacle. En effet, dans ce cas, l'illicéité est dite *at performance*, c'est-à-dire qu'elle résulte de la liberté individuelle du transporteur ayant choisi d'exécuter son engagement suivant des modalités contraires à la loi [v. aussi *21st Century Logistic Solutions Ltd (In Liquidation) v Madysen Ltd* [2004] EWHC 231 : une partie a intenté une action pour le prix des biens vendus et livrés à son cocontractant qui se prévaut de l'illégalité du contrat sur le fondement d'une fraude du demandeur à la TVA en violation du *Customs of Value Added Tax* ; le juge Field a considéré que le contrat était en lui-même légal et que les intentions frauduleuses du contractant étaient trop éloignées du contrat pour le rendre *unenforceable* : l'illicéité n'était en effet que subséquente, résultant du procédé d'exécution du contrat]. De même, dans l'arrêt *St John Shipping Corp v Rank Ltd* [*St John Shipping Corp v Rank Ltd* [1957] 1 QB 267], la demande du propriétaire d'un navire marchand en paiement du fret dû au titre d'un contrat de transport conclu avec le défendeur fut accueillie, en dépit du fait que le cargo avait été surchargé au mépris de la réglementation applicable. La poursuite et la sanction du maître du bâtiment, en raison de la violation de la loi, ne faisait pas obstacle à sa demande en exécution du contrat dont la validité ne pouvait être contestée. C'est dire que la seule considération du résultat concret auquel aboutit le contrat peut permettre de caractériser une faute mais non de remettre en cause l'acte en lui-même.

Le contenu du contrat apparaît également comme le critère de rattachement privilégié en droit allemand, en ce que ce dernier retient le principe de la déclaration de volonté considérée comme l'expression même de la volonté[1042]. Ainsi, suivant les termes de RIEG « *le juge peut et même doit scruter les mobiles individuels des parties, mais l'illicéité ou l'immoralité du seul motif déterminant, du seul but poursuivi n'entraîne pas l'illicéité ou l'immoralité de l'acte juridique tout entier. Pour que l'acte soit nul il faut que les "éléments objectifs" soient eux-mêmes immoraux, en particulier le contenu de la déclaration de volonté* (…) »[1043].

**243. Illicéité du but doublée d'une illicéité du contenu du contrat.** L'illicéité d'un motif contractuel peut, en effet, d'abord résulter du contenu du contrat, lui-même illicite, et, dans ce cas, le rattachement au contrat est assez évident. Dans cette hypothèse, l'analyse des stipulations du contrat, expresses ou implicites[1044], sera suffisante[1045]. Il s'agit alors de l'hypothèse, en droit anglais, où « *aucune des parties ne peut prétendre qu'elle n'avait pas l'intention de méconnaître la loi. Les deux parties ont expressément et clairement accepté de faire quelque chose qui est en réalité interdit en* common law *(…). La situation est la même si les parties ont accepté de faire quelque chose qui est expressément ou implicitement interdit par la loi. Dans les deux cas le contrat est intrinsèquement et inévitablement illicite (…)* »[1046]. L'illicéité pourra concerner, de façon immédiate, la contrepartie convenue, de sorte que le rattachement du motif illicite au contrat ne posera pas de difficulté. Ainsi en serait-il du contrat de mère porteuse qui prévoirait le port d'un embryon pour autrui par une femme en contrepartie ou non d'une rémunération. Toutefois, le but illicite peut également être rattaché au contrat par son contenu, sans que celui-ci ne soit lui-même illicite, c'est-à-dire qu'il apparaît parfaitement neutre.

**244. Illicéité du but sans illicéité du contenu du contrat.** Le contenu du contrat peut également permettre de révéler l'illicéité du but sans, pour autant, qu'il soit en lui-même illicite. Ainsi en est-il par exemple de la présence de « *clauses exorbitantes et inhabituelles* »[1047]. Dans

---

[1042] C. WITZ, *op. cit.*, n° 85.
[1043] A. RIEG, thèse préc., n° 335 et spéc. n° 340 : « ce n'est pas exclusivement le motif ayant poussé les parties à conclure la vente qui importe. Comme le Reichsgericht l'a déjà exprimé dans son arrêt du 15 décembre 1903 (RGZ 56-231), le § 138 BGB ne dénie force de droit qu'à ceux des actes juridiques dont le caractère général, issu de la réunion du contenu, des motifs et du but, porte atteinte aux bonnes moeurs du point de vue objectif et subjectif ».
[1044] S. A. SMITH, *op. cit.*, p. 251 et s.
[1045] Il en est ainsi, par exemple, du contrat portant sur la cession de parts d'un office ministériel (Civ. 25 janvier 1887, *D.*1887. I. 465 note PONCET), de la convention portant accord du bailleur à l'établissement d'une maison de tolérance dans l'immeuble loué (CA Paris 30 novembre 1839, *S.*1840. 2. 121), du contrat de vente de colorants falsificateurs de vins (Civ. 23 juin 1879, *D.* 1879. I. 376), du contrat de « mère-porteuse » (TGI Marseille 16 décembre 1987, *G.P.* 30 janvier 1988), ou encore du contrat d'intermédiaire en vue d'une adoption (Cass. civ. 1ère 22 juillet 1987, *Bull. civ.* I n° 282).
[1046] M.P. FURMSTON, *op. cit.*, p. 475.
[1047] C. GUELFUCCI-THIBIERGE, thèse préc., n° 418.

ce cas, quand bien même le contenu du contrat n'est pas illicite, il peut permettre de rattacher l'illicéité du motif au champ contractuel. Dès lors, la doctrine anglaise retient que « *si le contrat est ex facie licite*, *mais les deux parties ont eu l'intention de l'exploiter pour un but illicite, il est illegal depuis sa création malgré son apparence inoffensive. C'est le cas, par exemple, de l'accord portant sur un appartement dont il est admis par les deux parties qu'il sera utilisé pour des fins immorales* »[1048]. De même, en droit allemand, un même rattachement au contrat du motif illicite pourra être fait au regard de son contenu, quand bien même ce dernier serait parfaitement licite. En effet, prenant l'exemple de la vente d'une maison de tolérance, RIEG en faisait la démonstration suivante : « *l'écrit dressé indique qu'un immeuble a été vendu tel jour à telle personne pour tel prix. L'une des parties demande ultérieurement au juge de constater la nullité de la vente pour immoralité. Le magistrat examinera scrupuleusement le contenu de l'acte, mais aucune indication ne lui permet de faire jouer le § 138. Que fait-il alors ? Il scrute le for interne des parties et s'aperçoit qu'en fait, le but poursuivi a été l'exploitation d'une maison de tolérance, et non pas du tout l'achat d'un immeuble quelconque. Grâce à sa connaissance du motif déterminant des contractants, il pourra maintenant éclairer le contenu de l'acte, et il s'apercevra que le prix stipulé est en rapport étroit avec le but poursuivi : son montant ne correspond pas seulement à la valeur de l'immeuble, mais aussi au rendement de l'exploitation de la débauche. Le juge annulera donc la vente, et l'arrêt indiquera que "le contenu, les motifs et le but avaient imprimé à l'acte un caractère immoral"* »[1049]. L'auteur relève alors plusieurs arrêts du *Reichsgericht* en ce sens et cite notamment l'arrêt du 17 décembre 1910[1050] ayant retenu la nullité de la vente d'une maison de tolérance « *parce que, d'après son contenu, elle avait été conclue pour continuer l'exploitation de la maison close dans l'immeuble vendu, et qu'en considération de ce but, le prix a été fixé bien au-dessus de la valeur de l'immeuble* »[1051]. Dans de telles hypothèses, le résultat du contrat permet alors d'éclairer l'interprétation de son contenu et de déterminer si le motif illicite doit être considéré comme intégré ou non dans le champ contractuel. Le contenu du contrat n'est toutefois pas le seul critère de rattachement du motif illicite au champ contractuel, ce qui rend la place du

[1048] M. P. FURMSTON, *op. cit.*, p. 476.
[1049] A. RIEG, thèse préc., n° 341.
[1050] RG 17.12.1910, Rep. V. 62/10, *RGZ* 75, 68.
[1051] A. RIEG, thèse préc., n° 341 p. 329, l'auteur cite une autre décision en ce sens, l'arrêt du 13 juin 1906 (*RGZ* 63-367 (370)) qui a prononcé la nullité d'un contrat de construction d'une maison de tolérance au motif que l'entreprise s'était engagée à construire l'immeuble avec toutes les installations adéquates pour l'exploitation d'une maison close, de sorte que le *Reichsgericht* a pu retenir que « le but immoral, dirigé vers l'encouragement de la débauche, est devenu le contenu et l'objet du contrat ».

nouvel article 1162 dans le Code civil français ainsi que sa formulation assez discutables[1052]. Un autre critère de rattachement peut, en effet, être retenu et éventuellement s'ajouter au précédent : celui des circonstances de la conclusion du contrat.

### b. Les circonstances de la conclusion du contrat

**245. Le critère des circonstances de la conclusion du contrat.** Le rattachement de l'illicéité du motif au contrat peut s'opérer par les circonstances de sa conclusion[1053]. Ces circonstances peuvent tout d'abord être objectives et tenir ainsi par exemple à la situation ou la qualité de la chose objet du contrat[1054], ou encore au lieu ou au moment de la conclusion du contrat[1055]. Elles peuvent ensuite être subjectives, et tenir à la qualité de l'une[1056] ou des deux parties[1057] ou à leur comportement durant les négociations ou la conclusion du contrat[1058]. En toute hypothèse, ces circonstances doivent avoir été déterminantes de la conclusion du contrat, elles doivent avoir exercé « *une influence sur le but de l'acte* »[1059].

**246. L'appréciation cumulative des circonstances de la conclusion du contrat et de son contenu**. Il n'est pas exclu que les circonstances de la conclusion du contrat, et notamment la qualité des parties, s'ajoutent au critère du contenu du contrat pour que le motif-but illicite

---

[1052] V. E. SAVAUX, « Le contenu du contrat », *JCP G* supplément au n° 21, 25 mai 2015, p. 20, n° 5 : « c'est évidemment l'affirmation selon laquelle le contrat ne peut déroger à l'ordre public "par son but" qui est la plus problématique. Le but n'a rien à faire dans une division consacrée au contenu et qui les oppose formellement. Il s'agit de prendre en compte le fait, sanctionné actuellement sur le fondement de la cause, qu'un contrat, irréprochable pour ce que les parties conviennent, peut ne pas l'être en raison de la fin qu'elles poursuivent. Le texte le précise utilement, mais dès lors que le but (la fin) se distingue du contenu (les moyens) il est bancal ».

[1053] C. GUELFUCCI-THIBIERGE, thèse préc., n° 419 ; au sujet du droit allemand v. C. WITZ, *op. cit.*, n° 195 : « appelé à interpréter une clause contractuelle litigieuse, le juge devra faire prévaloir l'intention commune des parties. A cet effet, il examinera les circonstances ayant entouré la conclusion du contrat – comportement des parties durant la négociation, relations contractuelles antérieures, il dégagera la « tendance générale du contrat » (Grundtendenz) » ; V. pour le droit anglais M.P. FURMSTON, *op. cit.*, p. 498 sur la preuve de l'illicéité d'un contrat *ex facie* lawful par les « *external circumstances showing that it is in fact illegal* ».

[1054] V. ex. cité par C. GUELFUCCI-THIBIERGE, thèse préc., note de bas de page n° 275 : « Toulouse 18 mars 1927, *G.P.* 1956. 1. 319, pour le bail d'un immeuble de rendez-vous qui avait ce caractère bien avant la conclusion du contrat ».

[1055] Exemple du prêt d'argent consenti à un joueur lors du jeu (v. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, thèse préc., n° 419).

[1056] Exemple du contrat de courtage matrimonial conclu par une conseillère matrimoniale avec des personnes déjà mariées, ayant donc l'intention d'avoir des relations adultères (TGI Chartres 12 octobre 1976, *G.P.* 1977. 1. Som. 12).

[1057] Exemple du contrat de vente portant sur des ouvrages et du matériel d'occultisme, conclu entre un devin et son disciple, en vu de l'exercice par l'acquéreur de l'activité de devin, laquelle était alors prohibée (1ère Civ. 12 juillet 1989, *M. Pirmamod c. Mme Guichard, Bull. civ.* I n° 293, *JCP* 1990. II. 21546, note Y. DAGORNE-LABBE, *Defrénois* 1990. 358, obs. J.-L. AUBERT ; Y. LEQUETTE, F. TERRE, H. CAPITANT, F. CHENEDE, *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, 13ème édition, 2015, n° 156, p. 90).

[1058] V. exemple cité par C. GUELFUCCI-THIBIERGE, thèse préc., note de bas de page n° 275 : « Paris 14 janvier 1881, *S.* 1881. 2. 52, pour le paiement du prix d'une maison de tolérance, à la place de l'acquéreur, par une employée, désireuse de participer à son exploitation ». V. pour un exemple d'analyse des circonstances de la conclusion du contrat n'ayant pas permis de rattacher l'illicéité du motif-but au contrat : Cass. civ. 4 décembre 1956, *JCP* 1957. II. 10008, note J. MAZEAUD, la Cour a considéré dans cet arrêt que « la preuve n'est aucunement rapportée que, lors de la passation du bail, comme lors de sa prorogation conventionnelle, les parties aient convenu de l'exploitation, dans les lieux loués, d'une maison de tolérance ».

[1059] C. GUELFUCCI-THIBIERGE, thèse préc., n° 419.

soit considéré comme intégré au champ contractuel[1060]. Ainsi, dans l'arrêt anglais cité précédemment, *Pearce v Brooks*[1061], le caractère « ornemental » de la voiture à chevaux, objet du contrat, n'est naturellement pas en lui-même illicite, pourtant, au regard des circonstances de la conclusion du contrat, desquelles participe la qualité des parties et notamment celle de prostituée de l'acheteur, il aurait été possible d'y voir un rattachement suffisant de l'illicéité du motif-but au contrat. La même interprétation des faits de l'arrêt *Langton v Hughes*[1062], portant sur la vente, à un fabricant de bière, d'ingrédients interdits pour parfumer la bière, peut être faite : l'objet du contrat de vente n'est en lui-même pas illicite, pourtant, au regard de la qualité des parties, il aurait pu permettre de rattacher le but illicite poursuivi par l'une d'elles au contrat.

La question du rattachement du motif au champ contractuel est fondamentale dans la mesure où, si un tel rattachement est établi, le contrat pourra être remis en cause. Cette solution est admise unitairement dans les droits français, anglais et allemand. La démonstration de la convergence des droits étudiés suppose toutefois de considérer plus précisément la sanction de l'impossibilité juridique de satisfaction des motifs.

## *Section 2 – La sanction de l'impossibilité juridique de satisfaction des motifs*

**247. Divergence *a priori* des droits étudiés.** L'impossibilité juridique de satisfaction des motifs conduit à l'invalidité du contrat dont la sanction de principe est la nullité. La sanction de la cause illicite en droit français, antérieurement à la réforme, était la nullité du contrat. Le principe de la nullité du contrat entaché d'une cause d'invalidité est aujourd'hui consacré par l'article 1178 du Code civil, ce qui est, d'après l'article 1162, le cas lorsque son but est illicite.

La même solution est retenue par le § 134 et le § 138 du BGB. La nullité implique alors non seulement que les parties ne puissent se prévaloir de la force obligatoire du contrat mais, en outre, qu'elles soient replacées dans la situation dans laquelle elles se seraient trouvées si le contrat n'avait pas été conclu. Le contrat est ainsi remis en cause *ex tunc* et des restitutions entre les parties doivent alors intervenir pour le cas où l'acte aurait reçu exécution.

La position du droit anglais semble formellement assez différente. En effet, le droit anglais n'envisage pas la question sous l'angle du contrat lui-même mais plutôt du point de vue du droit d'action des parties sur le fondement de l'acte : l'illicéité du but conduit à

[1060] Exemple de l'arrêt précité du contrat conclu entre un devin et son disciple (1ère Civ. 12 juillet 1989, préc.).
[1061] *Pearce v Brooks* (1866) LR 1 Exch 213.
[1062] *Langton v Hughes* (1813) 1 M. & S. 593

l'*unenforceability* de l'accord[1063], soit non pas tant une remise en cause *ab initio* du contrat qu'une paralysie du droit de se prévaloir de la force obligatoire du contrat. L'*unenforceablility* du contrat n'implique ainsi pas que les parties soient replacées dans la position dans laquelle elles se seraient trouvées si l'acte n'avait pas été conclu : l'*unenforceability* n'est pas un fondement reconnu aux restitutions. Par ailleurs, l'*unenforceability* du contrat peut n'être reconnue qu'à l'égard d'une des parties seulement.

L'invalidité du contrat résultant de l'illicéité des motifs ne produirait donc pas des effets unitaires entre les droits étudiés.

**248. Rapprochement des résultats concrets.** En réalité, les effets résultant de l'invalidité du contrat sur le fondement de l'illicéité des motifs tendent à converger dès lors que sont dissociées deux questions : celle de l'impossibilité pour les parties de se prévaloir d'un contrat valablement formé et celle de leur rétablissement dans la situation antérieure à sa conclusion par le jeu des restitutions. Il convient en définitive de distinguer l'invalidité de contrat (§1) du traitement des restitutions (§2).

## §1- L'invalidité du contrat

**249. Principe et exceptions.** L'illicéité du but poursuivi par le contrat donne lieu à une sanction de principe classique en droit français : la nullité du contrat. L'idée est que le contrat conclu par des parties poursuivant un but illicite est considéré comme non-valable *ab initio* et ne peut produire ses effets de droit. L'acte est privé de force obligatoire. Cette sanction se retrouve expressément en droit allemand, qui admet la nullité du contrat en application des §§ 134 et 138 du BGB. En droit anglais, le contrat illicite est en principe *unenforceable* et cette sanction peut ne s'appliquer qu'à l'égard d'une seule des deux parties. C'est dire, dans ce cas, que le contrat n'est pas privé de toute force obligatoire, contrairement à ce qui est admis en droits français et allemand.

Toutefois, même en droits français et allemand, la nullité n'est en réalité pas toujours la sanction retenue. L'analyse du sens et du but de la norme méconnue peut conduire à imposer une autre sanction que la nullité du contrat y contrevenant. Il convient en définitive d'analyser la sanction de principe de l'illicéité du but, à savoir la négation de la force obligatoire du contrat (A), avant d'envisager, suivant la terminologie allemande, les exceptions fondées sur l'analyse du sens et du but de la norme méconnue (B).

[1063] V. A. BURROWS, *A Restatement of the English Law of Contract, op. cit.*, n° 44, p. 35.

### A- La négation de la force obligatoire du contrat

**250.L'opposition *a priori* du droit anglais avec les droits français et allemand.** Comme cela vient d'être mentionné, la position du droit anglais s'agissant de la sanction de l'impossibilité juridique de satisfaire les motifs diffère formellement de celle des droits français et allemand. En effet, tandis que ces derniers retiennent la nullité de principe du contrat, le droit anglais traite la question sous l'angle de l'action sur le fondement du contrat. Il convient alors de distinguer la position des droits français et allemand (1), de celle du droit anglais (2).

#### *1. La nullité en droits français et allemand*

**251. Nullité du contrat sur le fondement de l'illicéité des motifs en droit français.** L'ancien article 1131 du Code civil disposait que l'obligation sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet et, bien que le texte n'en fasse pas expressément mention, la doctrine et la jurisprudence s'accordaient sur la sanction de la nullité absolue de la cause illicite[1064]. La nullité est désormais expressément prévue par l'article 1178 alinéa premier du Code civil qui dispose qu'« *[u]n contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul* ». Or l'article 1162, 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* », figure dans une Section II relative à la validité du contrat, de même que l'article 1128 du Code civil exigeant la licéité du contenu du contrat au titre des conditions de validité, ce qui ne laisse guère de doute quant à la sanction de la nullité du contrat dont les motifs sont illicites.

La nullité est classiquement définie comme l'anéantissement rétroactif du contrat[1065] qui est alors « *censé n'avoir jamais existé* » suivant la définition reprise à l'article 1178 alinéa 2 du Code civil. Ainsi que cela a été démontré, la nullité « *anéantit le contrat en tant qu'il est destiné à produire des conséquences juridiques, c'est-à-dire en tant qu'acte juridique* »[1066]. S'agissant de l'illicéité du but, la nullité est qualifiée d'absolue dans la mesure où, suivant la théorie moderne des nullités[1067] consacrée par la réforme à l'article 1179 du Code civil, « *la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général* », ce qui est incontestablement le cas de la

---

[1064] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 497.

[1065] V. *Vocabulaire Juridique*, dir. G. CORNU, *op. cit.*, *V° Nullité* (1) : « Sanction encourue par un acte juridique (contrat, acte de procédure, jugement) entaché d'un vice de forme (inobservation d'une formalité requise) ou d'une irrégularité de fond (…), qui consiste dans l'anéantissement de l'acte » : (2) : « Inefficacité, en principe rétroactive, qui frappe, une fois l'annulation prononcée, l'acte annulé (nul et de nul effet, nul et non avenu, sont des redondances) ».

[1066] C. GUELFUCCI-THIBIERGE, thèse préc., n° 388.

[1067] Pour un exposé des théories classiques et modernes des nullités v. A. POSEZ, « La théorie des nullités », *RTD civ.* 2011. 647 ; Y. PICOD, « Nullité », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2013, n° 23 et 28 ; L. SAUTONIE-LAGUIONIE, thèse préc., n° 639 à 642 ; S. GAUDEMET, thèse préc., n° 113 à 128.

violation d'une interdiction légale ou de l'ordre public par le but du contrat. L'action en nullité est ouverte à toute personne intéressée par l'article 1180 du Code civil et la bonne ou mauvaise foi du contractant n'a en principe pas pour effet de paralyser le jeu de l'action en nullité[1068]. Contrairement au droit allemand, la nullité du contrat doit être demandée en justice[1069].

**252. Nullité du contrat sur le fondement de l'illicéité du motif-but en droit allemand.** Les § 134 et § 138 du BGB prévoient expressément la sanction de la nullité (*Nichtigkeit*)[1070], le contrat étant considéré comme fondamentalement nul avec une inefficacité *ex tunc*[1071]. Le droit allemand pose toutefois une réserve s'agissant de la sanction sur le fondement du § 134 BGB, dans le cas où la loi méconnue imposerait une autre sanction. Ainsi que cela est mis en évidence par la doctrine allemande, le §138 du BGB n'a pas une fonction de punition : il ne s'agit pas d'apprécier le comportement des parties mais le contrat[1072]. Pourtant, dans certains cas exceptionnels et circonstanciés, l'action en nullité du contrat est refusée, principalement lorsque le demandeur est celui qui poursuit la réalisation d'un but illicite, dès lors que son action représente l'exercice illégitime d'un droit (*unzulässige Rechtsausübung*)[1073], sous réserve toutefois que cela ne conduise pas au maintien d'une situation contraire aux bonnes mœurs pour l'avenir[1074]. Dans ces hypothèses, l'enjeu est toutefois celui des restitutions : le refus de l'action en nullité s'identifie en réalité à un refus d'accorder au contractant des restitutions. Cela rapproche le droit allemand du droit anglais qui envisage la sanction de l'illicéité essentiellement sous l'angle du droit d'action des parties sur le fondement du contrat.

---

[1068] C. GUELFUCCI-THIBIERGE, thèse préc., n° 896.

[1069] G. WICKER et H. BOUCARD, « Les sanctions relatives à la formation du contrat », *JCP G* supplément au n° 21, 25 mai 2015, p. 32, n° 2 : « Maintien de la spécificité française plutôt que de suivre l'exemple du BGB et des instruments européens d'unification : pas de déjudiciarisation de l'annulation du contrat ».

[1070] Il convient de préciser qu'en vertu des principes de séparation et d'abstraction du droit allemand, la nullité du contrat d'obligations, *Verpflichtungsgeschäft*, n'entraîne pas celle du contrat de disposition, *Verfügungsgeschäft*. En d'autres termes, l'acte de disposition réalisé sur le fondement d'un acte créateur d'obligations illégal et nul est néanmoins efficace. Toutefois, il ne faut pas se méprendre quant à la portée réelle de cette spécificité. En effet, l'acte de disposition donne alors lieu à l'application du § 812 (1), relatif à l'enrichissement injustifié, étant donné qu'il a été réalisé sans base juridique. Certains arrêts témoignent en outre de la possibilité pour la jurisprudence de nuancer une application stricte des principes d'abstraction et de séparation puisque le *Reichsgericht* a pu admettre la nullité de l'acte de disposition venant en exécution d'un contrat en raison de la nullité pour illicéité et immoralité de ce dernier [v. A. RIEG, thèse préc., n° 350].

[1071] R. SACK, P. S. FISCHINGER, in *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 2011, §138, n°107 ; H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, 2. Auflage, Mohr Siebck, 2012, n° 230.

[1072] R. SACK, P. S. FISCHINGER, in *Staudinger*, *op. cit.*, §138, n° 3.

[1073] C. ARMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflge, 2015, § 138, n° 155 et 156 ; v. BGH 23.01.1981, *NJW* 1981, 1439 ; BGH 11.07.1957, *WM* 1957, 1155 ; BGH 10.02.1972, *WM*, 1972, 486 : un contractant qui a acheté une entreprise ou qui a contracté un emprunt avec un juif durant la seconde guerre mondiale, en exploitant la contrainte de ce dernier, ne peut pas invoquer la nullité du contrat pour obtenir la restitution de sa propre prestation.

[1074] *Ibid.*

### *2. L'*unenforceability *du contrat en droit anglais*

**253. Confusion autour des notions de contrat *void, illegal* et *unenforceable*.** Les effets de l'illicéité du contrat ne font pas l'objet d'une présentation uniforme par la doctrine anglaise et, s'agissant plus particulièrement de la *common law illegality* – concernant les contrariétés à la *public policy* par opposition à la *statutory illegality* qui résulte de la violation d'une interdiction légale – la position de la jurisprudence n'apparaît pas définitivement fixée[1075]. En effet, les contrats entachés d'une illicéité sont présentés soit comme étant « *void* », soit comme étant « *illegal* », quoiqu'ils soient encore le plus souvent qualifiés dans ce dernier cas d'« *unenforceable* »[1076]. La notion de contrat *void* se rapproche du concept de nullité en droits français et allemand, puisqu'il est non valable *ab initio* et traité par le droit comme s'il n'avait jamais été conclu[1077]. La distinction du contrat *void* et du contrat *unenforceable* reposerait ainsi sur l'idée suivante : « *[b]ien que les contrats* void *et* unenforceable *ne soient souvent pas distingués, un contrat* unenforceable*, par opposition au contrat* void*, peut créer des obligations contractuelles bien que l'une ou les deux parties ne puissent en demander le respect en justice* »[1078]. Dès lors, un contrat simplement *unenforceable*, ou encore *illegal*, serait privé de sa force obligatoire pour l'avenir – les obligations créées n'étant pas soumises à la sanction du droit – tandis qu'un contrat *void* serait plus radicalement nul *ex tunc*, se rapprochant alors de la nullité des droits français et allemand.

**254. Appréciation de la distinction.** La distinction entre les notions semble assez impraticable. En effet, il convient tout d'abord de relever que le fait qu'un contrat soit *void* ne fonde pas davantage un droit aux restitutions que le cas où il est dit *unenforceable*[1079]. Que le contrat soit qualifié de *void* ou *unenforceable,* l'effet sur le contrat semble être *in fine* le même : il se retrouve privé des effets de droit normalement attachés à un contrat valable, la question

---

[1075] A. BURROWS, *A Restatement of the English Law of Contract*, Oxford, 2016, n° 44 (1), p. 221 : « the law on the effect of illegality in contract (which one may loosely refer as the 'common law of illegality') is in a state of flux ».

[1076] E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit*., n°11-110 : « A contract affected by illegality is sometimes unenforceable by one party and sometimes unenforceable by both. Where it is « wholly unenforceable because it is contrary to English law, it may…accurately be said to be void as a contract, that is, not to be a contract at all » ; or to be « illegal and void ». » : P. S. ATIYAH, S. A. SMITH, *op. cit.*, p. 209 : « A distinction is often drawn between 'void' and 'illegal' contracts because, although both categories of agreements are equally unenforceable as contracts, the distinction can be significant when considering a claim for restitution » ; N. THOMPSON, *The Rights of Parties to Illegal Transactions*, The Federation Press, 1991, n° 2.01 s.

[1077] *Mogul Steamship Co v McGregor, Grow &Co* [1892] AC 25 n°39 ; A. BURROWS, *A Restatement of the English Law of Contract, op. cit.*, p. 169 : « a void contract is invalid from the start and creates no contractual obligations but it may be that only one party can rely on the contract being void ».

[1078] A. BURROWS, *A Restatement of the English Law of Contract, op. cit.*, p. 174 : « Although void and unenforceable contracts are often not distinguished, an unenforceable contract, in contrast to a void contract, may create contractual obligations albeit not ones that can be enforced in court by one or both parties. » ; p. 169 : « An unenforceable contract creates contractual obligations but cannot be enforced by one or, in some circumstances, either party ».

[1079] Cette question est toutefois controversée. V. G. VIRGO, *op. cit.*, p. 371 et s.

des éventuelles restitutions devant être réglée, par ailleurs, en application du droit des restitutions. La particularité de la notion d'*unenforceability* tient au fait qu'elle se situe essentiellement sur le terrain procédural[1080] – elle vise le droit d'action des parties sur le fondement de l'acte – alors que lorsque le contrat est dit *void* il s'agit d'établir l'état de l'acte lui-même, sur le plan substantiel. Sous l'angle du droit d'action en exécution du contrat, les concepts semblent se distinguer dans la mesure où si un contrat est *void* alors il ne peut être *enforced* par aucune des parties, tandis qu'il ne peut être *unenforceable* qu'à l'égard d'une seule des deux parties.

**255. La question de l'*enforceability* du contrat dont le but est illicite.** Suivant le *Restatement of the English Law of Contract*, ayant une autorité certaine au sein de la doctrine anglaise, « *si la formation, le but ou l'exécution du contrat implique une conduite illégale (comme la commission d'un crime) ou contraire à l'ordre public (comme la limitation du commerce), le contrat est unenforceable par l'une ou les deux parties si le refus de l'exécution du contrat constitue une réponse appropriée à cette conduite* »[1081]. Il est alors ajouté qu'il existe « *des dispositions légales qui interdisent un contrat de sorte que ce dernier est unenforceable par les deux parties* »[1082]. La solution du droit anglais est ainsi *a priori* différente de celle des droits français et allemand puisqu'il n'est de prime abord pas exclu qu'une partie puisse se prévaloir d'un contrat par lequel son cocontractant poursuit une fin illicite. Néanmoins, comme cela sera développé ultérieurement, la sanction de la nullité du contrat en raison de l'illicéité du but poursuivi n'est en réalité pas automatique en droit français. En outre, lorsque l'exécution du contrat conduit nécessairement à la réalisation de l'illicéité, il apparaît inenvisageable que la jurisprudence considère qu'il puisse être *enforceable* par l'une des parties. En effet, ainsi que le relève un auteur, « *une cour n'imposera jamais l'exécution d'un contrat illicite dans le sens où il s'agirait en fait d'ordonner à un contractant de faire quelque chose de contraire à la loi ou à l'ordre public* »[1083]. Le contrat est alors *wholly unenforceable*[1084]. La solution est d'abord clairement admise pour la *guilty party* qui ne peut faire exécuter un contrat par lequel elle

---

[1080] V. M.P. FURMSTON, *op. cit.*, p. 266 : « The 'unenforceable contract' is clearly a creature of procedural rather than of substantive law ».

[1081] A. BURROWS, *A Restatement of the English Law of Contract, op. cit.*, n° 44, p. 220 : « if the formation, purpose or performance of a contract involves conduct that is illegal (such as a crime) or contrary to public policy (such as restraint of trade), the contrat is unenforceable by one or either party if to deny enforcement is an appropriate response to that conduct ».

[1082] *Ibid.* : « There are legislative provisions with prohibit a contract so that it is unenforceable by either party ».

[1083] E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 11-110 : « a court will never 'enforce' an illegal contract in the sense of ordering a party actually to do something that is unlawful or contrary to public policy ».

[1084] V. M. P. FURMSTON, *op. cit.*, p. 529 : « If one of the promises is to do an act which is either in itself criminal offence or *contra bonos mores*, the court will regard the whole contract as void ».

poursuit la réalisation d'un but illicite[1085]. C'est ce qui résulte notamment du *leading case Cowan v Milboun* de 1867[1086] dans lequel une salle avait été louée dans le but de délivrer des discours blasphématoires, de sorte que le locataire ne put agir en exécution du contrat. Par ailleurs, dès lors que le motif d'un contractant est intégré au champ contractuel et que la préservation de la loi ou de l'ordre public impose que le contrat soit privé d'effet, l'autre partie ne peut pas non plus agir sur le fondement du contrat[1087].

En définitive, lorsque le respect de la loi ou de la *public policy* impose qu'aucune des parties ne puisse obtenir l'exécution du contrat, alors le contrat sera *unenforceable* à l'égard des deux contractants. Ces effets se rapprochent de ceux de la nullité qui ne permet à aucune des parties de se prévaloir de la force obligatoire du contrat. Toutefois, l'analyse de la norme méconnue impose parfois de ne pas priver le contrat de sa force obligatoire en dépit de l'illicéité du but poursuivi par un contractant.

### B- L'exception résultant de l'analyse de la norme méconnue

**256. Les exceptions à la nullité en droit français.** En droit français, l'invalidité du contrat fondée sur une impossibilité juridique de réalisation des motifs, au regard de leur illicéité, peut conduire à une autre sanction que celle de la nullité dès lors que l'analyse de la finalité de la norme méconnue le justifie. La sanction de la fraude paulienne en constitue une bonne illustration. En effet, l'illicéité des motifs du contrat réalisant une fraude paulienne tient à l'atteinte portée aux droits d'un tiers. La sanction de l'acte doit donc être celle assurant la protection des droits du tiers, ce qui n'impose pas nécessairement la nullité du contrat. Suivant l'analyse de Mme SAUTONIE-LAGUIONIE, « *la qualification d'action en inopposabilité a emporté la conviction de la majorité de la doctrine et s'est généralisée en jurisprudence* »[1088] en ce que la sanction de l'inopposabilité exprime « *le fait que l'acte frauduleux est privé d'effet à l'égard du seul créancier agissant, dans la mesure nécessaire à lui permettre d'obtenir l'exécution de sa créance* »[1089]. Le nouvel article 1341-2 du Code civil consacre cette solution[1090]. Outre l'attribution éventuelle de dommages et intérêts, l'article 1341-2 du Code civil permet en effet au créancier d'attaquer les actes réalisés par son débiteur en fraude de ses

---

[1085] V. N. THOMPSON, *op. cit.*, n° 3.01 et s.
[1086] *Cowan v Milboun* (1867) L.R. 2 Ex. 230.
[1087] V. *Pearce v. Brooks* (1866) LR 1 Exch 213 précité : le propriétaire du véhicule n'a pas pu agir en exécution du contrat.
[1088] L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « Action paulienne », in *Répertoire de droit civil,* Dalloz, *op. cit.*, n° 105.
[1089] *Ibid.*
[1090] L'article 1341-2 du code civil dispose que « Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits […] ».

droits, afin qu'ils lui soient déclarés inopposables[1091]. Toutefois, ainsi que le relève l'auteur précité, l'action en inopposabilité du tiers peut parfois conduire à un « effet plus radical » sur le contrat dans la mesure où « *[l]a privation d'effet de l'acte frauduleux à l'égard du créancier paulien suppose parfois que ni le tiers contractant ni le débiteur ne puissent se prévaloir de l'acte frauduleux* »[1092], de sorte que la sanction consiste en la nullité du contrat[1093].

**257. Les exceptions à la nullité en droit allemand**. A l'instar du droit français, l'identification d'un motif illicite et rattaché au champ contractuel ne conduit pas nécessairement à la sanction radicale que constitue la nullité du contrat en droit allemand. Suivant les termes d'un auteur, « *le § 134 BGB ne pose pas, selon la doctrine dominante, de présomption selon laquelle la violation d'une prohibition légale entraînerait, en cas de doute, la nullité de l'acte conclu* »[1094]. Il s'agit d'analyser le sens et le but de la loi pour identifier la sanction contractuelle appropriée[1095]. L'interdiction légale peut être essentiellement posée à titre « préventif », de sorte que l'annulation du contrat ne constitue pas une sanction efficace[1096]. Ainsi en est-il de la sanction du travail au noir qui n'est que le fait de l'employeur : dans ce cas, le contrat ne doit pas être considéré comme nul[1097]. En revanche, lorsque le travail au noir est le fait des deux parties, de l'avis de la majorité de la doctrine allemande et du *Bundesgesrichtshof*, le but poursuivi par le législateur en matière de *Scharwzarbeit* conduit à considérer que les contrats de travail doivent être déclarés inefficaces juridiquement[1098]. Dans ce cas en effet, aucune des parties ne pourra obtenir du juge l'exécution de la prestation de son cocontractant, à savoir l'exécution du travail ou le paiement de la rémunération[1099]. Une autre

---

[1091] *Ibid.* n° 76 et s. sur les effets de l'action paulienne.
[1092] *Ibid*. n° 106.
[1093] V. l'exemple cité par L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « Action paulienne », in *Répertoire de droit civil,* Dalloz, *op. cit.*, n° 106 de l'arrêt de la 3ème Chambre civile du 20 mars 1996, n° 94-14.665 (*D.* 1996. 387, obs. S. PIEDELIEVRE) dans lequel il était question d'un bail à long terme, conclu en fraude du créancier hypothécaire, déclaré inopposable à ce dernier et dont les effets du contrat ont été également niés dans les rapports entre les parties. Sur la subsidiarité de la nullité V. L. SAUTONIE-LAGUIONIE, thèse préc., n° 700 et s.
[1094] C. WITZ, *op. cit.*, n° 238.
[1095] C. ARMBRÜSTER, *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 314, n° 103 ; R. SACK, M. SIEBL, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 134, n° 57-63.
[1096] D. MEDICUS, *op. cit.*, n° 649 et s.
[1097] D. MEDICUS, *op. cit.*, n° 651. V. par ex. BGH 19.01.1984, *NJW* 1984, 1175.
[1098] V. BGH 23.09.1982, VII ZR 183/80 ; *BGHZ* 85, 39 ; *NJW* 1983, 109, 110. Dans cet arrêt, un contrat « d'entraide entre voisins » (*Nachbarschaftshilfevertrag*) avait été conclu par les parties pour la construction d'une maison. Bien qu'étant *ex facie* licite, les juges du fond et le *Bundesgerichtshof* ont estimé que l'acte fraudait la réglementation relative au travail au noir car le constructeur était contraint, en réalité, de recourir à des travailleurs au noir. La nullité du contrat a dès lors été prononcée. Le *Bundesgerichtshof* rappela que la fraude à la loi est une cause de nullité, en application du § 134 BGB, lorsque le but d'une norme juridique est déjoué par l'utilisation d'autres constructions juridiques et il considéra que le but et le sens de la loi sur la lutte contre le travail au noir seraient heurté si l'efficacité du contrat par lequel un entrepreneur s'oblige à engager des travailleurs au noir était admise.
[1099] V. BGH 23.09.1982, VII ZR 183/80, *BGHZ* 85, 39 *NJW* 1983, 109 (précité). Dans cet arrêt, le *Bundesgerichtshof* a reconnu l'illicéité d'un contrat de travail au noir déjà exécuté dont il a toutefois rendu efficace l'obligation de paiement du prix (v. D. MEDICUS, *op. cit.*, n° 251 ; FENN *ZIP* 1983, 466 ; KÖHLER *JR* 1983, 106 ; TIEDTKE *NJW* 1983, 713). V. aussi OLG Celle 18.10.1972, 9 U 76/70, *JZ* 1973, 246, *VersR* 1973, 1122 : le tribunal a accueilli une action en dommages et intérêts pour mauvaise

illustration est fournie par les §§ 135 et 136 du BGB relatifs aux interdictions d'aliéner. Le § 135 dispose ainsi expressément que « *[s]i un acte de disposition portant sur un bien contrevient à une interdiction légale d'aliéner dont le but est de protéger certaines personnes déterminées, il n'est inefficace qu'à l'égard de ces personnes* »[1100]. Il s'agit alors d'un cas de relative *Unwirksamkeit*, c'est-à-dire d'inefficacité relative[1101].

**258. La consécration de la sanction adéquate en droit anglais.** Il convient tout d'abord de relever que la loi, un *statute,* peut expressément prévoir qu'un acte est interdit, tout en disposant, dans le même temps, que la validité de l'engagement contractuel contrevenant à cette interdiction ne sera pas affectée[1102]. Par exemple, si une personne conclut un contrat dans le but de développer une activité d'assurance, sans avoir eu d'autorisation, conformément au *Financial Services and Markets Act* de 2000, le contrat est en principe *unenforceable.* Le contrat n'est toutefois pas *unenforceable* si l'« assureur » est autorisé à exercer une activité réglementée, bien qu'il ne soit pas spécialement autorisé à exercer l'activité d'assurance : dans ce cas le contrat est, par exception, *enforceable*[1103]. En effet, dans cette hypothèse, l'analyse de la politique juridique de la loi méconnue impose une sanction de l'illicéité, non pas sur le terrain contractuel mais sur le terrain disciplinaire[1104].

La nécessité de ne pas appliquer de façon stricte les solutions de principe relatives à la sanction de l'illicéité a récemment été établie par la Cour Suprême anglaise à l'occasion de l'arrêt *Patel v Mirza* de 2016[1105]. Un contrat avait été conclu entre M. Patel et M. Mirza, le premier ayant confié de l'argent au second dans le but de parier sur le cours de certaines actions, sur la base d'informations confidentielles. Ce contrat était alors illicite dès lors qu'il visait la réalisation d'un délit d'initiés, réprimé par la section 52 du *Criminal Justice Act* de 1993. Le contrat ne fut pas mené à bien dès lors que les informations confidentielles sur la base desquelles il avait été conclu se sont avérées erronées. M. Patel intenta une action en vue de récupérer l'argent donné à M. Mirza, ce dernier opposa alors l'illicéité du contrat. La Cour Suprême a admis l'action en restitution du demandeur. La solution concernait en l'espèce la question des restitutions mais elle s'applique, plus largement, à la détermination de la sanction contractuelle

---

exécution du travail ; BGH 31.05.1990, VII ZR 336/89, *BGHZ* 111, 308 : la Cour admet la possibilité, dans certaines circonstances, d'accorder un droit à indemnisation du travail accompli illégalement.

[1100] Traduction de l'allemand par G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, *op. cit.*

[1101] D. MEDICUS, *op. cit.*, n° 493.

[1102] v. par ex. Banking Act 1979 section 1 (8) prévoyant que le fait qu'un dépôt soit accepté en contravention des dispositions de cette section n'affecte pas l'engagement civil qui en résulte (v. pour une application : *SCF Finance Co Ltd v Masri (No 2)* [1987] QB 1002, [1987] 1 All ER 175).

[1103] J. LOWRY, P. RAWLINGS, R. MERKIN, *op. cit.*, p. 176.

[1104] *Ibid.,* p. 28.

[1105] *Patel v Mirza*, [2016] *UKSC* 42.

de l'illicéité du but poursuivi. Les juges ont en effet expressément affirmé la nécessité de déterminer les effets de l'illicéité en fonction de la considération concrète de l'atteinte à l'intérêt public que constituerait l'exécution de l'accord illicite. Les cours doivent notamment prendre en compte le but de l'interdiction légale violée et regarder si ce but serait optimisé par le refus de la demande. Il résulte dès lors de cet arrêt de la Cour Suprême que la sanction de l'illicéité doit être proportionnée. Il est intéressant de relever que les juges ont indiqué que le refus de la sanction de l'acte ne signifie pas que certains actes répréhensibles resteront impunis mais que cela doit relever des juridictions criminelles. Le fait qu'il soit admis par les juges qu'un contrat par lequel les parties poursuivent un but illicite puisse produire certains effets ne devrait donc pas être particulièrement choquant. Rompant avec les principes traditionnels de la sanction de l'illicéité, reposant classiquement sur l'*unenforceability* du contrat et le refus des actions en restitution sur le fondement de la turpitude des parties, cette solution a pu être décrite comme « un triomphe »[1106].

**259. Bilan.** L'invalidité du contrat en raison d'une impossibilité juridique de satisfaire les motifs au regard de leur illicéité conduit, similairement dans les droits étudiés, à prendre en compte la finalité de la norme méconnue pour déterminer la sanction adéquate. Le contrat ne sera donc pas nécessairement privé de tout effet, la sanction radicale que constitue la nullité du contrat ne s'imposant pas toujours, notamment lorsque sont en cause des normes de protection d'un intérêt particulier.

Lorsque l'invalidité du contrat se traduit par une impossibilité pour les parties de s'en prévaloir – au titre de sa nullité en droits français et allemand ou de son *unenforceability* en droit anglais – la question se pose de l'admission de restitutions au cas où l'acte aurait reçu exécution. En effet, dès lors que l'invalidité du contrat se fonde, précisément, sur l'illicéité des motifs d'une ou des deux parties, la légitimité de leur intérêt à agir paraît discutable. Le traitement des restitutions fait ainsi classiquement l'objet de règles particulières en cas d'illicéité des motifs.

## §2- Le traitement des restitutions

**260. La problématique des restitutions en matière d'illicéité.** Un contractant motivé par la poursuite d'une fin illicite, laquelle constitue une cause d'invalidité du contrat, peut-il se prévaloir de cette dernière pour obtenir des restitutions de ce qu'il a exécuté ? Cette

[1106] A. BURROWS, « Illegality after Patel v Mirza », *Current Legal Problems*, Volume 70, Issue 1, 1 December 2017, p. 55 à 71 : « I regard Patel v Mirza as a triumph ».

problématique est centrale en matière d'impossibilité juridique de satisfaction des motifs dans la mesure où, comme cela a été relevé par la doctrine anglaise, dans la plupart des litiges relatifs à la licéité du contrat, l'enjeu n'est pas tant de déterminer si l'exécution de ce dernier peut être forcée, mais si les parties peuvent obtenir la restitution de la valeur des avantages consentis au titre de l'accord[1107]. De façon classique, les droits français, anglais et allemand posent des limites similaires au jeu des restitutions consécutives à l'invalidité du contrat sur le fondement de l'illicéité des motifs[1108].

**261. Le refus des restitutions en droit anglais : application des adages *ex turpi causa* et *in pari causa***. Le principe, en droit anglais, est que le droit aux restitutions est nié à l'égard du contractant ayant participé à un contrat illicite[1109]. Le critère de la participation, précédemment mentionné s'agissant de rattacher le motif au contrat, se retrouve ici sur le plan des restitutions. En effet, « *[l]a règle générale est que l'argent payé ou la propriété transferée en vertu d'un contrat illégal ne peuvent pas être recouvrés* »[1110]. La règle s'applique d'abord en cas d'exécution totale du contrat puisqu'il n'y a pas de *failure of consideration* et que le seul fait que le contrat soit illicite ne fonde pas un droit aux restitutions. Prenant l'exemple d'un contrat portant sur la vente de stupéfiants, des auteurs relèvent que les parties ayant librement consenti à l'acte et obtenu ce pour quoi elles ont contracté, elles ne peuvent obtenir restitution des prestations réciproques exécutées[1111]. Même dans l'hypothèse d'une *total failure of consideration*, l'application de l'adage *ex turpi causa* fait obstacle à la demande en restitution de la partie poursuivant le but illicite et ayant exécuté tout ou partie de son engagement. Les restitutions sont pareillement refusées à l'égard du cocontractant qui se trouve *in pari causa*[1112]. Ainsi, dans l'affaire *Parkinson v College of Ambulance Ltd*[1113], le secrétaire d'un organisme de bienfaisance a promis un titre de chevalier à Monsieur Parkinson, en contrepartie d'un don suffisant de ce dernier à l'organisation. En contemplation de cette promesse, Monsieur Parkinson a payé 3 000 £ mais n'a jamais reçu le titre escompté. Monsieur Parkinson a alors intenté une action en restitution laquelle lui fut refusée, en dépit de la *total*

---

[1107] P. S. ATIYAH, S. A. SMITH, *op. cit.*, p. 234 : « Such rights are often extremely important in practice : as mentioned earlier, in most disputes involving substantive limitations on enforceability the real issue is not whether the agreement is enforceable, but whether one or both of the parties can get back the value of benefits they conveyed under the agreement ».

[1108] A ce titre, si l'*illegality* peut être présentée comme un *unjust factor* permettant de fonder un droit aux restitutions, un auteur relève en réalité que la question se pose de savoir si l'*illegality* constitue véritablement un *unjust factor* ou bien plus exactement un moyen de défense à une action en enrichissement injuste [v. A. BURROWS, *The Law of Restitution, op. cit.*, p. 489].

[1109] G. VIRGO, *op. cit.*, p. 721 et s.

[1110] E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n°11-129 : « The general rule is that money paid or property transferred under an illegal contract cannont be recoverd back » ; v. J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *op. cit.*, p. 423.

[1111] P. S. ATIYAH, S. A. SMITH, *op. cit.*, p. 235.

[1112] *In paria causa turpitudinis cessat repititio*, v. N. THOMPSON, *op. cit.*, n° 4.01 et s.

[1113] *Parkinson v College of Ambulance Ltd* [1925] 2 KB 1.

*failure of consideration*. Un contractant n'est pas *in pari delicto* et peut alors obtenir restitution lorsqu'il a été incité à conclure le contrat en raison d'un dol ou sous l'empire d'un vice du consentement[1114]. Les erreurs de fait[1115] et de droit[1116] sont en principe admises. Dans la mesure où le motif illicite est rattaché au contrat, la position du droit anglais, consistant à refuser par principe les restitutions et à ne les accorder que lorsque l'une des parties n'est pas *in pari delicto*, apparaît opportune. Elle rejoint finalement celle du droit allemand.

**262. Le refus des restitutions en droit allemand en application du § 817 BGB.** En droit allemand, les restitutions consécutives à la nullité du contrat, opérées sur le fondement du § 812 BGB, sont également paralysées par le jeu du § 817, lequel consacre la règle *nemo auditur*[1117]. En effet, ce texte prévoit que l'action en restitution est exclue si une infraction à la loi ou aux bonnes mœurs peut être imputée à celui qui a fourni la prestation. Cette disposition s'applique indistinctement que l'illicéité résulte de l'application du § 134 ou du § 138 du BGB[1118]. S'agissant de l'illicéité affectant le but du contrat et lui étant bien rattachée, il apparaît que l'admission des restitutions à l'égard d'un contractant résultera nécessairement de circonstances particulières. En définitive, en droit allemand, comme en droit anglais, le jeu des restitutions est donc exclu en matière d'illicéité du but en application du § 817 du BGB, à l'égard de l'une ou des deux parties, suivant leur innocence ou culpabilité.

**263. L'admission des restitutions en droit français sous réserve de la légitimité de l'intérêt à agir.** En droit français, la mise en œuvre de la nullité du contrat en raison de l'illicéité du but n'exclut pas en principe le jeu des restitutions[1119]. Toutefois, il est traditionnellement admis que l'action en restitution sur le fondement d'un contrat nul en raison de son immoralité est paralysée par l'application des adages *nemo auditur* et *in pari causa* [1120]. En effet, en vertu

---

[1114] P. S. ATIYAH, S. A. SMITH, *op. cit.*, p. 235 ; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *op. cit.*, p. 426 et s.

[1115] *Oom v Bruce* [1810] 12 East 225 : dans cette affaire, les primes d'assurance versées par l'assureur d'un assuré russe, en ignorance de l'éclatement de la guerre entre le Royaume Uni et la Russie ayant eu pour effet de rendre le contrat illégal, ont été considérées comme pouvant faire l'objet d'une action en restitution.

[1116] *Kiriri Cotton Co Ltd v Dewani* [1960] AC 192, 204 : un contrat de sous-location avait été conclu en contravention d'une réglementation spécifique, les deux parties ignoraient la loi mais le locataire n'a pas été considéré *in pari causa* avec le propriétaire qui devait davantage avoir connaissance de la loi et qui alors été jugé « *primarily responsible for the mistake* », de sorte que le locataire put obtenir restitution de l'argent versé. V. aussi *Mohamed v Alaga and Co* [2000] 1 WLR 1815 : un contrat de partage d'honoraire avait été conclu entre un cabinet de *solicitors*, le défendeur, et un membre de la communauté somalienne au Royaume-Uni, demandeur, pour la présentation de clients demandant conseil et représentation en matière d'immigration et asile et un travail de traduction et préparation des dossier ; un tel contrat étant contraire aux *Solicitors' Practice Rules* de 1990, il a été déclaré *unenforceable* mais les restitutions en faveur du demandeur ont été admises dans la mesure où ce dernier ignorait les règles de la profession de *solicitor*.

[1117] Sur la critique par la doctrine allemande du § 817 BGB en tant que corps étranger à la matière civile relevant davantage du droit pénal v. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts : Das Rechtsgeschäft*, 2. Auflage, Springer-Verlag Berlin-Heidelberg, 1975, § 18 n° 10 p. 389 et s.

[1118] H. KÖTZ, *Vertragsrecht, op. cit*, n° 230 et s.

[1119] J. ROCHEFELD, « Cause », in *Repertoire de droit civil*, Dalloz, 2012, n° 153.

[1120] Sur le fondement de ces adages v. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, thèse préc., n° 885 s.

du premier, le contractant qui serait à l'origine de l'immoralité du contrat ne pourrait demander restitution de la prestation allouée à son partenaire, le second adage bloquant pareillement l'action en restitution dans le cas où l'immoralité serait le fait des deux parties[1121]. L'application de ces adages vient alors sanctionner le contractant poursuivant un but immoral[1122]. Le champ d'application de ces adages a pu être critiqué dans la mesure où il serait limité aux seuls actes dont le but est immoral[1123], à l'exclusion des autres fondements de l'illicéité du motif-but que sont la méconnaissance de l'ordre public ou la violation d'une interdiction légale. Par ailleurs, une partie de la doctrine rejette ces adages en raison de leur inadaptation à fonder une peine privée, cette dernière devant davantage relever de la mise en œuvre de la responsabilité des parties[1124]. En toute hypothèse, la réforme de 2016 ne permet pas de trancher quant à leur possible application future, aucun texte similaire au § 817 du BGB allemand n'ayant été introduit dans la section consacrée aux restitutions[1125]. De surcroît, l'absence de référence aux bonnes mœurs par l'article 1162 du Code civil, quoiqu'elles soient toujours mentionnées à l'article 6, tendrait à aller dans le sens de l'abrogation de fait des adages *nemo auditur* et *in pari causa*, dont l'application serait tombée en désuétude[1126]. Pourtant, il n'est pas certain que l'obstacle aux restitutions résultant de l'innocence ou de la culpabilité des parties dans l'illicéité du motif ne puisse être maintenu[1127], au moins au titre de l'exigence de la légitimité de l'intérêt à agir[1128]. Ainsi, selon un auteur, « *sans même évoquer le jeu de la règle nemo auditur, il se trouve, tant dans la jurisprudence judiciaire que la jurisprudence administrative, nombre de décisions qui déclarent une demande irrecevable pour défaut d'intérêt légitime, soit en lui*

---

[1121] V. 3ème Civ., 25 février 2004, n° 02-15.269, *Bull. civ.* III, n° 42 ; *JCP* 2004. II. 149, obs. F. LABARTHE ; *RDC* 2004. 636, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2004. 279, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

[1122] En ce sens v. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, thèse préc., n° 908 et s.

[1123] V. P. Le TOURNEAU, *La règle Nemo auditur…*, thèse préf. P. RAYNAUD, L.G.D.J., 1970, n°123 s. ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, thèse préc., n° 900, l'auteur relève que « certains arrêts ont rejeté l'action en restitution d'une prestation effectuée en vertu d'une convention illicite alors que d'autres l'admettent en matière de contrat immoral ». Il convient toutefois de relever que les arrêts cités en guise d'illustration de l'admission épisodique de l'action en restitutions, alors même que le contrat était nul en raison de son but immoral, concernent spécifiquement des libéralités (v. par ex. 2ème Civ. 10 janvier 1979, *Bull. civ.* II. n° 10 ; 1ère Civ. 25 janvier 1972, *Bull. civ.* I. n° 25).

[1124] C. GUELFUCCI-THIBIERGE, thèse préc., n° 915 et s.

[1125] V. J. KLEIN, « Les restitutions », *Droit et Patrimoine*, n° 258, mai 2016, p. 91 : « on ne trouve en revanche aucune trace de l'adage « Nemo auditur ». Combiné à la disparition de la cause, et à la suppression de la notion de bonnes mœurs, ce silence interroge sur la portée désormais conférée à l'adage. Ce dernier, qui n'a vocation à jouer qu'en matière de nullité, va-t-il disparaître avec la notion de cause immorale ou doit-il au contraire, comme le suggérait le projet « Catala », voir sa portée étendue à tous les cas d'atteinte à l'ordre public ? ».

[1126] P. SIMLER, in *JurisClasseur Civil*, fascicule 20, « Contrat – Contenu du contrat : conformité à l'ordre public – Cause illicite ou immorale (C. civ., art. 1131 et 1133 anciens) », v. n° 53, l'auteur relève que « la jurisprudence a progressivement abandonné la sanction de l'immoralité, tant dans les libéralités que dans les actes à titre onéreux ».

[1127] Ce qui, aux yeux de certains auteurs, est discutable. La question de la sanction des parties devrait, en effet, de l'avis d'une partie de la doctrine, faire l'objet d'un traitement distinct, v. not. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, thése préc., n° 367 et s.

[1128] G. WICKER, « La légitimité de l'intérêt à agir », in *Mélanges Serra*, Dalloz, 2006 p. 455 et s. ; B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, thèse, préf. L. SAUTONIE-LAGUIONIE, L.G.D.J., 2017, n° 528 et s.

*opposant une exception d'indignité, soit en constatant que la faute du demandeur est à l'origine de la situation qu'il conteste* »[1129]. Le critère de la légitimité de l'intérêt à agir impose alors, à l'instar des droits anglais et allemand, une analyse de la culpabilité du demandeur dans l'illicéité. Il faut toutefois réserver l'hypothèse où l'analyse même de la norme méconnue imposerait l'obtention par une partie de restitutions.

**264. Exceptions au refus des restitutions**. L'analyse du sens et du but de la norme méconnue révèle parfois que le refus des restitutions n'est pas toujours approprié, surtout lorsque sont en cause des législations de protection. Ainsi, en droit anglais, si un contrat est illicite et que l'interdiction légale violée vise la protection d'une catégorie de personnes à laquelle appartient l'un des contractants, ce dernier pourra obtenir des restitutions en vertu du contrat illicite[1130], ce qui est, d'ailleurs, parfois expressément prévu par la loi[1131]. Par exemple, comme cela a été mentionné, si une personne conclut un contrat dans le but de développer une activité d'assurance, sans y avoir été autorisée, le contrat est en principe *unenforceable.* Le *Financial Services and Markets Act* de 2000 permet toutefois à l'assuré d'obtenir des restitutions des primes d'assurance versées[1132]. La même solution est retenue en droit français. A titre d'illustration, suivant un auteur, « *dans le cas des ventes régies par l'article 1840 du Code général des impôts, l'annulation de la contre-lettre prévoyant le versement occulte d'un supplément de prix laisse admettre l'action en restitution de ce supplément exercée par l'acheteur : l'objectif, qui est de prévention, est de rendre parfaitement aléatoire l'opération pour le vendeur qui, si l'acheteur invoque la nullité de la contre-lettre, ne recevra en contrepartie de sa chose que le prix apparent, lequel est par hypothèse inférieur à la valeur de celle-ci. Dans la mesure où il s'agit de donner son plein effet à la règle malgré la tentative des parties de s'en affranchir, c'est par référence à celle-ci et à ses objectifs que devrait être résolue la question des restitutions, et non par l'idée d'un quelconque arbitrage de leur turpitude respective* »[1133]. Il s'agit là d'un cas où les restitutions doivent être déterminées en fonction de la finalité de la norme méconnue. En droit allemand, l'obstacle aux restitutions du § 817 du BGB est pareillement écarté dès lors que le but de la norme méconnue le justifie[1134].

---

[1129] G. WICKER, « La légitimité de l'intérêt à agir », art. préc., n° 4, v. aussi n° 19 et s.
[1130] E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 11-131.
[1131] Par exemple, le *Rent Act* de 1977 permet au locataire d'avoir restitution des loyers qu'il ne pouvait légalement lui être imposé de payer (v. *Browning v Morris* (1778) 2 Cowp. 790 ; *Barclay v Pearson* [1893] 2 Ch. 154 ; *Bonnard v Dott* [1906] 1 Ch. 740 ; *Kasumu v Baba-Egbe* [1956] A.C. 539).
[1132] J. LOWRY, P. RAWLINGS, R. MERKIN, *op. cit.*, p. 176.
[1133] G. WICKER, « La légitimité de l'intérêt à agir », art. préc., n° 20.
[1134] V. par ex. BGH 11.01.1984, VIII ARZ 13/83 , *BGHZ* 89, 316.

**265. Conclusion du chapitre.** L'analyse comparative de l'impossibilité juridique de satisfaire les motifs, au regard de leur illicéité, témoigne d'une convergence importante des droits étudiés, tant sur le plan de sa caractérisation que de ses conséquences.

L'illicéité des motifs peut ainsi tenir à leur contrariété à une interdiction légale impérative ou, plus largement, à des considérations d'ordre public ou de bonnes mœurs. La distinction est classique en droits anglais et allemand. Le droit anglais distingue ainsi la *statutory illegality* – l'illicéité fondée sur des textes – de la *common law illegality* – renvoyant à l'illicéité fondée sur des considérations de *public policy* (ce qui correspond à la notion d'ordre public). De façon similaire, en droit allemand l'illicéité du but poursuivi peut résulter de l'application du § 134 du BGB relatif aux interdictions légales et de celle du § 138 relatif aux bonnes mœurs (lesquelles s'entendent non seulement des considérations morales mais également de celles relatives à la notion d'ordre public). En droit français, l'article 1162 du Code civil portant sur l'illicéité du but contractuel ne fait référence qu'à l'ordre public. L'illicéité du but peut toutefois, à l'instar des droits anglais et allemand, être fondée sur la violation d'une loi impérative ou encore sur les bonnes mœurs mentionnées à l'article 6 du Code civil. Les cas où des motifs contractuels sont jugés illicites sont alors divers et variés mais les solutions concrètes retenues par les droits étudiés sont globalement assez similaires, des tendances communes pouvant à tout le moins être relevées.

La seule identification du fait qu'une partie est motivée par la poursuite d'un but violant une interdiction légale ou en contrariété avec l'ordre public ne suffit toutefois pas à entraîner une sanction du contrat correspondant. En effet, l'analyse comparée des droits français, anglais et allemand révèle que l'invalidité du contrat fondée sur l'illicéité du but suppose une intégration de ce motif dans le champ contractuel. A ce titre, l'article 1162 du Code civil apparaît très lacunaire dans la mesure où il n'indique aucun critère de rattachement du but au contrat, l'idée étant classiquement en droit français que la question du champ contractuel n'est pas censée se poser dans le cadre du contrôle de la licéité auparavant effectué sur le fondement de la cause subjective. La question est pourtant clairement posée dans les droits allemand et anglais. L'analyse de la jurisprudence démontre par ailleurs que le motif illicite peut alors être intégré au champ contractuel au regard du contenu de l'acte – que celui-ci soit lui-même illicite ou non – et des circonstances de la conclusion du contrat – notamment la qualité des parties ou leur comportement, ou encore des éléments de fait objectifs tels que le moment ou le lieu de la conclusion du contrat. Lorsque le motif illicite est rattaché au contrat, l'illicéité entraîne une sanction de ce dernier.

Dès lors que l'illicéité d'un motif rattaché au champ contractuel est caractérisée, les droits français, anglais et allemand s'accordent pour retenir l'invalidité du contrat. La cause de l'invalidité – l'illicéité des motifs – conduit alors unitairement à des conséquences particulières sur le plan des effets de l'invalidité du contrat. En effet, bien que la sanction de principe soit, en droits français et allemand, la nullité du contrat, une autre solution peut toutefois être admise si l'analyse du sens et du but de la norme méconnue le justifie. Les résultats concrets obtenus par les droits français et allemand tendent alors à rejoindre ceux du droit anglais qui ne raisonnne pas à partir d'un concept de nullité mais d'*unenforceability* de l'acte, c'est-à-dire d'absence de droit d'action sur le fondement du contrat. Le principe est ainsi que le contrat dont le but est illicite est *unenforceable* par l'une ou les deux parties suivant les circonstances : c'est dire qu'il n'est pas question d'anéantissement rétroactif de l'acte et il n'est, de surcroît, pas exclu que le contrat produise certains effets. De plus, en droit anglais, en application des adages *ex turpi causa* et *in pari causa*, des restitutions ne peuvent être admises qu'en faveur d'un contractant « innocent » dans l'illicéité s'il s'est exécuté sans rien obtenir en retour. De même, en droit allemand, le jeu des restitutions se retrouve paralysé eu égard à la turpide des parties, le § 817 consacrant l'adage *nemo auditur*. En droit français, les restitutions sont également susceptibles d'être refusées à l'encontre du contractant dont les motifs illicites conduisent à invalider le contrat sur le fondement de l'illégitimité de son intérêt à agir.

En définitive, le rôle des motifs dans la validité du contrat, au regard de l'impossibilité juridique de leur satisfaction, apparaît très similaire dans les droits français, anglais et allemand. Les résultats concrets des droits étudiés convergent par ailleurs s'agissant de l'impossibilité matérielle de satisfaction des motifs au moment de la conclusion du contrat.

## CHAPITRE 2 – L'IMPOSSIBILITE MATERIELLE DE SATISFACTION DES MOTIFS

**266. La prise en compte des attentes des parties sur le fondement de l'erreur.** La validité du contrat dépend de la possibilité matérielle de concrétisation de l'utilité attendue du contrat par les parties. L'idée est alors que le contrat doit être remis en cause lorsqu'il existe un décalage entre la représentation contractuelle d'éléments déterminants de l'engagement – constituant les motifs des parties – et la réalité, de telle sorte que la concrétisation de leurs attentes est, de fait, impossible. Le concept permettant d'invalider le contrat sur le fondement d'une telle impossibilité matérielle de réalisation des motifs est celui de l'erreur.

**267. L'erreur spontanée et provoquée en droit français.** L'erreur est un concept traditionnel du droit des contrats français. La réforme du droit des obligations n'a pas apporté de modification profonde au régime de l'erreur développé par la jurisprudence à partir des textes du Code civil de 1804[1135]. Pour être prise en compte, l'erreur doit porter, sur les qualités essentielles de la prestation ou du cocontractant et être excusable[1136]. A côté de l'erreur sur les qualités essentielles de la prestation ou de la personne, le Code civil admet l'erreur sur un « *simple motif* » [1137] à condition que les parties en aient expressément fait un élément déterminant de leur consentement. C'est ce qui résulte de l'article 1135 du Code civil. L'erreur portant sur d'autres éléments – ne constituant ni des qualités essentielles de la personne ou de la prestation ni des motifs expressément érigés en élément déterminant du consentement – est indifférente. L'article 1136 du Code civil précise que l'erreur sur la valeur de la prestation – dès lors qu'elle ne résulte pas d'une erreur sur les qualités essentielles de cette dernière – n'est pas une cause de nullité. Il en est autrement lorsque l'erreur est provoquée par dol.

---

[1135] Un type particulier d'erreur n'a toutefois pas été consacré par le législateur : il s'agit de l'erreur obstacle. L'erreur obstacle est ainsi définie comme le « malentendu radical », le « quiproquo » [v. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 275] dont il résulte l'absence de recontre des volontés. L'erreur obstacle soulève alors finalement un problème de rencontre de l'offre et de l'acceptation. Deux hypothèses sont classiquement identifiées : celle de l'erreur obstacle sur la nature du contrat [*Ibid.*, n° 276] – par exemple, l'une des parties pense acquérir le bien objet du contrat que l'autre entend seulement lui prêter – et celle sur l'objet du contrat [*Ibid.*, n° 277] – par exemple lorsque les contractants se mettent d'accord sur un prix mais dans deux devises différentes. Le législateur n'a pas fait le choix d'introduire ce type d'erreur dans le Code civil au moment de la réforme de 2016, en dépit de sa volonté tout à la fois de clarté et d'accessibilité du droit et de l'effort de prédagogie mis en œuvre. Cette erreur soulève pourtant certaines difficultés notamment du point de vue de sa sanction qui est débatue par la doctrine [v. J. GHESTIN, Y.-M. SERINET, « Erreur », *Repertoire de droit civil*, Dalloz, uillte 2017, n° 153 à 156]. L'erreur obstacle peut toutefois désormais être appréhendée sur le fondement des dispositions relatives à l'offre et à l'acceptation. En effet, d'après la première partie du premier alinéa de l'article 1113, « [l]e contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation » et, d'après l'article 1118 alinéa 2, « [l]'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle ». L'erreur obstacle peut ainsi être traitée comme une hypothèse de non-conformité de l'offre à l'acceptation.

[1136] V. article 1132 du Code civil.

[1137] V. article 1145 du Code civil.

D'après l'article 1137 alinéa 1er du Code civil, le dol est « *le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges* » ou encore, d'après l'alinéa 2, de dissimiler intentionnellement une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre. Le dol permet alors traditionnellement à un contractant d'invoquer une erreur en principe indifférente, la seule condition étant qu'elle ait été déterminante de son consentement[1138]. Ainsi, aux termes de l'article 1139, « *l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable* » et elle est cause de nullité quel que soit son objet, y compris lorsqu'elle porte sur la valeur de la prestation ou un « *simple motif* ».

**268. La distinction de la *mistake* et de la *misrepresentation* en droit anglais.** En droit anglais, la sanction de l'erreur se rattache à deux concepts : celui de la *mistake* et celui de la *misrepresentation*, le premier recouvrant les hypothèses d'erreurs spontanées et le second celles d'erreurs provoquées.

S'agissant de l'erreur spontanée, la *mistake*, trois types d'erreur sont distingués[1139]. Un premier type d'erreur se rapporte aux erreurs dites mutuelles (*mutual mistakes*). Une erreur est mutuelle lorsque les deux parties sont *at cross-purposes* ce qui correspond à l'idée de l'erreur obstacle du droit français : par exemple, une partie entend vendre son bien et l'autre le louer. Un second type d'erreur concerne les erreurs unilatérales (*unilateral mistakes*). L'erreur est dite unilatérale lorsqu'elle n'est le fait que d'une partie. Elle est alors difficilement admise. Elle se retrouve toutefois notamment prise en compte, sous certaines conditions, lorsqu'elle porte sur l'identité du cocontractant. Le dernier type d'erreur est l'erreur commune aux deux parties (*common mistake*). Cela inclut notamment l'erreur sur les qualités essentielles de l'objet du contrat qui se rapproche de l'erreur sur les qualités essentielles de la prestation du droit français. L'erreur sur les qualités essentielles de l'objet du contrat n'est toutefois sanctionnée qu'à la condition qu'elle ne relève pas de la sphère des risques supportés par un contractant[1140] et qu'elle ait été *fundamental*[1141], c'est-à-dire que l'objet du contrat doit être radicalement différent de la représentation que les parties s'en étaient faite[1142].

---

[1138] V. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 296.
[1139] V. E. MCKENDRICK, *Contract Law, Text, Cases, and Materials*, 5ème éd., Oxford, 2012, p. 519 et s.
[1140] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 8-004.
[1141] *Ibid.*, n° 8-002.
[1142] La rigueur de la *common law* dans la prise en compte de l'erreur a conduit au développement, plus souple, de l'erreur en équité (*equity*). Le maintien en droit positif du régime de l'erreur en équité est néanmoins largement incertain. En effet, non seulement le maintien de la théorie de l'erreur développée en équité a été rejeté par la *Court of Appeal* – ce qui ne s'oppose toutefois pas à la possibilité, pour la juridiction supérieure, la *Supreme Court*, de se prononcer en sens contraire – mais elle est, en outre, devenue largement inutile en raison du développement des erreurs admises en *common law* [v. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 8-026]. L'erreur en équité conserve toutefois aujourd'hui un domaine d'application : elle constitue ainsi un moyen de défense à l'encontre d'une demande en exécution forcée, admis pour les erreurs unilatérales [*ibid*., n° 8-031]. L'équité fonde par ailleurs l'admission par les juges de la possibilité de rectification de l'écrit supposé récapituler l'accord des parties [*ibid.*, n° 8-059 et s.].

L'admission de l'erreur est plus souple sur le fondement de la *misrepresentation* qui recouvre les hypothèses d'erreur provoquée. La *misrepresentation* peut résulter d'une intention frauduleuse (*fraudulent misrepresentation*) – ce qui correspond au dol du droit français – elle peut aussi être due à une négligence (*negligent mispresentation*) ou encore à un acte purement innocent (*innocent misrepresentation*)[1143]. Sur le plan de son régime juridique, aucune condition relative au caractère fondamental de l'élément erroné n'est imposée au titre de la *misrepresentation* : il est simplement exigé qu'elle ait été déterminante du consentement du contractant qui en est victime, ce qui est décrit comme le critère de l'*inducement*[1144]. La *misrepresentation* permet alors de sanctionner des erreurs qui seraient indifférentes sur le fondement de la *mistake* en *common law*.

**269. Erreur et tromperie dolosive en droit allemand.** En droit allemand, l'erreur spontanée est sanctionnée sur le fondement de deux dispositions du BGB : le § 119 et le § 313 (2). Le § 119 (1) distingue l'erreur dans le contenu de la déclaration (*Inhaltsirrtum*) et l'erreur dans l'expression de la déclaration (*Erklärungsirrtum*)[1145]. L'erreur dans l'expression de la déclaration (*Erklärungsirrtum*) concerne les hypothèses où l'auteur d'une déclaration a commis une erreur dans l'émission de cette dernière[1146]. L'erreur est, en quelque sorte, technique : l'expression de la déclaration de volonté n'est pas conforme à l'intention de son auteur, de sorte qu'il en résulte une absence de rencontre des volontés[1147]. L'erreur dans le contenu de la

---

[1143] V. R. DUXBURY, *Contract Law*, 2nd Ed., 2011, Sweet & Maxwell, n° 11-020 et s.

[1144] V. E. MACDONALD, R. ATKINS, *op. cit.*, n° 13.39 et s.

[1145] Selon le § 119 (1) du BGB : « *[q]uiconque au moment de l'émission d'une déclaration de volonté était dans l'erreur sur son contenu ou qui ne voulait pas du tout émettre une déclaration de ce contenu peut annuler la déclaration litigieuse, lorsqu'il y a lieu d'admettre qu'il ne l'aurait pas émise s'il avait eu connaissance de la situation réelle et s'il avait apprécié le cas raisonnablement* » [traduction de l'allemand par G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, *op. cit*].

[1146] Par exemple, il y a erreur dans la déclaration lorsqu'un vendeur souhaite vendre un bien pour une valeur de cent euros mais écrit par erreur dix euros dans son offre. Les volontés des parties ne peuvent alors s'être rencontrées puisque l'une entendait conclure la vente pour le prix de cent euros et l'autre pour le prix de dix euros. Il en est de même si l'auteur d'une déclaration de volonté entend conclure la vente dans un prix au gramme alors qu'objectivement le prix s'entend au kilo.

[1147] Cette hypothèse de non-concordance des volontés semble alors *a priori* très proche de celle d'un *Dissens* caché [v. C. ARMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflge, 2015, § 119, n° 63]. En effet, pour rappel, il y a *Dissens* caché lorsqu'il y a un défaut d'accord entre les parties sur les éléments nécessaires à la formation du contrat, sans que ces dernières n'en aient conscience. Dès lors, il y a bien, en cas d'erreur dans la déclaration comme dans celui du *Dissens*, une apparence de contrat qu'il s'agit de contester sur le fondement de l'absence d'accord des volontés. Néanmoins, dans le cas du *Dissens* caché, il y a un désaccord des parties sans qu'aucune d'elles ne soit fondée à se prévaloir de l'apparence de contrat à l'égard de l'autre. *A contrario*, il y a erreur dans la déclaration lorsqu'une des parties pouvaient légitimement croire à la validité du contrat conclu suivant une interprétation objective de l'acte. Son cocontractant ne peut alors invoquer l'absence de conclusion du contrat au titre du *Dissens* : il doit l'annuler – conformément aux §§ 142 et suivant du BGB – sur le fondement d'une erreur dans sa déclaration et il est alors tenu d'indemnniser son cocontractant du préjudice subi du fait de cette annulation. C'est, en effet, là une grande différence du droit allemand avec les droits français et anglais en matière d'erreur : le contractant qui annule un contrat sur le fondement de l'erreur est tenu d'indemniser son partenaire (étant précisé qu'il n'est indemnisé que les intérêts négatifs – *negatives Interesse*, correspondant aux préjudices subis du fait de la confiance accordée à la validité du contrat – et non les intérêts positifs – *positives Interesse*, correspondant aux dommages causés par l'inexécution du contrat, au bénéfice qui en était attendu). Cette obligation d'indemnisation, prévue au § 122 du BGB, est toutefois écartée lorsque le contractant qui subit l'annulation aurait dû avoir connaissance de la cause d'annulation [v. § 122 BGB (2)]. C'est dire que, dans ce cas, le caractère légitime des attentes du

déclaration (*Inhaltsirrtum*) concerne quant à elle les hypothèses où le sens objectif de la déclaration n'est pas conforme à l'intention de son auteur au regard, non pas de la réalité de sa volonté, mais des éléments de fait objectifs[1148]. C'est dire que la concrétisation objective de la déclaration ne correspond pas à ce que le déclarant avait en tête. Le (2) du § 119 du BGB assimile à l'erreur dans le contenu de la déclaration « *l'erreur sur les qualités de la personne ou de la chose considérées comme essentielles dans les relations d'affaires* »[1149]. De façon tout à fait significative, l'erreur sur les qualités essentielles est décrite comme une exception au principe de l'indifférence de l'erreur sur les motifs[1150]. L'admission de l'erreur sur les qualités essentielles de la personne ou de la chose suppose toutefois un examen de la répartition contractuelle du risque d'erreur (*Risikoverteilung*)[1151]. L'importance de la question de la répartition des risques dans l'admission de l'erreur ressort également clairement de l'application du § 313 du BGB. Le § 313 (2) permet en effet la prise en compte d'une erreur commune (*gemeinsamer Irrtum*) sur un élément essentiel à la base de l'accord des parties[1152].

---

contractant sur le fondement du contrat est contredit, de sorte que la situation se rapproche bien ici de celle d'un *Dissens* caché. L'obligation d'indemnisation à la charge de l'*errans* apporte une justification à l'admission très large de l'erreur dans la déclaration en droit allemand dans la mesure où elle permet d'assurer un équilibre entre la préservation de la volonté d'une partie et les attentes légitimes de l'autre. L'existence de cette obligation d'indemnisation, qui n'a pas d'équivalent dans les autres droits étudiés, tend toutefois à marquer la singularité de la théorie de l'erreur en droit allemand.

[1148] V. C. ARMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 119, n° 56.

[1149] Traduction de l'allemand par G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, *op. cit.*

[1150] V. C. ARMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 119, n° 101.

[1151] *Ibid*., n° 112.

[1152] La question de l'articulation des §§ 119 et 313 (2) apparaît très délicate et discutée. En effet, d'après l'opinion dominante avant la réforme de 2002 – laquelle a intégré le § 313 dans le BGB – l'application de la théorie du fondement du contrat devait être subsidiaire à celle de l'erreur du § 119 du BGB [v. T. FINKENAUER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage, 2016, § 313, n° 146.]. Aujourd'hui, la doctrine majoritaire considère que les règles du § 313 (2) sont spéciales et doivent donc déroger aux règles du § 119 lorsqu'elles peuvent s'appliquer [*ibid.*, l'auteur relève qu'une partie de la doctrine considère au contraire que le § 119 doit toujours avoir la priorité]. D'après un auteur, l'idée serait de retenir le § 313 (2) du BGB pour les erreurs qui sont telles qu'aucune des deux parties n'aurait conclu le contrat si elle avait eu connaissance de la réalité [v. M. JAENSCH, *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*, 4. Auflage, C.F. Müller, 2018, n° 295]. Le § 313 (2) viserait alors des hypothèses en principe différentes de celles du § 119 (2) du BGB. Suivant les exemples donnés par ce même auteur [*ibid.*], le § 119 (2) devrait ainsi s'appliquer à la vente portant sur une bague que les contractants pensent être en plaqué or alors qu'elle est en or massif : le vendeur, s'il avait eu connaissance de la réalité, n'aurait sans doute pas conclu la vente au même prix, contrairement à l'acheteur qui aurait fait une bonne affaire. En revanche, dans le cas d'un contrat de vente portant sur un tableau, présenté comme étant d'un certain auteur alors qu'il en est d'un autre – sans que cela n'ait d'incidence sur sa valeur – le § 313 (2) doit s'appliquer dès lors qu'aucune des parties n'aurait conclu le contrat si elle avait eu connaissance de la réalité, de sorte que le nom de l'artiste était déterminant pour les deux parties. L'idée est alors de retenir l'application du § 313 (2) pour des motifs partagés par les parties ayant fondé leur accord. L'article § 313 (2) s'applique notamment en matière de *Kalkulationirrtum*, c'est-à-dire en cas d'erreur de calcul [v. H. KÖTZ, *Vertragsrecht, op. cit*, n° 318 et s. et n° 1021]. L'erreur sur la valeur est en principe une erreur indifférente, néanmoins l'erreur de calcul peut être prise en compte lorsque les éléments à la base du calcul du prix, participant du fondement du contrat, sont erronés. Au demeurant, d'après une partie de la doctrine, l'application du § 313 (2) du BGB doit être privilégiée lorsqu'il apparaît injuste, au regard de la participation de l'erreur au fondement du contrat, de faire jouer le § 119 du BGB [v. M. JAENSCH, *op. cit.*, n° 295]. En effet, celui qui annule le contrat sur le fondement du § 119 du BGB est tenu d'indemniser l'autre. Dès lors, en cas d'erreur mutuelle, celui qui agit en premier serait pénalisé en étant obligé de réparer l'intérêt négatif de l'autre partie alors que les deux ont intérêt à la remise en cause du contrat [*ibid.*]. Nénmoins, d'autres auteurs considèrent que le § 119 doit toujours avoir la primauté lorsqu'il peut être appliqué, puisque le contractant agissant en premier serait celui à l'égard duquel le contrat est le plus préjudiciable, de sorte que son obligation d'indemniser l'intérêt négatif de l'autre ne serait pas fondamentalement injuste [*ibid.*]. L'application du § 313 (2)

Comme le § 119, le § 313 (2) du BGB suppose une appréciation de la répartition contractuelle des risques : l'erreur n'est admise que si le contractant qui s'est trompé ne peut être considéré comme devant en supporter les conséquences[1153].

En dehors de l'application des §§ 119 et 313 (2) du BGB, l'erreur est prise en compte lorsqu'elle a été provoquée par une tromperie dolosive (*arglistige Täuschung*). En effet, d'après le § 123 (1) du BGB celui qui a été déterminé par une tromperie dolosive à émettre une déclaration de volonté peut l'annuler. La tromperie dolosive permet de prendre en compte toute erreur, y compris celle sur les motifs[1154].

**270. Distinction unitaire de l'erreur spontanée et de l'erreur provoquée.** Une première approche des droits français, anglais et allemand indique que le régime de l'erreur est unitairement distingué suivant son caractère spontané ou provoqué. Cette distinction apparaît fondamentale dans la mesure où le caractère provoqué de l'erreur permet de prendre en compte des motifs qui ne seraient pas admis sur le fondement de l'erreur spontanée. L'analyse de l'impossibilité matérielle de satisfaction des motifs sera alors distinguée suivant les deux types d'erreur traditionnellement reconnus, à savoir l'erreur spontanée sur les motifs (Section 1) et l'erreur provoquée sur les motifs (Section 2).

## *Section 1 – L'erreur spontanée sur les motifs*

**271. Objet de l'erreur et répartition du risque d'erreur.** L'erreur permet de prendre en compte l'inexactitude de la représentation contractuelle d'éléments déterminants intégrés au champ contractuel. Il ne suffit toutefois pas qu'un motif soit intégré au champ contractuel pour que la nullité du contrat sur le fondement de l'erreur soit encourue. La sanction de l'erreur n'est pas réductible à la question de savoir si le motif est ou non intégré au champ contractuel. L'erreur n'est ainsi admise en droit français qu'à la condition d'être excusable.

Cette exigence relative au caractère excusable de l'erreur se retrouve considérée en droits anglais et allemand à travers l'appréciation de la répartition contractuelle des risques. En effet, dans ces droits, l'erreur ne permet de remettre en cause la validité du contrat que si elle ne

---

devrait, en outre, être préférée lorsque l'annulation du contrat n'apparaît pas opportune. En effet, la mise en œuvre du § 313 conduit à une adaptation du contrat par préférence à sa résolution [*ibid*., n° 286 et n° 295].

[1153] V. par ex. BGH 13 novembre 1975, *BGH NJW* 1976, 565 : la nullité du contrat de transfert d'un joueur de foot à un autre club a été retenue sur le fondement de l'absence de fondement du contrat au motif que le joueur avait, à l'insu du club vendeur et du club acheteur, accepté un pot de vin pour perdre un match (acte conduisant à une interdiction de jouer). Le demandeur assume le risque que le joueur ne fournisse pas la performance sportive attendue, ou qu'il assume les conséquences d'une blessure sportive subie avant le changement, il ne peut plus être utilisé. En revanche, ce n'est pas le demandeur, mais le défendeur qui est "plus proche" du risque qu'un joueur qu'il emploie soit corrompu et donc "sans valeur" au moment du départ d'un prochain transfert.

[1154] V C. ARMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflge, 2015, § 123, n° 2.

constitue pas un risque contractuel pesant sur le contractant qui le subit. Cette analyse en termes de répartition des risques, peu familière du droit français, est tout à fait classique en droits anglais et allemand. Un risque contractuel est supporté par une partie quand celle-ci doit seule en assumer les conséquences, c'est-à-dire qu'il est sans incidence sur le sort du contrat. A ce titre, une partie peut avoir parfaitement connaissance du but poursuivi par l'autre, lequel peut même avoir constitué la base des négociations entre elles et apparaître comme un élément fondamental de la conclusion de leur accord, sans que ce motif soit pris en compte au titre de l'erreur. Dans ces circonstances, ce n'est pas tant le caractère personnel du motif qui est en cause – son caractère extérieur au champ contractuel étant dès lors très discutable – mais le fait que le risque d'impossibilité matérielle de satisfaction de ce motif pèse sur l'un des contractants.

L'impossibilité matérielle de satisfaction des motifs n'est prise en compte au titre de l'erreur, similairement dans les droits étudiés, que si deux exigences sont réunies : l'erreur doit porter sur des motifs intégrés au champ contractuel (§1) et elle ne doit pas constituer un risque à la charge du contractant qui l'invoque (§2).

## §1- L'exigence d'une erreur portant sur des motifs intégrés au champ contractuel

**272. Les motifs intégrés au contrat comme objet de l'erreur.** Affirmer que l'erreur permet de fonder la prise en compte de l'impossibilité matérielle de satisfaction des motifs suppose, en premier lieu, d'assimiler son objet à des motifs de l'engagement. Cela n'a rien d'*a priori* évident, à tout le moins en droit français où l'erreur sur les motifs est traditionnellement présentée comme une erreur indifférente. Pourtant, l'erreur permet, unitairement dans les droits étudiés, de prendre en compte des éléments essentiels de l'accord qui peuvent être qualifiés de motifs. Tous les motifs des contractants ne sont toutefois pas concernés : il doit s'agir de motifs intégrant le champ contractuel. Si l'erreur permet ainsi de prendre en compte des motifs (A), encore faut-il que ces derniers soient intégrés dans le champ contractuel (B).

### A- La prise en compte des motifs sur le fondement de l'erreur

**273. L'identification de l'objet de l'erreur à des motifs.** L'erreur est classiquement appréhendée à travers son objet en droit français. Ainsi, l'erreur admise au titre de la validité du contrat était, avant la réforme, celle portant sur la substance ou la personne, tandis qu'elle est aujourd'hui présentée comme devant porter sur les qualités essentielles de la prestation ou de la personne. A côté de ces erreurs admises, les autres sont alors désignées comme indifférentes dans la mesure où elles ne permettent pas d'invalider le contrat. Or l'erreur sur les

motifs figure traditionnellement parmi les erreurs dites indifférentes[1155]. Sous cet angle, considérer la prise en compte des motifs au titre de l'erreur semble assez contradictoire avec l'approche traditionnelle du droit français.

Le rôle des motifs dans la validité du contrat, sur le fondement de l'erreur, est davantage reconnu en droits anglais et allemand. En effet, en droit anglais la *common mistake* recouvre les hypothèses où les deux parties ont fait une erreur telle que, d'après le *Restatement of the English Law of Contract,* « *l'exécution du contrat est matériellement ou légalement impossible ou le but du contrat ne peut être atteint au moment où le contrat est formé* »[1156]. Il apparaît, au regard de cette définition faisant expressément référence au but poursuivi, que ce sont bien des motifs qui sont susceptibles d'être pris en compte sur le fondement de l'erreur en droit anglais. A ce titre, la doctrine présente parfois la *common mistake* comme celle couvrant les « *mistaken assumptions* » (les présuppositions erronées), de sorte qu'elle est décrite comme une « *motivation mistake* » (erreur dans la motivation)[1157]. En droit allemand, deux textes sont applicables en matière d'erreur : le § 119 (2) du BGB relatif à l'erreur sur les qualités essentielles et le § 313 (2) relatif à l'erreur sur les éléments essentiels. Ces deux dispositions sont alors classiquement présentées comme soulevant un problème d'articulation car elles sont considérées comme ayant un objet identique : elles concernent toutes deux la question de l'admission de l'erreur sur des motifs de l'engagement[1158].

Au demeurant, affirmer que l'erreur permet de prendre en compte des motifs contractuels ne pose de difficultés qu'en droit français. Pourtant, la nouvelle formulation, par la réforme, des erreurs admises ne laisse aucun doute quant à la qualification de motifs des éléments qui en sont l'objet. En effet, deux types d'erreur sont admis : l'erreur sur les qualités essentielles de la personne ou de la prestation (article 1133 du Code civil) et l'erreur sur les simples motifs (articles 1135 du Code civil). Or opposer l'erreur sur les qualités essentielles à l'erreur sur les simples motifs laisse entendre qu'il s'agit bien, dans les deux cas, de motifs. Si les qualités essentielles de la personne ou de la prestation (1) constituent ainsi des motifs, il convient de voir dans quelle mesure elles peuvent être distinguées des simples motifs (2).

---

[1155] V. par ex. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 286.
[1156] A. BURROWS, *A Restatement of the English Law of Contract*, *op. cit*., n° 35 [notre traduction, texte original : "performance of the contract is physically or legally impossible or the purpose of the contract cannot be achieved at the time the contract is made"].
[1157] V. M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, 5th ed., Oxford, 2015, p. 253.
[1158] V. par ex. M. JAENSCH, *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*, 4. Auflage, C.F. Müller, 2018, n° 295 et s.

### *1. Les qualités essentielles de la personne ou de la prestation*

**274. La qualification de motifs des qualités essentielles.** D'après l'article 1132 du Code civil, l'erreur n'est prise en compte que « *lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant* ». Les qualités substantielles de la chose, aujourd'hui désignées comme les qualités essentielles de la prestation, de même que celles relatives à la personne, constituent des motifs de l'engagement des parties. D'après l'article 1133 du Code civil, ces qualités sont en effet celles en considération desquelles les parties ont contracté, c'est-à-dire des motifs. Ces qualités essentielles précisent alors l'utilité du contrat attendue par les parties. Cela peut être illustré par un exemple : s'il ne peut pas être attendu que le vélo vendu comme une œuvre d'art soit en état de rouler, tel n'est pas le cas de l'achat d'un vélo tout terrain dans un magasin d'équipement sportif. S'il s'agit bien, dans tous les cas de la vente d'un vélo, les qualités essentielles de ce dernier définissent de façon très claire l'utilité poursuivie par l'acheteur : dans la première hypothèse, la qualité d'objet d'art du vélo indique que ce dernier est destiné à un usage décoratif tandis que, dans la seconde, la qualité de vélo tout terrain témoigne qu'il vise à remplir une fonction de déplacement. L'admission de l'erreur sur les qualités essentielles permet ainsi de garantir l'utilité du contrat poursuivie par les parties et donc de satisfaire leurs motifs. De façon classique, ces qualités essentielles peuvent viser la prestation ou la personne.

**275. La personne et la prestation.** L'erreur sur les qualités essentielles de la prestation correspond à l'ancienne erreur sur la substance de la chose objet du contrat, d'après le code de 1804. Le changement de terminologie consacre les développements jurisprudentiels relatifs à l'erreur sur la substance. Le domaine de l'erreur sur la substance a en effet fait l'objet d'un double élargissement par la jurisprudence[1159]. D'une part, celle-ci a assimilé à la substance les qualités dites substantielles, c'est-à-dire les qualités tenues pour essentielles. Par ailleurs, l'erreur sur la substance a été appliquée aux contrats qui n'ont pas pour objet une chose, au sens strict, tels que les contrats de prestations de services. Afin d'intégrer ces développements jurisprudentiels, le législateur a alors fait le choix de retenir la notion de qualités essentielles de la prestation.

Le § 119 du BGB admet similairement l'erreur sur les qualités de la chose ou de la personne considérées comme essentielles dans les relations d'affaires[1160]. L'expression de « qualités essentielles », d'après cette disposition, ne vise pas seulement les choses matérielles

---

[1159] V. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 279.
[1160] V. § 119 (2) BGB.

qui font l'objet du contrat mais plus largement les prestations de toute nature[1161]. Il ne s'agit alors pas seulement de prendre en compte leurs caractéristiques physico-chimiques, mais aussi tous les éléments qui ont une influence sur leur valeur et leur utilité[1162]. S'agissant des qualités essentielles de la personne, cette dernière peut être un tiers au contrat[1163], et non nécessairement le cocontractant comme cela est prévu, en droit français, par l'article 1132 du Code civil.

L'erreur sur les qualités essentielles se retrouve également en droit anglais. Il est en effet question de *mistake as to an essential quality of the subject matter of the contract*, soit d'erreur sur une qualité essentielle de la chose objet du contrat[1164]. La chose objet du contrat est traditionnellement entendue au sens strict comme le bien matériel[1165]. Néanmoins, l'erreur commune des parties est admise, au-delà de l'erreur sur les seules qualités de la chose matérielle : l'erreur peut ainsi avoir pour objet l'impossibilité d'exécution du contrat tel que voulu par les parties au regard de l'inexactitude de ses éléments essentiels, ce qui permet d'intégrer, plus largement, l'erreur sur les qualités essentielles de la prestation et de la personne[1166].

Si les qualités essentielles de la prestation ou de la personne constituent ainsi des motifs qui peuvent être pris en compte au titre de l'erreur, il existerait par ailleurs, d'après la présentation du droit français, d'autres motifs pouvant également faire l'objet d'une erreur. Il s'agit des « simples motifs » mentionnés par l'article 1135 du Code civil. Il convient d'identifier quels sont ces autres motifs pris en compte au titre de l'erreur et qui ne constituent pas des qualités essentielles de la personne ou de la prestation.

### *2. La distinction des qualités essentielles et des simples motifs*

**276. La distinction en droit français des motifs constituant des qualités essentielles et des simples motifs.** L'erreur spontanée peut avoir pour objet deux types de motifs suivant la présentation du droit français : les qualités essentielles – de la prestation ou de la personne – et les autres motifs qualifiés de simples motifs. La distinction posée, entre les motifs qui peuvent être rattachés aux qualités essentielles de la prestation et les autres, repose sur le degré de rattachement du motif visé à l'objet de la prestation. Il s'agirait alors de considérer que seuls les éléments qui ont un rapport direct avec l'objet même de la prestation peuvent être qualifiés

---

[1161] V. R. SINGER, in *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 2012, § 119, n° 95.
[1162] *Ibid.*
[1163] *Ibid.*, n° 89.
[1164] V. M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, 5th ed., Oxford, 2015, n° 6.2.5.3.
[1165] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 8-015 et s.
[1166] *Ibid.*

de qualités essentielles de cette dernière. Cette approche fondée sur le degré de proximité du motif avec l'objet de la prestation apparaît en réalité discutable puisque les motifs précisant l'utilité de la prestation par les parties peuvent toujours, d'une façon ou d'une autre, être rattachés aux qualités essentielles de la prestation. La solution de l'arrêt à l'origine de l'article 1135 du Code civil relatif à l'erreur sur les simples motifs en témoigne[1167]. En effet, ce texte consacre la solution d'un arrêt dans lequel la Cour de cassation a refusé d'admettre l'erreur sur l'éligibilité d'un immeuble, objet d'un contrat vente, à un dispositif de défiscalisation, la perspective d'obtention de ces avantages fiscaux constituant un motif que les parties n'avaient pas érigé en condition. Un simple motif étranger aux qualités essentielles de la prestation serait donc, par exemple, le statut fiscal de l'immeuble faisant l'objet d'un contrat de vente. D'après MM. CHANTEPIE et LATINA, cette qualification de simple motif n'est pas justifiée et « *[l]e statut fiscal ne devrait pas être, en toute hypothèse, considéré comme extérieur aux qualités essentielles de la chose, objet du contrat* »[1168]. En effet, ainsi que l'expliquent ces auteurs « *l'erreur sur l'aptitude d'une chose à réaliser la fin poursuivie est considérée comme une erreur portant sur l'objet du contrat* » et, à ce titre, « *l'erreur sur la constructibilité d'un terrain, qui n'est rien d'autre qu'une erreur sur la situation de l'immeuble au regard des règles d'urbanisme, est considérée comme une erreur sur ses qualités essentielles !* »[1169]. Dans le même sens, d'après d'autres auteurs, la distinction des motifs constituant des qualités essentielles et des simples motifs est d'une difficulté insoluble dans la mesure où « *les mobiles ont trait généralement à une utilité particulière à laquelle l'*errans *destine le bien ou la prestation. Or toute utilité, aussi fantaisiste soit-elle, peut bien être qualifiée abstraitement de qualité attendue de la chose* »[1170]. Au demeurant, il apparaît bien délicat de tenter d'établir le degré nécessaire de rattachement à la prestation pour qu'il soit question d'une qualité essentielle de cette dernière et non d'un simple motif. L'analyse des droits anglais et allemand permet de confirmer l'inopportunité d'une distinction entre les motifs fondée sur le caractère direct ou non de leur rattachement à l'objet de la prestation.

**277. Le rejet de la distinction des qualités essentielles et des éléments essentiels en droits anglais et allemand.** En droit allemand, deux textes soulèvent classiquement des difficultés d'articulation en matière d'erreur : le § 119 (2) du BGB relatif à l'erreur sur les

---

[1167] Cass. civ. 1ère, 13 février 2001, n° 98-15.092, *JCP* 2001. I. 330, obs. J. ROCHFELD ; *Defrénois* 2002. 476, note D. ROBINE ; *RTD civ.* 2001. 352, obs. J. MESTRE et B. FAGES.
[1168] G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, op. cit.*, n° 317.
[1169] *Ibid.*
[1170] 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*, 2ème ed., LexisNexis, 2018, p. 220.

qualités essentielles et le § 313 (2) relatif à l'erreur sur les éléments essentiels. Ces deux dispositions sont considérées comme ayant un objet identique : l'erreur sur des motifs de l'engagement. La question se pose alors de savoir quels sont les éléments qui permettraient de distinguer le champ d'application respectif des §§ 119 (2) et 313 (2) du BGB. Le critère de distinction fondé sur le rattachement direct ou non du motif à l'objet du contrat est purement et simplement rejeté en raison de son artificialité et de son impraticabilité[1171]. En effet, il est considéré que les motifs peuvent toujours, d'une façon ou d'une autre, être rattachés à des qualités essentielles, ce dont témoigne la jurisprudence[1172]. Les qualités essentielles de la prestation au sens du § 119 (2) ne s'entendent en effet pas seulement comme les qualités immédiates ou objectives de la prestation[1173]. Les éléments essentiels d'après le § 313 (2) peuvent donc, dans l'absolu, être qualifiés de qualités essentielles de la prestation. C'est dire que les motifs traités au titre du fondement du contrat ne sont pas d'une nature très différente de ceux relevant de l'erreur dans le contenu de la déclaration : il s'agit de motifs déterminant l'utilité de l'engagement. Ces considérations du droit allemand confirment l'incertitude de la distinction faite en droit français entre, d'une part, les motifs qualifiés de qualités essentielles de la prestation et, d'autre part, les simples motifs.

En droit anglais, comme le relève la doctrine, l'application de l'erreur aux situations dans lesquelles l'utilité poursuivie par la conclusion du contrat ne peut pas être satisfaite ne correspond ni plus ni moins qu'à une acception large de la notion d'impossibilité d'exécution[1174]. C'est dire qu'il s'agit en toute hypothèse d'une impossibilité d'exécution du contrat tel que convenu par les parties, de sorte que l'objet de l'erreur admise peut toujours être rattaché à des qualités essentielles de la prestation. La question ne se situe alors pas en droit anglais sur le plan de l'appréciation du caractère plus ou moins direct du motif avec l'objet de la prestation mais sur celui de savoir si ce motif participe de la définition de la prestation[1175]. Ainsi, ce qui compte, en définitive, c'est le fait que le motif porte sur un élément essentiel intégré au champ contractuel.

---

[1171] V. R. SINGER, in *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 2012, § 119, n° 88.
[1172] *Ibid*.
[1173] Ibid.
[1174] A. BURROWS, *A Restatement of the English Law of Contract, op. cit.*, p. 178. V. aussi M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, 5th ed., Oxford, 2015, p. 255.
[1175] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 8-019 : « Some particular quality may be so important to them that they actually use it to *identify* the thing. If the thing lacks that quality, it is suggested that the parties have made a fundamental mistake, even though they have not mistaken one thing for another, or made a mistake as to the existence of the thing, as such ».

### B- La condition de l'intégration des motifs dans le contrat

**278. La nécessité de l'intégration du motif objet de l'erreur.** Il ne suffit pas que la représentation erronée qu'une partie s'est faite de la réalité porte sur un élément déterminant de son consentement pour que l'invalidité du contrat puisse être retenue sur le fondement de l'erreur. Il est nécessaire que le motif visé soit convenu par les parties et donc qu'il intègre le champ contractuel en tant qu'élément présupposé constituant le fondement du contrat, de sorte que son inexactitude doit pouvoir conduire à remettre en cause ce dernier. Ainsi, en droit français, les qualités essentielles de la prestation sont, aux termes de l'article 1133 du Code civil, celles qui ont été convenues par les parties, l'erreur sur un simple motif n'étant par ailleurs admise, d'après l'article 1135, qu'à la condition que ce dernier ait été essentialisé par les parties.

En droit anglais, l'erreur ne peut également être admise qu'à la condition de porter sur des éléments déterminants convenus par les parties. La solution de l'arrêt *Smith v Hughes*[1176] en fournit une illustration. Un contrat de vente d'une certaine quantité d'avoine avait été conclu entre un fermier, le vendeur, et un éleveur de chevaux de course, l'acheteur. Ce dernier refusa d'exécuter le contrat au motif qu'il avait clairement indiqué vouloir acheter de la vieille avoine, qualité que ne présentait pas l'avoine vendue, provenant de la dernière récolte. Bien qu'il fût admis que la qualité de l'avoine avait été déterminante du consentement de l'acheteur, l'erreur ne fut pas admise. En effet, d'après la *legal opinion* résultant des propos du juge Cockburn : « *cet argument résulte d'une méprise consistant à confondre ce qui constitue un simple mobile opérant chez l'acheteur et le poussant à acheter, avec une condition essentielle du contrat. (…)* »[1177]. L'intégration du motif objet de l'erreur dans le champ contractuel apparaît donc fondamentale pour que cette dernière soit admise.

De même, en droit allemand, l'erreur sur les qualités essentielles de la chose ou de la personne est, d'après le (2) du § 119 du BGB, assimilée à une erreur dans le contenu de la déclaration. L'objet de l'erreur doit donc se rapporter au contenu de la déclaration et ne peut donc pas être des éléments étrangers au champ contractuel. L'erreur prise en compte dans le cadre du § 313 du BGB doit quant à elle concerner des éléments participant du fondement du contrat.

---

[1176] *Smith v Hughes* (1871) L.R. 6 QB.
[1177] *Ibid.* [notre traduction, texte original : « his argument proceeds on the fallacy of confounding what was merely a motive operating on the buyer to induce him to buy with one of the essential conditions of the contract »].

La question qui se pose, unitairement dans les droits étudiés, est celle des techniques de l'intégration des motifs dans le contrat, qui peuvent être identifiées à partir du régime de l'erreur.

**279. Distinction des procédés exprès et tacites d'intégration des motifs.** Deux procédés d'intégration des motifs dans le champ contractuel peuvent être unitairement identifiés dans les droits étudiés. En effet, l'intégration des motifs susceptibles de faire l'objet d'une erreur peut être tacite ou expresse. Ces deux procédés d'intégration des motifs dans le contrat constituent des procédés somme toute classiques de détermination du contenu du contrat. C'est ce qu'il convient d'établir en considérant d'abord l'intégration tacite (1), puis l'intégration expresse (2) des motifs dans le contrat.

### *1. L'intégration tacite des motifs dans le contrat*

**280. La notion d'interprétation raisonnable du contrat.** Pour être pris en compte au titre de l'erreur et conduire à invalider le contrat, les motifs dont la satisfaction est, *ab initio*, matériellement impossible doivent être des éléments participant du fondement du contrat, c'est-à-dire qu'ils doivent constituer une présupposition déterminante de l'accord des parties. A ce titre, les motifs peuvent être considérés comme intégrés tacitement dans le champ contractuel à partir d'une interprétation raisonnable du contrat, eu égard à sa nature. L'idée est alors que l'objet du contrat induit, en tant que tel, la présupposition de certains motifs. Ces derniers sont, pour ainsi dire, évidents et naturellement intégrés au contrat. Par exemple, lorsqu'un contrat porte sur l'achat d'un véhicule automobile neuf, le fait qu'il soit en parfait état de rouler est tacitement convenu : il n'est pas nécessaire que les parties aient expressément érigé ce motif en élément déterminant de la conclusion du contrat. Une interprétation raisonnable du contrat conduit ainsi à considérer que certains motifs intègrent nécessairement le champ contractuel. L'identification des motifs qui intègrent tacitement le contenu du contrat s'opère alors suivant le degré de typicité de l'accord : certains motifs vont ainsi être considérés comme tacitement convenus dès lors qu'ils constituent des éléments qui peuvent être raisonnablement et généralement présupposés par les parties à un contrat de ce type[1178].

[1178] V. en ce sens J. ROCHFELD, thèse préc., n° 270 : « Dans les contrats typiques, le champ contractuel se trouve automatiquement délimité : entrent dans le contrat les « objectifs normalement poursuivis par la conclusion de telle ou telle espèce de convention », c'est-à-dire tous les éléments compris dans la structure habituelle du type, et auxquels pouvait ainsi s'attendre chacune des parties. Ceux-ci se trouvent automatiquement connus d'elles et insérés dans leurs « prévisions », puisqu'ici, la « cause résulte de la nature même du contrat conclu », c'est-à-dire de sa structure et de son processus de motivation habituelle, cristallisée dans une définition institutionnalisée ».

Les motifs susceptibles d'être ainsi considérés comme tacitement intégrés dans le contrat, et donc pris en compte au titre de l'erreur, sont des éléments qui peuvent se rapporter tant aux qualités essentielles de la prestation (a) que de la personne (b).

### a. Les qualités essentielles de la prestation tacitement convenues

**281. L'intégration tacite des qualités essentielles.** En droit français, le caractère tacite des qualités essentielles visées par l'article 1133 du Code civil suppose un certain degré d'abstraction, résultant soit du rattachement de l'acte à un type soit d'une interprétation raisonnable du contenu de l'accord. La catégorie des motifs considérés comme intégrés au regard du type de contrat conclu est alors ouverte. En effet, la technique contractuelle n'étant pas figée, de nouveaux modèles de contrats peuvent émerger. Les qualités essentielles reconnues pour des types de contrats plus contemporains en témoignent. Il en est ainsi, par exemple des contrats de franchise. Le contrat de franchise a pu être qualifié de contrat de coopération en raison des rapports particuliers qu'il fait naître entre les parties[1179]. La franchise consistant en la réitération d'un succès commercial par la transmission d'un savoir-faire, il est possible de considérer que la rentabilité est essentielle au contrat de franchise. C'est cette typicité du contrat de franchise qui a permis à la Cour de cassation de considérer que la rentabilité de l'entreprise du franchisé était une qualité essentielle de la prestation, donc un motif tacitement intégré au champ contractuel et en tant que tel susceptible d'être pris en compte au titre de l'erreur[1180]. Ces solutions témoignent d'une prise en compte de la nature particulière du contrat de franchise, justifiant que le motif consistant dans l'exploitation rentable de l'activité poursuivie soit considéré comme tacitement intégré au contrat en tant que qualité essentielle de la prestation[1181].

---

[1179] V. S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, thèse, préf. C. BRENNER, Economica, 2012, n° 133 et s.

[1180] Cass. com. 4 octobre 2011, n° 10-20.956, *D*. 2011. 3052, note N. DISSAUX. La Cour de cassation a cassé l'arrêt rendu par la Cour d'appel qui avait constaté que « *les résultats de l'activité du franchisé s'étaient révélés très inférieurs aux prévisions et avaient entraîné rapidement sa mise en liquidation judiciaire* », en ne recherchant pas si « *le consentement du franchisé avait été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité de l'entreprise* ». Cette solution a été réitérée à plusieurs reprises. Ainsi, dans un arrêt du 12 juin 2012 [Cass. com. 12 juin 2012, n° 11-19.047, *D*. 2012. 2079, note N. DISSAUX, *RTD civ*. 2012. 724, obs. B. FAGES], la Chambre commerciale a affirmé que les chiffres prévisionnels fournis par le franchiseur, dans le document d'information précontractuel, « *portent sur la substance même du contrat de franchise, pour lequel l'espérance de gain est déterminante* ». La cour d'appel d'Angers [CA Angers 2 fév. 2013, SARL GC5 Paris c/ la société Intervalles, JurisData n° 2013-016053], a admis une telle erreur sur la rentabilité pour un contrat de franchise dont le chiffre d'affaires prévisionnel était supérieur de 70 % au chiffre d'affaire réel, la franchise s'étant soldée par un dépôt de bilan 9 mois après l'ouverture du magasin.

[1181] Un autre exemple d'intégration tacite du motif consistant dans la rentabilité de l'opération est fourni par les contrats de cessions de parts sociales. En effet, depuis un arrêt de 1991, la Cour de cassation a eu l'occasion de retenir une erreur sur la substance s'agissant de la cession des parts d'une société dans l'impossibilité de réaliser son objet social [Cass. Com. 1er octobre1991 ; *Bull. Joly* 1991. 1004, obs. C. ROCA ; *JCP E* 1992. II. 277, note A. VIANDIER : *D.* 1992. 190, note G. VIRASSAMY ; *Rev. sociétés* 1992. 497, note P. DIDIER ; *Dr. sociétés* 1992, n° 12, obs. H. LE NABASQUE ; *RTD civ.* 1992. 80, obs. J. MESTRE]. Il était question d'un

Ce procédé d'intégration des motifs se retrouve au (2) du § 119 du BGB faisant référence aux qualités « *considérées comme essentielles dans les relations d'affaires* »[1182]. D'après une analyse littérale de ce texte, les qualités essentielles sont donc celles qui correspondent à un certain standard, à une certaine appréciation objective des relations contractuelles usuelles. Le caractère constructible d'un terrain faisant l'objet d'un contrat de vente constitue ainsi une qualité essentielle tacite[1183], de même que l'âge d'un véhicule d'occasion[1184]. En droit allemand, il a pu être retenu, que le fait qu'un joueur n'ait pas commis un fait de nature à entraîner une interdiction de jouer – tel que le fait d'accepter un pot de vin en contrepartie de la perte d'un match – était un élément essentiel participant du fondement du contrat de transfert de ce joueur conclu entre deux clubs[1185]. Il est ainsi possible d'identifier des qualités essentielles à partir d'une interprétation raisonnable du contrat, suivant sa nature. Cela correspond, en droit anglais, à la mise en œuvre de l'*objective theory* qui, comme son nom l'indique, suppose une approche objective de l'accord des parties[1186]. Les juges vont alors établir l'intention contractuelle sous l'angle de l'homme raisonnable, ce qui implique une certaine abstraction[1187]. Les résultats obtenus suivant cette démarche n'apparaissent toutefois pas unitaires entre les droits étudiés.

---

contrat de cession portant sur 99, 85 % des actions d'une société ayant pour objet l'exploitation d'une carrière. Or, peu avant la cession des titres, le fonds de commerce de la société avait été vendu à un tiers. La Cour de cassation a alors admis l'existence d'une erreur sur les qualités substantielles des actions objet de la cession. En effet, elle a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel ayant retenu que « *les cessionnaires ne pouvaient raisonnablement acquérir, en connaissance de cause, une société privée non seulement de l'essentiel de son actif, mais surtout de la possibilité de réaliser son objet social, d'avoir une activité économique et donc de toute rentabilité* » [*ibid.*]. La possibilité de réaliser l'objet social de la société dont les parts sociales ont été cédées a donc été considérée comme une qualité tacitement essentielle de la cession, sur le fondement d'une interprétation raisonnable de la nature du contrat. Cette solution est loin d'être isolée [V. par ex. Cass. Com. 7 février 1995, *RJDA* 5/1995, n° 584, *Bull. Joly* 1995. 407, note A. COURET, *D.* 1996. 50, note R. BLASSELLE , *RTD civ*. 1995. 878, obs. J. MESTRE, *Dr. sociétés* 1996, n° 2, obs. T. BONNEAU ; Cass. Com. 17 octobre 1995, *Dr. sociétés* 1996. 167, note J. PAILLUSSEAU, *Rev. sociétés* 1996. 55, note D. BUREAU, *Bull. Joly* 1996. 35, note JEANTIN, *Defrénois* 1996. 245, obs. P. LE CANNU ; Cass. Com. 12 décembre 1995, *Bull. Joly* 1996. 200, obs. A. COURET, *JCP E* 1996. II. 798, note Y. GUYON, *D.* 1996. 277, note J. PAILLUSSEAU ; Cass. Com. 21 octobre 1997, *Bull. Joly* 1998. 25, obs. P. LE CANNU ; Cass. Com. 4 décembre 2001, *Bull. Joly* 2002. 62, obs. A. COURET] , ce qui témoigne que la possibilité de réaliser l'objet social de la société constitue une qualité essentielle tacite du contrat de cession de parts sociales.

[1182] Traduction de l'allemand par G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, *op. cit.*

[1183] V. par ex. Cass. Civ. 3ème13 juillet 1999, *Bull. civ.* III, n° 178 : une personne n'avait pu obtenir un permis de construire sur un terrain à l'origine constructible en raison de l'annulation rétroactive par le CE du plan d'occupation des sols. Cette annulation se fondant sur une loi de 1986 antérieure à la date de la vente, la Cour de cassation admet que l'acquéreur a été victime d'une erreur sur les qualités substantielles du bien. Rappr.BGH 31 janvier 1967, *BGHZ* 37, 44 : Le demandeur a accepté en 1959 de vendre un terrain au défendeur en échange d'une série d'obligations de construction assumées par ce dernier. Les deux parties étaient conscientes des difficultés d'urbanisme dès lors que les terrains en question n'avaient pas été sujets à la réglementation des constructions mais elles pensaient que ces difficultés pourraient au moins en partie être surmontées rapidement. Cela ne s'est toutefois pas produit et était pour le moins incertain. Le vendeur a demandé que les terrains lui soient réattribués et qu'une déclaration soit faite de la non-validité du contrat. La Cour fit droit à cette demande en caractérisant une erreur mutuelle (question de l'absence du fondement du contrat).

[1184] BGH 26 octobre 1978, *NJW* 1979, 160, 161 : admission de l'erreur portant sur l'année de construction et le modèle d'un véhicule d'occasion ; BGH 9 septembre 1980, *BGHZ* 78, 216 : admission de l'erreur sur une caractéristique essentielle à savoir l'âge d'une moissonneuse batteuse achetée par des agriculteurs.

[1185] BGH 13 novembre 1975, *BGH NJW* 1976, 565.

[1186] E. MCKENDRICK, *Contract Law, Text, Cases, and Materials*, 5ème éd., Oxford, 2012, p. 43.

[1187] V. par exemple les propos de Lord Clarke rendus, à l'occasion de l'arrêt de la Cour Suprême *RTS Flexible Systems LTD v. Molerei Alois Müller GmbH & Co KG (UK Production)* [2010] UKSC 14, [2010] 1 WLR 753, [45], portant sur la question de

**282. La rigueur du droit anglais dans l'appréciation des qualités essentielles tacites.** Les qualités essentielles tacitement convenues sont assez proches en droits français et allemand. Ainsi, par exemple, il peut être considéré que dans les contrats portant sur la vente d'œuvres d'art, l'authenticité de ces dernières constitue un motif tacitement intégré dans le champ contractuel. L'erreur sur l'authenticité d'une œuvre d'art constitue, en droit français, une illustration classique de l'erreur sur les qualités substantielles de la chose. De façon similaire, en droit allemand, il est admis que la renommée de l'auteur d'une toile constitue une qualité essentielle de cette dernière pouvant faire l'objet d'une erreur[1188].

L'approche du droit anglais est plus stricte que celle des droits français et allemand. Cette différence est d'ailleurs reconnue par la *common law* elle-même[1189]. La rigueur de la *common law* tient essentiellement à l'exigence selon laquelle l'erreur doit être *fundamental*, qui, traditionnellement, s'entend comme le fait que l'erreur doit être d'une gravité telle que la chose apparaît radicalement différente de ce qu'elle était censée être. Tel n'est pas le cas, par exemple, lorsque les parties croient que le tableau objet du contrat de vente est d'un artiste renommé alors que ce n'est pas le cas[1190]. L'erreur portant sur l'auteur d'une œuvre d'art a ainsi pu ne pas être considérée comme fondamentale puisque cette qualité ne remet pas en cause la nature de l'objet, par exemple un tableau[1191]. Même si l'erreur affecte l'utilité qui peut être attendue de la chose ou sa valeur, elle ne permet pas d'obtenir la nullité du contrat dès lors qu'elle n'est pas fondamentale[1192].

Cette approche plus stricte du droit anglais s'agissant des motifs tacitement intégrés dans le contrat s'explique par le fait que la *common law* suppose traditionnellement une analyse au cas par cas, à partir de situations concrètes, ce qui laisse moins de place pour l'abstraction. Si,

---

l'existence d'un contrant obligatoire : « Cela dépend non pas de leur état d'esprit subjectif, mais de la considération de ce qui a été communiqué, par des mots ou un comportement, et si cela conduit objectivement à la conclusion qu'elles ont eu l'intention de créer des relations juridques et se sont mises d'accord sur les termes, jugés essentiels par elles ou imposés comme tels par la loi, pour la formation de relations juridiquement obligatoires » [texte d'origine : « It depends not upon their subjective state of mind, but upon a consideration of what was communicated between them by words or conduct, and whether that leads objectively to a conclusion that they intended to create legal relations and had agreed upon all the terms which they regarded or the law requires as essential for the formation of legally binding relations »].

1188 V. en droit français : Cass. Civ. 1ère, 22 février 1978, arrêt « *Poussin* », *D.* 1978.601, note P. MALINVAUD, *RTD civ.* 1979.126, obs. Y. LOUSSOUARN ; et, en droit allemand, BGH 8 juin 1988, *NJW* 1988. 2597, 2599 : admission de l'erreur du vendeur portant sur l'auteur de la peinture ayant été vendue comme une œuvre de F. Duveneck alors qu'il fut établi postérieurement qu'il s'agissait d'une œuvre de Wilhelm Leibl.

**1189** V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 8-018 : « These are stringent requirements, which make the common law doctrine of mistake "markedly narrower in scope than the civilian doctrine" ».

1190 V. *Leaf v International Galleries* [1950], 2 KB 86 : les parties ont cru à tort que le tableau vendu était un véritable *Constable*, les juges se sont prononcés en faveur de la validité du contrat.

1191 *Ibid.*

1192 V. *Harrison & Jones v Burton & Lancaster*, [1953] 1 QB 646 : les parties avaient conclu un contrat de vente portant sur une fibre de Kapok particulière qu'elle croyait être pure alors qu'elle contenait du coton brossé, ce qui lui conférait une valeur moindre. Il a été jugé que l'erreur n'était pas suffisamment fondamentale pour entraîner l'annulation du contrat.

contrairement aux solutions généralement admises en droits français et allemand, certains motifs n'ont pas été retenus comme des qualités essentielles entraînant l'application de l'erreur ce n'est pas parce qu'ils ne pouvaient pas être considérés comme des qualités essentielles mais parce qu'ils n'avaient pas été convenus, en l'espèce, comme des présuppositions fondant l'accord des parties[1193]. C'est dire que l'argument de la typicité du contrat, au titre duquel certains motifs peuvent être considérés comme tacitement intégrés, a moins de force dans le droit anglais qui privilégie une approche concrète de l'accord. Cela ne signifie pas que l'appréciation des qualités essentielles soit dénuée de toute abstraction : le droit anglais recourt au standard de *reasonableness* pour interpréter le contenu du contrat[1194]. Cette interprétation raisonnable permet alors de prendre en compte la nature du contrat pour identifier des qualités essentielles convenues par les parties. Néanmoins, une formulation théorique de qualités *a priori* essentielles suivant les types de contrat ne correspond pas à la tradition du droit anglais. La différence d'approche qui peut être constatée entre les droits considérés se pose donc véritablement en termes de degré d'abstraction dans la théorisation de l'erreur et non en termes de divergence des résultats concrets. Par ailleurs, si la typicité de l'acte est prise en compte en droits français et allemand pour considérer que certains éléments constituent, par nature, des présuppositions convenues par les parties, il ne faut pas que cette analyse abstraite soit contredite par des éléments particuliers de l'accord.

**283. La prise en compte des particularités de l'accord.** L'identification de motifs tacitement intégrés sur le fondement d'une interprétation raisonnable de ce qui peut être considéré comme convenu par les parties au regard de la nature du contrat ne s'inscrit pas dans une démarche purement abstraite. Ainsi, en droit français, les qualités essentielles tacitement convenues ne peuvent pas être purement abstraites puisque, d'après l'article 1130 alinéa 1er du Code civil, l'erreur n'est sanctionnée qu'à la condition d'avoir été déterminante ce qui, d'après le second alinéa du même texte, « *s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné* ». De même, en droit allemand, la détermination des qualités considérées comme essentielles dans les relations d'affaires, visées par le (2) du § 119

---

[1193] V. en ce sens la solution de l'arrêt *Bell v Lever Brothers Ltd*, [1932], AC 161 et, au sujet de cet arrêt, E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 8-017 « Lord Thankerton stressed that mistake even as to a fundamental quality was of no effect unless it related to some assumption which *both* parties regarded as essential » [notre traduction : « Lord Thankerton mit l'accent sur le fait que l'erreur, même portant sur une qualité déterminante, n'était d'aucun effet à défaut qu'elle soit liée à une présupposition considérée comme essentielle par les deux parties »]. v. aussi *Nicholson & Venn v Smith-Marriott* [1947], 177 LT 189 : par un *obiter dictum*, il a été affirmé que l'erreur portant sur l'origine d'un set de serviettes et nappes en lin – présenté à tort comme ayant appartenu à Charles 1er alors qu'il datait de l'époque géorgienne – aurait pu être retenue pour fonder la nullité du contrat s'il était établi que cette qualité avait été fondamentale pour l'accord des parties.

[1194] V. E. MCKENDRICK, *Contract Law, op. cit.*, 373-374.

du BGB, suppose de prendre en compte les spécificités de l'accord des parties[1195]. L'identification des qualités essentielles ne relève pas exclusivement de l'appréciation du type de contrat considéré. Les qualités essentielles abstraitement établies et prises en compte par le § 119 du BGB doivent avoir été effectivement déterminantes du contrat[1196]. En définitive, les motifs seront jugés comme tacitement intégrés, au regard de la nature du contrat conclu et de sa typicité, dans la mesure où aucun élément particulier de l'acte n'est de nature à contredire le fait qu'ils ont raisonnablement constitué des présuppositions à la base de l'accord des parties.

Par ailleurs, un type de contrat particulier induit l'intégration tacite de certains motifs relatifs non pas à la prestation mais à la personne : il s'agit des contrats *intuitu personae*.

### b. Les qualités essentielles de la personne tacitement convenues

**284. Qualités essentielles de la personne et contrat *intuitu personae*.** L'erreur sur la personne est admise en droit français lorsque les qualités de cette dernière sont essentielles, c'est-à-dire qu'elles ont été déterminantes du consentement. Traditionnellement, l'erreur sur la personne est prise en compte lorsque l'acte se rattache à la catégorie des contrats *intuitu personae* pour lesquels la personne du cocontractant est déterminante du consentement de l'autre[1197]. Des auteurs relèvent alors que « *certaines conventions, en raison de leur nature, se prêtent plus que d'autres à cette qualification* »[1198]. A l'instar de la caractérisation des qualités essentielles de la prestation, les qualités essentielles de la personne sont des motifs qui peuvent être considérés comme tacitement intégrés au regard du type particulier auquel se rattache le contrat. Les auteurs précédemment mentionnés donnent ainsi l'exemple des contrats à titre gratuit et certains contrats à titre onéreux tels que le contrat médical, le contrat d'entreprise passé avec une personne disposant d'un savoir-faire spécifique, ou encore les contrats de mandat, de bail, de travail, de société de personnes[1199]. A titre d'illustration, l'erreur sur la personne a pu être retenue s'agissant des qualités professionnelles d'une banque[1200], de l'expérience d'une agence commerciale en vue de la création et de la rédaction d'un

---

[1195] V. M. REGENER, art. préc.
[1196] V. par ex. D. LEIPOLD, *BGB I : Einfürhrung und Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Mohr Siebeck, 2008, n° 39 au sujet des qualités essentielles objectives de la personne qui doivent effectivement être prises en compte si elles ont effectivement été déterminantes pour le déclarant (quand bien même cela n'est pas exprès dans le contrat).
[1197] V. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 285.
[1198] *Ibid.*
[1199] *Ibid.*
[1200] CA Paris 15 février 1989, *D.* 1989, IR 95.

magazine[1201], ou encore des liens professionnels d'un arbitre avec l'avocat d'une des parties[1202], de nature à compromettre l'impartialité qui peut être raisonnablement attendue d'un arbitrage.

La prise en compte de l'erreur sur la personne est *a priori* plus large en droit allemand puisqu'elle peut aussi bien concerner le cocontractant qu'un tiers. Cette solution ne conduit toutefois pas à des résultats concrets différents puisque les qualités essentielles d'un tiers peuvent être également prises en compte au titre de l'erreur en droit français. Cela a, par exemple, été admis dans le cadre d'un contrat de cautionnement s'agissant d'une erreur sur la personne du débiteur principal (tiers au contrat de cautionnement)[1203]. Les qualités essentielles de la personne d'un tiers, qui sont, en tant que telles déterminantes du contrat, peuvent en effet être identifiées comme des qualités essentielles de la prestation. En droit allemand, les qualités essentielles de la personne retenues par la jurisprudence consistent notamment en son expertise, sa renommée ou sa fiabilité[1204]. L'appréciation du caractère essentiel de ces qualités suppose alors, à l'instar du droit français, une prise en compte du type de contrat considéré[1205]. Ainsi, par exemple, il est considéré que la confiance dans un partenaire commercial n'est, en principe, essentielle que pour les accords reposant sur une coopération entre les parties[1206]. C'est le cas des contrats de service, de travail, de gestion ou encore de représentation à long terme[1207]. Ce n'est pas le cas en revanche *a priori* pour de simples ventes[1208]. L'identification des qualités de la personne qui sont, de prime abord, essentielles pour certains types de contrat, tandis qu'elles sont indifférentes pour d'autres témoigne ici encore d'une appréciation abstraite fondée sur la nature de l'accord considéré.

**285. La *mistake as to identity* du droit anglais.** Une telle approche se retrouve en droit anglais s'agissant de la *mistake as to identity*, c'est-à-dire l'erreur sur l'identité. Il convient de relever que l'erreur sur l'identité ne correspond pas à l'erreur sur les qualités essentielles de la

---

[1201] CA Saint-Denis de la Réunion, 6 octobre 1989, *JCP* 1990. II. 21504, obs. E. PUTMAN ; *RTD civ*. 1990. 647, obs. J. MESTRE.
[1202] Cass. com. 16 juillet 1964, *Bull. civ.* IV, n° 375, *Gaz. Pal.* 1964. 2. 371.
[1203] Cass. Com. 19 novembre 2003, n° 01-01.859, *Bull. civ.* IV, n° 172 : un boulanger avait contracté un emprunt afin de financer l'acquisition de son fonds de commerce. En garantie, la banque avait obtenu un cautionnement d'une société produisant de la farine. Le boulanger s'est par la suite trouvé dans l'incapacité d'exploiter son fonds de commerce en raison de sa radiation rétroactive du registre du commerce et des sociétés. L'entreprise fût mise en liquidation judiciaire et la banque poursuivit alors la caution en garantie. La caution invoqua une erreur sur la personne du débiteur principal, laquelle fut admise par la Cour d'appel. Le pourvoi en cassation fut rejeté au motif que « sur le fondement de l'article 1110, alinéa 2, du Code civil » les juges du fond ont pu retenir « l'existence d'une erreur commune aux parties lors de la conclusion du contrat de cautionnement portant sur une qualité substantielle du débiteur principal, à savoir son interdiction d'exercer une activité commerciale ».
[1204] V. R. SINGER, in *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 2012, § 119, n° 90.
[1205] Il en est ainsi par exemple des contrats instaurant des relations d'affaires de longue durée, qui supposent à ce titre une confiance minimale des partenaires. V. BGH 16 décembre 1968, *WM* 1969.291, 292 : application du § 119 (2) à la confiance portée par un contractant à son partenaire dans le cadre d'un contrat de fourniture de longue durée. V. aussi BGH 22 mai 1970, *WM* 1970. 906.
[1206] V. R. SINGER, in *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 2012, § 119, n° 90.
[1207] *Ibid.*
[1208] *Ibid.*

personne des droits français et allemand : il s'agit d'une erreur limitée aux seuls éléments d'identification de la personne. Par conséquent, il n'y a pas *mistake as to identity* lorsqu'un contrat est conclu par une personne ne présentant pas certaines qualités attendues – quand bien même elles seraient essentielles – mais lorsqu'elle est bien celle désignée par les éléments d'identification fournie. L'erreur sur l'identité se rencontre donc significativement dans des hypothèses d'usurpation d'identité, de fraude qui ne relèvent donc pas exclusivement de l'erreur. Il en est ainsi de l'usurpation de l'identité d'un homme d'affaire connu ou d'une société ayant une notoriété importante. Elle se rencontre toutefois également dans des cas où une partie se trompe sur l'identité de son cocontractant sans que ce dernier n'ait d'intention frauduleuse[1209]. L'erreur sur l'identité rejoint, dans une certaine mesure, l'erreur sur les qualités essentielles de la personne puisque, pour être retenue, elle suppose que l'identité de la personne ait été déterminante, ce qui sera le cas lorsque des qualités particulières sont associées à l'identité invoquée. Si l'erreur est prise en compte c'est alors parce que les qualités que présuppose le nom de la personne sont déterminantes de la conclusion du contrat.

Le droit anglais distingue classiquement l'erreur sur l'identité de la personne suivant que le contrat a été conclu entre présents – les contrats « *face to face* » – ou entre absents. Le principe est que, dans le cas de contrats conclus à l'oral, chaque partie est présumée avoir eu l'intention de conclure avec la personne qui se trouvait effectivement face à elle[1210]. La présomption est simple : une interprétation raisonnable du contrat peut permettre de considérer que la personne a été déterminante du contrat[1211]. La mise en œuvre de ce principe par la jurisprudence apparaît assez stricte[1212], quoiqu'elle ait parfois admis l'erreur sur l'identité de la

---

[1209] C'est le cas par exemple lorsqu'une personne ayant des relations commerciales habituelles auprès d'une entreprise contracte avec cette dernière en ignorant qu'elle a fait l'objet d'une cession. V. *Boulton v. Jones* [1857], 2 H & N 564 : en l'espèce l'identité du propriétaire du commerce était déterminante au vu du caractère personnel de la relation établie par le contractant et l'ancien propriétaire.

[1210] V. E. MCKENDRICK, *Contract Law, op. cit.*, p. 526.

[1211] D'après certains auteurs, la solution de l'arrêt *Ingram v Little* aurait été contredite par un arrêt de la Cour Supreme de 2003 [*Shogun Finance Ltd v Hudson* [2003], *UKHL* 62, [2004] 1 *AC* 919 ; v. P. RICHARDS, *Law of contract*, Pearson, 13ème éd., 2017, p. 379] dans la mesure où le principe selon lequel les parties sont présumées contracter avec la personne se trouvant en face d'elles aurait été réaffirmé conformément aux arrêts *Philips v Brooks* et *Lewis v Averay.* Toutefois, comme cela a été précédemment exposé, ces décisions ne sont pas incompatibles avec l'arrêt *Ingram v Little.*

[1212] *Philips v Brooks* [1919], 2 *KB* 243 : un homme est entré dans le magasin du demandeur et lui a demandé de voir des perles et des bagues. Il a sélectionné des perles au prix de 2,550 £ et une bague au prix de 450 £. Il a alors produit un chéquier et remplit un chèque pour 3000 £. En même temps qu'il signait le chèque il a dit être Sir George Bullough et a donné une adresse à St James' Square. Le demandeur connaissait l'existence de Sir George Bullough. Ayant vérifié l'adresse fournie, il demanda à l'homme si il voulait prendre les articles avec lui. L'homme répondit qu'il était préférable pour le vendeur de s'assurer du chèque d'abord, mais qu'il voudrait bien prendre la bague pour l'anniversaire de sa femme le lendemain. Le demandeur lui laissa la bague. Le chèque a été par lui suite refusé. La personne qui s'est présentée au magasin n'était pas Sir George Bullough mais un homme appelé North. Il a été jugé que le contrat entre le vendeur et North n'était pas nul pour erreur parce que le demandeur a été considéré comme ayant eu l'intention de contracter avec l'homme qui se trouvait en face de lui ; *Lewis v Averay* [1972], 1 QB 198 : Un vendeur avait mis en vente son Austin Cooper pour le prix de 450 £ dans un journal. Il reçut la visite d'un homme qui prétendit être Richard Greene, un acteur anglais connu. L'homme fit un chèque de 450 £ signé 'R A Green' en souhaitant partir directement

personne lorsque cette dernière a été déterminante du consentement et, donc, essentielle[1213]. S'agissant des contrats conclus entre absents, l'erreur sur l'identité de la personne est retenue lorsqu'elle a eu une importance fondamentale sur la conclusion du contrat. Il n'est pas nécessaire que les parties érigent expressément l'identité de l'une d'elles en élément essentiel de la conclusion du contrat : il suffit qu'une interprétation raisonnable du contrat permette de considérer que les qualités de la personne ont effectivement été essentielles. C'est dire, donc, que le caractère fondamental de la personne est, dans ce cas, apprécié suivant une analyse abstraite de la nature du contrat. A titre d'illustration, l'erreur sur l'identité de la personne a été retenue s'agissant de la commande de biens à une manufacture de lin effectuée, frauduleusement, au nom d'une société dont la respectabilité a été déterminante du consentement du vendeur[1214]. En revanche, une telle erreur n'a pas été admise s'agissant du contrat de commandes de marchandises effectué au nom d'une société inexistante : dans ce cas, en effet, l'identité du cocontractant n'avait pas pu être déterminante du consentement du vendeur, eu égard, par exemple, à la garantie de fiabilité résultant de sa notoriété, puisque la société avait été purement et simplement inventée[1215].

---

avec la voiture. Le vendeur n'étant pas disposé à lui remettre la voiture avant la vérification du chèque, il demanda alors à l'acheteur de prouver qu'il était bien Richard Green. L'homme produisit un laissez-passer des Studios Pinewood, disposant d'un timbre officiel, mentionnant le nom de 'Richard A Green' et incluant une photo. Le demandeur lui remit alors la voiture, le certificat d'immatriculation et le certificat du contrôle technique contre le chèque de 450 £. Le chèque fût refusé dans la mesure où il avait été volé. Il a été jugé que l'erreur sur la personne ne pouvait entraîner la remise en cause du contrat, c'est sur le terrain du dol et de l'usurpation d'identité que le vendeur aurait pu obtenir l'annulation du contrat. Toutefois, la voiture ayant été revendue a un tiers de bonne foi, le vendeur initial ne put obtenir restitution de la voiture.

[1213] V. *Ingram v Little* [1961] 1 QB 31 : deux sœurs ont mis leur voiture en vente pour le prix de 725 £ ou l'offre la plus proche. Elles ont reçu la visite d'un homme qui a dit que son nom était Mr Hutchinson. Ils se sont mis d'accord pour le prix de 717 £. L'homme produisit un chéquier mais l'une des sœurs lui dit qu'elles n'accepteraient pas les chèques. Il a alors affirmé être Mr P G M Hutchinson et vivre à Stanstead House, Stanstead Road, Caterham et avoir des intérêts commerciaux chez Guildford. Les deux sœurs se sont rendues au Bureau de Post le plus proche et ont vérifié qu'une personne vivait à une telle adresse. Les sœurs ont alors décidé d'accepter le chèque. Le chèque fut refusé. La Cour d'appel considéra à la majorité que le contrat entre les sœurs et l'acheteur était nul pour erreur. Cette décision a été largement critiquée par la doctrine anglaise et elle est considérée comme inconciliable avec les arrêts préccédememnt cités [v. R. STONE, J. DEVENNEY, *The Modern Law of Contract*, Routledge, 11ème éd., 2015, 9.5.5, spéc. p. 330]. Des différences fondamentales entre cette affaire et celles des arrêts *Philips v Brooks* et *Lewis v Averay* peuvent toutefois être relevées. Dans l'arrêt *Philips v Brooks* l'identité de la personne n'a, à aucun moment, été déterminante de la conclusion du contrat : le vendeur a accepté le chèque, l'identité de la personne ayant simplement induit une absence de vérification de l'acceptation de ce dernier avant la remise des bijoux. Le vendeur avait ici pris un risque en s'abstenant d'effectuer une telle vérification, risque dont les consèquences pesaient sur lui, de sorte que le contrat n'était pas nul (*void*) sur le fondement de l'erreur. En revanche, ainsi que cela a été retenu par les juges, le dol de l'acheteur lui permettait d'invoquer l'annnulation du contrat (*voidable*). La même analyse peut être faite de l'arrêt *Lewis v Averay*. En revanche, dans l'arrêt *Ingram v Little,* les deux sœurs n'étaient pas disposées à accepter les chèques et donc à prendre le risque que ces derniers soient refusés. En l'espèce, la fiabilité de la personne a véritablement été déterminante de la conclusion du contrat puisqu'elle a constitué la base des négociations et, plus précisément, de l'acceptation du chèque. Les faits ne sont pas similaires à ceux des arrêts *Philips v Brooks* et *Lewis v Averay.* Il pouvait, dans l'arrêt *Ingram v Little,* être raisonnablement considéré que les qualités (erronnées) de la personne du cocontractant étaient essentielles et déterminantes de la conclusion du contrat, de sorte que la nullité du contrat sur le fondement de l'erreur pouvait être obtenue.

[1214] *Cundy v Lindsay* [1878], 3 *App Cas* 459 ; v. aussi *Shogun Finance Ltd v Hudson* [2003], *UKHL* 62, [2004] 1 *AC* 919.

[1215] *King's Norton Metal Co v Edridge Merrett & Co Ltd* [1897], 14 *TLR* 98.

L'erreur sur l'identité de la personne en droit anglais ne couvre pas l'ensemble des hypothèses d'erreur sur les qualités essentielles de la personne retenues en droits français et allemand. L'erreur sur les qualités essentielles de la personne est toutefois susceptible d'être prise en compte au titre de l'erreur sur un élément expressément essentiel du contrat. L'erreur sur les motifs expressément convenus par les parties est en effet unitairement admise dans les droits étudiés.

### *2. L'intégration expresse des motifs dans le contrat*

**286. Nécessité du caractère exprès des motifs atypiques[1216].** Lorsque les motifs ne peuvent être considérés comme intégrés en tant que qualités essentielles généralement admises pour un type de contrat donné, les conditions de leur intégration dans le champ contractuel sont plus strictes. C'est dire qu'il s'agit de qualités témoignant de l'utilité particulière du contrat pour les contractants. L'intégration de ces motifs ne peut alors pas être tacite : il est nécessaire que les motifs soient expressément érigés en élément essentiel du contrat. Ainsi, à côté des qualités essentielles tacitement convenues, l'article 1133 du Code civil ajoute les qualités expressément convenues. La même formule se retrouve à l'article 1135 au sujet de l'erreur sur les simples motifs, c'est-à-dire étrangers aux qualités essentielles, qui doivent ainsi avoir été expressément érigés en éléments déterminants du contrat. La question est alors de savoir ce que recouvre concrètement le terme « expressément ». A considérer la jurisprudence antérieure à la réforme, le terme expressément correspondrait à l'ancienne exigence posée par la Cour de cassation d'une stipulation expresse. Une analyse comparative des solutions des droits français, anglais et allemand démontre toutefois que l'intégration expresse des motifs ne nécessite pas nécessairement une stipulation expresse.

Il convient en définitive d'analyser l'intégration expresse des motifs par une stipulation contractuelle (a), avant d'envisager les autres éléments permettant de considérer qu'un motif est expressément intégré au contrat (b).

#### **a. Les motifs intégrés par une stipulation expresse**

**287. L'exigence par la jurisprudence française d'une stipulation expresse.** A suivre la jurisprudence française, pour que l'impossibilité de satisfaction d'un motif – qui n'est pas regardé comme une qualité essentielle de la personne ou de la prestation – conduise à invalider ce dernier, il faut qu'il ait été expressément convenu par les parties au moyen d'une stipulation

[1216] V. sur la notion de cause atypique J. ROCHFELD, thèse préc., *passim*.

contractuelle. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la première Chambre civile du 13 février 2001[1217]. Dans cette affaire, un acheteur avait acquis des immeubles en copropriété en vue de réaliser une opération de défiscalisation. Or ce motif fiscal ne put être obtenu dès lors que la loi Malraux était inapplicable en l'espèce. L'acquéreur chercha à obtenir la nullité du contrat sur le fondement d'une erreur sur le motif déterminant de la vente. La Cour de cassation, confirmant l'arrêt d'appel, refusa d'admettre une erreur sur les avantages fiscaux attendus du contrat « *faute d'une stipulation expresse qui aurait fait entrer ce motif dans le champ contractuel en l'érigeant en condition de ce contrat* ». Peu importait alors le fait que le vendeur, professionnel de l'immobilier et des opérations de défiscalisation, ait eu connaissance du motif de l'acheteur : à défaut de stipulation expresse érigeant le motif en condition du contrat, c'est-à-dire d'une clause écrite claire et non-équivoque faisant formellement dépendre le contrat de la possibilité d'obtenir un avantage fiscal, ce motif était personnel à l'acheteur et, partant, indifférent.

Cette solution a emporté l'adhésion d'une partie de la doctrine soulignant son caractère classique[1218]. A ce titre, des auteurs relèvent que « *c'est sûr, les préoccupations des acquéreurs changent, mais la solution ne varie pas* »[1219]. Ainsi, la solution de la Cour de cassation serait justifiée, d'abord, sur le plan de la politique juridique : la sécurité juridique fonde l'indifférence des « *raisons purement personnelles qui ont poussé un contractant à conclure* »[1220]. L'exigence technique imposée par la Cour de cassation serait, ensuite, « *compréhensible* »[1221] dans la mesure où « *il ne faudrait pas que l'introspection des volontés que les juges écartent avec raison sur le perron de la cause retrouve avec la recherche d'une condition implicite une nouvelle fenêtre d'entrée* »[1222]. La stipulation expresse en question serait d'ailleurs, plus précisément, une condition « *suspensive ou résolutoire* »[1223]. Cette analyse de la solution de 2001 est discutable, tant sur le plan des arguments de politique juridique que sur celui des considérations de technique juridique.

**288. Contestation de la nécessité d'une stipulation expresse.** Il peut déjà être relevé que si le motif de défiscalisation n'était pas, en 2001, une attente particulièrement répandue en matière d'achat immobilier, cette affirmation ne serait peut-être pas valable aujourd'hui. A

---

[1217] Cass. civ. 1ère, 13 février 2001, n° 98-15.092, *JCP* 2001. I. 330, obs. J. ROCHFELD ; *Defrénois* 2002. 476, note D. ROBINE ; *RTD civ.* 2001. 352, obs. J. MESTRE et B. FAGES.
[1218] V. J. MESTRE, B. FAGES, « L'erreur sur les motifs ne suffit toujours pas à entraîner l'annulation du contrat », *RTD civ.* 2001. 352.
[1219] *Ibid.*
[1220] *Ibid.*
[1221] *Ibid.*
[1222] *Ibid.*
[1223] *Ibid.*

l'instar du caractère constructible d'un terrain, vu comme une qualité essentielle de l'achat de ce dernier, il ne semble pas impossible de considérer que la perspective d'une défiscalisation constitue une qualité essentielle qui peut être raisonnablement attendue par l'acheteur de certains biens immobiliers.

Toujours est-il que, même en considérant que le motif de défiscalisation ne constitue pas une qualité essentielle tacite, il aurait très bien pu être admis en tant que qualité essentielle expressément intégrée au champ contractuel. En effet, le motif de défiscalisation ne constituait pas, en l'espèce, une raison purement personnelle qui aurait imposé une insoutenable « *introspection des volontés* »[1224]. Non seulement le vendeur n'ignorait pas le motif de défiscalisation mais, plus encore, il était présenté comme un professionnel de l'immobilier et des opérations de défiscalisation. La perspective d'une défiscalisation a alors vraisemblablement été avancée comme un argument commercial de vente lors des négociations entre les parties[1225]. Des éléments concrets auraient sans doute pu être retenus pour considérer que le motif de défiscalisation, bien que n'ayant pas fait l'objet d'une stipulation expresse, avait manifestement participé du fondement du contrat en tant qu'élément déterminant. Le caractère exprès ne nécessite pas forcément des stipulations contractuelles : de même qu'un comportement peut, sans équivoque, témoigner de la volonté d'une personne, des qualités de la prestation peuvent être expressément essentielles sans faire nécessairement l'objet d'une stipulation expresse. L'avantage de la rédaction d'une stipulation expresse se présente en termes d'opportunité : elle est plus sûre en ce qu'elle enlève toute incertitude quant à l'interprétation des juges s'agissant du caractère essentiel ou non du motif. Reste à déterminer la nature de la stipulation expresse.

**289. La nature de la stipulation expresse.** Un motif particulier peut être érigé en élément déterminant du contrat par une stipulation expresse intégrant le contenu de l'accord entre les parties. La Cour de cassation qualifie alors cette stipulation expresse de condition du contrat. En effet, prévoir qu'un élément est essentiel signifie qu'il participe du fondement de l'accord entre les parties et en détermine l'existence, ce qui correspond à la définition

---

[1224] *Ibid.*

[1225] V. Cass. civ. 3ème 24 avril 2003, n° 01-17.458, *D.* 2004. 450, note S. CHASSAGNARD ; *JCP* 2003. II. 10135, note R. WINTGEN ; *Dr. et patr.* 9/2003. 116, obs. P. CHAUVEL ; *LPA* 4 juin 2004, note D. MARTIN; *RDC* 2003. 42, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2003. 699, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *ibid.* 723, obs. P.-Y. GAUTIER. En l'espèce, les demandeurs s'étaient portés acquéreurs d'emplacements de parking dans un immeuble en état futur d'achèvement. La plaquette publicitaire élaborée par les vendeurs mettait avant l'avantage fiscal qui pouvait être retiré de l'opération, avantage fiscal qui ne pouvait en réalité pas être obtenu. L'annulation de la vente sur le fondement de l'erreur sur les qualités substantielles de la chose vendu fut rejetée au motif de l'absence de stipulation expresse dans le contrat de vente portant sur l'avantage fiscal escompté, lequel était alors resté en dehors du champ contractuel.

substantielle d'une « condition ». En droit contractuel le terme condition revêt toutefois un sens particulier : il désigne une technique contractuelle, décrite comme une modalité de l'obligation, faisant dépendre soit la naissance soit l'anéantissement rétroactif d'une obligation de la réalisation d'un événement futur ou incertain[1226]. Les motifs intégrés au contrat, en tant qu'éléments déterminants présupposés par les parties au moment de sa conclusion, ne constituent alors pas des conditions – entendues comme une technique particulière du droit du contrat – contrairement à la qualification qui a pu être retenue par une partie de la doctrine[1227]. Plusieurs facteurs conduisent en effet au rejet de cette qualification.

Tout d'abord, la Cour de cassation ne qualifie pas la condition de suspensive ou résolutoire. Au contraire, elle associe à la condition l'annulation du contrat, c'est-à-dire la sanction de l'erreur. Les conditions suspensives ou résolutoires entraînent quant à elles, en cas de défaillance des premières, la non-formation du contrat et, en cas de réalisation des secondes, la résolution du contrat. Le régime associé à la condition intégrant le motif dans le champ contractuel d'après l'arrêt de 2001 n'est donc pas celui des conditions au sens de modalités de l'obligation mais celui de l'erreur et, donc, d'une condition de validité du contrat. Ensuite, en admettant que la stipulation expresse s'analyse comme une condition suspensive ou résolutoire, cela signifierait que la sanction de l'erreur sur des éléments subjectivement essentiels n'existerait purement et simplement pas en pratique. En effet, le motif expressément érigé en élément essentiel du contrat ne serait jamais pris en compte au titre de l'erreur puisque le régime de la condition suspensive ou celui de la condition résolutoire trouverait à s'appliquer[1228]. Le dernier argument qui peut, enfin, être avancé à l'appui du rejet de la notion de condition suspensive ou résolutoire est sans doute le plus fort : cette qualification ne correspond pas à la logique de l'erreur. En effet, les éléments expressément essentiels qui sont visés par l'erreur sont, contrairement à ceux faisant l'objet de conditions suspensives ou résolutoires, des éléments présupposés au moment de la conclusion du contrat, c'est-à-dire que la certitude de

---

[1226] V. article 1304 du Code civil.

[1227] V. J. MESTRE, B. FAGES, « L'erreur sur les motifs ne suffit toujours pas à entraîner l'annulation du contrat », *art. préc.*

[1228] A ce titre, il convient de préciser qu'il ne peut être question de distinguer les éléments essentiels qui constituent des qualités de la prestation d'après l'article 1133, lesquels seraient pris en compte par l'erreur, de ceux qui, aux termes de l'article 1135, lui sont étrangers et feraient l'objet de conditions suspensives ou résolutoires. En effet, comme cela a été mentionné, non seulement il est toujours possible de rattacher un motif aux qualités essentielles de la prestation – il peut ainsi être considéré que, dans l'arrêt de 2001, il ne s'agissait pas simplement de l'achat d'un immeuble mais de l'achat d'un immeuble permettant d'obtenir un avantage fiscal, au même titre, par exemple, que le caractère constructible d'un terrain vendu – mais, en outre, les articles 1133 et 1135 n'établissent aucune différence quant au procédé d'intégration de l'élément visé par l'erreur puisqu'il s'agit, dans les deux cas, d'en avoir fait une qualité expressément essentielle ou un élément expressément déterminant. Retenir l'exigence d'une condition suspensive ou résolutoire dans un cas et non dans l'autre aboutirait à placer le débat sur le plan du rattachement ou non du motif à une qualité de la prestation, ce qui, comme cela a déjà été mentionné, imposerait un classement des motifs, lequel serait nécessairement à la fois artificiel et incertain [v. *supra*, n° 276 et s.].

leur existence fonde la conclusion du contrat. Au contraire, les éléments faisant l'objet de conditions suspensives ou résolutoires sont des éléments incertains et la condition sert alors, précisément, à anticiper cette incertitude dont les parties ont pleinement conscience[1229]. Le fait que les motifs visés ne soient pas des éléments incertains mais des éléments présupposés rend donc inadaptée la qualification de condition suspensive ou résolutoire. Les stipulations expresses érigeant en éléments essentiels des motifs ne sont pas autre chose que la formulation claire et non-équivoque que l'accord est conclu sur la base d'une considération particulière. Si de telles clauses peuvent être qualifiées de conditions ce n'est pas au sens de modalités de l'obligation mais au sens de présupposés du contrat.

**290. Les clauses établissant des présupposés du contrat.** Concrètement, les stipulations expresses permettant d'intégrer les motifs en tant qu'éléments présupposés peuvent prendre la forme de clauses mentionnant par exemple les résultats d'une étude de sol établissant certaines qualités déterminantes du terrain faisant l'objet d'une vente en vue de la réalisation d'une opération de promotion immobilière.

Également, en matière d'intégration expresse des motifs, le préambule est de nature à jouer un rôle de premier ordre. La pratique des contrats en droit international a en effet permis de mettre en évidence le rôle particulier du préambule. Il apparaît comme un support matériel pertinent pour l'intégration des motifs dans le contrat en posant le cadre et le cap de la relation contractuelle. Le préambule fournit en effet des informations sur le passé, sur le présent et sur l'avenir[1230]. Sa fonction principale est d'exposer le projet des parties « *dont les clauses de l'accord risquent de donner une image brisée, en puzzle* »[1231]. Les éléments présupposés par les parties, constituant les motifs de leur engagement, peuvent ainsi y être clairement exposés.

En dehors des cas où les éléments déterminants sont mentionnés par des stipulations contractuelles expresses, ils sont également pris en compte lorsque d'autres considérations ne laissent aucun doute quant au fait qu'ils constituent des motifs ayant fondé la conclusion du contrat. Il convient ces autres procédés d'intégration expresse des motifs.

### b. Les autres procédés d'intégration expresse des motifs

**291. Les solutions de la jurisprudence en droit français.** La jurisprudence française a admis la sanction de l'erreur portant sur des qualités essentielles qui n'ont pas fait l'objet de stipulations expresses mais qui ont été considérées comme ayant été expressément érigées en

---

[1229] V. *infra*, n° 341 et s.

[1230] V. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4ème éd., 2010, n° 118-120.

[1231] *Ibid*., n° 120.

élément déterminants du contrat par les parties. Ainsi, dans un arrêt de 1992, la Cour de cassation a admis la nullité du contrat de vente d'un immeuble destiné à l'exploitation d'un hôtel en retenant une erreur sur la substance de la chose, laquelle résultait de l'impossibilité de réaliser le nombre de chambres prévu[1232]. Le caractère essentiel du nombre de chambres pouvant être réalisé se comprend aisément dans la mesure où il avait des incidences directes sur les perspectives de rentabilité de l'hôtel auquel l'immeuble était destiné. Or, en l'espèce, le nombre de chambres réalisables a été rattaché à la substance de la chose objet du contrat alors même que ce motif n'avait pas fait l'objet d'une stipulation expresse. Dans leur décision, les juges de la Cour d'appel ont relevé qu'il était « *évident* » que les acheteurs entendaient réaliser une opération portant sur un certain nombre de chambres. Les moyens du pourvoi portaient alors essentiellement sur le rejet de l'existence d'une erreur sur la substance en raison de l'absence de stipulation expresse quant au nombre de chambres, le contrat de vente portant sur « *des pièces cloisonnées à terminer* » et les acheteurs s'engageant à prendre les locaux « *dans l'état où ils se trouvent* ». La 3ème Chambre civile approuve la décision de la Cour d'appel en considérant que par une interprétation, nécessaire et exclusive de dénaturation, elle avait pu retenir que le nombre de chambres constituait une qualité substantielle de la chose. Un motif peut donc être expressément intégré au contrat sans avoir nécessairement fait l'objet d'une stipulation expresse.

Cette solution est valable pour les qualités essentielles de la personne. Des auteurs relèvent ainsi que pour les contrats qui ne se présentent pas *a priori* comme des contrats conclus en considération de la personne du cocontractant, l'erreur sur la personne pourra quand même être retenue dès lors que « *l'influence déterminante exercée sur le consentement par l'identité de l'autre partie ou la qualité qui lui fait défaut est une question de pur fait qui doit être résolue selon les circonstances propres à l'espèce* »[1233]. Dans ce cas, ce sont bien les circonstances qui vont permettre d'établir le caractère expressément essentiel des qualités de la personne[1234]. Au-delà du fondement de l'erreur, la prise en compte des motifs, expressément convenus en dépit de l'absence de stipulation expresse, s'est illustrée sur le fondement de la cause, à travers des

[1232] Cass. Civ. 3ème, 1 avril 1992, n° 90-14.899, *CCC* 1992, n°148, note L. LEVENEUR.

[1233] V. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 227.

[1234] V. Cass. Civ. 1ère, 20 mars 1963, *Bull. civ.* I, n° 179 ; *D.* 1963. 403 ; *JCP* 1963. II. 13228, note P. ESMEIN : il s'agissait en l'espèce de la vente d'un château, pour un prix très élevé, à un acheteur condamné à la confiscation de ses biens présents et à venir et dont le patrimoine avait été placé sous le séquestre des domaines. L'erreur sur la personne fut admise. Les juges ont en effet relevé que le vendeur « [n'avait] voulu traiter qu'avec un acheteur libre de ses droits, juridiquement capable de s'acquitter de ce prix par un payement opposable à tous ». Le prix semble alors avoir été décisif. Le prix apparaît en effet comme un indicateur permettant d'apprécier si des motifs ont été intégrés au champ contractuel ou non.

solutions qui pourraient aujourd'hui tout à fait être obtenues sur le fondement de l'erreur. C'est le cas de l'arrêt *Point-club vidéo*[1235].

**292. L'intégration d'élément essentiels en l'absence de stipulations expresses sur l'ancien fondement de la cause.** La nullité du contrat, portant sur la location de cassettes vidéo auprès d'une société en vue de l'exploitation d'un Point-club vidéo, a été admise sur le fondement de l'absence de cause dès lors que le commerce était, *ab initio*, voué à l'échec. La Cour de cassation a relevé que « *l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible* ». La référence à l'économie voulue par les parties renvoie directement à la considération du champ contractuel et non à une introspection des intentions personnelles des contractants, contrairement à ce que l'analyse de cet arrêt en termes de subjectivisation de la cause suggère. Il ne faut alors pas confondre la subjectivité de la nature des motifs et l'objectivité de leur intégration dans le champ contractuel : les éléments permettant d'établir que des motifs subjectifs ont été essentialisés par les parties sont toujours objectifs. A ce titre, des éléments objectifs pouvaient effectivement être relevés pour considérer que la perspective d'une exploitation commerciale viable des cassettes vidéo constituait un élément expressément essentiel du contrat. En effet, le contrat de location des cassettes vidéo avec la société était tout d'abord le support exclusif de l'activité commerciale projetée : le contrat de location de cassettes n'avait de sens et d'intérêt qu'au regard de la perspective de l'exploitation d'un point-club vidéo. L'exploitation du commerce constituait alors une donnée fondamentale du contrat conclu entre les parties. D'ailleurs, la Cour de cassation motive sa décision en rappelant au préalable qu'il s'agissait « *de la location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce* ». C'est dire que la prestation ne consistait pas simplement en la location de cassettes vidéo mais en la location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce. La viabilité initiale de ce commerce participait donc de façon claire et non-équivoque – c'est-à-dire expressément – du fondement du contrat. La solution pourrait aujourd'hui aussi bien relever de l'erreur sur les qualités expressément essentielles de la prestation que de l'erreur sur un « simple motif » essentialisé.

Les solutions obtenues en droit allemand – au titre de l'erreur sur les qualités essentielles mais aussi de celle sanctionnée en application de la théorie du fondement du contrat – ainsi qu'en droit anglais témoignent de cette possibilité de retenir des motifs à la base du contrat mais qui n'ont pas fait l'objet d'une stipulation expresse.

---

[1235] Cass. civ. 1ère 3 juillet 1996, *Point-club vidéo, Bull. civ.* I, n° 286 ; *D.* 1997. 500, note REIGNÉ ; *RTD civ.* 1996. 901, obs. MESTRE ; *Defrénois* 1997. 336, obs. D. MAZEAUD.

**293. La prise en compte des motifs manifestes en droit allemand.** L'exigence d'une stipulation expresse n'est formulée ni pour l'application du § 119 (2) du BGB relatif à l'erreur sur les qualités essentielles de la chose ou de la prestation, ni pour celle du § 313 (2) du BGB portant sur l'inexactitude d'un élément essentiel au moment de la conclusion du contrat. En tout hypothèse, le seul critère est celui du caractère manifeste du motif en tant que qualité essentielle en application du § 119 (2), ou de sa participation au fondement du contrat conformément au § 313 (2) du BGB. Ainsi, s'agissant tout d'abord de l'application du § 119 (2), lorsque sont en cause des caractérisques atypiques (*atypischen Eigenschaften*), l'*errans* doit démontrer qu'il était manifeste que sa volonté dépendait de ces qualités [1236]. C'est le principe qui a été affirmé dans un arrêt du *Bundesgerichtshof* du 22 septembre 1983[1237], quoiqu'en l'espèce il a été jugé que la preuve du caractère manifestement essentiel de la qualité invoquée n'était pas rapportée. Le critère du caractère manifeste du motif est suffisamment large pour ne pas se traduire strictement par l'exigence d'une stipulation expresse.

Il en est de même s'agissant de l'application du § 313 (2). En effet, une distinction est opérée entre le fondement du contrat et son contenu au sens strict, c'est-à-dire au sens matériel. Il n'est pas nécessaire que les éléments essentiels intègrent le contenu du contrat, il suffit qu'ils participent manifestement de son fondement[1238]. Des stipulations expresses portant sur les éléments constituant le fondement du contrat ne sont donc pas exigées. Il est toutefois considéré que ces éléments doivent intégrer, d'une façon ou d'une autre, l'accord des parties[1239]. Un arrêt du *Bundesgerichtshof* du 31 janvier 1967 en fournit une illustration[1240]. En l'espèce, un propriétaire avait accepté de vendre plusieurs terrains en contrepartie de l'engagement de l'acheteur de réaliser plusieurs constructions : l'acheteur s'engagea ainsi à construire un immeuble avec plusieurs appartements sur un terrain appartenant au vendeur – la construction devant être réalisée dans les huit semaines à compter de l'obtention du permis de construire – ou, à défaut d'obtenir un permis de construire pour un tel projet, deux maisons d'une superficie totale équivalente. En cas de défaut de permis de construire, l'acheteur devait construire l'immeuble ou les deux maisons sur un des terrains achetés et en rétrocéder la propriété au vendeur. Les constructions ne pouvaient, par ailleurs, avoir lieu avant le raccordement au réseau d'assainissement collectif. Le vendeur invoqua l'invalidité du contrat pour en obtenir la nullité, au motif que les autorisations d'urbanisme nécessaires ne pouvaient pas être obtenues dans un

[1236] V. R. SINGER, in *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 2012, § 119, n° 80.
[1237] BGH 22 septembre 1983, *BGHZ* 88, 240, 246.
[1238] V. T. FINKENAUER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 313, n° 8.
[1239] *Ibid*., n° 9.
[1240] BGH 31 janvier 1967, *BGHZ* 47, 48-53.

avenir proche. Le *Bundesgerichtshof* a admis la nullité du contrat sur le fondement de l'existence d'une erreur commune sur la possibilité, au moment de la formation du contrat, d'obtenir rapidement des autorisations d'urbanisme pour les projets de construction. S'il était permis de considérer que les constructions sur les terrains seraient un jour possibles, elles n'étaient toutefois pas envisageables dans un avenir proche au moment de la conclusion du contrat, pas plus qu'elles ne l'étaient au moment où les juges s'étaient prononcés. Il convient de relever que, en l'espèce, les parties avaient été parfaitement conscientes du fait que les autorisations d'urbanisme étaient difficiles à obtenir : en témoigne le contenu du contrat prévoyant plusieurs alternatives en cas d'échec. Néanmoins, la Cour a estimé que le but du contrat était que les constructions soient réalisées dans un avenir relativement proche : ce motif – erroné – avait participé du fondement du contrat. Il n'était pourtant pas expressément stipulé que le contrat était conclu sur la base de la croyance que les autorisations d'urbanismes pourraient être obtenues dans un délai raisonnable. Plusieurs éléments pouvaient être retenus pour considérer que la possibilité de réaliser les constructions dans un futur proche était expressément intégrée au champ contractuel : le fait, précisément, que les parties aient prévu plusieurs solutions en cas de difficultés d'obtention des autorisations d'urbanisme et le fait que, les constructions devaient être rapidement réalisées à compter de l'obtention de ces autorisations. Il était alors manifeste que les parties ne se projetaient pas dans un avenir lointain.

Une telle prise en compte de motifs considérés comme expressément intégrés sans avoir fait l'objet d'une stipulation expresse se retrouve en droit anglais.

**294. La prise en compte des motifs expressément intégrés au contrat en droit anglais.** En droit anglais, une stipulation expresse n'est pas nécessaire pour considérer qu'un motif est intégré au contrat en tant qu'élément essentiel susceptible de faire l'objet d'une erreur commune. C'est ce qu'illustre l'affaire *Griffith v Brymer*[1241] qui s'inscrit dans le cadre des célèbres *coronation cases*, désignant sur une série d'arrêts portant sur la remise en cause de contrats de location conclus en vue d'assister à la cérémonie du couronnement du roi Edouard VII et de la reine Alexandra en 1902. En l'espèce, M. Griffith avait réservé une chambre d'hôtel, le 24 juin 1902, à 11 heures, pour assister à la procession du couronnement prévue le 26 juin 1902 avec remise d'un chèque de réservation de cent livres. Or, plus tôt le jour même de la conclusion du contrat, le 24 juin vers 10 heures, la décision d'opérer le roi – souffrant d'une appendicite – fut prise, ce qui conduisit au report de la procession à une date ultérieure. Les deux parties étaient donc dans l'erreur quant au couronnement à venir au moment de la

[1241] *Griffith v Brymer* [1903], 19 TLR 434.

formation du contrat[1242]. Les juges ont considéré que le contrat était *void* (nul) sur le fondement d'une erreur commune sur un élément présupposé par les parties, à savoir la tenue du couronnement le 26 juin. Le motif en question – assister à la cérémonie du couronnement – constitue assurément une qualité essentielle subjective de la mise à disposition du bien. Or aucune stipulation du contrat ne mentionnait expressément le fait que le contrat était conclu sur la base du déroulement de la cérémonie du couronnement[1243], le contrat ayant été conclu à l'oral. Il a été considéré que ce motif participait bien du fondement du contrat en l'absence même de stipulation expresse. Le fait d'assister à un événement particulier ne constitue pourtant pas une qualité *a priori* essentielle, typique, d'un contrat de location. C'est dire que la solution des juges a nécessairement été fondée sur une appréciation des particularités de l'accord des parties permettant de considérer que le motif – assister à la cérémonie du couronnement – constituait manifestement la base de l'accord des parties. Il peut en être déduit que certains éléments ont permis d'estimer que ce motif était expressément intégré au contrat. Concrètement, l'intégration expresse du motif peut ici être justifiée par plusieurs considérations : d'abord, la date et la durée de la location – une journée correspondant précisément au jour du déroulé de la cérémonie – ensuite, la localisation de l'hôtel – situé sur le chemin de la procession – et, enfin, l'emplacement particulier de la chambre – supposée offrir une vue sur la cérémonie. Ces éléments permettent concrètement de considérer qu'il ne s'agissait pas simplement de la location d'une chambre d'hôtel, pour des raisons qui sont l'affaire du client, mais de la location d'une chambre d'hôtel pour assister à la cérémonie du couronnement. Le motif pouvait donc bien être jugé comme expressément intégré au contrat en dépit de l'absence de stipulation écrite.

**295. L'insuffisance du seul critère de l'intégration du motif dans le contrat.** L'erreur est un fondement qui, unitairement dans les droits étudiés, permet de contester le contrat dont les motifs ne peuvent être matériellement satisfaits au moment de sa conclusion, en raison d'une représentation inexacte de la réalité. Pour qu'une telle impossibilité matérielle de satisfaction des motifs conduise effectivement à invalider le contrat, il faut encore qu'ils soient intégrés au contrat : les parties doivent avoir convenu du fait qu'ils constituent des présuppositions à la base de leur accord. Cette condition d'intégration des motifs dans le contrat, aussi essentielle soit-elle, n'est toutefois pas la seule. En effet, outre le fait que les motifs doivent constituer le

[1242] Pour les contrats qui avaient été conclus avant la prise de décision de reporter la cérémonie du couronnement, leur contestation ne s'est pas fondée sur l'erreur mais sur la théorie de la *frustration*, permettant de prendre en compte le changement imprévisible des circonstances. V. *infra*, n° 418.
[1243] V. M. A. EISENBERG, *Foundational principles of contract law*, Oxford, 2018, n° 43.

fondement convenu du contrat, la représentation inexacte de ces motifs ne doit pas constituer un risque à la charge de celui qui l'invoque. C'est dire que le risque d'erreur – bien que portant sur un élément essentiel – ne doit pas être supporté par celui qui se trompe.

## §2- L'exigence de l'absence de prise en charge du risque d'erreur par l'*errans*

**296. L'originalité de l'analyse de l'erreur en termes de répartition contractuelle des risques en droit français.** Les motifs, intégrés au contrat en tant qu'éléments essentiels, sont des présupposés de l'accord des parties qui n'ont, par hypothèse, pas de doute quant à leur exactitude. Dans le cas contraire, l'invocation d'une erreur serait impossible, conformément à l'adage selon lequel « *l'aléa chasse l'erreur* »[1244], consacré à l'article 1133, alinéa 3 du Code civil[1245]. Néanmoins, il existe toujours un risque que les présuppositions au fondement de l'accord des parties – constituant, dans leur esprit, des données de fait exactes – s'avèrent incohérentes avec la réalité. L'erreur sur des éléments, pourtant supposés certains, représente, en ce sens, un risque contractuel. Ce risque ne doit alors pas être considéré comme devant peser sur l'*errans*, à défaut de quoi ce dernier ne peut s'en prévaloir.

En droits anglais et allemand, ce raisonnement en termes de répartition contractuelle des risques est classique et dépasse d'ailleurs largement le domaine de l'erreur. L'analyse de l'erreur sous l'angle de la répartition contractuelle des risques n'est en revanche pas familière du droit français. Pourtant, c'est à tort qu'il serait considéré qu'une approche unitaire de l'erreur fondée sous l'angle de la question de la répartition contractuelle des risques est impossible.

---

[1244] V. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 104. Il peut cependant être relevé que la nature aléatoire d'un contrat ne rend pas strictement impossible l'invocation d'une erreur vice du consentement. En effet, suivant les termes de M. LAITHIER, « *l'aléa accepté ne chasse pas nécessairement l'erreur* » [Y.-M. LAITHIER « Aléa et théorie générale du contrat », art. préc., p. 18]. L'auteur cite en ce sens un arrêt de la Cour de cassation du 28 mars 2008 [Cass. civ. 1ère, 28 mars 2008, n° 06-10.715 ; *Bull. civ.* I, n° 95 ; *D.* 2008. 1866, note E. TREPPOZ ; *D.* 2008. 2965, obs. S. AMRANI MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; *CCC* 2008. Comm. 175, obs. L. LEVENEUR ; *Defrénois* 2008. 1958, obs. R. LIBCHABER ; *JCP* 2008. II. 10101, note Y.-M. SERINET ; *RDC* 2007. 727, obs. Y.-M. LAITHIER]. En l'espèce, un tableau avait été vendu comme un portrait de Monet réalisé par le peintre américain Sargent. Un doute quant à l'authenticité de l'œuvre étant survenu, l'acheteur décida d'agir en nullité sur le fondement de l'erreur mais les parties s'accordèrent sur le maintien de la vente pour un prix réduit de moitié. Il s'avéra, dix ans plus tard, que le tableau était en réalité un autoportrait de Monet. Le vendeur intenta alors une action en nullité de la vente. La Cour d'appel le débouta de sa demande au motif qu'il avait accepté un aléa sur l'authenticité de l'œuvre. L'arrêt de la Cour d'appel fut cassé au motif qu'elle n'avait pas expliqué « en quoi la réduction du prix n'était pas exclusive de l'attribution possible du tableau à un peintre d'une notoriété plus grande que celle de Sargent ». En d'autres termes, la réduction du prix de la vente était de nature à indiquer que les parties ont accepté un aléa portant sur la possibilité que l'œuvre soit d'un auteur moins renommé que Sargent. La possibilité que l'auteur soit en réalité de plus grande notoriété n'étant pas intégrée dans l'aléa contractuellement convenu, une erreur sur l'authenticité n'était pas exclue. En définitive, en matière de contrat intégrant un aléa, « l'erreur est à rechercher dans l'inadéquation entre, d'un côté, l'aléa entré dans le champ contractuel et, d'un autre côté, l'aléa existant dans la réalité » [Y.-M. LAITHIER « Aléa et théorie générale du contrat », art. préc., p. 19].

[1245] Ce texte énonce que « l'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation exclut l'erreur relative à cette qualité ».

En effet, la démarche comparative tend à démontrer la pertinence d'une analyse en termes de répartition contractuelle du risque d'erreur (A). Démonstration qui précédera l'examen concret des modalités de la répartition contractuelle du risque d'erreur (B).

### A- L'analyse en termes de répartition contractuelle du risque d'erreur

**297. La question fondamentale de la répartition contractuelle du risque d'erreur en droits allemand et anglais.** En droit anglais, la question de la répartition des risques apparaît essentielle en matière d'erreur : l'admission d'une erreur sur les *assumptions* – c'est-à-dire les éléments présupposés – sur lesquels se fonde le contrat suppose que celle-ci ne constitue pas un risque à la charge d'une des parties[1246]. La jurisprudence a d'ailleurs eu l'occasion d'affirmer le principe selon lequel les théories de l'erreur ne peuvent recevoir application avant que les juges n'aient considéré la répartition contractuelle des risques[1247]. De même en droit allemand, la doctrine moderne relève que la question de savoir qui doit assumer le risque d'erreur est centrale[1248]. Il s'agit alors de s'interroger sur la responsabilité de l'*errans* dans son erreur de sorte que sa confiance dans l'exactitude des motifs présupposés ne mérite pas d'être protégée[1249].

La problématique de la répartition contractuelle du risque d'erreur n'est pas exprimée en droit du contrat français. Cette divergence théorique résulte de la spécificité des concepts d'erreur retenus dans les droits étudiés.

**298. Mise en perspective de plusieurs conceptions de l'erreur.** Le concept d'erreur en droits français, comme en droit allemand, se rattache essentiellement à la théorie des vices du consentement : l'*errans*, s'il avait connu la réalité, n'aurait pas voulu le contrat. En droit français, l'erreur est ainsi un concept traditionnellement centré sur le principe d'autonomie de la volonté individuelle : il témoigne du « *souci de ne donner efficacité à un engagement contractuel que s'il correspond à la volonté réelle de celui qui l'a pris* »[1250]. L'erreur apparaît alors comme un correctif de la volonté exprimée par les parties, et qui permet à ces dernières de contester l'accord conclu en objectant qu'elles n'y auraient pas consenti si elles ne s'étaient pas trompées.

---

[1246] V. M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, 5th ed., Oxford, 2015, p. 256.
[1247] *Kalsep Ltd. v X-Flow B.V.*, *The Times*, 3 mai 2001.
[1248] V. C. ARMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 119, n° 112.
[1249] *Ibid.*
[1250] V. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 208.

Si les droits français et allemand se rapprochent en ce qu'ils raisonnent traditionnellement en termes de vice du consentement, le concept allemand d'*Irrtum* semble en réalité plus complexe que celui d'erreur en droit français et ne peut être réduit à la question du consentement. En effet, la notion d'erreur se retrouve également traitée dans le BGB au titre du § 313 qui n'est pas relatif aux vices du consentement mais aux troubles du fondement du contrat (*Geschäftsgrundlage*). Aux termes du § 313 (2), la représentation inexacte d'un élément essentiel au moment de la formation du contrat est assimilée à un changement imprévisible des circonstances du point de vue de ses conséquences juridiques sur le contrat. Dans un tel cadre, la notion d'erreur prend incontestablement son autonomie vis-à-vis de la théorie des vices du consentement puisque c'est le concept de fondement du contrat qui justifie la remise en cause du contrat.

Si la conception allemande de l'erreur tend à s'écarter de celle du droit français, elle se rapproche en revanche significativement de celle du droit anglais. En effet, bien que la doctrine anglaise n'ignore pas la théorie civiliste fondant l'erreur sur un vice du consentement, elle n'y souscrit guère[1251]. La sanction de l'erreur sur les qualités essentielles ne repose pas tant sur le fait que cette qualité n'est pas voulue, mais sur le fait que cette qualité est, précisément, voulue et qu'elle ne peut pas être obtenue : l'erreur se fonde ainsi sur l'impossibilité de réaliser le contrat. En d'autres termes, il ne s'agit pas d'un problème de vouloir mais de pouvoir. La proximité de l'erreur avec la doctrine de la *frustration* est alors mise en avant par la doctrine anglaise. En effet, les deux théories se fondent sur l'impossibilité du contrat tel que voulu par les parties, la différence entre les deux théories tenant principalement au moment de la vie du contrat au cours duquel la question se pose[1252]. La *common mistake* et la *frustration*

---

[1251] Cela résulterait du fait que la *common law*, faisant prévaloir la volonté déclarée et non la volonté réelle, serait incompatible avec la théorie des vices du consentement telle que retenue en droit français. Selon M. MORETEAU, « *la conception objective du contrat développée par la* common law *empêche en effet de prendre en compte l'erreur comme vice du consentement* » [O. MORETEAU, *op. cit.*, n° 493]. Le droit anglais limite alors l'analyse de l'erreur en termes de vice du consentement aux seules *agreement mistakes* [S. A. SMITH, *Contract theory, op. cit.*, p. 366 et 367], c'est-à-dire aux erreurs qui font obstacle à la formation de l'accord par la rencontre d'une offre et d'une acceptation. V. aussi P. S. ATIYAH, S. A. SMITH, *An Introduction to the law of Contract, op. cit.*, p. 175. V. aussi H. KÖTZ, B. FAUVARQUE- COSSON, C. SIGNAT, D. GALBOIS- LEHALLE, *Droit européen des contrats*, *op. cit.*, n° 235 sur l'admission de l'erreur en *common law* : « Jusqu'au XIXe siècle, l'idée selon laquelle un contrat pourrait être invalidé pour cause d'erreur n'était guère reconnue. Certes, un contrat pouvait alors – comme c'est toujours le cas à présent – être annulé par une partie ayant contracté en se fondant de manière justifiée sur une fausse déclaration (*misrepresentation*) de l'autre partie durant les négociations. Cependant, l'accent n'était pas tant mis sur l'erreur que sur la cause de l'erreur, à savoir la *misrepresentation*, peu important que cette *misrepresentation* ait été intentionnelle ou de bonne foi. Dans d'autres cas, les juges anglais pouvaient interpréter le contrat de manière à y trouver une *implied condition* selon laquelle les questions essentielles étaient telles que supposées ».

[1252] E. MCKENDRICK, *Contract Law, op. cit.*, p. 520-521 : « Common mistake and frustration are closely linked in that they are both concerned with the situation where some common assumption shared by the parties and which is fundamental to the contract turns out to be unfounded. The difference between common mistake and frustration is a matter of timing. In the case of mistake, the common assumption is unfounded at the moment of entry into the contract, whereas in the case of frustration the common assumption is valid when the contract is concluded but turns out to be unfounded in the light of events that occur subsequent to the

appréhendent l'impossibilité, au sens large, en considérant les hypothèses dans lesquelles l'exécution des prestations – lesquelles ne sont nécessairement pas à strictement parler impossibles à exécuter – aboutirait à un résultat différent de celui que les parties avaient en vue. La théorie de la *frustration*, justifiée par la notion d'impossibilité, n'est ainsi pas considérée comme étant de nature différente de la *mistake*. Comme pour la *frustration*, l'erreur est alors parfois fondée sur l'existence d'une stipulation implicite des parties – un *implied term* – selon laquelle les parties n'entendent être liées par le contrat que dans la mesure où les éléments factuels sur la base desquels il a été conclu sont exacts[1253]. Que l'erreur soit présentée comme fondée sur la notion d'impossibilité ou sur l'existence d'un *implied term*, elle est, en toute hypothèse, conçue comme un moyen d'assurer le respect de la volonté des parties. C'est en ce sens que la répartition contractuelle des risques apparaît fondamentale en matière d'erreur. La différence avec la conception de l'erreur en termes de vices du consentement tient au fait qu'il s'agit, non pas de considérer un décalage entre la volonté interne et la volonté déclarée, mais le décalage entre la volonté telle qu'elle a été extériorisée et la réalité. En ce sens l'approche anglaise serait objective tandis que la théorie de l'erreur en tant que vice du consentement serait subjective. En réalité les différentes conceptions de l'erreur sont parfaitement compatibles.

**299. Conciliation des différentes conceptions de l'erreur.** Si les approches traditionnelles de l'erreur semblent assez différentes entre les droits étudiés, elles ne sont pour autant pas inconciliables. En effet, s'agissant tout d'abord de la conception anglaise fondée sur l'impossibilité de réaliser le contrat tel que voulu par les parties, il peut être considéré que, dès lors que le contrat convenu ne peut être exécuté dans le respect de la prévision des parties, ces dernières ne l'auraient pas voulu si elles avaient eu connaissance de la réalité des faits au moment de la conclusion de leur accord. C'est dire que l'appréhension de l'erreur comme un vice du consentement est tout à fait compatible avec la théorie anglaise. D'un autre côté, si l'erreur du droit français est fondée sur l'idée d'un vice du consentement, les conditions imposées à la sanction de l'erreur témoignent qu'elle est appréhendée par rapport à ce qui est objectivement consenti par les parties et non par rapport au processus de volonté interne d'un contractant. Ainsi, l'erreur n'est pas appréhendée sans limites : il faut que les motifs visés soient

---

making of the contract » [traduction : « L'erreur commune et la *frustration* entretiennent des liens étroits dans la mesure où elles concernent toutes deux les situations dans lesquelles une presupposition partagée par les parties et qui est essentielle au contrat s'avère infondées. La différence entre l'erreur commune et la *frustration* est une question de temps. Dans le cas de l'erreur, la présupposition commune est infondée au moment de passer le contrat, alors que, dans le cas de la *frustration*, la présupposition commune est exacte au moment de la conclusion du contrat mais finit par être infondée au regard des événements qui surviennent postérieurement à la formation du contrat »].

[1253] V. M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, 5th ed., Oxford, 2015, p. 257 et s.

intégrés dans le champ contractuel. De surcroît, il ne suffit pas en droit français de démontrer une erreur sur un élément déterminant intégrant le champ contractuel pour que celle-ci entraîne la remise en cause du contrat : il faut encore que l'*errans* soit excusable. Cela signifie qu'il existe des erreurs sur des éléments essentiels qui vont rester à la charge de l'*errans*, en dépit du fait qu'il n'aurait pas voulu le contrat s'il avait eu connaissance de la réalité. La notion de vice du consentement n'explique donc pas pleinement la logique de l'erreur. L'idée de répartition de la charge du risque d'erreur permet en revanche de justifier le refus de l'admission des erreurs dites inexcusables. L'analyse en termes de répartition contractuelle des risques est alors particulièrement intéressante en ce que, non seulement elle offre un éclairage nouveau sur l'erreur en droit français, mais en outre, elle constitue un cadre unitaire à partir duquel la convergence des solutions des droits étudiés peut être établie.

**300. La question de la répartition contractuelle du risque d'erreur.** Pour que l'impossibilité matérielle de satisfaction des motifs, au moment de la conclusion du contrat, soit prise en compte et conduise à invalider l'accord des parties, il ne suffit pas que ces dernières aient convenu de leur caractère essentiel, il faut encore que l'erreur – c'est-à-dire l'incohérence entre la représentation contractuelle d'éléments essentiels et la réalité – ne constitue pas un risque pesant sur le contractant qui le subit. Le fait qu'un motif participe du fondement convenu du contrat ne signifie pas que les parties seront nécessairement légitimes à se prévaloir de l'inexactitude de sa représentation. La répartition contractuelle du risque appelle à ce titre à considérer la responsabilité d'une partie dans l'erreur, ce qui constitue une problématique se retrouvant unitairement dans les droits étudiés. Reste à déterminer si l'appréciation de la répartition contractuelle du risque d'erreur s'opère suivant des modalités similaires dans les droits français, anglais et allemand.

### B- Les modalités de la répartition contractuelle du risque d'erreur

**301. Critères de détermination et conséquences de la répartition du risque d'erreur.** Lorsque l'erreur est considérée comme un risque pesant sur le contractant qui l'invoque, la remise en cause du contrat ne peut être admise. L'appréciation de la répartition contractuelle des risques est un préalable nécessaire à l'admission de la sanction du contrat sur le fondement de l'erreur. Il s'agit de mettre en balance l'intérêt du contractant invoquant une erreur sur un élément essentiel présupposé avec les attentes légitimes que son cocontractant peut chercher à faire prévaloir. Un contractant peut avoir la responsabilité de son appréciation des éléments essentiels présupposés au regard de ses qualités, de ses connaissances, de son expérience, etc. L'enjeu de l'erreur est fondamental puisqu'elle doit conduire, *in fine*, à la remise en cause du

contrat et, le cas échéant à la libération des parties de leur engagement. La caractérisation d'une erreur portant sur un motif intégré au champ contractuel et ne constituant pas un risque pesant sur l'*errans* permet en effet à ce dernier de contester le contrat, ce qui démontre le rôle essentiel des motifs dans la détermination de la validité du contrat sur le fondement de l'erreur. L'analyse des éléments permettant d'établir la répartition du risque d'erreur (1) précédera celle des conséquences de l'absence de risque d'erreur à la charge de l'*errans* (2).

### *1. Les éléments permettant d'établir la répartition du risque d'erreur*

**302. La répartition contractuelle du risque d'erreur sur une qualité essentielle.** Dire qu'un élément constitue une qualité essentielle de la prestation ou de la personne ne permet pas toujours de considérer que son inexactitude est un risque qui ne doit pas être supporté par l'*errans*. Certains critères vont alors conduire à considérer que, bien que l'erreur porte sur un motif intégré en tant qu'élément essentiel de l'accord, elle doit être supportée par le contractant qui la subit. La question qui se pose est alors celle de l'identification de ces critères ayant une incidence sur la répartition contractuelle du risque d'erreur. A ce titre, les juges vont considérer qu'une partie assume le risque d'inexactitude d'éléments présupposés au moment de la formation du contrat sur le fondement de l'analyse du contrat lui-même ou de règles générales de droit[1254].

**303. Les critères de la charge du risque d'erreur sur une des parties.** Le fait que le risque d'erreur sur un élément essentiel présupposé doive être supporté par l'*errans* peut d'abord être fondé sur la considération de son objet (a). Dans ce cas, l'objet même de l'erreur va conduire à considérer que le risque se trouve à la charge d'un contractant. La charge du risque d'erreur peut ensuite tenir à la nature du contrat conclu (b). Enfin, le risque d'erreur peut être mis à la charge d'une partie au regard du devoir raisonnable qui lui est imposé de se renseigner (c).

#### a. L'objet de l'erreur

**304. Le risque d'erreur sur la valeur de la prestation.** La valeur de la chose objet du contrat constitue un motif en principe indifférent en droit français. Cette solution est aujourd'hui consacrée par l'article 1136 du Code civil. Il est traditionnellement enseigné que l'erreur sur la valeur ne peut être admise que de façon indirecte, c'est-à-dire lorsqu'elle est la

[1254] V. M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, 5th ed., Oxford, 2015, p. 256.

conséquence d'une erreur sur les qualités essentielles de la prestation[1255]. Les qualités essentielles de la prestation sont en effet de nature à avoir des incidences sur l'estimation de la valeur de la prestation en question. Ainsi, par exemple, l'erreur sur l'authenticité d'une œuvre d'art – *a priori* reconnue comme une erreur sur les qualités essentielles de la prestation – entraînera une erreur sur la valeur puisque l'œuvre d'un artiste renommé n'a, évidemment, pas la même côte que celle d'un parfait inconnu.

La question se pose de savoir pourquoi la valeur de la prestation n'est pas, en tant que telle, admise au titre de l'erreur sur une qualité essentielle de cette dernière. En ce sens, l'idée de l'admission d'une erreur sur la valeur indirecte ne semble pas si évidente. Il est par exemple indéniable que le prix est un élément essentiel de bon nombre de contrats à titre onéreux et qui est, en tant que contrepartie, nécessairement intégré au champ contractuel. Pourtant, l'erreur dans l'appréciation du prix n'est pas admise. Si l'erreur sur la valeur n'est pas admise ce n'est pas tant parce qu'elle constitue un élément non essentiel et étranger au champ contractuel mais parce que l'estimation de la valeur de la contre-prestation est un risque qui pèse sur chacune des parties. Ce principe se fonde sur une certaine politique juridique en droit des contrats selon laquelle les parties ont le droit de faire une bonne affaire.

La répartition de ce risque d'erreur est alors directement corrélée au refus de la sanction du simple déséquilibre objectif des prestations, c'est-à-dire de la lésion[1256]. En droit allemand, la valeur n'est ainsi pas considérée comme une qualité essentielle au sens du § 119 (2) du BGB[1257]. Comme en droit français, il est considéré qu'elle peut être indirectement prise en compte à travers une erreur sur les éléments essentiels[1258]. Toutefois, la doctrine relève clairement le fait que si l'erreur sur la valeur n'est pas prise en compte, ce n'est pas tant parce qu'elle ne constitue pas une qualité essentielle, mais parce que l'appréciation de la valeur est un risque qui pèse sur chaque contractant[1259]. Comme en droits français et allemand, le principe de l'indifférence de l'erreur sur la valeur est également reconnu en droit anglais[1260]. L'inexactitude de l'estimation de la valeur de la prestation est ainsi un risque qui pèse, unitairement dans les droits étudiés, sur le contractant qui le subit.

Le risque d'inexactitude d'un élément essentiel peut également peser sur un contractant au regard de la nature du contrat.

---

[1255] J. GHESTIN, Y.-M. SERINET, « Erreur », in *Repertoire de droit civil*, Dalloz, 2017, n° 321.
[1256] V. J. GHESTIN, Y.-M. SERINET, « Erreur », in *Repertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 318.
[1257] V. C. ARMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 119, n° 131.
[1258] *Ibid.*
[1259] *Ibid.*
[1260] V. W. F. ELLIOTT, *Commentaries on the law of contracts*, vol. 1, The Bobs-Merrill Company Publishers, 1913, §108.

### b. La nature du contrat

**305. Les garanties auxquelles sont tenus certains contractants.** Le risque d'inexactitude d'un élément essentiel peut peser sur une partie au regard de la nature du contrat conclu. Il est reconnu en droit allemand que l'action sur le fondement de l'erreur est exclue lorsque l'élément erroné est considéré, sur le fondement de la loi, comme devant être garanti par un contractant à l'autre. Il en est ainsi notamment des garanties d'un contrat d'achat (*Kaufvertragliche Gewährleistung*) prévues par les §§ 434 et s. du BGB[1261]. Il résulte de ces textes qu'un vendeur engage sa responsabilité pour les défauts matériels et juridiques de la chose vendue. Le fondement de l'erreur est alors exclu pour le vendeur qui doit légalement supporter le risque d'inexactitude des qualités essentielles de la chose vendue. L'acheteur ne peut pas non plus invoquer une erreur mais il dispose de remèdes prévus par le § 437 du BGB : il peut demander l'exécution corrective, résoudre le contrat ou obtenir une réduction du prix, ou exiger des dommages et intérêts ou le remboursement des dépenses vaines. Le fondement de l'erreur est pareillement exclu s'agissant des garanties du contrat de location (*Mietvertragliche Gewährleistung*) prévues par le § 536 du BGB[1262] ou encore de celles du contrat d'entreprise (*Werkvertragliche Mängelhaftung*) prévues par le § 633 du BGB[1263]. Le fait qu'un risque d'inexactitude d'un élément essentiel participe de la définition de l'engagement d'un contractant entraîne donc, non seulement l'impossibilité pour ce dernier d'invoquer l'erreur, mais, en outre, l'application d'un régime distinct de celui de l'erreur pour son cocontractant.

Une solution similaire est retenue en droit français s'agissant de la garantie des vices cachés. La question de l'articulation de l'erreur avec les règles de la garantie des vices cachés pose depuis longtemps des difficultés en droit français[1264]. L'enjeu de la distinction tient à la différence de régime entre l'action en erreur et celle en garantie des vices cachés, notamment sur le terrain de la prescription[1265]. Après des hésitations[1266], la Cour de cassation a affirmé le principe selon lequel l'action en garantie des vices cachés constitue « *l'unique fondement de l'action exercée pour défaut de la chose vendue la rendant impropre à sa destination*

[1261] V. C. ARMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 119, n° 29 et s.
[1262] *Ibid.*, n° 35.
[1263] *Ibid.*, n° 36 et s.
[1264] V. J. GHESTIN, Y.-M. SERINET, « Erreur », in *Repertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 295.
[1265] *Ibid.*, n° 296.
[1266] *Ibid.*, n° 298.

*normale* »[1267]. Cette solution est toutefois contestée : d'après certains auteurs, « *il conviendrait corrélativement d'admettre la possibilité d'invoquer simultanément l'une et l'autre action, dès lors que leurs conditions propres sont réunies* »[1268]. Ils relèvent que le principe d'exclusion de l'action sur le fondement de l'erreur, lorsque les conditions de l'action en garantie des vices cachés sont réunies, n'est pas strictement appliqué par la jurisprudence, s'agissant notamment du caractère constructible d'un terrain et de l'authenticité d'un tableau[1269]. Qu'il soit admis ou non que l'action sur le fondement de l'erreur puisse être concurrente à une action en garantie des vices cachés pour l'acheteur, il est en toute hypothèse impossible pour le vendeur de se prévaloir d'une erreur sur des qualités essentielles de sa prestation constitutive d'un vice caché : elle constitue un risque légalement mis à sa charge.

En droit anglais, il est également classiquement distingué entre ce qui relève de l'erreur ou *misrepresentation* et ce qui constitue une garantie donnée par une partie à l'autre – garantie qui pourra être considérée comme constituant un *term* du contrat ou un deuxième contrat dit collatéral (*collateral contract*) – et dont le non-respect ne se traduira pas par la remise en cause du contrat mais fera l'objet des remèdes de l'inexécution[1270]. Le risque d'erreur peut enfin être implicitement mis à la charge d'une partie pour tout ce qui relève de son devoir raisonnable de s'assurer des éléments essentiels du contrat.

### c. Le manquement au devoir de se renseigner

**306. Les erreurs sur des motifs n'ayant pas fait l'objet de vérifications raisonnables.** En droit français, l'erreur doit être excusable pour pouvoir entraîner l'annulation du contrat. C'est le principe qui résulte d'une lecture *a contrario* de l'article 1132 selon lequel « *l'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat (…)* ». Une erreur est alors inexcusable « *lorsqu'elle est la conséquence d'une faute de celui qui*

---

[1267] Cass. Civ. 3ème, 7 juin 2000, n° 98-18.966, *CCC* 2000. Comm. 159, obs. L. LEVENEUR ; *RDI* 2000. 582, obs. J.-C. GROSLIERE et C. SAINT-ALARY-HOUIN ; *D.* 2002. Somm. 1002, obs. O. TOURNAFOND ; v. dans le même sens Cass. Civ. 3ème, 17 novembre 2004, n° 03-14.958, *Bull. civ. III*, n° 206, *Dr. et patr.* mars 2005. 87, obs. P. CHAUVEL ; Cass. Civ. 3ème, 30 mars 2011, n° 10-15.309 ; Cass. Civ. 3ème, 20 mai 2014, n° 13-12.685 ; Cass. Civ. 3ème, 4 mai 2016, n° 15-11.351, *Constr.-Urb.* juin 2016, n° 95, obs. C. SIZAIRE.

[1268] J. GHESTIN, Y.-M. SERINET, « Erreur », in *Repertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 303.

[1269] *Ibid*., n° 299 et s.

[1270] V. par ex. *Dick Bentley Productions Ltd v Harold Smith (Motors) Ltd* [1965], 1 *WLR* 623 : le demandeur, Mr Bentley ayant informé le défendeur, Mr Smith, qu'il était à la recherche d'une Bentley de premier choix, Mr Smith en trouva une et l'acheta pour 1 500 £. Mr Bentley alla voir la voiture. Mr Smith lui affirma alors que la voiture avait été montée avec un moteur et une boîte de vitesses de remplacement et qu'elle avait fait seulement 20 000 miles depuis que les réparations avaient été faites. Mr Bentley acheta la voiture pour 1 850 £ mais la voiture fut une 'considérable déception pour lui'. Il intenta une action en dommages et intérêts. Il fut jugé que l'affirmation inexacte quant au kilométrage constituait une garantie et il fut accordé à Mr Bentley des dommages et intérêts. v. aussi *De Lassalle v. Guildford* [1901], 2 *KB* 215.

*demande l'annulation du contrat* »[1271]. L'expertise ou les compétences particulières de l'*errans* sont alors appréciées pour établir si elle a accompli les vérifications raisonnablement attendues de sa part afin de s'assurer de l'exactitude de la représentation de ses motifs. A défaut d'avoir eu un comportement raisonnable, l'*errans* ne peut se prévaloir d'une erreur sur une qualité tacitement ou expressément essentielle.

En droit allemand, le principe est également que l'erreur inexcusable (*unentschuldbar*) n'est pas admise[1272]. Les parties doivent donc prendre des mesures raisonnables pour s'assurer de l'exactitude des éléments essentiels fondant le contrat. A défaut d'avoir fait preuve d'un tel comportement raisonnable, le contractant sera considéré comme devant supporter le risque d'erreur. L'exigence pour un contractant d'avoir entrepris des vérifications raisonnables des motifs de son engagement pour que son erreur puisse être admise se vérifie également en droit anglais. Ainsi, d'après les termes d'un auteur, « *un demandeur ne peut obtenir la nullité du contrat que s'il montre que (…) lui ou elle n'était pas en faute (par exemple en ayant commis une erreur très déraisonnable ou en ayant induit l'erreur de l'autre partie)* »[1273]. S'agissant par exemple de l'erreur sur l'identité de la personne, il est admis que l'*errans* ne peut invoquer une erreur que s'il a pris des mesures raisonnables pour s'assurer de l'identité de son cocontractant[1274].

**307. La portée du devoir de se renseigner.** L'importance du devoir de se renseigner mis à la charge d'un contractant va fondamentalement dépendre de sa qualité, de ses compétences : le degré de vérification attendu ne sera pas le même si en présence d'un professionnel ou d'un contractant non averti[1275]. La facilité avec laquelle une partie aurait pu accéder à la réalité sera également prise en compte[1276]. Le devoir de vérifications raisonnables imposé aux parties

---

[1271] J. GHESTIN, Y.-M. SERINET, « Erreur », in *Repertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 355.
[1272] V. C. ARMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 119, n° 112.
[1273] V. M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, 5th ed., Oxford, 2015, p. 255 : « A claimant can only void a contract by showing that (…) he or she was not at fault (eg by making a very unreasonable mistake or inducing the other party's mistake) ».
[1274] V. P. RICHARDS, *Law of contract*, *op. cit.*, p. 374, 375.
[1275] V. J. GHESTIN, Y.-M. SERINET, « Erreur », in *Repertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 358.
[1276] Le caractère excusable de l'erreur aurait sans doute pu être discuté si l'arrêt *Point-club vidéo* avait été rendu sur le fondement de l'erreur [Cass. civ. 1ère 3 juillet 1996, *Bull. civ.* I, n° 286 ; *D.* 1997. 500, note REIGNE ; *RTD civ*. 1996. 901, obs. MESTRE ; *Defrénois* 1997. 336, obs. D. MAZEAUD]. La Cour de cassation avait eu à considérer la validité du contrat de mise à disposition de cassettes vidéo en vue de leur location dans un village de 1314 habitants, conclu entre des époux et la société DPM. Les juges ont estimé que l'engagement des époux de payer le prix en contrepartie de la mise à disposition des cassettes était dépourvu de cause, l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties étant impossible. La rentabilité du point club vidéo créé par les époux a été considérée comme intégrée à la cause du contrat, c'est dire qu'elle pourrait aujourd'hui être qualifiée de qualité essentielle de la prestation. L'erreur ne serait toutefois admise que si elle était jugée excusable. Or, en l'espèce, le caractère excusable de l'erreur des époux pouvait être discuté. En effet, il aurait pu être avancé que les époux n'avaient pas effectué les vérifications raisonnables en se renseignant sur les perspectives de rentabilité dans un point club vidéo dans une si petite commune. En ce sens, l'erreur aurait été inexcusable. Néanmoins, d'un autre côté, il pouvait aussi être considéré que les époux – non professionnels – se trouvaient face à un contractant professionnel et qu'ils avaient pu se fonder sur la croyance légitime que ce dernier les aurait informés s'il avait estimé que le commerce ne pouvait être rentable. En effet, l'exploitation rentable participant de « l'*économie voulue par les*

s'illustre notamment en matière d'erreur sur la rentabilité des contrats de franchise. Si la rentabilité peut être considérée comme une qualité essentielle des prestations du contrat de franchise, elle n'est toutefois pas admise lorsque le franchisé a une part de responsabilité dans son erreur. Il en sera ainsi si le franchisé, au regard de ses qualités professionnelles, était en mesure d'apprécier la réalité des perspectives de rentabilité établies par le franchiseur[1277].

**308. Le possible maintien du contrat dont les éléments essentiels sont erronés.** Dès lors que la sanction de l'erreur sur des motifs suppose, non seulement que ces derniers aient été convenus par les parties comme des éléments essentiels de leur accord mais, en outre, que leur représentation erronée ne constitue pas un risque qui doit être supporté par celui qui le subit, il est tout à fait possible qu'un contrat ne soit pas remis en cause en dépit d'une impossibilité matérielle initiale de satisfaire les motifs intégrés. Un contrat peut donc être valable bien que l'utilité poursuivie par les parties, et intégrée au contrat, ne puisse être *ab initio* réalisée. L'analyse en termes de répartition contractuelle permet alors de mettre en évidence la relativité de l'invalidité du contrat sur le fondement d'une impossibilité matérielle de satisfaction des motifs. C'est, en effet, à la condition que le risque d'erreur sur des éléments essentiels ne soit pas à la charge de celui qui s'en prévaut que l'acte pourra, le cas échéant, être contesté.

### *2. Les conséquences de l'absence de charge de risque d'erreur sur l'errans*

**309. La possibilité de se prévaloir de l'invalidité du contrat.** L'impossibilité matérielle de concrétisation des motifs a des incidences majeures sur le contrat puisque, lorsque le risque d'erreur ne pèse pas sur celui qui s'en prévaut, ce dernier peut en contester la validité. Le contrat est ainsi susceptible d'être remis en cause en raison de son inaptitude initiale à remplir le but qui lui a été assigné par les parties. Les conséquences de l'erreur, ainsi admise sur un élément déterminant présupposé par les contractants au moment de la formation du contrat, méritent d'être développées dans la mesure où elles témoignent de l'importance accordé par les droits étudiés à la satisfaction de leurs motifs.

**310. L'option entre l'annulation du contrat ou la confirmation de l'acte en droits français et allemand.** D'après l'article 1131 du Code civil, l'erreur est, en tant que vice du

---

*parties* », il pouvait à ce titre être avancé que la rentabilité n'était pas que l'affaire des époux. L'erreur de ces derniers aurait donc tout à fait pu être qualifiée d'excusable au regard de la confiance légitime dans l'appréciation de leur partenaire. A supposer que le professionnel se soit lui-même trompé quant aux perspectives de rentabilité, son erreur serait alors, pour sa part, sans doute jugée comme inexcusable. A supposer en revanche que le professionnel n'ait commis aucune erreur, une réticence dolosive aurait pu être retenue à son encontre de sorte que la question du caractère excusable ou non de l'erreur des époux ne se serait même pas posée. En effet, lorsque l'erreur est provoquée par dol, le principe est qu'elle est toujours excusable (article 1139 du Code civil).

[1277] V. J. GHESTIN, Y.-M. SERINET, « Erreur », in *Repertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 340.

consentement, une cause de nullité relative du contrat. La nullité est dite relative dans la mesure où, selon la définition donnée par l'article 1179 alinéa 2 du Code civil, les règles de l'erreur ont pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé. La qualification de nullité relative implique alors que seule la partie que la loi entend protéger puisse la demander[1278]. Contrairement aux annulations des droits anglais et allemand, lesquelles ne sont pas soumises à l'exigence d'une action en justice[1279], la nullité du contrat doit, en droit français, être prononcée par le juge, sauf à ce qu'elle soit constatée d'un commun accord par les parties[1280]. Si les motifs intégrés au contrat ne peuvent être concrétisés en raison d'une erreur qui ne constitue pas un risque à la charge de l'*errans*, celui-ci peut donc obtenir l'annulation de l'acte. Dès lors que la remise en cause du contrat est une option dont peut se prévaloir l'*errans*, ce dernier a également la possibilité, au contraire, de confirmer l'acte en dépit d'une impossibilité matérielle de satisfaire ses motifs. L'article 1181 alinéa 2 du Code civil prévoit en effet que la nullité relative peut être couverte par la confirmation. Les modalités de la confirmation sont alors précisées par l'article 1182 du Code civil : la confirmation peut ainsi être expresse et résulter d'un acte (article 1182 alinéa 1) ou encore tacite en cas d'exécution volontaire du contrat en connaissance de la cause de nullité (article 1182 alinéa 3).

De même, en droit allemand, une partie peut annuler sa déclaration de volonté au motif d'une erreur en application du § 119 du BGB[1281]. Cette annulation correspond pour l'essentiel au concept de nullité relative du droit français puisque seul l'*errans* peut en prendre l'initiative. Toutefois, l'annulation du contrat sur le fondement de l'erreur spontanée emporte en droit allemand l'obligation pour l'*errans* d'indemniser son cocontractant, conformément au § 122 du BGB. L'obligation d'indemnisation se fonde sur la croyance légitime du cocontractant en la validité du contrat, de sorte que cette obligation est exclue lorsque ce dernier avait connaissance de la cause d'annulabilité ou aurait dû en avoir connaissance. En outre, l'obligation d'indemnisation se limite à la réparation de l'intérêt négatif, c'est-à-dire les dommages intérêts

---

[1278] Article 1181 alinéa 1.

[1279] En droit allemand, l'annulation du contrat prend ainsi la forme d'une déclaration d'annulation par une partie adressée à l'autre, suivant les règles du § 143 du BGB.

[1280] Article 1178 alinéa 1.

[1281] Il convient de préciser que lorsque l'erreur est traitée sur le fondement du § 313 (2) du BGB, elle emporte en principe non pas l'annulation du contrat mais son adaptation. L'adaptation du contrat est notamment reconnue en matière d'erreur s'agissant d'une *Kalkulationsirrtüm*, c'est-à-dire d'une erreur de calcul [v. T. FINKENAUER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 313, n° 92. V. aussi H. KÖTZ, *Vertragsrecht, op. cit*, n° 319 et s.]. Sont visés les cas où les éléments ayant permis le calcul du prix et participant du fondement du contrat s'avèrent erronés. L'adaptation du contrat consiste alors à corriger le prix conformément aux éléments de calcul exacts sur lesquels les parties ont entendu se fonder. Lorsque l'adaptation du contrat est impossible ou insupportable pour l'une des parties, l'erreur conduit à ce qu'il soit mis un terme au contrat, par sa résolution ou sa résiliation. Une partie peut ainsi s'opposer à l'adaptation du contrat en invoquant son caractère déraisonnable à son égard : le droit de demander la résolution du contrat constitue dans ce cas une « *Sicherheitsventil* » (soupape de sécurité) permettant de protéger les intérêts des deux parties [v. V. T. FINKENAUER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 313, n° 92].

doivent placer le cocontractant dans la situation où il se serait trouvé si le contrat n'avait pas été conclu et non lui permettre d'obtenir le bénéfice de l'exécution. Le fait pour une partie de se prévaloir d'une impossibilité matérielle de satisfaction de ses motifs n'est donc pas neutre pour un contractant qui, bien que ne supportant pas le risque d'erreur, voit son intérêt à l'annulation du contrat mis en balance avec les attentes légitimes de son cocontractant. Il résulte du § 144 du BGB que l'annulation d'un acte juridique est exclue lorsque celui qui bénéficie du droit d'annulation l'a confirmé. D'après le deuxième alinéa de ce texte, la confirmation d'un acte ne requiert pas la même forme que ce dernier. Comme en droit français, la confirmation peut aussi bien être expresse que tacite : il est admis qu'elle puisse résulter du simple comportement du déclarant[1282]. Celui qui a commis une erreur sur des éléments essentiels, consistant des motifs de son engagement – lesquels sont alors impossibles à concrétiser – peut donc renoncer à la nullité du contrat et préférer son maintien. C'est dire, dans ce cas, que bien que l'utilité portée par les motifs intégrés au contrat ne puisse pas être réalisée, l'acte n'est, pour autant, pas dénué de tout intérêt pour l'*errans*.

**311. Le caractère *voidable* du contrat résultant d'une erreur en droit anglais.** Le caractère *voidable* du contrat, correspondant au concept d'annulation, n'est pas la sanction de principe de l'erreur dans le cadre de la *mistake*. En effet, en *common law* l'erreur n'entraîne pas le caractère *voidable* du contrat mais, plus radicalement, son caractère *void,* ce qui se rapproche d'une nullité absolue. Le caractère *voidable* du contrat sur le fondement de l'erreur (*mistake*) a toutefois pu être reconnu en équité. En effet, au cours du XXème siècle, des cas d'erreurs ont pu être retenus en équité lorsqu'ils ne pouvaient être admis en *common law,* à défaut de répondre à l'exigence stricte du caractère fondamental de l'erreur[1283]. Néanmoins, l'existence d'un régime de l'erreur distinct de l'erreur en équité est aujourd'hui incertaine : la *Court of Appeal* a condamné le fait que des erreurs indifférentes en *common law* puissent être admises sur le fondement de l'équité à l'occasion de l'arrêt *Great Peace Shipping Ltd v Tsavlris Salvage (International) Ltd*. Cette décision est considérée par une partie de la doctrine comme ayant autorité de sorte que l'équité ne permet plus de rendre *voidable* un contrat valable sur le fondement de la *common law*[1284]. Il n'est toutefois pas exclu que la *Supreme Court,* hiérarchiquement supérieure à la *Court of Appeal*, contredise la solution retenue par cette dernière, de sorte que le régime de l'erreur en équité puisse de nouveau être appliqué[1285]. La

[1282] V. A. FEUERBORN, in *BGB Schuldrecht*, Band 2/1, 3. Auflage, Nomos, 2016, § 144, n° 8.
[1283] *Ibid.*, n° 8-027 et s.
[1284] V. J. CARTWRIGHT, *Misrepresentation, Mistake and Non-disclosure*, *op. cit.*, n° 15-29.
[1285] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 8-029.

rigueur du régime de l'erreur en *common law* pourrait également être tempérée[1286], à commencer par la solution consistant à déclarer le contrat *void*, laquelle est contestée puisqu'elle exclut en principe toute possibilité de confirmation du contrat.

**312. Les difficultés soulevées par le caractère *void* du contrat.** La sanction de *common law* consistant à retenir que l'erreur rend le contrat *void* pose certaines difficultés. En effet, le caractère *void* du contrat induit en principe qu'il est nul de façon absolue : l'*errans* ne peut donc pas confirmer le contrat et toute personne intéressée peut se prévaloir de la nullité de ce dernier[1287]. Néanmoins, d'après un auteur, « *il existe des situations dans lesquelles le fait que le contrat soit* void *n'aboutit pas aux conclusions auxquelles il devrait logiquement conduire, et les tribunaux limitent les circonstances dans lesquelles l'une ou l'autre des parties est autorisée à se prévaloir du caractère* void *du contrat* »[1288]. Le principe du caractère *void* du contrat sur le fondement de la *common mistake* est justifié par l'exigence du caractère *fundamental* de l'erreur : l'idée est de considérer que l'erreur n'étant retenue que lorsqu'elle est telle que le contrat est radicallement différent de ce que les parties avaient projeté, le consensus à la base du contrat se retrouve atteint de sorte que l'acte doit être considéré comme *void*[1289]. Suivant l'analyse d'un auteur, il y a toutefois « *une bizarrerie apparente au fait que, en droit, un contrat induit par une* misrepresentation *frauduleuse de l'autre partie est* voidable*, tandis qu'un contrat basé sur une erreur commune est* void*, et non pas* voidable »[1290]. Ainsi que le relève par ailleurs le même auteur, « *dans le cas d'un contrat qui, affecté par une erreur commune, est* void*, si les parties en question décident de maintenir le contrat, elles doivent être libres de le faire* »[1291]. La justification de la différence de traitement suivant que l'erreur est spontanée ou résulte d'une *misrepresentation* – c'est-à-dire d'une erreur provoquée – ne semble pas pertinente. Il est en effet avancé que dans le cas d'une erreur, le fondement du consensus à la base du contrat se retrouve atteint, tandis que, dans le cas d'une *misrepresentation*, il y a bien un consensus mais ce dernier résulte d'une faute du cocontractant[1292]. Cette distinction apparaît assez artificielle dans la mesure où, pour pouvoir être invoquée, la *misrepresentation* doit avoir

---

[1286] *Ibid.*
[1287] V. J. CARTWRIGHT, *Misrepresentation, Mistake and Non-disclosure*, *op. cit.*, n° 12-18.
[1288] *Ibid.* [notre traduction, texte original : "there are situations in which the fact that the contract is void is not taken to its apparently logical conclusion, and the courts will limit the circumstances in which one or other party is allowed to rely on the contract being void"].
[1289] V. P. MACDONALD EGGERS, *Vitiation of Contractual Consent*, 1st ed., Informa Law from Routledge, 2017, n° 6.13.2 et s
[1290] *Ibid.*, n° 6.13.3 [notre traduction, texte original : « there is an apparent oddity that, at law, a contract induced by a counterpart's fraudulent misrepresentation is voidable, but a contract based on common mistake is void, not voidable »].
[1291] *Ibid.*, n° 6.13.1: « if it is the case that a contract affected by a common mistake is void, if the relevant parties choose to keep the contract on foot, they must be free to do so ».
[1292] *Ibid.*, n° 6.13.3.

été déterminante du consentement de celui qui en est victime. C'est dire qu'il ne s'agit pas tant de sanctionner une faute que de prendre en compte une erreur, certes provoquée, sur des éléments essentiels du contrat.

L'impossibilité matérielle de satisfaction des motifs au moment de la conclusion du contrat est en effet également susceptible de conduire à remettre en cause ce dernier lorsque les motifs font l'objet d'une erreur qui n'est pas spontanée mais provoquée.

## *Section 2 – L'erreur provoquée sur les motifs*

**313. Sens de l'opposition de l'erreur spontanée et de l'erreur provoquée sous l'angle des motifs.** L'erreur provoquée, comme l'erreur spontanée, vise des éléments déterminants du consentement. Erreur spontanée et erreur provoquée concernent donc similairement des motifs déterminants du contrat. Toutefois, contrairement à ce qui est retenu pour l'erreur spontanée, la question de l'intégration dans le champ contractuel du motif faisant l'objet de l'erreur n'est pas pertinente en matière d'erreur provoquée. En ce sens, d'après l'article 1139 du Code civil, l'erreur provoquée est une cause de nullité quand bien même elle porterait sur un simple motif. Est-ce à dire que les motifs faisant l'objet d'une erreur provoquée sont purement étrangers au champ contractuel ? La représentation inexacte de la réalité, résultant par exemple d'un comportement frauduleux de la part d'une partie afin d'inciter l'autre à contracter et qui a été effectivement déterminante peut-elle être véritablement considérée comme un motif resté totalement en dehors du champ contractuel ? Pour prendre le cas du dol, le contractant au comportement dolosif ayant l'intention de provoquer la conclusion du contrat, il n'ignore pas que l'objet du dol est de nature à constituer un motif de l'engagement[1293]. Plus encore, le dol est sanctionné lorsque l'erreur qu'il a provoquée a été effectivement déterminante de la conclusion du contrat : une partie provoque ainsi une erreur chez son cocontractant au sujet d'un motif dont il suppose le caractère déterminant – puisqu'elle vise à l'inciter à contracter – et qui s'avère effectivement déterminant. C'est dire que, dans ces circonstances, il est difficile de considérer que le motif pris en compte au titre de l'erreur provoquée est véritablement étranger au champ contractuel.

La distinction fondamentale de l'erreur spontanée et de l'erreur provoquée ne se situe pas sur le plan de la question de l'intégration des motifs dans le champ contractuel – dans le sens

[1293] De même, s'agissant de la *misrepresentation* du droit anglais, le contractant auteur de la *misrepresentation* n'ignore pas ou est censé ne pas ignorer le caractère déterminant de la *representation* dont il est l'auteur. V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 9-016 et s.

où l'erreur provoquée permettrait de prendre en compte des motifs qui lui seraient étrangers – mais sur celui de la répartition du risque d'erreur afférent à ces motifs. En effet, la solution de principe en droit français est que l'erreur provoquée par un dol est toujours excusable. Le dol permet alors de prendre en compte, plus largement que l'erreur, l'impossibilité de satisfaction des motifs, dans la mesure où l'inexactitude dans la représentation d'éléments déterminants ne pourra pas être considérée comme un risque devant être supporté par celui qui le subit.

Au demeurant, la logique de l'erreur spontanée peut être appliquée en matière d'erreur provoquée : il s'agit dans les deux cas de considérer des motifs qui ne sont pas étrangers au champ contractuel et dont la représentation inexacte n'est pas un risque à la charge de celui dont les attentes ne peuvent être concrétisées. L'invalidité du contrat résultant d'une impossibilité matérielle de réalisation des motifs, au moment de sa conclusion, peut néanmoins être plus facilement admise au titre de l'erreur provoquée dans la mesure où son caractère provoqué, d'une part, permet de considérer comme intégrés au contrat les motifs qui en sont l'objet (§1), et, d'autre part, conduit à une répartition contractuelle spéciale du risque d'erreur sur ces motifs (§2).

## §1- L'intégration du motif dans le champ contractuel résultant du caractère provoqué de l'erreur

**314. L'intégration du motif résultant de la provocation d'une erreur déterminante.** Le caractère provoqué de l'erreur justifie sa prise en compte quel que soit le motif sur lequel elle porte : la caractérisation d'un dol provoquant intentionnellement une erreur sur un motif permet, par nature, de rattacher ce dernier au contrat. La question de l'intégration des motifs est donc réductible à celle des conditions de caractérisation d'une erreur provoquée. A ce titre, deux conditions peuvent être distinguées : d'abord, celle tenant au fait que le comportement d'une partie soit à l'origine de l'erreur (A), ensuite, celle tenant au caractère déterminant de l'erreur (B).

### A- Le comportement d'une partie à l'origine de l'erreur

**315. La notion d'erreur provoquée.** L'erreur est provoquée en cas de dol, c'est-à-dire lorsqu'une partie trompe intentionnellement son cocontractant. Le droit anglais admet toutefois, contrairement aux droits français et allemand, d'autres cas d'erreur provoquée à côté de celle correspondant au dol. Il convient alors de distinguer les comportements dolosifs (1) admis

comme source d'erreur dans chacun des droits étudiés, des autres comportements également de nature à provoquer une erreur en droit anglais (2).

### *1. L'erreur provoquée par des comportements dolosifs*

**316. Les deux éléments constitutifs du dol.** Le dol, pour être caractérisé, suppose traditionnellement en droit français la réunion de deux éléments : un fait, dit élément matériel, et une intention frauduleuse, correspondant à l'élément intentionnel. Il en est de même en droit allemand. En effet, le concept allemand de tromperie dolosive (*arglistige Taüschung*) correspond au dol du droit français. Le concept anglais de *fraudulent misrepresentation* se rapproche également du dol du droit français puisque sa mise en œuvre suppose une affirmation (*respresentation*) effectuée dans le but d'inciter à la conclusion du contrat par une partie qui a conscience de son caractère erronée. La présentation de l'élément matériel du dol (a) précédera donc l'analyse de l'élément intentionnel (b).

#### a. L'élément matériel du dol

**317. Les faits actifs traditionnellement admis.** Traditionnellement, en droit français, le dol vise des faits actifs désignés comme des manœuvres de natures diverses telles que des mises en scène[1294], artifices[1295], mensonges[1296] de nature à tromper son destinataire. L'article 1137 alinéa 1er définit ainsi le dol comme « *le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges* ». Les faits pouvant être consistutifs d'un dol sont admis dans la limite de ce qui est qualifié de bon dol (*bonus dolus*) par opposition au mauvais dol (*malus dolus*)[1297]. L'idée est alors que les tromperies et manœuvres de faible gravité ne sont pas constitutives d'un dol juridiquement sanctionné. Il convient toutefois de relever que la notion de bon dol tend à se réduire aujourd'hui, notamment sous l'influence du droit de la consommation visant à la protection des consommateurs[1298].

De façon similaire en droit allemand, la tromperie dolosive peut être constituée par des faits actifs de quelque nature qu'ils soient[1299]. En droit anglais, la *misrepresentation* est traditionnellement conçue comme devant résulter d'un *statement*[1300], c'est-à-dire d'une

---

[1294] V. P. CHAUVEL, « Dol », in *Repertoire de droit civil*, Dalloz, 2019, n° 23.
[1295] *Ibid.*, n° 24 et s.
[1296] *Ibid.,* n° 29 et s.
[1297] *Ibid*., n° 73 et s.
[1298] *Ibid.*
[1299] V. C. ARMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 123, n° 28 et s.
[1300] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 9-003.

affirmation, ce qui suppose en principe un comportement actif[1301]. La notion de *statement* englobe toutefois tous les faits actifs, qu'ils résultent de paroles, d'écrits ou de comportements. Cette conception traditionnelle de la *misrepresentation* du droit anglais tend à indiquer une divergence avec les droits français et allemand, ces derniers admettant que le dol puisse résulter d'un fait passif : le fait de garder le silence sur une information déterminante.

**318. L'admission du dol par réticence en droit français.** D'après l'alinéa 2 de l'article 1137 du Code civil, « [c]onstitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ». Cette disposition vient consacrer le concept de dol par réticence tel que développé par la jurisprudence avant la réforme[1302]. L'admission du dol par réticence est lié au développement du devoir d'information[1303]. Ce devoir est aujourd'hui également consacré par l'article 1112-1 du Code civil. L'alinéa 1 de ce texte dispose ainsi que « [c]elle des parties qui connaît 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 devoir d'information ne s'entend pas de façon absolue : il ne concerne que les informations déterminantes – concernant des motifs – que le cocontractant ignore légitimement ou qui, au regard de la nature de la relation entre les parties, doivent lui être transmises. Le devoir d'information ne porte pas sur la valeur de la prestation (article 1112-1 alinéa 2) et le dol par réticence ne peut être constitué par le silence gardé sur la valeur de la prestation, ce que consacre l'alinéa 3 de l'article 1137 du Code civil.

D'après l'analyse de certains auteurs, la réforme a consacré le caractère autonome de la réticence dolosive qui peut être retenue sans qu'un manquement au devoir d'information, tel que défini par l'article 1112-1 du Code civil, ne soit caractérisé[1304]. L'éventualité d'un dol par réticence en dehors de tout manquement au devoir d'information aurait été dans l'intention du législateur dans la mesure où le rapport au Président de la République énonce que « *[l]a réticence dolosive est consacrée (…) sans toutefois la subordonner à l'existence d'une obligation d'information par ailleurs consacrée à l'article 1112-1, le texte mettant l'accent sur l'intention de tromper* ». A suivre cette interprétation, l'élément matériel du dol par réticence peut donc être constitué par la dissimulation d'une information déterminante que le contractant n'avait pas le devoir de donner d'après l'article 1112-1 du Code civil. C'est dire que l'admission

---

[1301] V. par ex. *Edgington v Fitzmaurice* [1885], 29 *Ch D* 459.
[1302] V. P. CHAUVEL, « Dol », in *Repertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 47 et s.
[1303] *Ibid.,* n° 52.
[1304] V. not. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 234-235; P. CHAUVEL, « Dol », in *Repertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 63 ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, op. cit.*, n° 327-1.

de la réticence dolosive reposerait essentiellement sur la caractérisation de l'élément intentionnel, à savoir l'intention de tromper[1305]. Pour autant, le dol par réticence sans manquement au devoir d'information concernera vraisemblablement des hypothèses marginales, dans lesquelles la mauvaise foi de son auteur sera particulièrement criante. Un auteur relève en ce sens que bien que « *[l]'obligation d'information ne peut ainsi servir de fondement à la réticence dolosive* », « *cette dernière trouvera, en pratique, le plus souvent son origine dans un manquement à une telle obligation* »[1306].

**319. Le dol par réticence en droit allemand.** Le dol par réticence est également admis en droit allemand : le silence gardé peut ainsi constituer une tromperie dolosive lorsqu'il existe, à la charge de son auteur, une obligation d'information (*Offenbarungspflicht*)[1307]. Le principe selon lequel la caractérisation d'une réticence dolosive suppose d'établir un manquement à une obligation d'information est clairement exprimé par la doctrine allemande[1308]. A l'instar du droit français, il n'existe pas d'obligation d'information portant sur absolument tous les éléments déterminants : l'obligation d'information est ainsi à mettre en perspective avec l'obligation incombant à chaque contractant de se renseigner[1309]. De même qu'en droit français, il est admis que l'identification d'une obligation d'information puisse résulter de l'appréciation de la nature de la relation entre les parties, en particulier leur relation de confiance[1310].

**320. Une position *a priori* divergente du droit anglais sur la question du dol par réticence.** La solution de principe des droits français et allemand en matière de dol par réticence apparaît divergentes de celle retenue en droit anglais. En effet, suivant une présentation traditionnelle, le principe est celui de l'exigence d'un fait actif pour caractériser une *misrepresentation*. A ce titre, il est alors considéré que la *misrepresentation* ne peut être constituée par un silence. Cette solution serait justifiée par l'absence, en droit anglais, de devoir

---

[1305] En ce sens, le fondement du dol par réticence serait donc le devoir général de loyauté [O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 235]. Ainsi, de l'avis de certains auteurs, si le législateur avait fait dépendre le dol par réticence de la caractérisation d'un manquement au devoir d'information, « [l]a loyauté n'en serait pas sortie grandie » [G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, op. cit.*, n° 327-1].

[1306] P. CHAUVEL, « Dol », in *Repertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 62.

[1307] V. C. ARMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 123, n° 30 et s. Exemples : le vendeur ne peut retenir les informations relatives aux graves défauts de la chose vendue (v. BGH 8 décembre 1989, *BGH NJW* 1990, 975) ; si un immeuble vendu a souffert un dégât des eaux et s'il y a un risque qu'il réapparaisse malgré les réparations, l'information doit également être donnée (BGH 5 mars 1993, *BGH NJW* 1993, 1703) ; si un terrain, utilisé comme décharge, a été contaminé, le vendeur doit informer l'acheteur de ce fait (BGH 3 mars 1995, *BGH NJW* 1995, 1549) ; s'il y a une interdiction de construction sur le terrain vendu pour une exploitation et que le vendeur le savait mais n'en a pas informé l'acheteur alors ce dernier peut annuler le contrat sur le fondement du § 123 BGB (BGH 30 avril 2003, *BGH NJW* 2003, 2381) ; si le terrain est inclus dans un *Landschaftsschutzgebiet* (réserve naturelle protégée) qui empêche un certain nombre d'usages, cela fait naître un devoir d'information (OLG Oldenburg *NJW-RR* 2003, 448).

[1308] V. C. ARMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 123, n° 30 et s.

[1309] *Ibid.*, n° 31.

[1310] *Ibid.*, n° 32.

général d'information. Il convient alors tout d'abord de relever qu'il n'existe pas non plus, en droits français et allemand, de devoir général d'information au sens où tout contractant serait toujours tenu de révéler à l'autre partie les faits déterminants de la conclusion du contrat. Ensuite, s'il ne consacre pas de devoir général d'information, le droit anglais reconnaît toutefois l'existence de devoirs d'information spéciaux dans le cadre de relations particulières.

Les devoirs d'information sont ainsi imposés dans le cadre des contrats *uberrimae fidei*. Il en est ainsi en présence de relations particulières de confiance entre les parties[1311]. Le devoir d'information est notamment reconnu dans le cadre des contrats d'assurance, des sûretés et notamment de la fiducie[1312]. En dehors de ces cas où un devoir d'information est reconnu, des résultats similaires à ceux des droits français et allemand sur le fondement de la réticence dolosive sont obtenus en droit anglais de façon indirecte par certains développements particuliers de la *misrepresentation*. En effet, les juges considèrent que le fait de ne pas être précis et complet dans ses déclarations constitue une *misrepresentation* au regard des éléments déterminants qui n'ont pas été révélés[1313]. Il s'agit non pas de prendre directement en compte l'absence d'information sur des éléments déterminants mais le fait que les *statements* qui ont pu être faits donnent une représentation fausse de la réalité dès lors qu'ils sont incomplets. Une telle solution permet alors clairement de prendre en compte l'hypothèse du silence gardé, considéré comme constitutif d'une réticence dolosive dans les autres droits étudiés.

Cette technique peut être illustrée avec l'arrêt *Dimmock v Hallett*[1314]. En l'espèce, le vendeur d'un terrain avait affirmé à l'acheteur que toutes les fermes se situant sur le terrain étaient exploitées. Il n'avait toutefois pas informé l'acheteur du fait que les métayers avaient donné leur préavis. La *misrepresentation* fut alors retenue. La réticence dolosive peut également être indirectement prise en compte lorsqu'une affirmation est littéralement exacte mais prête à confusion parce que son auteur n'a pas révélé certaines informations. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt *Nottingham Patent Brick and Tile Co v. Butler*[1315], l'acheteur d'un terrain avait demandé à l'avocat du vendeur s'il faisait l'objet de *restrictive covenants* (retrictions du droit de propriété). L'avocat avait répondu qu'il n'avait connaissance d'aucune limitation mais sans préciser que la raison de cette ignorance était qu'il n'avait pas pris la peine de vérifier l'information. La *misrepresentation* fut une nouvelle fois retenue.

---

[1311] V. E. MCKENDRICK, *Contract Law, op. cit.,* p. 644.
[1312] *Ibid.*
[1313] V. A. STEWART, W. SWAIN, K. FAIRWEATHER, *Contract Law, Principles and Context*, Cambridge University Press, 2019, n° 18.10.
[1314] *Dimmock v. Hallett* (1866), LR 2 Ch App 21.
[1315] *Nottingham Patent Brick & Tile Co v Butler* [1886], 16 QBD 778.

Enfin, le droit anglais reconnaît la possibilité d'une *misrepresentation by conduct* : l'idée est alors que le comportement d'un cocontractant est parfois considéré comme sous-entendant certains faits, de sorte que si des informations déterminantes de nature à les contredire ne sont pas révélées, le comportement constitue une *misrepresentation*[1316]. C'est ce qui a été retenu dans l'affaire *Spice Girls Ltd* contre *Aprilia World Service BV*. En l'espèce, un contrat avait été conclu entre les membres du groupe *Spice Girls* et la société *Aprilia World Service* pour le sponsor par cette dernière d'un concert en contrepartie d'une participation des membres du groupe à des publicités pour la société. Le contrat fut signé au début du mois de mai 1998 et l'une des chanteuses quitta le groupe à la fin du même mois. La société invoqua une *misrepresentation* dans la mesure où ce départ était connu par tous les membres du groupe avant la conclusion du contrat. Les juges ont alors admis une *misrepresentation by conduct* : le comportement du groupe avait donné la représentation fausse qu'aucun des membres le composant était sur le point de le quitter. Une analyse concrète du droit anglais témoigne donc que le dol par réticence peut être indirectement pris en compte à travers certaines subtilités dans l'application du concept de *misrepresentation*.

Les faits dolosifs susceptibles d'être retenus pour établir le caractère provoqué de l'erreur sont ainsi relativement similaires entre les droits étudiés. Ceux-ci s'accordent par ailleurs pour admettre que le dol peut avoir pour auteur un cocontractant mais aussi, dans certains cas, un tiers au contrat.

**321. L'auteur des faits dolosifs.** L'admission, par exception, du dol d'un tiers est consacrée, en droit français, à l'article 1138 du Code civil selon lequel « *[l]e dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant* ». L'alinéa 2 du même article précise que le dol peut également émaner « *d'un tiers de connivence* ». D'après certains auteurs la connivence devrait être entendue comme la simple connaissance des agissements du tiers dès lors que « *la déloyauté du cocontractant est manifeste dans une telle situation : alors qu'il était en mesure de détromper la victime, il s'est abstenu sciemment de le faire* »[1317].

La solution retenue en droit allemand tend à s'inscrire dans le sens de cette interprétation. En effet, le dol qui est le fait d'un tiers peut être retenu, conformément au § 123 (2) du BGB, lorsque le cocontractant savait ou aurait dû avoir connaissance de la tromperie du tiers[1318]. La position du BGB semble *a priori* plus restrictive que la solution retenue par l'article 1138 du

[1316] V. A. STEWART, W. SWAIN, K. FAIRWEATHER, *op. cit.*, n° 18.10
[1317] V. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, op. cit.*, n° 325.
[1318] V. C. ARMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 123, n° 60 et s.

Code civil. Néanmoins, si le BGB ne mentionne pas expressément la possibilité que le dol émane, par exemple, du représentant, cela ne signifie pas que le dol de ce dernier n'est pas admis. En réalité, le droit allemand retient une conception stricte de la notion de tiers de sorte que le dol pourra être admis dans des hypothèses similaires à celles du droit français, au titre non pas du dol du tiers mais du dol du cocontractant lui-même. Le dol du représentant est ainsi admis dans la mesure où ce dernier n'est pas considéré comme un tiers au contrat[1319]. De même, ne sont également pas considérées comme des tiers les personnes dont le comportement doit être attribué au cocontractant en raison de relations particulièrement étroites entre eux ou en raison de circonstances particulières[1320]. C'est largement le cas des intermédiaires[1321].

En droit anglais, la *misrepresentation* commise par le représentant du cocontractant (*agent*) est également admise sur le fondement de l'idée d'une responsabilité du cocontractant du fait de son représentant[1322]. En dehors de l'hypothèse de représentation, la jurisprudence retient la *misrepresentation* dont l'auteur est un tiers dans la mesure où le cocontractant de la victime en avait eu connaissance au moment de la conclusion du contrat[1323]. En effet, dans ce cas, il est considéré que le cocontractant n'est pas dans une meilleure position que s'il avait lui-même été l'auteur de la *misrepresentation*[1324].

En définitive, les faits constitutifs d'un dol peuvent être tant actifs que passifs et, s'ils doivent en principe émaner du cocontractant, il est unitairement admis en droits français, anglais et allemand qu'ils peuvent, par exception, émaner d'un tiers. Mais pour que le dol du droit français, la tromperie dolosive du droit allemand ou encore la *fraudulent misrepresentation* du droit anglais soient qualifiés, il faut encore établir l'élément intentionnel.

### b. L'élément intentionnel

**322. Une condition du dol en droit français.** La condition de l'intention frauduleuse n'apparaît pas expressément dans la définition du dol de l'article 1137 alinéa 1 du Code civil. Le caractère intentionnel du dol n'apparaît qu'à l'alinéa 2 relatif à la réticence dolosive, cette dernière étant définie comme la « *dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* ». Le caractère intentionnel

---

[1319] *Ibid.*, n° 63.
[1320] *Ibid.*, n° 64.
[1321] *Ibid.*
[1322] J. CARTWRIGHT, *Misrepresentation, Mistake and Non-disclosure*, 3rd ed, Sweet & Maxwell, 2012, n° 4-72.
[1323] *Ibid.* n° 4-75 : « the courts have accepted that the representee may avoid the contract on the basis of a misrepresentation made by a third party where the other party has knowledge of it at the time of the contract ».
[1324] *Ibid.*

du comportement dolosif peut assez aisément être établi en cas de comportement actif. L'intention de tromper son cocontractant est, en revanche, plus délicate à prouver en cas de comportement passif, c'est-à-dire de réticence dolosive. La réticence dolosive est constituée par le caractère intentionnel de la dissimulation d'une information déterminante. A ce titre, la caractérisation d'un manquement à une obligation d'information est insuffisante pour que le dol par réticence soit retenu. En effet, le manquement à un devoir d'information peut résulter d'un oubli ou d'une négligence. Dans ce cas, le dol par réticence ne peut être retenu[1325], quand bien même le manquement à l'obligation d'information serait par ailleurs sanctionné[1326]. La preuve de l'intention frauduleuse est également nécessaire s'agissant de retenir une tromperie dolosive en droit allemand.

**323. Une condition de la tromperie dolosive du droit allemand.** La tromperie dolosive du § 123 du BGB n'est retenue que si l'auteur de la tromperie veut délibérément susciter ou maintenir une erreur chez son cocontractant[1327]. Il est nécessaire que l'auteur de la tromperie ait connaissance de l'inexactitude de son affirmation et qu'il ait conscience que celle-ci est de nature à provoquer le consentement de son cocontractant[1328]. En cas de simple négligence, il ne peut être question de retenir une tromperie dolosive[1329].

**324. Une condition de la *fraudulent misrepresentation* du droit anglais**. L'intention de tromper son cocontractant est le critère de qualification de la *fraudulent misrepresentation*. D'après l'arrêt *Derry v Peek*[1330], l'intention frauduleuse est établie lorsque l'auteur de la *misrepresentation* (le *representor*) cherche à induire le consentement de son cocontractant en ayant connaissance du caractère erroné de son affirmation, ou sans croire à sa véracité ou encore en l'ayant faite de façon irréfléchie. La preuve de l'intention frauduleuse doit être rapportée pour qu'une *fraudulent misrepresentation* soit établie, cette qualification ayant des conséquences importantes. En effet, le régime de la *misrepresentation* est distingué suivant qu'elle est frauduleuse, négligente ou innocente. L'une des principales différences entre les trois types de *misrepresentation* se situe alors sur le plan de la sanction. La *fraudulent*

---

1325 V. en ce sens Cass. com. 28 juin 2005, n° 03-16.794, *D.* 2006. 2774, note P. CHAUVEL ; *D.* 2005. Pan. 2838, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *CCE* 2005, n° 158, note P. STOFFEL-MUNCK ; *RTD civ.* 2005. 591, obs. J. MESTRE et B. FAGES : « *le manquement à une obligation précontractuelle d'information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci* ».

1326 V. P CHAUVEL, « Dol », in *Repertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 62 : « Il est certain, tout d'abord, que le seul manquement à ce devoir d'information ne suffira pas, en lui-même, à constituer une réticence dolosive cause de nullité, il sera seulement source de responsabilité. (…) Sous cet aspect, le domaine de l'omission d'information, simple faute civile précontractuelle, est plus large : l'omission peut être involontaire, résultant d'une simple négligence ».

1327 V. C. ARMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 123, n° 13.

1328 *Ibid.*

1329 *Ibid.*, n° 16.

1330 *Derry v Peek* [1889], 14 App. Cas. 337.

*misrepresentation* permet ainsi au *representee* (le contractant qui en est victime) de demander des dommages et intérêts en plus de l'annulation du contrat. Certes, la *negligent misrepresentation* permet aussi au *representee,* outre l'annulation du contrat, d'obtenir des dommages et intérêts mais ces derniers seront moins importants qu'en cas de *fraudulent misrepresentation*[1331]. Il convient de préciser ces autres comportements constitutifs d'une *misrepresentation* en droit anglais.

### *2. Les autres comportements provoquant une erreur en droit anglais*

**325.** La *negligent misrepresentation* (erreur provoquée par négligence) et l'*innocent misrepresentation* (erreur provoquée innocemment). Si la *fraudulent misrepresentation* correspond au dol et à la tromperie dolosive des droits français et allemand, il existe deux autres types de *misrepresentation* admises en droit anglais : la *negligent misrepresentation* et l'*innocent misrepresentation*. Dans ce système, l'absence d'intention frauduleuse n'exclut donc pas la caractérisation d'une erreur provoquée, contrairement aux solutions retenues en droits français et allemand. La *misrepresentation* est *negligent* lorsque son auteur n'a pas eu l'intention de tromper son cocontractant mais a agi avec négligence et a manqué à son devoir de prendre un soin raisonnable pour s'assurer de la véracité de son affirmation[1332]. Il est alors nécessaire qu'il existe des relations particulières entre les parties (*special relationship*), justifiant ce devoir de soin raisonnable de vérification de l'exactitude de son affirmation (*duty to take reasonable care*). Trois critères permettent d'établir l'existence de *special relationahip* justifiant *a duty to take reasonable care* : le fait que l'auteur de la *misrepresentation* (le *representor*) pouvait raisonnablement supposer que son destinataire (le *representee*) allait se fonder sur son affirmation, la proximité entre les parties, et le caractère juste et raisonnable d'un tel devoir[1333]. Concrètement, une *negligent misrepresentation* pourra être caractérisée lorsque son auteur présente certaines qualités professionnelles justifiant un tel *duty to take reaonsable care* vis-à-vis de son cocontractant. En dehors de la caractérisation d'une intention frauduleuse ou de l'existence d'un manquement à un devoir d'apporter un soin raisonnable à la vérification de l'exactitude de son affirmation, la *misrepresentation* sera dite innocente[1334]. L'*innocent*

---

[1331] E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 9-030.
[1332] *Ibid*., n° 9-033.
[1333] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 9-034.
[1334] Contrairement aux autres types de *misrepresentation*, l'*innocent misrepresentation* n'ouvre pas droit au cumul de l'annulation du contrat et des dommages et intérêts : le contractant qui en est victime peut soit obtenir l'annulation du contrat soit obtenir des dommages et intérêts.

*misrepresentation* est donc une catégorie résiduelle correspondant à tous les cas de *misrepresentation* qui ne sont ni *fraudulent* ni *negligent*, c'est-à-dire sans faute[1335].

**326. La provocation d'une erreur sur un motif.** Pour que l'invalidité du contrat sur le fondement du dol en droit français, de la tromperie dolosive en droit allemand ou encore de la *misrepresentation* en droit anglais puisse être retenue, il faut que l'erreur ainsi provoquée ait été déterminante du consentement de celui qui en est victime. C'est dire que l'élément erroné doit avoir constitué un motif de l'engagement d'une partie.

### B- Le caractère déterminant de l'erreur

**327. L'exigence du caractère déterminant de l'erreur provoquée par dol en droit français.** Conformément à sa conception traditionnelle, le dol n'est, en droit français, sanctionné par la nullité du contrat que s'il entraîne une erreur déterminante du consentement. D'après les termes de l'article 1130 du Code civil, le dol doit être de telle nature que, sans lui, « *l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes* ». Ce texte abolit clairement l'ancienne distinction entre le dol principal et le dol incident. Le dol était dit principal quand, en son absence, la victime n'aurait pas du tout contracté tandis que le dol était qualifié d'incident lorsque la victime aurait contracté mais à des conditions différentes[1336]. La nullité du contrat n'était permise qu'en présence d'un dol principal, le dol incident n'ouvrant droit qu'à des dommages et intérêts. Une partie de la doctrine avait pu contester cette distinction en faisant observer son caractère artificiel[1337]. En effet, il est considéré, en cas de dol incident que les parties auraient conclu le contrat mais à des conditions différentes. Or cela signifie qu'elles n'auraient pas conclu le contrat présent mais un autre, ce qui concrètement aboutit au même résultat qu'en cas de dol principal. C'est dire que le dol vise, en toute hypothèse, des motifs de l'engagement. Outre la critique de la doctrine, le maintien de la distinction du dol principal et du dol incident apparaissait incertain en jurisprudence[1338].

La précision de l'article 1130 du Code civil, selon laquelle la nullité est encourue lorsque la victime n'aurait pas contracté ou aurait contracté « *à des conditions substantiellement différentes* », ne peut être analysée comme induisant une possible survivance de la distinction

---

[1335] M. P. FURMSTON, *op. cit.*, p. 357.
[1336] V. P. CHAUVEL, « Dol », in *Repertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 107 et s.
[1337] V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations, Tome 1. L'acte juridique*, 16ème éd., Sirey, 2014, n° 214.
[1338] V. Civ. 3ème 22 juin 2005, n° 04-10.415, *Bull. civ.* III, n° 137 ; *RDC* 2005. 1025, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; *CCC* 2005, comm. 186, obs. L. LEVENEUR.

« *dans les interstices laissés libres par le texte* »[1339]. La mention de conditions « *substantiellement* » différentes ne traduit rien d'autre que la nécessité du caractère déterminant de l'erreur : si un contractant aurait contracté à des conditions qui n'auraient pas été très différentes, cela ne signifie-t-il pas que l'erreur n'a pas été décisive de son consentement ? L'idée est que l'erreur provoquée par un dol doit porter sur un élément constituant un motif de l'engagement, en tant que tel déterminant du consentement de la victime. Tout motif peut alors être pris en compte mais il doit véritablement s'agir d'un motif et non de considérations accessoires qui n'ont pas un rôle décisif dans la conclusion du contrat.

En droit allemand, le caractère déterminant de l'erreur provoquée par la tromperie dolosive est également imposé, à travers l'exigence d'un lien causal.

**328. L'exigence d'un lien causal (*Kausalzusammenhang*) entre la tromperie dolosive et la conclusion du contrat en droit allemand.** La tromperie dolosive est de nature à conduire à la remise en cause du contrat en droit allemand lorsqu'elle a joué un rôle causal dans la déclaration de volonté de la victime[1340]. La tromperie doit être telle que la victime n'aurait pas conclu le contrat si elle ne s'était pas produite. Cette condition suppose très logiquement que la tromperie dolosive soit antérieure à la conclusion du contrat mais aussi que la victime n'ait pas eu connaissance de la réalité au moment de la formation du contrat. Le lien causal entre la tromperie et la conclusion du contrat est apprécié concrètement et non suivant le standard de l'homme raisonnable[1341], ce qui conduit à admettre tout motif subjectivement déterminant, quand bien même il ne s'agirait pas, généralement, d'un élément objectivement déterminant. Il importe peu que l'erreur provoquée par la tromperie ne soit pas la seule cause de la conclusion du contrat : il suffit qu'elle porte sur un motif ayant, en tant que tel, été déterminant[1342].

Le droit anglais exige, à l'instar des droits français et allemand, un lien de causalité entre la *misrepresentation* et la conclusion du contrat, exprimé à travers la condition de l'*inducement*.

**329. La condition de l'*inducement* en droit anglais.** Pour que l'annulation du contrat soit encourue, la *misrepresentation* doit avoir induit le contractant à conclure le contrat, ce qui est désigné comme la condition de l'*inducement*[1343]. L'idée est alors que la victime de la *misrepresentation* (le *representee*) doit s'être fondée sur cette dernière pour décider de la conclusion du contrat. La condition de l'*inducement* est ainsi parfois présentée à travers la question de la *reliance*, soit la dépendance du processus de conclusion du contrat sur la

---

[1339] V. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, op. cit.*, n° 296.
[1340] V. C. ARMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 123, n° 20 et s.
[1341] *Ibid.*, n° 22.
[1342] *Ibid.*, n° 23.
[1343] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 9-020.

*misrepresentation*[1344]. Il n'est pas nécessaire que la *misrepresentation* soit l'unique facteur ayant incité à la conclusion du contrat[1345] : il suffit qu'elle ait été l'un des facteurs déterminants. De façon similaire à la solution de l'article 1130 du Code civil, la question qui se pose est de savoir si, à défaut de *misrepresentation*, le contractant n'aurait pas contracté ou n'aurait pas contracté avec les mêmes conditions[1346]. Le critère de l'*inducement* ne sera pas rempli si le contractant n'a pas eu connaissance de la *misrepresentation* au moment de la conclusion du contrat ou s'il en avait connaissance mais savait son caractère erroné. L'*inducement* est distingué d'une autre condition imposée pour que la *misrepresentation* soit admise, en dehors des cas de fraudes, à savoir le fait qu'elle doit avoir été *material* (essentielle)[1347].

**330. La condition supplémentaire du caractère *material* (essentielle) de la *misrepresentation* hors cas de fraude.** Une condition supplémentaire imposée aux *negligent* et *innocent misrepresentations* pour qu'elles puissent être retenues réside, en outre, dans le fait que l'objet de l'erreur – la *representation* – doit être *material*[1348]. Cela signifie que l'élément visé doit être de nature à affecter le consentement d'une personne raisonnable[1349]. Une *misrepresentation* est ainsi *material* lorsqu'une personne raisonnable lui aurait effectivement accordé de l'importance dans sa décision de conclure le contrat[1350]. Suivant les exemples donnés par un auteur, il en est ainsi de l'évaluation de la chose faisant l'objet d'un contrat d'assurance, ou du fait qu'une précédente proposition d'assurance a été refusée ou encore, s'agissant d'un contrat de prêt, des qualités du prêteur et des facilités qu'il est généralement disposé à accorder ou non à l'emprunteur[1351]. L'idée est ici d'introduire une appréciation des motifs visés par l'erreur : il doit s'agir de qualités essentielles pour un contractant raisonnable. Il existe néanmoins une exception à cette définition objective de la *material misrepresentation* : la condition du caractère *material* peut ainsi être remplie si la *misrepresentation* vise un élément qui, bien que ne constituant pas une qualité essentielle raisonnable, est expressément convenu dans le contrat comme *material*[1352]. La *negligent* ou *innocent misrepresentation* peut ainsi porter sur une qualité essentielle expressément convenue. Au demeurant, les critères de prise en compte de l'*innocent* et de la *negligent misrepresentation* rejoignent les conditions

---

[1344] *Ibid.*
[1345] V. *Edgington v Fitzmaurice* [1885], 29 *Ch D* 459.
[1346] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 9-020 : « The essential test is "but for" causation, i.e. in the present context, had the representation not been made to him, the representee would not have contracted or would not have done so on the same terms ».
[1347] *Ibid.*, n° 9-026.
[1348] *Ibid.*, n° 9-016 et s.
[1349] *Ibid.*
[1350] *Ibid.*, n° 9-026.
[1351] *Ibid.*, n° 9-016.
[1352] *Ibid.*, n° 9-017.

d'admission de l'erreur spontanée en droits français et allemand. Les résultats obtenus sur le fondement de la *negligent* ou *innocent misrepresentation* sont donc parfaitement cohérents avec les solutions des droits français et allemand qui ne retiennent pas d'autre type d'erreur provoquée que le dol.

**331. La question du caractère excusable de l'erreur provoquée.** L'erreur provoquée assure, comme l'erreur spontanée, la prise en compte des motifs qui ne sont pas étrangers au contrat. En effet, la caractérisation d'un dol permet, en tant que tel, de rattacher le motif qui fait l'objet de l'erreur au champ contractuel : par hypothèse, un contractant cherche intentionnellement à provoquer une erreur sur ce motif afin d'inciter l'autre à conclure le contrat. L'exigence que l'erreur ait été déterminante du consentement de l'*errans* permet alors d'affirmer que l'élément faisant l'objet de l'erreur provoquée constitue un motif de l'engagement. Le fait que l'erreur sur un motif soit provoquée conduit, en outre, à une appréciation particulière de la répartition du risque de l'erreur.

## §2- La répartition spéciale du risque d'erreur provoquée

**332. L'interférence d'une partie dans la sphère de risque de l'autre.** Le caractère provoqué de l'erreur sur un élément déterminant de l'engagement, un motif, conduit nécessairement à une appréciation de la répartition contractuelle des risques différente de celle en cas d'erreur spontanée. Par exemple, un fabriquant qui s'est engagé à produire des pièces destinées à du matériel informatique de pointe peut-il invoquer une erreur sur son appréciation de sa capacité à réaliser une telle prestation pour se libérer de son engagement ? Dans une telle hypothèse, l'erreur serait vraisemblablement qualifiée d'inexcusable en droit français : la technicité de la prestation constitue bien une qualité essentielle mais il appartenait au fabriquant de juger de sa capacité à la réaliser, l'inexactitude de son appréciation constituant alors un risque à sa charge. Il en serait autrement en cas de dol de la part du client consistant, par exemple, à fournir au fabriquant de fausses expertises ou de faux devis de sociétés concurrentes afin de l'inciter à accepter le contrat. Dans ce cas, le fait pour le fabriquant de croire, à tort, en sa capacité de réaliser la prestation constituerait une erreur dont le risque ne pourrait être laissé à sa charge, dès lors qu'elle a été provoquée par la tromperie du client : celui-ci s'étant, pour ainsi dire, immiscé dans la sphère des risques dont l'appréciation relève en principe de son cocontractant, l'erreur ne peut être considérée comme devant être supportée par ce dernier.

Il s'agit là, en définitive, du véritable sens de l'admission plus souple des motifs dans le cadre de l'erreur provoquée. L'erreur provoquée porte, comme l'erreur spontanée sur des éléments déterminants qui ne peuvent être considérés comme étrangers au champ contractuel.

Mais le caractère provoqué de l'erreur conduit à une analyse différente de la répartition des risques : en effet, des éléments qui, au titre de l'erreur spontanée, seraient considérés comme relevant de la sphère de risque exclusive de l'*errans* se retrouvent admis comme cause de nullité du contrat dès lors qu'ils sont inexacts. En ce sens, l'erreur qui résulte d'un dol est, d'après l'article 1139 du Code civil, toujours excusable. Si, donc, le dol permet de prendre en compte des motifs personnels, ce n'est pas dans le sens où ces derniers seraient totalement étrangers au champ contractuel, mais dans le sens où les risques afférents à ces motifs seraient, en l'absence de dol à la charge de l'*errans*.

**333. La reconnaissance du caractère excusable de l'erreur provoquée par dol en droits français et allemand.** Le principe est unitairement reconnu en droit français, anglais et allemand : l'erreur intentionnellement provoquée par un contractant visant à inciter son cocontractant à conclure le contrat est excusable. En effet, dès lors qu'une partie recherche sciemment à tromper l'autre sur des éléments essentiels de leur accord, il ne peut être juste de considérer que le risque d'erreur doit être supporté par l'*errans* au motif qu'il n'aurait pas, par exemple, effectué de vérifications raisonnables. Ainsi, d'après l'article 1139 du Code civil, « *[l]'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable* ». La victime du dol peut pourtant avoir fait preuve de négligence, de sorte que son erreur ne peut être exclusivement imputée au dol de son cocontractant. Néanmoins, suivant les termes d'un auteur, dans ce cas « *[l]a question de la part de la faute de la victime dans l'origine de son propre préjudice est alors absorbée par celle de l'illicéité* »[1353], de sorte que l'erreur doit être considérée comme excusable. L'existence d'un dol fonde alors la prise en compte des erreurs qui seraient, si elles avaient été spontanées, indifférentes. Ce principe n'est toutefois pas illimité, s'agissant plus particulièrement du dol par réticence. En effet, d'après l'alinéa 3 de l'article 1137 du Code civil, le dol ne peut pas résulter de la dissimulation par une partie de son estimation de la valeur de la prestation. C'est dire que si le dol résultant d'un comportement actif rend excusable l'erreur sur la valeur alors que l'estimation de la valeur est en principe un risque pesant sur chacune des parties, le dol par réticence ne permet pas de remettre en cause ce principe. Le risque d'une estimation erronée de la valeur pèse donc toujours sur chaque partie sauf en cas de dol actif.

Le caractère excusable de l'erreur provoquée par tromperie dolosive est également reconnu en droit allemand. En effet, la contestation du contrat par la victime d'une tromperie dolosive est possible même si elle a fait preuve d'une négligence grave et même si elle a facilité

[1353] V. P. CHAUVEL, « Dol », in *Repertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 118.

la tromperie[1354]. Comme en droit français, l'obligation d'information ne porte pas sur la valeur, de sorte que l'erreur sur la valeur ne peut être admise au titre du dol par réticence[1355] et il en est de même en droit anglais[1356]. L'admission du principe selon lequel l'erreur provoquée par *misrepresentation* est toujours excusable semble en revanche moins évidente.

**334. La question du caractère excusable de l'erreur provoquée par *misrepresentation*.** Le droit anglais ne reconnaît pas qu'un seul type d'erreur provoquée : sont admises, à côté de la *fraudulent misrepresentation*, la *negligent misrepresentation* et l'*innocent misrepresentation*. Le régime de ces deux dernières est très proche de celui de l'erreur spontanée sur le plan de la question de l'intégration des motifs qui en sont l'objet dans le champ contractuel [1357]. Reste à déterminer si le régime de la *negligent* et de l'*innocent misrepresentation* se rapproche également de celui de l'erreur spontanée s'agissant de l'appréciation du carctère excusable de l'erreur, ce qui conduirait au constat d'une convergence des résultats concrets obtenus dans les droits étudiés.

Suivant l'analyse d'un auteur, la *misrepresentation* permet à un contractant de contester le contrat « *même s'il a eu l'opportunité, mais ne l'a pas saisi, de vérifier l'exactitude de la* representation » [1358]. Le principe du caractère excusable de l'erreur provoquée par *misrepresentation* semble donc reconnu en droit anglais. L'auteur relève toutefois que cette règle est davantage appliquée aux cas de fraudes, c'est-à-dire de *fraudulent misrpresentation*[1359]. Pourtant, il a pu être jugé que l'opportunité que la victime d'une *innocent misrepresentation* avait eu de découvrir la vérité ne l'empêchait pas de contester le contrat[1360]. L'analyse de la jurisprudence indique néanmoins que la solution de cet arrêt n'est plus appliquée : il apparaît ainsi qu' « *une demande pour misrepresentation,* autre que la fraude [c'est l'auteur qui souligne]*, peut être rejetée lorsqu'il est raisonnable d'attendre du representee* [la victime de la *misrepresentation*] *qu'il fasse usage de l'opportunité de découvrir la vérité* » [1361]. L'exigence d'une erreur excusable s'applique donc s'agissant des

---

[1354] V. C. ARMBRÜSTER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 123, n° 22.
[1355] *Ibid.*, n° 31 : "Daher muss zB ein Erwerbsinteressent den Verkäufer grundsätzlich nicht darüber aufklären, dass die Kaufsache einen erheblich über dem verlangten Preis liegenden Verkehrswert hat. Ebenso wenig trifft umgekehrt den Verkäufer eine Pflicht, einen Interessenten auf den deutlich unter dessen Angebot liegenden Verkehrswert aufzuklären" [notre traduction : « par exemple, un acheteur potentiel n'est pas tenu d'informer le vendeur que la valeur marchande de l'article acheté est nettement supérieure au prix demandé. Inversement, le vendeur n'est pas non plus tenu d'informer un acheteur éventuel de la valeur marchande nettement inférieure à son offre »].
[1356] V. J. CARTWRIGHT, *Misrepresentation, Mistake and Non-disclosure*, *op. cit.*, n° 17-39 et s.
[1357] V. *supra*, n° 330.
[1358] E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 9-024. Texte original : "A person may be entitled to relief even though he had, but did not take, the opportunity to test the accuracy of the representation".
[1359] *Ibid.*
[1360] *Redgrave v Hurd* [1881] 20 *CH.D.* 1.
[1361] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 9-024.

*misrepresentation* qui ne sont pas frauduleuses. C'est dire que les solutions du droit anglais rejoignent, une nouvelle fois, celles des droits français et allemand.

**335. Convergence des effets de l'erreur provoquée sur les motifs.** Dès lors que l'erreur provoquée permet de considérer comme intégré au contrat le motif qui en est l'objet et qu'elle ne constitue pas un risque à la charge de l'*errans*, ce dernier peut contester le contrat. Comme pour l'erreur spontanée, la victime d'un dol bénéficie en droits français et allemand d'une option lui permettant d'invoquer la nullité du contrat ou, au contraire, de le confirmer. En droit anglais, la sanction de la *misrepresentation* n'est pas le caractère *void* du contrat comme c'est le cas en matière de *mistake*. Le principe est que la victime d'une *misrepresentation* dispose de la possibilité d'annuler le contrat : le contrat est dit *voidable*[1362]. La notion de contrat *voidable* se rapproche ainsi du concept de nullité relative du droit français et d'annulabilité de la déclaration en droit allemand[1363]. La remise en cause du contrat *voidable* est exclu en cas d'*affirmation*, c'est-à-dire lorsque la victime de la *misrepresentation* le confirme[1364]. L'*affirmation* du contrat peut, ici encore, être expresse dans un acte ou tacite par l'exécution volontaire du contrat en connaissance de cause[1365].

**336. Conclusion du Chapitre.** L'impossibilité matérielle de concrétiser les motifs des parties au moment de la conclusion du contrat est unitairement prise en compte dans les droits étudiés sur le fondement de l'erreur. En effet, l'erreur permet de contester le contrat lorsque des éléments essentiels présupposés par les parties sont inexacts. Deux conditions peuvent être identifiées : le motif qui est l'objet de l'erreur doit être intégré au champ contractuel et l'erreur sur ce motif ne doit pas constituer un risque à la charge de l'*errans*. Cette double condition est appréciée différemment suivant la nature de l'erreur qui peut être spontanée ou provoquée.

S'agissant de l'erreur spontanée, le motif qui en est l'objet peut être intégré au champ contractuel suivant deux procédés. Les motifs peuvent, d'abord, avoir été tacitement convenus : dans ce cas certains éléments sont considérés comme participant de l'accord des parties au regard d'une analyse de la nature même du contrat et son rattachement à un type contractuel. En droit français, les éléments visés sont alors désignés comme des qualités essentielles de la personne ou de la prestation par l'article 1133 du Code civil. En droit allemand, il s'agit des qualités « *considérées comme essentielles dans les relations d'affaires* », d'après le § 119 du

---

[1362] V. J. CARTWRIGHT, *Misrepresentation, Mistake and Non-disclosure*, *op. cit.*, n° 4-05 ; E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 9-084 et s.
[1363] Le caractère *voidable* du contrat pour le *representee* (la victime de la *misrepresentation*) fonde alors d'éventuelles restitutions. V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 9-084 et s.
[1364] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 9-108.
[1365] *Ibid.*

BGB. Le droit anglais, développé à partir des solutions concrètes de la *case law*, présente une approche plus limitée des qualités tacitement admises à partir du type contractuel. L'erreur sur une qualité de la chose objet du contrat n'est ainsi pas admise à défaut pour cet objet d'être fondamentalement différent de ce que les parties avaient projeté. Il en est autrement lorsqu'une telle qualité a été expressément convenue comme essentielle, ce qui correspond à un autre procédé d'intégration des motifs dans le contrat unitairement admis par les droits étudiés. En effet, les motifs susceptibles de faire l'objet d'une erreur spontanée peuvent, ensuite, être expressément convenus par les parties. Dans ce cas, il est manifeste que le motif participe du fondement de l'accord des parties. Ainsi, d'après l'article 1133 du Code civil, les qualités essentielles de la prestation ou de la personne peuvent être celles qui ont été expressément convenues. Ce procédé d'intégration se retrouve par ailleurs à l'article 1135 relatif à l'erreur sur un simple motif, défini comme le motif étranger aux qualités essentielles de la prestation ou de la personne du contractant. Si la distinction des motifs constituant des qualités essentielles de la personne ou de la prestation et des simples motifs ne se retrouve pas en droits anglais et allemand, ces derniers retiennent également la possibilité d'une erreur sur des motifs participant expressément du fondement du contrat. Une analyse des solutions rendues dans les droits étudiés témoigne du fait qu'un motif peut avoir été expressément convenu en tant qu'élément essentiel sans pour autant avoir faire l'objet d'une stipulation expresse.

Outre l'intégration du motif qui en est l'objet dans le champ contractuel, l'erreur ne sera retenue que pour autant qu'elle ne constitue pas un risque devant être supporté par celui qui le subit. C'est dire que l'impossibilité matérielle de satisfaction d'un motif intégré au contrat ne permet pas nécessairement de contester ce dernier. En effet, il est admis en droits anglais et allemand que, pour que l'erreur soit retenue, elle ne doit pas constituer un risque à la charge de l'*errans*. Cette règle se retrouve, en droit français, au titre de la question du caractère excusable de l'erreur mais aussi de l'indifférence de l'erreur sur la valeur. Lorsque l'erreur sur un motif déterminé ne constitue pas un risque devant être supporté par l'*errans*, elle permet à ce dernier d'invoquer l'invalidité du contrat et d'en obtenir l'annulation. Il peut néanmoins également décider de le confirmer : il appartient alors au contractant de juger son intérêt au contrat en dépit de l'impossibilité matérielle de satisfaire certains de ses motifs. Cette solution n'est pas retenue en droit anglais qui considère le contrat plus radicalement *void* (null *ab initio* de façon absolue), ce qui est contesté et contestable, notamment au vu de la solution retenue en matière d'erreur provoquée, pour laquelle le contrat est bien annulable (*voidable*) par l'*errans.*

Le caractère provoqué de l'erreur permet de considérer que le motif qui en est l'objet n'est pas extérieur au champ contractuel. Cela se vérifie à travers le dol du droit français, la

tromperie dolosive du droit allemand ou encore la *fraudulent misrepresentation* du droit anglais. En effet, dans ce cas, un contractant cherche intentionnellement à tromper son cocontractant afin de l'inciter à contracter. La représentation eronnée d'un élément déterminant ainsi induite ne peut pas être considérée comme extérieure au champ contractuel. Sur le plan de la question de la répartition contractuelle du risque d'erreur, le fait que cette dernière soit intentionnellement provoquée conduit, en toute hypothèse, à ne pas la laisser à la charge de l'*errans*. Dans ces circonstances le dol permet, comme l'erreur spontanée, à celui qui en est victime d'obtenir l'annulation du contrat ou au contraire de le confirmer s'il y trouve tout de même un intérêt. Les comportements frauduleux ne sont toutefois pas les seuls types d'erreur provoquée reconnus en droit anglais. Ce dernier connaît, par ailleurs, les concepts de *negligent* et *innocent misrepresentation.* Les conditions d'admission de ces erreurs provoquées par négligence ou sans faute rejoignent celles de l'erreur spontannée en droits français et allemand, de sorte que la rigueur de la *mistake* en *common law* est contrebalancée par ce domaine plus large de l'erreur provoquée. En définitive, les conditions et effets de la prise en compte de l'impossibilité matérielle de satisfaction des motifs au stade de la validité du contrat, sur le fondement de l'erreur – qu'elle soit spontanée ou provoquée – conduit à des résultats concrets similaires entre les droits français, anglais et allemand.

**337. Conclusion du titre.** L'impossibilité des motifs au moment de la conclusion du contrat conduit à l'invalidité de ce dernier. L'impossibilité des motifs peut être de deux natures : juridique – au regard de leur licéité – ou matérielle – au regard de leur inexactitude.

Les droits étudiés sanctionnent le contrat dont le but est contraire à une interdiction légale ni à des considérations d'ordre public ou de bonnes mœurs. L'invalidité du contrat en raison des motifs illicites de sa conclusion suppose alors que ces derniers soient rattachés au champ contractuel : ce rattachement peut résulter du contenu du contrat mais aussi des circonstances de sa conclusion. Si le rattachement des motifs illicites au champ contractuel est établi, le contrat n'est pas valable et la sanction consiste alors, en principe, en la nullité du contrat. L'analyse comparative des droits français, anglais et allemand démontre toutefois qu'une autre sanction peut être retenue, notamment lorsque la norme méconnue vise à la protection de l'une des parties. En outre, la culpabilité des parties dans l'illicéité se retrouve prise en compte dans la mise en œuvre du jeu des restitutions.

Une telle prise en compte de la faute des parties dans la cause d'invalidité du contrat se retrouve s'agissant du contrôle de la possibilité initiale d'en réaliser l'utilité, à travers la sanction de l'erreur. En effet, l'erreur permet de remettre en cause le contrat lorsque les motifs présupposés par les contractants s'avèrent erronés. L'inexactitude de ces éléments à la base de

l'accord des parties est alors unitairement prise en compte par les droits français, anglais et allemand au titre de la sanction de l'erreur spontanée et de l'erreur provoquée. La logique est la même entre les droits étudiés : l'admission de l'erreur suppose qu'elle porte sur des motifs intégrés dans le champ contractuel et dont le risque d'inexactitude n'est pas mis à la charge d'une des parties. L'appréciation de cette double exigence est toutefois différente suivant que l'erreur est provoquée ou non par un dol. En effet, lorsque l'erreur est provoquée par un dol, tout motif qui en est l'objet est pris en compte. Cela ne signifie pas que le caractère provoqué de l'erreur permet de prendre en compte des motifs restés étrangers au champ contractuel. En réalité, la nature même de l'erreur permet dans ce cas de considérer que son objet est intégré au champ contractuel. L'appréciation de la charge du risque d'erreur est par ailleurs différente suivant la nature de l'erreur. Lorsque l'erreur est spontanée, le risque d'erreur peut être mis à la charge d'une des parties au regard de son objet, de la nature du contrat ou encore du comportement de l'*errans*. Il en est autrement en cas de dol qui conduit à ne pas laisser le risque d'erreur à la charge de l'*errans*. Lorsque les conditions d'admission de l'erreur sont remplies, il est globalement admis dans les droits étudiés que l'*errans* peut soit obtenir l'annulation du contrat, soit le confirmer. L'impossibilité matérielle de concrétiser les motifs intégrés au contrat des parties au moment de la conclusion de l'acte permet ainsi de le remettre en cause. Une telle impossibilité des motifs intégrés est par ailleurs prise en compte au stade de l'exécution du contrat.

# TITRE 2 – LA SANCTION DE L'INUTILITE DU CONTRAT EN COURS D'EXECUTION

**338. L'inutilité du contrat en cas d'impossibilité des motifs en cours d'exécution**. L'inutilité du contrat peut être établie postérieurement à sa conclusion. Comme au stade de sa formation, l'inutilité du contrat résulte alors de l'impossibilité de satisfaire les motifs des parties. La concrétisation des motifs peut en effet être rendue impossible par certains événements survenant en cours d'exécution du contrat et affectant la prévision des parties. L'impossibilité des motifs est prise en compte dans la mesure où cela est conforme à la répartition contractuelle des risques.

**339. Le risque d'impossibilité des motifs en cours d'exécution.** Les contractants peuvent anticiper le risque d'insatisfaction de leurs attentes dans le cas où la survenance d'un événement, de nature à les compromettre, est prévisible. La technique contractuelle de la condition, unitairement reconnue dans les droits étudiés, permet ainsi aux parties de lier le sort du contrat à la satisfaction de leurs motifs[1366]. La mise en œuvre de la condition conduit alors à la remise en cause du contrat dans le cas où les attentes qu'elle porte ne sont pas satisfaites.

D'autres institutions conduisent à sanctionner le contrat en cas d'impossibilité de satisfaction des motifs des parties. La mise en œuvre de ces institutions est fondée sur une analyse de la répartition contractuelle des risques. L'idée est alors de considérer que les parties n'ont, tacitement, pas entendu être liées par le contrat lorsque, dans certaines circonstances, le but qu'elles lui ont assigné ne peut être atteint. C'est le cas des dispositifs relatifs au changement imprévisible des circonstances en droits allemand et anglais, à savoir, pour le premier, la théorie des troubles du fondement du contrat du § 313 du BGB (*Störung der Geschäftsgrundlage*) et, pour le second, la théorie de la *frustration*[1367]. Ces théories trouvent en effet application en cas d'impossibilité de réalisation du but résultant d'un changement imprévisible des circonstances en cours d'exécution du contrat. Il est alors question, en droit allemand, de disparition du but (*Zweckvereitelung* )[1368] et, en droit anglais, de *frustration of purpose*[1369].

En droit français, l'article 1195 du Code civil, relatif à l'imprévision, vise l'exécution rendue excessivement onéreuse[1370]. Le dispositif ne concerne donc pas les changements

[1366] V. pour présentation des différentes institutions, *infra*, n° 341 et s.
[1367] Ces institutions ont déjà été considérées s'agissant de la question de l'appréciation de l'intérêt minimal porté par la contrepartie en cours d'exécution du contrat, v. *supra*, n° 164 et s.
[1368] V. *infra*, n° 416.
[1369] V. *infra*, n° 417.
[1370] V. *supra*, n° 164 et s.

imprévisibles de circonstances qui, sans bouleversement grave de l'équilibre économique, rendent impossible la réalisation de l'utilité assignée au contrat. L'impossibilité de satisfaction des motifs en raison d'un changement imprévisible des circonstances en cours d'exécution est néanmoins susceptible d'être prise en compte sur le fondement de la caducité du contrat pour disparition d'un élément essentiel de l'article 1186 du Code civil. L'alinéa 1er de cet article dispose en effet qu' « *[u]n contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît* ».

En dehors de l'hypothèse d'un changement imprévisible des circonstances, l'impossibilité des motifs fonde la remise en cause du contrat, sans que cela ait été expressément prévu par les parties, lorsqu'elle résulte de l'inexécution par l'une des parties de son engagement. En effet, l'inexécution peut être telle que l'utilité poursuivie par le contrat ne puisse plus être réalisée. Dans ce cas, le contractant dont les attentes ne peuvent être satisfaites dispose, unitairement dans les droits étudiés, de certains remèdes pouvant aller jusqu'à la remise en cause définitive du contrat. Il s'agit, concrètement, de mécanismes tels que la suspension par une partie de l'exécution de sa propre prestation en cas d'inexécution par son cocontractant ou encore la résolution du contrat pour inexécution[1371].

**340. La répartition expresse et tacite du risque d'impossibilité des motifs en cours d'exécution.** A défaut d'avoir fait l'objet d'une condition ou de relever des institutions précédemment décrites, l'impossibilité des motifs en cours d'exécution du contrat est indifférente : elle est, dans ce cas, un risque dont les conséquences sont laissées à la charge de celui qui le subit. C'est dire que le risque d'impossibilité des motifs en cours d'exécution doit être intégré au contrat pour que ce dernier soit remis en cause au regard de son inutilité concrète. Une telle intégration s'opère soit expressément, par le recours à la technique de la condition, soit tacitement, par l'absence d'exclusion de l'application des institutions relatives à l'imprévision et à l'inexécution[1372].

---

[1371] V. *infra*, n° 429 et s.

[1372] La théorie de la clause implicite *rebus sic stantibus*, parfois avancée pour justifier la remise en cause du contrat en cas de changement imprévisible des circonstances [v. M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, thèse, préf. D. MAZEAUD, LGDJ, 2009, n° 259]. La théorie de la clause *rebus sic stantibus* repose sur l'idée selon laquelle les parties n'auraient entendu s'engager que dans la mesure du maintien des circonstances de la conclusion du contrat. Cette clause est en effet issue de la maxime du droit romain *omnis conventio intelligitur rebus sic stantibus*, selon laquelle « *toute convention devait se comprendre en fonction des conditions qui avaient présidé à sa conclusion* » [D. CARREAU, « Traité international », in *Repertoire de droit international*, Dalloz, 2010, n° 187]. Autrement dit, les circonstances de la conclusion du contrat seraient une condition implicite de leur engagement, laquelle imposerait alors la remise en cause du contrat en cas de changement. Cette théorie a fait l'objet de critiques de la part de la doctrine [V. P. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain,* thèse, préf. R. BOUT, PUAM, 1994, n° 88 et s. ; M. LATINA, thèse préc., n° 259]. L'idée d'une clause tacite opérant comme une condition, c'est-à-dire d'une technique contractuelle non-expresse faisant dépendre le sort du contrat du maintien des circonstances initiales, apparaît assez artificielle. La remise en cause du contrat résulte en effet de la mise en œuvre des institutions relatives à l'imprévision, qui s'appliquent à défaut de prévision contraire, et non d'une clause implicite

Aussi, l'étude de l'impossibilité des motifs expressément intégrée par une condition (Chapitre 1), précédera celle de de l'impossibilité des motifs tacitement intégrée au contrat (Chapitre 2).

**Chapitre 1 – L'impossibilité des motifs expressément intégrée par une condition**

**Chapitre 2 – L'impossibilité des motifs tacitement intégrée au contrat**

des parties imposant le maintien des circonstances de la conclusion du contrat. Outre son artificialité, la théorie de la clause *rebus sic stantibus* – centrée sur l'idée de maintien des circonstances initiales – apparaît assez inexacte. Il ne s'agit pas véritablement d'imposer un maintien des circonstances de la conclusion du contrat : un changement des circonstances peut ainsi être caractérisé sans que le contrat ne doive nécessairement être remis en cause.

## CHAPITRE 1 – L'IMPOSSIBILITE DES MOTIFS EXPRESSEMENT INTEGREE PAR UNE CONDITION

**341. La technique de la condition en droit français.** La condition « *prend dans certaines expressions le sens courant de circonstances déterminantes et nécessaires* »[1373] et se rapporte plus spécifiquement en droit du contrat à un « *élément d'un acte juridique (...) auquel est subordonnée la validité ou l'efficacité d'un acte* »[1374]. La condition renvoie notamment en droit français à une technique particulière consistant, d'après l'article 1304 du Code civil, à faire dépendre l'obligation d'un événement futur et incertain. Il s'agit de prendre en compte le temps dans le déroulement du processus contractuel en anticipant les événements prévisibles et dont la réalisation ou au contraire l'absence sont déterminantes de la réalisation du but poursuivi par les parties[1375]. La description de cette technique comme une « *modalité de l'obligation* »[1376], ou encore une « *modalité conditionnelle* »[1377], est source d'ambiguïté. En effet, l'expression renvoie à l'idée selon laquelle la condition ne serait qu'*une simple* modalité de l'obligation. La condition n'en est pourtant pas moins, en tant que telle, déterminante pour les parties. Suivant l'analyse de M. BONNET, « *on n'intègre pas au champ contractuel les éléments accessoires-négligeables. L'insertion d'un élément, au contraire, démontre son caractère essentiel-déterminant. Pour preuve une telle insertion demande un effort, sinon de rédaction, du moins de négociation* »[1378]. L'importance de la condition se manifeste sur le plan ses effets qui sont classiquement distingués suivant sa nature suspensive ou résolutoire. D'après l'article 1304 alinéa 2 du Code civil, la condition est suspensive « *lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple* » et elle est résolutoire « *lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation* ». Cette distinction se retrouve en droit allemand.

---

[1373] *Vocabulaire juridique Capitant*, sous la direction de G. CORNU, PUF, v° « Condition ».
[1374] *Ibid.*
[1375] V. O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, thèse, préface J. GHESTIN, LGDJ, 2001, n° 331 : « Les parties, en l'utilisant [la condition], vont envisager dès la conclusion du contrat, l'impact du temps sur son exécution et prévoir la survenance éventuelle d'événements qu'ils espèrent ou au contraire qu'ils craignent et contre lesquels il est nécessaire d'ores et déjà de se couvrir » ; D. BONNET, thèse préc., n° 113 : « La condition offre un moyen de pallier l'inaptitude originelle du contrat dans la satisfaction de l'équilibre voulu. Il se peut, en effet, qu'au moment où la conclusion du contrat est possible, les circonstances permettant à celui-ci d'atteindre l'utilité poursuivie par l'une au moins des parties ne soient pas encore produites. (…) Alors qu'elles ont conscience que l'acte est actuellement inutile, les parties peuvent néanmoins désirer contracter dans l'espoir que les circonstances évoluent favorablement en rendant l'acte habile à satisfaire l'équilibre voulu ».
[1376] V. Y. BUFFELAN-LANORE et J.-D. PELLIER, « Condition », in *Repertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 31 et s.
[1377] V. M. BOUTEILLE, « Regard critique sur la modalité conditionnelle dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », *D.* 2008, p. 1848 s.
[1378] D. BONNET, these préc., n° 631. Dans le même sens v. O. MILHAC, thése préc., n° 322 : « sur un plan psychologique, il est dangereux d'affirmer que, dans l'esprit des parties, l'événement érigé en condition n'est qu'un élément accessoire, accidentel. Si les parties ont pris la peine d'ériger cet événement en condition, c'est parce qu'il revêt pour l'une d'elles une grande importance ».

**342. La *Bedingung* du droit allemand.** En droit allemand, la notion de *Bedingung* (condition) est « *susceptible de plusieurs acceptions* » et « *se rencontre dans diverses branches du droit* »[1379]. La *Bedingung* peut désigner une technique faisant dépendre l'efficacité d'un acte juridique d'un événement futur et incertain[1380]. Elle fait l'objet des §§ 158 et s. du BGB. Elle se distingue, notamment, des conditions légales dites *Rechtsbedingungen*[1381] qui concernent la validité du contrat[1382] et qui ne constituent pas des conditions, au sens de modalités de l'obligation[1383]. La condition peut être suspensive ou résolutoire. En effet, le § 158 (1) dispose que « *[l]orsqu'un acte juridique est accompli sous une condition suspensive* », ses effets « *sont rendus dépendants de cette condition* » et le (2) que « *[l]orsqu'un acte juridique est accompli sous une condition résolutoire, ses effets cessent au moment où se réalise la condition (…)* »[1384].

**343. La *condition* du droit anglais**. En droit anglais, la notion de *condition* a été qualifiée de « *verstatile* » par STOLJAR[1385] qui a relevé douze acceptions différentes en droit des contrats[1386]. Comme l'affirme M. GILSON, « *les décisions des tribunaux anglais ont utilisé ce vocable* [la condition] *pour désigner tantôt la manifestation de la réciprocité des obligations des contractants, tantôt le fait extérieur dont dépendait l'existence de la dette* »[1387]. Le droit anglais intègre en effet un concept de *condition* entendu comme faisant dépendre la *performance* du contrat d'un événement ultérieur désigné comme *contingency*[1388]. Il faut parler de *condition precedent to performance* lorsque la non-réalisation de la condition permet à une partie de mettre fin au contrat avant d'avoir eu à s'exécuter, ou de *condition subsequent* lorsqu'elle permet d'éteindre le contrat alors que l'exécution était due[1389]. STOLJAR qualifie de telles *conditions* de conditions externes[1390]. Il existe plusieurs types de conditions externes, dont la *condition precedent* fait partie à côté de la *condition subsequent*. Les effets de la *condition* sont différents suivant le type considéré. La *condition precedent* est ainsi « *tout événement, autre que l'écoulement du temps, qui doit se produire avant que l'exécution du*

---

[1379] C. WITZ, *Droit privé allemand, op. cit.*, n° 542.
[1380] *Ibid.* Ainsi que le relève l'auteur, le BGB, contrairement au Code civil, ne donne pas de définition générale de la condition. Il explique toutefois qu'« [i]l est unanimement admis que les rédacteurs du BGB ont entendu rattacher ce concept à l'existence d'un événement futur et incertain » [*ibid.*].
[1381] V. R. BORK, *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 2015, Vorbemerkungen zu §§ 158-163, n° 23 et s.
[1382] *Ibid.*
[1383] *Ibid.*, n° 24 et 25.
[1384] Traduction de l'allemand par G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, *Code civil allemand*, Dalloz, 2010.
[1385] Cité par O. MILHAC, thèse préc., n° 19.
[1386] *Ibid.*, n° 20.
[1387] B. GILSON, *Inexécution et résolution en droit anglais*, thèse, Paris, préf. R. DAVID, L.G.D.J., 1969, n° 91.
[1388] *Ibid.*
[1389] *Ibid.*
[1390] B. GILSON, thèse préc., n° 167.

*contrat ne soit due* »[1391] tandis que la *condition subsequent* est « *un événement qui conduit, par accord des parties, à les libérer d'un devoir d'exécution après qu'il soit devenu absolu* »[1392], le terme d'absolu renvoyant au caractère exécutoire de l'engagement. Il convient de préciser que cette distinction a été formellement supprimée par le *2nd Restatement*[1393] qui désigne simplement la *condition precedent* comme une condition et qui traite la *condition subsequent* comme un « *event of discharge* » [1394], c'est-à-dire un événement libérateur des parties. A des fins de clarté, les formulations traditionnelles de *condition precedent* et de *condition subsequent* seront ici conservées.

**344. Distinction de la notion et du régime de la condition.** La condition, en tant que technique contractuelle permettant d'intégrer le risque d'impossibilité des motifs des parties, se retrouve dans chacun des droits étudiés. Une convergence entre les droits français, anglais et allemand peut par ailleurs être établie s'agissant des effets attachés à la condition, de sorte qu'une véritable théorie unitaire de la condition peut être envisagée. C'est ce qu'il sera démontré à travers l'analyse comparative de la notion de condition, d'abord, (Section 1) et des effets de la condition, ensuite (Section 2).

## *Section 1 – La notion de condition*

**345. La définition classique de la condition à travers son objet.** Le risque d'impossibilité des motifs des contractants peut être prévisible au regard de la probable survenance d'un événement de nature à en empêcher la satisfaction. Les parties peuvent néanmoins avoir intérêt à s'engager, sans attendre la stabilisation de la situation, mais tout en se réservant la possibilité d'être libérées du contrat au cas où leurs motifs ne seraient pas satisfaits. La technique contractuelle leur permettant d'obtenir un tel résultat est la condition.

D'après l'article 1304 du Code civil, « *[l]'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain* ». Cette définition se rapproche de celle donnée par les PEC. L'article 8 :101 (1) dispose ainsi que « *[l]'obligation contractuelle peut être conditionnelle si on l'a fait dépendre d'un événement furtur et incertain, (...)* ». L'objet de la condition, à savoir un événement futur et incertain, est également ce qui caractérise, en droit

[1391] S. EMANUEL, *op. cit.*, p. 200 [notre traduction, texte original : « A condition *precedent* is any event, other than a lapse of time, which must occur *before* performance under a contract is due » (c'est l'auteur qui souligne)].
[1392] *Ibid.* [notre traduction, texte original : « A condition *subsequent* is an event which operates by agreement of the parties to discharge a duty of performance *after* it has become absolute » (c'est l'auteur qui souligne)].
[1393] Il s'agit d'un ouvrage consistant en la formulation, sous forme d'articles et de commentaires, du droit du contrat, conforme à ses derniers développements, réalisé par une partie de la doctrine anglaise et ayant une autorité certaine.
[1394] *Ibid.*

anglais, une *external condition*[1395]. En droit allemand, le BGB ne donne aucune définition générale de la condition[1396]. Elle est définie par la doctrine comme la technique par laquelle « *le déclarant* [l'auteur d'une déclaration de volonté] *subordonne la réalisation des effets juridiques d'un contrat à un événement futur et incertain* »[1397]. Si la considération de l'objet de la condition apparaît ainsi essentielle – en permettant d'ailleurs de la distinguer du terme auquel elle est souvent associée[1398] – elle est toutefois insuffisante à une pleine compréhension de cette notion juridique.

**346. Le caractère fondamental de la fonction de la condition.** La condition doit également être appréhendée à travers sa fonction. Cette fonction de la condition se retrouve exprimée à l'article 1304 du Code civil par l'idée de dépendance de l'obligation d'un événement futur et incertain, ou encore par celle de subordination des effets du contrats à un tel événement, d'après la présentation faite par la doctrine allemande. Dès lors que la condition porte sur des événements futurs et incertains et qu'elle a pour fonction de déroger à la répartition normale du risque qu'ils représentent, elle constitue la technique adéquate à laquelle les parties peuvent avoir recours pour lier le sort du contrat à la satisfaction de leurs motifs.

Aussi, l'analyse de l'objet de la condition (§ 1), précédera celle de sa fonction (§ 2).

## §1- L'objet de la condition

**347. L'éclairage de l'opposition de la condition et du terme.** En droits français et allemand, la condition est classiquement associée à une autre modalité de l'obligation : le terme. Cette association est éclairante dans la mesure où la condition est distinguée du terme précisément au regard de son objet : tandis que la condition vise un événement incertain, le terme concerne un événement futur mais certain[1399]. En droit anglais, un contrat est également classiquement qualifié de « *conditional* » lorsqu'il dépend de la réalisation d'un événement dont la survenance est incertaine[1400]. Si l'incertitude de l'événement participe bien de la définition de l'objet de la condition, elle apparaît toutefois insuffisante à le caractériser

---

[1395] B. GILSON, thèse préc., n° 167.

[1396] U. WACKERBARTH, in *BGB Allgemeiner Teil,* Band. 1, 3. Auflage, Nomos Kommentare, 2016, §158, n° 1 ; H. P. WESTERMANN, in *Münchener Kommentar zum BGB,* 7. Auflage, 2015, § 158, n° 1.

[1397] R. BORK, *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 2015, § 158, n° 1 [notre traduction, texte original : « Durch eine Bedingung macht der Erklärende den Eintritt der Rechtsfolgen eines Geschäfts von einem ungewissen künftigen Ereignis abhängig »].

[1398] V. *infra*, n° 351.

[1399] V. Y. BUFFELAN-LANORE et J.-D. PELLIER, « Condition », in *Repertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 1 : « Alors que le terme est un événement futur et certain dont dépend l'exigibilité d'une obligation (terme suspensif) ou son extinction (terme extinctif), la condition est également un événement futur, mais, cette fois, incertain dont dépend la naissance d'une obligation (condition suspensive) ou sa résolution (condition résolutoire) » ; R. BORK, *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 2015, Vorbemerkungen zu §§ 158-163, n° 4 et 9.

[1400] V. M. FURMSTON, G. J. TOLHURST, *Contract Formation, Law and Practice*, Oxford, 2010, n° 9.02.

pleinement et, dès lors, à distinguer la condition d'autres notions. En effet, à supposer qu'un contractant s'engage, par exemple, à exécuter sa prestation à la condition que l'autre se soit lui-même exécuté, il ne s'agit pas là, à strictement parler, d'une condition mais d'un terme[1401]. Pourtant, l'exécution par les parties de leurs engagements est, objectivement, incertaine : quand bien même le contrat aurait été valablement formé, les parties ne peuvent être jamais être absolument assurées, en dépit de sa force obligatoire, qu'il sera effectivement exécuté. Si la qualification de condition doit être rejetée, ce n'est pas tant, en réalité, au regard de la certitude de l'événement – laquelle est discutable – qu'au regard de son caractère intrinsèque au contrat. La seule référence à un événement futur et incertain ne suffit alors pas à caractériser l'objet de la condition. L'événement visé par la condition ne doit pas être inhérent à l'exécution du contrat : il doit constituer un risque qui lui est extérieur. L'événement faisant l'objet de la condition sera donc ici considéré à travers ses deux composantes, à savoir son caractère futur et incertain (A) et son caractère extérieur au contrat (B).

### A- Le caractère futur et incertain de l'événement visé par la condition

**348. L'enjeu du critère de l'incertitude de l'événement.** La condition se présente comme la technique contractuelle adéquate s'agissant d'intégrer au contrat un risque prévisible affectant la réalisation des motifs des parties dans la mesure où, précisément, elle porte sur la survenance d'un événement incertain. Si, à lui seul, le critère de l'incertitude de l'événement visé par la condition est insuffisant à la définition de son objet, il n'en demeure pas moins un élément essentiel permettant de la caractériser. L'incertitude de l'événement faisant l'objet d'une condition impose de prime abord logiquement que « *sa probabilité de réalisation [soit] inférieure à 100 %* »[1402]. La condition vise ainsi un événement éventuel qui peut, selon les circonstances, se produire ou non.

Dès lors que l'événement doit être incertain il en découle qu'il ne peut être que futur. En effet, à suivre, l'analyse d'un auteur, un « *événement, passé, étant d'ores et déjà survenu ne saurait avoir une probabilité de réalisation inférieure à 100 %, ce qui exclut la qualification conditionnelle* »[1403]. La précision de l'article 1304 du Code civil selon laquelle l'événement incertain doit être futur n'est toutefois pas inutile. En effet, l'incertitude de l'événement faisant

---

[1401] En l'occurrence, cela constitue un terme suspensif : le contractant ne sera tenu de s'exécuter que lorsque son cocontractant aura exécuté lui-même son engagement. En droit anglais, une telle prévision serait, certes, qualifiée de *condition precedent* mais il s'agirait d'une *internal condition* : c'est-à-dire d'une condition tenant à l'exécution de l'objet même du contrat, ce qui ne correspond pas à la notion de condition ici considérée.
[1402] M. BOUTEILLE, art. préc.
[1403] *Ibid.*

l'objet d'une condition soulève une difficulté particulière qui est celle de son appréciation, laquelle peut être objective ou subjective. Un événement peut être objectivement certain mais être tenu pour incertain par les parties qui n'en ont pas connaissance, de la même façon que *a contrario*, un événement objectivement incertain pourrait être considéré comme certain par les contractants. L'exigence d'un événement futur tend alors à indiquer que son caractère incertain doit être apprécié de façon objective. La jurisprudence française a pourtant pu admettre la qualification de condition dans des cas où l'événement n'était incertain que suivant la représentation que les parties s'en faisaient[1404]. Si le débat semble aujourd'hui tranché dans le sens d'une appréciation objective de l'incertitude, il convient toutefois d'en restituer les enjeux ainsi que les arguments en faveur d'une telle interprétation.

L'exigence d'un événement futur et incertain impose ainsi l'existence d'un événement de réalisation éventuel (1), faisant l'objet d'une appréciation objective (2).

### *1. L'existence d'un événement de réalisation éventuelle*

**349. Les incidences de l'incertitude de l'événement sur les conditions admises.** Dire que l'événement visé par la condition doit être incertain signifie que sa réalisation n'est qu'éventuelle : il peut se réaliser, comme ne pas se réaliser, peu important que ces deux possibilités ne soient pas d'égale probabilité.

L'événement visé par la condition doit *a minima* être possible. A ce titre, l'ancien article 1172 du Code civil disposait que « *[t]oute condition d'une chose impossible (…) est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend* ». La définition de la condition par référence à un événement futur et incertain – comme cela résulte aujourd'hui de l'article 1304 du Code civil – rend en réalité une telle précision superflue. La précision par l'actuel article 1304-1 selon laquelle la condition doit être licite n'apparaît pas davantage nécessaire[1405]. En effet, s'agissant d'une technique mise au service de l'outil contractuel soumis à la sanction du droit, la condition doit, en plus d'être matériellement possible, l'être juridiquement[1406]. Enfin, l'éventualité de l'événement impose le refus que la condition ait pour objet un événement passé. En définitive, deux types d'événements ne peuvent pas faire l'objet d'une condition : les événements impossibles (a), matériellement ou juridiquement, et les événements passés (b).

---

[1404] V. *infra*, n° 356.
[1405] V. en ce sens G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, op. cit.*, n° 768.
[1406] Il s'agissait également d'une cause de nullité du contrat expressément prévue par l'ancien article 1172 du Code civil.

### a. Le rejet des conditions impossibles

**350. Les conditions impossibles matériellement.** Une condition ne peut porter sur un événement impossible matériellement. Cette règle est une conséquence directe et logique de l'exigence que l'événement visé par la condition soit de réalisation éventuelle[1407]. La notion d'impossibilité doit faire l'objet d'une appréciation objective au regard des avancées techniques et scientifiques. Doit être, par exemple, considérée comme impossible la condition qui ferait dépendre l'exécution des obligations d'un voyage dans le temps ou de la découverte d'une civilisation extra-terrestre.

La question se pose de savoir quel est le sort du contrat incluant une condition portant sur un événement impossible matériellement. D'après l'ancien article 1172 du Code civil, une telle condition entraîne la nullité du contrat qui en dépend. Cette solution est discutable. En effet, le sort du contrat devrait dépendre de la nature de la condition portant sur la réalisation d'un événement impossible : si la condition est suspensive alors, effectivement, le contrat doit être considéré comme nul, si en revanche la condition est résolutoire alors il doit être traité comme un contrat inconditionnel[1408]. C'est ce que retiennent les droits allemand et anglais. Ainsi, en droit allemand, les conditions portant sur un événement impossible sont qualifiées de conditions inadmissibles (*Unzulässige Bedingungen*) et le sort des contrats qui en dépendent est déterminé suivant qu'elles sont suspensives ou résolutoires[1409]. Dès lors, « *si une condition est basée sur un événement futur qui ne peut pas se produire de manière objective, cela entraînera l'invalidité de la transaction en cas de condition suspensive, et dans le cas d'une condition résolutoire, sa validité inconditionnelle* »[1410], cette règle ne faisant toutefois l'objet d'aucune disposition expresse dans le BGB. Il peut être relevé que la même solution est retenue en cas de condition incompréhensible ou contradictoire[1411]. De même, en droit anglais, si une condition de laquelle dépend le maintien de l'engagement – qui peut être qualifiée de *condition subsequent* – est impossible au moment de la conclusion du contrat, alors l'obligation est

[1407] V. en ce sens M. BOUTEILLE, art. préc. : « cette impossibilité exclut la qualification conditionnelle. En effet, un événement n'est une condition que s'il est objectivement incertain, c'est-à-dire si sa probabilité de réalisation est inférieure à 100 % ».
[1408] V. en ce sens O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, article 1304-1, p. 650.
[1409] V. R. BORK, *Staudinger, Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, Vorbemerkungen zu §§ 158-163, n° 30 et s.
[1410] *Ibid.*, n° 30 [notre traduction, texte original : "eine unmögliche Bedingung beigefügt ist, dh auf ein künftiges Ereignis abgestellt wird, das objektiv nicht eintreten kann, hat dies bei einer aufschiebenden Bedingung die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge, im Falle einer auflösenden Bedingung dessen unbedingte Gültigkeit"].
[1411] *Ibid.*, n° 31.

simple[1412] ; tandis que si une condition à laquelle est suspendue l'exécution d'une obligation – correspondant à une *condition precedent* – est impossible alors l'obligation est nulle[1413].

**351. Les conditions impossibles juridiquement.** S'agissant de la prohibition des conditions impossibles juridiquement, il convient tout d'abord de préciser que ce n'est, dans ce cas, pas l'événement en lui-même qui est impossible juridiquement mais la condition qui le vise. Ainsi que le relèvent des auteurs, « *ce n'est pas l'illicéité ou l'immoralité intrinsèque de l'événement qui est condamnée, mais celle de la structure de l'opération* »[1414]. C'est le cas, par exemple, des clauses de célibat, ou de non-convol. D'après un arrêt de la Cour d'appel de Paris, « *à moins de raisons impérieuses évidentes, une clause de non-convol doit être déclarée nulle comme attentatoire à un droit fondamental de la personnalité* »[1415]. Le contrat de travail intégrant ainsi une clause selon laquelle il sera mis fin au contrat en cas de mariage du salarié – ce qui correspond à une condition résolutoire – n'est donc pas nul : seule la clause litigieuse est réputée non-écrite. Il apparaît alors que la règle de l'article 1304-1 du Code civil, disposant que l'obligation dépendant d'une condition illicite est nulle, ne devrait pas s'imposer de façon absolue[1416]. A ce titre, la nullité du contrat qui était prévue par l'ancien article 1172 du Code civil en cas de condition d'une chose « *contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi* », n'était déjà pas retenue de façon systématique par la jurisprudence antérieurement à la réforme. Des auteurs relèvent ainsi qu'elle n'excluait pas « *de maintenir un contrat à titre onéreux contenant pourtant une condition illicite, ce qui revenait à gommer la seule condition problématique, au mépris de la lettre de l'ancien article 1172* »[1417].

En droit allemand, les conditions illicites et immorales sont également qualifiées de conditions inadmissibles (*Unzulässige Bedingungen*) et entraînent, en principe, la nullité du contrat en application des §§ 134 et 138 du BGB [1418]. Néanmoins, la nullité du contrat n'est pas toujours la solution retenue : seule la condition peut se retrouver sanctionnée. C'est ce qui a été

---

[1412] V. M. LEAKE, *An elementary Digest of the Law of contracts*, Stevens and Sons, London, 1878, p. 703 : "if the condition of a bond be impossible at the time of the making of the condition, the obligation is single".

[1413] V. W. F. ELLIOTT, *Commentaries on the Law of Contracts*, vol. 1, The Bobbs-Merill Company, 1913, § 225, p. 382. L'auteur donne l'exemple suivant : "if a man is bound in an obligation with condition that, if the obligor do go from the church of St. Peter in Westminster to the church of St. Peter Rome within three hours, then the obligation shall be void, the condition is void and impossible, and the obligation standeth not" [notre traduction : "si un homme est lié par une obligation à la condition que le créancier se rende depuis l'Abbaye de Westminster jusqu'à l'Église Saint-Pierre de Rome en moins de trois heures, alors l'obligation doit être nulle, la condition est nulle et impossible, et l'obligation ne se maintient pas"].

[1414] V. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, *op. cit.*, n° 768.

[1415] CA Paris, 30 avr. 1963, *D.* 1963, jur., p. 428, note A. ROUAST – v. aussi Cass. Soc. 27 avr. 1964, n° 62-40.148, *Bull. civ.* IV, n° 339, *D.* 1965. 213, note A. ROUAST, *JCP* 1964. II. 13807, note MORELLET ; 7 févr. 1968, n° 65-40.622 , *Bull. civ.* V, n° 86, *D.* 1968. 429 ; 10 juin 1982, *JCP* 1984. II. 20230, note S. HENNION-MOREAU.

[1416] V. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, article 1304-1, p. 649.

[1417] *Ibid.*

[1418] V. R. BORK, *Staudinger, Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, Vorbemerkungen zu §§ 158-163, n° 33.

admis, par exemple, s'agissant d'une clause dite de célibat prévoyant que le contrat sera résolu au cas où une des parties viendrait à se marier[1419]. Dans un tel cas, la sanction du réputé non-écrit de la seule condition apparaît préférable à la nullité de l'entier contrat. De même, en droit anglais, l'illicéité d'une *condition* contrat n'entraîne pas nécessairement le caractère *void* ou *unenforceable* de l'entier contrat : seule la clause affectée par l'illicéité peut ainsi être sanctionnée dès lors qu'elle est divisible du reste du contrat. C'est ce que permet la théorie de la *severance* qui a pu être définie comme « *la suppression d'un contrat des engagements contestables ou des éléments contestables d'un engagement particulier, et le maintien des engagements ou des aspects d'un engagement particuliers qui sont valables* »[1420]. Suivant la *blue pencil doctrine*[1421], consistant en une méthode qui permet de déterminer si un contrat peut être partiellement maintenu lorsqu'il comporte des aspects illicites, « *la division peut être effectuée quand la partie coupée peut être retirée en faisant passer un crayon bleu au travers* »[1422].

### b. Le rejet des conditions portant sur des événements passés

**352. Le rejet des conditions portant sur des événements passés même inconnus des parties.** L'ancien article 1181 du Code civil prévoyait qu'une condition suspensive puisse porter sur un « *événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties* ». La définition retenue de la condition par l'actuel article 1304 du Code civil, mentionnant un événement futur et incertain, permet *a priori* d'exclure une telle possibilité. L'obligation qui serait subordonnée à la connaissance par les parties d'un fait déjà réalisé serait alors pure et simple[1423]. Ainsi, d'après des auteurs, « *la date à laquelle les parties ont eu connaissance de l'événement érigé en « condition » est indifférente : seul compte le fait que l'événement était déjà arrivé au jour de la conclusion du contrat* »[1424]. Ces auteurs envisagent toutefois une difficulté particulière : celle de la subordinnation des obligations à la « condition » d'obtention d'un certificat ou à la confirmation d'une information[1425].

---

[1419] V. R. BORK, *Staudinger, Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, Vorbemerkungen zu §§ 158-163, n° 33.
[1420] M. P. FURMSTON, *op. cit.*, p. 529.
[1421] V. J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *op. cit.*, p. 435 ; *Nordenfelt v Maxim Nordenfelt guns and Ammunition Co LTD* [1984] AC 535.
[1422] V. les propos de Lord Sterndale, *Master of the rolls*, rendus à l'occasion de l'arrêt *Attwood v Lamont* [1920] 3 KB 571, 578 : « severance can be effected when the part severed can be removed by running a blue pencil through it » [traduction : « la suppression peut être réalisée lorsque les parties supprimées peuvent être retirées d'un trait de crayon bleu au travers »].
[1423] En ce sens v. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, op. cit.,* n° 762.
[1424] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 644.
[1425] *Ibid.*

**353. Le cas particulier de la subordination des obligations à l'obtention d'un certificat ou à la confirmation d'une information.** En droit français, la question se pose de savoir si le fait de subordonner des obligations à l'obtention d'un certificat (tel qu'un certificat d'urbanisme ou de non-gage) ou à la confirmation d'une information, pouvait être qualifié de condition[1426]. En effet, dans ce cas, le fait faisant l'objet de la confirmation ou de l'information n'est pas incertain, ces dernières portant par hypothèse sur un état de fait existant[1427]. Deux solutions sont alors envisagées par la doctrine : soit l'obligation n'est pas considérée comme conditionnelle, soit elle est qualifiée de conditionnelle dès lors que l'événement futur n'est pas l'état de fait mais la confirmation ou la délivrance de l'attestation[1428]. L'enjeu se situe, notamment, sur le terrain du transfert des risques, ces derniers étant, si la qualification de condition est retenue, reportés au moment de sa réalisation[1429]. Il semble que, même en considérant que la condition ne porte pas sur le fait constituant l'objet du certificat ou de l'information – c'est-à-dire l'état de fait existant – mais sur la confirmation ou la délivrance de l'attestation elle-même, la qualification de condition ne peut pas être retenue dans la mesure où le critère de l'incertitude n'est, en toute hypothèse, pas rempli. En effet, à considérer que la condition porte sur l'obtention de la confirmation ou de l'information, cet événement n'est pas davantage incertain que l'état de fait préexistant, ni objectivement, ni subjectivement. Or MM. DESHAYES, GENICON et LAITHIER relèvent que le refus de la qualification de condition a des incidences particulières, notamment en termes de transfert des risques : si la délivrance du certificat ou de l'attestation est considérée comme une condition suspensive alors les risques ne seront transférés qu'au moment de sa réalisation – c'est-à-dire, par exemple, que le vendeur de la chose assume les risques de cette dernière ; tandis que si la qualification de condition est refusée alors les obligations sont pures et simples – dans le cas de la vente, les risques sont passés à l'acheteur au jour de la conclusion du contrat[1430]. Dans la mesure où la délivrance du certificat ou de l'information constitue un événement futur et certain, la qualification de terme devrait être retenue[1431]. Elle devrait d'autant plus s'imposer que l'incertitude de l'événement visé par la condition doit en principe être appréciée objectivement.

---

[1426] *Ibid*., p. 645.
[1427] *Ibid.*
[1428] *Ibid.*
[1429] *Ibid.*
[1430] *Ibid.*
[1431] V. article 1305 du Code civil.

### *2. L'appréciation objective de l'incertitude de l'événement*

**354. Le refus de l'incertitude subjective conduisant à la distinction du régime de la condition et de l'erreur.** La question de l'appréciation objective ou subjective de l'incertitude de l'événement visé par la condition a fait l'objet de réponses divergentes par la jurisprudence française. En considérant, par exemple, le cas précité dans lequel les obligations seraient subordonnées à l'obtention d'un certificat ou d'une information, il est permis de s'interroger sur le sens d'une telle stipulation pour les parties dès lors que l'état de fait existant n'est, par hypothèse, pas incertain. La subordination de l'exécution du contrat à l'obtention du certificat ou de l'information n'apparaît avoir de sens que dans la mesure où les parties ont un doute quant à l'état de fait existant. C'est dire que, bien qu'étant objectivement certain, l'état de fait, faisant l'objet de la demande de certificat ou d'information, est subjectivement incertain. Au-delà donc de l'enjeu en termes de transfert des risques, la question se pose du respect de la volonté des parties de n'être engagées qu'au regard de l'exactitude de certains faits. Le rejet de la qualification de condition conduit-il alors à l'impossibilité pour les parties de contester le contrat en cas de non-conformité de l'information reçue ou de non-obtention du certificat demandé ? La réponse est sans conteste négative : la remise en cause du contrat serait dans ce cas possible sur le terrain, non pas de la condition, mais sur celui de l'erreur. Cet exemple permet de mettre en lumière l'importance du critère, objectif, de l'incertitude dans la distinction du régime de la condition avec celui de l'erreur sur des motifs présupposés par les parties.

A ce titre, en droit allemand, les conditions au sens des §§ 158 et suivants du BGB sont distinguées des conditions qualifiées de *Scheinbedingungen* (littéralement conditions apparentes) [1432] aussi désignées comme des présuppositions (*Unterstellungen*) [1433] . Ces présuppositions ne peuvent pas être qualifiées de conditions dès lors qu'elles ne visent pas un événement futur et incertain : il n'existe qu'une incertitude subjective (*Subjektive Ungewissheit*)[1434]. Il s'agit alors de « conditions » visant des faits objectivement certains mais inconnus des parties[1435]. Le contrat est traité comme absolu dès sa conclusion ou, au contraire, sans effet *ab initio* suivant la nature de la condition – suspensive ou résolutoire – et une approche objective de l'événement qui en est l'objet. Ainsi, un contrat conclu sous une condition suspensive apparente portant sur la réalisation d'un événement qui a objectivement défailli est sans effet, tandis qu'un contrat conclu sous une condition résolutoire apparente

[1432] V. R. BORK, *Staudinger, Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, Vorbemerkungen zu §§ 158-163, n° 28 et s.
[1433] V. U. WACKERBARTH, in *BGB Allgemeiner Teil,* Band. 1, 3. Auflage, Nomos Kommentare, 2016, § 158, n° 23.
[1434] *Ibid.* - *Adde* R. BORK, *Staudinger, Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, Vorbemerkungen zu §§ 158-163, n° 28.
[1435] *Ibid.*

portant sur la réalisation d'un événement déjà survenu produit ses effets de façon absolue[1436]. Dans ce dernier cas, il peut apparaître contraire à la prévision des parties que ces dernières soient liées par un accord alors même qu'elles ont entendu être libérées du contrat au cas où un événement – qu'elles ont considéré comme incertain – se produirait. Il leur appartient alors d'invoquer une erreur sur un élément essentiel présupposé par les parties mais en réalité inexact[1437]. Comme le reconnaît la doctrine allemande, les parties peuvent tout à fait avoir un intérêt légitime à subordonner les effets d'un contrat à une circonstance subjectivement incertaine[1438]. C'est sans doute une telle considération qui a conduit la jurisprudence française à admettre, pendant un temps, que des conditions puissent porter sur des événements subjectivement incertains.

**355. Les hésitations du droit français autour de l'appréciation subjective ou objective de l'incertitude de l'événement.** La jurisprudence a pu faire prévaloir une appréciation subjective de l'incertitude de l'événement faisant l'objet d'une condition[1439]. Cette approche a été abandonnée depuis un arrêt de la première chambre civile du 13 avril 1999[1440]. Les juges qualifient alors la stipulation, faisant dépendre l'exécution de l'obligation d'un fait futur, de terme ou de condition, suivant que la réalisation de cet événement est objectivement certaine ou non. Comme le relèvent des auteurs, « *[l]es textes nouveaux n'impliquant aucun changement, cette position devrait perdurer* »[1441].

Un arrêt de 2016, non-publié, a toutefois, de l'avis d'une partie de la doctrine, instauré un doute quant au maintien d'une appréciation objective de l'incertitude de l'événement visé[1442]. D'après la présentation faite de cet arrêt par un auteur, il s'agissait de la vente par une

---

[1436] V. R. BORK, *Staudinger, Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, Vorbemerkungen zu §§ 158-163, n° 28.
[1437] V. U. WACKERBARTH, in *BGB Allgemeiner Teil, op. cit.*, § 158, n° 25.
[1438] V. R. BORK, *Staudinger, Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, Vorbemerkungen zu §§ 158-163, n° 29.
[1439] V. O. MILHAC, thèse préc., n° 91 : « En présence d'un contrat dont l'exécution est soumise à un événement dont la réalisation est incertaine, on pourrait conclure à son caractère conditionnel. La jurisprudence ne s'arrête cependant pas à cette première analyse qui pourrait s'avérer trop superficielle. Elle recherchera, au-delà de ce premier miroir, si les parties n'ont pas entendu conférer à cet événement, pourtant objectivement incertain, un caractère certain. S'il en est ainsi, le contrat ne sera plus alors conditionnel mais ferme, seule sa durée étant affectée d'un terme. Pour parvenir à ce résultat et surtout pour mener à bien son effort de qualification, la jurisprudence s'appuie sur l'intention commune des parties ainsi que sur les circonstances de la cause ». V. not. Cass. Civ. 1ère, 28 janvier 1976, *Bull. civ.* I, n° 37 ; Cass. Civ. 1ère, 13 décembre 1994, n° 93-10.206, *Bull. civ.* I, n° 377, *JCP* 1995. I. 3843, no 1, obs. M. BILLIAU.
[1440] Cass. Civ. 1ère, 13 avril 1999, *Bull. civ.* I, n° 131, *JCP* 2000. II. 10309, obs. A.-S. BARTHEZ, *Defrénois* 1999, art. 37041, p. 1001, obs. D. MAZEAUD, *D.* 1999. IR. 130, *CCC* 1999, n° 125, note L. LEVENEUR ; Cass. Civ. 1ère, 13 juillet 2004, *Bull. civ.* I, n° 204, *RTD civ.* 2004. 734 , obs. J. MESTRE et B. FAGES, *D.* 2005. Jur. 1009 , note A. BORIES, *Defrénois* 2004. 1396, art. 38035, note J.-L. AUBERT ; *JCP* 2004. II. 10155, avis J. SAINTE-ROSE, *Rev. sociétés* 2005. 378 , note D. BONNET – *Adde* Cass. Civ. 1ère, 26 septembre 2012, n° 11-11.508 ; Cass. civ. 3ème, 9 juillet 2013, n° 12-17.489 ; Cass. Civ. 1ère, 10 décembre 2014, n° 13-19.313.
[1441] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 645.
[1442] V. Y. BUFFELAN-LANORE et J.-D. PELLIER, « Condition », in *Repertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 22 : « On peut toutefois s'interroger sur le maintien de cette jurisprudence à la lecture d'un arrêt (non publié) de la troisième chambre civile du 7 janvier 2016 (Civ. 3e, 7 janv. 2016, n° 14-26.945) ayant considéré que l'ouverture d'un golf, dont dépendait le paiement d'une partie du

société à une autre d'« *un bien immobilier par un acte notarié dont une clause prévoyait que le solde du prix de vente était payable à terme, après production par le vendeur d'une convention garantissant l'exploitation d'un golf et au fur et à mesure de la présentation des factures de travaux de réalisation du golf dont l'achèvement était fixé au plus tard au 31 décembre 2009* »[1443]. La société venderesse ayant fait procéder à diverses saisies faute de paiement du prix, l'acheteur a demandé au juge de l'exécution la mainlevée et la nullité des saisies. Sa demande a été rejetée par les juges du fond qui ont retenu la qualification de terme de la clause relative au paiement du prix, au fur et à mesure de la réalisation et de l'exploitation du golf, en raison du caractère certain de ces événements pour les parties. La question posée à la Cour de cassation était celle de la qualification de terme ou de condition de cette clause. Suivant l'analyse de M. PELLIER, la qualification de condition « *était pertinente au regard de la tendance précitée* [celle consistant en l'appréciation objective de l'incertitude de l'événement faisant l'objet de la condition]*, ce qui aurait dû conduire à la mainlevée des saisies litigieuses, faute d'être pratiquées sur le fondement d'une créance certaine et exigible* »[1444]. La Cour de cassation ayant confirmé la qualification de terme retenue par les juges du fond, cette solution soulèverait « *la question de la résurrection d'une conception subjective du terme et la condition* »[1445].

Cette analyse de l'arrêt de 2016 apparaît contestable. Il convient à ce titre d'en revenir aux faits de l'espèce qui ne peuvent être présentés comme concernant une vente à terme d'un bien immobilier. En effet, au regard des données de l'espèce, le contrat conclu se rapprochait d'une vente en l'état futur d'achèvement (VEFA)[1446] : il s'agissait pour l'acheteur d'acquérir non pas simplement un terrain – dont le paiement du prix dépendait de la réalisation et de l'exploitation d'un golf, comme si les deux faits étaient dissociables – mais d'acquérir, précisément, un golf. L'engagement de la société propriétaire initial du terrain n'était donc pas seulement celui d'un vendeur mais celui d'un vendeur et d'un constructeur. La clause relative au paiement du prix correspondait alors au schéma classique de la VEFA : la propriété du terrain sur lequel devait être édifié la construction était transférée au moment de l'appel de fond initial et l'acheteur devenait ensuite propriétaire, par accession, au fur et à mesure de la réalisation des travaux, laquelle faisait l'objet d'un paiement échelonné en fonction d'un planning d'appel de

prix de la vente d'un terrain sur lequel ce golf devait être édifié, était un terme et non une condition, ce qui a permis au vendeur de faire pratiquer des saisies sur les biens de l'acheteur, sa créance ayant été jugée certaine et exigible ».

[1443] J.-D. PELLIER, « Les méandres de la distinction entre le terme et la condition », *D.* 2016, p. 939, n° 1.

[1444] *Ibid.*

[1445] *Ibid.*

[1446] V. article 1601-3 du Code civil.

fonds défini par les parties. La réalisation et l'exploitation du golf – qui, de l'avis de l'auteur précité[1447], aurait du être qualifiée de condition – ne constituaient pas une modalité de l'obligation de l'acheteur de paiement du prix mais faisaient partie intégrante de l'engagement du vendeur. La qualification de condition devait logiquement être exclue puisque la réalisation et l'exploitation du golf n'était pas une modalité de l'obligation de l'acheteur de payer le prix mais la contrepartie de cette dernière. La difficulté que soulevait cet arrêt n'apparaît pas, en définitive, être celle du caractère incertain de l'événement pouvant faire l'objet d'une condition mais celle de son extériorité.

### B- L'extériorité de l'événement visé par la condition

**356. Distinction de la technique de la condition et des conditions de validité.** L'incertitude des motifs intégrée par une condition ne doit pas être inhérente au phénomène contractuel, elle doit trouver son origine dans une circonstance qui lui est extérieur. En ce sens, d'après l'analyse de certains auteurs, au sujet de l'extériorité de la condition, « *[s]i le texte de l'article 1304 du Code civil ne l'énonce pas, il est acquis que l'événement conditionnel ne doit pas être nécessaire à la formation ou à la validité même du contrat* »[1448]. Deux types d'événements, relevant de conditions de validité du contrat, ne peuvent, à strictement parler, être l'objet d'une condition et, ce, dans aucun des droits étudiés : il s'agit de ceux posant la question du consentement (1) et ceux intégrés au titre de la contrepartie (2). Il convient de les envisager successivement.

#### *1. L'extériorité de l'événement au consentement*

**357. La problématique classique des conditions potestatives.** Le droit français distingue traditionnellement les conditions suivant leur nature[1449] casuelle, potestative et mixte. La distinction des conditions casuelles, potestatives et mixtes était fondée sur les anciens articles 1169, 1170 et 1171 du Code civil. La condition est dite casuelle lorsqu'elle dépend exclusivement du hasard, potestative lorsqu'elle dépendait d'un événement qu'une partie a le pouvoir de faire arriver ou d'empêcher et mixte lorsqu'elle dépend à la fois de la volonté d'une partie et d'un tiers. D'après la définition de l'ancien article 1170 du Code civil, une condition est potestative lorsqu'elle « *fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est*

[1447] J.-D. PELLIER, « Les méandres de la distinction entre le terme et la condition », *D.* 2016, p. 939, n° 1.
[1448] G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, op. cit.*, n° 763.
[1449] V. Y. BUFFELAN-LANORE et J.-D. PELLIER, « Condition », in *Repertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 8 et s.

*au pouvoir de l'une ou l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher* », l'ancien article 1174 prévoyait la nullité de l'obligation « *contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige* ». La réforme du droit des obligations a supprimé la distinction des conditions casuelles, potestatives et mixtes pour ne consacrer, à l'article 1304-2 du Code civil, que le principe selon lequel « *[e]st nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur* ». Le nouvel article 1304-2 apparaît comme la reprise du principe de prohibition des conditions purement potestatives.

Cette problématique classique du droit français en matière de condition se retrouve en droit allemand. En effet, comme le relève la doctrine allemande, la question de l'admission des conditions dépendant exclusivement de la volonté d'une partie (qualifiées de *Potestativbedingungen*) est sujette à controverse[1450]. L'enjeu se pose en termes de refus d'admettre le pouvoir arbitraire d'une partie sur le contrat, ce qui ne s'oppose pas en soi à l'aménagement contractuel d'un droit potestatif en faveur d'un contractant[1451].

En droit anglais, les « *conditions* » portant sur la formation du contrat se distinguent des conditions portant sur son exécution[1452]. La notion de *condition* peut en effet être employée pour désigner les accords – qui sont alors *subject to contract* – qui, au cours des négociations, établissent les points sur lesquels les parties se sont entendues sans que ces dernières n'aient l'intention d'être juridiquement liées[1453]. La conclusion d'un contrat supposant la volonté contractuelle des parties, il ne peut à proprement parler être question de contrat conditionnel lorsque la condition porte sur le consentement de l'une d'elles. En revanche, rien ne s'oppose à ce qu'une condition porte sur le résultat d'actes dont la réalisation est, certes, au pouvoir du débiteur mais dont il ne maîtrise pas les conséquences[1454].

En définitive, l'analyse du sens de la prohibition des conditions potestatives (a) précédera celle de sa portée (b).

### a. Le sens de la prohibition des conditions potestatives

**358. La non-formation d'un contrat juridiquement contraignant à défaut de consentement**. Les conditions potestatives ne sont pas valables dans la mesure où elles

---

[1450] V. R. BORK, *Staudinger, Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, Vorbemerkungen zu §§ 158-163, n° 14.
[1451] *Ibid.* Cette question posée, en des termes proches, fait l'objet de considérations et solutions similaires en droit français (v. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 652 et s. ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, op. cit.*, n° 774).
[1452] V. M. FURMSTON, G. J. TOLHURST, *Contract Formation, Law and Practice, op. cit.*, n° 9.04.
[1453] *Ibid.*, n° 9. 22.
[1454] *Ibid.*, n° 9.73.

apparaissent contraires à l'idée même d'engagement[1455]. Comme le souligne la doctrine « *[l]a prohibition de l'ancien article 1174 du Code civil n'était donc rien d'autre qu'un rappel de la nécessité d'un consentement ferme au moment de la formation du contrat* »[1456]. La prohibition des conditions potestatives est alors historiquement fondée sur « *le constat d'après lequel le débiteur qui promet d'accomplir une prestation sous une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté, ne s'engage pas réellement* »[1457].

La formulation expresse de la prohibition des conditions dépendant de la volonté exclusive de celui qui s'engage n'apparaît pas nécessaire : le même résultat aurait tout à fait pu être obtenu sur le terrain de l'analyse de la formation du contrat, lequel suppose le consentement des parties qui s'obligent. A défaut de véritable consentement à être juridiquement lié par un contrat, ce dernier ne peut en effet être considéré comme valablement formé. Ainsi que le relèvent des auteurs, « *[l]a volonté ne peut jamais être érigée en « condition », la condition ayant pour fonction de faire entrer un motif dans le champ contractuel* »[1458]. Le consentement étant une condition de validité du contrat, son ne peut être admise en tant que modalité de l'obligation. A défaut, la nullité de l'obligation est encourue conformément à l'article 1304-2 du Code civil. La deuxième partie de ce texte précise que « *[c]ette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause* ». L'exécution « *en connaissance de cause* » est en effet de nature à traduire l'existence d'un véritable consentement, de sorte que la nullité n'est pas justifiée. De façon similaire, en droit anglais, « *un type de promesse illusoire est la promesse qui est conditionnée à un événement, lequel est événement est exclusivement au pouvoir du promettant* »[1459]. De même, en droit allemand, les conditions portant sur la volonté, dites *Wollensbedingungen*, entraînent l'invalidité du contrat, à défaut de véritable accord de volontés des parties[1460].

**359. La distinction de la condition des réserves de volonté.** La condition se distingue des réserves de volonté. D'après M. CELICE, « *on a tendance à voir dans les réserves une simple modalité du vouloir, pas très différente du terme ou de la condition par exemple, (…). Or, si l'on approfondit quelque peu l'expression « oui sous réserve » on s'aperçoit au contraire, que l'élément important n'est pas le oui, mais la réserve qui l'accompagne. Oui sous*

---

[1455] V. Y. BUFFELAN-LANORE et J.-D. PELLIER, « Condition », in *Repertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 13.
[1456] G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, op. cit.*, n° 771.
[1457] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 651.
[1458] G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, op. cit.*, n° 774.
[1459] S. EMANUEL, *op. cit.*, p. 121 s. [notre traduction, texte original : "One type of illusory promise is a promise that is conditional upon an event, which event is solely within the promisor's control"].
[1460] V. R. BORK, *Staudinger, Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, Vorbemerkungen zu §§ 158-163, n° 18.

*réserve n'est pas oui, c'est une réserve. En toute logique, et dans l'absolu, on peut même dire que oui sous réserve, revient à non sous réserve, c'est-à-dire en définitive, à la réserve elle-même* »[1461]. La « *reservation of right to change mind* » impose la qualification d'*illusory promise* en droit anglais[1462] et ne permet pas la caractérisation d'un contrat conditionnel. En droit allemand, les conditions supposant l'expression de la volonté d'une partie sont controversées dans leur admissibilité et leurs effets[1463]. L'idée n'est toutefois pas de refuser tout rôle de la volonté d'un contractant dans la réalisation d'une condition mais d'en condamner l'arbitraire. Ainsi, le § 138 I du projet de BGB traitait expressément de la condition qui porte sur un acte dépendant de l'arbitraire de la partie obligée et ne visant pas seulement sa simple volonté[1464]. Toutes les conditions potestatives ne sont alors pas condamnées : seules les *Willensbedingungen* remettant fondamentalement en cause l'idée même d'engagement, en ce qu'elles subordonnent le contrat au pouvoir discrétionnaire d'un contractant, sont prohibées[1465]. A ce titre, la doctrine allemande relève qu'il peut être répondu au besoin des parties de laisser l'accord « ouvert » par des techniques juridiques, telles que les droits d'option ou de rétractation, qui ne sont pas des conditions au sens des §§ 158 et suivants du BGB[1466].

**360. L'admission des droits contractuels potestatifs[1467].** Ainsi que le relèvent des auteurs, « [s]i la condition qui dépend de la seule volonté du débiteur est prohibée, nombreux sont les droits potestatifs qui, au contraire, sont parfaitement valables »[1468]. D'après ces mêmes auteurs, les clauses de dédit, les clauses de résiliation unilatérale, ou encore le réméré ne seraient pas autre chose que des conditions purement potestatives[1469]. Conditions potestatives et droits potestatifs recouvriraient des réalités identiques, de sorte que la prohibition des conditions purement potestatives de la part du débiteur serait source de confusion au regard de l'admission des droits potestatifs et, partant, regrettable[1470]. L'argument selon lequel les droits potestatifs pourraient être qualifiés de conditions purement potestatives, lesquelles sont prohibées, apparaît assez discutable. Ils ne recouvrent en effet pas des réalités identiques. L'existence d'un droit potestatif contractuellement conféré à l'une des parties suppose logiquement un contrat

---

[1461] B. CELICE, *Les réserves et le non vouloir dans les actes juridiques*, thèse Paris, préface J. CARBONNIER, LGDJ, 1968, n°142.
[1462] S. EMANUEL, *op. cit.*, p. 121.
[1463] H. P. WESTERMANN, in *Münchener Kommentar zum BGB, op. cit.*, § 158, n° 18.
[1464] *Ibid.*, n° 5.
[1465] *Ibid.*, n° 21.
[1466] *Ibid.*, n° 22.
[1467] V. not. au sujet des droits potestatifs I. NAJJAR, *Le droit d'option : contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, thèse, LGDJ, 1967, préf. P. RAYNAUD, *passim*.
[1468] G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, op. cit.*, n° 774.
[1469] *Ibid.*
[1470] *Ibid.*

valablement formé. Il faut alors distinguer les conditions purement potestatives – qui sont prohibées en ce qu'elles soulèvent un problème relatif au consentement nécessaire à la formation même du contrat – des droits potestatifs qui sont octroyés dans le cadre d'un contrat auquel les parties sont tenues. Par exemple, l'existence d'une clause de dédit ne confère pas un pouvoir arbitraire à l'une des parties sur le maintien du contrat. A ce titre, la clause de dédit est définie comme « une stipulation conférant à son titulaire un droit conventionnel de repentir à titre onéreux »[1471]. Il apparaît bien impossible de considérer qu'une telle clause de dédit confère à son bénéficiaire un pouvoir arbitraire sur le maintien du contrat, ce qui est précisément condamné s'agissant de la prohibition des conditions purement potestatives. La fonction de la condition n'est pas, contrairement aux droits potestatifs, de « permettre la survie de la volonté de leur titulaire, par-delà l'échange des consentements, en autorisant leur action libre et unilatérale au cours de l'exécution de la relation contractuelle »[1472].

Si la volonté d'une partie ne peut ainsi pas faire l'objet d'une condition, il n'est toutefois pas exclu qu'elle joue un rôle dans son accomplissement. La prohibition des conditions potestatives n'exclut pas une telle possibilité.

### b. La portée de la prohibition des conditions potestatives

**361. Le possible rôle de la volonté dans l'accomplissement des conditions.** La prohibition des conditions purement potestatives dépendant de la volonté du débiteur ne s'oppose pas à ce que la volonté des parties, quelle qu'en soit la qualité, ou encore d'un tiers, intervienne dans le jeu de la réalisation d'une condition. Il en est ainsi des conditions simplement potestatives et de celles antérieurement qualifiées de conditions mixtes.

D'après l'ancien article 1171 du Code civil, la condition mixte « *dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties et de la volonté d'un tiers* ». Bien que la volonté d'une partie entre en jeu, la validité d'une telle condition ne fait aucun doute dans la mesure où l'élément d'extériorité est présent : la volonté du tiers. C'est le cas, par exemple, de la condition portant sur l'obtention d'un prêt bancaire : la volonté du contractant joue un rôle au stade de la demande de prêt mais elle n'a pas la maîtrise du résultat, soumis à la volonté d'un tiers, celle de la banque. La condition simplement potestative dépend quant à elle de la volonté d'une des parties mais

[1471] C. HUMANN, « La spécificité de la clause de dédit », *RDI* 1997, p. 169, n° 4. L'auteur explique en effet que « contrairement aux droits de repentir légaux, la gratuité de la clause de dédit est rare, voire inexistante. La réalité économique ne permet pas à celui qui s'engage de le faire gratuitement. Dès lors, il est possible de considérer que le mécanisme de la clause de dédit repose sur son caractère onéreux et que, sans sacrifice pécuniaire, la libération ne peut être obtenue » [*ibid.*, n° 11].
[1472] G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, op. cit.*, n° 774.

aussi de circonstances qui lui sont étrangères, de sorte qu'ici encore la condition est valable[1473]. En droit allemand des conditions dépendant ainsi de la volonté d'une partie et d'un fait qui lui est extérieur sont admises[1474]. De même, en droit anglais, il est admis qu'une condition puisse dépendre de la volonté d'une partie et de celle d'un tiers ou d'un fait extérieur[1475].

Si la condition doit être extérieure au consentement de celui qui s'oblige, elle doit, en outre, être extérieure à la contrepartie.

### *2. L'extériorité de l'événement à la contrepartie*

**362. Nature et modalité intrinsèque d'exécution de la contreprestation.** Le critère de l'extériorité de la condition n'est pas rempli lorsque celle-ci porte sur un événement intrinsèquement lié à la définition de la contrepartie, de sorte que l'événement en question participe directement de l'objet même du contrat. Les stipulations relatives à l'exécution de la contreprestation ne constituent pas des conditions à défaut d'être extérieures à l'objet même du contrat : elles précisent l'obligation elle-même, plus qu'elles ne conduisent à prendre en compte le risque d'insatisfaction des motifs que celle-ci doit servir. Il en est de même en matière de contrat aléatoire : la physionomie du contrat aléatoire consiste précisément à faire dépendre la nature même de la contrepartie d'un aléa. Le contrat aléatoire ne peut recevoir la qualification de contrat conditionnel, à tout le moins pas au sens ici retenu. Il convient, en définitive, de distinguer la condition des modalités intrinsèques d'exécution de la contreprestation (a) et de l'aléa qui peut être l'objet de la contrepartie (b).

#### **a. La distinction de la condition et des modalités intrinsèques d'exécution de la contreprestation**

**363. Les stipulations visant à garantir l'obtention de la contrepartie.** Les stipulations relatives aux modalités intrinsèques d'exécution de la contreprestation promise ne constituent pas des conditions en ce qu'elles tendent, non pas à intégrer un risque d'insatisfaction des motifs, mais à en garantir la bonne réalisation. Lorsque l'exécution d'une obligation est présentée comme la condition d'une autre, il s'agit pour les parties de définir un ordre d'exécution des prestations : l'exécution de l'une constitue alors le terme suspensif de l'autre.

---

[1473] La jurisprudence a pu qualifier cette condition de condition mixte [v. Y. BUFFELAN-LANORE et J.-D. PELLIER, « Condition », in *Repertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 15].
[1474] V. H. P. WESTERMANN, in *Münchener Kommentar zum BGB, op. cit.*, n° 22. Il en est ainsi, par exemple, de la condition résolutoire portant sur l'échec de la revente du bien acheté avant une certaine date.
[1475] V. M. FURMSTON, G. J. TOLHURST, *Contract Formation, Law and Practice, op. cit*., n° 9. 02.

La distinction entre les événements participant de la définition de l'engagement d'une partie et ceux qui lui sont extérieurs se retrouve exprimée sous un angle intéressant en droit anglais. Les *conditions* se distinguent des *promises* dans la mesure où la non-réalisation des premières fonde, le cas échéant, la remise en cause du contrat et la libération des parties, tandis que l'inexécution des secondes engage la responsabilité de celui qui en est débiteur[1476]. Le fait qu'un événement constitue le terme extinctif de l'obligation d'une partie ne signifie en effet pas que celle-ci sera libérée de toute responsabilité à l'arrivée du terme. Au contraire, en cas de condition résolutoire, les parties ne seront pas tenues de dommages et intérêts sur le fondement de leur responsabilité contractuelle, à tout le moins pas au titre de la survenance de l'événement visé, qui, précisément, leur est extérieur.

**364. Illustration de la clause de réserve de propriété.** La distinction entre les conditions et les modalités intrinsèques d'exécution de la prestation peut être illustrée à travers la clause de réserve de propriété. Définie par l'article 2367 du Code civil, la clause de réserve de propriété est le mécanisme par lequel il est convenu que le vendeur de la chose vendue restera propriétaire de la chose jusqu'au complet paiement du prix par l'acheteur. La clause de réserve de propriété est, depuis l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme des sûretés, qualifiée de sûretée réelle mobilière[1477]. La qualification de condition ou de terme de la clause de réserve de propriété a pu être défendue par une partie de la doctrine[1478], la jurisprudence ayant pu retenir celle de condition suspensive[1479]. Suivant les termes d'un auteur, cette analyse « *n'en était pas moins regrettable, car elle revenait à analyser un effet de la vente, à savoir l'obligation de payer, comme une condition, laquelle est par définition un élément extérieur au contrat* »[1480]. La qualification de la réserve de propriété de terme suspensif, défendue par une partie de la

[1476] V. S. EMANUEL, *op. cit.*, p. 202 : « Suppose that *A* and *B* have a contract containing a reference to a particular act by *B*. If *B*'s act is a condition to *A*'s duty, then *B*'s non-performance will discharge *A*'s duty. If the contractual reference to *B*' act constitutes a *promise* by him to do that act, then *B*' non-performance will be a breach of contract, entitling *A* to damages » [notre traduction : « Supposons que A et B soient parties à un contrat contenant une référence à un acte particulier devant être réalisé par B. Si l'acte de B est une condition de l'obligation de A, alors l'inexécution par B libérera A de son obligation. Si la référence contractuelle à l'acte de B constitue une promesse par lui de le réaliser, alors l'inexécution de B sera une inexécution du contrat, conférant à A un droit à des dommages et intérêts].

[1477] V. article 2329, 4° du Code civil qui dispose que « [l]es sûretés sur les meubles sont (...) 4° La propriété retenue ou cédée à titre de garantie ».

[1478] V. O. BARRET, « Vente : effets », *Repertoire de droit civil*, Dalloz, janvier 2007, n° 133.

[1479] V. par ex. Cass. com. 19 oct. 1982, *Bull. civ.* IV, nº 321, *D.* 1983, IR 482, obs. B. AUDIT, *RTD civ*. 1984. 515, obs. J. HUET ; Cass. com. 11 juin 1985, *Bull. civ.* IV, nº 190.

[1480] V. O. BARRET, « Vente : effets », *Repertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 133.

doctrine[1481], doit être préférée dans la mesure où l'événement visé est l'exécution de l'obligation d'une partie[1482].

La condition, extérieure aux modalités intrinsèques d'exécution de la contreprestation, doit, par ailleurs, être distinguée de l'aléa qui est susceptible de participer de la définition de la contrepartie.

### b. La distinction de la condition et de l'aléa en tant qu'objet de la contrepartie

**365. L'intégration différente de l'incertitude.** « Si l'aléa est irréductible ou s'il est recherché, il peut être appréhendé par le contrat à des degrés divers, allant de la simple obligation d'information jusqu'à la soumission de l'étendue voire de l'existence des obligations au hasard. La conclusion d'un contrat aléatoire ou la stipulation d'une condition en sont des illustrations »[1483]. Cette analyse faite par un auteur à propos de la place de l'aléa dans la théorie contratuelle met en lumière la proximité des concepts de contrat aléatoire et de condition, qui portent tous les deux sur l'intégration dans le contrat d'une incertitude. L'article 1108 alinéa 2 du Code civil définit le contrat aléatoire comme celui par lequel « les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain ». Comme la condition, le contrat aléatoire a pour objet un risque – un événement incertain – dont dépend les effets du contrat. Ainsi, « la présence d'un événement incertain se trouve au cœur de ces deux concepts. Tous deux tentent à leur manière d'intégrer le hasard dans le champ contractuel afin de mieux pouvoir l'encadrer »[1484].

Au regard de leur proximité conceptuelle, la question se pose de la distinction entre la condition et l'aléa. A ce titre, l'obligation aléatoire se distingue de l'obligation conditionnelle au regard du critère d'extériorité propre à cette dernière[1485]. Plus précisément, l'incertitude est

---

[1481] *Ibid.*

[1482] M. BARRET relève en ce sens « d'une part que l'article L. 624-16, alinéa 2, du code de commerce, dans sa dernière version, ne décrit plus la clause de réserve de propriété comme « subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix » ; d'autre part, le nouvel article 2367 du code civil énonce que la clause de réserve de propriété « suspend [et non pas subordonne] l'effet translatif jusqu'au complet paiement ». Il suggère ainsi que, dans l'esprit des rédacteurs de la clause, le paiement doit être envisagé comme certain pour que celle-ci puisse être analysée comme une réserve de propriété ; ce qui oriente la qualification d'une telle réserve vers le terme plutôt que vers la condition » [O. BARRET, « Vente : effets », *Repertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 133]. *Adde* F. PEROCHON, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, thèse, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1988, n° 71 et s., v. spéc. n° 72 : « (...) l'analyse est en accord avec la conception fondamentale de la vente : seule est retardée l'exigibilité de l'obligation de transférer la propriété , obligation qui prend naissance dès la perfection du contrat. La qualification de terme, admise par le droit positif, devrait même selon nous être la seule possible ».

[1483] Y.-M. LAITHIER, « Aléa et théorie générale du contrat », art. préc., p. 7.

[1484] O. MILHAC, thèse préc., n° 438.

[1485] V. en ce sens *ibid.*, n° 445 : « Avec l'aléa, c'est le contenu de l'obligation qui est incertain. Avec la condition, seul le contenant, le cadre, est incertain ».

l'essence de l'objet du contrat aléatoire tandis que l'incertitude de l'événement visé par une condition ne participe de l'objet du contrat que de façon accidentelle. Ainsi, alors que, dans le contrat aléatoire, les parties contractent au sujet d'une incertitude, par la stipulation d'une condition, les parties s'engagent en dépit d'une incertitude. En d'autres termes, alors que la condition permet aux contractants d'intégrer l'incertitude de leur motif, l'incertitude est, en elle-même, le motif de leur engagement à un contrat aléatoire[1486]. Cette distinction est confortée par l'analyse faite par la doctrine anglaise de deux types de contrats aléatoires reconnus : le contrat d'assurance (*insurance contract*) et le contrat de pari (*wagering contract*)[1487]. Dans le contrat d'assurance, comme dans le contrat de pari, les parties contractent au sujet d'un risque qui constituent l'intérêt même de leur engagement[1488]. L'intégration de l'incertitude dans le contrat aléatoire ne se situe pas sur le même niveau que celle résultant de la stipulation d'une condition. Un contrat aléatoire peut, à ce titre, être conclu sous des conditions qui ne porteront alors pas sur l'aléa lui-même mais sur un événement extérieur à l'acte et qui est susceptible d'en compromettre l'intérêt[1489].

La distinction de l'aléa et de la condition permet en définitive de mettre en évidence l'importance de l'appréhension de la notion de condition au-delà de la définition de son objet. En effet, dès lors que la condition porte sur un événement incertain dont la réalisation est déterminante de la satisfaction des motifs des parties, sans constituer le motif même de leur engagement, elle constitue essentiellement une technique de gestion d'un risque accidentel. La compréhension de la notion de condition suppose alors d'en considérer la fonction particulière, à savoir déroger à la répartition tacite des risques prévisibles, qui sont susceptibles d'affecter la réalisation de leurs motifs.

## §2- La fonction de la condition

**366. La condition comme technique de dérogation à la répartition des risques prévisibles.** Suivant l'analyse de M. BONNET, la condition est une notion qui, conformément

---

[1486] Rappr. O. MILHAC, thèse préc., n° 445 : « lorsque l'on contracte un engagement aléatoire, on sait dès le jour de la conclusion du contrat que l'on est réellement et définitivement engagé. Seul le contenu, l'étendue de cette obligation pure et simple demeurera encore incertain et ne se révélera qu'en cours d'exécution du contrat. En revanche, lorsque l'on s'engage pour une obligation conditionnelle, si l'on connaît dès la conclusion du contrat l'étendue de l'engagement, son contenu ce ne sera qu'en cours d'exécution du contrat que l'on saura si cette obligation déjà déterminée existera définitivement ou non. (…) Ce serait donc deux techniques différentes de faire pénétrer le hasard dans le champ contractuel, l'une appréhendant l'existence de l'obligation, l'autre son objet ».

[1487] V. J. LOWRY, P. RAWLINGS, R. MERKIN, *op. cit.*, p. 5.

[1488] La différence entre le contrat d'assurance et le contrat de pari tient alors au fait que, dans le premier, le risque existe indépendemment du contrat, alors que, dans le second, le risque est créer par le contrat lui-même [*ibid.*].

[1489] V. par ex. l'article L. 231-4 du Code de la construction et de l'habitation qui permet d'affecter d'une condition suspensive l'obtention de l'assurance de dommages-ouvrage obligatoire.

à la distinction établie par le doyen VEDEL, peut être qualifiée de fonctionnelle, par opposition aux notions conceptuelles[1490]. En tant que telle, c'est sa fonction qui lui « *confère seule une véritable unité* »[1491]. Dès lors que la définition d'une notion fonctionnelle « *prend comme point d'appui les besoins auxquels elle est censée répondre* »[1492], la compréhension de la notion de condition suppose de considérer son utilité en tant que technique juridique. A ce titre, la condition apparaît comme une technique dont les parties usent afin de déroger à une certaine répartition d'un risque en principe laissé à celui qui le subit. En ce sens, M. MILHAC décrit le mécanisme de la condition comme « *une clause de gestion des risques du contrat permettant l'intégration dans le champ contractuel d'événements extérieurs qui, sans cette clause, verraient leurs effets sur le contrat écartés par le juge en vertu de la force obligatoire du contrat* »[1493]. La condition est essentiellement une technique contractuelle par laquelle les parties vont déroger à la répartition normale d'un risque prévisible de nature à affecter la réalisation de leurs motifs[1494]. Il résulte de cette fonction de la condition que celle-ci ne peut être qu'expresse. L'analyse du sens de la fonction de la condition, à savoir déroger à la répartition tacite d'un risque prévisible (A), précédera celle de l'exigence, corrélative, de son caractère exprès (B).

### A- La dérogation par la condition à la répartition tacite d'un risque prévisible

**367. La charge des risques prévisibles.** Le principe est, s'agissant des circonstances prévisibles, que chaque partie supporte le risque que le contrat ne réponde pas à ces attentes en raison d'un événement futur, quand bien même ce dernier eût été incertain au moment de la conclusion du contrat. C'est dire que, au regard de la prévisibilité du risque, les parties ont la responsabilité de s'accorder pour qu'il ne soit pas laissé à la charge de celle qui le subit. La condition remplit donc sa fonction en présence d'un risque prévisible (1), dont elle conduit à modifier la charge (2).

---

[1490] D. BONNET, thèse préc., n° 46.
[1491] Propos du doyen VEDEL, cité par D. BONNET, thèse préc., n° 46.
[1492] *Ibid.*
[1493] O. MILHAC, thèse préc., n° 331.
[1494] En ce sens v. O. MILHAC, thèse préc., n° 332 : « Clause de gestion des risques du contrat, la condition va en effet permettre un transfert des risques d'un contractant à l'autre. Alors qu'en principe les risques sont à la charge du débiteur, sauf à ce dernier à prouver que l'événement intervenu remplit les conditions de la force majeure, l'insertion de la condition dès la conclusion du contrat va entraîner un transfert des risques qui seront mis à la charge de son cocontractant puisque l'obligation qui sera visée deviendra inexistante et la responsabilité de son débiteur écartée. Les risques d'inexécution à la charge normalement du débiteur ayant souscrit l'obligation se trouvent donc transférés par le jeu de la condition vers son cocontractant, le créancier. De ce transfert de risque occasionné par la condition, on peut tirer deux conséquences : la condition est en général insérée dans l'intérêt d'une partie ; elle peut avoir un coût ».

### *1. L'existence d'un risque prévisible*

**368. La notion de risque prévisible.** Les risques prévisibles sont les événements de nature à affecter la satisfaction des motifs des parties et qui peuvent être raisonnablement anticipés. La condition concerne des événements clairement identifiables et qui sont déterminants de la satisfaction des attentes des parties. Suivant des auteurs, « *[l]e contrat inscrit une opération économique dans la durée* » et, lorsqu'il correspond à une opération financière, commerciale ou industrielle complexe « *[s]a réalisation (…) dépend, alors, de multiples paramètres : de l'ardeur ou de la négligence d'un partenaire…des variations du coût de la fourniture…de l'alternance de la politique…de la modification des technologies concurrentes…d'un changement de la loi ou de son interprétation…* »[1495]. Néanmoins « *[l]e contrat n'est pas un temps subi ; il est un temps voulu, organisé par l'intelligence et la liberté des intéressés* »[1496]. La prévision contractuelle passe notamment par une maîtrise des risques prévisibles assurée par la technique de la condition.

Le risque peut consister en la non-survenance d'un événement souhaité. C'est le cas, par exemple, de l'obtention d'une autorisation – telle un permis de construire – permettant la construction d'une maison. L'idée est alors que l'achat d'un terrain n'est de nature à répondre aux attentes d'un contractant qu'au regard de l'obtention de l'autorisation lui permettant de réaliser le projet dans lequel s'inscrit la conclusion de l'acte. Néanmoins ces événements sont incertains, de sorte que si le contractant s'engage sans négocier de condition, il sera lié quand bien même son motif – la construction de la maison – ne serait pas satisfait. La réalisation d'événements prévisibles peut, au contraire, être redoutée : dans ce cas, les parties ne souhaitent s'engager qu'au regard du maintien de certaines circonstances déterminées. A titre d'illustration, il en est ainsi lorsqu'un contrat est conclu en considération du statut particulier d'une des parties, dont la conservation est incertaine, ou de la pérennisation d'un état de fait. L'intérêt de la condition est de permettre aux parties de s'engager immédiatement, sans attendre la stabilisation de leurs motifs, dès lors que le risque porté par un événement incertain ne sera pas laissé à la charge de celui qui le subit.

---

[1495] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 841.
[1496] *Ibid.*

### *2. La modification de la charge du risque*

**369. La modification tacite de la charge du risque.** Le principe est que les événements prévisibles susceptibles d'affecter la satisfaction des motifs des parties sont des risques qui sont tacitement mis à la charge du contractant qui le subit. Cette solution est conforme au principe de liberté contractuelle : il appartient aux parties d'en faire usage pour s'assurer de la satisfaction de leurs attentes. La condition se présente alors comme la technique contractuelle permettant de déroger à cette répartition tacite des risques prévisibles. A ce titre, d'après l'analyse de M. MILHAC, la condition réalise un « *transfert des risques d'un contractant à l'autre* »[1497]. Il ne s'agit toutefois pas en réalité d'un transfert des risques dans le sens où il n'appartiendra pas au cocontractant d'en assumer contractuellement les conséquences, comme cela serait le cas en présence d'une obligation de garantie d'un certain résultat. La condition va, au contraire, conduire à la libération des parties sans qu'aucune d'entre elles ne soit tenue de porter la responsabilité de sa non-réalisation. Il n'est donc pas tant question de transfert de risque que de suppression de la charge du risque, pour une partie, d'être juridiquement tenue par un contrat en dépit de la survenance d'un événement entraînant l'insatisfaction de ses attentes. Il peut d'ailleurs être relevé que la condition n'a souvent d'intérêt que pour une seule des parties[1498], en faveur de laquelle elle constitue alors, en pratique, une voie de sortie pouvant être invoquée en cas de non-satisfaction de la condition. L'insertion d'une ou plusieurs conditions va représenter un enjeu important au stade de la négociation du contrat, ce qui se traduira le plus souvent, par un coût[1499].

La technique de la condition présente une certaine limite : il est assez peu imaginable, dans les faits, que, dans un même contrat, les conditions puissent être multipliées afin qu'un contractant soit pleinement assuré, en toutes circonstances, de la satisfaction de ses attentes. Seuls les risques dont les conséquences sont particulièrement peu souhaitables et qui sont, par ailleurs, les plus probables feront l'objet de conditions. Un contractant ne pourra alors, en pratique, se prémunir contre tous les risques prévisibles. Le recours à des conditions soulève un double enjeu : celui de la perception exacte de la portée de l'engagement pris par les parties, et celui, corrélatif de leur rédaction.

## B- L'exigence du caractère exprès de la condition

[1497] O. MILHAC, thèse préc., n° 332.
[1498] *Ibid.*
[1499] *Ibid.*

**370. Le sens du caractère exprès de la condition.** La fonction de la condition consistant à déroger à la répartition tacite des risques prévisibles, il en résulte, logiquement, qu'elle doit être expresse. L'exigence du caractère exprès de la condition n'est toutefois pas purement formelle. En effet, il doit être clair et manifeste que les parties ont entendu faire dépendre le sort de leur contrat d'une condition. Le caractère exprès de la condition implique le recours à une formulation par laquelle le sort du contrat est lié à la satisfaction des motifs portés par la condition (1). Du point de vue rédactionnel, la formulation de la condition soulève alors des difficultés particulières qu'il convient de mentionner dans la mesure où son efficacité, en tant que technique contractuelle, en dépend (2).

### *1. La formulation de la condition*

**371. Principe et exceptions au caractère exprès de la condition.** Suivant l'analyse de la doctrine allemande, la formulation de la condition doit exprimer le fait que l'exécution du contrat sera dépendante d'un événement futur et incertain, ce qui s'oppose à la possibilité d'une condition tacite[1500]. Il doit apparaître clairement que si un événement se réalise ou, au contraire, fait défaut, alors les effets du contrat ne seront pas ceux qu'il aurait produits sans cette condition. L'idée est ainsi que l'exécution du contrat doit être expressément subordonnée à un événement déterminé (a). Par exception, des conditions peuvent être considérées comme tacitement intégrées au contrat (b). L'existence d'une condition va être caractérisée alors même que les parties n'ont pas clairement prévu que l'exécution du contrat serait dépendante de la réalisation ou non de l'événement considéré. Ces conditions tacites résultent néanmoins de règles spéciales et sont justifiées par certains impératifs d'ordre public, de sorte qu'elles ne contredisent pas le principe général selon lequel la condition doit être expresse.

#### a. La subordination expresse de l'exécution du contrat à un événement déterminé

**372. La logique de l'implication.** L'intégration d'une condition dans un contrat suppose le caractère exprès de la volonté des parties de déroger à la répartition contractuelle d'un risque donné en organisant les conséquences, sur le contrat, de sa survenance. Concrètement, la condition doit, pour être qualifiée comme telle, prévoir précisément les conséquences d'un événement futur et incertain sur l'exécution du contrat. Cette exigence se traduira alors, suivant la dichotomie classique des conditions suspensive et résolutoire, par la prévision de la

[1500] V. R. BORK, *Staudinger, Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, Vorbemerkungen zu §§ 158-163, n° 8.

suspension de l'exécution des obligations dans le délai de réalisation de l'événement visé par la condition ou, au contraire, par leur anéantissement. C'est dire qu'il ne suffit pas qu'une clause du contrat, fût-elle nommée « condition », indique que certaines circonstances sont déterminantes de l'utilité poursuivie par le contrat : ce dernier doit être clairement dépendant d'un événement déterminé.

**373. La formalisation de la condition.** Sur le plan formel, le caractère exprès de la condition rend incontournable sa matérialisation par le biais d'une mention écrite[1501]. Celle-ci peut néanmoins être qualifiée en l'absence de clause expressément intitulée « condition » par les parties[1502]. La condition peut faire l'objet, de façon assez évidente, d'une clause particulière du corps du contrat qui pourra figurer dans une rubrique spéciale nommée « conditions ». Elle pourra également être mentionnée dans d'autres parties de l'*instrumentum*, notamment dans le préambule[1503]. En effet, suivant l'analyse de la doctrine, « *il n'y a pas de phrase gratuite dans un contrat, même si elle se situe dans le préambule ou une annexe, tous les volets du contrat ayant la même autorité* »[1504]. L'exigence du caractère exprès de la condition connaît néanmoins des exceptions : certaines conditions sont imposées par la loi de sorte qu'elles sont tacitement intégrées au contrat au regard de sa nature.

### b. La subordination tacite de l'exécution du contrat à un événement incertain

**374. Les conditions tacitement imposées par des législations spéciales.** Certaines conditions sont intégrées au contrat alors même que les parties n'ont pas expressément fait

---

[1501] Il peut, à ce titre, être souligné que le rôle de l'*instrumentum* s'agissant de rapporter la preuve du contenu du contrat est présenté comme essentiel, notamment en droit anglais. En effet, comme l'observent certains auteurs, « le droit anglais des contrats n'interprète pas les contrats au regard de l'intention des parties mais se réfère plutôt à ce que les parties ont exprimé et rédigé. Les contrats sont principalement interprétés sur la base d'une lecture exégétique des dispositions écrites » [ M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux*, *Analyse et rédaction de clauses*, 2ème éd., Bruylant, 2003, p. 126-128]. La preuve du contenu du contrat par l'*instrumentum* est d'autant plus forte en droit anglais en raison de la dite « *parol evidence rule* ». Selon cette règle, « les parties n'ont pas la possibilité de prouver que certaines dispositions spécifiques viennent s'ajouter, modifier ou contredire les dispositions écrites » [*ibid*., p. 131-132]. La *parol evidence rule* ne s'oppose toutefois pas aux éléments de preuve visant à éclairer le contenu obscur de l'accord, ni aux dispositions implicites qui peuvent être incorporées dans le contrat. En outre, les parties peuvent toujours démontrer que tel document participe de l'*instrumentum* de leur accord ou rapporter la preuve d'une modification postérieure de leur contrat ou d'un contrat complémentaire entre les parties (*collateral contract*). Ainsi, des auteurs constatent que « [l]es Cours anglaises n'admettent pas la preuve contre le contenu aux actes, mais elles admettent à l'occasion la preuve outre le contenu aux actes » [R. DAVID, D. PUGSLEY, *op. cit*., n° 362]. Une façon d'exclure toute discussion consiste pour les parties à prévoir une clause d'« entire agreement » permettant d'établir que tel document contractuel constitue l'expression complète et définitive de leur accord.

[1502] Et, inversement, l'intitulé d'une clause de « condition » ne signifie pas nécessairement qu'il en s'agit bien d'une.

[1503] V. en ce sens J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 120 : « Le préambule peut également indiquer les liens attachant le contrat à d'autres opérations et jouer le rôle d'une « clause condition ». Il permettra encore d'établir le lien d'indivisibilité que les parties ont entendu nouer entre plusieurs de leurs accords ».

[1504] *Ibid.*, n° 1726.

dépendre son sort d'un événement déterminé. Dans ce cas, la condition est, par exception, tacite et justifiée par des considérations particulières d'ordre public. Cela s'illustre, en droit français, en matière de crédit immobilier, régi par le Code de la consommation. En effet, il résulte de l'article L. 313-41 du Code de la consommation que lorsque l'acte d'acquisition d'un bien immobilier « *indique que le prix est payé, directement ou indirectement, même partiellement, à l'aide d'un ou plusieurs prêts (...), cet acte est conclu sous la condition suspensive de l'obtention du ou des prêts qui en assument le financement* ». C'est dire que la seule mention du financement de l'acquisition du bien immobilier par un crédit bancaire suffit à ce que l'acheteur puisse se prévaloir d'une condition suspensive selon laquelle l'exécution du contrat de vente est subordonnée à l'obtention du prêt. La condition est ici tacitement imposée dans un objectif de protection du consommateur qui peut s'en prévaloir quand bien même l'acte n'aurait pas clairement subordonné la conclusion de la vente à l'obtention du crédit.

De telles conditions légales portant sur des *linked transactions* (contrats liés) sont consacrées en droit anglais par le *Consumer Credit Act* de 1974. Ainsi, la règle est qu'une *linked transaction* ne prend pas effet tant que l'accord principal n'est pas conclu et que l'annulation du contrat principal entraîne celle de la *linked transaction*[1505]. Plusieurs types de *linked transactions* sont identifiés dans la Section 19 (1) du *Consumer Credit Act*. S'y retrouvent, notamment, celles visant le financement d'un contrat principal[1506].

En droit allemand, le § 358 du BGB est consacré aux « contrats associés »[1507] (*verbundene Geschäfte*) relevant du droit de la consommation. D'après le (3) de ce texte, « *[u]n contrat ayant pour objet la livraison d'une marchandise ou la fourniture d'une autre prestation et un contrat de prêt de consommation sont associés si le prêt sert à financer en totalité ou en partie l'autre contrat et s'ils forment tous les deux une unité économique* »[1508]. Suivant la formule d'un auteur, « *les contrats liés partagent leur destin* »[1509] . Outre le fait que la révocation (*Widerruf*) par un consommateur d'un contrat lié à un autre le libère de ce dernier en application du § 358 (1) et (2) du BGB, si un contrat principal et un contrat de financement participent d'une même unité économique (*wirtschaftliche Einheit*), alors le consommateur peut, conformément au § 359 du BGB, refuser le remboursement du prêt dans la mesure où il ne serait pas tenu de fournir sa prestation dans le cadre du contrat principal.

---

[1505] A. HILL-SMITH, *Consumer Credit : Law and Practice*, 2nd ed., Informa Law from Routledge, 2015, n° 112, p. 21.
[1506] *Ibid.*, n° 114 et s.
[1507] Traduction de l'allemand par G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, *Code civil allemand*, *op. cit.*
[1508] *Ibid.*
[1509] H. STAAB, P. STAAB, *Kreditvertrags- und Kreditsicherungsrecht, Die Rechtsprechun des BGH*, Springer Gabler, 2014, n° 7.12 [notre traduction, texte original : « Verbundene Verträge teilen dagegen ihr Schicksal »].

Il existe donc dans les droits étudiés des conditions tacites portant notamment sur l'interdépendance d'un contrat avec un autre, spécialement prévues en matière de contrats de consommation. Si de telles exceptions à l'exigence de la formulation expresse de la condition apparaissent légitimes au regard de l'impératif de protection du consommateur, l'admission générale d'une condition tacite portant sur l'interdépendance de contrats ne semble pas justifiée. Or l'article 1186 du Code civil relatif à la caducité pourrait être interprété comme ayant consacré une telle condition tacite dans le cas où plusieurs contrats sont nécessaires à la réalisation d'une opération globale unique.

**375. La problématique des ensembles contractuels.** L'article 1186 du Code civil relatif à la caducité du contrat pour disparition d'un élément essentiel prévoit une hypothèse particulière de caducité : celle résultant de l'interdépendance contractuelle[1510]. Ainsi, l'alinéa 2 de ce texte dispose que « *[l]orsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie* ». D'après un auteur, deux hypothèses de caducité sont ici posées : « *l'exécution devenue impossible, ce qui correspond à l'impossibilité de l'effet de droit ; l'exécution devenue sans intérêt, ce qui correspond à l'inutilité de l'effet de droit* »[1511]. Il apparaît de prime abord que la mise en œuvre de la caducité ne suppose pas que les parties aient expressément fait dépendre le sort du contrat d'un autre. D'après l'alinéa 3 de l'article 1186, il suffit alors que le contractant contre lequel la caducité est invoquée ait eu connaissance de l'existence de l'opération d'ensemble au moment de la conclusion du contrat. La caducité d'un contrat interdépendant d'un autre qui disparaît ne reposerait donc pas sur l'intégration par les parties d'une condition expresse, mais sur le seul constat de la participation des actes à une opération d'ensemble dont toutes les parties ont connaissance. Or si une telle solution est tout à fait envisageable dans les cas où l'interdépendance de certains contrats est spécialement prévue et réglementée par le législateur pour des considérations d'ordre public de protection, elle ne devrait pas être retenue, de façon générale, pour tous les ensembles contractuels.

---

[1510] La notion a fait l'objet de nombreuses études, v. not. B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, thèse, préf. J.-M. MOUSSERON, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1975 ; J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité des actes juridiques*, thèse, préf. M. CABRILLAC, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1999 ; S. PELLE, *La notion d'interdépendance contractuelle, Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, thèse, préf. J. FOYER et M.-L. DEMEESTER, Dalloz, 2007 ; S. BROS, *L'interdépendance contractuelle*, thèse dactyl., Paris II, 2001.

[1511] G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », art. préc., n° 35.

La détermination des conséquences de la disparition d'un contrat sur un autre devrait s'opérer conformément à la répartition contractuelle des risques. A ce titre, le critère de la connaissance de l'existence d'une opération d'ensemble, mis en avant par l'alinéa 3 de l'article 1186, apparaît non seulement inopportun mais, en outre, incohérent s'agissant de considérer que le risque d'inutilité du contrat conclu résultant de la disparition d'un autre n'est pas mis à la charge du contractant qui le subit. Inopportun, tout d'abord, dans la mesure où, pour reprendre les termes de MM. DESHAYES, GENICON et LAITHIER, « *un mobile connu de l'autre n'est pas un mobile accepté par lui. Il y a une différence fondamentale entre l'acceptation et la simple connaissance* »[1512]. En effet, le fait qu'un contractant ait connaissance du fait que le contrat qu'il conclut participe d'une opération d'ensemble ne signifie pas qu'il accepte que le sort du contrat auquel il est partie soit lié à celui des autres actes nécessaires à sa réalisation. Le critère de la connaissance par le cocontractant de la participation de l'acte a une opération d'ensemble est, en outre, incohérent dans la mesure où le principe est que les risques prévisibles sont tacitement mis à la charge du contractant qui les subit et que rien ne semble justifier qu'il y soit, de façon générale, fait exception en matière d'ensembles contractuels.

Deux questions doivent, en définitive, être distinguées : celle du caractère déterminant d'un contrat pour un autre[1513] et celle de la répartition du risque que l'utilité de l'un soit compromise par la remise en cause de l'autre au stade de son exécution. La caducité d'un contrat en raison de la disparition d'un autre ne devrait alors être retenue que conformément à la répartition contractuelle des risques prévisibles susceptibles de les affecter, c'est-à-dire suivant les conditions expressément convenues par les parties. A ce titre, l'intensité de l'interdépendance des contrats prévue au moyen de conditions est susceptible de degrés divers. Ainsi, les contrats peuvent n'être liés que le temps nécessaire à la conclusion de l'ensemble des actes – à travers une condition selon laquelle les obligations de l'un sont suspendues à la conclusion d'un autre contrat – mais « *[l]es parties peuvent aussi souhaiter qu'un lien plus intense unisse les différents contrats, non seulement au stade de leur formation, mais encore à celui de leur exécution* »[1514]. Dans ce cas la condition pourra prévoir, par exemple, que si l'un des contrats interdépendants venait à cesser pour quelque raison que ce soit, l'autre demeurerait

[1512] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, art. 1186, p. 404.
[1513] Lequel peut être établi objectivement – lorsque l'analyse de la nature même des contrats permet de considérer qu'ils participent de la réalisation d'une opération globale – ou subjectivement – lorsque les parties à un contrat ont expressément convenu du caractère déterminant d'un autre – et qui peut, le cas échéant, conduire à la mise en œuvre de l'erreur. Ce serait le cas, par exemple, d'un contrat conclu dans la présupposition de la validité d'un autre contrat, laquelle se retrouverait contestée.
[1514] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 225.

sans objet[1515] ou encore que « *tout événement affectant l'exécution de l'un d'eux se répercutera automatiquement sur l'autre* »[1516]. La portée de l'interdépendance de contrats sera déterminée en fonction des événements visés par la condition permettant de lier le sort de l'un à celui de l'autre. C'est dire que l'efficacité de la préservation de l'utilité du contrat dépendra de la qualité de la rédaction des conditions, laquelle est, de façon générale, susceptible de présenter plusieurs difficultés.

### *2. Les difficultés rédactionnelles des conditions*

**376. L'anticipation des problèmes d'interprétation de la condition.** La condition n'a, le plus souvent, d'intérêt que pour un seul des contractants, à l'égard duquel elle pourra constituer une voie de sortie du contrat au regard de son inutilité avérée. L'enjeu de la rédaction efficace d'une condition tient alors à l'éventuel contentieux qui pourra survenir lorsqu'un contractant cherchera à se prévaloir son bénéfice et aux différentes interprétations qui pourront être avancées à ce moment. Deux points en particulier méritent la plus grande attention des parties au moment de la rédaction de la condition : elles doivent ainsi non seulement veiller à sa précision (a) mais, en outre, à sa cohérence (b).

#### a. La précision de la condition

**377. La précision dans la définition des événements visés et de ses conséquences sur le contrat.** Suivant l'analyse de la doctrine, la rédaction d'une condition suppose tout d'abord de répondre à la question « *Quoi ?* », c'est-à-dire que « *[l]es parties doivent d'abord préciser le ou les événement(s) constituant la condition* »[1517]. Si l'événement faisant l'objet de la condition n'est pas suffisamment défini, les parties s'exposent à un risque de contentieux lorsque l'une d'elles cherchera à s'en prévaloir. L'imprécision de la condition pourra dès lors conduire à une moindre efficacité dans la mesure où elle sera sujette à une interprétation suivant le standard du contractant raisonnable, dont les attentes ne correspondront pas nécessairement à celles du contractant considéré. Une condition rédigée en des termes très larges et approximatifs risque, en outre, d'être purement et simplement impraticable et donc totalement inefficace. *A contario*, la grande précision de l'objet de la condition pourra être considérée comme imposant une interprétation stricte.

---

[1515] *Ibid.*
[1516] *Ibid.*
[1517] *Ibid.*, n° 286.

Si l'événement doit être précisément défini, il en est de même de ses effets sur l'exécution du contrat, à défaut de quoi la clause pourra produire des effets contraires à ceux escomptés par un contractant. L'arrêt anglais *Gold Group Properties Limited v. BDW Trading Limited (formerly known as Barratt Homes Limited)*[1518] fournit une illustration de cette difficulté. En l'espèce, un litige opposait un constructeur et le propriétaire d'un terrain, les parties ayant conclu un accord de développement et entendant partager les profits de la vente des biens construits. Du fait de la crise économique du marché de l'immobilier, le constructeur fut averti que les prix de revente prévus au contrat ne pourraient pas être atteints. Il refusa alors de commencer le travail et il n'y eut aucune activité sur le site pendant un an. Le propriétaire du terrain fit une demande en référé pour les dommages résultant du refus du constructeur de s'exécuter. Ce dernier invoqua le fait que la clause relative aux prix minimums constituait une *condition* du contrat, de sorte que l'impossibilité de les atteindre lui permettait de se considérer comme libéré de son engagement. Le propriétaire du terrain estimait pour sa part que les prix minimums avaient été incorporés à titre de garantie en sa faveur, c'est-à-dire pour lui garantir un retour sur les ventes, non pour protéger le constructeur, de sorte que le refus de ce dernier de s'exécuter était fautif. Les juges ont estimé que les parties avaient admis que les prix minimums pourraient, le cas échéant, ne pas être atteints. La clause relative aux prix de revente a, par conséquent, été interprétée non pas comme visant à sécuriser les attentes de l'une ou l'autre des parties en termes de rentabilité de l'opération, mais comme indiquant une règle de partage des bénéfices du retour sur investissement. C'est dire qu'il a été considéré que les parties avaient accepté de supporter le risque d'un effondrement du marché de l'immobilier, comme elles avaient entendu bénéficier de valeurs plus élevées. En pratique, des difficultés dans la rédaction de la condition se rencontrent notamment s'agissant de la définition du rôle des parties dans sa réalisation.

**378. La précision du rôle des parties.** La précision du rôle des parties dans la réalisation de la condition est particulièrement importante lorsque celle-ci suppose l'accomplissement d'un acte par son bénéficiaire[1519], ce qui correspond à l'hypothèse d'une condition mixte[1520]. La précision des actes attendus de la part du débiteur pour que ce dernier soit fondé à se prévaloir de la condition est alors particulièrement opportune.

---

[1518] *Gold Group Properties Limited v BDW Trading Limited (formerly known as Barratt Homes Limited)* [2010] EWHC 323.
[1519] Sur la qualification de cet acte d'incombance v. B. FRELETEAU, thèse préc., n° 163 et s. Sur la notion d'incombance v. H. BOUCARD, *L'agréation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, préface Ph. REMY, LGDJ, 2005, n°480 et s.
[1520] V. *supra*, n° 364.

### b. La cohérence de la condition

**379. La cohérence des modalités de la condition.** Le délai de réalisation de la condition constitue un point essentiel qui doit être réglé par les parties au moment de sa rédaction[1521]. Comme le relèvent des auteurs, « *[p]our répondre à l'exigence d'aléa et d'incertitude du mécanisme, l'événement conditionnel doit être postérieur à la conclusion du contrat* »[1522]. La difficulté est celle de l'articulation des différents délais qui peuvent être mentionnés dans la condition. En effet, au délai de réalisation de la condition s'ajoute, le cas échéant, le délai d'accomplissement de l'acte exigé par un contractant mais aussi le délai de renonciation à la condition qui peut être imparti à son bénéficiaire[1523]. Lorsqu'un temps doit s'écouler entre l'accomplissement de l'acte exigé du contractant et la réalisation de la condition – comme c'est le cas s'agissant par exemple de l'instruction d'un dossier ou d'une demande – alors le délai imparti au contractant doit nécessairement être antérieur au-delà de la réalisation de la promesse.

La précision et la cohérence de la condition sont des enjeux pratiques du recours à cette technique contractuelle, qui peut s'avérer être une redoutable source de contentieux. L'importance de la qualité de la rédaction de la condition se mesure à l'aune de la gravité de ses effets qui consistent à remettre en cause l'exécution du contrat. Tout l'intérêt de la condition – en tant que technique permettant l'intégration de l'incertitude des motifs des parties – est, en effet, celui de son régime juridique.

## *Section 2 – Le régime de la condition*

**380. Le régime de la condition déduit de sa fonction.** L'intérêt de la condition en tant que technique juridique est de permettre aux parties de s'engager malgré l'existence d'un risque prévisible susceptible d'affecter leurs attentes, en liant le sort du contrat à la satisfaction de ces dernières. Le régime de la condition témoigne de ce double aspect. En effet, les règles applicables à la condition et qui se retrouvent unitairement dans les droits étudiés s'articulent autour, d'une part, de la nécessité de garantir l'effectivité de l'engagement des parties et, d'autre part, autour des effets de la réalisation du risque faisant l'objet de la condition. Ce n'est que si

---

[1521] V. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 299.
[1522] *Ibid.*
[1523] *Ibid.*, n° 299 : « les rédacteurs veilleront à ne pas surcharger leur accord de délais difficilement conciliables les uns avec les autres : délai de réalisation de la condition, délai de rétractation, délai de substitution d'un tiers, délai d'obtention d'un certificat d'urbanisme se retrouvent fréquemment dans les contrats de promesse et ouvrent sur de délicats problèmes d'interprétation ».

certaines exigences sont respectées que les parties seront fondées à se prévaloir de la mise en œuvre de la condition, laquelle va avoir pour effet de remettre en cause le contrat en cas d'insatisfaction des motifs qu'elle porte. Les droits français, anglais et allemand se rejoignent également sur le plan les effets de la condition qui sont classiquement distingués suivant sa nature suspensive ou résolutoire. Aussi, l'analyse des critères de mise en œuvre de la condition (§ 1), précédera celle de ses effets (§ 2).

## §1- Les critères de la mise en œuvre de la condition

**381. L'échec du jeu de la condition : une option et une sanction[1524].** L'impossibilité des motifs en raison de la réalisation d'un risque prévisible doit, à défaut de condition, être supportée par le contractant qui la subit. La condition permet d'organiser une autre répartition contractuelle des risques et elle n'est stipulée, le plus souvent, que dans l'intérêt de l'une des parties. Celui des contractants en faveur duquel la condition est stipulée dispose alors de la faculté d'y renoncer. La renonciation au bénéfice de la condition est prévue par l'article 1304-4 du Code civil. Il est similairement reconnu, en droits anglais et allemand, que le contractant en faveur duquel la condition est stipulée puisse y renoncer[1525]. En cas de renonciation au bénéfice de la condition, les engagements portés par le contrat sont réputés purs et simples. C'est dire qu'en cas de renonciation, le cocontractant du bénéficiaire de la condition ne pourra pas invoquer l'échec des motifs portés par la condition pour refuser de s'exécuter.

Si le bénéficiaire de la condition jouit ainsi d'une position favorable dès lors qu'il peut décider d'y renoncer, l'existence d'un engagement juridiquement obligatoire lui impose par ailleurs de ne pas interférer dans le jeu de la condition. En effet, la réalisation d'une condition peut en partie dépendre de la réalisation d'un acte par un contractant. Ainsi, ce dernier peut être tenté d'exercer une influence sur l'événement qui en est l'objet s'il souhaite être libéré de son engagement. Une telle instrumentalisation de la condition par le bénéficiaire est sanctionnée. C'est ce qui est notamment prévu en droit français par l'article 1304-3 du Code civil. Il résulte de ce texte que si le bénéficiaire empêche l'accomplissement d'une condition suspensive ou

[1524] Il convient ici de préciser que le terme « sanction » ne correspond pas à la présentation qui est faite par la doctrine du § 162 du BGB prévoyant que l'obstacle ou la provocation à la réalisation de la condition – suivant sa nature suspensive ou résolutoire – conduit à en neutraliser les effets. En effet, il est considéré que ce texte ne porte pas, à strictement parler, sur une sanction, dans la mesure où il suppose un lien de causalité – la seule tentative d'immixtion ne suffit pas – et où l'intention n'est pas requise. [v. H. P. WESTERMANN, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage, 2015, §162, n° 2 et s.]. Le terme sanction semble pourtant pouvoir être employé dans la mesure où, ainsi que cela est par ailleurs reconnu par la doctrine allemande, les cas faisant l'objet du § 162 du BGB sont considérés comme des comportements contraires à la fidélité au contrat attendue des parties [v. *infra*, n° 397].

[1525] Il est question, en droit anglais, de *waiving a condition* (la condition étant alors *waived*) [v. M. FURMSTON, G.J. TOLHURST, *op. cit.*, n° 9.116 et s.] et, en droit allemand, de *Verzicht auf die Bedingung* [v. H. P. WESTERMANN, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage, 2015, § 158, n° 43 et 44.].

provoque l'accomplissement d'une condition résolutoire, alors les obligations sont réputées pures et simples. C'est dire que, dans ces circonstances, la condition est neutralisée. Une disposition similaire est prévue par le § 162 du BGB, relatif à l'obstacle ou la provocation à la réalisation de la condition. La jurisprudence anglaise refuse similairement que le contractant qui a intérêt à la condition puisse s'en prévaloir alors qu'il en a contrarié le jeu[1526].

Deux exigences sont donc posées pour que la condition produise ses effets : l'absence de renonciation à la condition (A), et la non-immixtion dans le jeu de la condition (B).

### A- L'absence de renonciation à la condition

**382. Les difficultés autour de la renonciation à la condition.** La renonciation à la condition se présente comme une nouvelle répartition de la charge du risque ayant fait l'objet de la condition. La faculté de renoncer à la condition ne peut dès lors appartenir qu'à celui des contractants qui y a intérêt : il s'agit de remettre à sa charge un risque qui n'aurait, en l'absence de condition, été supporté que par lui seul. Il n'est pas admis qu'un contractant, dont les motifs ne sont pas affectés par l'événement faisant l'objet de la condition, y renonce pour son cocontractant. De même, un contractant ne peut, seul, renoncer à la condition si, n'ayant pas d'intérêt pour lui, elle en a un pour son cocontractant.

Toute la question est de savoir jusqu'à quand un contractant peut renoncer à la condition. En droit français, l'article 1304-4 du Code civil apparaît exclure la possibilité de renoncer au bénéfice de la condition après que l'événement visé a acquis un caractère certain. Dès lors, la renonciation à la condition ne pourrait pas intervenir après que l'incertitude a été levée, sauf à ce que les parties aient expressément réservé cette possibilité dans le contrat. A défaut d'accord des parties, une renonciation tardive est difficilement envisageable, car si la condition n'a, en elle-même, souvent d'intérêt que pour une seule des parties, les deux sont bien intéressées par la conclusion du contrat conditionnel. La renonciation à la condition ne peut pas être admise sans limites. D'après l'analyse de la doctrine, la renonciation à la condition pose ainsi une double question : celle du titulaire de la faculté de renoncer à la condition – « *qui ?* » – et celle du délai pour le faire – « *quand ?* »[1527]. En définitive, il convient de présenter le titulaire de la faculté de renonciation à la condition (1), avant d'en considérer le délai (2).

---

[1526] V. M. FURMSTON, G.J. TOLHURST, *op. cit.*, n° 9.111 et s.
[1527] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 659.

### *1. Le titulaire de la faculté de renoncer à la condition*

**383. L'identification du contractant ayant intérêt à la condition.** La condition est une technique permettant de déroger à la répartition tacite d'un risque prévisible, lequel est susceptible d'affecter la satisfaction des motifs d'un contractant et qui, par défaut pèse sur celui qui le subit. Or il est rare que les motifs des parties convergent parfaitement. C'est dire que la condition n'est le plus souvent stipulée que dans l'intérêt d'un seul des contractant, lequel dispose alors de la faculté d'y renoncer.

La condition permettant de faire dépendre le sort du contrat de la satisfaction des motifs d'une partie, la question de la renonciation par cette dernière à son bénéfice peut, de prime abord, apparaître quelque peu paradoxale. Une telle renonciation n'est-elle pas contraire à ses motifs et, donc, à son intérêt ? La renonciation à la condition conduit, en effet, à la neutraliser, c'est-à-dire que les obligations seront réputées pures et simples. La renonciation à une condition peut se rencontrer dans deux situations. Une partie peut souhaiter consolider le sort du contrat sans attendre d'être fixée sur celui de la condition. C'est dire, dans ce cas, que le contractant accepte de prendre à sa charge le risque d'insatisfaction de ses motifs. Diverses raisons peuvent, en pratique, expliquer ce choix : le contractant peut avoir, eu égard à l'évolution des circonstances ou de la finalité poursuivie par la conclusion du contrat, un intérêt à la stabilisation de la relation contractuelle.

**384. La reconnaissance unitaire de la faculté de renonciation à la condition par son bénéficiaire.** La possibilité pour le bénéficiaire d'une condition d'y renoncer est unitairement reconnue dans les droits étudiés. Elle figure ainsi d'abord à l'article 1304-4 du Code civil. La faculté de renonciation unilatérale par le bénéficiaire de la condition est également reconnue en droit allemand – bien qu'elle ne soit pas expressément consacrée par le BGB[1528] – et en droit anglais[1529]. La question est alors celle de savoir dans l'intérêt de quelle partie la condition a été stipulée. Dans de nombreux cas, l'identification du titulaire du droit de renonciation ne posera pas de difficulté et pourra, à défaut de prévision expresse, s'opérer par une interprétation de l'accord des parties. Comme le relèvent des auteurs anglais, il en est notamment ainsi s'agissant des conditions portant sur l'obtention d'un financement qui sont en effet généralement stipulées dans l'intérêt de l'acheteur[1530]. Ce dernier peut alors y renoncer et décider, par exemple,

[1528] V. H. P. WESTERMANN, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage, 2015, § 158, n° 43 et 44.
[1529] V. M. FURMSTON, G.J. TOLHURST, *op. cit.*, n° 9.116 et s.
[1530] *Ibid.*, n° 9.78. V. *Graham v Pitkin* [1992] 1 WLR 403.

d'utiliser ses propres fonds. Il est néanmoins envisageable que la condition soit, dans certaines circonstances particulières, dans l'intérêt des deux parties.

**385. La condition stipulée dans l'intérêt des deux parties.** Lorsque la condition est dans l'intérêt des deux parties, alors il n'est pas permis à l'une d'elles d'y renoncer unilatéralement[1531]. La qualification de la condition comme étant dans l'intérêt des deux parties pourra avoir été expressément prévue par ces dernières ou résulter d'une interprétation du contrat. En pratique, les conditions dans l'intérêt des deux parties se rencontreront notamment dans le cadre de contrats instaurant une relation de coopération ou de partenariat. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt anglais *Heron Garage Properties Ltd v Moss*[1532], un contrat de vente avait pour objet une partie d'un terrain sur lequel l'acheteur avait l'intention d'exploiter une station-service, tandis que, sur le reste du site, le vendeur projetait l'implantation d'un commerce de véhicules automobiles. Il a été jugé que la condition portant sur l'obtention d'autorisations administratives pour l'aménagement de la station service était dans l'intérêt des deux parties au contrat de vente. Le vendeur avait, en effet, intérêt à l'obtention de l'autorisation pour l'établissement d'une station service dans la mesure où elle attirerait des potentiels clients sur le site[1533].

Le refus de la renonciation unilatérale à une condition stipulée dans l'intérêt des deux parties apparaît parfaitement justifié : il n'est logiquement pas admis qu'un contractant puisse modifier la répartition contractuellement convenue de la charge d'un risque dont la survenance est de nature à affecter non seulement ses propres motifs mais également ceux de son cocontractant. Cela ne signifie toutefois pas que la condition sera nécessairement amenée à jouer. D'après l'analyse de la doctrine française, « *[l]a renonciation à une condition peut toujours être le fait des deux parties, lesquelles sont libres de modifier ensemble l'accord initial* »[1534]. De façon classique les parties peuvent, en effet, toujours s'accorder pour apporter des modifications au contrat qu'elles ont conclu ou même y mettre fin. La condition ne fait pas exception à cette règle. En dehors de ce cas, un contractant ne peut unilatéralement imposer à son cocontractant de reprendre à sa charge un risque commun qui a contractuellement fait l'objet d'un aménagement par l'intégration d'une condition.

Si la renonciation au bénéfice de la condition apparaît pleinement admise de la part de celui qui y a intérêt, dès lors qu'il ne fait que reprendre la charge d'un risque qu'il aurait, à

---

[1531] V., pour le droit anglais, M. FURMSTON, G.J. TOLHURST, *op. cit.*, n° 9. 119 et, pour le droit allemand, H. P. WESTERMANN, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 158, n° 44.
[1532] *Heron Garage Properties Ltd v Moss*, [1974] 1 WLR 148.
[1533] V. M. FURMSTON, G.J. TOLHURST, *op. cit.*, n° 9. 120.
[1534] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 659.

défaut de condition, été tenu de supporter, cela ne signifie toutefois pas que le cocontractant n'a aucun intérêt dans l'exercice de cette faculté. La renonciation, pour être efficace, doit alors intervenir dans un certain délai.

### *2. Le délai de renonciation à la condition*

**386. Le principe de la renonciation avant la réalisation de la condition.** Le bénéficiaire de la condition ne peut en principe y renoncer après la levée de l'incertitude de l'événement qui en est l'objet. Cette solution est prévue, en droit français, par l'article 1304-4 du Code civil précité. Elle est également reconnue en droit anglais. Ainsi, d'après l'analyse de la doctrine, à titre de règle générale, lorsqu'une condition est au bénéfice d'un contractant, celui-ci peut renoncer à la condition avant le délai établi pour la réalisation de l'événement[1535]. De même, en droit allemand, si l'incertitude de l'événement faisant l'objet de la condition a été levée, c'est-à-dire que cette dernière a produit ses effets, il ne peut plus être question pour son bénéficiaire d'y renoncer unilatéralement : un nouvel accord entre les parties est nécessaire[1536]. L'exigence que la renonciation à la condition intervienne avant que celle-ci n'ait produit ses effets sur le contrat est donc unitairement admise dans les droits étudiés. Elle apparaît pleinement justifiée au regard des effets de la mise en œuvre de la condition sur le contrat.

**387. La justification de la solution au regard des effets de la condition sur le contrat au moment de la levée de l'incertitude.** L'effectivité de la renonciation postérieurement à la levée de l'incertitude ne devrait *a priori* pas pouvoir être admise au regard des effets de la mise en œuvre de la condition sur le contrat. Les effets de la condition sont en principe immédiats et automatiques au moment de la levée de l'incertitude : si la satisfaction des motifs portés par la condition n'est pas atteinte[1537], le contrat est remis en cause, il est caduc suivant la présentation du droit français[1538]. C'est dire qu'aucune action n'est en principe nécessaire de la part des parties pour que la condition produise ses effets sur le contrat. La renonciation n'opérant, quant à elle, pas de façon rétroactive, admettre qu'elle puisse intervenir après la levée de l'incertitude signifie qu'elle aurait pour effet de faire renaître un contrat caduc[1539]. Une telle solution ne peut donc logiquement être admise, pas plus qu'il ne peut être envisagé qu'un nouveau contrat puisse

---

[1535] V. M. FURMSTON, G.J. TOLHURST, *op. cit.*, n° 9.117.
[1536] V. J. WILHEM, *Sachenrecht*, 3. Auflage, De Gruyter, 2007, n° 104.
[1537] Ce qui correspond à la défaillance de la condition suspensive et à la réalisation de la condition résolutoire.
[1538] V. Cass. com. 18 décembre 1962, n° 59-10.632, *Bull. civ*. 1962, III, n° 522 ; Cass. civ. 3e, 13 juillet 1999, n° 97-20.110, *Bull. civ.* III, n° 179, *RDI* 1999. 666, obs. J.-C. GROSLIERE ; Cass. civ. 3ème, 13 octobre 1999, n° 97-21682, *JCP* 2000. I. 237, obs. J. ROCHFELD ; Cass. civ. 3ème, 28 mars 2007, n° 03-14.681, *Bull. civ.* III, n° 52, *D.* 2007. 1139.
[1539] V. en ce sens J. MESTRE, « Les effets de la renonciation au jeu d'une condition suspensive », *RTD civ. 1996*. 613.

être formé par la renonciation unilatérale du bénéficiaire de la condition[1540]. Ainsi que le relève M. MESTRE, considérer que la renonciation conduit à la formation d'un nouveau contrat ou à la survie du contrat initial aurait « *pour résultat difficilement admissible de placer cette dernière* [la partie ne bénéficiant pas de la condition] *à la merci de l'autre partie* [celle bénéficiant de la condition] *qui pourrait, bien après la défaillance de la condition suspensive stipulée en sa faveur, faire savoir que, tout compte fait, elle entend donner suite à un accord auquel elle redonnerait unilatéralement force obligatoire…* »[1541]. La jurisprudence française a pourtant pu admettre l'efficacité de renonciations intervenues postérieurement à la levée de l'incertitude de l'événement faisant l'objet de la condition.

**388. Les hésitations de la jurisprudence française antérieure à la réforme.** La question de la renonciation à la condition après sa défaillance s'est notamment posée dans le cadre des promesses synallagmatiques de vente devant faire l'objet d'une réitération par acte authentique. La condition porte en pratique fréquemment sur l'obtention d'un financement ou d'une autorisation administrative. La jurisprudence a alors pu considérer que l'acquéreur, bénéficiaire de la condition, pouvait non seulement y renoncer seul mais aussi se prévaloir seul de la caducité du contrat résultant de la défaillance de la condition suspensive[1542]. Les effets de la défaillance n'étant pas automatiques, la renonciation du bénéficiaire à la condition postérieurement à la levée de l'incertitude, suivant cette solution, était envisageable. La jurisprudence a, dans d'autres arrêts, posé des limites à la faculté de renonciation du bénéficiaire d'une condition insérée dans une promesse de vente. Il ne s'agissait toutefois pas de limiter le délai de renonciation à la levée de l'incertitude de l'événement faisant l'objet de la condition. En effet, la Cour de cassation a pu estimer que le délai pour renoncer à la condition était limité au délai de l'avant-contrat, c'est-à-dire que le bénéficiaire pouvait renoncer à la condition jusqu'à la date de la réitération de la promesse par acte authentique[1543]. Une telle solution est, une nouvelle fois, contraire au principe de l'automaticité des effets de la condition, lesquels seraient reportés au terme de la promesse. A défaut pour les parties d'avoir différé les effets de

---

[1540] *Ibid.*

[1541] *Ibid.*

[1542] Cass. civ. 3ème, 22 mai 1970, *Bull. civ.* III, n° 357 ; Cass. com., 6 février 1996, n° 93-12.868, *D.* 1996. 84, *RTD civ.* 1996. 613, obs. J. MESTRE, *RTD com.* 1996. 445, obs. J. DERRUPPÉ, *ibid.* 514, obs. B. BOULOC ; Cass. civ. 3ème, 26 juin 1996, *Defrénois* 1996. 1359, art. 36434, obs. Ph. DELEBECQUE ; Cass. civ. 3ème, 13 juillet 1999, n° 97-20.116, *Bull. civ.* III. 179, n° 123, *RDI* 1999, 666 , *Defrénois* 1999, art. 37079 ; Cass. civ. 3ème 31 mars 2005, n° 04-11.752, *D.* 2005. 1181 ; *RTD civ.* 2005. 775, obs. J. MESTRE et B. FAGES, *JCP N* 2006, n° 7, 1069, obs. H. KENFACK.

[1543] Cass. civ. 3ème, 21 novembre 2012, n° 11-23.382, *D.* 2012. 2800, *ibid.* 2013. 391, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI, *AJDI* 2013.704, obs. F. COHET-CORDEY ; Cass. civ. 3ème, 29 mai 2013, n° 12-17.077, *D.* 2013. 1407, *ibid.* 2014. 630, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI, *AJDI* 2013. 231 , obs. F. COHET, *RTD civ.* 2013. 592, obs. H. BARBIER ; Civ. 3e, 9 mars 2017, n° 15-26.182, D. 2017. 646, *ibid.* 2018. 371, obs. M. MEKKI, *RDI* 2017. 286, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN, *AJ Contrat* 2017. 226, obs. Y. DAGORNE-LABBE, *RTD civ.* 2017. 393, obs. H. BARBIER.

la condition, il ne semble pas justifié que son bénéficiaire puisse y renoncer jusqu'au délai de réitération de la promesse par acte authentique. En effet, ce n'est pas parce que la condition est dans l'intérêt exclusif d'une partie que la question de sa mise en œuvre n'intéresse que cette dernière. S'agissant du cas particulier d'une promesse synallagmatique de vente, la fixation d'un délai pour la réalisation de la condition au bénéfice de l'acheteur permet au vendeur d'estimer le temps durant lequel il prend le risque, en signant le compromis, que la vente ne soit pas finalisée en raison de la non-réalisation de l'événement qui en est l'objet, sans qu'il puisse procéder à la vente avec un tiers. C'est dire que le vendeur a un intérêt certain à ne pas être placé dans une nouvelle incertitude – portant sur la renonciation ou non par l'acquéreur au bénéfice de la condition – alors qu'a été levée celle portant sur l'événement qui en est l'objet. Sauf à ce que cela soit convenu par les parties, il apparaît donc injustifié de considérer que le bénéficiaire d'une condition suspensive puisse y renoncer, après sa défaillance, dans le délai de la promesse. L'article 1304-4 du Code civil introduit par la réforme de 2016 apparaît devoir être interprété comme mettant fin à la jurisprudence ayant admis la renonciation à la condition après la levée de l'incertitude.

**389. L'exclusion de la renonciation après la levée de l'incertitude par l'article 1304-4 du Code civil.** L'article 1304-4 du Code civil est très clair : « *[u]ne partie est libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif, tant que celle-ci n'est pas accomplie ou n'a pas défailli* ». La réforme a ainsi consacré le principe de l'automaticité des effets de la condition, de sorte que la renonciation postérieurement à la stabilisation de l'événement qui en est l'objet est impossible, sauf à ce que les parties en aient expressément convenu autrement. En effet, suivant l'analyse d'un auteur, « *[r]efuser par principe, au nom de la conception « classique » et « objective » du mécanisme, la renonciation post-défaillance à une condition, aurait-elle été stipulée dans l'intérêt exclusif d'une des parties, est une chose. Interdire aux parties, et partant aux rédacteurs d'actes, d'octroyer expressément cette faculté au profit de l'une d'elles, en est une autre* »[1544]. Le caractère d'ordre public de l'article 1304-4 du Code civil doit, à ce titre, être rejeté dès lors qu'il ne se présente pas comme tel mais, en outre, pour des considérations d'opportunité[1545]. Surtout, une telle faculté de renonciation par le

[1544] L.-A. POLETTI, « De l'intérêt des clauses de renonciation relatives aux conditions suspensives », *JCP N* 2016.1318, n° 15. V. aussi M. LATINA, « Les clauses relatives aux conditions suspensive et résolutoire », *JCP N* 2016.1114, n°4 : « dans la logique du législateur, les règles du droit commun des obligations issues de l'ordonnance du 10 février 2016 sont supplétives de volonté. Par conséquent, rien n'interdit aux parties d'autoriser l'une d'entre elles à renoncer à la condition, non seulement pendente conditione, mais également après sa défaillance ».

[1545] V. en ce sens L.-A. POLETTI, « De l'intérêt des clauses de renonciation relatives aux conditions suspensives », art. préc., n° 16 : « *la possibilité de stipuler une clause de renonciation unilatérale post-défaillance présente dans certains cas des avantages*

bénéficiaire de la condition, postérieurement à sa défaillance, n'apparaît pas méconnaître les intérêts du cocontractant qui y a consenti. Par conséquent, l'article 1304-4 du Code civil ne devrait pas s'opposer à ce que les parties prévoient « *expressément une solution conforme à leurs intérêts bien compris, en stipulant expressément et d'un commun accord au profit de la partie dans l'intérêt exclusif de laquelle une condition [a] été stipulée une faculté de renonciation post-défaillance suffisamment encadrée pour ménager les intérêts de son cocontractant* »[1546]. Techniquement, une telle stipulation devrait alors conduire à considérer que les parties ont entendu différer les effets de la condition afin que l'une d'elles puisse, le cas échéant, y renoncer postérieurement à sa défaillance.

Les effets de la condition peuvent ainsi être neutralisés au regard de la renonciation de son bénéficiaire, ils peuvent en outre être refusés à titre de sanction lorsqu'il a empêché ou provoqué la réalisation de l'événement qui, aux termes de la condition, devait, respectivement, se produire ou, au contraire, ne pas survenir pour que le contrat soit exécuté. La condition ne sera ainsi amenée à produire ses effets et à permettre la remise en cause du contrat conformément au respect des motifs des parties que si ces dernières n'en ont pas provoqué l'échec ou la réalisation.

### B- L'absence d'immixtion dans le jeu de la condition

**390. Une conséquence de l'existence d'un contrat juridiquement obligatoire.** Protectrice de l'utilité poursuivie par l'accord, en ce qu'elle offre une voie de sortie du contrat en cas de réalisation d'un risque affectant les motifs des parties, la condition s'intègre pour autant dans un contrat qui, en tant que tel, est juridiquement contraignant. Cette force obligatoire participe alors directement de l'équilibre de l'accord des parties : l'une va accepter l'insertion d'une condition au profit de l'autre parce que – outre l'éventuelle répercussion sur le prix – elle ne sera pas pour autant livrée à la merci de son cocontractant. Pour que cet équilibre soit respecté, il faut encore que la condition soit amenée à jouer dans des conditions normales, correspondant à ce qui a été envisagé par les parties. C'est dire que si le cocontractant du bénéficiaire de la condition a accepté que le contrat puisse être remis en cause en cas de réalisation d'un risque déterminé, il n'a pas consenti à ce que la condition soit instrumentalisée afin de sortir d'un contrat à moindre coût.

---

*pratiques évidents (éviter la conclusion artificielle d'un nouvel acte avec toutes les lourdeurs qui vont avec : purges des différents délais de rétractation, de préemption, etc.)* ».

[1546] *Ibid.*, n° 5.

Les droits français, anglais et allemand s'accordent ainsi à reconnaître le devoir des parties de ne pas provoquer l'échec de la condition, lequel est de nature à conduire à la remise en cause du contrat[1547]. Ce devoir est, au demeurant, fondé sur la force obligatoire du contrat, de sorte qu'il n'est pas véritablement spécifique à l'existence d'une condition : tout contractant est, en tant que tel, assujetti au devoir de ne rien faire qui soit contraire à son engagement[1548]. La méconnaissance par un contractant de cet assujettissement emporte des conséquences particulières lorsqu'elle concerne la condition. En effet, lorsque le non-respect du jeu de la condition est le fait de celui qui y a intérêt, le bénéfice de la condition lui est refusé. Une telle conséquence est alors spécifique au non-respect de l'assujettissement du bénéficiaire de la condition à son engagement et elle ne peut évidemment pas être transposée au cas où l'immixtion serait le fait de son cocontractant.

L'analyse du devoir de ne pas s'immiscer dans le jeu de la condition (1) précédera donc celle des conséquences de cette immixtion (2).

### *1. Le devoir de ne pas s'immiscer dans le jeu de la condition*

**391. Le fondement de l'assujettissement des parties au contrat.** Un contrat intégrant une condition n'en demeure pas moins porteur d'un engagement juridiquement obligatoire. Les contractants sont, comme pour tout autre contrat, assujettis au respect de leur engagement. D'après un auteur, « *le respect de la force obligatoire du contrat (…), commande que l'obligation principale et active, à la prestation se double d'une obligation, secondaire et passive d'abstention* »[1549]. Cette abstention implique de ne pas rendre impossible l'exécution de l'obligation et, plus largement, de ne pas la compromettre. Le lien d'obligation ainsi « *décomposé en deux rapports distincts mais complémentaires* » [1550], s'applique à tout engagement contractuel, y compris à l'obligation conditionnelle. C'est notamment le cas s'agissant de la condition suspensive : bien que l'exécution de l'obligation soit suspendue, cette dernière existe à un état imparfait et, en tant que telle, elle est opposable et impose au débiteur une obligation de ne pas en compromettre la réalisation[1551]. En ce sens, l'article 1304-5 du Code civil énonce que, avant l'accomplissement d'une condition suspensive, le débiteur doit s'abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l'obligation. L'assujettissement

[1547] Sur la nature de cette exigence comportementale v. B. FRELETEAU, thèse préc. n° 163 et s.
[1548] V. G. WICKER, thèse préc., n° 158.
[1549] *Ibid.*
[1550] *Ibid.*, n° 159.
[1551] *Ibid.*, n° 289 et s.

des parties au contrat emporte ainsi le devoir pour celles-ci de ne pas s'immiscer dans le jeu de la condition afin d'en provoquer la défaillance – dans le cas d'une condition suspensive – ou au contraire la réalisation – dans le cas d'une condition résolutoire.

**392. La sanction de l'immixtion du bénéficiaire de la condition.** Afin d'être libéré de son engagement, le bénéficiaire d'une condition suspensive ou résolutoire peut être tenté d'en provoquer, respectivement, la défaillance ou la réalisation. Un tel comportement – contraire au principe de l'assujettissement au contrat – est sanctionné par l'article 1304-3 du Code civil. D'après l'analyse de la doctrine, « *[l]'article 1304-3 contient une règle importante qui vise à assurer le respect de la loyauté dans la mise en œuvre du mécanisme conditionnel* »[1552]. En droit allemand, l'immixtion d'une partie dans le jeu des conditions suspensive et résolutoire fait l'objet du § 162 du BGB qui est également présenté comme l'expression normative du devoir légal de fidélité au contrat (*gesetzliche Treuepflicht*)[1553], c'est-à-dire comme une application particulière du principe de bonne foi (*Treu und Glauben*)[1554]. L'immixtion du bénéficiaire dans le jeu de la condition est également prohibée par les principes du droit européen du contrat[1555] – à la suite de la consécration du devoir de bonne foi des parties engagées sous condition[1556] – ainsi que par les principes Unidroit[1557], pour lesquels une telle immixtion est contraire au devoir de bonne foi[1558]. L'immixtion du bénéficiaire dans le jeu de la condition peut résulter d'un comportement actif mais également passif, notamment en cas de condition mixte, c'est-à-dire supposant l'accomplissement d'un acte par le bénéficiaire.

**393. Le défaut d'accomplissement des actes nécessaires à la satisfaction des motifs portés par la condition.** Le bénéficiaire d'une condition ne doit pas provoquer l'échec de l'événement visé par la condition suspensive ou la survenance de celui faisant l'objet d'une condition résolutoire. Mais le bénéficiaire d'une condition doit, en outre, accomplir les actes nécessaires à la satisfaction des motifs portés par la condition[1559]. Par exemple, en cas de condition suspensive portant sur l'obtention d'un prêt, le bénéficiaire doit accomplir les diligences nécessaires afin que la condition soit satisfaite, ce qui suppose un comportement actif de sa part. Il a ainsi été jugé, en droit français, que le bénéficiaire d'une promesse de vente conclue sous la condition suspensive d'obtention d'un permis de construire était responsable

---

[1552] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 657.
[1553] V. R. BORK, in *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 2015, § 162, n° 2.
[1554] *Ibid.* ; v. H. P. WESTERMANN, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 162, n° 1 et 2.
[1555] V. article 8 : 203.
[1556] V. article 8 : 201.
[1557] V. article 5.3.3.
[1558] *Ibid.*
[1559] V. sur la qualification d'incombances de ces actes v. B. FRELETEAU, thèse préc., n° 163 et s.

de la défaillance de cette dernière dès lors qu'il avait fait preuve de résistance à respecter les dispositions du code de l'urbanisme concernant les places de stationnement et les règles de construction relatives à l'accessibilité de l'immeuble aux personnes handicapées[1560].

En droit allemand, d'après le § 162 du BGB l'immixtion dans le jeu de la condition est considérée comme pouvant résulter d'une abstention[1561]. Comme cela a été mentionné, la réalisation d'une condition peut tout à fait ne pas dépendre d'un événement strictement extérieur aux parties : l'accomplissement de certains actes par l'une d'elles – le plus souvent son bénéficiaire – peut s'avérer nécessaire. Dans ce cas, il n'est pas simplement exigé de ce contractant de ne rien faire qui empêche le jeu normal de la condition : il lui est également imposé de remplir les obligations qui sont les siennes aux fins de sa réalisation. En effet, comme le relève la doctrine concernant le cas de la condition suspensive d'un contrat de vente « *le candidat acquéreur peut parfois avoir intérêt, s'il ne souhaite plus la conclusion du contrat, à ce que la condition ne soit jamais réalisée* »[1562], ce qui pourra conduire à ce qu'il n'accomplisse pas diligemment les actes nécessaires à l'obtention du prêt faisant l'objet de ladite condition[1563]. L'appréciation de la satisfaction par le débiteur de ses obligations se fera, à défaut d'être expressément déterminée au contrat, suivant le standard du raisonnable[1564]. La définition précise par les parties des actes exigés de la part du bénéficiaire, participant de la définition de l'objet de la condition, sera donc bienvenue[1565]. Il convient enfin de préciser que le caractère intentionnel de l'immixtion dans le jeu de la condition n'est pas requis : elle peut aussi bien résulter d'une faute intentionnelle que d'une simple négligence[1566].

A défaut pour le bénéficiaire de la condition de respecter ce double aspect négatif et positif résultant de l'engagement au contrat, il ne pourra se prévaloir des effets de la condition dans le jeu de laquelle il a interféré pour être libéré de son engagement.

---

[1560] Cass. civ. 3ème, 16 avril 1986, *JCP* 1988. II. 21033, note G. LIET-VEAUX.
[1561] V. R. BORK, in *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 2015, § 162, n° 5.
[1562] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 308.
[1563] V. R. BORK, in *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 2015, § 162, n° 8.
[1564] V. en ce sens M. FURMSTON, G.J. TOLHURST, *op. cit.*, n° 9.72.
[1565] En ce sens v. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 308 : « On mesure par-là l'utilité d'une soigneuse description de l'événement érigé en condition : le fait que l'acquéreur conditionnel ait sollicité une banque autre que celle prévue, ait demandé un prêt pour un montant trop élevé, ou avec un taux d'intérêt trop fantaisiste…révéleront un manquement à son obligation ».
[1566] V. R. BORK, in *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 2015, § 162, n° 10.

### *2. Les conséquences de l'immixtion du bénéficiaire dans le jeu de la condition*

**394. L'exigence d'un lien de causalité entre l'immixtion du bénéficaire et le sort de la condition.** Pour que la sanction particulière du non-respect par le bénéficiaire de la condition de son devoir de ne pas interférer dans le jeu de la condition soit encourue, il est nécessaire que son comportement ait effectivement eu un rôle causal dans le sort de celle-ci. Cela est expressément souligné par la doctrine allemande qui relève que la première condition pour l'application du § 162 du BGB est celle du lien de causalité[1567]. La tentative d'immixtion qui n'a eu aucun résultat n'est alors pas suffisante[1568]. Néanmoins, toute immixtion du bénéficiaire dans le jeu de la condition justifie une sanction, quand bien même elle ne serait qu'indirecte. Lorsque le lien de causalité entre le comportement du bénéficiaire de la condition et le fait que celle-ci conduise à la remise en cause du contrat est avéré, la sanction consiste à en neutraliser les effets : il est classiquement dit que les obligations sont alors pures et simples.

**395. La neutralisation de la condition.** La sanction du bénéficiaire d'une condition qui n'en a pas respecté le jeu est celle de l'impossibilité pour celui-ci de s'en prévaloir : les effets du contrat sont alors ceux que ce dernier aurait produit en l'absence de condition. C'est ce que prévoit l'article 1304-3 du Code civil selon lequel la condition suspensive, dont le bénéficiaire a empêché la réalisation, est réputée accomplie tandis que la condition résolutoire, dont le bénéficiaire a provoqué l'accomplissement est réputée défaillie. Une sanction similaire est énoncée au § 162 du BGB. Les obligations sont ainsi réputées pures et simples, leur inexécution engageant alors la responsabilité contractuelle du bénéficiaire. C'est dire que l'exécution des obligations n'est plus considérée comme suspendue ou pouvant être résolue, suivant la distinction des conditions suspensive et résolutoire.

## §2- Les effets de la condition

**396. La distinction des conditions suspensive et résolutoire.** La condition a pour effet de faire dépendre l'exécution du contrat de la satisfaction ou non des attentes des parties. A ce titre, d'après la présentation traditionnelle des droits français et allemand, deux types de conditions doivent être distingués : les conditions suspensives et les conditions résolutoires.

---

[1567] *Ibid.*, n° 3.
[1568] *Ibid.*

D'après l'alinéa 2 de l'article 1304 du Code civil, « *[l]a condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple* » tandis que, selon l'alinéa 3 du même article, « *[e]lle est résolutoire lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation* ». Des définitions assez similaires des conditions suspensive et résolutoire sont données par le § 158 du BGB. En effet, le (1) de ce texte dispose que « *[l]orsqu'un acte juridique est accompli sous une condition suspensive, ses effets, en tant qu'ils sont rendus dépendants de cette condition, se produisent en même temps que se réalise la condition* » tandis que, d'après le (2), « *[l]orsqu'un acte juridique est accompli sous une condition résolutoire, ses effets cessent au moment où se réalise la condition ; à ce moment l'état de droit angérieur est rétabli* ». Les deux types de conditions – suspensive et résolutoire – reconnus en droits français et allemand recouvrent ainsi une réalité similaire dans ces droits : il s'agit de suspendre l'exécution du contrat à la réalisation de l'événement déterminant de l'utilité du contrat pour un contractant ou, au contraire, de la remettre en cause en cas de survenance de l'événement prévisible qui compromet cette utilité.

La distinction du droit anglais qui se rapproche le plus de celle des droits français et allemand est celle opposant la *condition precedent* à la *condition subsequent*. Une *condition* est dite *precedent* lorsqu'un événement doit se produire avant que l'exécution du contrat ne soit due, tandis que la *condition* est dite *subsequent* lorsqu'un événement conduit à libérer les parties de leur obligation à l'exécution de leurs engagements[1569]. La logique de ces types de conditions semble donc bien répondre à celle des conditions suspensive et résolutoire. Il convient toutefois de souligner que ces notions ne correspondent pas exactement à la notion de condition ici considéré, dans la mesure où l'événement visé par une *condition precedent* ou *subsequent* n'est pas nécessairement extérieur au contrat : l'exécution par une partie de son obligation peut ainsi être qualifiée en droit anglais de condition precedent à l'exécution de l'obligation de l'autre. Il peut néanmoins être retenu que les techniques des conditions suspensive et résolutoire se retrouvent en droit anglais. La distinction des conditions suspensive et résolutoire est, d'ailleurs, retenue par les principes européens du droit européen des contrats [1570] et les principes Unidroit[1571].

**397. L'approche temporelle des effets de la condition.** Les conditions suspensive et résolutoire conduisent à des effets différents pendant la période d'incertitude. En effet, la première étant suspensive, les parties ne sont pas tenues de s'exécuter jusqu'à la levée de

[1569] V. *supra*, n° 343.
[1570] V. art. 8 : 101.
[1571] V. art. 5.3.1.

l'incertitude et elles ne le seront que pour autant que l'événement visé par la condition se réalise. S'agissant de la seconde, les parties sont tenues d'exécuter leurs engagements dès la conclusion du contrat, ce dernier étant alors remis en cause en cas de réalisation de l'événement faisant l'objet de la condition résolutoire. En tant que technique de gestion d'un risque de nature à compromettre la satisfaction des motifs, la distinction classique des conditions suspensive et résolutoire revêt un intérêt au regard de la différence de traitement de l'incertitude. Néanmoins, sous l'angle de la satisfaction des motifs, l'effet final de la condition est le même qu'elle soit suspensive ou résolutoire : le contrat ne produira pleinement ses effets que pour autant que le risque anticipé par la condition ne s'est pas réalisé.

L'analyse des effets de la condition pendant la période d'incertitude (A) précèdera celle de ses effets à la levée de l'incertitude (B).

### A- Les effets de la condition pendant la période d'incertitude

**398. Enjeu de la délimitation de la période d'incertitude.** Les effets de la condition pendant la période d'incertitude sont classiquement distingués suivant qu'elle est de nature suspensive ou résolutoire (1). En effet, tandis que la première suspend l'exécution des obligations à la réalisation de l'événement faisant l'objet de la condition, la seconde, au contraire, n'affecte pas l'exécution du contrat au moment de sa conclusion. La détermination de la fin de la levée de l'incertitude apparaît alors essentielle dans la mesure où c'est à ce moment que le sort du contrat sera définitivement fixé (2).

#### *1. La distinction des effets suivant la nature de la condition*

**399. Le caractère suspensif ou résolutoire de la condition.** L'intérêt de la distinction des conditions suspensive et résolutoire réside dans le traitement différent de la période d'incertitude : tandis que l'exécution des obligations est suspendue à la survenance de l'événement faisant l'objet de la condition suspensive (a), les obligations prises sous condition résolutoire doivent être exécutées mais pourront remises en cause en cas de réalisation de l'événement visé par la condition (b).

##### a. La suspension des obligations en cas de condition suspensive

**400. L'absence d'obligation à l'exécution.** L'intérêt de l'intégration de l'incertitude des motifs au moyen d'une condition suspensive tient au fait que, bien que le contrat soit conclu, les parties ne seront tenues d'exécuter les engagements pris que si l'événement dont dépend la

satisfaction de leurs attentes se réalise. L'obligation prise sous condition suspensive n'a alors pas à être exécutée pendant la période d'incertitude. La solution est d'abord reconnue en droit français. D'après l'article 1304 alinéa 2 du Code civil, « *la condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple* », ce qui signifie que le créancier d'une obligation prise sous condition suspensive ne peut exiger son exécution ni mettre en œuvre des actes d'exécution ou de poursuite contre le débiteur[1572]. Le débiteur d'un engagement pris sous condition suspensive n'est toutefois pas tenu à rien[1573]. Suivant certains auteurs, le créancier aurait ainsi un « *droit acquis de retirer le bénéfice d'un événement incertain* », tandis que la majorité de la doctrine s'accorde autour de l'idée de « *droit éventuel* » ou encore de « *droit en germe* »[1574]. Le contrat dont les obligations sont prises sous condition suspensive confère aux parties certains devoirs et prérogatives[1575]. Le débiteur doit s'abstenir de tout acte qui empêcherait la réalisation de la condition et il doit réaliser les actes nécessaires à son accomplissement[1576]. Le créancier dispose quant à lui de la possibilité de mettre en œuvre certaines prérogatives[1577]. Ainsi, selon l'article 1304-5 du Code civil, « *[l]e créancier peut accomplir tout acte conservatoire et attaquer les actes du débiteur accomplis en fraude de ses droits* ».

De même, en droit allemand, d'après le § 158 (1) du BGB, les effets d'un acte conclu sous condition suspensive se produisent en même temps que se réalise cette condition. La doctrine allemande considère alors qu'il n'existe aucune obligation à exécuter pendant la période d'incertitude, à l'exception des devoirs de fidélité au contrat (*Treupflichten*)[1578]. A ce titre, les contractants ne doivent pas agir en contrariété avec les engagements pris, quand bien même l'exécution de ces derniers est suspendue à la réalisation de la condition[1579]. Le vendeur d'un bien vendu sous condition suspensive ne peut ainsi pas, par exemple, le vendre à un tiers[1580]. Dès lors, en application du § 160 (1) du BGB, le titulaire d'un droit sous condition

---

[1572] V. Y. BUFFELAN-LANORE, J.-D. PELLIER, « Condition », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2017, n° 87.
[1573] D'après l'analyse dualiste de l'obligation de M. WICKER, l'obligation prise sous condition suspensive existe mais à un état imparfait [v. G. WICKER, thèse préc., n° 289 et s.]. Cette existence de l'obligation à un état imparfait permet alors d'expliquer les effets produits par l'engagement conditionnel, lequel établit un rapport d'obligation entre les parties, le rapport obligatoire – en vertu duquel elles sont contraintes de s'exécuter – étant quant à lui suspendu [*ibid.*]. Dans le même sens, d'après l'analyse dualiste de l'acte juridique de M. ANCEL, le contrat conclu sous condition suspensive a force obligatoire, et donc produit certains effets juridiques, bien que l'existence des obligations – le contenu obligationnel – soit suspendue à la réalisation de la condition [v. P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD civ.* 1999. 771].
[1574] V. Y. BUFFELAN-LANORE, J.-D. PELLIER, « Condition », in *Répertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 92.
[1575] V. Y. BUFFELAN-LANORE, J.-D. PELLIER, « Condition », in *Répertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 93 et s.
[1576] V. *supra*, n° 391 et s.
[1577] V. Y. BUFFELAN-LANORE, J.-D. PELLIER, « Condition », in *Répertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 93.
[1578] V. H. P. WESTERMANN, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 158, n° 9.
[1579] D. MEDICUS, *op. cit.*, n° 841 et s.
[1580] *Ibid.*

suspensive peut engager la responsabilité de son cocontractant et obtenir des dommages et intérêts lorsque ce dernier a, par sa faute, anéanti ou amoindri le droit dépendant de la condition. Suivant l'analyse de la doctrine, cette disposition signifie que les obligations de protection des intérêts du cocontractant (*Schutzpflichten*) et de dilligence raisonnable (*Sorgfaltsplichten*) sont mis à la charge des parties dès la condition du contrat et non au moment de la survenance de la condition[1581]. Le § 161 (1) du BGB protège le créancier d'une obligation prise sous condition suspensive des actes de disposition contraires à l'engagement pris par le débiteur en rendant ces derniers inefficaces.

Dans le même sens, en droit anglais, la distinction des *conditions* concernant la formation du contrat et celles ayant des incidences sur son exécution (*performance*)[1582] est avancée pour justifier le fait que, dans le second cas, les parties sont liées par un contrat juridiquement contraignant, y compris pendant la période d'incertitude durant laquelle l'exécution des obligations est suspendue[1583]. Les parties sont alors tenues par certaines obligations, notamment celles d'entreprendre les mesures raisonnables en vue de l'accomplissement de la condition[1584].

Le fait que la condition suspensive permette aux parties de s'engager dans un contrat juridiquement contraignant, sans être tenues de s'exécuter tant que l'événement dont dépend la satisfaction de leurs motifs ne s'est pas réalisé, rend cettte technique particulièrement opportune en pratique en cas d'inutilité initiale du contrat ou en cas de probabilité importante d'inutilité définitive.

**401. L'opportunité de la suspension de l'exécution sous l'angle de l'incertitude des motifs.** L'incertitude des motifs peut tenir au fait que, en dépit du caractère insatisfaisant de la situation initiale, un événement déterminé risque de se réaliser et d'entraîner la satisfaction des attentes des parties. Une telle situation est alors propice au recours à une condition suspensive puisque celle-ci suspend l'exécution des obligations à la réalisation de l'événement qui en est l'objet. En ce sens, d'après l'analyse de M. BONNET, « *[l]a condition offre un moyen de pallier l'inaptitude originelle du contrat dans la satisfaction de l'équilibre voulu. Il se peut, en effet, qu'au moment où la conclusion du contrat est possible, les circonstances permettant à celui-ci d'atteindre l'utilité poursuivie par l'une au moins des parties ne soient pas encore produites* »[1585]. L'auteur relève alors que « *c'est la condition suspensive qui est la plus apte à*

[1581] *Ibid*., n° 842.
[1582] V. M. FURMSTON, G.J. TOLHURST, *op. cit.*, n° 9.02 et s.
[1583] *Ibid.*, n° 9.98.
[1584] *Ibid.*, n° 9.100.
[1585] D. BONNET, thèse préc., n° 113.

*atteindre ce but* »[1586]. Le recours à une condition résolutoire en cas d'inaptitude initiale de satisfaction des motifs est néanmoins possible : les parties prennent alors le risque que l'exécution du contrat soit ultérieurement remise en cause si l'événement visé par la condition et dont dépend la satisfaction de leurs attentes ne s'est pas réalisé. A ce titre, M. BONNET explique par ailleurs que le choix des parties de recourir à une condition résolutoire plutôt qu'à une condition suspensive peut tenir à la probabilité, plus importante, que l'événement dont dépend la satisfaction des motifs se réalise. Si la survenance de l'événement déterminant est un fait éventuel mais d'une probabilité assez faible, les parties préféreront sans doute ne pas être tenues d'exécuter des engagements qui risquent d'être ultérieurement remis en cause. D'après M. BONNET, « *la condition sera d'autant plus suspensive que la mutation sera perçue comme improbable ; d'autant plus résolutoire que la mutation sera considérée comme probable. Le choix du type de condition est donc facteur de l'optimisme de celui dont elle vise à protéger les intérêts* »[1587]. Dans le cas contraire, les parties pourront choisir de faire dépendre leurs engagements d'une condition résolutoire et donc d'être tenues d'exécuter le contrat pendant la période d'incertitude.

### b. L'exécution des obligations en cas de condition résolutoire

**402. Effectivité des engagements pris dès la conclusion du contrat.** Contrairement à la condition suspensive, la condition résolutoire ne conduit pas à suspendre l'exécution des engagements pendant la période d'incertitude : les parties doivent exécuter leurs obligations dès la conclusion du contrat. Ainsi, d'après l'article 1304 alinéa 3 du Code civil, l'accomplissement de la condition résolutoire entraîne l'anéantissement de l'obligation. De même, d'après le § 158 (2) du BGB, les effets de l'acte conclu sous condition résolutoire cessent au moment où se réalise la condition, ce qui indique que, au contraire de la condition suspensive, les parties sont tenues d'exécuter leurs engagements dès la conclusion du contrat. La *condition subsequent* du droit anglais impose similairement l'exécution des obligations pendant la période d'incertitude. En effet, d'après la définition de la *condition subsequent* donnée par la doctrine, elle constitue un événement qui conduit à libérer les parties de leur devoir de s'exécuter[1588].

Si les effets de la condition dépendent ainsi de sa nature pendant la période d'incertitude, les conditions suspensive et résolutoire conduisent *in fine* unitairement à l'inefficacité des

[1586] *Ibid.*, n° 117.
[1587] *Ibid.*
[1588] V. S. EMANUEL, *op. cit.*, p. 200.

engagements en cas d'insatisfaction des motifs qu'elles portent. Le sort du contrat se trouve alors fixé au moment de la levée de l'incertitude, lequel apparaît alors essentiel.

### *2. La fin de la période d'incertitude*

**403. Délai déterminé ou délai raisonnable de réalisation de la condition.** La période d'incertitude durant laquelle la satisfaction des motifs est dépendante de la réalisation d'un événement ou, au contraire, de sa non-survenance prend logiquement fin lorsque l'incertitude est levée soit parce que l'événement en question s'est réalisé, soit parce qu'il est certain qu'il ne se réalisera pas[1589]. Néanmoins, il est possible que l'incertitude perdure. Les parties ne peuvent être indéfiniment laissées dans l'incertitude de la satisfaction de leurs motifs : qu'elles aient prévu ou non un délai pour la réalisation de l'événement faisant l'objet d'une condition suspensive ou résolutoire, la période d'incertitude prendra en toute hypothèse à l'expiration d'un délai raisonnable. Cette solution est unitairement admise par les droits français, anglais et allemand. Ainsi, en droit français, la jurisprudence estime que « *la stipulation d'une condition suspensive sans terme fixe ne peut pour autant conférer à l'obligation un caractère perpétuel* », de sorte que, dans le silence des parties, la condition est sujette à un délai raisonnable de réalisation[1590]. Il en est de même pour la condition résolutoire[1591]. En droit allemand, il est également admis que, à défaut pour les parties d'avoir fixé un délai pour la réalisation de la condition, l'état d'incertitude ne peut perdurer indéfiniment[1592]. Dès lors, à l'expiration d'un délai raisonnable, la condition est réputée défaillie[1593]. De façon similaire, en droit anglais, la règle générale est que, lorsque les parties n'ont pas fixé de délai pour la survenance de l'événement visé par la condition, celle-ci doit être accomplie dans un délai raisonnable[1594].

La période d'incertitude cesse donc lorsque l'incertitude est levée – soit parce que l'événement visé s'est réalisé, soit parce qu'il est devenu certain qu'il ne se réalisera pas – ou encore à l'expiration du délai fixé par les parties ou, à défaut, d'un délai raisonnable.

## B- Les effets de la condition à la levée de l'incertitude

**404. Effets unitaires des conditions suspensives et résolutoires sous l'angle de la satisfaction des motifs.** Le recours à la technique de la condition par les parties se traduit

---

[1589] V. D. MEDICUS, *op. cit.*, n° 833.
[1590] Cass. civ. 3ème, 20 mai 2015, n° 14-11.851.
[1591] V. Y. BUFFELAN-LANORE, J.-D. PELLIER, « Condition », in *Répertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 137.
[1592] V. H. P. WESTERMANN, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 158, n° 44.
[1593] *Ibid.*
[1594] V. M. FURMSTON, G.J. TOLHURST, *op. cit.*, n° 9.114.

classiquement par une clause par laquelle l'existence de l'obligation à l'exécution se retrouve dépendante d'un événement déterminant de la réalisation de leurs motifs. Quelle que soit la nature de la condition – suspensive ou résolutoire – l'effet produit est alors le même en cas de non-satisfaction des attentes : les parties sont libérées de leurs engagements, soit parce que l'événement espéré ne s'est pas produit, soit parce que l'événement redouté est survenu. Le contrat est donc, remis en cause en cas d'insatisfaction des motifs faisant l'objet de la condition (1). Les engagements contractuels sont, au contraire, stabilisés si le risque d'insatisfaction des motifs ne s'est pas réalisé (2).

### *1. La remise en cause du contrat en cas d'insatisfaction des motifs*

**405. L'échec des motifs par la réalisation du risque aménagé par la condition**. L'incertitude des motifs d'un contractant au regard de l'existence d'un risque prévisible de nature à en affecter la satisfaction peut être prise en compte et intégrée au contrat par le biais d'une condition suspensive ou résolutoire qui, quel que soit le type, permettra à ce contractant d'être libéré de son engagement en cas d'insatisfaction de ses attentes. L'effet de l'insatisfaction des motifs est donc radical puisque les parties ne seront pas tenues d'exécuter leurs engagements pris sous condition. La remise en cause du contrat sur le fondement de l'échec de la satisfaction des motifs résulte ainsi, soit du fait que l'événement espéré n'est pas survenu, c'est-à-dire de la défaillance de la condition suspensive (a), soit, au contraire, de la survenance de l'événement redouté, ce qui correspond à la réalisation de la condition résolutoire (b).

#### a. La défaillance de la condition suspensive

**406. L'absence définitive d'obligation à l'exécution.** A la fin de la période d'incertitude, si l'événement visé par la condition suspensive n'est pas survenu alors les parties, qui n'avaient pas d'obligation à l'exécution, ne sont définitivement pas tenues de le faire. Ainsi, d'après l'article 1304-6 alinéa 3 du Code civil, « *[e]n cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé* ». Il est, plus largement, mis fin au contrat. L'engagement contractuel pris sous condition suspensive entraîne un lien de droit entre les parties qui, bien que l'exécution de leurs prestations soit suspendue, sont assujetties au contrat. L'assujettissement au contrat disparaît au moment de la défaillance de la condition suspensive : les parties sont libérées de leurs engagements. Il est considéré, en droit français, que la défaillance de la condition suspensive entraîne la caducité du contrat[1595]. Bien que cela

[1595] V. Y. BUFFELAN-LANORE, J.-D. PELLIER, « Condition », in *Répertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 109.

ait été discuté par la doctrine et que la position de la jurisprudence apparaisse incertaine, les effets de la défaillance de la condition suspensive se produisent en principe de façon automatique[1596]. En effet, la formulation de l'article 1304-6 précité suggère l'automaticité des effets de la défaillance de la condition suspensive.

L'automaticité des effets de la défaillance de la condition est retenue en droit allemand[1597]. En revanche, en droit anglais, les effets de la non-réalisation d'une *condition precedent* ne sont pas automatiques[1598]. Il appartient aux contractants de se prévaloir de la défaillance de la condition, étant précisé que les deux parties disposent de cette faculté[1599]. Toutefois, un contractant ne peut pas invoquer la défaillance de la condition pour être libéré du contrat que si le bénéficiaire n'y a pas renoncé avant la fin de la période d'incertitude[1600]. Puisque la *termination* du contrat n'est pas automatique, si aucune des parties ne choisit de se prévaloir de la défaillance de la condition, alors elles peuvent se prévaloir du contrat et en exiger l'exécution[1601].

### b. La réalisation de la condition résolutoire

**407. La résolution ou résiliation du contrat.** Si le risque consistant dans la survenance d'un événement de nature à compromettre la satisfaction des motifs des parties a fait l'objet d'une condition résolutoire et qu'il se réalise, alors cette dernière va conduire à remettre en cause leurs engagements. La question qui se pose est celle de la portée de cette remise en cause de l'exécution, c'est-à-dire celle de la rétroactivité ou non des effets de la condition résolutoire.

En droit français, l'alinéa 1er de l'article 1304-7 du Code civil dispose que « *l'accomplissement de la condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation, sans remettre en cause, le cas échéant, les actes conservatoires et d'administration* ». Si le principe apparaît donc être celui de la rétroactivité, celle-ci ne concerne toutefois que les actes de disposition. Ainsi, s'agissant par exemple d'un contrat de vente, le vendeur est tenu de restituer le prix et l'acheteur la chose. L'article 1304-7 alinéa 2 du Code civil prévoit des exceptions au principe de la rétroactivité des effets de la condition résolutoire. En effet, d'après ce texte, « *la rétroactivité n'a pas lieu si telle est la convention des parties ou si les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat* ». Les effets de

[1596] *Ibid.*, n° 110 et s.
[1597] V. H. P. WESTERMANN, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 159, n° 38.
[1598] V. M. FURMSTON, G.J. TOLHURST, *op. cit.*, n° 9.123 et s.
[1599] *Ibid.*, n° 9.124.
[1600] *Ibid.*
[1601] *Ibid.*, n° 9.126.

la condition résolutoire dans le cas des engagements à exécution successive consistent donc en une résiliation et non pas une résolution du contrat. Par ailleurs, la rétroactivité des effets de la condition résolutoire peut être écartée par la volonté des parties. Les règles du droit français rejoignent celles du droit allemand.

En effet, en droit allemand, d'après le § 158 (2) du BGB, la réalisation de la condition résolutoire met un terme à l'exécution des engagements et conduit au rétablissement de l'état de droit antérieur. La rétroactivité des effets de la condition résolutoire est toutefois, à l'instar du droit français, limitée[1602]. Ainsi, la rétroactivité de la condition résolutoire n'a pas lieu s'agissant des actes qui ne peuvent être anéantis rétroactivement[1603]. S'agissant, en outre, des contrats à exécution successive, la condition résolutoire emporte résiliation du contrat, c'est-à-dire que les prestations qui ont été exécutées jusqu'au moment de la réalisation de la condition résolutoire ne font pas l'objet de restitutions[1604]. Par ailleurs, d'après le § 159 du BGB, les parties peuvent aménager les effets de la réalisation de la condition résolutoire et convenir de la rétroactivité de ses effets. En droit anglais, l'accomplissement d'une *condition subsequent* met fin au contrat (*termination*) de façon, en principe, non-rétroactive.

Lorsque le risque d'insatisfaction des motifs ayant justifié le recours à une condition ne s'est pas réalisé, il en résulte unitairement en droits français, anglais et allemand une stabilisation du contrat.

### *2. La stabilisation des engagements en cas de satisfaction des motifs*

**408. La non-réalisation du risque d'insatisfaction des motifs.** Lorsque, au moment de la fin de la période d'incertitude, l'événement visé par la condition suspensive s'est réalisé ou, au contraire, lorsque l'événement visé par la condition résolutoire ne s'est pas réalisé, alors cela signifie que le risque d'insatisfaction des motifs qui a justifié le recours à une condition ne s'est pas produit. Il en résulte une stabilisation du contrat : les parties qui étaient engagées sous condition suspensive sont désormais tenues de s'exécuter et les engagements pris sous condition résolutoire ne peuvent être remis en cause.

**409. L'obligation à l'exécution en cas de réalisation de la condition suspensive.** Si l'événement faisant l'objet d'une condition suspensive se réalise alors les parties sont tenues, à ce moment, de s'exécuter. Les obligations, dont l'exécution jusqu'alors suspendue, deviennent pures et simples. Ainsi, d'après l'article 1304-6 alinéa 1er du Code civil, « *[l]'obligation devient*

---

[1602] V. D. MEDICUS, *op. cit.*, n° 840.
[1603] V. H. P. WESTERMANN, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 159, n° 2.
[1604] *Ibid.*

*pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive* ». C'est dire que les effets de la réalisation de la condition suspensive ne sont en principe pas rétroactifs, ce qui mérite d'être souligné dans la mesure où l'ancien article 1179 prévoyait, au contraire, la rétroactivité des effets de la réalisation de la condition. L'ordonnance de 2016 a, en effet, mis fin à la règle de la rétroactivité qui était sujette à de nombreuses exceptions reconnues par la jurisprudence et contestée par une partie de la doctrine[1605]. L'article 1304-6 alinéa 2 prévoit toutefois la possibilité pour les parties de prévoir la rétroactivité des effets de l'accomplissement de la condition suspensive.

Les effets de la réalisation de la condition suspensive en droit français se rapprochent désormais des droits allemand et anglais, lesquels ne retiennent pas le principe de la rétroactivité des effets de la condition, ce qui est, par ailleurs, la solution retenue par les principes du droit européen du contrat[1606] et les principes Unidroit[1607]. Ainsi, en droit allemand, la réalisation de la condition suspensive correspond au moment où le contrat doit être exécuté[1608], sans effet rétroactif en principe[1609]. Cet effet rétroactif peut toutefois, conformément au § 159 du BGB, être prévu par les parties. De même, en droit anglais, les parties sont tenues de s'exécuter au moment de la réalisation d'une *condition precedent*[1610] qui ne produit pas d'effet rétroactif sauf à ce que cela ait été convenu au contrat.

**410. Le caractère définitif des engagements en cas de défaillance de la condition résolutoire.** La défaillance de la condition résolutoire signifie que l'événement visé, dont la survenance est de nature à empêcher la satisfaction des motifs des parties, ne s'est pas produit. Dès lors, l'exécution – qui était due dès la conclusion du contrat – ne peut être remise en cause sur le fondement de la condition. Le risque d'insatisfaction des motifs ne s'étant pas réalisé, le contrat est stabilisé et ne peut plus être remis en cause à ce titre.

**411. Conclusion du Chapitre.** L'impossibilité des motifs en cours d'exécution du contrat est susceptible d'être prise en compte dès lors qu'elle a été anticipée par une condition. Unitairement reconnue dans les droits étudiés, la condition est classiquement appréhendée à travers son objet : la condition est la stipulation faisant dépendre l'exécution du contrat d'un événement futur et incertain. Outre son éventualité, l'événement visé par la condition doit également être extérieur au contrat. La condition se distingue des conditions de validité du

---

[1605] V. Y. BUFFELAN-LANORE, J.-D. PELLIER, « Condition », in *Répertoire de droit civil*, *op. cit.*, n°122 et s.
[1606] V. article 8 : 301.
[1607] V. article 5.3.2.
[1608] V. D. MEDICUS, *op. cit.*, n° 829.
[1609] *Ibid.*
[1610] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 2-104.

contrat dans la mesure où elle ne peut porter ni sur le consentement des parties, ni sur la contrepartie, lesquels sont des éléments intrinsèques au contrat. En ce qu'elle porte sur un événement extérieur à l'acte et de réalisation éventuelle, la condition a pour fonction de modifier la charge des risques prévisibles susceptibles d'affecter les motifs des parties. L'impossibilité des motifs en cours d'exécution du contrat résultant de la survenance d'un événement qui était prévisible au moment de sa conclusion est en effet un risque qui pèse en principe sur le contractant qui le subit. La condition se présente comme la technique contractuelle permettant déroger à cette répartition tacite des risques prévisibles et il en résulte qu'elle ne peut être qu'expresse : les parties doivent clairement lier le sort du contrat à la réalisation d'un risque déterminé.

Pour que la condition produise ses effets, deux exigences doivent être remplies : le bénéficiaire ne doit pas y avoir renoncé et il ne doit pas s'être immiscé dans son jeu. La partie dont les attentes sont visées par la condition dispose en effet de la faculté d'y renoncer, auquel cas, l'engagement initialement conditionnel produit les effets d'un engagement pur et simple. Néanmoins, parce que l'engagement conditionnel n'en est pas moins contractuel, le bénéficiaire de la condition a le devoir de ne pas s'immiscer dans le jeu de cette dernière afin de s'en prévaloir comme d'une voie de sortie du contrat. Ce n'est qu'en l'absence de renonciation ou d'immixtion dans le jeu de la condition que celle-ci sera amenée à produire ses effets, c'est-à-dire qu'elle conduira à remettre en cause l'exécution du contrat en cas d'insatisfaction des motifs. Cette remise en cause prend alors traditionnellement deux formes suivant la nature de la condition.

Les droits français, anglais et allemand distinguent en effet les conditions de type suspensif et de type résolutoire. Dans le cas de la condition suspensive, la satisfaction des motifs suppose la survenance d'un événement auquel est suspendue l'exécution du contrat. Par conséquent, en cas d'échec des motifs, c'est-à-dire que l'événement visé ne s'est pas réalisé, les parties sont libérées du contrat sans jamais avoir eu à exécuter leurs obligations. Dans le cas de la condition résolutoire, la satisfaction des motifs dépend, au contraire, de la non-réalisation d'un événement déterminé qui est alors de nature à remettre en cause l'exécution du contrat par les parties. En cas d'échec des motifs, c'est-à-dire si l'événement se réalise, les parties qui étaient tenues de s'exécuter sont libérées de leurs engagements. L'insatisfaction des motifs portés par la condition conduit donc, en toute hypothèse, à la libération des parties et, inversement, la satisfaction des motifs permet une stabilisation de l'accord. Le droit français ayant abandonné le principe de la rétroactivité des effets de la condition, ces derniers sont donc proches de ceux retenus en droits anglais et allemand.

En ce qu'elle permet de lier le sort du contrat à leurs motifs, la technique de la condition est de nature à représenter un enjeu particulier dans le cadre des négociations entre les parties. L'absence de recours à la condition ne signifie toutefois pas que les contractants seront en toute hypothèse tenues par le contrat en dépit de son inutilité à leur égard. L'impossibilité des motifs en cours d'exécution du contrat est en effet susceptible d'être prise en compte sur le fondement d'institutions dont la mise en œuvre ne suppose pas d'avoir été expressément prévue par les parties.

## CHAPITRE 2 – L'IMPOSSIBILITE DES MOTIFS TACITEMENT INTEGREE AU CONTRAT

**412. La répartition tacite du risque d'inutilité du contrat.** L'insatisfaction du but assigné au contrat en cours de son exécution ne permet pas, en elle-même, de le remettre en cause. Chaque partie assume en principe le risque de ne pas retirer du contrat l'utilité espérée. L'impossibilité des motifs en cours d'exécution du contrat n'est ainsi prise en compte, en dehors du cas où elle a été anticipée par le recours à une condition, que dans des cas où, précisément, elle ne peut être considérée comme un risque devant être supporté par le contractant dont les attentes sont déçues. A ce titre, à défaut de prévision contraire, les droits étudiés admettent que certains événements, rendant impossible la satisfaction des motifs intégrés au contrat, sont des risques qui ne sont tacitement pas mis à la charge des parties. Ces risques concernent la survenance d'un événement imprévisible et l'inexécution par une partie de son engagement.

**413. La prise en compte de deux causes d'impossibilité des motifs en cours d'exécution.** Tout d'abord, l'impossibilité de réalisation des motifs en cours d'exécution du contrat est prise en compte, sans avoir été expressément prévue, lorsqu'elle résulte d'un changement imprévisible des circonstances. C'est ce qui résulte en droits anglais et allemand, respectivement, de la théorie de la *frustration* – il est alors question de *frustration of purpose*[1611], c'est-à-dire de contrariété du but – et de la théorie des troubles du fondement du contrat (*Störung der Geschäftsgrundlage*) qui concerne notamment l'hypothèse de disparition du but convenu[1612]. Le mécanisme correspondant en droit français n'est pas celui de l'article 1195 du Code civil pourtant consacré au changement de circonstances imprévisibles. En effet, ce texte concerne l'exécution excessivement onéreuse du contrat par les parties en raison d'un événement imprévisible. L'article 1195 du Code civil ne règle donc pas la question de la disparition du but du contrat ou de sa cause. Celle-ci apparaît devoir relever de l'article 1186 du Code civil relatif à la caducité du contrat pour disparition d'un élément essentiel.

Ensuite, les droits étudiés prennent en compte l'impossibilité de satisfaction des motifs qui résulte d'une inexécution grave par l'une des parties de son engagement. L'impossibilité des motifs justifie en effet, dans ce cas, le recours à certains remèdes de l'inexécution. Il s'agit, concrètement, de mécanismes tels que la suspension par une partie de l'exécution de sa propre prestation en cas d'inexécution par son cocontractant ou encore la résolution du contrat pour

[1611] V. *infra*, n° 416 et s.
[1612] *Ibid.*

inexécution[1613]. Ces remèdes de l'inexécution n'ont, à l'instar des dispositifs relatifs à l'imprévision, pas à être expressément prévus par les parties qui, dès lors, n'ont pas à anticiper l'hypothèse d'une inexécution compromettant l'utilité attendue du contrat.

L'impossibilité des motifs en cours d'exécution du contrat conduit en définitive à la remise en cause de ce dernier, sans que cela soit expressément prévu par les parties, dans deux circonstances : lorsqu'elle est la résultante soit de la survenance d'un événement imprévisible (Section 1) soit d'une inexécution grave (Section 2).

### *Section 1 – L'impossibilité des motifs résultant d'un événement imprévisible*

**414. La répartition du risque d'inutilité du contrat en raison d'un changement imprévisible des circonstances en droits anglais et allemand**. La survenance d'un événement imprévisible peut avoir pour conséquence de compromettre l'utilité attendue du contrat par les parties. Dans ce cas, la mise en œuvre de la théorie de la *frustration* en droit anglais et du § 313 du BGB relatif aux troubles du fondement du contrat en droit allemand conduit à la remise en cause du contrat. En effet, le caractère imprévisible de l'événement permet de considérer que les parties n'ont pas accepté de supporter l'insatisfaction du but qui en résulte. Cette solution n'est toutefois pas d'ordre public : les parties peuvent tout à fait prévoir expressément une autre répartition des risques. La possibilité de mettre à la charge d'une partie les risques résultant d'événements imprévisibles est ainsi admise tant en droits anglais, s'agissant de la *frustration*[1614], qu'en droit allemand en matière de troubles du fondement du contrat (*Störung der Geschäftsgrundlage*) [1615]. A défaut d'être mis expressément à la charge d'une partie, la survenance d'un événement imprévisible compromettant la réalisation du but convenu n'est pas un risque qui pèse sur le contractant qui le subit.

**415.** La question du fondement de la prise en compte de l'inutilité du contrat résultant d'un changement imprévisible des circonstances en droit français. Le fondement de la remise en cause du contrat rendu inutile en raison d'un changement imprévisible des circonstances en cours d'exécution n'apparaît pas de façon immédiate en droit français. En effet, le dispositif de l'article 1195 du Code civil spécialement consacré à la question de l'imprévision vise l'hypothèse d'un bouleversement de l'équilibre économique, et non celle de l'impossibilité de

[1613] V. *infra*, n° 429 et s.
[1614] Sur la possibilité pour les parties d'exclure l'application de la *frustration* v. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 19-070.
[1615] La jurisprudence allemande admet également qu'un contractant prenne expressément en charge les risques résultant de la survenance d'événements imprévisibles. V. BGH 22 octobre 2003, *NJW* 2004, 58, 59 ; BGH 21 septembre 2005, *NJW* 2006, 899.

concrétiser l'utilité attendue du contrat par les parties. L'application de l'article 1186 du Code civil relatif à la caducité du contrat apparaît toutefois pertinente dans les cas d'impossibilité des motifs en raison d'un changement imprévisible des circonstances. C'est dire que la caducité est de nature à permettre l'obtention de solutions similaires à celles retenues, en droits anglais et allemand, sur le fondement, respectivement, de la *frustration* et du § 313 du BGB. C'est ce qu'il convient de démontrer en considérant, d'abord, le fondement des institutions relatives à l'imprévision en droits anglais et allemand (§1), avant de développer, ensuite, le fondement de la caducité en droit français (§2).

## §1- Le fondement des institutions relatives à l'imprévision en droits anglais et allemand

**416. L'empêchement du but.** La théorie de la *frustration* du droit anglais concerne les hypothèses où le contrat ne peut être exécuté conformément à la prévision des parties en raison de la survenance d'un événement qui était imprévisible au moment de la conclusion de l'acte. La *frustration* trouve alors notamment application lorsque le but assigné au contrat ne peut plus être réalisé, ce qui est désigné comme la *frustration of purpose*[1616] ou encore *frustration of common venture*[1617]. Les motifs admis au titre de la considération du but sont les mêmes que ceux qui, au stade de la formation du contrat, sont susceptibles d'être pris en compte sur le fondement d'une erreur sur les éléments essentiels du contrat[1618]. La *frustration* est en effet considérée comme développant, au stade de l'exécution du contrat, la logique de l'erreur (*mistake*)[1619].

De façon similaire, en droit allemand, les motifs affectés par un changement imprévisible des circonstances en cours d'exécution, donnant lieu à l'application du § 313 du BGB, sont ceux qui ont été intégrés par les parties suivant les modalités précédemment décrites en matière d'erreur[1620]. D'ailleurs, pour rappel, le § 313 du BGB assimile à un trouble du fondement du contrat la représentation inexacte d'éléments essentiels au moment de la conclusion du contrat[1621]. Un trouble du fondement du contrat est caractérisé, d'après le (1) de ce texte, lorsque « *les circonstances qui ont constitué le fondement du contrat ont profondément changé après sa conclusion, de sorte que les parties n'auraient pas conclu ce contrat ou l'auraient conclu*

[1616] V. K. SMITH, D. J. KEENAN, *English Law*, 14th ed., Pearson Longman, 2004, p. 384.
[1617] V. P. S. ATIYAH, S. A. SMITH, *op. cit.*, p. 184 et s.
[1618] V. *supra*, n° 272 et s.
[1619] V. E. MCKENDRICK, *op. cit.*, p. 520-521.
[1620] V. *supra*, n° 272 et s.
[1621] V. *supra*, n° 269.

*avec un autre contenu si elles avaient prévu ce changement* »[1622]. Le § 313 du BGB permet alors de contester le contrat dans des cas de changement imprévisible des circonstances rendant impossible la réalisation de l'utilité assignée au contrat, ce qui constitue un trouble du but (*Zweckstörung*), ou empêchement du but (*Zweckvereitelung*)[1623].

En droits anglais comme en droit allemand, l'impossibilité du but en raison d'un changement imprévisible des circonstances constitue donc une hypothèse particulière d'application des institutions relatives à l'imprévision. La *frustration of purpose* du droit anglais (A), puis l'application du § 313 du BGB au *Zweckstörung* en droit allemand (B) seront envisagés successivement.

### A- La *frustration of purpose* du droit anglais

**417. Notion de *frustration of purpose*.** Suivant l'analyse de la doctrine anglaise, la question de la *frustration* du but poursuivi se pose quand l'exécution du contrat demeure à proprement parler possible mais alors que l'utilité que cette exécution doit servir a disparu[1624]. Pour que la théorie de la *frustration* s'applique dans une telle hypothèse, il est nécessaire que ce but poursuivi soit intégré au champ contractuel. En effet, chaque partie supporte en principe le risque que le contrat ne réponde pas à ses attentes personnelles. Il en est autrement lorsqu'il est question de *frustration of common venture*, c'est-à-dire, littéralement, de déception de l'entreprise commune.

Pour qu'il soit question de *frustration of commun venture,* l'événement imprévisible doit affecter des éléments en considération desquels les parties ont contracté et constituant le fondement du contrat et les parties ne doivent pas avoir accepté d'en supporter le risque[1625]. De façon traditionnelle, la théorie de la *frustration* repose ainsi sur l'analyse de la répartition des risques entre les parties. Conformément au principe selon lequel la *frustration* ne s'applique pas aux événements prévisibles, il s'agit alors de prendre en compte les événements raisonnablement imprévisibles au moment de la conclusion du contrat et qui n'ont pas été expressément mis à la charge d'une partie[1626].

---

[1622] Traduction de l'allemand par G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, *op. cit.*
[1623] V. D.-M. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, préf. M. FONTAINE, Bruylant, 1986, n°1.1.6.1, p. 234 et s. ; H. KÖTZ, B. FAUVARQUE- COSSON, C. SIGNAT, D. GALBOIS- LEHALLE, *Droit européen des contrats*, *op. cit.*, n° 430.
[1624] V. P. S. ATIYAH, S. A. SMITH, *op. cit.*, p. 184 et s.
[1625] *Ibid.*
[1626] V. E. MACDONALD, R. ATKINS, *op. cit.*, n° 19.37.

Une illustration de cette application particulière de la théorie de la *frustration* peut être relevée en jurisprudence à travers les célèbres *coronation cases*.

**418. Illustration par les *coronation cases*.** Les *coronation cases* (affaires du couronnement) ont été mentionnés précédemment en matière d'erreur[1627]. Il s'agit d'affaires dans lesquelles des parties avaient loué un bien en vue d'assister à la cérémonie du couronnement du roi Edouard VII, cérémonie qui a finalement été reportée dès lors que ce dernier est tombé malade. Les contrats conclus avant la décision de report de la cérémonie ne pouvaient être remis en cause sur le fondement d'une erreur au moment de la formation du contrat. Ils ont alors donné lieu à l'application de la doctrine de la *frustration*, plus précisément la *frustration of purpose*. Ainsi, dans l'arrêt *Krell v. Henry*[1628], les juges ont estimé qu'il ne s'agissait pas d'une simple location mais d'une location en vue d'assister à la cérémonie, but dont la réalisation était devenue impossible en raison d'un événement imprévisible dont le risque n'avait pas été mis à la charge du preneur.

Dans un autre arrêt, *Herne Bay Steam Boat Company v Hutton*[1629], s'incrivant également dans le cadre des *coronation cases*, la *frustration of purpose* n'a pas été retenue. Il était question en l'espèce d'un contrat d'affrètement d'un bateau à vapeur, le *Cynthia*, conclu entre *M. Hutton* et le propriétaire du navire, la *Herne Bay Steam Boat Company*. Le contrat prévoyait que le *Cynthia* serait à la disposition de *M. Hutton* les 28 et 29 juin 1902 dans le but d'assister à la revue navale organisée à l'occasion du couronnement et pour l'organisation d'une croisière au milieu de la flotte. *M. Hutton* paya un acompte de 50 £. La revue navale fut annulée le 25 juin et *M. Hutton* ne fit pas usage du *Cynthia*. La *Herne Bay Steam Boat Company* utilisa alors le *Cynthia* a des fins propres et intenta une action pour obtenir des dommages et intérêts de la part de *M. Hutton* qui demanda reconventionnellement le remboursement de l'acompte versé. La Cour d'appel a admis la demande du propriétaire du bateau en jugeant que le contrat entre les parties n'avait pas été *frustrated*. La différence de solutions entre l'arrêt *Krell v Henry* et l'arrêt *Herne Bay* s'explique par le fait que la seule présence de la flotte royale constituait une attraction importante participant du but du contrat. Or si la revue navale était annulée, l'organisation d'un tour de croisière pour contempler la flotte était toujours réalisable. Dans la mesure où l'utilité poursuivie par la conclusion du contrat n'était pas compromise, ce dernier ne pouvait donc être remis en cause.

---

[1627] V. *supra*, n° 294.
[1628] *Krell v. Henry* [1903] 2 KB 740.
[1629] *Herne Bay Steam Boat Company v. Hutton* [1903] 2 KB 683.

Un problème similaire à celui des *coronation cases* s'est posé en droit allemand s'agissant de contrats de location d'immeubles offrant une vue sur le passage de la reine lors de sa visite en Allemagne[1630]. L'application du § 313 du BGB à l'hypothèse des troubles du but conduit à des résultats proches de ceux obtenus en droit anglais en application de la *frustration of purpose*.

### B- L'application du § 313 du BGB au *Zweckstörung* en droit allemand

**419. Le cadre de la théorie de la disparition du fondement du contrat.** La théorie de la disparition du fondement du contrat (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) a été développée en jurisprudence avant d'être introduite dans le BGB par le législateur, en 2002, au § 313 qui vise les troubles du fondement du contrat (*Störung der Geschäftsgrundlage*)[1631]. Selon le § 313 (1) du BGB, le contrat peut être remis en cause lorsque « *les circonstances qui ont constitué le fondement du contrat ont profondément changé après sa conclusion, de sorte que les parties n'auraient pas conclu ce contrat ou l'auraient conclu avec un autre contenu si elles avaient prévu ce changement* »[1632]. Les troubles du fondement du contrat faisant l'objet du § 313 du BGB sont alors susceptibles de concerner diverses situations. D'après la définition donnée par un arrêt du *Bundesgerichtshof*, le *Geschäftsgrundlage* est constitué par « *la représentation que se sont faite les parties de la présence, ou de la permanence de certaines circonstances sur le fondement desquelles la volonté contractuelle a été définie* »[1633]. Ce concept a été développé par la jurisprudence à partir des travaux de la doctrine allemande dès le XIXème siècle et, notamment, de la théorie de la *Voraussetzung* – qui peut être traduite comme prévision[1634] ou encore présupposition[1635] – de WINDSCHEID. L'idée était de retenir que l'auteur d'une déclaration de volonté a entendu s'engager par rapport à certaines suppositions constituant le fondement du contrat[1636]. Le fondement du contrat peut alors se retrouver perturbé par la survenance d'un événement imprévisible. C'est ce qui est visé par le § 313 (1) du BGB précité[1637]. D'après la théorie de LARENZ, le changement imprévisible des circonstances

---

[1630] V. T. PFEIFFER, in *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 8. Auflage, 2017, § 313, n° 55.
[1631] V. H. KÖTZ, *Vertragsrecht, op. cit*, n° 1010.
[1632] Traduction de l'allemand par G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, *op. cit.*
[1633] BGH 8 février 1978, *J.Z.* 1978, p. 235.
[1634] V. A. RIEG, thèse préc., n° 268.
[1635] V. D.-M. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, *op. cit.*, n° 1.1.1.2, p. 217 et s.
[1636] *Ibid.*
[1637] V. H. KÖTZ, B. FAUVARQUE-COSSON, C. SIGNAT, D. GALBOIS-LEHALLE, *Droit européen des contrats*, *op. cit.*, n° 434-336 sur l'absence de disposition relative à l'imprévision dans le BGB de 1900, la prise en compte de l'imprévision par la jurisprudence ultérieure et la consécration légale de la théorie du fondement contractuel au § 313, BGB.

concerne deux hypothèses : le déséquilibre grave des prestations (*schwere Äquivalenzstörung*)[1638] et la disparition du but convenu (*Zweckvereitelung*)[1639]. La théorie des troubles du fondement du contrat permet ainsi de prendre en compte l'inaptitude du contrat à réaliser le but qui lui a été assigné par les parties en raison d'un changement imprévisible des circonstances.

**420. La notion de trouble du but.** Le § 313 du BGB s'applique notamment à l'hypothèse d'impossibilité du but[1640], décrit comme un *Zweckstörung*, c'est-à-dire un trouble du but[1641]. Comme le relève un auteur, dans ce cas « *l'exécution est encore possible en soi, le créancier y a toutefois perdu tout intérêt, car le but poursuivi ne peut plus être réalisé* »[1642]. Les perturbations du but constituent une catégorie d'application du § 313 importante[1643], bien que, en pratique, la remise en cause du contrat sur le fondement de l'impossibilité de satisfaire l'utilité du contrat ne soit que rarement admise[1644]. En effet, le principe est qu'une partie doit assumer le risque que le contrat ne réponde pas à ses attentes[1645]. La caractérisation de motifs participant du fondement du contrat dont l'insatisfaction n'est pas un risque à la charge du contractant qui la subit est alors décisive[1646].

Suivant les exemples donnés par M. KÖTZ, le locataire d'un appartement ne peut ainsi pas prétendre ne plus avoir à payer le loyer au motif qu'il doit se rendre dans une maison de retraite, ou pour toute autre raison personnelle rendant inutile la location de l'appartement[1647]. Il en est autrement si l'utilité intègre le fondement du contrat. L'auteur relève ainsi que le § 313 du BGB s'appliquerait dans le cas des *coronation cases*[1648]. Des illustrations de perturbation du but peuvent être données à partir de la jurisprudence.

Avant son introduction dans le BGB, la doctrine de la disparition du fondement du contrat en raison de l'impossibilité de réalisation de son but a pu être appliquée en jurisprudence. Dans

---

[1638] V. *supra*, n° 163 et s.
[1639] V. D.-M. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, *op. cit.*, n°1.1.6.1, p. 234 et s., l'auteur cite l'exemple suivant : « [E]n matière de bail, l'impossibilité de jouissance du bien loué dont le locataire peut être victime, peut constituer une hypothèses de *Zweckvereitelung* tandis que la forte dépréciation monétaire qui porte préjudice au vendeur dans un contrat de fournitures à long terme est de toute évidence un cas d'*Äquivalenzstörung* ». v. aussi H. KÖTZ, B. FAUVARQUE-COSSON, C. SIGNAT, D. GALBOIS-LEHALLE, *Droit européen des contrats*, *op. cit.*, n° 430.
[1640] V. *supra*, n° 168 et s. pour les conditions d'application du § 313 du BGB.
[1641] V. T. PFEIFFER, in *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 8. Auflage, 2017, § 313, n° 159.
[1642] *Ibid*., [notre traduction, texte original : "Hier ist die Leistung an sich noch möglich, der Gläubiger hat jedoch sein Interesse an ihr verloren, weil er den mit ihr verfolgten Zweck nicht mehr verwirklichen kann"].
[1643] *Ibid*.
[1644] H. KÖTZ, *op. cit*, n° 1017.
[1645] *Ibid*.
[1646] *Ibid*., n°1020.
[1647] *Ibid*.
[1648] *Ibid*.

une affaire portant sur la location d'un hall de sport pour le concert spécial d'un chanteur célèbre – lequel fut annulé pour cause de maladie – les juges ont admis la résolution du contrat au motif qu'il ne s'agissait pas d'une simple location d'un hall mais de la location d'un hall dans un but précis qui était devenu le fondement du contrat[1649]. Il peut être relevé que l'intégration de ce but dans le champ contractuel était assez manifeste puisque le loyer était fixé suivant un pourcentage des recettes du concert.

Dans l'arrêt connu sous le nom de *Bohrhammerfall*[1650] un contrat avait été conclu pour la commande de 600 marteaux piqueurs à une entreprise de Berlin Ouest, en vue de leur utilisation par l'acheteur dans les mines de l'Allemagne de l'Est. Le fabriquant commença la production des biens et demanda le paiement du prix à l'acheteur. Ce dernier refusa en invoquant le fait que, entre-temps, en raison du blocus de Berlin, il ne pouvait plus en disposer en Allemagne de l'Est. Les juges ont considéré que la possibilité de livraison de la zone Est était devenue le fondement du contrat, de sorte que l'acheteur fut libéré de son engagement pour les biens restants à produire.

Un autre arrêt offre une illustration de l'admission de la remise en cause du contrat sur le fondement de l'impossibilité de réalisation du but en raison de la survenance d'un événement imprévisible. Il était question de la conclusion d'un accord prévoyant une réduction du prix des futures commandes, à titre de compensation des bières endommagées lors d'un précédent acheminement en Iran. Néanmoins, l'avènement du régime fondamentaliste en Iran a rendu de telles futures commandes impossibles et, sans elles, la compensation ne pouvait pas être obtenue par l'acheteur. Il sollicita alors son cocontractant afin d'obtenir un nouvel accord, ce que ce dernier refusa. Le *Bundesgerichshof* a admis la remise en cause du contrat dans la mesure où le but poursuivi, à savoir la compensation d'un précédent envoi défectueux, ne pouvait être réalisé[1651].

Les applications de la *frustration of purpose* en droit anglais et la prise en compte du trouble du but (*Zweckstörung*), au titre de la mise en œuvre de la théorie du fondement du contrat en droit allemand, démontrent ainsi l'importance de la question de la répartition des risques. Cette dernière impose de considérer non seulement la répartition expresse des risques mais également celle qui est tacite. Cela conduit, notamment, à admettre que les risques raisonnablement prévisibles sont mis à la charge du contractant qui les subit. L'impossibilité

[1649] OLG Bremen 18 mars 1952, *NJW* 1953, 1393.
[1650] BGH 16 janvier 1953, *MDR* 1953, 282, 283.
[1651] BGH 8 février 1984, *NJW* 1984, 1746.

de satisfaire le but convenu en raison de la survenance événement imprévisible conduit à la remise en cause de l'acte.

Une telle solution doit pouvoir être obtenue à des conditions similaires, en droit français, sur le fondement de la caducité.

## §2- Le fondement de la caducité du contrat en droit français

**421. L'éventualité du fondement de la force majeure.** Outre la caducité, il pourrait être considéré que la théorie de la force majeure pourrait aussi permettre de fonder la prise en compte de l'impossibilité des motifs résultant d'un changement imprévisible des circonstances en cours d'exécution du contrat A ce titre, il peut être relevé que, avant l'introduction du §313 du BGB relatif aux troubles du fondement du contrat, les bouleversements de la prévision des parties en raison d'un événement imprévu étaient pris en compte sur le fondement du § 275 du BGB relatif à l'impossibilité de l'exécution en nature de la prestation[1652]. C'est dire que l'impossibilité de satisfaction de l'utilité attendue de la prestation peut être considérée comme une impossibilité d'exécution de la prestation, alors entendue au sens large. Ainsi, par exemple, la prestation d'un bailleur peut être définie comme consistant à mettre à disposition du preneur un bien dans un certain but, contractuellement défini. En droit français, l'impossibilité de l'utilité attendue de la prestation pourrait donc être assimilée à une impossibilité de la prestation largement entendue et constitutive d'un cas de force majeure lorsqu'elle résulte de la survenance d'un événement imprévisible.

Une telle solution se heurte toutefois à une double difficulté : outre la nécessité d'une appréhension large de la notion d'exécution de la prestation, elle suppose d'admettre que la force majeure puisse être retenue lorsque l'impossibilité d'exécution ne vise pas la prestation du débiteur mais celle du créancier. C'est le résultat auquel la Cour de cassation est parvenu dans un arrêt rendu par la première chambre civile le 10 février 1998[1653]. En l'espèce, une étudiante n'avait pu suivre la formation pour laquelle elle avait un contrat avec une école, moyennant le prix de 32 000 francs, pour des raisons de santé. L'école assigna l'étudiante en paiement du solde des frais de scolarité qu'elle avait cessé de payer, au motif que sa maladie ne rendait pas l'exécution de son obligation impossible. La Cour de cassation approuva la Cour d'appel qui avait considéré que la maladie de l'étudiante constituait un événement de force majeure. Ainsi que le relève un auteur, « *[s]i le débat ne portait pas directement sur la faculté*

---

[1652] V. T. FINKENAUER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7ème édition, 2016, § 313, n° 23.
[1653] Cass. civ. 1ère, 10 février 1998, *Bull. civ.* I, n° 53 ; *JCP G* 1998. I. 155, obs. C. JAMIN ; *JCP G* 1998. II. 10124, comm. G. PAISANT ; *D.* 1998. Jur. 539, note D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1998. 689, obs. P. JOURDAIN.

*pour le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit d'invoquer la force majeure, il est incontestable que la Cour de cassation le lui a permis* »[1654]. Suivant ce même auteur, l'admission de la force majeure en cas d'impossibilité de bénéficier de la prestation du créancier devrait être largement admise et reconnue[1655]. Une telle solution n'est toutefois pas consacrée en droit positif. En ce sens, la possibilité de retenir la force majeure apparaît incertaine s'agissant de l'impossibilité pour un locataire d'exploiter le local commercial loué, conformément à la finalité assignée dans le bail, en raison des mesures sanitaires liées à la crise de la Covid-19[1656]. Au demeurant, la prise en compte sur fondement de la force majeure de l'impossibilité des motifs en raison d'un changement imprévisible des circonstances en cours d'exécution du contrat semble assez incertaine en droit français. Le nouveau dispositif relatif à la caducité apparaît davantage pertinent pour appréhender les hypothèses de disparition de la cause en cours d'exécution du contrat[1657].

**422.L'intégration de la caducité dans le Code civil.** L'introduction de la caducité dans le Code civil constitue assurément l'une des innovations de la réforme de 2016. Le concept n'était pas inconnu et avait fait l'objet de travaux doctrinaux importants[1658]. Situé dans le chapitre sur la formation du contrat[1659] – et non dans celui relatif à ses effets – l'article 1186 du Code civil est ainsi consacré à la caducité. Ce texte se compose de 3 alinéas : le premier énonce le principe selon lequel la disparition d'un élément essentiel entraîne la caducité du contrat, tandis que les deux suivants prévoient son application à un cas particulier, à savoir celui des

---

[1654] V. C. GRIMALDI, « La force majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit », *D.* 2009, p. 1298, n° 9.

[1655] *Ibid.*

[1656] V. N. DISSAUX, « L'épidémie, cette perte », *D.* 2020, p. 887.

[1657] V. en ce sens J. HEINICH, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *D.* 2020, p. 611 : « Même si la force majeure est difficile à invoquer par le créancier qui ne peut profiter de l'exécution du contrat en l'état actuel du droit français, d'autres pistes pourraient être explorées. Par exemple, le créancier ne pourrait-il pas invoquer le nouvel article 1186, alinéa 1er, du code civil, qui envisage la caducité d'un contrat pour disparition d'un de ses éléments essentiels ? La perte de tout intérêt au contrat pour le créancier ne pourrait-elle pas, dans certains cas, être analysée en une disparition d'un élément essentiel ? Il faudrait sans doute que cet élément ait intégré dès la formation du contrat le champ contractuel, voire constitue un élément déterminant du consentemnet du céancier. La Cour de cassation avait, en effet, déjà retenu de telles solutions avant la réforme du droit des contrats sur le terrain de la cause ».

[1658] V. not. Y. BUFFELAN-LANORE, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, LGDJ, 1963 ; C. PELLETIER, *La caducité en droit français privé*, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan 2004 ; R. CHAABAN, *La caducité des actes juridiques*, LGDJ, 2006 ; V. WESTER-OUISSE, *La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer*, *JCP* 2001. I. 290.

[1659] Un auteur relève que, bien que critiquable – dès lors que la caducité intervient en cours d'exécution du contrat – ce choix quant à l'emplacement de la caducité est inévitable dans la mesure où elle sanctionne la disparition d'une condition relative à la formation de l'acte [N. DISSAUX, « Contrat : formation », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2017, n° 260]. Cet argument apparaît toutefois discutable. En effet, si l'ensemble des mécanismes prenant en compte les événements affectant les éléments essentiels – en tant que tels déterminants de la conclusion du contrat – devaient être rattachés à la question de la formation de l'acte, le chapitre du Code civil relatif aux effets du contrats s'en trouverait retranché d'une part essentielle de sa substance. Il y a une certaine incohérence à considérer que la caducité se rapporte à la formation du contrat tandis que l'article 1195 relatif à l'exécution devenue excessivement onéreuse en raison d'un changement de circonstances imprévisibles concerne ses effets.

ensembles contractuels, c'est-à-dire des contrats interdépendants dans la mesure où ils participent à la réalisation d'une opération globale[1660].

La caducité est une notion parfois employée pour décrire les conséquences d'autres institutions du Code civil, notamment celles de la défaillance d'une condition suspensive[1661]. Néanmoins, il peut être défendu que la caducité dispose d'un champ d'application propre correspondant à l'hypothèse ici envisagée de l'impossibilité de réaliser l'utilité du contrat en cours d'exécution en raison d'un changement imprévisible des circonstances[1662]. La difficulté que pose de prime abord ce texte est qu'il ne précise pas la cause de la disparition d'un élément essentiel. En effet, contrairement aux principes de la *frustration of purpose* anglaise ou à ceux des troubles du fondement du contrat du droit allemand, le texte ne subordonne pas l'admission de la caducité à la condition de la caractérisation d'un risque qui n'a pas été mis à la charge des parties. Au contraire, une première lecture du texte semble indiquer que la caducité est admise dès lors qu'un élément essentiel disparaît, peu important la cause de cette disparition. La caducité s'appliquerait donc largement à toute disparition d'un élément essentiel, qu'importe la question de la répartition du risque qui en est à l'origine. La qualification d'élément essentiel aurait alors des incidences majeures puisque le fait qu'il se retrouve affecté par la survenance de certains événement en cours d'exécution du contrat suffirait à la remise en cause de ce dernier[1663].

Il convient d'analyser les conditions de l'application de la caducité (A), avant d'en considérer les effets (B).

### A- Les conditions de l'application de la caducité

**423. L'hypothèse d'un changement de circonstances.** L'article 1186 aliéna 1er du Code civil prévoit une règle générale[1664] selon laquelle un contrat valablement formé est caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît. Il résulte de ce texte, décrit comme « *l'un des textes les plus énigmatiques de la réforme* »[1665], que le contrat peut être remis en cause en cas de

---

[1660] V. *supra*, n° 375.
[1661] M. LATINA, thèse préc., n° 619.
[1662] En ce sens v. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 396 et s. ; G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », art. préc., n° 33.
[1663] A ce titre, l'alinéa 3 de l'article 1186 relatif à l'application de la caducité aux contrats interdépendants suggère que la qualification d'élément essentiel pourrait être largement retenue, puisqu'il suffit simplement que le cocontractant de celui qui tire une utilité du contrat au regard de la réalisation d'une opération d'ensemble en ait eu connaissance. Les conditions de l'intégration du motif du contractant visant la réalisation d'une opération d'ensemble seraient donc particulièrement souples, à tout le moins bien plus que celles requises au stade de l'examen de la validité du contrat. V. pour une analyse de cette question, *infra*, n° 377.
[1664] V. aussi G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *art. préc.*, n° 31 et s.
[1665] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 392.

changement des circonstances affectant les éléments essentiels de l'accord des parties. En effet, bien qu'il n'en soit pas expressément fait mention, c'est bien d'un changement de l'environnement contractuel dont il est question. Comme le relèvent des auteurs, « *cela n'a pas grand sens de dire qu'un contrat perd, en cours de route, un de ses éléments constitutifs, ces éléments n'étant que des abstractions juridiques insensibles en elles-mêmes à l'évolution du temps. Il faut plutôt dire que le maintien du contrat est conditionné à la persistance d'un événement, à défaut duquel les parties ne méritent plus d'être liées* »[1666]. La caducité permet donc de prendre en compte les fluctuations de l'environnement contractuel qui affectent la réalisation des éléments essentiels de la prévision des parties. En ce sens, « *ce que vise et permet la caducité, c'est de mettre la force obligatoire du contrat dans la dépendance directe de son contexte factuel, juridique et économique compte tenu des finalités du contrat qu'il a lui-même abstraitement définies* »[1667].

La question se pose de savoir quels sont les changements de circonstances qui, en cours d'exécution du contrat, justifient la caducité de ce dernier. A la lecture du texte, la condition apparaît être celle d'un changement de circonstances affectant les éléments essentiels du contrat (1). Néanmoins, il peut être démontré que cette condition nécessaire n'est pas suffisance à la caducité du contrat. A l'instar de la théorie anglaise de la *frustration* et du § 313 du BGB en droit allemand, il peut être défendu que la mise en œuvre de la caducité du droit français suppose une analyse de la répartition contractuelle des risques. C'est dire que la caducité ne devrait être retenue que lorsque la disparition de l'élément essentiel ne constitue pas un risque pesant sur le contractant qui le subit (2).

### *1. L'atteinte aux éléments essentiels du contrat*

**424. La gravité des conséquences du changement de circonstances.** D'après l'article 1186 du Code civil, la caducité est retenue en cas de disparition d'un élément essentiel du contrat. C'est dire que l'évolution des circonstances de la conclusion du contrat doit affecter les motifs intégrés par les parties, ce qui conduit à la prise en compte de l'impossibilité de concrétisation du but assigné au contrat. La caducité pour disparition d'un élément essentiel concerne ainsi ce qui relevait avant la réforme de la question de la disparition de la cause[1668]. Il ne peut alors être question de retenir la caducité du contrat en cas de changement de

[1666] *Ibid*., p. 394.
[1667] *Ibid*., p. 395.
[1668] V. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 396 et s. ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, op. cit.*, n° 493.

circonstances rendant impossible la réalisation de motifs extérieurs au champ contractuel. En ce sens, d'après l'analyse de la doctrine, « *[i]l semblerait logique de réserver la caducité aux hypothèses de disparition d'un élément du contenu contractuel. Cela conduit à exclure la caducité en cas de disparition d'un élément extérieur au contrat* »[1669]. Un parallèle peut être fait avec les éléments visés par l'erreur au stade de la validité du contrat. D'ailleurs, la place de l'article 1186 au sein du Chapitre sur la formation du contrat suggère que les éléments essentiels visés sont ceux exigés pour la validité du contrat[1670].

**425. Le parallèle avec les éléments essentiels pour la validité du contrat.** Au stade de la validité du contrat, l'erreur, pour être admise, doit porter sur des motifs qui ont été tacitement ou expressément convenus par les parties[1671] et qui sont, dès lors, intégrés au champ contractuel. Ce sont ces mêmes motifs – par lesquels l'utilité poursuivie par le contrat est définie – qui, s'ils sont affectés en cours d'exécution par un changement de circonstances, sont susceptibles d'entraîner la caducité du contrat. Comme cela a été démontré précédemment, la caractérisation d'une erreur portant sur un motif intégré au champ contractuel n'est toutefois pas suffisante pour entraîner la nullité du contrat. Il faut, en outre, que le risque d'erreur ne soit pas mis à la charge de celui qui s'en prévaut. Si la prise en compte de l'impossibilité de satisfaire les motifs des parties repose ainsi, au stade de la validité du contrat, sur une appréciation de la répartition contractuelle des risques, il doit en être de même au stade de son exécution.

### *2. L'absence de prise en charge du risque de disparition d'un élément essentiel*

**426. L'absence de mention de la cause de la disparition de l'élément essentiel par l'article 1186.** L'article 1186 apparaît lacunaire dans la mesure où il ne fait mention ni de la cause de la disparition d'un élément essentiel, ni de la question de la répartition des risques. Or la remise en cause du contrat sur le fondement de l'impossibilité de réalisation du but au cours de son exécution n'est admise en droits anglais et allemand que dans la mesure où elle résulte d'un événement imprévisible dont les parties n'ont pas accepté de supporter le risque. En effet, à défaut pour les parties d'avoir expressément fait dépendre le sort du contrat de la survenance d'un événement prévisible[1672], chacune d'entre elles supporte en principe le risque qu'un tel

---

[1669] G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, op. cit.*, n° 493.
[1670] En ce sens v. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 392 : « cet emplacement pousse naturellement à interpréter la notion d' « éléments essentiels » mentionnés à l'article 1186, alinéa 1er à la lumière des conditions de conclusion et de validité du contrat ».
[1671] V. *supra*, n° 272 et s.
[1672] Par le biais d'une condition, v. *supra*, n° 341 et s.

événement compromette son intérêt au contrat. Les théories de la *frustration* et des troubles du fondement du contrat supposent ainsi que l'impossibilité du but résulte d'un changement de circonstances qui était imprévisible au moment de la conclusion de l'acte.

**427. La nécessaire prise en compte de la répartition contractuelle des risques dans la mise en œuvre de la caducité.** Une solution similaire à celle retenue en droits anglais et allemand devrait être appliquée en droit français. C'est dire que la caducité du contrat pour disparition d'un élément essentiel ne devrait pas être retenue lorsque cette dernière résulte d'un changement prévisible des circonstances que les parties n'ont pas intégré par une condition[1673]. De façon générale, les risques prévisibles d'inutilité du contrat pèsent normalement sur le contractant qui en subit les conséquences, sauf prévision contraire. Or aucune raison ne semble justifier l'exclusion de cette règle en matière de disparition d'un élément essentiel. La survenance d'un événement imprévisible affectant la réalisation du but intégré au contrat permet la remise en cause de l'acte dès lors que le risque un risque ne peut être considéré comme ayant été tacitement mis à la charge du contractant. Admettre le cas contraire, serait incohérent avec les autres institutions assurant la prise en compte des motifs et imposent une analyse de la répartition contractuelle des risques, notamment l'erreur et le dispositif de l'article 1195 du Code civil[1674].

*A contrario*, les parties doivent pouvoir expressément prévoir que l'impossibilité du but résultant d'un changement imprévisible des circonstances en cours d'exécution du contrat sera sans incidence sur ce dernier. Un parallèle peut être fait avec le régime de la force majeure prévue par l'article 1218 du Code civil et qui concerne les hypothèses d'impossibilité d'exécution de la prestation en raison d'un événement imprévisible. Les aménagements contractuels relatifs à la force majeure sont classiquement admis en droit français[1675] et l'article 1351 du Code civil dispose aujourd'hui que le débiteur ne peut être libéré en cas de force majeure dans le cas où il aurait convenu de s'en charger. Un contractant peut ainsi garantir la survenance d'événements de force majeure, de sorte que ces derniers constituent des risques mis à sa charge, ce qui se traduira vraisemblablement par un coût plus important de la prestation pour le créancier[1676]. Les aménagements contractuels de la caducité du contrat pour disparition

---

[1673] *Ibid.*
[1674] En ce sens v. G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *art. préc.*, n° 33 : « la question de la caducité du contrat ne peut être traitée sans que soit pris en compte les risques que le contrat a laissés, ou mis, à la charge de l'une ou l'autre des parties. On observera que c'est d'ailleurs ce que retient l'article 1196 du projet d'ordonnance en matière de changement de circonstances ».
[1675] F. GREAU, « Force majeure », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2017, n° 106.
[1676] *Ibid.*

d'un élément essentiel en cours d'exécution devraient similairement pouvoir être admis, de sorte que les parties pourraient expressément exclure la caducité du contrat en cas d'impossibilité du but résultant d'un changement imprévisible des circonstances.

En définitive, l'article 1186 du Code civil permet de fonder, en droit français, des solutions similaires à celles obtenues en droits anglais et allemand sur le fondement, respectivement, de la *frustration of purpose* et du § 313 du BGB. Fondée sur une analyse de la répartition contractuelle des risques, la caducité doit alors entraîner, conformément à la solution retenue en en droits anglais et allemand, la remise en cause du contrat sans qu'aucune des parties ne soit tenue d'en assumer les conséquences.

### B- Les effets de la caducité du contrat

**428. La libération des parties.** D'après l'article 1187 du Code civil, la caducité a pour effet de mettre fin au contrat et peut donner lieu à des restitutions. Ainsi que le relèvent des auteurs, « *« [m]ettre fin » au contrat n'a aucune signification technique : la formule laisse aux interprètes le soin de décider quels sont les effets de la caducité* »[1677]. Concrètement, les juges devront donc apprécier si la caducité emporte seulement une libération des parties pour l'avenir ou si elle doit par ailleurs être rétroactive et emporter des restitutions[1678]. En toute hypothèse, la caducité conduit à une libération des parties emportant un anéantissement du contrat dont la mesure dépendra vraisemblablement de l'intérêt ou non du maintien de ce qui a été exécuté. Par ailleurs, dès lors que la caducité doit être retenue conformément à la répartition contractuelle des risques, le contractant dont les motifs sont affectés ne devrait pas être tenu d'indemniser son cocontractant des conséquences de la remise en cause du contrat. La partie qui a intérêt à la caducité du contrat au regard de la perte d'utilité de ce dernier à son égard ne devrait donc pas être obligée au paiement de dommages et intérêts, ce qui rejoindrait les solutions retenues en droits anglais et allemand. En effet, l'application de la théorie de la *frustration* conduit à une libération des parties emportant un anéantissement du contrat et une absence d'obligation à des dommages et intérêts en raison de l'existence d'un contrat *frustrated*[1679]. De même, en droit allemand, l'impossibilité de réalisation des motifs prise en compte sur le fondement du § 313 du BGB conduit le cas échéant à la libération des deux parties

[1677] V. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 408.
[1678] *Ibid.*
[1679] V. *supra*, n° 188 et s.

– sans que le contractant dont les attentes sont déçues ne soit tenu d'indemniser l'autre – étant précisé que l'adaptation du contrat est la solution en principe privilégiée[1680].

L'impossibilité des motifs résultant d'un changement imprévisible des circonstances en cours d'exécution du contrat constitue ainsi, unitairement en droits français, anglais et allemand un risque qui, sauf prévision contraire expresse, ne pèse pas sur les parties. Il en est de même de l'impossibilité des motifs qui trouve sa cause dans l'inexécution par l'un des contractants de son engagement.

## *Section 2 – L'impossibilité des motifs résultant d'une inexécution grave*

**429. L'application des remèdes de l'inexécution à défaut de prévision contraire expresse.** L'inexécution par une partie de son engagement est loin de constituer un risque imprévisible : elle constitue un risque inhérent au phénomène contractuel qui en justifie, d'ailleurs, la raison d'être. C'est ainsi parce que tout engagement présente le risque intrinsèque de ne pas être tenu que des parties recourent au contrat, qui ayant force obligatoire, est une garantie d'obtenir des remèdes juridiques en cas d'inexécution. Une partie s'expose toujours au risque que le but assigné au contrat ne soit pas atteint en raison de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ce dernier. Certains remèdes de l'inexécution prennent alors en compte une telle impossibilité de satisfaction des motifs à travers le critère de la gravité de l'inexécution. Il s'agit de la résolution du contrat pour inexécution et de l'exception d'inexécution.

Comme pour les institutions relatives à l'imprévision, ces remèdes s'appliquent à défaut d'avoir été expressément écartés par les parties. En effet, les sanctions de l'inexécution peuvent traditionnellement faire l'objet d'aménagements contractuels par les parties. Ainsi, en droit français, il a été admis, avant la réforme, que les contractants peuvent renoncer par avance à la résolution judiciaire[1681] et le rapport relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 semble s'inscrire dans ce sens s'agissant des deux modes de résolution aujourd'hui consacrés[1682]. La possibilité d'aménager la résolution du contrat n'est toutefois pas sans limites, lesquelles sont celles

---

[1680] V. *supra*, n° 186.

[1681] Cass. civ. 3ème, 3 novembre 2011, nº 10-26.203, *Bull. civ.* III, nº 178 ; *D.* 2011. 2795 ; *D.* 2012. 459, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; *AJDI* 2012. 780, obs. F. COHET-CORDEY ; *RTD civ*. 2012. 114, obs. B. FAGES.

[1682] C'est-à-dire tant la résolution judiciaire que la résolution par notification. V. G. CHANTEPIE, « Contrat : effets », in *Repertoire de droit civil*, Dalloz, 2018, n° 267, au sujet de la résolution judicaire, et n° 261, au sujet de la résolution par notification.

imposées par l'exigence de cohérence avec la nécessité d'une contrepartie minimale[1683] et par la sanction de l'abus[1684]. Dans les mêmes limites, le remède de l'exception d'inexécution peut être contractuellement écarté par les parties[1685].

**430. Le critère de gravité de l'inexécution ou de la menace d'inexécution.** A défaut d'être valablement exclus par les parties, la résolution pour inexécution et l'exception d'inexécution sont des remèdes permettant à un contractant de remettre en cause le contrat au regard de la gravité de l'inexécution. Ce critère de gravité de l'inexécution est rempli lorsque l'inexécution affecte l'utilité du contrat pour les parties, telle que définie par les motifs intégrés. Des institutions propres à chacun des droits étudiés visent ainsi les cas où une partie n'exécute pas son engagement ou s'exécute mal et compromet l'intérêt au contrat de son cocontractant.

La réforme du droit des obligations a, en la matière, introduit une innovation puisqu'un contractant peut désormais se fonder sur la menace d'inexécution grave pour suspendre l'exécution de son obligation. Cette faculté, prévue par l'article 1220 du Code civil, constitue une mesure anticipative face à une situation manifeste d'inexécution grave à venir. Cela n'est pas sans rappeler l'*anticipatory breach* de *common law*, qui désigne la prise en compte de l'inexécution anticipée d'un contractant. Le § 321 du BGB peut également être rapproché de l'article 1220 du Code civil puisqu'il prévoit que le contractant, tenu de s'exécuter en premier, peut refuser de s'exécuter « *lorsqu'après la conclusion du contrat il devient manifeste que son droit à la contre-prestation est menacé par le manque de ressources de l'autre partie* »[1686]. Certes, ce texte ne concerne que la menace d'inexécution dûe à un manque de ressources, ce qui recouvre toutefois une large part des cas de menace d'inexécution grave.

Deux situations doivent en définitive être distinguées : le cas où la satisfaction des motifs est compromise par une inexécution avérée (§1) et celui où elle est compromise par la menace d'inexécution d'une partie (§2).

---

[1683] V. *supra*, n° 121 et s. Il ne serait pas ainsi admis que le créancier soit privé de toutes les sanctions de l'inexécution du contrat, il doit avoir la possibilité de recourir à d'autres sanctions de l'inexécution (exécution forcée, dommages et intérêts, etc.).

[1684] Ainsi, en droit de la consommation, est abusive toute clause interdisant au consommateur de demander la résolution en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations [v. art. R. 212-1, 7° du Code de la consommation]. Il en serait vraisemblablement de même en matière de contrat d'adhésion.

[1685] O. DESHAYES, « Exception d'inexécution », in *Repertoire de droit civil*, Dalloz, 2018, n° 31. D'après cet auteur, « [s]'il serait choquant qu'une partie à un contrat renonce à tout moyen de sanction en cas de manquement par l'autre partie à ses obligations, il ne paraît en revanche exister aucun obstacle de principe à la validité d'une renonciation limitée à la seule exception d'inexécution ». M. DESHAYES relève alors que la renonciation à l'exception d'inexécution présente un intérêt lorsque la suspension par une partie de l'exécution de ses obligations aurait pour l'autre des conséquences particulièrement préjudiciables [*ibid.*, n° 32]. De même que pour la clause excluant la résolution du contrat pour inexécution, la clause de renonciation à l'exception d'inexécution pourrait être contestée dans le cadre des contrats de consommation [*ibid.*, n° 33] ainsi que dans les contrats d'adhésion [*ibid.*, n° 35].

[1686] Traduction de l'allemand par G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, *op. cit.*

## §1- La satisfaction des motifs compromise par une inexécution avérée

**431. La possibilité de refuser de s'exécuter ou de résoudre le contrat en cas d'inexécution grave.** La satisfaction des motifs des parties au contrat est logiquement dépendante de la bonne exécution de ce dernier. La réalisation des motifs peut alors être rendue impossible au regard de l'inexécution par une partie de son engagement. Dans un tel cas, le contractant victime de l'inexécution dispose de deux possibilités : laisser une chance au contrat ou y mettre définitivement fin. Les droits étudiés admettent en effet qu'une partie puissent refuser de s'exécuter tant que son cocontractant ne s'est pas décidé à s'exécuter d'abord : cette faculté est désignée, dans les droits de tradition civiliste, comme l'exception d'inexécution et résulte, en droits de tradition de *common law*, des règles en matière d'ordre d'exécution (*order of performance*). La fonction comminatoire de ce mécanisme est manifeste : le refus d'exécution d'un contractant vise à inciter le débiteur défaillant à honorer ses engagements. Le contractant victime de l'inexécution grave dispose également du droit de mettre fin au contrat : ce qui correspond à la résolution pour inexécution en droits français et allemand et à la *termination for breach* en droit anglais.

Ces deux remèdes admis en cas d'inexécution grave affectant le but poursuivi par la conclusion du contrat – à savoir le refus d'exécution (A) et la résolution du contrat (B) – seront envisagés successivement.

### A- Le possible refus d'exécution du contractant victime de l'inexécution grave

**432. L'admission de l'exception d'inexécution en droit français.** Ainsi que le relève un auteur, l'exception d'inexécution est une institution « *consacrée par la très grande majorité, sinon la totalité, des systèmes juridiques* »[1687]. L'exception d'inexécution, aussi désignée sous le nom latin *exceptio non adimpleti contractus*, repose sur l'idée d'une exécution « *donnant-donnant* » [1688] : pour qu'une partie obtienne l'exécution de la contreprestation, elle doit s'exécuter elle-même. Il s'agit d'un remède propre aux contrats synallagmatiques.

En droit français, avant son introduction en termes généraux dans le Code civil, l'exception d'inexécution était ponctuellement consacrée pour quelques contrats spéciaux[1689]. Désormais, l'article 1219, prévoit la possibilité pour un contractant de refuser l'exécution de

[1687] O. DESHAYES, « Exception d'inexécution », in *Répertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 4.
[1688] *Ibid*
[1689] V. par ex. article 1612 en matière de vente.

son obligation en cas d'inexécution suffisamment grave de son cocontractant[1690] : le texte vise une hypothèse d'inexécution grave avérée. Le critère de l'exception d'inexécution est donc celui de la gravité de cette dernière. L'exception d'inexécution peut aussi bien être exercée en cas d'inexécution totale que partielle[1691], pourvu que celle-ci soit d'une gravité suffisante[1692].

Le rôle de l'exception d'inexécution dans la prise en compte de l'impossibilité des motifs en cours d'exécution du contrat a été mis en avant par la doctrine dans le contexte particulier de la Covid-19. Les mesures sanitaires réglementaires imposées par la crise sanitaire ont, en effet, contraint les commerçants à fermer leurs boutiques. La question se pose alors de savoir si le locataire d'un bail commercial demeure tenu de payer les loyers. D'après l'analyse d'un auteur, l'exception d'inexécution de l'article 1219 du Code civil constitue un mécanisme juridique pertinent dans une telle situation [1693]. En effet, il relève que « *en raison des mesures réglementaires imposées par la crise sanitaire, le bailleur ne peut pas, actuellement, satisfaire ni à son obligation de délivrance, ni à son obligation de jouissance paisible, puisque précisément les boutiques et les centres commerciaux doivent être fermés* »[1694]. L'inexécution par le bailleur de ces obligations rend ainsi impossible l'exercice de l'activité commerciale, qui constitue, évidemment, le motif de l'engagement du locataire. L'inexécution grave par le bailleur est donc, dans ces circonstances, caractérisée, ce qui justifie la possibilité pour le locataire de se prévaloir de l'exception d'inexécution[1695]. Il convient à ce titre de préciser que la caractérisation d'une faute de la part du débiteur n'est pas une condition à la mise en œuvre de l'exception d'inexécution[1696]. C'est dire que la gravité de l'inexécution exigée par l'article 1219 du Code civil ne s'entend pas comme la gravité de la faute du débiteur mais doit être appréciée du point de vue de ses conséquences sur l'intérêt du créancier au contrat.

**433. L'exception d'inexécution en droit allemand.** En droit allemand, l'exception d'inexécution fait l'objet du § 320 du BGB. D'après le (1) de ce texte, « *[c]elui qui est obligé en vertu d'un contrat synallagmatique peut refuser de fournir la prestation qui lui incombe jusqu'à ce que la contre-prestation soit effectuée, à moins qu'il ne soit tenu d'exécuter en premier* »[1697]. Cette disposition diverge à première vue de l'article 1219 du Code civil dans la

---

[1690] V. O. DESHAYES, « Exception d'inexécution », in *Répertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 13.
[1691] *Ibid.*, n° 76.
[1692] *Ibid.*, n° 109.
[1693] L. PERREAU-SAUSSINE, « Le sort des loyers dans les baux commerciaux à l'épreuve de la crise du covid-19 : *quid* de l'exception d'inexécution », *JCP N* 2020, n° 18, act. 415.
[1694] *Ibid.*
[1695] *Ibid.*
[1696] V. M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, T.1 : PUF, coll. Thémis, 5ème éd., 2019, n° 206. .
[1697] Traduction de l'allemand par G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, *op. cit.*

mesure où aucune exigence n'est posée quant à la gravité de l'inexécution. Néanmoins, la question de la gravité de l'inexécution se pose au regard de la disposition qui suit. En effet, le § 320 (2) prévoit que, en cas d'inexécution partielle, « *la contre-prestation ne peut pas être refusée dans la mesure où, compte tenu des circonstances, en particulier de la modicité relative de la partie restant à fournir, ce refus heurterait la bonne foi* »[1698]. Plusieurs remarques s'imposent dès lors.

Tout d'abord, il peut être déduit de l'existence d'une disposition spécifique à l'inexécution partielle que le § 320 (1) s'applique, quant à lui, aux cas d'inexécution totale. Or l'hypothèse dans laquelle un contractant serait dans une inexécution totale de son engagement peut être considérée comme suffisante à caractériser une inexécution grave.

En outre, au regard de la formulation du § 320 (2), il apparaît que l'exception d'inexécution ne pourra, en cas d'inexécution partielle, être mise en œuvre à défaut pour celle-ci de présenter une gravité certaine. En effet, la référence, non seulement à la « modicité relative » de la prestation restant à fournir mais aussi à la bonne foi, témoigne que l'exception d'inexécution doit être légitime et justifiée au regard de la gravité de l'inexécution partielle.

En définitive, il apparaît que, comme en droit français, l'exception d'inexécution ne peut être mise en œuvre que si cette dernière est suffisamment grave, ce qui est le cas lorsque l'inexécution est totale mais ce qui n'est pas pour autant exclu lorsqu'elle n'est que partielle. Une solution similaire est obtenue en droit anglais. Bien que ce dernier ne consacre pas formellement de façon claire l'exception d'inexécution, cette dernière peut toutefois être déduite des règles relatives à l'ordre d'exécution.

**434. L'obtention de résultats similaires en droit anglais sur le fondement des règles en matière d'ordre de l'exécution.** En droit anglais, l'ordre de l'exécution des prestations est déterminé suivant la qualification soit de *condition precedent* (condition préalable), *concurrent conditions* (conditions concurrentes) ou encore *independant conditions* (conditions indépendantes) des prestations à la charge des parties[1699]. Lorsqu'une prestation d'une partie constitue une *condition precedent* de celle d'une autre, cela signifie que cette dernière peut refuser de s'exécuter tant que l'autre ne s'exécute pas d'abord[1700]. Le cocontractant de celui dont la prestation est une *condition precedent* peut ainsi refuser de s'exécuter en cas d'inexécution de celle-ci[1701].

---

[1698] *Ibid.*
[1699] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 17-015 et s.
[1700] *Ibid.*
[1701] Le contractant dont la prestation constitue une *condition precedent* de celle de son cocontractant ne peut en revanche pas invoquer l'inexécution par celui-ci pour refuser de s'exécuter. Il ne s'agit pas ici d'une solution divergente avec celle retenue en

Lorsque les prestations sont concurrentes l'une de l'autre elles sont désignées comme des *concurrent conditions* : dans ce cas, une partie ne peut demander à l'autre l'exécution de sa prestation si elle n'est pas disposée à s'exécuter elle-même[1702]. Si donc une partie est dans une situation d'inexécution grave, elle ne peut demander à l'autre l'exécution de ses obligations. Le résultat est ici en définitive similaire à celui obtenu par le jeu de l'exception d'inexécution[1703].

Si, enfin, les prestations sont qualifiées d'*independant conditions*, une partie ne peut se prévaloir de l'inexécution de la part de son cocontractant pour refuser de s'exécuter[1704] : les prestations sont indépendantes et, dans une telle situation, chaque partie supporte le risque de l'inexécution de l'obligation de l'autre. Dans ce cas, chacune des parties peut obtenir l'exécution de l'obligation de l'autre même si elle n'a pas d'abord exécuté la sienne. Cette solution conduit à une certaine réticence des juges à qualifier des promesses d'indépendantes[1705]. Ainsi, dans le silence du contrat, ce dernier est interprété comme exigeant une exécution concurrente des obligations[1706].

En définitive, bien que l'exception d'inexécution ne soit pas formellement consacrée en droit de *common law*, elle est en pratique admise et mise en œuvre à travers les règles d'ordre d'exécution des prestations.

---

droits français et allemand. En effet, la qualification de *condition precedent* se fonde sur une analyse du contrat à partir de laquelle il peut être considéré que l'exécution d'une prestation constitue expressément une *condition precedent* de celle de l'autre. V. par ex. *Société Générale de Paris v Milders* [1883], 49 L.T. 55 (le contrat comportait en l'espèce une stipulation expresse) ; *Pioneer Concrete (UK) LTd v National Employers Mutual, etc.* [1985], 2 All E.R. 395 (par interprétation de la police d'assurance exigeant que l'assuré notifie immédiatement à l'assureur tout accident survenu, il a été jugé que que la police d'assurance exprimait en termes clairs que la notification par l'assuré était une *condition precedent* sur laquelle pouvait se fonder l'assureur) ; v. dans le même sens *Kazakhstan Wool Processors (Europe) Ltd v Nederlandsche Credietverzekering Maatschappij NV* [2000], C.L.C. 822. Si une partie a accepté de travailler pour un salaire hebdomadaire payable à terme échu, alors il est considéré que son cocontractant n'est pas tenu de payer tant que le travail n'a pas été réalisé [v. *Morton v Lamb* [1797], 7 T.R. 125 ; *Cresswell v Board of Inland Revenue* [1984], I.C.R. 508 ; *Miles v Wakefield MDC* [1987], A.C. 539 at 561, 574 ; *Wiluszynski v Tower Hamlets LBC* [1989], I.C.R. 493]. V. aussi *Trans Trust SPRL v Danubian Trading Co* [1952], 2 Q.B. 297. En l'espèce, un contrat de vente d'acier avait été conclu et le vendeur devait être payé par un crédit souscrit en sa faveur par l'acheteur. L'exécution par l'acheteur de son engagement de procurer une lettre de crédit sans délai a été considérée comme une *condition precedent* de l'engagement du vendeur, bien que l'ordre dans lequel les engagements devaient être exécutés n'était pas précisé dans le contrat (l'acheteur savait que le vendeur ne pourrait pas se fournir en acier avant que le crédit ait été mis à sa disposition). Il résultait ainsi de la nature du contrat que l'acheteur devait exécuter son engagement avant que le vendeur ne soit tenu d'exécuter le sien. Il est également admis en droits français et allemand que le contrat prévoie un ordre d'exécution des prestations, de sorte que si l'une doit être fournie avant une autre, le contractant tenu de s'exécuter en premier ne pourra pas se prévaloir de l'exception d'inexécution [v. *infra*, n° 300].

[1702] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 17-018.

[1703] *Ibid.*, n° 17-025 : « A's failure to perform a condition precedent or a concurrent condition justifies a refusal by B to perform » [notre traduction : « Le manquement de A à l'exécution de sa prestation constituant une *condition precedent* ou *concurrent condition* justifie le refus de B de s'exécuter »].

[1704] *Ibid.*, n° 17-019.

[1705] V. par ex. *Jones v Barkley* [1781], 2 Dougl 648 ; 99 ER 434.

[1706] V. par ex. *Paynter v James* [1967], LR 2 CP 348 ; *China Offshore Oil (Singapore) International Pte Ltd v Giant Shipping Ltd ('The Posidon')* [2001], 1 Lloyd's Rep 697.

Outre l'exception d'inexécution, le contractant victime d'une inexécution grave rendant impossible la satisfaction de ses motifs peut, unitairement dans les droits étudiés, obtenir qu'il soit mis fin au contrat.

### B- La possible résolution du contrat pour inexécution grave

**435. L'admission unitaire de la possibilité d'être libéré du contrat en cas d'inexécution grave.** Les droits français, allemand et anglais admettent similairement des institutions permettant à une partie victime de l'inexécution de son cocontractant de mettre fin au contrat. La résolution du contrat pour inexécution est ainsi régie, en droit français, par les articles 1224 à 1230 du Code civil et, en droit allemand, par les §§ 323 et suivants du BGB. Contrairement au droit français, le critère de gravité n'est toutefois pas clairement exprimé en droit allemand : une première lecture des textes pourrait indiquer que la résolution est admise en cas d'inexécution, quelle qu'elle soit. La mise en œuvre de la résolution en droit allemand repose en réalité, comme en droit français, sur une appréciation de la gravité de l'inexécution. En droit anglais, le concept correspondant est celui de la *termination for breach* du contrat[1707]. La mise en œuvre de la *termination* du contrat suppose alors que le critère d'une inexécution substantielle soit rempli[1708], ce qui rejoint celui d'une inexécution grave.

Il convient de distinguer la question des conditions de l'anéantissement du contrat pour inexécution (1), et celle de ses effets (2).

#### *1. Les conditions de l'anéantissement du contrat*

**436. Le critère de la gravité de la résolution pour inexécution en droit français.** D'après l'article 1224 du Code civil, la résolution du contrat peut être obtenue soit en application d'une clause résolutoire prévue par les parties – c'est-à-dire que ces dernières ont déterminé à l'avance les cas dans lesquels le contrat pourrait être résolu – soit par notification ou décision de justice sur le fondement d'une inexécution suffisamment grave. Le critère de l'inexécution grave doit donc être rempli tant pour la mise en œuvre de la résolution unilatérale que de la résolution judiciaire. La réforme de 2016 a en effet consacré, la possibilité, développée à l'article 1226, pour un créancier de résoudre le contrat, à ses risques et périls par voie de

[1707] R. STONE, *The Modern Law of Contract*, 6th ed., 2005, Cavendish Publishing Limited, n° 18. 4 et s.

[1708] V. H. COLLINS, *The Law of Contract*, 4th ed., LexisNexis UK, 2003, p. 357 : « to justify termination the party in breach must have substantially deprived the injured party of the benefits of performance of the contract » [traduction : « pour justifier la *termination*, le contractant qui ne s'est pas exécuté doit substantiellement priver la partie qui en est victime des bénéfices de l'exécution du contrat »].

notification[1709]. Le créancier qui résout le contrat doit motiver sa décision. Le débiteur est protégé contre d'éventuels abus dans la mesure où il peut saisir le juge afin que celui-ci contrôle, *a posteriori*, la légitimité de la résolution en s'assurant de la gravité de l'inexécution. Le juge contrôle également la gravité de l'inexécution pour prononcer la résolution judiciaire, laquelle est soumise à l'appréciation discrétionnaire des juges du fond[1710]. A défaut de présenter une gravité suffisante, l'inexécution pourra toutefois entraîner l'allocation de dommages et intérêts[1711].

L'appréciation de la gravité de l'inexécution est effectuée à partir du but convenu par les parties et, donc, de leurs motifs. En effet, suivant l'analyse de Mme ROCHEFELD au sujet, notamment, de la résolution, « *la cause intervient comme un critère (...). Elle permet de déterminer les obligations contractées, l'importance de chacune dans la structure contractuelle et,* in fine*, fournit la mesure de la gravité de certains manquements commis* »[1712]. L'inexécution justifiant la résolution du contrat doit alors porter sur une obligation « *nécessaire dans la poursuite de la finalité* »[1713]. La gravité de l'inexécution peut ainsi être caractérisée au regard de l'intérêt du créancier au contrat[1714]. Le fait que le but soit compromis par l'inexécution constitue une cause de résolution du contrat. Ainsi que le relève un auteur, « *[s]i une inexécution totale du contrat ne laisse guère d'incertitude, l'appréciation judiciaire prend plus d'importance lorsqu'elle n'est que partielle* »[1715]. Une inexécution partielle peut entraîner la résolution du contrat « *dès lors qu'elle porte sur une obligation déterminante de la conclusion du contrat* »[1716]. Dans la mesure où la gravité de l'inexécution ne laisse guère de doutes en cas d'inexécution totale, le droit allemand n'en fait expressément mention que s'agissant de l'inexécution partielle.

**437. La prise en compte de la gravité de l'inexécution en droit allemand.** En droit allemand, s'agissant tout d'abord de la résolution du contrat, le § 323 (1) du BGB prévoit, pour les contrats synallagmatiques, la possibilité d'obtenir la résolution – laquelle n'a pas à être demandée en justice – pour défaut de fourniture de la prestation ou fourniture d'une prestation non conforme au contrat, sous réserve de laisser au débiteur un délai raisonnable pour

---

[1709] V. G. CHANTEPIE, « Contrat : effets », in *Repertoire de droit civil*, Dalloz, 2018, n° 258 et s.
[1710] *Ibid.*, n° 270.
[1711] *Ibid.*
[1712] J. ROCHFELD, thèse préc., n° 323.
[1713] *Ibid.*, n° 324.
[1714] V. G. CHANTEPIE, « Contrat : effets », in *Repertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 259.
[1715] *Ibid.*, n° 270.
[1716] Cass. Com. 2 juill. 1996, n° 93-14.130, *Bull. civ.* IV, n° 198 ; *JCP* 1996. I. 3983, n° 14, obs. C. JAMIN ; *Defrénois* 1996, art. 36434, n° 146, obs. D. MAZEAUD.

s'exécuter ou procéder à une exécution corrective. De prime abord, cette disposition pourrait sembler ne pas subordonner la résolution au critère de la gravité de l'inexécution.

Pourtant, une analyse plus précise des dispositions suivantes démontre que, à l'instar du droit français, le critère de gravité est pris en compte dans la mise en œuvre de la résolution du contrat. En effet, tout d'abord, le créancier n'est pas tenu d'accorder un délai supplémentaire d'exécution dans plusieurs hypothèses : si l'inexécution est sérieuse et définitive, si la date qui était prévue pour l'exécution du contrat était déterminante de son utilité et si les circonstances le justifient au regard des intérêts des parties[1717]. En outre, d'après le § 323 (5) du BGB, une inexécution partielle ne permet la résolution du contrat que si elle ne présente pas d'intérêt pour le créancier. Dès lors de deux choses l'une : soit l'inexécution est totale et le critère de sa gravité est *de facto* rempli – étant précisé dans ce cas que le créancier n'est pas tenu d'accorder un ultime délai d'exécution au débiteur lorsque l'utilité du contrat est définitivement compromise – soit l'inexécution n'est que partielle et la gravité de l'inexécution doit être caractérisée dans la mesure où elle n'est admise que lorsque l'intérêt du créancier au contrat est compromis. Il peut en ce sens être relevé que le § 314 du BGB prévoie la possibilité d'obtenir la résiliation des contrats à exécution successive pour motif grave, ce qui s'apprécie au regard des intérêts respectifs des parties. De façon similaire, le droit anglais subordonne la *termination* du contrat pour inexécution à l'exigence d'une *substantial failure of performance*, c'est-à-dire à un manquement substantiel à l'exécution.

**438. L'exigence d'une *substantial failure of performance* en droit anglais**. A la résolution du contrat pour inexécution des droits français et allemand correspond la *termination for breach* du droit anglais. Il s'agit de la possibilité pour une partie de mettre fin au contrat en raison de l'inexécution de son cocontractant, étant précisé que le recours au juge n'est pas nécessaire. La mise en œuvre du droit de terminer le contrat est subordonée au critère de la *subtantial failure in performance*. Celui-ci renvoit à des cas d'inexécution décrits comme privant substantiellement un contractant de ce pour quoi il a contracté, atteignant la racine du contrat ou contrariant le but pour lequel il a contracté[1718].

Suivant l'analyse développée à l'occasion d'un arrêt de la *Court of Appeal*[1719], le critère de la *termination* du contrat est le fait que l'inexécution prive le contractant du bénéfice qu'il doit obtenir d'après ce qui a été convenu dans le contrat[1720]. D'après un auteur, l'admission du

[1717] Ces trois hypothèses sont prévues par le § 323 (2) du BGB.
[1718] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 18-026.
[1719] Arrêt *Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* [1962], 2 QB 26 ; [1962], 1 All ER 474, CA.
[1720] V. les propos du Juge Diplock reproduits par H. COLLINS, *The Law of Contract*, *op. cit.*, p. 357 : "does the occurrence of the event deprive the party who has further undertakings still to perform of subtantiallly the whole benefit which it was the intention

fait qu'il soit mis un terme au contrat (*termination of the contract*) en cas d'inexécution (*breach of contract*), même mineure, risquerait de permettre au créancier d'en prendre avantage, de façon purement opportuniste, en cas de marché défavorable[1721]. Le droit anglais a développé une distinction permettant d'apprécier le bien-fondé de la résolution en fonction de l'importance des stipulations inexécutées, entre les *conditions*, *warranties* et *intermediate terms*[1722]. La distinction repose essentiellement sur le degré d'importance des stipulations du contrat inexécutées, en fonction desquelles la *termination* du contrat sera possible ou non. Une *condition* se définit ainsi comme une stipulation de première importance et dont l'inexécution par une partie permet à l'autre de mettre fin au contrat[1723], par opposition à une *warranty* qui désigne une stipulation de moindre importance dont l'inexécution ne justifie pas qu'il soit mis fin au contrat[1724]. La catégorie des *intermediate terms*, aussi désignés *innominate terms*[1725], a quant à elle été développée afin de remédier aux insuffisances de cette distinction. Il existe en effet des stipulations qui ne peuvent être qualifiées de *conditions* ou *warranties* dans la mesure où leur inexécution conduira, dans certains cas, à priver une partie du bénéfice attendu du contrat et, dans d'autres, non[1726]. Les *intermediate terms* suppose alors une appréciation concrète de l'existence d'une *substantial failure of performance*. D'après une partie de la doctrine, les *intermediate terms* seraient en réalité des *warranties*, c'est-à-dire des stipulations de moindre importance ne permettant pas en principe d'obtenir la *termination* du contrat mais pour lesquelles cette dernière pourra, par exception, être admise en présence d'une inexécution suffisamment sérieuse[1727].

### *2. Les effets de l'anéantissement du contrat*

**439. La question de la portée de l'anéantissement du contrat en droit français.** Ainsi que le met en avant un auteur anglais, en dépit de la gravité de l'inexécution, la résolution demeure un choix pour le créancier qui peut très bien souhaiter le maintien du contrat[1728]. L'anéantissement du contrat pour inexécution est ainsi une option laissée au contractant qui en

---

of the parties as expressed in the contract that he should obtain as the consideration for performing those undertakings ?" [traduction : « est-ce que la survenance de l'événement prive substantiellement le contractant, qui doit encore prendre des engagements supplémentaires pour s'exécuter, de l'entier bénéfice qu'il devait obtenir conformément à l'intention des parties exprimée dans le contrat au titre de la *consideration* pour l'exécution de ces engagements ? »].

[1721] *Ibid.*

[1722] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 18-039 et s.

[1723] *Ibid.*, n° 18-039.

[1724] *Ibid.*

[1725] *Ibid.*, n° 18-047.

[1726] *Ibid.*, n° 18-047.

[1727] *Ibid.*, n° 18-048.

[1728] V. H. COLLINS, *op. cit.*, p. 356.

est victime. Elle prend conceptuellement la forme d'une résolution pour inexécution en droit français, qui comporte traditionnellement un effet rétroactif entraînant la mise en œuvre d'éventuelles restitutions. Toutefois, d'après M. WINTGEN « *[l]e principe selon lequel la résolution pour inexécution doit entraîner l'anéantissement rétroactif du contrat, naguère largement répandu en droit comparé, est aujourd'hui tout aussi largement rejeté* »[1729]. Cet effet rétroactif n'est en effet pas nécessaire[1730] et d'application d'autant moins générale depuis la réforme. Ainsi, l'alinéa 2 de l'article 1229 du Code civil prévoit que la résolution par notification prend effet à partir de cette dernière, tandis que, lorsqu'elle résulte d'une décision de justice, elle prend effet à la date fixée par le juge. Par ailleurs, selon l'article 1229 alinéa 3 du Code civil, la résolution pour inexécution prend la forme d'une résiliation lorsque « *les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat* », le critère étant, une nouvelle fois, celui de l'utilité de l'exécution pour les parties.

L'absence d'automaticité de la rétroactivité de la résolution pour inexécution se retrouve également en droit allemand. Si, autrefois, la résolution du contrat opérait en droit allemand de façon rétroactive, le constat de la doctrine est que « *[c]ette théorie est aujourd'hui abandonnée par presque tous les auteurs* »[1731]. Les restitutions consécutives à la résolution du contrat sont alors admises et régies par le § 346 du BGB relatif aux effets de la résolution.

En droit anglais, la *termination* du contrat en raison de l'inexécution libère les parties pour l'avenir et n'a pas d'effet rétroactif (*restrospective effect*)[1732]. La *termination* n'exclut toutefois pas d'éventuelles restitutions[1733]. Le critère d'admission des restitutions est, de façon générale, celui de la *total failure of consideration*[1734]. Or celle-ci est caractérisée lorsqu'il y a inexécution totale mais aussi lorsque l'exécution partielle ou défectueuse est telle qu'elle ne présente aucune utilité pour le créancier[1735]. Le contractant victime de l'inexécution grave peut ainsi obtenir, comme en droits français et allemand, restitutions de ce qu'il a accompli en contrepartie des prestations partiellement exécutées ne présentant pas d'utilité pour lui.

Il convient de préciser que, contrairement à l'inexécution non-imputable au débiteur, la résolution pour inexécution entraîne l'obligation pour ce dernier de réparer le préjudice causé

---

[1729] R. WINTGEN, « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », *RDC* 2006, n° 2, p. 543.
[1730] V. G. CHANTEPIE, « Contrat : effets », in *Repertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 278. Dans le sens de la non-nécessité de la rétroactivité, il peut être relevé que les principes du droit européen des contrats et les principes Unidroit admettent que la résolution à un effet libératoire pour l'avenir [v. respectivement les articles 10:310 et 7.3.5].
[1731] K. LARENZ cité par R. WINTGEN, « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », art. préc.
[1732] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 18-011.
[1733] La doctrine parle alors d'effet rétroactif limité, v. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 18-011.
[1734] V. *supra*, n° 106
[1735] V. *supra*, n° 107.

par l'inexécution au créancier. La résolution du contrat a ainsi un effet libératoire à l'égard des parties s'agissant des obligations dites primaires et non des obligations secondaires portant sur la réparation des préjudices causés du fait de l'inexécution[1736]. Ainsi, en droit français, l'article 1217 du Code civil, exposant la liste des remèdes de l'inexécution, prévoit dans son dernier alinéa que les dommages et intérêts peuvent toujours s'ajouter à une autre sanction. En droit allemand, d'après le § 346 (4) du BGB, le créancier peut réclamer des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution par le débiteur. De même, il est admis en droit anglais que le contractant victime de l'inexécution peut obtenir réparation des préjudices subis du fait de celle-ci[1737].

Si l'exécution grave par une partie de son engagement permet au contractant qui en est victime de suspendre l'exécution de son obligation ou en être libéré, la simple menace d'inexécution de nature à compromettre la réalisation du but convenu est également prise en compte par les droits étudiés, lesquels offrent alors au créancier la possibilité de mettre en œuvre certains remèdes préventifs. A ce titre, le nouveau dispositif de l'article 1220 du Code civil, prévoyant la possibilité pour un contractant d'invoquer l'exception de risque d'inexécution, est loin d'être aussi développé que les institutions des droits anglais et allemand. Ces derniers consacrent en effet, outre la possibilité pour une partie de suspendre l'exécution de son obligation en cas de menace d'inexécution suffisamment grave et sérieuse, celle, plus radicale, d'y mettre fin[1738].

## §2- La satisfaction des motifs compromise par une menace d'inexécution

**440. L'introduction de l'exception d'inexécution préventive en droit français.** La réforme de 2016 a introduit une innovation en matière d'exception d'inexécution. En effet, l'article 1220 du Code civil prévoit désormais la possibilité pour une partie de suspendre l'exécution de son obligation lorsqu' « *il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas ou lorsqu'il est manifeste que ce dernier ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle* ». L'inexécution grave est ici anticipée et le dispositif permet alors une action préventive[1739]. Comme pour l'exception d'inexécution de l'article 1219, le critère de la mise en œuvre du mécanisme est celui de la

[1736] Cette solution est consacrée par les PEC et Principes Unidroit [V. respectivement les articles 10:314 et 7.3.5].
[1737] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 18-015.
[1738] Etant précisé que ces deux remèdes préventifs se retrouvent dans les PEC [v. articles 10:201 (2) et 10 :308] et Principes Unidroit [v. articles 7.3.3 et 7.3.4].
[1739] V. O. DESHAYES, « Exception d'inexécution », in *Répertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 14.

gravité de l'inexécution. Il n'y a pas lieu de distinguer selon que la gravité vise l'inexécution elle-même (article 1219) ou ses conséquences (article 1220) : comme le relève un auteur, « *la condition de suffisante gravité du manquement était déjà posée par la jurisprudence antérieure, laquelle l'utilisait pour apprécier de manière globale si le manquement du cocontractant justifiait la riposte de l'excipiens, en tenant compte aussi bien de la gravité intrinsèque du manquement que de ses conséquences sur le contrat ou le cocontractant* »[1740]. Ce nouveau dispositif prévu par le législateur peut être rapproché d'institutions prenant en compte le risque d'inexécution en droits allemand et anglais et qui, au-delà de la seule suspension de l'exécution, peuvent conduire à la libération des parties.

**441. Les institutions du droit allemand prenant en compte le risque d'inexécution.** Le § 321 (1) du BGB prévoit une hypothèse particulière dans laquelle une partie peut refuser de s'exécuter : le cas où « *il devient manifeste que son droit à la contre-prestation est menacé par le manque de ressources de l'autre partie* »[1741]. Il s'agit d'une possibilité plus limitée que celle prévue par l'article 1220 du Code civil dans la mesure où la cause de la menace d'inexécution doit avoir son origine dans la fragilité de la situation financière du débiteur. Toutefois, le dispositif allemand va plus loin que celui du droit français : le contractant qui doit s'exécuter en premier mais qui est confronté à une menace sérieuse d'inexécution peut fixer un délai durant lequel son cocontractant devra soit s'exécuter, soit constituer une sureté en garantie de l'exécution, et à l'expiration duquel il pourra résoudre le contrat. L'exception d'inexécution pour manque de sûreté peut ainsi se muer en résolution préventive du contrat. Cette résolution ne vise, certes, que l'hypothèse du manque de ressources. Toutefois, elle est admise, plus largement, dans d'autres circonstances. En effet, le § 323 (4) du BGB prévoit par ailleurs que « *[l]e créancier peut résoudre le contrat avant même l'échéance de la prestation, s'il est évident que les conditions de la résolution sont remplies* ». C'est-à-dire que la résolution peut être obtenue avant que l'exécution ne soit due et donc avant qu'une inexécution ne soit, à strictement parler, caractérisée. C'est le cas, par exemple, lorsque le débiteur refuse sérieusement et définitivement de s'exécuter avant même la date prévue ou lorsque le commencement d'exécution du débiteur induit une inexécution future grave et certaine. Les juges ont ainsi admis la résolution anticipée d'un contrat de construction dans le cas où le constructeur avait réalisé des fondations si peu fiables que c'est l'ensemble de l'immeuble qui

[1740] *Ibid.,* n° 111. L'auteur relève par ailleurs non seulement qu'« il est douteux que l'intention des rédacteurs de l'ordonnance ait été de poser deux conditions différentes » mais, en outre, que « [l]a différence entre les hypothèses visées dans l'article 1219 et dans l'article 1220 ne justifie aucune différence de régime sur ce point précis ».
[1741] Traduction de l'allemand par G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, *op. cit.*

aurait été instable[1742]. En droit anglais, le risque d'inexécution grave est également susceptible de conduire à la *termination* du contrat sur le fondement de la théorie de l'*anticipatory breach*.

**442. L'*anticipatory breach* du droit anglais.** Développée à partir de l'arrêt *Hochster v De la Tour*[1743], l'*anticipatory breach* vise le cas où les faits ou comportements du débiteur sont incompatibles avec l'exécution de ses obligations, avant même que celles-ci ne soient exigibles. Cette théorie se fonde sur l'idée que le contrat crée un rapport entre les parties duquel il résulte que même si les obligations ne sont pas encore exigibles, chacune d'entre elles est tenue de ne rien faire qui soit contraire à son engagement[1744]. L'*anticipatory breach* du droit anglais suppose que les obligations ne soient pas encore exigibles mais que le débiteur soit responsable d'un comportement inconciliable avec la nature de ses engagements, de telle sorte qu'une inexécution à venir est manifeste.

Deux situations sont alors distinguées. Tout d'abord, la conduite du débiteur peut, de façon claire et non-équivoque témoigner de son refus définitif de s'exécuter : ce cas est décrit comme une *renunciation to perform*[1745], ce qui correspond à une répudiation par le débiteur du contrat. Ensuite, l'*anticipatory breach* peut être caractérisée dans le cas où le débiteur est dans l'incapacité à exécuter son obligation : ce qui constitue une hypothèse dite de *disablement*[1746]. L'incapacité du débiteur d'exécuter peut apparaître eu égard à son comportement mais il peut aussi se déclarer lui-même dans l'incapacité d'exécuter ses engagements[1747]. Lorsque les conditions de l'*anticipatory breach* sont réunies, le contractant qui en est victime dispose d'un choix : maintenir le contrat ou prendre acte de l'inexécution, le droit anglais parlant dans ce cas d'acceptation de l'*anticipatory breach*[1748]. En cas d'acceptation de l'*anticipatory breach* le créancier peut alors obtenir des dommages et intérêts et demander la *termination for anticipatory breach* [1749]. La *termination* du contrat n'est toutefois permise que pour autant que l'*anticipatory breach* remplisse le critère de la *substantial failure of performance*, c'est-à-dire que l'inexécution anticipée doit être suffisamment grave[1750]. Si le contractant fait le choix de

---

[1742] BGH 8 mai 2008, *NJW-RR* 2008, 1052.
[1743] *Hochster v De la Tour* [1853], 2 E&B 678.
[1744] V. les propos du Juge CAMPBELL dans l'arrêt précité [*Hochster v De la Tour* [1853], 2 E&B 678]: "where there is a contract to do an act on a future day, there is a relation constituted between the parties in the meantime by the contrat, and that they impliedly promise that in the meantime neither will do any thing to the prejudice of the other inconsistent with that relation" [« là où il y a un contrat portant sur l'accomplissement future d'un acte, il y existe, dans l'intervalle, une relation établie par le contrat entre les parties, et celles-ci conviennent implicitement que, pendant ce temps, aucune ne fera quelque chose au préjudice de l'autre, qui serait contraire à cette relation »].
[1745] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 17-074.
[1746] *Ibid*., n° 17-075.
[1747] *Ibid.*
[1748] *Ibid*., n° 17-077.
[1749] *Ibid*., n° 17-078 et s.
[1750] *Ibid*., n° 17-082.

maintenir le contrat, il n'est pas pour autant privé de tout remède : les règles précédemment décrites en matière d'ordre d'exécution des prestations s'appliquent[1751] et, par conséquent, il peut valablement refuser de s'exécuter au motif du risque d'inexécution manifeste de la part de son cocontractant[1752], ce qui aboutit au même résultat que l'exception préventive d'inexécution.

**443. Conclusion du Chapitre.** Sauf prévision contraire, le risque d'impossibilité des motifs résultant d'un événement imprévisible ou de l'inexécution par l'une des parties de son engagement n'est pas mis à la charge du contractant qui le subit. L'inutilité du contrat dans ces circonstances permet alors de le remettre en cause.

S'agissant d'abord de l'imprévision, les droits étudiés permettent unitairement aux parties de contester le contrat lorsqu'un événement imprévisible conduit à une impossibilité du but qu'elles lui ont assigné. Cette solution est obtenue en droit anglais et allemand en application, respectivement, de la théorie de la *frustration* et de celle des troubles du fondement du contrat (*Störung der Geschäftsgrundlage*). Ces institutions reposent sur une analyse de la répartition des risques qui affectent les éléments essentiels de la prévision des parties. L'impossibilité de concrétiser, au stade de l'exécution, les motifs intégrés au contrat est ainsi prise en compte lorsqu'elle résulte d'un changement imprévisible des circonstances, qui, en tant que tel, est considéré comme n'ayant tacitement pas été mis à la charge de celui qui en subit les conséquences. La question de l'impossibilité du but en raison d'un changement imprévisible des circonstances peut, en droit français, être résolue sur le terrain de la caducité du contrat pour disparition d'un élément essentiel. L'application de la caducité du contrat, comme celle de la *frustration*, conduit une nouvelle fois à la libération des parties, sans que l'une d'elles n'ait à répondre de l'inexécution du contrat. En droit allemand, en revanche, l'adaptation du contrat est privilégiée sur la résolution du contrat, conformément au § 313 du BGB.

L'inutilité du contrat pour l'une des parties est par ailleurs prise en compte lorsqu'elle résulte d'une inexécution grave par son cocontractant de ses engagements. Plusieurs remèdes de l'inexécution, unitairement admis dans les droits étudiés, reposent en effet sur une appréciation de la gravité de l'inexécution, laquelle est caractérisée lorsque le but convenu par les parties est compromis. Le créancier peut alors soit refuser d'exécuter sa propre prestation – ce qui correspond au mécanisme de l'exception d'inexécution – soit mettre fin au contrat – ce qui correspond à la résolution pour inexécution en droits français et allemand et à la *termination for breach* en droit anglais. Si, sans être avérée, l'inexécution grave est une menace manifeste

[1751] V. *supra*, n° 301.
[1752] V. E. PEEL, G. H. TREITEL, *op. cit.*, n° 18-019.

pour la réalisation de l'utilité du contrat, le créancier peut mettre en œuvre l'exception d'inexécution à titre préventif unitairement dans les trois droits étudiés. En revanche, la possibilité de mettre fin au contrat pour inexécution anticipée n'est admise qu'en droit allemand et anglais.

**444. Conclusion du titre.** L'impossibilité de satisfaction des motifs en cours d'exécution du contrat est prise en compte, soit parce que cette situation a été anticipée par les parties qui ont alors intégré une condition au contrat, soit parce que, au contraire, elles n'ont pas exclu l'application de certains dispositifs prévus en droits français anglais et allemand.

L'éventualité de l'insatisfaction des attentes des parties peut être intégrée au contrat par le recours à une technique contractuelle particulière reconnue dans l'ensemble des droits considérés et désignée comme une condition. Un concept unitaire peut être identifié : la condition, ayant pour objet un événement futur, incertain et extérieur au contrat, correspond à la technique par laquelle les parties dérogent expressément à la répartition par défaut des risques prévisibles susceptibles d'affecter leurs motifs. Un régime de la condition, unitaire aux droits étudiés, peut dès lors être mis en évidence. Ainsi, pour que la condition produise ses effets, son bénéficiaire ne doit pas y avoir renoncé et il ne doit pas s'être immiscé dans son jeu. Les effets de la condition sont distingués suivant sa nature suspensive ou résolutoire. Dans le cas de la condition suspensive, l'exécution du contrat est suspendue à la réalisation de l'événement déterminant de la satisfaction des motifs tandis que, dans le cas de la condition résolutoire, l'exécution du contrat est remise en cause en cas de survenance de l'événement compromettant la réalisation des motifs. Quel que soit son type, la condition conduit, en toute hypothèse à faire dépendre l'exécution du contrat à la satisfaction des motifs qu'elle porte.

L'impossibilité des motifs en cours d'exécution peut par ailleurs être prise en compte sans avoir été expressément prévu par les parties. En effet, certaines institutions relatives à l'exécution du contrat conduisent, similairement dans les droits étudiés, à ne pas laisser à la charge des parties le risque d'impossibilité des motifs dans certaines circonstances. Il en est ainsi lorsque le but convenu par les parties se retrouve compromis par un changement imprévisible des circonstances ou par l'inexécution grave par un contractant de ses engagements. Dans de telles hypothèses, les droits étudiés consacrent en effet des institutions permettant au contractant, dont les motifs sont atteints, de contester l'exécution du contrat. Il est alors considéré que, dans certaines circonstances, l'exécution du contrat n'est pas conforme à l'accord des parties qui, à défaut de prévision contraire, n'ont tacitement pas accepté de supporter le risque d'insatisfaction du but convenu.

**445. Conclusion de la partie.** Le contrat ne peut produire ses effets de droit indépendamment de la question de la satisfaction de l'utilité qui lui a été assignée par les parties, ce qui conduit à faire jouer aux motifs contractuels un rôle déterminant au stade de la formation du contrat comme à celui de son exécution.

L'impossibilité des motifs contractuels au stade de la conclusion de l'acte conduit à l'invalidité de ce dernier. L'impossibilité peut alors être de nature juridique ou matérielle. L'impossibilité des motifs est juridique lorsque le but poursuivi par le contrat est contraire aux impératifs d'ordre public ou aux bonnes mœurs. L'invalidité du contrat suppose alors un rattachement du but illicite au champ contractuel. Le régime de l'impossibilité juridique des motifs ne s'oppose donc pas, sous cet angle, à l'impossibilité matérielle des motifs, laquelle est constitué lorsque les attentes des parties ne peuvent, *ab initio*, être concrétisées en raison de leur caractère erroné. Le concept d'erreur, qui se retrouve dans chacun des droits étudiés, permet ainsi d'invalider le contrat en cas d'inexactitude d'éléments essentiels de l'accord des parties. Sur le plan dogmatique, les théories relatives à l'erreur en droits français, anglais et allemand présentent chacune un fort degré de spécificité. Néanmoins, les résultats concrets se rejoignent dans une large mesure, de sorte qu'une logique commune aux droits étudiés peut être identifiée. Pour être admise, l'erreur doit porter sur un élément déterminant tacitement ou expressément intégré au contrat, et elle ne doit pas constituer un risque pesant sur l'*errans*. Le régime de l'erreur provoqué est alors distingué de celui de l'erreur spontanée dans la mesure où le caractère provoqué de l'erreur conduit à une appréciation différente de la répartition contractuelle du risque d'erreur.

L'importance de la question de la répartition contractuelle des risques d'impossibilité des motifs intégrés se retrouve lorsque cette dernière survient en cours d'exécution du contrat. En effet, l'impossibilité de satisfaction des motifs en cours d'exécution n'est prise en compte que dans la mesure où elle ne constitue pas un risque devant être supporté par le contractant qui en subit les conséquences. L'exclusion de la prise en charge par les parties du risque d'impossibilité de leurs motifs en cours d'exécution peut alors être tant expresse que tacite. Elle est expresse lorsque le risque d'insatisfaction des attentes est prévisible et que les parties l'intègre par le recours à une condition qui, unitairement dans les droits étudiés, permet de faire dépendre le sort du contrat d'un événement futur et incertain. Elle est tacite lorsque les parties n'ont pas exclu la mise en œuvre des institutions conduisant à la remise en cause du contrat lorsqu'il est rendu inutile par un changement imprévisible des circonstances ou par l'inexécution par un contractant de son engagement.

# CONCLUSION GENERALE

**446. L'importance des motifs en droit du contrat.** Les motifs sont classiquement circonscrits au domaine de l'indifférence en droit français du contrat, de sorte qu'ils ne seraient pas appelés à interférer dans la détermination de ses effets juridiques. Traiter du sujet des motifs contractuels serait-ce alors un non-sens, pour ne pas dire, à l'instar de l'engagement sans raison, « *un acte de pure folie* »[1753] ? Le paradoxe est plutôt d'offrir aux parties un instrument juridique destiné à répondre à des besoins concrets, tout en affirmant le refus de prendre en compte les motifs qui les ont déterminées. La prise en compte des motifs des parties constitue l'assurance du respect du sens et de la portée de leur acte. Loin du postulat de leur indifférence, les motifs contractuels sont largement déterminants des effets juridiques du contrat. Ce constat s'impose en droit français, comme en droits anglais et allemand. Sur le plan de la politique juridique, les motifs font l'objet, d'une part, d'une intégration minimale par la contrepartie et, d'autre part, d'une intégration approfondie par la sanction de l'inutilité du contrat.

**447. La vérification d'un intérêt suffisant fondée sur l'exigence d'une contrepartie.** La reconnaissance d'un contrat valablement formé suppose que l'acte intègre un motif pouvant être identifié comme la contrepartie du contrat à titre onéreux. En dépit de l'opposition traditionnelle des droits français et anglais, dits causalistes, avec le droit allemand, qualifié de non-causaliste, cette exigence se retrouve unitairement dans les droits étudiés. La nécessité d'une contrepartie pour la validité du contrat à titre onéreux peut en effet aussi bien être fondée sur des concepts par lesquels une justification minimale de l'acte est expressément imposée que sur le processus de qualification d'un contrat valablement formé. La reconnaissance d'un contrat à titre onéreux suppose une adéquation entre l'intention onéreuse des parties et le contenu de l'acte, lequel doit donc intégrer une contrepartie. C'est ce qu'illustre la mise en œuvre des règles du *Dissens* en droit allemand. La contrepartie doit alors, *a minima*, être déterminable, à défaut de quoi le contrat est nul. L'analyse comparative des droits français, anglais et allemand conduit à s'interroger sur le sens de la problématique, rencontrée en droit français, de la fixation unilatérale du prix. Les difficultés apparaissent tenir à l'existence d'un déséquilibre des positions contractuelles des parties, lequel constitue un critère d'appréciation de la suffisance de la contrepartie. Dès lors que la contrepartie constitue la traduction technique de l'intention onéreuse, elle doit en effet représenter un intérêt minimal pour son bénéficiaire.

---

[1753] LAURENT cité par H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 3.

L'insuffisance de la contrepartie est tout d'abord sanctionnée au stade de la validité du contrat. C'est ce qui résulte, en droit français, de l'article 1169 du Code civil selon lequel le contrat à titre onéreux dont la contrepartie est illusoire ou dérisoire est nul. Sur ces deux aspects, le déséquilibre de la position contractuelle des parties est un critère d'appréciation de la suffisance de la contrepartie. La contrepartie est être jugée illusoire soit au vu de son inconsistance au regard des éléments de fait, soit parce qu'elle est contredite par certaines clauses du contrat. L'idée est que les clauses contredisant la portée de l'engagement pris par un contractant doivent être réputées non-écrites dès lors qu'elles privent son cocontractant de contrepartie. Une analyse comparative de cette question révèle que la sanction des clauses rendant illusoire la contrepartie concerne des situations particulières où la contrepartie normalement attendue doit prévaloir sur celle effectivement convenue en raison de l'existence d'un déséquilibre des positions contractuelles des parties. Le déséquilibre des positions contractuelles est par ailleurs amené à être pris en compte dans la cadre de la sanction de la contrepartie dérisoire. C'est l'enseignement qui peut être fait des solutions retenues dans les droits anglais et allemand. En effet, dans ces droits, le déséquilibre contractuel au moment de la conclusion du contrat est pris en compte dans le cadre de la mise en œuvre d'institutions qui visent des situations de lésion qualifiée, c'est-à-dire lorsqu'une partie a tiré profit de sa position de force en s'octroyant un avantage excessif au détriment de l'autre. En droit français, le nouveau cas de violence par abus de dépendance, relevant des vices du consentement, est susceptible de permettre la sanction de l'insuffisance de la contrepartie résultant de l'exploitation par l'une des parties de la dépendance de l'autre à son égard. L'hypothèse classique de la contrepartie dérisoire – retenue en présence d'un déséquilibre contractuel excessif, confinant à l'absence totale de contrepartie – peut en outre être analysée comme faisant présumer un déséquilibre des positions contractuelles des parties. En définitive, le principe de commutativité subjective consacré par l'article 1108 du Code civil mérite d'être relativisé : les contreparties réciproques convenues sont regardées comme équivalentes, pourvues qu'elles ne soient pas gravement déséquilibrées.

L'insuffisance de la contrepartie est ensuite prise en compte au stade de son exécution. Le nouveau dispositif de l'article 1195 du Code civil consacré au changement imprévisible des circonstances rendant l'exécution excessivement onéreuse en témoigne. La caractérisation d'une exécution excessivement onéreuse pour le débiteur suppose en effet l'insuffisance de la contrepartie obtenue en retour de son engagement. L'article 1195 du Code civil est inspiré du § 313 du BGB relatif aux troubles du fondement du contrat. Il s'agit, similairement dans les deux institutions, d'offrir un remède au débiteur au regard de la répartition contractuelle des

risques : l'événement imprévisible bouleversant la prévision des parties est un risque qui ne doit pas être laissé à la charge du contractant qui le subit. Cette logique se retrouve, en droit anglais, dans le cadre de la théorie de la *frustration* qui concerne aussi la question de l'imprévision. Néanmoins, dans sa conception classique, la *frustration* ne s'applique pas au cas où un changement imprévisible des circonstances rend l'exécution plus onéreuse. Bien que son exclusion au cas de l'exécution rendue excessivement plus onéreuse puisse être discutée, la mise en œuvre des remèdes de l'inexécution permet de remédier à la rigueur de la théorie classique de la *frustration.* La *severe hardship* fonde ainsi le rejet, en *equity*, de la *specific perfomance* (exécution en nature) dont le coût pour le débiteur est disproportionné par rapport à son intérêt pour le créancier. Une telle solution est également reconnue en droit allemand dans lequel cette situation constitue un cas d'impossibilité d'exécution en nature visée par le § 275 du BGB, la concurrence de ce texte avec le § 313 du BGB étant admise. En droit français, l'exception d'exécution en nature disproportionnée prévue par l'article 1221 du Code civil est une autre innovation de la réforme. L'exemple des droits anglais et allemand démontre que la question de son articulation avec le dispositif relatif à l'imprévision est amenée à être soulevée, de même que celle de la proportionnalité des dommages et intérêts dus en lieu et place de l'exécution.

**448. La sanction de l'inutilité du contrat au regard de l'impossibilité des motifs.** Le rôle des motifs dépasse le cadre de l'exigence d'une justification minimale de l'engagement. L'intégration des motifs est approfondie par la sanction de l'inutilité du contrat. Il s'agit, au-delà de la vérification d'un intérêt minimal par la contrepartie, de remettre en cause le contrat en cas d'impossibilité de satisfaire les motifs des parties. Au stade de sa formation, tout d'abord, le contrat est susceptible d'être invalidé sur le fondement d'une impossibilité initiale des motifs qui peut être de deux ordres : juridique ou matérielle. Les motifs sont de réalisation impossible juridiquement lorsqu'ils sont illicites, c'est-à-dire contraires aux lois impératives ou, plus largement, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Une analyse comparative des droits considérés met en évidence l'importance du rattachement du but illicite au champ contractuel pour que l'acte soit sanctionné. C'est dire que l'affirmation traditionnelle en droit français, selon laquelle le contrôle de la licéité de la cause permet une prise en compte illimitée des motifs des parties, est inexacte. Les motifs sont impossibles à réaliser matériellement lorsque leur représentation par les parties est incohérente avec la réalité, de sorte qu'ils ne peuvent être concrétisés. L'erreur permet ainsi unitairement en droits français, anglais et allemand d'invalider le contrat sur le fondement de l'inexactitude de la représentation d'éléments déterminants. L'analyse comparative offre à ce titre un éclairage nouveau de la théorie de

l'erreur sous l'angle de la répartition contractuelle des risques. En effet, l'inexactitude des éléments essentiels présupposés par les parties – constituant des motifs de leur engagement – ne permet de fonder la remise en cause du contrat que pour autant qu'elle ne constitue pas un risque à la charge de l'*errans*. Cette approche permet de comprendre la différence entre le régime de l'erreur spontanée et celui de l'erreur provoquée, sur le plan notamment de son caractère excusable. La question de la répartition contractuelle des risques se révèle fondamentale s'agissant de déterminer si une partie peut remettre en cause le contrat en raison de son inutilité. Cela se vérifie au stade de l'exécution du contrat.

L'inutilité du contrat est, ensuite, sanctionnée en cours d'exécution lorsque l'impossibilité des motifs des parties constitue un risque qui n'est pas mis à leur charge. Cela peut résulter d'une prévision expresse correspondant à une condition. La condition, qui se retrouve dans chacun des droits étudiés, est une technique d'anticipation d'un risque prévisible déterminé. La condition permet alors aux parties de s'engager sans attendre la stabilisation des circonstances desquelles dépend la satisfaction de leurs motifs, tout en liant le sort du contrat à cette dernière. Le régime de la condition – similaire dans les droits français, anglais et allemand – est conforme à ce double aspect. Les règles concernant les critères de sa mise en œuvre – à savoir l'absence de renonciation au bénéfice de la condition et d'immixtion dans son jeu – témoignent ainsi de la formation d'un contrat juridiquement obligatoire ; tandis que ses effets – classiquement distingués suivant sa nature suspensive ou résolutoire – se traduisent par la remise en cause du contrat en cas d'insatisfaction des motifs. L'absence de stipulation d'une condition ne signifie pas que l'inutilité du contrat ne sera pas prise en compte au cours de son exécution. En effet, certaines institutions fonde, dans le silence de l'acte, la remise en cause du contrat en cas d'impossibilité de satisfaction des motifs des parties. C'est dire que, sauf stipulation contraire, les parties conviennent tacitement que le risque d'inutilité du contrat n'est, dans certaines circonstances, pas laissé à la charge de celui qui le subit. C'est le cas, sur le fondement de la théorie de la *frustration* en droit anglais et du § 313 du BGB en droit allemand, lorsqu'un changement imprévisible des circonstances rend impossible la réalisation du but convenu. Le dispositif de l'article 1195 du Code civil ne permet *a priori* pas l'obtention d'une solution similaire en droit français. Celle-ci peut toutefois être fondée sur l'article 1186 qui prévoit la caducité du contrat en cas de disparition d'un élément essentiel. L'analyse de la mise en œuvre de la théorie de la *frustration* et du § 313 du BGB permet d'identifier les conditions auxquelles la mise en œuvre de la caducité devrait être soumise. De façon unitaire, il est enfin admis qu'une partie peut se prévaloir de la remise en cause du contrat lorsque l'inexécution par l'autre compromet la satisfaction de l'utilité assignée au contrat.

**449. Le dépassement de la problématique du caractère convenu des motifs.** L'analyse des motifs contractuels pose classiquement la question du champ contractuel puisque seuls les motifs qui l'intègrent sont amenés à jouer un rôle en droit. Le sujet des motifs contractuels ne peut toutefois pas être réduit à la problématique de leur rattachement ou non à l'accord des parties. En effet, au-delà de la question de savoir si un motif est resté personnel à un contractant ou si, au contraire, il participe de l'accord des parties, l'enjeu est de déterminer si ces dernières doivent supporter le risque de l'insatisfaction de leurs attentes. Le fait qu'un motif participe du contrat ne signifie pas nécessairement que l'acte pourra être remis en cause sur le fondement de l'impossibilité de le réaliser. Tout l'enjeu de la technique contractuelle est alors celui de la répartition des risques susceptibles d'affecter les attentes des parties. Le contrat a ainsi pu être décrit par ATIYAH comme étant « *essentiellement un moyen de répartir les risques, ou le cas échéant de transférer, par avance, un risque d'une partie à l'autre* »[1754]. La claire représentation des risques qui, à défaut de stipulation contraire, sont laissés à la charge des contractants ou, au contraire, leur permettent de remettre en cause le contrat est, en pratique, essentielle pour les parties. L'étude des motifs contractuels permet d'établir dans quelle mesure un contrat peut être contesté sur le fondement de leur insatisfaction : elle met en lumière, non seulement les critères de leur intégration dans le champ contractuel mais, en outre, les modalités de la répartition des risques susceptibles de les affecter. A ce titre, les motifs intégrés au champ contractuel ne sont pas uniquement ceux qui ont été expressément convenus par les parties : ce sont aussi ceux qui peuvent être considérés comme ayant été tacitement intégrés suivant une interprétation raisonnable de l'accord. Le caractère tacite de la détermination du contenu du contrat se retrouve s'agissant d'établir la répartition contractuelle du risque d'inutilité du contrat. Sauf stipulation contraire, certains risques susceptibles d'affecter les motifs ne sont ainsi pas mis à la charge des parties**.** Si la possibilité d'une dérogation contractuelle à cette répartition tacite des risques ne fait pas de doute concernant les événements affectant l'utilité concrète attendue du contrat, une telle possibilité soulève des interrogations s'agissant d'admettre qu'une partie puisse être privée d'un intérêt minimal au contrat.

**450.Les perspectives ouvertes au regard de la portée de la convergence des droits français, anglais et allemand.** L'étude comparative des motifs contractuels apporte un éclairage sur le phénomène contractuel lui-même. Instrument juridique au service de la réalisation d'un but, le régime du contrat est inextricablement lié aux motifs qu'il porte. Le constat du rôle tout à fait essentiel des motifs contractuels se double de celui de la grande

[1754] P. S. ATIYAH, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, 1979, p. 3-5.

proximité des solutions retenues en la matière par les droits français, anglais et allemand, en dépit de la spécificité de leurs approches dogmatiques. Les logiques juridiques développées se rejoignent dans une large mesure, tant en ce qui concerne les fondements de l'admission des motifs que son régime juridique. La présente étude tend à indiquer que, sur un certain nombre de questions qui n'ont été abordées que de façon incidente, la comparaison des droits français, anglais et allemand est également susceptible d'être enrichissante. C'est le cas, par exemple, des restitutions qui font l'objet d'une approche particulièrement complexe en droit anglais. Les résultats de l'analyse comparative des motifs contractuels suggèrent que même les oppositions qui semblent les plus solides ne sont pas insurmontables. Car le sujet des motifs contractuels rejoint finalement celui de la cause qui, jugée trop spécifique au droit du contrat français, a été supprimée notamment afin de rapprocher ce dernier des autres droits européens. Il apparaît que la cause, dans ses implications concrètes, n'avait de spécifique que le nom. De la même façon que la divergence des droits – qu'elle soit supposée ou avérée – peut être un argument en faveur de la suppression de certaines spécificités juridiques, la démonstration de leur convergence peut servir à en assurer la défense. Un concept propre à un droit peut en effet trouver une certaine légitimité dans le fait qu'il permet de fonder des solutions similaires à celles obtenues dans d'autres droits. L'intérêt de la comparaison des droits en vue d'en établir les points de convergence ne se limite ainsi pas aux perspectives d'unification qu'elle ouvre. Si une convergence des droits français, anglais et allemand peut être démontrée là où elle n'avait rien d'évident, alors, sans doute, elle peut être établie sur bien d'autres aspects du droit du contrat.

# BIBLIOGRAPHIE

## §1- Références en langue française

### A- Ouvrages généraux, traités et manuels


AYNES (L.), CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, 10ème éd., 2016.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil*, Tome I, *Des obligations*, Librairie de la société du recueil génerla des lois et des arrêts, Larose, 1897.

BERGEL (J.-L.), *Méthodologie* juridique, 1ère édition, PUF, 2001.

CABRILLAC (M.), CABRILLAC (S.), MOULY (C.), PETEL (P.), *Droit des sûretés*, 10ème éd., Litec, 2015.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les obligations*, 22ème éd., PUF, Thémis, 2000.

CHABAS (F.), *Obligations, théorie générale*, in *Leçons de droit civil,* H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, Tome II, volume 1, 9ème édition, Montchrestien, 1998.

CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil,* 2ème éd., Dalloz, 2018.

COLIN (A.), CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, Tome II, 7ème édition, Dalloz, 1932.

CONSTANTINESCO (L.-J.), *Traité de droit comparé, Tome II, La Méthode comparative*, L.G.D.J., 1974.

DAVID (R.), JAUFFRET-SPINOSI (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11ème édition, Dalloz, 2002.

DEMOLOMBE (H.), *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Tome I, Paris Lahure, 1877.

DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, 2ème ed., LexisNexis, 2018.

DISSAUX (N.), C. JAMIN (C.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2016.

DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel,* 2ème édition, P. Aubouin, P. Emery et C. Clouzier, 1697.

DROSS (W.), *Le clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 2ème éd., Litec, 2011.

FABRE-MAGNAN (M.), *Les obligations*, T.1 : PUF, coll. Thémis, 5ème éd., 2019.

FAUVARQUE-COSSON (B.), (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, Société de législation comparée, 2007.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Les obligations, Tome 1. L'acte juridique*, 16ème éd., Sirey, 2014.

FONTAINE (M.), DE LY (F.), *Droit des contrats internationaux*, *Analyse et rédaction de clauses*, 2ème éd., Bruylant, 2003.

GAMBARO (A.), SACCO (R.), VOGEL (L.), *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, *Traité de droit comparé*, L.G.D.J., 2011.

GHESTIN (J.), *La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat - Le consentement*, 4ème édition, 2013.

HUC (T.), *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, F. Pichon, t. II, 1892.

KÖTZ (H.), FAUVARQUE- COSSON (B.), SIGNAT (C.), GALBOIS- LEHALLE (D.), *Droit européen des contrats*, Dalloz Sirey, 2020.

LAURENT (F.), *Principes de droit civil*, tome XVI, Bruylant-Christophe & Cie, 1875.

MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Les obligations*, 2ème éd., L.G.D.J., 2005.

MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.), MEKKI (M.), *Droit des obligations*, 13ème éd., LexisNexis, 2014.

MARTY (G.), RAYNAUD (P.), JESTAZ (P.), *Les sûretés, la publicité foncière*, 2ème éd., Sirey, 1987.

MORETEAU (O.), *Droit anglais des affaires*, 1ère éd., Dalloz, 2000.

MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4ème éd., 2010.

PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, Tome II, L.G.D.J., 1902.

PLANIOL (M.), RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, 2ème édition, « Obligations », t. VI, LGDJ, 1952.

POTHIER, *Traité des obligations*, Tome 1, Thomine et Fortic, 1821.

POTHIER, *Traité des obligations*, Paris, Masson, 1883.

RIPERT (G.), BOULANGER (J.), *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, 3ème édition, Tome II, L.G.D.J., 1949.

RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II, Obligations, éd. 1957, L.G.D.J.

SACCO (R.), *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit,* Paris, Economica, 1991.
STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Droit civil, Les obligations, 2. Le contrat*, 6ème éd., Litec, 1998.
TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11ème édition, 2013.
TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), CHENEDE (F.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 12ème édition, 2018.
WITZ (C.), *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, 1992.

### B- Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (collectif), *Les droits de tradition civiliste en question – A propos des Rapports* Doing Business *de la Banque Mondiale,* Volume 1, Société de Législation comparée, 2006.
BONNET (D.), *Cause et condition dans les actes juridiques,* thèse, préface P. Vareilles-Sommières, LGDJ, 2005.
BOUCARD (H.), *L'agréation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, préface Ph. Rémy, LGDJ, 2005.
BOYER (L.), *La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif,* thèse*,* Librairie du "Recueil Sirey", 1947.
BROS (S.), *L'interdépendance contractuelle*, thèse dactyl., Paris II, 2001.
BUFFELAN-LANORE (Y.), *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, LGDJ, 1963.
CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, 3ème édition, Editions La Mémoire du Droit, 2012.
CELICE (B.), *Les réserves et le non vouloir dans les actes juridiques*, thèse Paris, préface J. Carbonnier, LGDJ, 1968.
CERMOLACCE (A.), *Cause et exécution du contrat*, thèse PUAM, préface J. Mestre, 2001.
CHAABAN (R.), *La caducité des actes juridiques*, LGDJ, 2006.
CUMYN (M.), *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, thèse, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2002.
DE PAGE (H.), *L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé*, Bruylant, 1957.
FRELETEAU (B), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, thèse, préf. L. Sautonie-Laguionie, L.G.D.J., 2017.
GAUGUIER (J.), *De l'interprétation des actes juridiques*, thèse dacty., 1898.

GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, *Nouvelles contribution à la critique de la méthode juridique*, Tome IV, Sirey, 1924.

GHESTIN (J), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, L.G.D.J. 2006.

GILSON (B.), *Inexécution et résolution en droit anglais*, thèse, Paris, préf. R. David, L.G.D.J., 1969.

HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse, préf. P. Raynaud, L.G.D.J., 1971.

HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, these, préface L. Aynès, postface F. Terré, L.G.D.J., 2012.

HENRY (X.), *La technique des qualifications contractuelles*, thèse dacty., 1992.

JACQUEMIN (Z.), *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, thèse dacty., Paris II, 2015.

JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse Dijon, 1909.

JOSSERAND (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé*. *Essai de Téléologie juridique*, Dalloz, 1928.

LAFAURIE (K.), *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures collectives des entreprises et des particuliers*, thèse, préface G. WICKER, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, 2020.

LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse Paris , préface H. Muir Watt, LGDJ, 2004.

LAUDE (A), *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, thèse, préface J. Mestre, PUAM, 1992.

LASSERRE-KIESOW (V.), *La technique législative. Etudes sur les codes civils français et allemand,* L.G.D.J., 2002.

LATINA (M.), *Essai sur la condition en droit des contrats*, thèse, préf. D. Mazeaud, LGDJ, 2009.

LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, thèse, préf. C. Brenner, Economica, 2012.

LE TOURNEAU (P.), *La règle « Nemo auditur… »*, thèse, préface P. Raynaud, L.G.D.J., 1970.

LEVENEUR-AZEMAR (M.), *Etudes sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, thèse, préface Y. Lequette, L.G.D.J., 2017.

LIMBACH (F), *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, préface. C. Witz, Avant-propos S. Peruzzetto, thèse, L.G.D.J., 2004.

MALAURIE (P.), *Les contrats contraires à l'ordre public, Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.*, thèse Reims, Editions Matot-Braine, 1953.

MAURY (J.), *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse, Jouve, 1920.

MILHAC (O.), *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, thèse, préface J. Ghestin, LGDJ, 2001.

MORETEAU (O.), *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, thèse dacty., 1990.

NAJJAR (I.), *Le droit d'option : contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, thèse, LGDJ, 1967, préf. P. Raynaud.

PELLE (S.), *La notion d'interdépendance contractuelle, Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, thèse, préf. J. Foyer et M.-L. Demeester, Dalloz, 2007.

PELLETIER (C.), *La caducité en droit français privé*, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan 2004.

PEROCHON (F.), *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, thèse, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1988.

PERROT (R.), *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, thèse Paris, Recueil Sirey, 1947.

PHILIPPE (D.-M.), *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, préf. M. Fontaine, Bruylant, 1986.

POPINEAU-DEHAULLON (C.), *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat, Etude comparative*, thèse, préface M. Goré, L.G.D.J., 2008.

POSEZ (A.), *L'inexistence du contrat*, thèse Paris II, 2010.

RIEG (R.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, préface R. Perrot, Bibliothèque de droit privé, 1961.

ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, thèse Paris I, préface J. Ghestin, LGDJ, 1999.

ROUHETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965.

ROUJOU DE BOUBEE (M. E.), *Essai sur la notion de réparation*, thèse Paris, préface P. Hébraud, LGDJ, 1974.

RZEPECKI (N.), *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, thèse, préface G. Wiederkehr, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2002.

SALLEILES (R.), *Déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, L.G.D.J., 1929.

SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), *La fraude paulienne*, thèse Bordeaux, préface G. Wicker, LGDJ, 2008.

SEUBE (J.-B.), *L'indivisibilité des actes juridiques*, thèse, préf. M. Cabrillac, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1999.
STEFFON-GREEN (R.), *La notion d'obligation fondamentale –comparaison franco-anglaises*, thèse, préface J. Ghestin, L.G.D.J., 2000.
STOFFEL-MUNCK (P.), *Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain,* thèse, préf. R. Bout, PUAM, 1994.
TAORMINA (G.), *Contribution à l'étude de l'apparence et de l'inexistence en matière contractuelle*, thèse Paris XII, 1991.
TERRE (F), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse, L.G.D.J., 1957.
TEYSSIE (B), *Les groupes de contrats*, thèse, préf. J.-M. Mousseron, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1975.
VIDAL (J.), *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, thèse, Dalloz, 1957.
VOUIN (R.), *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, thèse Bordeaux, LGDJ, 1939.
WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, thèse, préf. J. Amiel-Domat, L.G.D.J., 1997.

### C- Articles, études, rapports et chroniques

ANCEL (M.), « Quelques considérations sur les buts et les méthodes de la recherche juridique comparative », in *Inchieste di diritto comparato, 2, Buts et méthodes du droit comparé*, dir. M. Rotondi, Padoue, Cedam, 1973, p. 1 et s.
ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.
AUBERT DE VINCELLES (C.), « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *D.* 2006. 2629.
AYNES (L.), « Indétermination du prix dans les contrats de longue durée : de la nullité à la responsabilité contractuelle (un revirement radical de la Cour de cassation) », *D.* 1996. 13.
AYNES (L.), « La cause, inutile et dangereuse », *Dr. et patrimoine*, octobre 2014, n° 240, p. 40.
BASEDOW (V. J.), KNEIP (A.), « Rapport allemand », in *Objet, cause et lésion du contrat*, *op. cit.*, p. 117 et s.
BOUCARD (H.), « Article 1218 : la force majeure contractuelle », *RDC*, 2015, n° 112f4, p. 779.
BOUCARD (H.), « La réforme, de la doctrine à l'ordonnance », in *La réforme du droit des obligations en France, 5èmes journées franco-allemandes*, (dir.) R. SCHULZE, G. WICKER, G. MÄSCH, D. MAZEAUD, Société de Législation Comparée, 2015, p. 27 et s.

BOURGEON (C.), « Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien », *RDC* 2005, n° 1, p. 109.

BOUTEILLE (M.), « Regard critique sur la modalité conditionnelle dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », *D*. 2008, p. 1848 s.

BRUNET (A.), GHOZI (A.), « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », *D.* 1998, chron. 1.

BUERGISSER (M.), PERRIN (J.-F.), « Interessenjurisprudenz – Statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement », *in Droit et intérêts*, dir. P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, vol. 1, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 249 et s.

CHAZAL (J.-P), « Théorie de la cause et justice contractuelle », *JCP G* 1998, I, n° 152.

CHAZAL (J.-P.), « La contrainte économique : violence ou lésion ? », *D.* 2000. 879.

COULON (C.), « L'influence de la durée de contrats sur l'évolution des sanctions contractuelles », *in*. F. Collart Dutilleul et C. Coulon (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, collection « Etudes juridiques », Economica, 2007.

DAVID (R.), « Méthode et buts de la recherche comparative en matière de droit », in *Inchieste di diritto comparato, 2, Buts et méthodes du droit comparé*, dir. M. Rotondi, Padoue, Cedam, 1973.

DISSAUX (N.), « L'épidémie, cette perte », *D.* 2020, p. 887.

DOWNE (A.), « Vers un droit raisonnable : l'influence du nouvel article 1221 du Code civil sur les sanctions de l'inexécution », *LPA* 2019, n° 148k0, p. 6 et s.

FABRE-MAGNAN (M.), « L'obligation de motivation en droit des contrats », *in Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle,* LGDJ, 2014, p. 301 s.

FAGES (B.), « Manquement à une obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », *RTD civ.* 2007, p. 567.

FAUVARQUE-CAUSSON (B.), *L'ordre public*, in *Le Code civil 1804-2004 – Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 473 s.

FAUVARQUE-COSSON (B.), « L'estoppel du droit anglais », *in L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui,* M. Behar-Touchais (dir.), Economica, 2001, p. 3 et s.

FAUVARQUE-COSSON (B.), « L'estoppel, concept étrange et pénétrant », *RDC* 2006.1279.

FAUVARQUE-COSSON (B.), « Deux siècles d'évolution du droit comparé », *RIDC* 2011, p. 530.

FENOUILLET (D.), « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », Mélanges en l'honneur de P. Catala, Litec, juin 2001, p. 487 s.

GENICON (T.), « Caducité pour disparition de la cause : requiem pour une immortelle ? », *RDC* 2016, p. 11.

GHESTIN (J.), « L'indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre) », *D. S.* 1973, chron. 293.

GHESTIN (J.), « Réflexion sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix Dalloz 1993. 251.

GIJSBERS (C.), « La révision du prix », *RDC* 2017. 564.

GRIDEL (J.-P.), LAITHIER (Y.-M.), « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *JCP G* 2008, I.143.

GRIMALDI (C.), « La force majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit », *D.* 2009, p. 1298.

GUEGUEN (J.-M.), « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *D.* 1999, p. 352 et s.

HAMELIN (J.-F.), « Le caractère judiciaire de la nullité à l'heure de la réforme du droit des contrats », *LPA*, 9 déc. 2014, n° 245, p. 4.

HEBRAUD (P.), « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », *in* Mélanges offerts à J. Maury, Dalloz-Sirey, 1960, t. II, p. 421 s.

HEINICH (J.), « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *D.* 2020, p. 611.

HUMANN (C.), « La spécificité de la clause de dédit », *RDI* 1997, p. 169.

JAMIN (C.), « Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP* 1996, I, n° 3959.

JAMIN (C.), « Paiement du loyer des baux commerciaux : libre lecture de l'article 1221 du code civil », *D.* 2020, p. 888.

JEZE (G.), « Essai d'une théorie générale sur l'influence des motifs déterminants sur la validité des actes juridiques en droit public français », *RDP* 1922, Paris, t. 39, p. 377 et s.

KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », *Arch. phil. dr.* 1940, p. 48.

KLEIN (J.), « Les restitutions », *Droit et Patrimoine*, n° 258, mai 2016, p. 91.

KNAPP (V.), « Quelques problèmes méthodologiques dans la science du droit comparé », in *Inchieste di diritto comparato, 2, Buts et méthodes du droit comparé*, dir. M. Rotondi, Padoue, Cedam, 1973, p. 425 et s.

LAITHIER (Y.-M.), « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC* 2005. 161.

LAITHIER (Y.-M.), « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, p. 1003.

LAITHIER (Y.-M.), « Aléa et théorie générale du contrat », *in L'aléa*, *Journées nationales, Tome XIV, Le Mans,* Association Henri Capitant, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2011, p. 7 et s.

LARDEUX (G.), « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil », *D.* 2016, p. 1659.

LARROUMET (C.), « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat », *D.* 2008. 2441.

LATINA (M.), « La condition dans l'ordonnance du 10 février 2016 », *JCP* 2016.1503.

LATINA (M.), « Les clauses relatives aux conditions suspensive et résolutoire », *JCP N* 2016.1114.

LEBOIS (A.), « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », *JCP G* 2008, n° 47, I, 210.

LEDUC (F.), « La détermination du prix, une exigence exceptionnelle ? », *JCP G* 1992. 3631.

LEQUETTE (Y.), « Le code européen est de retour », *RDC* 2011/3. 1028.

LIBCHABER (R.), « Une motivation en trompe-l'œil : les cailloux du Petit Poucet », *JCP G* 2016.1088.

MARKENISIS (B. S.), « La notion de consideration dans la common law : vieux problèmes ; nouvelles théories », *RIDC*, 1983, n° 4, p. 735 et s.

MARMOZ (F.), « De la validité des conventions de gestion », *D.* 2011. 57.

MAZEAUD (D.), « La Confiance légitime et l' Estoppel », *RIDC* 2006, 362 et s.

MAZEAUD (D.), « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », *D.* 2008. 1776.

MAZEAUD (D.), « Les sanctions contractuelles : contradictions, approximations, imprécisions, etc. », *D.* 2011, p. 2711.

MAZEAUD (D.), « La cause pour que survive la cause, en dépit de la réforme ! », *Dr. et patrimoine*, octobre 2014, n° 240, p. 38.

MAZEAUD (D.), « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 2477.

MAZEAUD (D.), « Observations conclusives », *in Réforme du droit des contrats : quelles innovations*, *RDC* 2016, hors-série, p. 53.

MESTRE (J.), « Les effets de la renonciation au jeu d'une condition suspensive », *RTD civ.* 1996. 613.

MESTRE (J.), FAGES (B.), « L'abus dans la fixation du prix », RTD civ. 2000. 570.

MOLFESSIS (N.), « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *LPA*, 5 mai 2000, n° 90, p. 41.

MOULY (C.), « Le cautionnement donné par une personne mariée », *Defrénois*, 1988, art. 34162, p. 227.

MOURY (J.), « La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre », *AJCA* 2016, p. 123.

MOURY (J.), « La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats, *D.* 2016. 1013.

MUIR-WATT (H.), « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », *in* Mélanges Y. Loussouarn, Dalloz, 1994, p. 303 et s.

OUDOT (P.), « Force majeure : l'opportune extériorité », *JCP G* 2020. 1032.

PATCHETT-JOYCE (M.), « Rapport anglais », in *Objet, cause et lésion du contrat*, R. Rodière (dir.), Pedone, 1980, p. 138.

PELLIER (J.-D.), « Les méandres de la distinction entre le terme et la condition », *D.* 2016, p. 939.

PERREAU-SAUSSINE (L.), « Le sort des loyers dans les baux commerciaux à l'épreuve de la crise du covid-19 : *quid* de l'exception d'inexécution », *JCP N* 2020, n° 18, act. 415.

POLETTI (L.-A.), « De l'intérêt des clauses de renonciation relatives aux conditions suspensives » , *JCP N* 2016.1318.

POSEZ (A.), « La théorie des nullités », *RTD civ.* 2011. 647.

PUTTFARKEN (H.), KRUGER (C.), « Allemagne », *in Les vices du consentement dans le contrat*, (dir.) R. Rodière, Institut de droit comparé de Paris, éd. Pedone, 1978, p. 124.

REGENER (M.), « Les techniques de prise en compte des motifs dans le contrat », *RDC* 2013, p. 1583.

REVET (T.), « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016. 373.

ROZMARYN (S.), « Les grandes controverses du droit comparé », in *Inchieste di diritto comparato, 2, Buts et méthodes du droit comparé*, dir. M. Rotondi, Padoue, Cedam, 1973, p. 577 et s.

SALEILLES (R.), « Conception et objet de la science du droit comparé », *Bull. soc. Lég. comp.*, Paris, L.G.D.J., 1900, p. 383 et s.

SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), « Action paulienne », in *Répertoire de droit civil,* Dalloz, 2016.

SAVAUX (E.), « Le contenu du contrat », *JCP G* supplément au n°21, 25 mai 2015, p. 20.

SEILLAN (Y.), « La cause des obligations en droit comparé », in *Mélanges offerts à M. Laborde-Lacoste*, 1963, p. 379 et s.

SEFTON-GREEN (R.), « Compare and contrast : Monstre à deux têtes », *RIDC* 2002, p. 85.

SERINET (Y.-M.), « La constatation de la nullité par les parties : une entorse limitée au caractère judiciaire de la nullité », *JCP G* 2016, 845.

SOUCHON (C.), « Rapport français », in *Objet, cause et lésion du contrat*, R. Rodière (dir.), p. 37 et s.

STOFFEL-MUNCK (P.), « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ? », *D.* 2002, p. 1974, n° 3.

STOFFEL-MUNCK (P.), « Réticence de l'acquéreur sur la valeur du bien vendu : la messe est dite ! », *D.* 2007 p.1054.

TALLON (D.), « Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais », *Mélanges Savatier*, Dalloz, 1965, p. 887.

TALLON (D.), HARRIS (D.), « Introduction au droit anglais des contrats », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987.

TOURNAFOND (O.), « Pourquoi faut-il conserver la théorie de la cause en droit français », *D.* 2008, p. 2609.

VOGEL (L.), VOGEL (J.), « Possibilités, limites et exclusions du recours à l'imprévision dans la crise du Covid-19 », *AJ contrat* 2020, p. 275.

WEILL (A.), « Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l'action en nullité, in *Mélanges Marty,* 1978, p. 1165 et s.

WESTER-OUISSE (V.), *La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer*, *JCP* 2001. I. 290.

WHITTAKER (S.), « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », *RDC* 2005, n°1, p. 49.

WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, (dir.) P. Rémy-Corlay, D. Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 151 et s.

WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », in *Mélanges Serra*, Dalloz, 2006.

WICKER (G.), « La réforme du droit français du contrat : de la cause à la causalité juridique », in *Nouveaux défis du droit des contrats en France et Europe*, (dir.) G. Mäsch, D. Mazeaud, R. Schulze, Sellier, 2009, p. 53 et s.

WICKER (G.), « La suppression de la cause et les solutions alternatives », in *La réforme du droit français des obligations*, *5èmes Journées franco-allemandes*, (dir.) R. Schulze, G. Wicker, G. Mäsch, D. Mazeaud, Société de Législation Comparée, 2015, p. 107 et s. ;

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

WICKER (G.), BOUCARD (H.), « Les sanctions relatives à la formation du contrat », *JCP G* supplément au n° 21, 25 mai 2015, p. 32.

WINTGEN (R.), « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », *RDC* 2006, n° 2, p. 543.
ZIMMERMANN (R.), « Le droit comparé et l'européanisation du droit privé, *RTD civ.* 2007, p. 451.

### D- Codes, Dictionnaires, encyclopédies, répertoires

ANCEL (P.), « Imprévision », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2017.
AUBERT DE VINCELLES (C.), NOBLOT (C.), « Formation du bail », in *Répertoire de droit civil,* Dalloz, 2018.
BACH (L.), « Lois et décrets », *Répertoire de droit civil,* Dalloz, 2014.
BARRET (O.), « Vente : effets », in *Repertoire de droit civil*, Dalloz, 2007.
BUFFELAN-LANORE (Y.), PELLIER (J.-D.), « Condition », in *Repertoire de droit civil*, Dalloz, 2017.
CARREAU (D.), « Traité international », in *Repertoire de droit international*, Dalloz, 2010.
CHANTEPIE (G.), « Contrat : effets », in *Repertoire de droit civil*, Dalloz, 2018.
CHAUVEL (P.), « Violence », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2013.
CHAUVEL (P.), « Dol », in *Repertoire de droit civil*, Dalloz, 2019.
CORNU (G.), (dir.), *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 9ème éd., 2011.
DEUMIER (P.), « Jurisprudence », *in Repertoire de droit civil*, Dalloz, 2017.
DESHAYES (O.), « Exception d'inexécution », in *Repertoire de droit civil*, Dalloz, 2018.
DISSAUX (N.), « Contrat : formation », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2017.
FORTI (V.), « Exécution forcée en nature », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2016.
GHESTIN (J.), SERINET (Y.-M.), « Erreur », in *Repertoire de droit civil*, Dalloz, 2017.
GREAU (F.), « Force majeure », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2017.
HAUSER (J.), LEMOULAND (J.-J.), « Ordre public et bonnes mœurs », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2015.
LARDEUX (G.), LEGEAIS (R.), PEDAMON (M.), WITZ (C.), *Code civil allemand*, Juriscope, Dalloz, 2010.
LATINA (M.), « Contrat : généralités », *Repertoire de droit* civil, Dalloz, mai 2017.
LE TOURNEAU (P.), POUMAREDE (M.), « Bonne foi », in *Repertoire de droit civil*, Dalloz, 2017.
MAZEAUD (D.), « Lésion », in *Repertoire de droit civil*, Dalloz, mars 2012.
NAJJAR (I.), « Donation », in *Repertoire de droit civil*, Dalloz, 2008.
PICOD (Y.), « Nullité », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2013.

PIETTE (G.), « Cautionnement », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz , 2017.
ROCHEFELD (J.), « Cause », in *Repertoire de droit civil*, Dalloz, 2012.
SIMLER (P.), « Interprétation des contrats », *JCL Civil*, article 1188 à 1190, Fasc. 10, juillet 2017.
SIMLER (P.), « Contrat – Contenu du contrat : conformité à l'ordre public – Cause illicite ou immorale (C. civ., art. 1131 et 1133 anciens) », in *JurisClasseur Civil*, fascicule 20, Lexisnexis, 2016.

### E- Codifications supranationales, matériel législatif, projets de réforme

Académie des privatistes européens sous la direction de G. Gandolfi, *Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier*, 2ème éd., Milan, 2004.

Académie des privatistes européens sous la direction de G. Gandolfi, *Code européen des contrats, Avant-projet, Livre deuxième, 1, Vente et contrats collatéraux*, Milan, 2007.

Commission pour le droit européen du contrat, Président O. LANDO, *Principes du droit européen du contrat*, version française par G. ROUHETTE, avec le concours de I. de LAMBERTERIE, D. TALLON, C. WITZ, Société de législation comparée, 2003.

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 11 juillet 2001 concernant le droit européen des contrats [COM(2001) 398 final - Journal officiel C 255 du 13.9.2001].

Communication de la Commission du 12 février 2003 au Parlement européen et au Conseil - Un droit européen des contrats plus cohérent - Un plan d'action [COM(2003) 68 final - Journal officiel C 63 du 15.3.2003].

Institut international pour l'unification du droit privé, *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats de commerce international 2010,* Rome, Unidroit, 2010.

*Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Société de législation comparée, sous la coordination, de B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD ; rédaction sous la direction scientifique de G. WICKER et J.-B. RACINE, Société de législation comparée, 2008.

*Projet de cadre commun de référence, Terminologie contractuelle commune*, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Société de législation comparée, sous la coordination de B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD, rédigé sous la direction scientifique de A. TENENBAUM, Société de législation comparée, 2008.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016.

### F- Jurisprudence

**CA Paris 30 novembre 1839**, *S.*1840. 2. 121.
**CA Paris, 3 mars 1855**, *S.* 1855, 2, p. 410.
**CA Paris, 4 juillet 1865**, *DP* 1865, jurispr., p. 201.
**Cass. civ., 6 mars 1876** : *D. P.* 1876. 1. 193, note A. Giboulot ; *GAJC*, tome 2, n° 165.
**Cass. civ., 23 juin 1879**, *D.* 1879. I. 376.
**Cass. req., 8 novembre 1880**, *DP* 81.1.115.
**Cass. civ., 25 janvier 1887**, *D.*1887. I. 465 note Poncet.
**Cass. req., 27 avr. 1887**, *D.* 1888.1.263, *S.* 1887.1.372.
**Cass. req., 21 juin 1898**, *S.* 1899. 1. 71.
**Cass. civ. 14 mars 1900**, *DP* 1990, 1, p. 497, note Planiol, S. 1990, 1, p. 489.
**Cass. civ. 28 janvier 1913**, *S.* 1913.1.487.
**Cass. req.** 24 mai 1913, *DP* 1916.1.264.
**CA Paris 30 novembre 1948**, *JCP* 1949. II. 4871.
**Tribunal civ. Laon 10 janvier 1956**, *G.P.* 1956. 1. 319.
**Cass. Civ. 4 décembre 1956**, *JCP* 1957. II. 10008.
**Cass. com. 7 mars 1961**, *Bull. civ.* III, n°125 ; Paris, 30 sept. 1993, *D.* 1993. IR 226, *RTD civ.* 1994. 96, obs. J. Mestre.
**Cass. com. 23 oct. 1962**, Bull. civ. III, n° 420.
**Cass. com. 18 décembre 1962**, n° 59-10.632, *Bull. civ.* 1962, III, n° 522.
**Cass. civ. 1ère, 20 mars 1963,** *Bull. civ.* I, n° 179 ; *D.* 1963. 403 ; *JCP* 1963. II. 13228, note P. Esmein.
**CA Paris, 30 avril 1963**, *D.* 1963. 428, note A. Rouast ; *S.* 1963. 179, note A. Toulemon ; *RTD civ.* 1963. 570, obs. G. Cornu ; *RTD civ*. 1963. 697, obs. G. Desbois.

**Cass. soc. 27 avril 1964**, n° 62-40.148, *Bull. civ.* IV, n° 339, *D.* 1965. 213, note A. Rouast, *JCP* 1964. II. 13807, note Morellet ; 7 févr. 1968, n° 65-40.622 , *Bull. civ.* V, n° 86, *D.* 1968. 429 ;

**Cass. com. 16 juillet 1964**, *Bull. civ.* IV, n° 375, *Gaz. Pal.* 1964. 2. 371.

**Cass. soc. 5 juillet 1965**, *Bull. civ.* V, n° 545.

**Cass. civ. 1ère, 2 mars 1966**, *Bull. civ*, I, n° 153.

**TGI Paris, 3 octobre 1968**, *Gaz. Pal*. 1968, 2, p. 345, note J.-P. Doucet.

**Cass. civ. 3ème, 22 mai 1970**, *Bull. civ.* III, n° 357.

**Cass. com. 27 avril 1971**, n° 70-10.752, *D.* 1972, Jur. 353.

**Cass. civ. 1ère 25 janvier 1972**, *Bull. civ.* I. n° 25.

**Cass. com. 4 juillet 1972**, *Bull. civ.* IV, n° 217.

**Cass. com., 8 novembre 1972**, n° 71-11.879, *D.* 1973, p. 753, note P. Malaurie.

**Cass. civ. 1ère, 15 juin 1973**, n° 72-12.062.

**Cass. civ. 1ère, 21 novembre 1973**, n° 71-12.662, *Bull. civ.* I, n° 318.

**Cass. com. 12 février 1974**, n° 72-13.959, *D*. 1974, Jur. 414.

**Cass. civ. 1ère , 28 janvier 1976,** *Bull. civ.* I, n° 37.

**TI Chartres 12 octobre 1976**, *Gaz. Pal.* 1977. 1. Somm. 127.

**Cass. com. 17 mai 1977**, *Bull. civ.* n°141.

**Conseil Constitutionnel, 3 novembre 1977**, n° 77-101.

**Cass. civ. 1ère, 22 février 1978**, « *Poussin* », *D.* 1978.601, note P. Malinvaud, *RTD civ.* 1979.126, obs. Y. Loussouarn.

**Cass. com., 11 octobre 1978**, n° 77-10.155, n° 77-11.485, n° 77-11.624 (3 arrêts), *Bull. civ*. IV, n° 223-225 ; *RJ com*. 1979. 374, note P. le Tourneau.

**Cass. civ. 2ème, 10 janvier 1979**, *Bull. civ.* II. n° 10.

**Cass. civ. 1ère, 20 octobre 1981**, n° 80-14741 , *Bull. civ.* I, n° 301, *D.* 1983. 73, note C. Larroumet ; C. Com. 8 février 2005, n° 03-10749, *D.* 2006. 512, note D. Ferrier, *RTD com.* 2005. 825, note B. Bouloc, *D.* 2005. 1085, note T. Lambert.

**Cass. soc. 10 juin 1982**, *JCP* 1984. II. 20230, note S. Hennion-Moreau.

**Cass. com. 19 octobre 1982**, *Bull. civ.* IV, nº 321, *D.* 1983, IR 482, obs. B. Audit, *RTD civ*. 1984. 515, obs. J. Huet.

**Cass. civ. 1ère, 27 janvier 1982**, *Bull. civ.* I, n° 46.

**Cass. Civ. 3ème 17 janvier 1984** ; *RTD civ*. 1984, p. 711 obs. J. Mestre.

**Cass. com. 11 juin 1985**, *Bull. civ.* IV, nº 190.

**Cass. com. 23 juillet 1985**, n° 84-11.672.

**Cass. civ. 1ère, 22 juillet 1987**, *Bull. civ.* I n° 282.

**Cass. com., 9 novembre 1987**, n° 86-13984.

**TGI Marseille 16 décembre 1987**, *G.P.* 30 janvier 1988.

**Cass. civ. 3ème, 16 novembre 1988**, n° 87-13.492.

**Cass. civ. 1ère, 14 févier 1989**, *Bull. civ.*, I, n° 79, *Defrénois* 1992, art. 35192, obs. A. Chappert.

**CA Paris 15 février 1989**, *D.* 1989, IR 95.

**Cass. civ. 1ère, 12 juillet 1989**, *M. Pirmamod c. Mme Guichard, Bull. civ.* I n° 293, *JCP* 1990. II. 21546, note Y. Dagorne-Labbe, *Defrénois* 1990. 358, obs. J.-L. Aubert ; Y. Lequette, F. Terré, H. Capitant, F. Chénedé, *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, 13ème édition, 2015, n° 156, p. 90.

**CA Saint-Denis de la Réunion, 6 octobre 1989**, *JCP* 1990. II. 21504, obs. E. Putman ; *RTD civ*. 1990. 647, obs. J. Mestre.

**Cass. civ. 1ère 25 avril 1990**, n° 88-12.157, *Bull. civ.* I, n° 88.

**Cass. com., 22 janvier 1991**, n° 88-15961.

**Cass. com., 29 janvier 1991**, n° 89-16.446.

**Cass. com., 1er octobre 1991** ; *Bull. Joly* 1991. 1004, obs. C. Roca ; *JCP E* 1992. II. 277, note A. Viandier : *D.* 1992. 190, note G. Virassamy ; *Rev. sociétés* 1992. 497, note P. Didier ; *Dr. sociétés* 1992, n° 12, obs. H. Le Nabasque ; *RTD civ.* 1992. 80, obs. J. Mestre.

**Cass. Com., 5 novembre 1991**, no 90-11.694 ; *D.* 1992, somm. 267, obs. L. Aynès ; *D.* 1993. 379, note J. Ghestin.

**Cass. Com., 19 novembre 1991**, n° 89-21.265 ; *D.* 1992, somm. 267, obs. L. Aynès ; *D.* 1993. 379, note J. Ghestin.

**Cass. civ. 3ème, 1 avril 1992**, n° 90-14.899, *CCC* 1992, n°148, note L. Leveneur.

**Cass. civ. 1ère 30 juin 1992**, n° 89-21970.

**Cass. com. 12 novembre 1992**, *Bull. civ.* IV, n° 313.

**Cass. com. 3 novembre 1992**, n° 90-18.547, *Bull. civ.* IV, n° 338 ; *D.* 1995. Somm. 85, obs. D. Ferrier ; *RTD civ.* 1993. 124, obs. J. Mestre ; *Defrénois* 1993. 1377, obs. J.-L. Aubert ; *JCP G* 1993. II. 22164, note G. Virassamy.

**Cass. civ. 1ère, 29 novembre 1994**, n° 91-21009.

**Cass. civ. 1ère, 29 novembre 1994**, n° 92-16267.

**Cass. civ. 1ère, 13 décembre 1994,** n° 93-10.206, *Bull. civ.* I, n° 377, *JCP* 1995. I. 3843, obs. M. Billiau.

**Cass. com. 7 février 1995**, *RJDA* 5/1995, n° 584, *Bull. Joly* 1995. 407, note A. Couret, *D.* 1996. 50, note R. Blasselle , *RTD civ*. 1995. 878, obs. J. Mestre, *Dr. sociétés* 1996, n° 2, obs. T. Bonneau.

**Cass. civ. 1ère 10 mai 1995**, n° 92-10.736, *Bull. civ.* I, n° 194 ; *Defrénois* 1995, art. 36145, p. 1038, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1995.880, obs. J. Mestre ; *JCP G* 1996.I.3914, chron. M. Fabre-Magnan.

**Cass. civ. 1ère 4 juillet 1995**, n° 93-16.198, *Bull. civ.* I, n° 303 ; *CCC* 1995, n° 181, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 1995, p. 881, obs. J. Mestre.

**Cass. com. 17 octobre 1995**, *Dr. sociétés* 1996. 167, note J. Paillusseau, *Rev. sociétés* 1996. 55, note D. Bureau, *Bull. Joly* 1996. 35, note Jeantin, *Defrénois* 1996. 245, obs. P. Le Cannu.

**Cass., ass. plén., 1er décembre 1995**, n° 91-15.578, n° 91-15.999, n° 91-19.653, n° 93-13.688 (4 arrêts), *Bull. ass. plén.* n° 7 à 9; *D.* 1996. 13, concl. M. Jéol, note L. Aynès ; *JCP G* 1996. II. 22565 note J. Ghestin; *RTD civ*. 1996. 153, obs. J. Mestre ; *RTD com*. 1996. 316, obs. B. Bouloc ; *Gaz. Pal.* 1995. 2. J. 626, note P. de Fontbressin ; *D.* 1998, p. , chron. A. Brunet et A. Ghozi.

**Cass. com. 12 décembre 1995**, *Bull. Joly* 1996. 200, obs. A. Couret, *JCP E* 1996. II. 798, note Y. Guyon, *D.* 1996. 277, note J. Paillusseau.

**Cass. com., 6 février 1996**, n° 93-12.868, *D.* 1996. 84 ; *RTD civ.* 1996. 613, obs. J. Mestre ; *RTD com.* 1996. 445, obs. J. Derruppé ; *ibid.* 514, obs. B. Bouloc.

**Cass. civ. 1ère, 20 février 1996**, n° 94-14.074.

**Cass. civ. 1ère, 16 avril 1996**, *Bull. civ.* I, n° 184 ; *D.* 1996. 584, note Y. Dagome-Labbé, *JCP* 1996. IV. 1375 ; *Defrénois* 1996. 1078, obs. A. Bénabent.

**Cass. civ. 3ème, 26 juin 1996**, *Defrénois* 1996. 1359, art. 36434, obs. Ph. Delebecque.

**Cass. com. 2 juillet 1996**, n° 93-14.130, *Bull. civ.* IV, n° 198 ; *JCP* 1996. I. 3983, n° 14, obs. C. Jamin ; *Defrénois* 1996, art. 36434, n° 146, obs. D. Mazeaud.

**Cass. civ. 1ère 3 juillet 1996**, *Point-club vidéo, Bull. civ*. I, n° 286 ; *D*. 1997. 500, note Reigné ; *RTD civ*. 1996. 901, obs. Mestre ; *Defrénois* 1997. 336, obs. D. Mazeaud.

**Cass. com. 22 octobre 1996**, *Chronopost*, n° 93-18.632, *D.* 1997. 121, note A. Sériaux ; *D.* 1997. 145, note C. Larroumet ; *D.* 1997. 175, note P. Delebecque ; *RTD civ.* 1997. 418, note J. Mestre ; *RTD civ.* 1998. 213, note N. Molfessis.

**Cass. com. 17 juin 1997**, n° 95-14.105*, Bull. civ.* IV, n° 188 ; *D.* 1998. 208 , note J. Casey ; *RTD civ.* 1998. 100, obs. J. Mestre ; *RTD civ.* 1998. 157, obs. P. Crocq ; *RTD com*. 1997. 662, obs. M. Cabrillac ; *JCP E* 1997. II. 1007, note D. Legeais.

**Cass. com. 21 octobre 1997**, *Bull. Joly* 1998. 25, obs. P. Le Cannu.

**Cass. civ. 1ère, 18 nov. 1997**, n° 95-21.161, *D.* 1997. 263 ; *RTD civ.* 1998. 372, obs. J. Mestre , et 402, obs. P.-Y. Gautier. V. aussi Cass. Civ. 1ère, 19 juin 1990, n° 88-20.266, *D.* 1991. 317 , obs. J.-L. Aubert.

**Cass. civ. 1ère 10 février 1998**, n° 96-13.316, *Bull. civ.* I, n° 53 ; *JCP G* 1998. I. 155, obs. C. JAMIN ; *JCP G* 1998. II. 10124, comm. G. PAISANT ; *D.* 1998. Jur. 539, note D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1998. 689, obs. P. JOURDAIN.

**Cass. civ. 1ère, 7 octobre 1998**, n° 96-14.359 *Malvezin c. Mme Grostabussiat* ; *D.* 1999, Somm. 110 obs. P. Delebecque ; *JCP* 1998. II. 10202 note M.-H. Maleville ; *JCP* 1999. I. 114, n° 1, obs. C. Jamin ; *Defrénois* 1998. 1408 obs. D. Mazeaud ; Y. Lequette, F. Terré, H. Capitant, F. Chénedé, *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, 13ème édition, 2015, n° 158, p. 123 et s.

**Cass. com. 24 novembre 1998**, n° 96-18.357, *Bull. civ.* IV, n° 277 ; *CCC* 1999. Comm. 56, obs. M. Malaurie-Vignal ; *Defrénois* 1999. 371, obs. D. Mazeaud ; *JCP E* 1999. I. 143, obs. C. Jamin ; *JCP G* 1999. II. 10210, note Y. Picod ; *RTD civ.* 1999. 98, obs. J. Mestre ; *RTD civ* 1999. 646, obs. P.-Y. Gautier.

**Cass. civ. 1ère, 13 avril 1999**, *Bull. civ.* I, n° 131, *JCP* 2000. II. 10309, obs. A.-S. Barthez, *Defrénois* 1999, art. 37041, p. 1001, obs. D. Mazeaud, *D.* 1999. IR. 130, *CCC* 1999, n° 125, note L. Leveneur.

**Cass. civ. 3ème, 13 juillet 1999**, *Bull. civ.* III, n° 178.

**Cass. civ. 3ème, 13 juillet 1999**, n° 97-20.110, *Bull. civ.* III, n° 179 ; *RDI* 1999. 666, obs. J.-C. Groslière.

**Cass. civ 3ème, 13 juillet 1999**, n° 97-20.116, *Bull. civ.* III., n° 123, *RDI* 1999, 666, *Defrénois* 1999, art. 37079.

**Cass. civ. 3ème, 13 octobre 1999,** n° 97-21682, *JCP* 2000. I. 237, obs. J. Rochfeld.

**Cass. civ. 3ème, 2 février 2000**, *Bull. civ.* III, n° 26.

**Cass. com. 15 février 2000**, n° 97-19.793 ; *D.* 2000, somm. P. 364, obs. P. Delebecque ; *Défresnois* 2000, p. 1118, obs. D. Mazeaud ; *JCP G* 2000, I, 272, n° 9, obs. A. Constantin ; *JCP E* 2001, p. 269, obs. J.-B. Seube.

**Cass. civ. 1ère, 30 mai 2000**, n° 98-15.242, *Bull. civ.* I, n° 169 ; *D.* 2000. 879, note J.-P. Chazal ; *D.* 2001. 1140, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 2001. II. 10461, note G. Loiseau ; *CCC* 2000. Comm. 142, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2000. 827, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD* civ. 2000. 867, obs. P.-Y. Gautier ; *Defrénois* 2000, art. 37237, n° 68, obs. P. Delebecque.

**Cass. civ. 3ème, 7 juin 2000**, n° 98-18.966, *CCC* 2000. Comm. 159, obs. L. Leveneur ; *RDI* 2000. 582, obs. J.-C. Groslière et C. Saint-Alary-Houin ; *D.* 2002. Somm. 1002, obs. O. Tournafond.

**Cass. civ. 1ère, 14 juin 2000**, n° 98-14.438, *Dr. et patr*., janvier 2001, n° 2736, obs. P. Chauvel.

**Cass. civ. 1ère, 13 février 2001**, *Lucas c/ Villa,* n° 98-15.092, *JCP* 2001. I. 330, obs. J. Rochfeld ; *Defrénois* 2002. 476, note D. Robine ; *RTD civ.* 2001. 352, obs. J. Mestre et B. Fages.

**Cass. com. 4 décembre 2001**, *Bull. Joly* 2002. 62, obs. A. Couret.

**Cass. com. 15 janvier 2002**, n° 99-21.172, *D.* 2002. 1974, note P. Stoffel-Munck, et 2841, obs. D. Mazeaud ; *RTD* civ. 2002. 294, obs. J. Mestre et B. Fages.

**Cass. civ. 1ère, 3 avril 2002**, n° 00-12.932, *Bull. civ*. I, n° 108 ; *D.* 2002. 1860, note J.-P. Gridel ; *D.* 2002. 1860, note J.-P. Chazal ; *D.* 2002. Somm. 2844, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2002. 502, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Defrénois* 2002, art. 37607, n° 65, obs. E. Savaux ; *CCC* 2002, n° 80, obs. C. Caron, et n° 89, obs. P. Stoffel-Munck.

**Cass. Com., 9 juillet 2002**, *Bull.*, IV, n° 121, *D.* 2002 , p. 2329, obs. E. CHEVRIER, D. MAZEAUD et P. DELEBECQUE, *RTD civ.* 2003, p. 567, obs. N. MOLFESSIS.

**Cass. civ. 1ère, 24 septembre 2002**, n° 00-21035, *Dr. fam.* 2003, n° 16, note B. Beignier.

**Cass. civ. 1ère, 19 novembre 2002**, n° 00-13276, *D.* 2003. 1873, obs. M. Nicod.

**Cass. civ. 3ème, 24 avril 2003**, n° 01-17.458, *D.* 2004. 450, note S. Chassagnard ; *JCP* 2003. II. 10135, note R. Wintgen ; *Dr. et patr.* 9/2003. 116, obs. P. Chauvel ; *LPA* 4 juin 2004, note D. Martin; *RDC* 2003. 42, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2003. 699, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid*. 723, obs. P.-Y. Gautier.

**Cass. com. 19 novembre 2003**, n° 01-01.859, *Bull. civ.* IV, n° 172.

**Cass. civ. 3ème, 25 février 2004**, n° 02-15.269, *Bull. civ.* III, n° 42 ; *JCP* 2004. II. 149, obs. F. Labarthe ; *RDC* 2004. 636, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2004. 279, obs. J. Mestre et B. Fages.

**Cass. civ. 1ère, 30 juin 2004**, n° 01-00.475 ; *Contrats, conc., consomm*. 2004, comm. n° 151, obs. L. Leveneur ; *D.* 2001. somm. 3236, obs. D. Mazeaud ; *D.* 2004. 2150, obs. V. Avena-Robardet ; *D.* 2006. 155, obs. D. R. Martin ; *Droit & Patrimoine*, nov. 2004, n° 566, obs. P. Chauvel ; *RDC* 2005, p. 275, obs. P. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* 2004, p. 749, obs. P-Y. Gautier ; *RTD civ.* 2005, p. 126, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2004. 800, obs. D. Legeais.

**Cass. civ. 1ère, 13 juillet 2004**, *Bull. civ.* I, n° 204, *RTD civ.* 2004. 734 , obs. J. Mestre et B. Fages, *D.* 2005. Jur. 1009 , note A. Bories, *Defrénois* 2004. 1396, art. 38035, note J.-L. Aubert ; *JCP* 2004. II. 10155, avis J. Sainte-Rose, *Rev. sociétés* 2005. 378 , note D. Bonnet.

**Cass. civ. 1ère, 3 novembre 2004**, n° 02-10.880, *Bull. civ.* I, n° 237.

**Cass. civ. 3ème, 17 novembre 2004**, n° 03-14.958, *Bull. civ. III*, n° 206, *Dr. et patr.* mars 2005. 87, obs. P. Chauvel.

**Cass. Com 8 mars 2005**, n° 02-15.783, *Bull. civ*. IV, n° 44.

**Cass. civ. 3ème, 31 mars 2005**, n° 04-11.752, *D.* 2005. 1181 ; *RTD civ.* 2005. 775, obs. J. Mestre et B. Fages ; *JCP N* 2006, n° 7, 1069, obs. H. Kenfack.

**Chambre mixte 22 avril 2005**, n° 03-14.112; *D.* 2005, 1864 note J.-P. Tosi, 2836, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson, 2748, obs. H. Kenfack ; RTD civ. 2005. 604, obs. P. Jourdain, et 779 obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2005. 828, obs. B. Bouloc ; JCP G 2005.II.10066, obs. G. Loiseau ; RDC 2005. 651, avis R. de Gouttes, 673, obs. D. Mazeaud, et 752, obs. P. Delebecque.

**Cass. civ. 1ère, 10 mai 2005**, n° 03-12.496, *Bull. civ.* I, n° 203 ; *AJDI* 2005. 934, obs. S. Prigent ; *RTD civ.* 2005. 778, obs. J. Mestre et B. Fages ; *JCP G* 2005. I. 181, n° 6, obs. Périnet-Marquet.

**Cass. civ. 3ème, 11 mai 2005**, *Bull. civ.* III, n°103 ; *JCP* 2005, II, 10152, note S. Bernheim-Desvaux ; *RDI* 2005, p. 299, note P. Malinvaud ; *RTD civ*. 2005, p. 596 obs. J. Mestre et B. Fages.

**Cass. civ. 3ème, 22 juin 2005**, n° 04-10.415, *Bull. civ.* III, n° 137 ; *RDC* 2005. 1025, obs. P. Stoffel-Munck ; *CCC* 2005, comm. 186, obs. L. Leveneur.

**Cass. com., 28 juin 2005**, n° 03-16.794, *D.* 2006. 2774, note P. Chauvel ; *D.* 2005. Pan. 2838, obs. S. Amrani-Mekki ; *CCE* 2005, n° 158, note P. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* 2005. 591, obs. J. Mestre et B. Fages.

**Cass. com., 21 février 2006**, n° 04-20.139, *D.* 2006. 717, obs. E. Chevrier, *RTD civ.* 2006. 322, obs. P. Jourdain, *RTD com*. 2006. 909, obs. B. Bouloc, *CCC* 2006. Comm. 103, obs. L. Leveneur, *RDC* 2006. 694, obs. D. Mazeaud.

**Cass., ass. plén., 14 avril 2006**, n° 04-18.902 et n° 02-11.168, *Bull. ass. plén*., n° 5 et 6, *JCP* 2006. II. 10087, note P. Grosser ; *RTD civ.* 2006. 775, obs. P. Jourdain ; *D.* 2006. 1577, note P. Jourdain ; *Gaz. Pal.* 2006. 2496, concl. R. de Gouttes ; *Defrénois* 2006. 1212, obs. E. Savaux ; *CCC* 2006. comm. 152, obs. L. Leveneur.

**Cass. com., 30 mai 2006**, n° 04-14.974, *D.* 2006. 1599, obs. X. Delpech, 2288, note D. Mazeaud, 2638, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson, et 2007. 111, obs. H. Kenfack, *RTD civ.* 2006. 773, obs. P. Jourdain, *RTD com.* 2007. 224, obs. B. Bouloc, *RDC* 2006. 1075, obs. Y.-M. Laithier, et 1224, obs. S. Carval.

**Cass. com., 13 juin 2006**, n° 05-12.619, *D.* 2006. 1680, et 2007. 111, obs. H. Kenfack, *RTD civ.* 2006. 773, obs. P. Jourdain, RTD com. 2007. 224, obs. B. Bouloc, *JCP G* 2006. II. 10123, obs. G. Loiseau.

**Cass. civ. 2ème, 5 octobre 2006**, n° 04-11.179, *D.* 2007. 2215, note G. Raoul-Cormeil ; *CCC* 2007. Somm. 44, obs. Leveneur.

**Cass. civ. 1ère, 16 janvier 2007**, *Bull. civ.* I, n° 19 ; *D.* 2007, p. 1119, note O. Gout ; *RDC* 2007, p. 719, obs. D. Mazeaud, p. 741, obs. G. Viney ; *RTD civ.* 2007, p. 342, obs. J. Mestre et B. Fages.

**Cass. com., 13 février 2007**, n° 05-17.407, Bull. civ. IV, n° 43 ; *D.* 2007. AJ 654, obs. X. Delpech, et Pan. 2975, obs. B. Fauvarque-Cosson ; *RTD civ.* 2007. 567, obs. B. Fages ; *JCP G* 2007. II. 10063, note Y.-M. Serinet, et I. 185, n° 10, obs. P. Stoffel-Munck ; *RDC* 2007. 707, obs. D. Mazeaud, et 746, obs. S. Carval.

**Cass. civ. 3ème, 28 mars 2007**, n° 03-14.681, *Bull. civ.* III, n° 52 ; *D.* 2007. 1139.

**Cass. com., 5 juin 2007**, n° 06-14.832, *D*. 2007. 1720, obs. X. Delpech et 2966, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson, *RTD civ.* 2007. 567, obs. B. Fages, *RTD com.* 2008. 174, obs. B. Bouloc, *JCP G* 2007. II. 10145, obs. D. Houtcieff, *RDC* 2007. 1121, obs. D. Mazeaud, et 1144, obs. S. Carval.

**Cass. com. 18 décembre 2007**, n° 04-16.069, *D.* 2008, AJ, p. 154, note X. Delpech.

**Cass. civ. 1ère, 28 mars 2008**, n° 06-10.715 ; *Bull. civ.* I, n° 95 ; *D.* 2008. 1866, note E. Treppoz ; *D.* 2008. 2965, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *CCC* 2008. Comm. 175, obs. L. Leveneur ; *Defrénois* 2008. 1958, obs. R. Libchaber ; *JCP* 2008. II. 10101, note Y.-M. Serinet ; *RDC* 2007. 727, obs. Y.-M. Laithier.

**Cass. civ. 1ère, 30 octobre 2008**, n° 07-17.134.

**Cass. civ. 1ère, 13 novembre 2008,** n° 06-21.745, *Bull. civ*. I, n° 25.

**Cass. civ. 1ère, 27 novembre 2008**, *RDC 2009*, p. 613, note J.-B. Seube.

**Cass. civ. 1ère, 30 septembre 2009**, n° 08-17.919, *RTD civ.* 2011. 162, obs. M. Grimaldi, *AJ famille* 2009. 460, obs. F. Bicheron.

**Cass. com., 29 juin 2010**, n° 09-11841 ; *RTD civ.* 2010. 555, obs. B. Fages ; *JCP E* 2010. 1790, obs. P. Stoffel-Munck ; *LPA* 8 sept. 2010, note C. Grimaldi ; *RDC* 2010. 1220, obs. Y.-M. Laithier, et 1253, obs. O. Deshayes ; note D. Mazeaud, *D.* 2010, p. 2481.

**Cass. com., 29 juin 2010**, n° 09-67369 ; *RDC* 2011, p. 34, obs. E. Savaux ; *D.* 2010, p. 2481, note D. Mazeaud, et p. 2485 ; *JCP G* 2010, 1056, note T. Favario ; *JCP G* 2011, n° 63, obs. J. Ghestin ; *RTD civ*. 2010, p. 782, obs. B. Fages ; *LPA* 24 déc. 2010, p. 7, note A.-S. Choné ; *Dr.*

*et patr.* 2011, n° 200, 68, obs. P. Stoffel-Munck ; *Gaz. Pal.* 2011, n° 12-13, p. 21, obs. D. Houtcieff ; *Defrénois* 2011, n° 8, p. 811, obs. J.-B. Seube.

**Cass. civ. 1ère, 8 juillet 2010**, n° 09-16.270, inédit.

**Cass. com., 14 septembre 2010**, n° 09-16.084, *Rev. sociétés* 2010. 462, obs. A. Lienhard ; *D.* 2011. 57, note F. Marmoz ; *JCP E* nov. 2010, n° 46, 1995, note A. Viandier ; *Gaz. Pal.* 17 nov. 2011, p. 17, note B. Dondero.

**Cass. civ. 3ème, 30 mars 2011**, n° 10-15.309.

**Cass. civ. 3ème, 21 septembre 2011**, n° 10-21.900 ; *D.* 2011.2711, note. D. Mazeaud.

**Cass. com., 4 octobre 2011**, n° 10-20956, *D.* 2011. 3052, note N. Dissaux ; Cass. com. 12 juin 2012, n° 11-19047, *D.* 2012. 2079, note N. Dissaux, *RTD civ.* 2012. 724, obs. B. Fages.

**Cass. civ. 3ème, 3 novembre 2011**, nº 10-26.203, *Bull. civ.* III, nº 178 ; *D.* 2011. 2795 ; *D.* 2012. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *AJDI* 2012. 780, obs. F. Cohet-Cordey ; *RTD civ*. 2012. 114, obs. B. Fages.

**Cass. civ. 1ère, 4 novembre 2011,** n°10-20.114, *D.* 2012. 59, note R. Libchaber ; *ibid*. 971, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ fam.* 2011. 613, obs. F. Chénedé ; *RTD civ*. 2012. 93, obs. J. Hauser ; *ibid.* 113, obs. B. Fages ; *JCP* 2011, nº 9, note D. Bakouche ; *Dr. fam.* 2012, nº 21, obs. D. Vigneau ; *RDC* 2012. 383, note Y.-M. Laithier *; ibid.* 473, note D. Fenouillet ; *RLDC* 2012/94, nº 4703, note C. Bernard-Xémard.

**Cass. civ. 3ème, 30 novembre 2011**, n° 10-27.021, *Bull. civ*. III, n° 204.

**Cass. civ. 1ère, 18 janvier 2012**, n° 11-12.863, *D.* 2012. 2476, obs. V. Brémond, M. Nicod et J. Revel; *RTD civ.* 2012. 307, obs. J. Hauser; *ibid*. 353, obs. M. Grimaldi.

**Cass. com. 12 juin 2012**, n° 11-19.047, *D*. 2012. 2079, note N. Dissaux, *RTD civ*. 2012. 724, obs. B. Fages.

**Cass. civ. 1ère, 26 septembre 2012,** n° 11-11.508.

**Cass. com. 23 octobre 2012**, n° 11-23.376 ; *D.* 2013. 686, note D. Mazeaud, et 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *Rev. sociétés* 2013. 160, note A. Reygrobellet ; *RTD civ.* 2013. 112, obs. B. Fages ; *Gaz. Pal.* 21-22 déc. 2012, p. 21, note B. Dondero ; *Dr. et patr.* juin 2013, p. 66, obs. L. Aynès et P. Stoffel-Munck.

**Cass. civ. 1ère, 31 octobre 2012**, n° 11-15.529, *D.* 2012. 2658, *RTD civ*. 2013. 109, obs. B. Fages.

**Cass. civ. 3ème, 21 novembre 2012**, n° 11-23.382, *D.* 2012. 2800 ; *ibid*. 2013. 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *AJDI* 2013. 704 , obs. F. Cohet-Cordey.

**CA Angers 2 février 2013**, *SARL GC5 Paris c/ la société Intervalles*, JurisData n° 2013-016053.

**Cass. soc. 10 avril 2013**, n° 11-25.841, *Bull. civ.* V, n° 97 ; *D.* 2013. 1009, et 2014. 630, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *Rev. sociétés* 2013. 684, note R. Vatinet ; *Dr. soc.* 2013. 551, obs. J. Mouly, et 576, chron. S. Tournaux ; *RDT* 2013. 401, obs. S. Tournaux ; *RTD civ.* 2013. 601, obs. H. Barbier ; *RDC* 2013. 1321, note T. Genicon.

**Cass. Chambre mixte 17 mai 2013**, n° 11-22.768 et 11-22.927 ; note L. Leveneur, *CCC* 2013, n°8-9, comm. 176 ; note D. Mainguy, *JCP E*, 2013. 1403 ; note F. Buy, *JCP G* 2013. 1155 ; note J.-B. Seube, *JCP G* 2013.

**Cass. civ. 3ème, 29 mai 2013**, n° 12-17.077, D. 2013. 1407 ; ibid. 2014. 630, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; AJDI 2013. 231 , obs. F. Cohet ; RTD civ. 2013. 592, obs. H. Barbier.

**Cass. civ. 3ème, 9 juillet 2013**, n° 12-17.489.

**Cass. com., 11 mars 2014,** n° 12-29.820 ; *D.* 2014. 1915, note D. Mazeaud.

**Cass. com., 18 mars 2014**, n° 12-29.453 : *D.* 2014. 1915, note D. Mazeaud ; *D.* 2015. 529, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *RTD civ.* 2014, p. 884, obs. H. Barbier ; *JCP G* 2014, 1116, note J. Ghestin ; *JCP E* 2015, 1224, note C. Delangle ; *RDC*, 2014, p. 345, note Y.-M. Laithier ; *AJCA* 2014, p. 78, obs. J. Dubarry.

**Cass. civ. 3ème, 20 mai 2014**, n° 13-12.685.

**Cass. com., 7 octobre 2014**, n° 13-21.086, *D.* 2014. 2329, note F. Buy, *ibid*. 2015. 943, obs. D. Ferrier, *RTD civ.* 2015. 381, obs. H. Barbier, *RTD com*. 2015. 144, obs. B. Bouloc.

**Cass. civ. 1ère, 29 octobre 2014**, n°13-19.729.

**Cass. com., 4 novembre 2014**, n° 11-14.026, *D.* 2015. 183, note J. Ghestin, et 529, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *AJCA* 2015. 78, obs. S. Bros ; *JCP E* 2014. 1639, obs. A.-S. Choné-Grimaldi.

**Cass. civ. 1ère, 10 décembre 2014**, n° 13-19.313.

**Cass. civ. 3ème, 20 mai 2015,** n° 14-11.851.

**Cass. civ.1ère, 28 mai 2015**, n° 14-13.479, *D.* 2015. 1207 ; *RTD civ.* 2015. 677, obs. M. Grimaldi ; *Dr. fam.* 2015, n° 172, obs. M. Nicod ; *RDC* 2015. 909, obs. C. Goldie-Génicon.

**Cass. civ. 3ème, 4 mai 2016**, n° 15-11.351, *Constr.-Urb*. juin 2016, n° 95, obs. C. Sizaire.

**Cass. com. 7 juin 2016**, n° 14-17.978, *D.* 2016. 2042, note D. Baugard et N. Borga ; *ibid*. 2365, obs. J.-C. Hallouin, E. Lamazerolles et A. Rabreau, *ibid*. 2017. 375, obs. M. Mekki, *RTD civ.* 2016. 614, obs. H. Barbier.

**Cass. civ. 3ème, 9 mars 2017**, n° 15-26.182 P, *D.* 2017. 646 ; *ibid*. 2018. 371, obs. M. Mekki ; *RDI* 2017. 286, obs. H. Heugas - Darraspen ; *AJ Contrat* 2017. 226, obs. Y. Dagorne-Labbe ; *RTD civ.* 2017. 393, obs. H. Barbier.

**Cass. com., 17 mai 2017**, n° 15-15.746 ; note D. Mazeaud, *D.* 2017, p. 1694.

**Cass. 1ère civ., 11 octobre 2017**, n° 16-21692, *D.* 2017. 2097.

**Cass. civ. 3ème, 30 novembre 2017**, n° 15-22.861, *D.* 2018. 371, obs. M. Mekki, *AJ fam*. 2018. 46, obs. M. Saulier, *Rev. sociétés* 2018. 298, note J.-J. Ansault, *RTD civ.* 2018. 102, obs. H. Barbier, *ibid*. 146, obs. P.-Y. Gautier, *RTD com*. 2018. 380, obs. A. Lecourt.

**Cass. Ass. Plén**., 10 juillet 2020, n° 18-18.542, note P. OUDOT, *JCP G* 2020 ; note J.-D. PELLIER, *Dalloz Actualité*, 20 juillet 2020.

## §2- Références en langue allemande

### A- Ouvrages généraux, traités et manuels


FLUME (W.), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts : Das Rechtsgeschäft*, 2. Auflage, Springer-Verlag Berlin-Heidelberg, 1975.

FLUME (W.), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter band, Das Rechtsgeschäft,* 3. Auflage, Springer-Verlag, 1979.

JAENSCH (M.), *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*, 4. Auflage, C.F. Müller, 2018.

KÖTZ (H.), *Vertragsrecht*, 2. Auflage, Mohr Siebeck, 2012.

LARENZ (K.), WOLF (M.), NEUNER (J.), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10. Auflage, Verlag C. H. Beck München, 2012.

LEIPOLD (D.), *BGB I : Einfürhrung und Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Mohr Siebeck, 2008.

LÖHNING (M.), *Schuldrecht II, Besonderer Teil 1 : Vertragliche Schuldverhältnisse*, W. Kohlhammer, 2009.

MEDICUS (D.), *Allgemeiner Teil des BGB*, 10. Auflage, C.F. Müller, 2010.

SCHWARB (D.), LÖHNING (M.), *Einführung in das Zivilrecht : mit BGB-Allgemeiner Teil, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Kauf- und Deliktsrecht*, 19. Auflage, C.F. Müller, 2012.

SCHWAB (D.), LÖHNING (M.), *Einführung in das Zivilrecht*, 20. Auflage, C.F. Müller, 2016.

STAAB (H.), STAAB (P.), *Kreditvertrags- und Kreditsicherungsrecht, Die Rechtsprechun des BGH*, Springer Gabler, 2014.

WILHEM (J.), *Sachenrecht*, 3. Auflage, De Gruyter, 2007.

### B- Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

MITZKAIT (A.), *Leistungsstörung und Haftungsbefreiung: ein Vergleich der Grundregeln es Europäischen Vertragsrechts mit dem reformierten deutschen Recht*, Mohr Siebeck, 2008.
SIEKER (S.), *Umgehungsgeschäfte : Typische Strukturen und Mechanismen ihrer Bekämpfung*, Habilitationsschrift, Mohr Siebeck, 2001.
SIMITIS (K.), *Gute Sitten und ordre public : Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB*, Marburg : N.G. Elwert, 1960.
WELLER (M.-P.), *Die Vertragstreue: Vertragsbindung - Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue*, Habilitationsschrift, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.
WOLLSCHLÄGER (L. S.), *Unzumutbarkeit als Rechtsgedanke im Rahmen der außerordentlichen Kündigung*, Peter Lang, 2007.

### C- Etudes, articles et *Kommentare*

ARMBRÜSTER (C.), in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage, 2015, § 119, § 123, § 134 et § 314.
BORK (R.), in *Staudinger Kommentar zum BGB*, 2015, § 154, *Vorbemerkungen zu* §§ 158-163, § 158 à 162.
BUSCHE (J.), *in Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage, 2015, §134 et 155.
ERNST (W.), in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage, 2016, § 275.
FEUERBORN (A.), in *BGB Schuldrecht*, Band 2/1, 3. Auflage, Nomos, 2016, § 144.
FINKENAUER (T.), in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage, 2016, § 313.
HEFERMEHL (W.), in *Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil*, t. 2, 13. Auflage, 1999, § 138.
KREBS (P.), JUNG (S.), in *BGB Schuldrecht*, Band 2/1, 3. Auflage, Nomos, 2016, § 313.
OLZEN (D.), LOOSCHELDERS (D.), in *Staudinger Kommentar zum BGB*, 2015, § 242.
PFEIFFER (T.), in *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 8. Auflage, 2017, § 313.
SACK (R.), « Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktoren der gutten Sitten », *NJW* 1985, 761 s.
SACK (R.), FISCHINGER (P. S.), *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 2011, § 138.
SINGER (R.), in *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 2012, § 119.
WACKERBARTH (U.), in *BGB Allgemeiner Teil,* Band. 1, 3. Auflage, Nomos Kommentare, 2016, § 158.

WESTERMANN (H. P.), in *Münchener Kommentar zum BGB,* 7. Auflage, 2015, § 158, §159 et 162.

### D- Jurisprudence

RG, 17.12.1910, Rep. V. 62/10, *RGZ* 75, 68.
RG, 15.10.1912 – Rep. VII. 231/12, *RGZ* 80, 219, 221.
RG, 09. 01. 1923 – II 851/21, *RGZ* 106, 174, 177.
RG, 31. 05. 1927 – Rep. II. 517/26 ; *RGZ* 117, 176.
RG, 03.02.1928 – VI 261/27, *RGZ* 120, 144, 148.
RG, 02. 02. 1931 – VII 503/30 ; *RGZ* 131, 274.
RG 05. 10. 1939 ; *RGZ* 161, 330.
OLG Bremen 18.03.1952, *NJW* 1953, 1393.
BGH, 16.01.1953, I ZR 42/52 ; MDR 1953, 282, 283 « *Bohrhammerfall* ».
BGH, 09.07.1953, IV ZR 242/52, *BGHZ* 10, 228, *NJW* 1953, 1665.
BGH, 15.02.1956 - IV ZR 294/55 , *BGHZ* 20, 71, 72, *NJW* 1956, 865.
BGH, 11.07.1957, *WM* 1957, 1155.
BVerfG, 08.11.1960 – 1 BvR 59/56, *BVerfGE* 12, 1, *NJW* 1961, 211.
BGH, 25.06.1962 – VII ZR 120/61 ; *BGHZ* 37, 258 ; *NJW* 1962, 2010.
BGH, 29. 10. 1962 – II ZR 31/61, *BGHZ* 38, 183, 185 s.
OLG Düsseldorf, 25. 07. 1963 – 6 U 392/62, *NJW* 1963, 2079.
BGH, 02.04.1964, BGHZ 41, 271.
BGH, 31.01.1967, *BGHZ* 37, 44.
BGH, 31.01.1967, *BGHZ* 47, 48-53.
BGH, 16.12.1968, *WM* 1969.291, 292.
BGH, 14.11.1969, V ZR 115/66, *WM* 1970, 321, 322.
BGH, 15.05.1970, V ZR 20/68, *BGHZ* 54, 62, *NJW* 1970, 1541.
BGH, 22.05.1970, *WM* 1970. 906.
BGH 10.02.1972, *WM*, 1972, 486.
OLG Celle 18.10.1972, 9 U 76/70, *JZ* 1973, 246, *VersR* 1973, 1122.
BGH, 21. 06. 1974 - V ZR 164/72 ; *BGHZ* 62, 388.
BGH 19.11.1973, II ZR 52/72, *WM* 1974, 74, 76.
BGH, 08.01.1975 – VIII ZR 126/73, *BGHZ* 63, 365, *NJW* 1975, 638.
BGH, 19. 03. 1975 – VIII ZR 262/73 ; *NJW* 1975, 1116.
BGH 13.11.1975, *BGH NJW* 1976, 565.

BGH, 08.02.1978, *J.Z.* 1978, p. 235.

BGH, 19.04.1978, *NJW* 1978, 2390.

BGH, 26.10.1978, *NJW* 1979, 160, 161.

BGH, 24. 01. 1979 – VIII ZR 16/78, *NJW* 1979, 758.

BGH 13.03.1979, KZR 23/77, *NJW* 1979, 1605, 1606.

BGH, 09. 10.1980, *BGHZ* 78, 216.

BGH, 23.01.1981, *NJW* 1981, 1439.

BGH, 02.06.1981, VI ZR 28/80, *NJW* 1981, 2184, 2185, *MDR* 1982, 46.

BGH, 07.05.1982 – V ZR 58/81, *BGHZ* 84, 36, *NJW* 1982, 1868.

BGH, 23.09.1982, VII ZR 183/80 ; *BGHZ* 85, 39 ; *NJW* 1983, 109, 110.

BGH, 22.09.1983, *BGHZ* 88, 240, 246.

BGH, 11.01.1984, VIII ARZ 13/83 , *BGHZ* 89, 316.

BGH, 19.01.1984, *NJW* 1984, 1175.

BGH, 19. 01. 1984 – VII ZR 220/82, *BGHZ* 89, 363.

BGH, 08.02.1984, *NJW* 1984, 1746.

BGH, 03.10.1984 – VIII ARZ 2/84, *BGHZ* 92, 213, 219, *NJW* 1985, 130.

BGH, 20.12.1984, *ZIP* 1985, 623, 624.

BGH, 09.04.1986 ; *BGHZ* 97, 304.

BGH 28. 04. 1986, II ZR 254/85, *NJW* 1986, 2944.

BGH, 10.07.1986 – III ZR 133/85, *BGHZ* 98, 174, 178, *NJW* 1986, 2563.

BGH, 14.12.1987, II ZR 166/87, *NJW* 1988, 902.

BGH, 08.06.1988, *NJW* 1988. 2597, 2599.

BGH, 08.12.1989, *BGH NJW* 1990, 975.

BGH, 31.05.1990, VII ZR 336/89, *BGHZ* 111, 308.

BGH, 10.07.1991 - VIII ZR 296/90, *BGHZ* 115, 123, NJW 1991, 2955.

BGH, 08. 11. 1991 – V ZR 260/90, *NJW* 1992, 899.

RG, 05. 04. 1992 – I 307/21 ; *RGZ* 104, 265.

BGH, 08.05.1992 – V ZR 95/91, *NJW* 1992, 899.

BGH, 05.03.1993, *BGH NJW* 1993, 1703.

BVerfG, 19.10.1993 - 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89; *BVerfGE* 89, 214 ; *NJW* 1994, 36.

BGH, 11. 01. 1995 – VIII ZR 82/94, *BGHZ* 128, 255, 257, *NJW* 1995, 1019.

BGH, 03.03.1995, *BGH NJW* 1995, 1549.

BGH 18.03.1996, II ZR 10/95, *NJW-RR* 1996, 869.

BGH, 20.06.1997 - Juni 1997, V ZR 39/96, *NJW* 1997, 2671 f.

BGH 21.04.1998; *BGHZ* 138, 321; *NJW* 1998, 1939.
OLG Koblenz 16.12.1998, 7 U 124/98, *NJW* 1999, 2904, *MDR* 1999, 537.
BGH, 26.02.1999 – V ZR 318/97, *NJW-RR* 1999, 927.
BGH, 27.01.2000 – IX ZR 198/98, NJW 2000, 1182, 1184.
BGH, 19.01.2001 - V ZR 437/99, *NJW* 2001, 1127.
BGH, 05. 10. 2001 – V ZR 237/00, *NJW* 2002, 429, 430f.
BGH, 14.05.2002 - XI ZR 50/01 ; *NJW* 2002, 2228.
OLG Oldenburg, 28.10.2002 ; *NJW-RR* 2003, 448.
BGH, 18.12.2002 – VIII ZR 123/02, *NJW-RR* 2003, 558.
BGH, 19. 02. 2003 – XII ZR 142/00, *NJW* 2003, 1860.
BGH, 11.03.2003 ; *BGHZ* 154, 146 ; *NJW* 2003, 1658
BGH, 30.04.2003, *BGH NJW* 2003, 2381.
BGH, 27.05.2003 – IX ZR 283/99 ; *WM* 2003, 1563, 1565.
BGH, 22.10.2003, *NJW* 2004, 58, 59.
BGH, 14. 07. 2004 – XII ZR 352/00, *NJW* 2004, 3553.
BGH, 21.11.2005, *NJW* 2006, 899.
BGH, 08.05.2008, *NJW-RR* 2008, 1052.
BAG, 22. 04. 2009 – 5 RZA 436/08, *MDR* 2009, 1117, *NZA* 2009, 837.
BGH,19.06.2013 - XII ZB 357/11 ; *NJW* 2013, 2961.
BGH 24. 01. 2014 –V ZR 249/12, *NJW* 2014, 1652.
BGH, 17. 06. 2015 – XII ZR 98/13, *NJW* 2015, 2648.

## §3- Références en langue anglaise

### A- Ouvrages généraux, traités et manuels

ANDREWS (N.), *Contract Law*, 2ème éd., Cambridge University Press, 2015.
ANSON (W. R.), *Principles of the English Law of Contract*, Oxford, Clerendon Press, 1879.
ANSON (W. R.), *Principles of the English law of contract and of Agency in its relation to contract*, 2nd American from 4th London Edition, Chicago : Callaghan and Company, 1887.
ATIYAH (P.S.), SMITH (S.A.), *Introduction to the Law of Contract*, 6th Ed., Clarendon Press - Oxford, 2005.
BEATSON (J.), BURROWS (A.), CARTWRIGHT, (J.) *Anson's Law of Contract*, 29ème éd., Oxford, 2010.

BERMAN (H. J.), *Law and Revolution : The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambrige, Mass. & London, England : Harvard University Press 1983.

BIRKS (M.), *Unjust Enrichment*, 2nd ed., Clarendon Law Series, 2005.

BRUNNER (C.), *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles. Exemption for Non-Performance in international Arbitration.* Kluwer Law international 2009.

BURROWS (A), *The law of Restitution*, 3rd ed., Oxford, 2011.

BURROWS (A.), (dir.), *English Private law*, 3rd Ed., Oxford, 2013.

CARTWRIGHT (J.), *Misrepresentation, Mistake and Non-disclosure*, 3rd ed, Sweet & Maxwell, 2012.

CARTWRIGHT (J.), *Contract Law, An Introduction to the Eglish Law of Contract for the Civil Lawyer,* 3rd ed., Bloomsbury, 2016.

CHEN-WISHART (M.), *Contract Law*, 5th ed., Oxford, 2015.

CHEN-WISHART (M), *Contract Law*, 6th ed., Oxford, 2018.

*Chitty on Contracts*, 27th ed. Sweet & Maxwell, 2004.

COLLINS (H.), *The Law of Contract*, 4th ed., LexisNexis UK, 2003.

COLOMBI CIACCHI (A.), WEATHERILL (S.), *Regulating Unfair Banking Practices in Europe : The Case of Personal Suretyships*, Oxford, 2010.

DUXBURY (R.), *Contract Law*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, 2011.

EISENBERG (M. A.), *Foundational principles of contract law*, Oxford, 2018.

ELLIOTT (W. F.), *Commentaries on the Law of Contracts*, vol. 1, The Bobbs-Merill Company, 1913.

EMANUEL (S. L.), *Contracts*, Aspen Publishers, 2006.

FURMSTON (M. P.), *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 16th Ed., Oxford, 2012.

FURMSTON (M.), TOLHURST (G.), *Contract Formation, Law and Practice,* 2nd ed., Oxford, 2016.

GOLDMAN (D. B.), *Globalisation and the Western Legal Tradition*, *Recurring Patterns of Law and Authority*, Cambridge University Press, 2007.

HALSON (R.), *Contract Law*, Pearson Education Limited, 2001.

HILL-SMITH (A.), *Consumer Credit : Law and Practice*, 2nd ed., Informa Law from Routledge, 2015.

HOLDSWORTH (W. S.), *History of the English Law,* Volume VIII, Methuem & Co. Ltd., 1925.

H. KÖTZ, *European Contract Law*, 2nd ed., translated from the German by Gill MERTENS and Tony WEIR, Oxford, 2017.

LEAKE (M.), *An elementary Digest of the Law of contracts*, Stevens and Sons, London, 1878.

LOWRY (J.), RAWLINGS (P.), MERKIN (R.), *Insurance Law, Doctrines and Principles*, 3rd ed., Hart Publishing, 2011.

MACDONALD EGGERS (P.), *Vitiation of Contractual Consent*, 1st ed., Informa Law from Routledge, 2017.

MAK (V.), *Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Hart publishing, 2009.

MARKESINIS (B.), UNBERATH (H.), JOHNSTON (A.), *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, 2nd ed., Hart publishing, 2006.

MCKENDRICK (E.), *Contract Law, Text, Cases, and Materials*, 5ème éd., Oxford, 2012.

MCKENDRICK (E.), *Contract Law*, Macmillan International Higher Education, 13th ed., 2019.

MURRAY (R.), *Contract Law, The Fundamentals*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, 2014.

PEEL (E.), TREITEL (G. H.), *The Law of Contract*, Thirteenth Edition, Sweet & Maxwell, 2011.

POOLE (J.), *Textbook on contract law,* 13ème éd., Oxford University Press, 2016.

RICHARDS (P.) *Law of Contract*, 8th ed., Pearson, 2007.

RICHARDS (P.), *Law of contract*, Pearson, 13th éd., 2017.

SIMPSON (A. W. B.), *A History of the Common Law of Contract, The Rise of the Action of Assumpsit*, Oxford University Press, 1975.

SMITH (S. A.), *Contract Theory*, Clarendon Law Series, 2004.

SMITH (K.), KEENAN (D. J.), *English Law*, 14th ed., Pearson Longman, 2004.

STEWART (A.), SWAIN (W.), FAIRWEATHER (K.), *Contract Law, Principles and Context*, Cambridge University Press, 2019.

STONE (R.), *The Modern Law of Contract*, 6th ed., 2005, Cavendish Publishing Limited.

STONE (R.), DEVENNEY (J.), *The Modern Law of Contract,* 12th ed., Routledge, 2017.

SWAIN (W.), *The Law of Contract, 1670-1870*, Cambridge, 2015.

TEEVAN (K. M.), *A History of the Anglo-American Law of Contract,* Greenwood Press, 1991.

TER HAAR (R.), *Remedies in Construction Law*, 2nd ed., Informa Law from Routledge, 2017.

THOMPSON (N.), *The Rights of Parties to Illegal Transactions*, The Federation Press, 1991.

TODD (P.), *Maritime Fraud and Piracy*, 2nd ed., Informa, 2003.

TREITEL (G. H.), *Frustration and Force Majeure,* 2nd ed., London, Sweet & Maxwell, 2004.

VIRGO (G.), *The Principles of the Law of Restitution,* 2nd ed., Oxford, 2006.

YORIO (E.), *Contract Enforcement, Specific Performance and Injunctions*, 2nd ed., updated by S. THEL, Wolters Kluwer, 2020.

ZWEIGERT (K.), KÖTZ (H.), *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., Oxford 1998.

### B- Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

ARMOUR (J.), BENNETT (H.), (dir.), *Vulnerable Transactions in Corporate Insolvency*, Oxford, 2003.

ATIYAH (P. S.), *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, 1979.

ATIYAH (P. S.), *Essays in Contract*, Clarendon Press, 1986.

BIRKS (P.), *Restitution : The Future*, The Federation Press, 1992.

BURROWS (A.), *A Restatement of the English Law of Contract,* Oxford, 2016.

CHEREDNYCHENKO (O. O.), *Fundamental Rights, Contract Law and the protection of the Weaker Party : A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, these, Sellier. European Law Publishers, 2007 ;

COOTE (B.), *Contract as Assumption, Essays on a Theme*, Oxford, Hart Publishing, 2010.

FRIED (C.), *Contract as promise, A Theory of Contractual Obligation*, Harvard University Press, 1981.

GRANVILLE MCELROY (R.), *Impossibility of Performance : A Treatise on the Law of Supervening Impossibility of Performance of Contract, Failure of Consideration, and Frustration*, Cambridge, 1941.

MACDONALD EGGERS (P.), *Vitiation of Contractual Consent*, 1st ed., Informa Law from Routledge, 2017.

### C- Articles, études, rapports et chroniques

BARNETT (R. E.), « Contract Is Not Promise ; Contract Is Consent », in *Philosophical Foundations of Contract Law*, (dir.) G. Klass, G. Letsas & P. Saprai, Oxford, 2014, p. 42 et s.

BURROWS (A.), « Illegality after Patel v Mirza », *Current Legal Problems*, Volume 70, Issue 1, 1 December 2017, p. 55 et s.

DIGWA-SINGH (S.), « The application of commercial impracticability under article 2-615 of the Uniform commercial code », in E. McKendrick (dir.), *Force majeure and Frustration of Contrat*, 2nd ed., Informa Law from Routledge, 1995, p. 305 et s.

FRIED (C.), « The Ambitions of Contract as Promise », in *Philosophical Foundations of Contract Law*, (dir.) G. Klass, G. Letsas & P. Saprai, Oxford, 2014, p. 17 et s.

FULLER (L.), « Consideration and Form », *Columbia Law Review*, vol. 41, n° 5, (mai 1941), p. 799 et s.

KAIN (B.), YOSHIDA (D.T.), « The doctrine of Public Policy in Canadian Contract Law », *Annual review of Civil Litigation*, 2007.

LEGRAND (P.), « European Legal Systems are not Converging », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996, p. 52 et s..
MONATERI (P. G.), « Black Gaius. A Quest for the Multicultural Origins of the « Western Legal Tradition », *Hastings Law Journal* 2000.479.
RAZ (J.), « Is There a Reason to Keep a Promise ? », in *Philosophical Foundations of Contract Law*, (dir.) G. Klass, G. Letsas & P. Saprai, Oxford, 2014, p. 58 et s.
RÜFNER (T.), « Excuse Due to an Impediment », in N. Jansen, R. Zimmermann (dir.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018, Art 8:108, p. 1164 et s.
SWADLING (W.), « The judicial construction of force majeure clauses », in E. McKendrick (dir.), *Force Majeure and Frustration of Contract*, 2nd ed., Informa Law from Routledge, 1995, p. 3 et s.
TOULSON (R.), « Illegality : Where are we now ? », *in Defences in Contract*, (dir.) A. Dyson, J. Goudkamp, F. Wilmot-Smith, p. 279.
WINFIELD (P. H.), « Public policy in the English Common Law », *Harvard law review*, vol. 42, n°1, 1928, p. 92 et s.

### D- Codifications supranationales, matériel législatif, projets de réforme

Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Munich, 2007 ; Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Contract II, General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services, Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Munich, 2009.

Study Group on a European Civil Code/ Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, Munich, 2009.

"The Law Revision Committee's sixth interim report", *The Modern Law Review*, 1937, vol.1, n° 2, p. 97 et s.

*Law Revision Committee sixth interim report : (statute of frauds and the doctrine of consideration)*, H.M.S.O., 1937, Cmd. n° 5449.

**E- Jurisprudence**

*Paradine v Jane* [1647] EWHC KB J5.
*Earl of Ardglasse v Muschamp* [1684] 23 Eng. Rep. 438, 1 Vern. 237.
*Everet v Williams* [1725] LQR 197.1893
*Walker v Perkins* [1764] 1 W Bl 517.
*Lowe v Peers* [1768] 4 Burr. 2225.
*Holman v Johnson* [1775] 1 Cowp 341, 98 ER 1120.
*Browning v Morris* [1778] 2 Cowp. 790.
*Jones v Barkley* [1781] 2 Dougl 648 ; 99 ER 434.
*Evans v Llewellin* [1787] 1 Cox 334.
*Morton v Lamb* [1797] 7 T.R. 125.
*Stilk v Myrick* [1809] EWHC KB J58, 170 ER 1168.
*Oom v Bruce* [1810] 12 East 225.
*Langton v Hughes* [1813] 1 M. & S. 593.
*Richardson v Mellish* [1824] 2 Bing. 229, 252
*Eastwood v Kenyon* [1840], 11 ad & E 438.
*Roscorla v Thomas* [1842] 3 QB 234.
*Thomas v Thomas* [1842] 2 QB 851.
*Robinson v Harman* [1848], 154 ER 363.
*Benyon v Nettlefold* [1850] 3 Mac & G 94.
*White v Bluett* [1853] 23 LJ Ex 36.
*Egerton v Brownlow* [1853] 4 H.L. Cas. 1.
*Hochster v De la Tour* [1853] 2 E&B 678.
*Boulton v Jones* [1857] 2 H & N 564.
*Taylor v Caldwell* [1863] EWHC QB J1.
*Kennedy v Brown* [1863] 13 C.B. 677. 740.
*Pearce v Brooks* [1866] LR 1 Exch 213.
*Dimmock v Hallett* [1866] LR 2 Ch App 21.
*Cowan v Milboun* [1867] L.R. 2 Ex. 230.
*Smith v Hughes* [1871] L.R. 6 QB.
*Currie v Misa* [1875] LR 10 Ex 153.
*The Medina* [1876] 2 PD 5.
*Hughes v Metropolitan Railway Co* [1877] 2 AC 439.

*Cundy v Lindsay* [1878], 3 App Cas 459.
*Besant v Wood* [1879] 12 Ch. D. 605.
*Redgrave v Hurd* [1881] 20 *CH.D.* 1.
*Société Générale de Paris v Milders* [1883] 49 L.T. 55.
*Edgington v Fitzmaurice* [1885] 29 Ch D 459.
*Nottingham Patent Brick & Tile Co v Butler* [1886] 16 QBD 778.
*Fry v Lane* [1888] 40 Ch D 312.
*Derry v Peek* [1889] 14 App. Cas. 337.
*The Moorcock* [1889] 14 PD 64.
*Mogul Steamship Co v McGregor, Grow &Co* [1892] AC 25.
*Carlill v Carbolic Smoke Ball Compagny* [1893] 1 QB 256.
*Glynn v Margetson* [1893] AC 351.
*Barclay v Pearson* [1893] 2 Ch. 154.
*King's Norton Metal Co v Edridge Merrett & Co Ltd* [1897] 14 *TLR* 98.
*De Lassalle v Guildford* [1901] 2 KB 215.
*Krell v Henry* [1903] 2 KB 740.
*Herne Bay Steam Boat Company v Hutton* [1903] 2 KB 683.
*Griffith v Brymer* [1903] 19 TLR 434.
*Hermann v Charlesworth* [1905] 2 KB 123.
*Bonnard v Dott* [1906] 1 Ch. 740.
*Osborne v Amalgamated Society of Railway Servants* [1910] AC 87.
*S Instone & Co Ltd v Speeding Marshall & Co Ltd* [1915] 32 TLR 202.
*Greenway Brothers Ltd v SF Jones and Co* [1915] 32 TLR 184.
*Tamplin SS co v Anglo-Mexican Petroleum Co* [1916] 2 AC 397, 406.
*Blockow Vaughan and Co v Compania Minera de Sierra Minera* [1916] 33 TLR 111.
*Horwood v Millar's Timber and Trading Co* [1917] 3 K.B. 305.
*Metropolitan Water Board v Dick Kerr and Co* [1918] AC 119.
*Bank Line v Artur Capel & Co* [1919] AC 435, 452
*Philips v Brooks* [1919] 2 KB 243.
*Attwood v Lamont* [1920] 3 KB 571, 578.
*W and S Pollock and Co v Macrae* [1922] UKHL 4.
*Parkinson v College of Ambulance Ltd* [1925] 2 KB 1.
*Foster v Driscoll* [1929] 1 KB 470.
*Hillas & Co Ltd v Arcos Ltd* [1932] 147 LT 503.

*Bell v Lever Brothers Ltd* [1932], AC 161.
*May & Butcher Ltd. v R*, [1934] 2 KB 17.
*Miles v Wakefield MDC* [1987] A.C. 539.
*Southern Foundries (1926) Ltd v Shirlaw* [1940] AC 701.
*Fibrosa Spolka Akcyjna v Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd* [1943] AC 32.
*Central London Property Ltd v High Trees House Ltd* [1947] KB 130.
*Nicholson & Venn v Smith-Marriott* [1947] 177 LT 189.
*Gaisberg v Storr* [1950] 1 KB 107, CA.
*Leaf v International Galleries* [1950] 2 KB 86.
*Errington v Errington* [1952] 1 KB 290.
*Trans Trust SPRL v Danubian Trading Co* [1952] 2 Q.B. 297.
*Braueur and Co Ltd James Clark (Brush Materials) Ltd* [1952] 2 All ER 497.
*Harrison & Jones v Burton & Lancaster* [1953] 1 QB 646.
*Marles v Philip Trant & Sons Ltd* [1954] 1 QB 29.
*Kasumu v Baba-Egbe* [1956] A.C. 539.
*Davis Contractors v Fareham Urban District Council* [1956] AC 696.
*Karsales v Wallis* [1956] 1 WLR 936.
*St John Shipping Corp v Rank Ltd* [1957] 1 QB 267.
*Brown Jenkinson & Co Ltd v Percy Dalton (London) Ldt* [1957] 2 QB 621.
*G. H. Renton & Co Ltd v Palmyra Trading Corporation of Panama* [1957] AC 149.
*Chappell and Company Limited and others v The Nestlé Company Limited and others* [1959] UKHL 1, [1960] AC 87.
*Kiriri Cotton Co Ltd v Dewani* [1960] AC 192, 204.
*Ingram v Little* [1961] 1 QB 31.
*Tsakiroglou v Noblee and Thorl* [1961] 2 All ER 179.
*Zamet v Hyman* [1961] 1 WLR 1442.
*Archbolds (Freightage) Ltd v S Spanglett Ltd* [*Archbolds (Freightage) Ltd v S Spanglett Ltd* [1961] 1 QB 374.
*Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* [1962] 2 QB 26 ; [1962] 1 All ER 474.
*JM Allan (Merchandising) Ltd v Cloke* [1963] 2 QB 340.
*Re Michelham's Will Trusts* [1964] Ch. 550, 2 All ER 188.
*Dick Bentley Productions Ltd v Harold Smith (Motors) Ltd* [1965] 1 *WLR* 623.
*Paynter v James* [1967] LR 2 CP 348.

*Enderby Town Football Club Ltd v The Football Association Ltd* [1971] Ch. 591, 606.
*Lewis v Averay* [1972] 1 QB 198.
*Ashmore & Co v Dawson Ltd* [1973] 1 WLR 828.
*Heron Garage Properties Ltd v Moss* [1974] 1 WLR 148.
*Lloyd's Bank v Bundy* [1975] QB 326.
*Crabb v Arun District Council* [1976] Ch 179.
*Wilson, Smithett and Cope Ltd v Terruzzi* [1976] 1 All ER 817.
*Daulia Ltd v Four Millbank Nominees Ltd* [1977] EWCA Civ 5.
*Liverpool City Council v Irwin* [1977] AC 239.
*Creswell v Potter* [1978] 1 WLR 225.
*Pao On v Lau Yiu Long* [1980] AC 614.
*Midland Bank Trust Ltd v Green* [1981] AC 513.
*Ketley (A) Ltd v Scott* [1981] ICR 241.
*Nordenfelt v Maxim Nordenfelt guns and Ammunition Co LTD* [1984] AC 535.
*Patel v Ali* [1984] 1 All ER 978.
*Ayres v Hazelgrove* [1984] non-publié.
*Cresswell v Board of Inland Revenue* [1984] I.C.R. 508.
*Bedford Ins Co Ltd v Instituto de Resseguros do Brazil* [1985] 1 Q.B. 966.
*Pioneer Concrete (UK) LTd v National Employers Mutual, etc.* [1985] 2 All E.R. 395.
*SCF Finance Co Ltd v Masri (No 2)* [1987] QB 1002, [1987] 1 All ER 175.
*Phoenix General Ins Co of Greece v Halvanon Ins Co Ltd* [1988] Q.B. 216.
*Lombard Tricity Finance Ltd v Paton* [1989] 1 All ER 918, 923.
*BCCI v Aboody* [1989] 2 WLR 759.
*Wiluszynski v Tower Hamlets LBC* [1989] I.C.R. 493.
*Lipkin Gorman v Karpnale Ltd* [1991] 2 AC 548.
*Williams v. Roffey Bros & Nicholls (Contractor)* [1991] 1 QB 1, [1990] 1 All ER 512.
*Graham v Pitkin* [1992] 1 WLR 403.
*CIBC Mortgages plc v Pitt* [1993] UKHL 7.
*Boustany v Pigott* [1995] 69 P & CR 298.
*Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth* [1995] UKHL 8.
*Mahoney v Purnell* [1996] 3 All ER 61.
*Armhouse Lee Ltd v Chappell* [1996] *The Times* 7 August.
*Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd* [1997] UKHL 17.
*Credit Lyonnais Bank Nederland NV v Burch* [1997] 1 All ER 144.

*O'Sullivan v Management Agency & Music Ltd* [1998] 3 All ER 876.
*Edmonds v Lawson* [2000] Q.B. 501.
*Portman Building Society v Dusangh*, [2000] Lloyd's Rep. Bank 197.
*Mohamed v Alaga and Co* [2000] 1 WLR 1815.
*Kazakhstan Wool Processors (Europe) Ltd v Nederlandsche Credietverzekering Maatschappij NV* [2000] C.L.C. 822.
*Kalsep Ltd. v X-Flow B.V.*, *The Times*, 3 mai 2001.
*China Offshore Oil (Singapore) International Pte Ltd v Giant Shipping Ltd ('The Posidon')* [2001] 1 Lloyd's Rep 697.
*Nash and others v Paragon Finance Plc (formerly The National Home Loans Corporation)* [2001] EWCA Civ 1466.
*Paragon Finance plc v Staunton* [2002] 2 All ER 248.
*Shogun Finance Ltd v Hudson* [2003] UKHL 62, [2004] 1 AC 919.
*Sutton v Mischon de Reya* [2004] 1 FLR 837.
*21st Century Logistic Solutions Ltd (In Liquidation) v Madysen Ltd* [2004] EWHC 231.
*RTS Flexible Systems LTD v Molerei Alois Müller GmbH & Co KG (UK Production)* [2010] UKSC 14, [2010] 1 WLR 753, [45].
*Gold Group Properties Limited v BDW Trading Limited (formerly known as Barratt Homes Limited)* [2010] EWHC 323.
*Islamic Republic of Iran Shipping Lines v Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd* [2010] EWCH 2661.
*Ashia Centur v Baker Gilette LLP* [2011] EWHC 148 (QB).
*North Shore Ventures Ltd v Anstead Holdings Inc* [2011] EWCA Civ 230.
*WestLB AG v Nomura Bank International* [2012] EWCA Civ 495.
*Braganza v BP Shipping Ltd* [2015] UKSC 17.
*Patel v Mirza* [2016] UKSC 42.

# INDEX ALPHABETIQUE

*Les numéros renvoient aux paragraphes*


## -A-

***Abstraktionsprinzip*** (all.) : 15.

**Abus**

- dans la fixation du prix : *v. Prix.*
- déséquilibre des positions contractuelles : 96, 111, 113, 122-125, 128-132, 151, 152, 160, 161, 191.
- lésion qualifiée : *v. Lésion.*

**Aléa**

- condition : 365.
- contrat aléatoire : 144, 191, 365.
- contrepartie : 144
- erreur : 191.

***Anticipatory breach*** (angl.) : 430, 442.

**Arbitre :** 80, 284**.**

***Arglistige Taüschung*** (all.) : 316.

## -B-

***Bedingung*** (all.) : 17, 68, 217, 342, 350, 351, 354, 357, 359.

**Bonne foi** : 82-86, 88, 89, 128, 132, 154, 182, 197, 199, 203, 206-209, 392, 433.

**Bonnes mœurs** : 148, 224, 231, 239.

**But**

- immédiat : *v. Cause, objective.*
- lointain : *v. Cause, subjective.*

## -C-

**Caducité** : 10, 217, 336, 374, 375, 406, 413, 415, 422-428.

**Cause**

- catégorique : 38, 44.
- efficiente/ finale : 4, 39.
- objective : 4-8, 24, 36-44, 100, 137.
- permanence : 10.
- subjective/ subjectivisation : 6-8, 39, 41, 42, 66, 292.

**Changement imprévisible des circonstances** : *v. Imprévision*

**Champ contractuel** : 7, 9, 10, 24, 40, 43, 45, 122, 220, 221, 223-241, 244-246, 255, 257, 271-273, 278-282, 286-288, 292, 293,

299, 301, 304, 313, 331, 332, 334, 341, 358, 365, 366, 417, 424, 425.

**Clause**

- abusive : 128, 129, 132.
- incohérente : 117-133.
- de *hardship* : 179.
- de réserve de propriété : 364.
- *mac* : 179.
- réputée non-écrite : 119, 121, 124, 125, 191, 351.

***Commercial impraticability*** (angl.) : 166, 180, 182.

**Condition**

- casuelle : 357.
- immixtion : 381, 390-395.
- impossible : 349-351.
- mixte : 357, 361, 378, 392.
- renonciation : 381-389.
- potestative : 357, 358, 360, 361.
- résolutoire : 10, 342, 350, 351, 354, 363, 381, 391, 393, 395-399, 401-405, 407, 408, 410.
- suspensive : 10, 289, 342, 350, 352, 353, 364, 374, 381, 387, 388, 391-393, 395, 396, 399-406, 408, 409.

***Condition*** (angl.)

- *concurrent* : 444.
- *precedent* : 14, 343, 347, 444.
- *subsequent* : 343, 350, 402, 407.

**Confirmation**

- condition : 353.
- contrat nul : 310, 311.

***Consideration*** (angl.)

- définition : 57, 58.
- caractères : 59, 60, 145, 146.
- *executed consideration/ executory consideration* : 60, 76.
- *failure of consideration* : 106, 107, 189, 261, 439.
- *illusory/ unreal* : 27, 112, 116, 117, 359.
- *nominal* : 31, 61.

**Contrat à titre onéreux :**

- contenu : 50, 51, 73.
- qualification : 38, 46, 49, 50.

**Contrat-cadre :** 94-96.

**Contrat de prestation de service :** 95, 136, 161.

**Contrepartie**

- cause objective : *v. Cause.*
- définition : 26, 45-51.
- dérisoire : 139-144.
- illusoire : 117, 134-136.
- réelle : 42, 134, 136, 137.

## -D-

***Deed*** (angl.) : 54.

**Délai**

- de réalisation de la condition : 379.
- de renonciation au bénéfice de la condition : 379, 386-389.

**Devoir d'information :** 318, 319, 322.

***Dissens*** (all.) :

- *offener* (apparent) : 68, 70, 71, 74.
- *Totaldissens* : 69, 74.
- *versteckter* (caché) : 70, 72, 74.

**Dol** :

- auteur : 321.
- caractère déterminant : 267, 313, 327-329.
- élément matériel : 316-320.
- élément intentionnel : 316, 322-324.
- erreur excusable : 267, 333, 334.
- par réticence : 318, 319, 320, 333.
- principal/ incident : 327.

**Dommages et intérêts** : 161, 193, 208-212, 256, 305, 324, 327, 400, 428, 436, 442.

**-E-**

**Equité**

- en droit allemand : 98.
- en droit anglais : 63, 112, 129, 147, 150, 153, 154, 164, 193, 201, 212, 213, 311.
- en droit français : 82, 83, 86.

**Erreur**

- excusable : 138, 267, 271, 306, 313, 331-334.
- provoquée : *v. Dol*
- sur la substance : 9. 273, 275, 291.
- sur la valeur : 267, 304, 318, 333.
- sur les motifs : 9, 16, 22, 269, 270, 272, 273, 285.
- sur les qualités essentielles : 16, 216, 218, 267-269, 273-285, 291, 293, 304, 305.

***Estoppel*** (angl.)

- *promissory estoppel* : 63.
- *proprietary estoppel* : 64.

**Exécution**

- en nature : 111, 112, 164, 165, 192-212.
- exécution onéreuse : 176-180.
- exécution excessivement onéreuse : *v. Imprévision*.

**-F-**

**Faute** : 207, 209, 212, 213, 222, 263, 287, 306, 312, 325, 333, 336, 355, 393, 400.

**Force majeure** : 170, 173, 190, 200, 421, 427.

***Forms of action*** (angl.) : 56, 60.

**Fraude**

- à la loi : 226, 227.
- aux droits des tiers/ paulienne : 233.

***Frustration*** (angl.) :

- effets : 163, 184, 185, 188, 189, 428.
- notion : 13, 112, 166, 167, 170, 177, 180, 182, 298, 339, 413, 416, 417.
- *of purpose* : 339, 413, 416, 417, 418, 428.
- répartition contractuelle des risques : 168, 172, 414, 421, 423, 426.

***Fundamental breach*** (angl.) : 130, 131.

**-G-**

***Geschäftsgrundlage*** (all.) :

- *Äquivalenzstörung* : 113, 164, 166, 180, 181, 182, 183, 186, 187, 419.
- effets : 186, 187, 428.
- *gemeinsamer Irrtum* : 269, 273, 277, 278, 293.
- notion : 17, 168, 170, 200, 203, 216, 269, 419.
- répartition contractuelle des risques : 168, 170, 298.
- *Zweckstörung* : 419, 420, 428.

***Gute Sitten*** (all.) : 230, 232.

**-H-**

***Hardship*** (angl.) : 182, 191, 199. 202, 204, 205.

***Hauptpunkte*** (all.) : 67.

***Hypothetischer Parteiwille*** (all.) : 72 ,89.

**-I-**

**Impossibilité** :

- condition : *v. ce mot.*
- exécution en nature : 193, 196.

**Imprévision**

- exécution excessivement onéreuse : 10, 111-113, 166, 168, 173-176, 181-184.
- force majeure : *v. ce mot.*
- *Frustration* : *v. ce mot.*
- imprévisibilité : 170.
- troubles du fondement du contrat : *v. Geschäftsgrundlage*.

**Indice** : 71, 92, 96.

**Inexécution**

- exception d'inexécution : 429-434.
- grave : 413, 430-436, 440, 441, 443.

**Inexistence :** 100-103.

**Intention**

- contractuelle : 30, 31, 64, 93, 130, 134, 281.
- frauduleuse : 268, 285, 316, 322, 324, 325.
- libérale : 5, 22, 32, 33, 38, 47-51.
- onéreuse : 50, 51.

***Intent to create legal relation*** (angl.). : 12.

***Intuitu personae*** : 284.

***Irrtum*** (all.) :

- *gemeinsamer Irrtum* : *v. Geschäftsgrundlage*.
- *Geschäftsirrtum* : 16.
- *Inhaltsirrtum* : 269.
- *Motivirrtum* : 16.

**-J-**

**Juste** : 161, 229, 325

**Justice :** 7, 20, 56, 59, 60, 104, 136, 148, 161, 186, 251, 253, 310, 436, 437, 439.

**-L-**

**Lésion**

- qualifiée : 28, 107, 140, 147, 149-152, 154-156, 159-161.
- simple : 111.

**Loi**

- impérative : 225.
- interdiction légale : 224-229, 234, 251, 253, 257, 258, 263, 264.
- fraude à la loi : *v. Fraude.*

**-M-**

***Mistake*** (angl.)

- *as to identity* : 285.
- *as to quality of subject matter* : 268, 275.
- *common mistake* : 273, 298, 312.
- distinction : 268.
- *fundamental* : 268, 282, 312.

***Misrepresentation*** (angl.)

- *fraudulent* : 324, 334.
- *inducement* : 329.
- *innocent* : 268, 325, 330, 334.
- *material* : 330.
- *negligent* : 268, 325, 334, 330.

**Motif :**

- erreur : *v. ce mot.*
- illicites : 13, 216, 222-227.
- indifférence : 5, 11, 19, 23, 269, 287.
- intégration : *v. Champ contractuel*
- mobile : 1, 2.
- personnels : 40, 42, 43, 220, 332.

**-N-**

***Nebenpunkte*** (all.) : 67, 74.

***Nichtigkeit*** (all.) : 104, 105, 252.

**Nullité**

- absence de contrepartie :104-107.
- absolue : 100, 160, 251, 311.
- de la condition : 350, 351, 355, 357, 358.
- erreur : 310, 311, 312, 313, 335.
- illicéité du but : 247, 249-253, 255-257, 262, 263.
- lesion qualifiée : 160, 161.
- relative : 160, 310, 335.

**-O-**

***Offenbarungspflicht*** (all.) : 319.

**Ordre public** : 8, 13, 216, 220, 222, 224, 371, 374, 375, 389, 414.

**-P-**

***Preisklauseln*** (all.) : 80.

**Prix**

- abus : 96, 97, 165.
- fixation unilatérale : 94-98.

**-R-**

**Réserves de volonté** : 359.

**Résolution** : 289, 339, 407, 413, 421, 429-431, 435-439, 441, 443.

***Reasonableness*** (angl.) : 80, 128, 282.

**Restitutions**

- Droit allemand : 15, 105, 161, 222, 247, 260, 262, 264.
- Droit anglais : 106, 107, 161, 189, 222, 254, 258, 260, 261, 264.
- Droit français : 100, 105, 161, 222, 260, 263, 264.

***Rewards*** (angl.) : v. *Unilateral contract*

**-S-**

***Severance*** (angl.) : 351.

***Specific performance*** (angl.) : 112, 164, 193, 198, 201, 203, 205, 212.

***Statutory prohibition*** (angl.) : 13, 216, 224, 225, 253.

**Stipulation expresse** : 286-289, 291-294.

**-T-**

**Terme** : 68, 347, 353, 355, 359, 363, 364.

***Termination*** (angl.) : 167, 185, 188, 406, 431, 435, 437, 438, 439, 441, 442.

***Terms*** (angl.)
- express : 86, 87.
- implied: 86, 87, 91, 97, 298.
- intermediate : 438.

***Test*** (angl.) :
- *business efficacy test* : 87.
- *officious bystander test* : 87.

***Trennungsprinzip*** (all.) : 15.

***Treu und Glauben*** (all.) : 392.

**-U-**

***Unenforceable*** (angl.) : 56, 249, 253-255, 258, 351.
***Ungerechtfertigte Bereicherung*** (all.) : 105.

***Unilateral contract*** (angl.) : 58.

***Unjust enrichment*** (angl.) : 105.

***Unmöglichkeit*** (all.) : 193.

**-V-**

***Verfügungsgeschäft*** (all.) : 15.

***Verpflichtungsgeschäft*** (all.) : 15.

***Vertragstreue*** (all.) : 16.

**Violence par abus de dépendance** : 140, 150, 151, 154, 158-161.

***Vitiating factors*** (angl.) : 13, 112.

***Void*** (angl.) : 77, 100, 104, 105, 107, 135, 253, 254, 294, 311, 312, 335, 351.

***Voidable*** (angl.) : 160, 311, 312, 335.

**-W-**

***Warranty*** (angl.) : 438.

***Writ*** (angl.) : 58.

***Wücher*** (all.) : 151, 153, 154.

# TABLE DES MATIERES

**INTRODUCTION ..... 1**

**PARTIE I – L'INTEGRATION MINIMALE DES MOTIFS PAR LA CONTREPARTIE ..... 31**

**TITRE 1 – L'EXIGENCE D'UNE CONTREPARTIE ..... 35**

CHAPITRE 1 – LES FONDEMENTS DE L'EXIGENCE D'UNE CONTREPARTIE ..... 37

***Section 1 – L'exigence expresse d'une justification de l'engagement en droits français et anglais***. 38

§1- La substitution de la contrepartie à la cause en droit français ..... 38

**A- Les fonctions de l'ancienne cause objective** ..... 40

*1. La cause catégorique* ..... 40

*2. La cause condition de validité du contrat* ..... 42

**B- La contrepartie comme condition de validité du contrat** ..... 48

*1. La notion de contrepartie* ..... 49

*2. La qualification du contrat à titre onéreux par référence à la contrepartie* ..... 54

a. La mise en œuvre du critère de la contrepartie ..... 55

b. Le fondement du critère de la contrepartie ..... 57

§2- L'exigence d'une *consideration* en droit anglais ..... 57

**A- La fonction traditionnelle de la *consideration*** ..... 59

*1. Les contrats obligatoires en raison de leur forme* ..... 59

*2. La* consideration *comme critère de la force obligatoire des* bargains ..... 60

a. La reconnaissance des contrats synallagmatiques ..... 61

b. Vers la reconnaissance de tout type de contrat à titre onéreux ..... 69

**B- L'*estoppel* comme remède aux insuffisances de la *consideration*** ..... 73

***Section 2 – L'exigence d'un accord suffisant pour la formation du contrat en droit allemand*** ..... 77

§1- La non-formation du contrat en l'absence d'accord sur un élément essentiel ..... 78

**A- Le *Dissens* portant sur les éléments essentiels du contrat** ..... 80

**B- Le *Dissens* portant sur les éléments secondaires du contrat** ..... 81

*1. Le Dissens apparent* ..... 81

*2. Le Dissens caché* ..... 82

§2- L'application des règles du *Dissens* à la contrepartie ..... 84

CHAPITRE 2 – LE REGIME DE L'INTEGRATION DE LA CONTREPARTIE ..... 87

***Section 1 – L'exigence d'une contrepartie a minima déterminable*** ..... 88

§1- Les techniques de détermination de la contrepartie ..... 89

**A- Les procédés exprès de détermination de la contrepartie** ..... 90
**B- Les procédés tacites de détermination de la contrepartie** ..... 91
*1. L'identification de stipulations raisonnables* ..... 91
a. Les obligations d'après la bonne foi ou l'équité en droit français ..... 92
b. Les *implied terms in fact* du droit anglais ..... 95
c. L'interprétation complétive du droit allemand ..... 97
*2. L'application de dispositions supplétives de volonté* ..... 100
§2- La problématique de la fixation unilatérale du prix ..... 101
**A- La fixation unilatérale du prix en droit français** ..... 101
**B- La fixation unilatérale du prix en droits anglais et allemand** ..... 108
***Section 2 – Les effets de l'indétermination de la contrepartie*** ..... 110
§1- Le rejet de la sanction de l'inexistence ..... 111
§2- La sanction de la nullité du contrat ..... 113

**TITRE 2 – L'INSUFFISANCE DE LA CONTREPARTIE ..... 123**
CHAPITRE 1 – L'INSUFFISANCE DE LA CONTREPARTIE A LA FORMATION DU CONTRAT ..... 129
***Section 1 – La sanction de la contrepartie illusoire*** ..... 130
§1- La contrepartie contredite par les clauses du contrat ..... 131
**A- La suppression générale des clauses incohérentes en droit français** ..... 133
**B- La sanction spéciale des clauses incohérentes avec la contrepartie en droits anglais et allemand** ..... 139
*1. Le fondement de l'interprétation du contrat en droit anglais* ..... 140
*2. Le fondement du § 307 (2) du BGB en droit allemand* ..... 146
§2- La contrepartie contredite par des éléments de fait ..... 148
**A- La sanction de l'inconsistance de l'avantage prévu** ..... 149
**B- L'inopportunité de la sanction de l'inutilité du contrat sur le fondement de la contrepartie** 151
***Section 2 – La sanction de la contrepartie gravement disproportionnée*** ..... 153
§1- La contrepartie dérisoire ..... 154
**A- La sanction de la contrepartie dérisoire en droit français** ..... 155
**B- L'exigence d'une *consideration* d'une certaine valeur en droit anglais** ..... 159
**C- Le déséquilibre grave contraire aux bonnes mœurs en droit allemand** ..... 161
§2- La sanction de la lésion qualifiée ..... 163
**A- Les conditions de la sanction de la lésion qualifiée** ..... 165
*1. L'élément subjectif : le déséquilibre des positions contractuelles des parties* ..... 165
*2. L'élément objectif : le déséquilibre grave du contrat* ..... 170
**B- La nature de la sanction de la lésion qualifiée** ..... 175

CHAPITRE 2 – L'INSUFFISANCE DE LA CONTREPARTIE EN COURS D'EXECUTION DU CONTRAT ..... 183
***Section 1 – L'insuffisance de la contrepartie résultant d'un changement imprévisible des circonstances*** ..... 186
§1- Les conditions de la prise en compte de l'insuffisance de la contrepartie ..... 187
**A- Le déséquilibre causé par un changement imprévisible des circonstances** ..... 188
*1. La notion d'imprévisibilité* ..... 189
*2. La non-imputabilité des conséquences de l'événement imprévisible au débiteur* ..... 192
**B- La gravité du déséquilibre** ..... 193
*1. L'indifférence du simple déséquilibre* ..... 194
a. La prise en charge par les parties du risque d'exécution plus onéreuse ..... 194
b. La dérogation à la répartition tacite du risque d'exécution plus onéreuse ..... 196
*2. La prise en compte du déséquilibre excessif* ..... 197
a. La notion de déséquilibre ..... 198
b. Le caractère excessif du déséquilibre ..... 200
§2- Les effets de l'insuffisance de la contrepartie ..... 203
**A- La remise en cause du contrat** ..... 204
*1. La possible adaptation du contrat en droits français et allemand* ..... 204
*2. La* termination *du contrat en droit anglais* ..... 206
**B- L'exclusion contractuelle de l'application des institutions relatives à l'imprévision** ..... 207
***Section 2 – L'insuffisance de la contrepartie en cas d'exécution en nature disproportionnée*** ..... 209
§1- La notion d'exécution en nature disproportionnée ..... 210
**A- Les causes de la disproportion de l'exécution en nature** ..... 211
*1. L'exécution imparfaite par le débiteur de sa prestation* ..... 211
*2. La disproportion de l'exécution en raison d'un changement de circonstances* ..... 214
**B- Le critère de la disproportion de l'exécution** ..... 216
§2- Le régime du refus de l'exécution en nature disproportionnée ..... 221
**A- Le critère de la bonne foi du débiteur** ..... 221
**B- La mise en œuvre du refus du remède de l'exécution en nature** ..... 223
*1. La limitation du montant des dommages et intérêts* ..... 224
*2. La question de l'exclusion contractuelle du refus de l'exécution en nature* ..... 228

**PARTIE II – L'INTEGRATION APPROFONDIE DES MOTIFS PAR LA SANCTION DE L'INUTILITE DU CONTRAT ..... 235**

**TITRE 1 – LA SANCTION DE L'INUTILITE DU CONTRAT A SA FORMATION ..... 239**

CHAPITRE 1 – L'IMPOSSIBILITE JURIDIQUE DE SATISFACTION DES MOTIFS ..... 241

***Section 1 – La caractérisation de l'impossibilité juridique de satisfaction des motifs*** ..... 242

§1- La notion de motifs illicites ..... 243

**A- Les motifs contrevenant à une interdiction légale** ..... 244

**B- Les motifs contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs** ..... 247

*1. Définition des concepts d'ordre public et de bonnes mœurs* ..... 248

*2. Les motifs inadmissibles sur le fondement de l'ordre public ou des bonnes mœurs* ..... 250

§2- Les critères de la prise en compte des motifs illicites ..... 256

**A- Le nécessaire rattachement des motifs illicites au champ contractuel** ..... 256

**B- Les critères de rattachement du motif illicite au champ contractuel** ..... 258

*1. Le rejet du critère de la connaissance du motif par le cocontractant* ..... 259

*2. Les critères déterminant de rattachement du motif illicite au champ contractuel* ..... 261

a. Le contenu du contrat ..... 262

b. Les circonstances de la conclusion du contrat ..... 265

***Section 2 – La sanction de l'impossibilité juridique de satisfaction des motifs*** ..... 266

§1- L'invalidité du contrat ..... 267

**A- La négation de la force obligatoire du contrat** ..... 268

*1. La nullité en droits français et allemand* ..... 268

*2. L'*unenforceability *du contrat en droit anglais* ..... 270

**B- L'exception résultant de l'analyse de la norme méconnue** ..... 272

§2- Le traitement des restitutions ..... 275

CHAPITRE 2 – L'IMPOSSIBILITE MATERIELLE DE SATISFACTION DES MOTIFS ..... 283

***Section 1 – L'erreur spontanée sur les motifs*** ..... 287

§1- L'exigence d'une erreur portant sur des motifs intégrés au champ contractuel ..... 288

**A- La prise en compte des motifs sur le fondement de l'erreur** ..... 288

*1. Les qualités essentielles de la personne ou de la prestation* ..... 290

*2. La distinction des qualités essentielles et des simples motifs* ..... 291

**B- La condition de l'intégration des motifs dans le contrat** ..... 294

*1. L'intégration tacite des motifs dans le contrat* ..... 295

a. Les qualités essentielles de la prestation tacitement convenues ..... 296

b. Les qualités essentielles de la personne tacitement convenues ..... 300

*2. L'intégration expresse des motifs dans le contrat* ..... 304

a. Les motifs intégrés par une stipulation expresse ..... 304

b. Les autres procédés d'intégration expresse des motifs ..... 308
§2- L'exigence de l'absence de prise en charge du risque d'erreur par l'*errans* ..... 314
**A- L'analyse en termes de répartition contractuelle du risque d'erreur** ..... 315
**B- Les modalités de la répartition contractuelle du risque d'erreur** ..... 318
*1. Les éléments permettant d'établir la répartition du risque d'erreur* ..... 319
a. L'objet de l'erreur ..... 319
b. La nature du contrat ..... 321
c. Le manquement au devoir de se renseigner ..... 322
*2. Les conséquences de l'absence de charge de risque d'erreur sur l'*errans ..... 324
***Section 2 – L'erreur provoquée sur les motifs*** ..... 328
§1- L'intégration du motif dans le champ contractuel résultant du caractère provoqué de l'erreur ... 329
**A- Le comportement d'une partie à l'origine de l'erreur** ..... 329
*1. L'erreur provoquée par des comportements dolosifs* ..... 330
a. L'élément matériel du dol ..... 330
b. L'élément intentionnel ..... 335
*2. Les autres comportements provoquant une erreur en droit anglais* ..... 337
**B- Le caractère déterminant de l'erreur** ..... 338
§2- La répartition spéciale du risque d'erreur provoquée ..... 341

**TITRE 2 – LA SANCTION DE L'INUTILITE DU CONTRAT EN COURS D'EXECUTION ..... 349**
CHAPITRE 1 – L'IMPOSSIBILITE DES MOTIFS EXPRESSEMENT INTEGREE PAR UNE CONDITION ..... 353
***Section 1 – La notion de condition*** ..... 355
§1- L'objet de la condition ..... 356
**A- Le caractère futur et incertain de l'événement visé par la condition** ..... 357
*1. L'existence d'un événement de réalisation éventuelle* ..... 358
a. Le rejet des conditions impossibles ..... 359
b. Le rejet des conditions portant sur des événements passés ..... 361
*2. L'appréciation objective de l'incertitude de l'événement* ..... 363
**B- L'extériorité de l'événement visé par la condition** ..... 366
*1. L'extériorité de l'événement au consentement* ..... 366
a. Le sens de la prohibition des conditions potestatives ..... 367
b. La portée de la prohibition des conditions potestatives ..... 370
*2. L'extériorité de l'événement à la contrepartie* ..... 371
a. La distinction de la condition et des modalités intrinsèques d'exécution de la contreprestation .... 371
b. La distinction de la condition et de l'aléa en tant qu'objet de la contrepartie ..... 373
§2- La fonction de la condition ..... 374
**A- La dérogation par la condition à la répartition tacite d'un risque prévisible** ..... 375

*1. L'existence d'un risque prévisible* ... 376
*2. La modification de la charge du risque* ... 377
**B- L'exigence du caractère exprès de la condition** ... 377
*1. La formulation de la condition* ... 378
a. La subordination expresse de l'exécution du contrat à un événement déterminé ... 378
b. La subordination tacite de l'exécution du contrat à un événement incertain ... 379
*2. Les difficultés rédactionnelles des conditions* ... 383
a. La précision de la condition ... 383
b. La cohérence de la condition ... 385
***Section 2 – Le régime de la condition*** ... 385
§1- Les critères de la mise en œuvre de la condition ... 386
**A- L'absence de renonciation à la condition** ... 387
*1. Le titulaire de la faculté de renoncer à la condition* ... 388
*2. Le délai de renonciation à la condition* ... 390
**B- L'absence d'immixtion dans le jeu de la condition** ... 393
*1. Le devoir de ne pas s'immiscer dans le jeu de la condition* ... 394
*2. Les conséquences de l'immixtion du bénéficiaire dans le jeu de la condition* ... 397
§2- Les effets de la condition ... 397
**A- Les effets de la condition pendant la période d'incertitude** ... 399
*1. La distinction des effets suivant la nature de la condition* ... 399
a. La suspension des obligations en cas de condition suspensive ... 399
b. L'exécution des obligations en cas de condition résolutoire ... 402
*2. La fin de la période d'incertitude* ... 403
**B- Les effets de la condition à la levée de l'incertitude** ... 403
*1. La remise en cause du contrat en cas d'insatisfaction des motifs* ... 404
a. La défaillance de la condition suspensive ... 404
b. La réalisation de la condition résolutoire ... 405
*2. La stabilisation des engagements en cas de satisfaction des motifs* ... 406
CHAPITRE 2 – L'IMPOSSIBILITE DES MOTIFS TACITEMENT INTEGREE AU CONTRAT ... 411
***Section 1 – L'impossibilité des motifs résultant d'un événement imprévisible*** ... 412
§1- Le fondement des institutions relatives à l'imprévision en droits anglais et allemand ... 413
**A- La *frustration of purpose* du droit anglais** ... 414
**B- L'application du § 313 du BGB au *Zweckstörung* en droit allemand** ... 416
§2- Le fondement de la caducité du contrat en droit français ... 419
**A- Les conditions de l'application de la caducité** ... 421
*1. L'atteinte aux éléments essentiels du contrat* ... 422
*2. L'absence de prise en charge du risque de disparition d'un élément essentiel* ... 423

**B- Les effets de la caducité du contrat** ... 425
***Section 2 – L'impossibilité des motifs résultant d'une inexécution grave*** ... 426
§1- La satisfaction des motifs compromise par une inexécution avérée ... 428
**A- Le possible refus d'exécution du contractant victime de l'inexécution grave** ... 428
**B- La possible résolution du contrat pour inexécution grave** ... 432
*1. Les conditions de l'anéantissement du contrat* ... 432
*2. Les effets de l'anéantissement du contrat* ... 435
§2- La satisfaction des motifs compromise par une menace d'inexécution ... 437

**CONCLUSION GENERALE ... 443**

**BIBLIOGRAPHIE ... 449**
§1- Références en langue française ... 449
A- Ouvrages généraux, traités et manuels ... 449
B- Ouvrages spéciaux, thèses et monographies ... 451
C- Articles, études, rapports et chroniques ... 454
D- Codes, Dictionnaires, encyclopédies, répertoires ... 460
E- Codifications supranationales, matériel législatif, projets de réforme ... 461
F- Jurisprudence ... 462
§2- Références en langue allemande ... 472
A- Ouvrages généraux, traités et manuels ... 472
B- Ouvrages spéciaux, thèses et monographies ... 473
C- Etudes, articles et *Kommentare* ... 473
D- Jurisprudence ... 474
§3- Références en langue anglaise ... 476
A- Ouvrages généraux, traités et manuels ... 476
B- Ouvrages spéciaux, thèses et monographies ... 479
C- Articles, études, rapports et chroniques ... 479
D- Codifications supranationales, matériel législatif, projets de réforme ... 480
E- Jurisprudence ... 481

**INDEX ALPHABETIQUE ... 487**

**TABLE DES MATIERES ... 495**

## Les motifs du contrat à titre onéreux,
## Étude comparative des droits français, anglais et allemand

Renvoyant aux raisons de la conclusion du contrat, les motifs contractuels sont classiquement appréhendés de façon négative en droit français : la règle est celle de leur indifférence, sauf en matière du contrôle de la licéité de l'acte, pour lequel il est traditionnellement enseigné que les motifs des parties sont admis de façon illimitée. Le caractère essentiel des motifs dans le phénomène contractuel s'accorde mal avec ce rejet de principe. Une analyse comparative des solutions concrètes retenues en droits français, anglais et allemand permet non seulement de contester le principe de l'indifférence des motifs mais, en outre, de révéler de substantielles lignes de convergence dans le traitement des motifs contractuels. En effet, les droits français, anglais et allemand se rejoignent très largement, tant sur le plan de la politique juridique fondant la prise en compte des motifs que sur le régime de cette dernière. Aussi, la question des motifs est d'abord inévitable au regard de l'exigence unitaire d'une justification de l'engagement, laquelle consiste en un intérêt minimal au contrat à titre onéreux. Techniquement, l'intégration d'une contrepartie est ainsi nécessaire et les droits étudiés intègrent des institutions permettant de s'assurer de l'intérêt suffisant qu'elle représente. Ensuite, au-delà de cette nécessaire intégration d'un motif minimal, les droits étudiés font dépendre le sort du contrat de la possibilité de satisfaire l'utilité qu'il poursuit, telle qu'elle est définie par l'ensemble des motifs qui y sont tacitement ou expressément intégrés. L'impossibilité de satisfaction des motifs des parties, au moment de la formation du contrat ou de son exécution, est en effet de nature à conduire à la remise en cause de l'acte, sous réserve qu'elle ne constitue pas un risque devant être supporté par celui dont les attentes sont déçues. L'étude des motifs contractuels en droits comparés français, anglais et allemand conduit au dépassement des oppositions dogmatiques traditionnelles – concernant notamment les débats autour de la notion de cause – et offre un éclairage nouveau des règles retenues en droit interne.

**Mots clés :** but ; cause ; champ contractuel ; condition ; contrat ; contrepartie ; erreur ; fondement du contrat ; illicéité ; impossibilité ; imprévision ; inexécution ; motifs ; répartition contractuelle des risques.

## Motives of onerous contract,
## Comparative study of French, English and German laws

Referring to the reasons for the conclusion of a contract, contractual motives are classically viewed in a negative way in French law : they are indifferent in principle, except in matters of control of the legality of the act, for which it is traditionally taught that motives of the parties are admitted without limitation. The essential aspect of motives in the contractual phenomenon does not fit well with this rejection of principle. A comparative analysis of the concrete solutions adopted in French, English and German laws not only makes it possible to challenge the principle of indifference of motives but, in addition, reveals substantial lines of convergence in the treatment of the question of contractual motives. Indeed, French, English and German laws meet, both in terms of legal policy at the basis of taking motives into account, and of the regime of this consideration. Also, the issue of motives is, first, inevitable with regard to the unitary requirement of a justification of engagement, which consists of a minimum interest in an onerous contract. Technically, the integration of a counterparty is thus necessary, and the laws studied include institutions making it possible to ensure the sufficiency of the interest that it represents. Beyond this necessary integration of a minimal motive, every law studied makes the fate of the contract dependent on the possibility of satisfying the utility which it pursues, as defined by all the motives tacitly or expressly integrated into it. The impossibility of motives at the formation of the contract or its execution is thus likely to lead to its contestation, provided that it does not constitute a risk to be supported by the one whose expectations are disappointed. The study of contractual motives in French, English and German comparative law leads to overcoming the traditional dogmatic oppositions - in particular centered on debates around the notion of cause - and offers a whole new perspective on the rules adopted in national law.

**Keywords :** breach of contrat ; cause ; condition ; contract ; contractual allocation of risks ; contractual scope ; counterpart ; foundation of the contract ; illegallity ; impossibility ; mistake ; motive ; purpose ; unforseeability.

---

Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine (EA 4191 IRDAP).
Université de Bordeaux – 16 avenue Léon Duguit – CS 50057 – 33608 Pessac cedex.