THESE DE DOCTORAT

NNT : 2021UPASH017

université PARIS-SACLAY

Les procédures contractuelles

Contractual procedures

Thèse de doctorat de l'université Paris-Saclay

École doctorale n° 630 : (DEM) – Droit Économie Management

Spécialité de doctorat : Droit privé et sciences criminelles

Graduate School : Droit. Référent : Faculté de droit, économie et gestion

Thèse préparée dans l'unité de recherche : Université Paris-Saclay, Institut droit éthique patrimoine, 92330, Sceaux, France. Sous la direction d'**Yves-Marie SERINET**, Professeur à l'université Paris-Saclay

Thèse soutenue à Paris-Saclay, le 15 décembre 2021, par

Salim DIABATÉ

Composition du Jury

M. Paul GROSSER Professeur, Université de Paris-Est Créteil	Président
Mme Marion COTTET Professeur, Université de Bretagne Occidentale	Rapporteur & Examinatrice
Mme Caroline PELLETIER Professeur, CY Cergy Paris Université	Rapporteur & Examinatrice
M. Xavier BOUCOBZA Professeur, Université Paris-Saclay	Examinateur
M. Yves-Marie SERINET Professeur, Université Paris-Saclay	Directeur de thèse

École doctorale n°630 : (DEM) – Droit Économie Management

Titre : Les procédures contractuelles

Mots clés : contractualisation, processus, procédure, processualisation, contractuel, procéduralisation

Résumé : La pratique contractuelle est marquée par l'émergence et le développement de mécanismes recourant aux techniques et règles procédurales pour organiser la relation entre les contractants. À mi-chemin entre le contrat et la procédure, les procédures contractuelles sont celles qui déterminent dans le contrat les étapes successives qui doivent être accomplies par les parties dans les conditions ou circonstances définies préalablement par les normes créatrices. Elles traduisent à la fois une forme de contractualisation de la procédure mais aussi de procéduralisation du contrat. Leur étude invite à revoir la notion même de contrat et à l'élaboration d'un régime juridique adapté à ces dispositifs contractuels. Le contrat n'est plus seulement un instrument d'échange instantané de biens et de services. Il a un contenu divers et varié qui intègre d'autres normes que les seuls droits substantiels et obligations des parties. Les clauses instituant des procédures dans les rapports contractuels constituent une illustration de cette diversification du contenu contractuel. Prévues dans le contrat, les procédures contractuelles ne s'analysent ni en termes d'obligation au sens strict ni en termes de devoir juridique imposé aux contractants. Elles constituent des normes non obligationnelles créant des incombances à la charge des parties. L'importance de leur rôle dans la régulation des rapports contractuels implique de les doter d'un régime propre à assurer leur efficacité notamment sur le plan des sanctions applicables à leur méconnaissance. La qualification d'incombance s'inscrit dans cette logique.

Title : Contractual procedures

Keywords : processualisation, contractual, procedure, contractualization, procéduralisation, process

Abstract : Contractual practice is marked by the emergence and development of mechanisms using techniques and procedural rules to organize the relationship between contractors. Halfway between the contract and the procedure, the contractual procedures are those which determine in the contract the successive stages which need to be completed by the parties under the conditions or circumstances previously defined by the creative norms. They reflect both a form of contractualisation of the procedure but also the proceduralisation of the contract. Their study calls for a review of the very concept of contract and the development of a legal regime adapted to these contractual arrangements. The contract is no longer just an instrument for the instant exchange of goods and services. It has a diverse and varied content that incorporates standards other than the only substantive rights and obligations of the parties. The clauses establishing procedures in contractual relations are an illustration of this diversification of contractual content. The contractual procedures provided for in the contract are not analysed either in terms of obligations in the strict sense or in terms of the legal duty imposed on the contractors. They are "non-obligational" standards that create "incumbence" for the parties. The importance of their role in regulating contractual relations means that they must be provided with a system to ensure their effectiveness, in particular in terms of the penalties applicable to their breach. The qualification of "incumbence" is part of this logic.

REMERCIEMENTS

À mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Yves-Marie SERINET pour sa disponibilité et ses précieux conseils tout au long de la rédaction de cette thèse. Qu'il trouve ici l'expression de ma profonde gratitude.

À mes parents, proches et amis pour leur soutien.

À mes collègues doctorants et docteurs de l'IDEP.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJ	Actualités jurisprudentielles
AJC	Actualité juridique, contrat
AJCA	Actualité juridique, contrats d'affaires
AJDA	Actualité juridique, droit administratif
AJDI	Actualité juridique, droit immobilier
APD	Archives de philosophie du droit
al.	alinéa
art.	article
BJS	Bulletin Joly Sociétés
Bull. Joly	Bulletin Joly
Bull. civ.	Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CCC	Contrats, concurrence et consommation
Chron.	Chronique
Comm.	Commentaire
Coll.	Collection
Concl.	Conclusions
Comp.	Comparer
Contra	en sens contraire
CPC	Code de procédure civile
D.	Recueil Dalloz
Defrénois	Répertoire général du notariat Defrénois
dir.	Direction
doctr.	Doctrine
Dr. et pratr.	Droit et patrimoine
Dr. soc.	Revue droit social
Dr. sociétés	Revue droit des sociétés
Droits	Revue Droits
éd.	Edition
ex.	Exemple
fasc.	Fascicule

GAJC	Les grands arrêts de la jurisprudence civile (Dalloz)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
ibid.	*ibidem*, au même endroit
in	dans
infra	ci-dessous
IR	Informations rapides
IRJS	Institut de recherche juridique de la Sorbonne
Jcl.	Jurisclasseur
JCP G.	Juris-classeur périodique, édition Générale
JCP E.	Juris-classeur périodique, édition Entreprise
JCP N.	Juris-classeur périodique, édition Notariale
JDI	Journal de droit international
Jur.	jurisprudence
L.	Loi
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
loc. cit.	*loco citato*, à l'endroit cité
LPA	Les petites affiches
Mél.	Mélanges
n°	numéro
not.	notamment
obs.	observations
op. cit.	*opere citate*, références déjà citée
p.	page
préc.	précité(e)
préf.	préface
PUAM	Presse universitaire d'Aix-Marseille
PUF	Presse universitaire de France
PUSST	Presse de l'université des sciences sociales de Toulouse
Rappr.	à rapprocher de
RCA	Responsabilité civile et assurance
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RDC	Revue de droit des contrats
RDI	Revue de droit immobilier
rééd.	Réédition
Rép. min.	Réponse ministérielle
Rép. civ.	Répertoire civile (Dalloz)
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. crit.	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. jur. com.	Revue de jurisprudence commerciale
Rev. loyers	Revue des loyers
RD aff. int.	Revue de droit des affaires internationales
RGAT	Revue générale des assurances terrestres
RGDA	Revue générale du droit des assurances
RIDC	Revue international de droit comparé
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RLDC	Revue Lamy de droit civil
RRJ	Revue de la recherche juridique
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil

RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Sirey
s.	suivants
somm.	sommaire
spéc.	spécialement
supra	ci-dessus
t.	tome
TGI	Tribunal de grande instance
Trad.	Traduction
Trib.	Tribunal
V.	Voir
V°	*Verbo*, mot
Vol.	Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE I

LA NOTION DE PROCÉDURES CONTRACTUELLES

TITRE I. Le contrat : source des procédures contractuelles

Chapitre I. L'existence de l'accord instituant une procédure

Chapitre II. Les spécificités des procédures contractuelles

TITRE II. Les procédures : objet de l'accord des parties

Chapitre I. Typologie des procédures contractuelles

Chapitre II. Nature juridique des procédures contractuelles

PARTIE II

LE RÉGIME DES PROCÉDURES CONTRACTUELLES

TITRE I. Le régime applicable *de lege lata*

Chapitre I. Le régime substantiel

Chapitre II. Le régime procédural

TITRE I. Le régime applicable *de lege feranda*

Chapitre I. La prise en compte des spécificités des procédures contractuelles

Chapitre II. La réorientation des sanctions vers l'efficacité des procédures contractuelles

CONCLUSION GÉNÉRALE

INTRODUCTION

1. - La conception du contrat qui a prévalu chez les rédacteurs du Code civil de 1804, à savoir un instrument d'échange instantané de biens ou de services, est aujourd'hui dépassée[1]. Le contrat est devenu est une opération de plus en plus complexe qui s'inscrit dans la durée. En témoigne le développement de nouvelles figures contractuelles[2] mises en lumière par la doctrine comme le contrat-cadre[3], le contrat de situation[4], le contrat-coopération[5], le contrat-organisation[6], le contrat-alliance[7], le contrat relationnel[8]. Cette évolution se traduit aussi par la diversification du contenu des opérations envisagées par les parties. En effet, l'objet du contrat ne se résume pas à l'appréhension d'une obligation au sens d'un rapport entre un créancier et un débiteur. S'il est principalement le vecteur d'une opération marchande, l'accord de volontés peut porter sur des mécanismes qui ne sont pas tendus vers la recherche de profit. L'avènement des procédures contractuelles dans la pratique du même nom s'inscrit dans cette logique.

De prime abord, l'évocation de l'expression « procédures contractuelles » suscite une certaine curiosité tant le langage juridique renvoie communément le contrat au registre d'une opération économique. Pourtant, l'existence de normes instituant des procédures en droit des

---

[1] L. CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », *in Le droit contemporain des contrats*, L. CADIET (dir.), G. CORNU (préf.), Économica, 1987, spéc. n° 2, p. 8, qui affirme que le contrat « n'est plus celui qu'il était hier, en 1804 » ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997, p. 357, spéc. n° 6, qui observe que le contrat est devenu « une figure plus complexe, plus mouvante aussi, plus vivante et sensible à toutes sortes de variations, qu'elles soient externes comme celles de la loi applicable dans le temps ou internes comme les changements de situation de l'une des parties » ; R. LIBCHABER, *Le contrat au XXI^e siècle. L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, LGDJ Lextenso 2020, n° 1, p. 9, qui souligne qu' « en deux siècles, les pratiques contractuelles ont tellement évolué qu'elles ne sont plus en accord avec les conceptions qui avaient cours chez les rédacteurs de 1804 ».

[2] V. déjà en ce sens, M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », *in* Mélanges G. MARTY, PUSST 1978, p. 235.

[3] A. SAYAG (dir.), *Le contrat cadre*, t. 2, *La distribution*, CREDA, Litec 1995 ; J. GATSI, *Le contrat-cadre*, préf. M. BEHAR-TOUCHAIS, LGDJ 1996 ; F. POLLAUD-DULIAN et A. RONZANO, « Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes », RTD com. 1996, p. 179 ; C. LAVABRE, « Eléments de la problématique du contrat cadre », RJDA 2002, p. 603 ; N. DISSAUX, « Les mystères du contrat cadre », AJC 2017, p. 104.

[4] M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », *in* Mélanges G. MARTY, USST 1978, p. 235 et s. ; D. MAINGUY, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », *in* Mélanges M. CABRILLAC, Dalloz-Litec, 1999, p. 165 et s.

[5] S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. BRENNER, Economica 2012.

[6] P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », *in L'avenir du droit, Mélanges* F. TERRÉ, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 635 et s.

[7] [7] J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, préf. N. MOLFESSIS, Economica 2012.

[8] C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, préf. M. FABRE-MAGNAN, PUAM 2005 ; Y.-M. LAITHIER, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », D. 2006, chron., p. 1003 et s.

contrats ne fait guère de doute. On pense notamment aux procédures prévues par la loi[9]. Il existe de nombreuses hypothèses en effet où le législateur impose le respect d'un processus. C'est le cas de la procédure légale de licenciement[10], de la procédure de mise en œuvre de l'assurance dommage-ouvrage[11], de la procédure de résiliation du contrat d'assurance pour non-paiement de prime [12] ou encore du mécanisme d'interpellation interrogatoire nouvellement introduit par la réforme du droit des contrats[13]. À côté de ces dispositions légales, la jurisprudence tend à imposer dans certains cas le respect d'exigences procédurales dans les rapports contractuels. Elle considère, par exemple, que l'exclusion d'un associé[14] ou la révocation d'un dirigeant[15] doit être effectuée dans le cadre d'une procédure garantissant les droits de la défense de la personne visée par la mesure. Enfin, c'est surtout dans la pratique contractuelle qu'on observe une tendance au développement de mécanismes procéduraux. Les procédures de fixation du prix, les procédures de renégociation du contrat, les procédures de conciliation, les procédures d'établissement du décompte définitif, les procédures d'agrément, les procédures de résolution du contrat constituent les principales manifestations de l'engouement des contractants pour ces mécanismes. Le vocabulaire utilisé par les rédacteurs de contrats est symptomatique de cette volonté de recourir aux dispositifs procéduraux. Ainsi, trouve-t-on, par exemple, dans certains contrats des stipulations régissant la « communication » entre parties contractantes [16] , celles régissant des conditions de « recevabilité » des réclamations [17] ou encore des clauses imposant l'accomplissement de diligences « sur requête » d'une partie[18]. Les termes employés évoquent incontestablement les règles procédurales.

2. - Au-delà des mots, l'observation tant du droit positif que de la pratique contractuelle témoigne de l'émergence sinon d'une progression constante d'outils et mécanismes de procédure dans les rapports contractuels. Cependant, si cette réalité est moins discutable, l'intitulé « procédures contractuelles » interroge. Que recouvre cette notion ? S'agit-il de l'« un de ces détestables mots qui ont plus de valeur que de sens, qui chantent plus qu'ils ne parlent[19] » ? Le moins que l'on puisse dire est que la notion de « procédures contractuelles »

---

[9] N. BALAT, « Les règles instituant des processus en droit des contrats : observations sur le "formalisme méthodique" », *in* Mélanges en l'honneur du professeur B. TEYSSIÉ, LexisNexis 2019, p. 895 et s.
[10] C. trav., art. L. 1232-2 et s.
[11] C. assur., art. L. 242-1. Sur cette question, v. not. J.-P. KARILA, « Expertise judiciaire et expertise contractuelle dans le cadre de la police "dommage ouvrage" », Gaz. Pal. 1984, 2, doct., p. 441 ; H. GROUTEL, « La mise en œuvre de l'assurance des dommages à l'ouvrage », RCA 1998, chron. n°1.
[12] C. assur., art. L. 113-3.
[13] V. not., X. LAGARDE, « Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires », D. 2017, p. 715 ; H. CROZE, « Une vision procédurale de la réforme des obligations », Procédures 2016, n° 4, Étude 3 ; E. JEULAND, « Les actions interrogatoires en question », JCP G 2016, 737 ; L. MAYER, « Défense des actions interrogatoires introduites par la réforme du droit des contrats », Gaz. Pal. 29 nov. 2016, p. 47.
[14] Cass. com., 3 mars 1969, Bull. civ. IV, n° 79.
[15] Cass. com., 26 avr. 1994 ; Rev. sociétés 1994, p. 725, note D. COHEN ; Bull. Joly 1994. 831, note P. LE CANNU ; RTD com. 1994, p. 736, obs. B. PETIT et Y. REINHARD ; Cass. com., 3 janv. 1996, Bull. Joly 1996, § 133, p. 388, note B. SAINTOURENS ; Cass. com., 24 févr. 1998, Bull. Joly 1998, § 169, p. 527, note C. PRIETO.
[16] V. par ex., Normes AFNOR P 03-001, art. 6. Ces normes constituent un modèle de contrat pré-rédigé que les parties peuvent adopter auquel cas, elles ont une valeur contractuelle (Cass. 3e civ., 16 juin 2009, n° 08-16.738).
[17] V. par ex., CGV applicables aux prestations courrier-colis de La poste, art. 6. 1.2
[18] Normes AFNOR P 03-001, art. 15.3.1.
[19] P. VALÉRY, *Regards sur le monde actuel*, réed., BoD 2018, p. 41.

n'est pas suffisamment prise en compte par la jurisprudence et la doctrine alors que paradoxalement ces dispositifs tendent à se généraliser[20]. Ce constat corrobore l'idée d'une évolution contractuelle où les partenaires économiques ne se satisfont plus des procédés que leur offre la théorie classique des obligations. L'analyse de la nouvelle physionomie contractuelle dans laquelle prennent place les procédures du même nom suppose une définition des termes du sujet dans un objectif de délimitation de l'objet de l'étude.

3. - Le terme « procédure » vient du verbe « procéder » lui-même dérivant du latin *procedere* qui veut dire « aller en avant » ou « agir de telle manière, selon telle méthode, dans tel but »[21]. Dans un sens courant, la procédure est définie comme une « manière de procéder pour aboutir à un résultat »[22], une « manière de procéder juridiquement ; [une] série de formalités qui doivent être remplies ». Cette définition est proche de celle qui est donnée au terme « processus » considéré comme « un ensemble de phénomène se déroulant dans le même ordre », une « façon de procéder » ou encore comme une « suite ordonnée d'opérations aboutissant à un résultat »[23]. Dans le cadre de la présente étude, l'emploi du mot « processus » doit être compris dans ce sens. Plus précisément, le processus sera tenu pour équivalent de la procédure en ce qu'il renvoie à un enchaînement ordonné d'actes et de formalités en vue d'un résultat.

Chez les philosophes, la procédure est définie comme l'« ensemble des règles qui doivent être nécessairement suivies pour la revendication de certains droits ou le règlement de certaines situations juridiques »[24]. Le sens courant et philosophique du terme est intéressant en ce qu'il est révélateur de l'essence même et de la finalité de la procédure. Celle-ci n'est pas simplement une façon de procéder, elle traduit la conduite à tenir dans une situation précise dans la perspective d'un résultat déterminé. La manière de procéder, les opérations successives qui doivent être accomplies sont elles-mêmes finalisées, elles sont tendues vers un objectif, un but[25]. En d'autres termes, elles ont une fonction à l'aune de laquelle leur existence et leur mise en œuvre s'apprécient. Cette conception de la procédure s'accommoderait bien de l'existence de procédures non affiliées au procès, spécialement dans les rapports contractuels.

4. - En revanche, sur le plan juridique, une telle acception de la notion de « procédure » ne peut se faire qu'au prix d'une certaine clarification. Le terme « procédure » y est défini tantôt comme une « branche de la science du droit ayant pour objet de déterminer les règles d'organisation judiciaire, de compétence, d'instruction des procès et d'exécution des décisions de justice et englobent la procédure administrative, civile et pénale », tantôt comme l' « ensemble des règles gouvernant un type de procès », enfin comme l' « ensemble des actes

[20] Sur la typologie des procédures contractuelles, v. *infra,* n° 192 et s.
[21] Le Petit Robert, v° Procédure.
[22] Le Petit Larousse illustré retient une définition similaire : « Manière de procéder ; marche à suivre pour obtenir un résultat ».
[23] Le Petit Robert, v° « Processus ». Sur l'assimilation des notions de procédure et de processus en droit processuel, v. E. JEULAND, *Droit processuel général*, 4e éd., LGDJ Lextenso, 2018, n° 57.
[24] Dictionnaire de philosophie, v° Procédure.
[25] V. en ce sens, J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON et M.-A. RISON-ROCHE, « L'office de la procédure », *in Le juge entre deux millénaires*, *in* Mélanges offertes à P. DRAI, Dalloz 2000, p. 253 et s., spéc. n° 5, p. 254, qui rappellent que « la procédure reste un simple instrument, qui ne prend son sens que par le service qu'elle rend ».

successivement accomplis pour parvenir à une décision »[26]. À lire ces définitions, la procédure apparaît comme un élément consubstantiel au procès, rivé à l'élaboration d'une décision judiciaire[27]. L'analyse de l'évolution sémantique de ce terme tend à corroborer la thèse d'une filiation entre la procédure et le procès[28]. Le lien de parenté ainsi établi entre les deux[29] rendait difficile toute tentative de recherche d'une émancipation de la procédure du procès. Mais dès la moitié du vingtième siècle, les réflexions menées par la doctrine administrativiste ont dénoncé cette identification de la procédure au procès[30]. Des études menées plus tard ont mis en lumière une conception de la procédure débarrassée du prisme contentieux[31].

En droit privé, la doctrine est restée dans premier temps peu prolixe sur la question même si certains auteurs consacraient quelques développements intéressants[32]. Et pourtant, il y avait matière à débats, du moins si l'on devait partir du postulat qu' « à une situation juridique substantielle se superpose une situation procédurale »[33] et qu' « il y a une procédure chaque fois qu'une action humaine est entreprise pour réaliser un ou plusieurs actes ayant des effets juridiques »[34]. Valable pour les procédures judiciaires, cette affirmation vaut également pour les procédures forgées en dehors de tout contentieux. C'est ainsi que des études relativement récentes ont fini par admettre l'idée d'une procédure sans jugement sur le modèle de la procédure administrative non contentieuse[35]. Ces tentatives de systématisation restent néanmoins exclusivement focalisées sur l'étude de la régularité sinon de la légitimité d'un acte unilatéral et font peu de cas des processus conduisant à l'élaboration des actes bilatéraux. Or la doctrine, sur la base du constat d'une procéduralisation croissante du droit, a été amenée à faire évoluer la définition de la procédure qui amorce son aptitude à s'insérer

[26] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13e éd., PUF, 2020, v° « Procédure ».
[27] V. déjà POTHIER, *Traité de la procédure civile*, 1778, p. 1, qui définit la procédure dans son article préliminaire comme « la forme dans laquelle on doit intenter les demandes en justice, y défendre, intervenir, instruire, juger se pouvoir contre les jugements et les exécuter ».
[28] Sur cette question, v. E. LAFUMA, *Des procédures internes, Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ 2008, spéc. n° 4 et s. et les références citées.
[29] V. par ex., M.-A. FRISON-ROCHE, « La procédure injuste », *in De l'injuste au juste*, M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES (dir.), Dalloz 1987, p. 77 et s., spéc. p. 86 : « La procédure se conçoit par rapport au juge, s'organise autour de lui parce qu'il est le tiers désintéressé par lequel la justice se définit ».
[30] G. LANGROD, « Procédure administrative et droit administratif », Rev. dr. public 1948, p. 549 ; J.-M. AUBY, « La procédure administrative non contentieuse », D. 1956, chron. p. 27.
[31] V. par ex., G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, préf. O. DUPEYROUX, Paris, LGDJ 1968 ; C. WIENER, *Vers une codification de la procédure administrative*, préf. R. ODENT, PUF 1975 ; A. R. BREWER-CARIAS, *Les principes de la procédure administrative non contentieuse : étude de droit comparé (France, Espagne, Amérique latine)*, préf. F. MODERNE, Economica 1992 ; B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, préf. C. DEBOUY, LGDJ 1993.
[32] V. par ex., G. ROUHETTE, « L'ordre juridique processuel : réflexions sur le droit du procès », *in* Mélanges P. RAYNAUD, Dalloz 1985, p. 687 et s., spéc. p. 689 ; A.-M. FRISON-ROCHE, « Vers le droit processuel économique », Rev. justice 1995, n° 1, p. 104-105.
[33] H. MOTULSKY, *Droit processuel*, Montchrestien 1973, p. 145.
[34] H. CROZE, « Une autre idée de la procédure », *in* Mélanges A. DECOCQ, Litec 2004, p. 129, n° 4 p. 130.
[35] R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ 1996, spéc. 377, p. 314 ; P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du pouvoir en droit privé des rapports contractuels*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ 2004, n° 342, p. 249 ; E. LAFUMA, th. préc., spéc., n° 12 et s., p. 9 et s., qui montre l'existence d'une procédure sans procès en droit du travail.

dans une sphère contractuelle[36]. Ainsi, pour certains auteurs, le respect d'un processus s'impose dès lors qu'il est question de porter atteinte à un droit fondamental d'une personne et cela, peu important que l'on se trouve ou non dans un cadre processuel[37]. On peut en déduire que « l'office de la procédure » ne s'oppose pas à l'existence de procédures émancipées du carcan judiciaire dans les rapports contractuels[38]. Ce qui est attesté par le développement des clauses prévoyant une procédure de résolution des différends[39].

5. - Il reste néanmoins que l'existence de procédures entre parties contractantes n'est pas toujours le résultat d'une volonté expresse de ces dernières. D'où la nécessité de définir l'autre terme du sujet afin de délimiter son périmètre. L'adjectif « contractuel » ici adjoint aux procédures objet de la présente étude est dérivé du latin *contractus* (contrat, pacte) et désigne « ce qui résulte d'un contrat » ou « plus généralement [ce] qui se rattache aux contrats » et qu'il ne faut « pas confondre avec consensuel »[40]. C'est le deuxième sens qui sera retenu dans le cadre de cette étude. Encore faut-il s'entendre sur la notion même de contrat[41] ? Or on sait que la question ne fait pas l'objet d'un consensus au sein de la doctrine. Sans rentrer dans les débats portant sur sa définition, on peut mettre l'accent sur les critères distinctifs, c'est-à-dire les éléments sur lesquels la majorité des auteurs semble s'accorder pour identifier le contrat. Le premier critère est lié à la formation de l'acte. Celle-ci résulte d'un accord de volontés. Le second concerne l'effet de l'acte, le caractère obligatoire de cet accord. De sorte qu'il y a contrat lorsqu'il y a rencontre de volontés sur quelque chose et que cet accord est doté d'un effet juridique[42]. Dès lors, si le contrat est généralement analysé dans sa fonction principale

[36] J. NORMAND, « Procédure », *in Dictionnaire de la justice*, L. CADIET (dir.), PUF, 2004, p. 1053, qui définit la procédure comme « la progression vers un but déterminé, le processus selon lequel certaines décisions doivent être prises, certaines opérations doivent être conduites ».

[37] V. par ex., F. SUDRE, « Le droit à un procès équitable "hors les juridictions ordinaires" », *in* Mélanges J. DUBOUIS, Dalloz 2002, p. 205, spéc. n° 3, p. 206, qui met en exergue la tendance à l'extension du champ du droit à un procès équitable se traduisant par « *une extension à des procédures non-juridictionnelles des garanties requises d'un "tribunal"* ». *Adde*, L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », BICC n° 636 du 15 mars 2006, spéc. n° 16 : « ce qui vaut pour le procès vaut plus largement pour toutes les procédures susceptibles d'affecter les intérêts d'une personne ».

[38] J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON et M.-A. RISON-ROCHE, « L'office de la procédure », art. préc., spéc. n° 45 et 46 qui affirment que « des conceptions renouvelées de la justice conduisent à admettre le principe de procédure sans jugement » et ajoutent que « tous les modes alternatifs de règlement des litiges supposent que soient mises en place des procédures qui n'ont plus à subir la perspective du jugement mais qui ont leur utilité par leur propre capacité à rapprocher les parties pour produire un accord, dont la réalisation suppose précisément que leur litige ne soit pas tranché ».

[39] V. par ex., Y. DESDEVISES, « Modes alternatifs de règlement des litiges », *in* Justices n° 5, 1995, p. 345 ; G. CORNU, « Les modes alternatifs de règlement des conflits, rapport de synthèse » *in* Actes du Colloque de Damas, RIDC. 1997, 2, réed. *in L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, p. 187 et s. ; A. CORNEVAUX, « Les modes alternatifs de règlement des litiges », LPA, 26 juin 1998, n° 76, p. 51 ; L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », J.-Cl. Proc. civ. 2016, fasc. 500-95.

[40] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Contractuel ».

[41] V. J. GHESTIN, « La notion de contrat », D. 1990, p. 147.

[42] J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat, t. 1, Le contrat - Le consentement*, 4e éd., LGDJ 2013, n° 38, p. 30 : « Le contrat est généralement défini comme un accord de volontés en vue de produire des effets de droit ».

d'échange par la création d'obligations, on lui reconnait aussi d'autres fonctions qui n'impliquent pas nécessairement une opération marchande[43].

L'étude entreprise permettra de démontrer qu'au-delà des obligations qu'il crée, le contrat peut avoir pour objet des exigences procédurales. Ces procédures contractuelles peuvent se définir comme des mécanismes, voulus ou imposés aux parties, destinés à mettre en place des processus (notification, forme, délai, échange, rencontre, discussion) suivant lesquels des décisions, des opérations ou encore des actes doivent être élaborés. Il y a bien procédure puisque la mise en œuvre des mécanismes en cause implique le respect d'étapes successives imposées aux contractants « pour réaliser un ou plusieurs actes ayant des effets juridiques »[44]. Les actes et formalités composant ces étapes successives rappellent immanquablement les diligences requises des plaideurs dans le procès. Car ils présentent les éléments caractéristiques du concept de diligence : ils ont un objet spécifique, leur mise en œuvre est inscrite dans le temps (délai déterminé ou déterminable selon les cas) et enfin, leur respect s'impose pour se prévaloir d'un droit, d'un avantage juridique ou pour se prémunir contre la survenance de conséquences juridiques défavorables[45]. En outre, ils sont contractuels en ce qu'ils se rattachent à un contrat de par leur source ou leur raison d'être[46]. Par ailleurs, il faut prendre en considération la diversité des mécanismes concernés. D'où la qualification de procédures contractuelles au pluriel.

6. - Pour les besoins de l'étude, l'expression « procédures contractuelles » sera employée dans le même sens que celle de « procédures conventionnelles ». En effet, si contrat et convention se distinguent théoriquement, les deux termes sont généralement tenus pour synonymes[47]. Dans tous les cas, il s'agit de désigner les mécanismes procéduraux s'agrégeant

---

[43] V. par ex., J. GHESTIN, art. préc., spéc. II., B., 2, *in fine* : « Sans perdre de vue l'importance de l'échange économique dans la théorie générale du contrat, il semble donc préférable de ne pas en faire l'un des critères du contrat et de s'en tenir à son mode de formation : l'accord des volontés » ; P. ANCEL, art. préc., *passim*.

[44] H. CROZE, « Une autre idée de la procédure », *in* Mélanges A. DECOCQ, Litec 2004, p. 129, spéc., n° 4, p. 130 : « Il y a procédure chaque fois qu'une action humaine est entreprise pour réaliser un ou plusieurs actes ayant des effets juridiques ».

[45] Comp., L. BOYER et H. ROLAND, « À propos du défaut de diligence », *in* Mélanges J. VINCENT, Dalloz 1981, p. 7 et s., spéc. p. 11, pour qui les trois critères du concept de diligences procédurales sont : « la spécificité de l'activité, son orientation personnelle, le temps imparti pour l'accomplir ».

[46] Rappr., T. REVET, « La clause légale », *in* Mélanges M. CABRILLAC, Dalloz-Litec 1999, p. 277 et s., spéc. n° 13, p. 293, selon l'auteur, « même si l'intégralité […] des termes de l'accord est arrêtée par la puissance publique, la volonté des parties conserve un rôle dans l'accès de la clause légale au statut de stipulation contractuelle ; et la logique contractuelle est loin d'être méconnue par la technique considérée » ; J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », *in La nouvelle crise du contrat*, C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Dalloz 2003, p. 99 et s., spéc. p. 104 : « Que leur source soit légale ou judiciaire, leur nature est néanmoins contractuelle puisqu'elles ont pour effet de créer une dette et une créance supplémentaire en s'incarnant dans le lien obligatoire existant entre les parties contractantes » ; *Contra*, F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1994, spéc. n° 469, p. 287-288 ; J. LÉAUTÉ, « Les contrats-types », RTD civ. 1953, p. 429, spéc. n° 50 ; G. CHANTEPIE, « De la nature contractuelle des contrats-types », RDC 2009, p. 1233, spéc. p. 1241 et s.

[47] V. par ex., F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil - Contrats, Théorie générale*, PUF, 2014, n° 1 b, qui soulignent que si en droit romain les deux termes n'avaient pas la même signification (la convention n'avait pas un caractère formaliste et n'avait en principe d'effet juridique quand le contrat était solennel), le droit moderne a fini par généraliser les conventions en leur donnant le nom de contrats en sorte que les deux notions se confondent ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4e éd. 2013, n° 40, qui jugent la distinction entre contrat et convention inutile. Rappr. S. LEQUETTE, « La notion de contrat », RTD civ. 2018, p. 541, spéc. n° 5 : « À considérer la convention, et à supposer qu'elle

à un accord de volontés mais dont l'origine peut être légale ou jurisprudentielle. Pour cette raison, on les appellera de façon globale les normes instituant des procédures dans les rapports contractuels. Dans la même veine, les clauses prévoyant le respect d'étapes successives (de formalités inscrites dans une chronologie) seront désignées comme étant des « clauses procédurales » dans toute la mesure où elles instituent une véritable procédure[48] dans le contrat. Cette expression est préférable à celle de « clauses processuelles » qui renvoie aux dispositifs conventionnels régissant la manière de régler les litiges qui pourraient naître relativement au rapport d'obligation qui se noue entre les parties[49]. Le domaine des clauses procédurales est beaucoup plus large et ne se limite pas à la frange contentieuse des relations contractuelles. Néanmoins, dans la mesure où elles prévoient un processus, les clauses processuelles apparaît comme une espèce de procédures contractuelles ayant pour objet le règlement des litiges.

7. - Cette précision étant faite, il convient de ne pas confondre les dispositifs objet de la présente étude et « la procédure contractuelle ». Cette dernière correspond à la « procédure qui engendre la norme contractuelle »[50] c'est-à-dire au processus selon lequel se réalise l'opération de conclusion du contrat (la rencontre des volontés)[51]. La procédure contractuelle (au singulier) se distingue des procédures contractuelles (au pluriel) en ce que les secondes constituent le résultat de la première. Dans les deux cas, on peut les analyser en termes de condition de validité ou du moins de condition préalable à l'élaboration d'un acte. Néanmoins, cette problématique est davantage de l'essence même de la procédure contractuelle entendue comme processus de formation du contrat caractérisé par l'échange de consentements[52]. Si l'existence de « procédures contractuelles » est fréquemment mise en

---

subsiste comme le genre dont relève le contrat, elle n'a plus qu'une existence autonome résiduelle dont on peine à percevoir l'intérêt ».

[48] En ce sens, v. H. BARBIER, « À sanction procédurale, clause procédurale ! Précisions sur le contenu de la clause de conciliation », RTD civ. 2014, p. 655.

[49] En ce sens, v. D. MAZEAUD, « Le rayonnement des clauses processuelles », D. 2014, p. 121, l'auteur utilise l'expression « clauses processuelles » pour désigner à la fois les clauses attributives de compétence et les clauses d'arbitrage tout en précisant « qu'elle n'est guère parée des atours de la rigueur scientifique » ; M. DE FONTMICHEL, « L'équilibre contractuel des clauses relatives aux litiges », JCP G 2019, doctr. 583, spéc. n° 5.

[50] H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », APD, Paris, Sirey 1940, p. 33 et s., spéc. 37-46 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « La découverte des "piliers du droit" : le contrat et la responsabilité, Introduction », *in Les transformations de la régulation juridique*, J. CLAM et G. MARTIN (dir.), LGDJ Coll. Droit et Société 1998, p. 279 et s., spéc. p. 282, qui définit le contrat comme « un objet élaboré au cours et par une procédure ». *Adde*, J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat, t. 1*, *op. cit.*, spéc. n° 211 ; G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris 1965, spéc. § 91, p. 344 et s. ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Kelsen et la théorie générale du contrat *», in Actualité de Kelsen en France*, C. M. HERRERA (dir.), Paris LGDJ, coll. La pensée juridique, 2001, p. 109 et s., spéc. n° 2 ; C. AUBERT DE VINCELLES, « Le processus de conclusion du contrat », *in Pour une réforme du droit des contrats*, F. TERRE (dir.), Dalloz 2008, p. 119.

[51] S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, « Le système juridique français à l'ère de la contractualisation. Synthèse générale », *in La contractualisation de la production normative*, S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), Dalloz 2008, p. 3 et s., spéc. n° 86 et s., ces auteurs envisagent la procédure contractuelle comme « un processus de création de droit par la rencontre de volontés ». *Adde*, O. DESHAYES (dir.), *L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats*, PUF 2008.

[52] Comp., pour l'utilisation de l'expression « procédures contractuelles » (au pluriel) par renvoi au processus de conclusion du contrat, Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », *in* Mélanges offerts à P. DIDIER, Economica 2008, p. 247 et s., spéc. n° 21, p. 267, qui affirme que l'objectif de protection des parties a conduit à « la mise en place de procédures contractuelles qui, en cas d'inégalité des compétences, favorisent une rencontre équilibrée des consentements ».

avant par la doctrine[53], c'est en général dans le sens de la procéduralisation des conditions de formation de certains actes juridiques. On s'y intéressera moins dans le cadre de cette étude exceptée l'hypothèse dans laquelle le processus de conclusion du contrat est lui-même contractualisé à l'instar des clauses imposant la réalisation d'opérations successives dans le cadre des accords de négociation[54]. Il est principalement question ici de dispositifs procéduraux devant être mis en œuvre dans le cadre de contrats valablement formés.

Dans le même ordre d'idées, la progression de mécanismes procéduraux dans le contrat ne s'identifie pas à sa « judiciarisation »[55]. Ce dernier phénomène se traduit notamment par l'intervention du juge dans la solution du litige contractuel aussi bien au stade de la formation qu'au niveau de l'exécution du contrat[56]. Il n'est pas ici question d'adopter cette approche au regard de l'objet du sujet. En effet, la judiciarisation s'entend d'un accroissement du recours au juge. Or, les procédures contractuelles ne se limitent pas au seul aspect du litige contractuel, elles touchent l'ensemble des relations entre les parties indépendamment du droit d'agir des contractants. Elles peuvent exister en dehors de tout procès[57] ou en dehors de tout litige. D'ailleurs, la prévention de litiges constitue l'une des finalités des clauses instituant des procédures dans la mesure où elles mettent les parties au premier plan dans la régulation des incidents susceptibles d'affecter l'opération contractuelle[58].

Cependant, l'existence de procès ou de litiges n'exclut pas celle de processus conventionnels. En ce sens, on peut établir un lien entre les procédures contractuelles et le « contrat de procédure »[59] régissant le déroulement d'une instance judiciaire. La conclusion d'un tel contrat visait les cas dans lesquels un calendrier est établi par le juge en accord avec

---

[53] V. not., J. MESTRE, « Les procédures préalables institutionnalisées », *in* « L'échange des consentements », M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), RJ com 1995, n° spécial, p. 32 ; I. DAURIAC, « Forme, preuve et protection du consentement » *in* Mélanges M. GOBERT, Economica 2004, p. 404

[54] J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, 5e éd. par P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, Francis Lefebvre 2017, n° 33, p. 26 : « Les accords de négociation créent à la charge des parties l'obligation d'entreprendre et de poursuivre la négociation, selon des modalités généralement précisées dans l'acte, en vue de la conclusion d'un contrat déterminé ». Ainsi, ce type d'accord est générateur de processus contractuels en ce qu'il impose l'accomplissement d'étapes successives en vue d'un résultat déterminé (conclusion du contrat).

[55] Sur les différents sens du terme, v. A. JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », *in Les transformations de la régulation juridique*, *op. cit.*, p. 47 et s., spéc. p. 51.

[56] V. L. CADIET, « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », *in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, *in* Mélanges en l'honneur de G. FARJAT, éd. Frison-Roche, 1999, p. 23, spéc. n° 32 s., p. 41 s. ; du même auteur, « Une justice contractuelle, l'autre », *in Le contrat au début du XXIe siècle*, Études offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 177 et s., spéc. n° 2. Sur la judiciarisation des modes alternatifs de résolution des litiges, v. not., S. GUINCHARD, « L'évitement du juge civil », *in Les transformations de la régulation juridique*, *op. cit.*, p. 221 et s., spéc., p. 227 ; B. OPPETIT, « La philosophie de l'arbitrage commercial internationnel », JDI 1993, p. 811 et s., spéc., p. 818 ; J.-B. RACINE, « Les dérives procédurales de l'arbitrage », *in Les transformations de la régulation juridique*, *op. cit.*, p. 229 et s., spéc., p. 230-231.

[57] L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », *in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, P. ANCEL et M.-C. RIVIER (dir.), coll. Études Juridiques, t. 10, Economica, 2001, p. 35.

[58] V. *infra*, n° 569 et s.

[59] P. ESTOUP, « Le contrat de procédure en appel », D. 1985, p. 195 ; M. CARATINI, « Le « contrat de procédure » : une illusion ? », Gaz. Pal. 1985, doctr. 639 ; du même auteur, « À propos du contrat de procédure », Gaz. Pal. 1986, doctr. 61 ; L. GAUDIN, « Le contrat de procédure ? Un troisième voie », Gaz. Pal. 1986, doctr. 61 ; M. GAGET, « Le contrat de procédure au tribunal d'instance de Lyon : un moyen d'améliorer le fonctionnement de la justice », Gaz. Pal. 1987, doctr. 498.

les avocats[60] dans le but de « maîtriser le déroulement » du procès et de remédier « à la lenteur du cours de la justice »[61]. Il s'agit donc d'un « mode de gestion conventionnelle de l'instance »[62]. Cependant, l'accord des parties n'est plus requis pour l'établissement d'un calendrier de procédure[63] ce que certains regrettent à juste titre[64]. L'accroissement des pouvoirs du juge « écorne la conception coopérative du procès ». Cette dimension coopérative est au cœur des dispositifs faisant l'objet de la présente étude. Certes, dans la majorité des cas, les procédures contractuelles n'intéressent pas le fonctionnement du service public de la justice. Elles visent, tout au plus, à créer « un lien d'instance contractuel » en dehors de tout procès. Mais dans la mesure où il s'agit d'organiser un processus impliquant un accord de volontés, une marche à suivre pour aboutir à un résultat, il n'y a pas de raison de ne pas inclure le contrat de procédure dans le cadre de cette étude. Il s'agit d'une procédure contractuelle particulière, une espèce par rapport au genre des « procédures contractuelles ». Au demeurant, la gestion de l'instance n'est pas exclusivement liée à ce type de contrat. Il existe d'autres stipulations qui ont un objet similaire notamment les clauses de direction de procès qui seront abordées dans la seule mesure où elles ont vocation à instituer un processus.

8. - On perçoit alors la densité du champ de l'étude tant la notion de « procédures contractuelles » recouvre des réalités diverses. On s'intéressera ici uniquement aux processus institués dans les rapports contractuels de droit privé. Même cantonné dans ce domaine, l'objet des présents travaux de recherche n'en demeure pas moins étendu. En effet, l'évolution de la pratique contractuelle a conduit les rédacteurs de contrats à imaginer de nouveaux mécanismes adaptés aux besoins des parties. L'attention n'est plus portée uniquement sur les droits et obligations qui sont créés, elle porte aussi sur la manière de les mettre en œuvre. C'est dans ce contexte qu'on observe la multiplication de processus aménageant les différentes phases de la vie du contrat. Le phénomène est le résultat du mariage du contrat et procédure[65]. On peut y voir une forme de contractualisation de la procédure en ce que les mécanismes concernés se traduisent par la conclusion d'un accord de volontés ayant pour effet la création d'une norme procédurale. Ils peuvent aussi être analysés, dans une autre perspective, comme participant du phénomène de procéduralisation[66], voire de

[60] Le décret n° 2005-1678 du 28 déc. 2005 avait consacré cette pratique. Sur ce décret, v. S. AMRANI-MEKKI, E. JEULAND, Y.-M. SERINET et L. CADIET, « Le procès civil français à son point de déséquilibre ? À propos du décret "procédure" », JCP G 2006, I, 146, n° 8.

[61] M. CARATINI, « Le "contrat de procédure" : une illusion ? », art. préc. : « au début de l'instance est fixée immédiatement la date à laquelle l'affaire sera plaidée et, à l'intérieur de ce délai […] sont déterminées les dates auxquelles chaque partie au litige déposera ses conclusions et ses pièces ».

[62] F. KERNALEGUEN, « La solution conventionnelle des litiges civils », *in Le droit contemporain des contrats, L. CADIET* (dir.), Economica 1987, p. 65 et s., spéc. p. 66.

[63] CPC, art. 781, al. 3, qui prévoit que le jude le mise en l'état « peut, après avoir recueilli l'avis des avocats, fixer un calendrier de la mise en état ». La modification est issue du décret n° 2017-892 du 6 mai 2017.

[64] L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*,11e éd., LexisNexis 2020, n° 921, p. 842.

[65] L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », art. préc., p. 34.

[66] L. CADIET, « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », art. préc., spéc. n° 32, p. 41 ; T. GRUMBACH, « Procéduralisation et processualisation en droit du travail », *in Analyse juridique et valeurs en droit social*, Études offertes à J. PÉLISSIER, Dalloz, 2004, p. 253 s., spéc. note 4, p. 254 et p. 257 et s., qui montre sa préférence pour le terme « procéduralisation » qui paraît adapté « aux procédures externes à l'institution judiciaire dont le juge est chargé de contrôler la régularité à peine d'inexécution fautive de ses obligations pouvant aller jusqu'à la nullité de l'acte procédural, avec toutes conséquences de droit ».

processualisation du contrat dans la mesure où ils impliquent le jeu de règles de procédure dans les rapports contractuels.

Une telle interaction entre contrat et procédure est rendue possible grâce à la « technique contractuelle »[67] qui permet les combinaisons les plus originales[68]. On remarquera que si l'existence de procédures dans les rapports contractuels n'est pas toujours le fait des contractants eux-mêmes, il n'en demeure pas moins qu'ils sont pour beaucoup dans le développement de ces mécanismes. Ici comme ailleurs, les normes constituant le droit des contrats sont issues de « différentes forces créatrices »[69] parmi lesquelles une attention particulière doit être faite à la pratique contractuelle[70]. Il faut, en effet, tenir compte de l'ingéniosité des praticiens en matière de régulation des relations contractuelles, ce dont témoigne la généralisation de processus créés par les contractants. Ces derniers « font davantage œuvre personnelle dans les clauses non obligationnelles qui leur permettent ainsi de passer du « prêt-à-porter » au « sur mesure »[71]. La lecture de documents contractuels permet de s'en rendre compte. L'évolution des pratiques contractuelles a entraîné la création de nombreux dispositifs procéduraux dont certains sont communs à tout type de contrat et d'autres plus spécifiques à un type de contrat en particulier. On trouve généralement ces mécanismes dans les principales clauses usuelles[72] comme la clause résolutoire, la clause d'agrément, la clause de conciliation. Ils sont aussi parfois le résultat de montages originaux comme celui visant l'établissement du décompte général et définitif dans les contrats de construction d'ouvrage immobilier, la mise en œuvre de la convention de garantie de passif, la détermination du montant du dommage dans les contrats d'assurance.

---

[67] V. J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, 5e éd. par P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, Francis Lefebvre, 2017.

[68] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 2, *Les biens, Les obligations*, 2e éd., Quadrige/PUF 2017, n° 917, p. 1908-1909, en matière contractuelle, écrit-il, « l'ouverture à la créativité est plus grande : la liberté contractuelle y fait éclore des combinaisons inédites qui ne se contentent pas longtemps du droit commun ».

[69] D. MAZEAUD, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », *in La nouvelle crise du contrat*, C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Dalloz 2003, p. 135 et s., spéc. n° 9, p. 138, qui considère comme forces créatrices du droit des contrats, la loi, la jurisprudence et la doctrine.

[70] M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », art. préc., spéc. n° 4, p. 237, selon l'auteur, les créations de la pratique « amènent à reconnaître l'existence de nombreux contrats sui généris qui vivent de la sève de la théorie à l'abri de réglementations parcellaires et étouffantes » ; P. DELEBECQUE, « *Clausula*, *clausulae*, *clausularum*… », *in* Mélanges M. JEANTIN, Dalloz 1999, p. 33, spéc. n° 1 et 2, qui considère la clause comme une réaction de la pratique contractuelle aux solutions juridiques en vigueur, notamment jurisprudentielles ; R. LIBCHABER, *Le contrat au XXIe siècle. L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, *op. cit*., spéc. n° 42 et s., p. 73 et s., qui voit dans ces nouveaux contrats de nouvelles méthodes de régulation en marge des réglementations nationales après avoir souligné que les rédacteurs de l'ordonnance de 2016 ont fait l'impasse sur ces nouveaux contrats dont « ils ignoraient la réalité, pour l'essentiel ». Selon l'auteur, l'explication tient à l'éviction des tribunaux étatiques du contentieux contractuel moderne, les parties préférant le recours à l'arbitrage ou aux processus de résolution amiable des litiges (n° 3 et 4).

[71] F. COLLART-DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? », *in La nouvelle crise du contrat*, D. MAZEAUD et C. JAMIN (dir.), Dalloz 2003, p. 225 et s., spéc. p. 232.

[72] Sur cette question, v. J. MESTRE (dir.), *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence (17-18 mai 1990), PUAM 1990 ; W. DROSS, *Clausier : Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 4e éd., Lexisnexis 2020 ; F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et C. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2e éd., LGDJ 2018.

9. - À l'analyse, le rôle créateur des parties en la matière n'est pas si étonnant que cela. Le contrat étant avant tout leur chose, elles doivent être autorisées à créer des instruments adaptés aux commodités de leurs affaires dans le respect des règles d'ordre public. Aussi, convient-il de considérer les clauses procédurales comme une manifestation de la liberté contractuelle. Reste que leur stipulation dans le contrat n'est pas le résultat d'un évènement fortuit. Les procédures contractuelles remplissent des fonctions au sein de l'opération contractuelle qui leur confèrent une certaine particularité [73]. Si la plupart des buts recherchés par les contractants sont atteints grâce aux contrats nommés habituels et plus généralement grâce aux clauses contractuelles, l'adjonction de dispositifs procéduraux permet de régler des préoccupations qui, tout en étant secondaires, n'en demeurent pas moins importantes. Puisant dans les ressorts de leur imagination, les parties instituent des processus « en prévision d'un événement ou d'un risque particulier, dont [elles] entendent anticiper la survenance en réglant d'avance la manière d'y réagir »[74].

Les procédures contractuelles sont des instruments permettant d'aménager certains évènements graves et perturbateurs des leurs attentes initiales (imprévision, résolution du contrat, survenance de litige, modification unilatérale du prix, etc.). Leur inclusion dans le contrat est sous-tendue par la volonté de se prémunir contre l'effet de surprise qui pourrait résulter de l'application de certaines clauses[75]. Dans un ordre d'idées voisin, si l'on s'accorde à dire qu'en matière d'abus, la faute résulte non pas dans le fait d'invoquer le droit mais dans la façon de l'invoquer[76], il faut admettre que l'instauration des garanties procédurales dans les rapports contractuels répond en partie à cette préoccupation. Il s'agit, dans certains cas, de faire contrepoids aux prérogatives contractuelles en encadrant de manière préventive leur mise en œuvre[77]. Aussi, convient-on qu'avec ce type de création, le « contrat fait peau neuve » [78] en s'ouvrant à des mécanismes procéduraux qui, bien qu'ils soient plus teintés de coloration morale qu'économique, sont révélateurs de nouveaux enjeux, de nouveaux équilibres que ne permettent pas les mécanismes correcteurs classiques (bonne foi, loyauté, abus de droit).

---

[73] Sur la spécifité des fonctions des procédures contractuelles, v. *infra*, n° 119 et s.

[74] P. STOFFEL-MUNCK, Obs. sous Cass. com., 2 juill. 2002 et CA Paris, 2 mai 2002, RDC 2003, p. 50.

[75] Par ex., pour la rédaction d'une clause de substitution de contractant, il revient aux parties de prévoir les modalités de mise en œuvre en tant que préalables à l'opposabilité de la substitution. À défaut d'une telle précision, une substitution opérée sans notification préalable au substitué peut lui être opposée, v. en ce sens, Cass. com., 6 mai 1997, n° 95-10.252, Bull. civ. IV, n° 118 ; D. 1997, p. 588, note C. JAMIN et M. BILLIAU, approuvant le jugement, la Cour de cassation énonce que « se référant à la stipulation contractuelle de substitution, qui ne prévoyait ni l'information de la société [cédée], ni un agrément par elle, le tribunal a justement, retenu que cette société ne pouvait s'opposer à son application ».

[76] P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, préf. R. BOUT, LGDJ 2000, spéc. n° 336 et s. *Adde*, D. FENOUILLET, « La notion de prérogative contractuelle : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *in Les prérogatives contractuelles*, (Actes du colloque du 30 novembre 2010), RDC 2011, p. 644, spéc. n° 12.

[77] Rappr., B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, préf. L. SAUTONIE-LAGUIONIE, LGDJ 2017, spéc. n° 305 et s., p. 260 et s., qui met en exergue l'émergence de formalités procédurales comme une manière préventive de limiter les abus.

[78] R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », *in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit,* Mélanges J.-L. AUBERT, Dalloz 2005, p. 211 et s., spéc. n° 23, p. 232 : « Le contrat fait peau neuve, en s'ouvrant à une relation trois fois plus caractéristique : relation établie dans le temps, dépourvue d'antagonisme entre les parties, et fondée sur la poursuite d'intérêts convergents ».

10. - En réalité, il est difficile de faire une énumération exhaustive des finalités des procédures contractuelles tant ces dernières sont nombreuses et se multiplient au gré des constructions imaginées par les rédacteurs d'accords. De plus, parce qu'elles résultent d'une combinaison entre le contrat et de la procédure, elles impliquent nécessairement des considérations contractualistes et processualistes [79]. D'une part, si elles ne sont pas indispensables à la réalisation de l'opération économique portée par le contrat, elles sont néanmoins utiles à cette fin. Bien souvent, c'est en considération de cette opération qu'elles sont prévues au contrat. D'autre part, les instruments procéduraux qu'elles mettent en œuvre sont inspirés de préoccupations similaires. Il s'agit de faire bénéficier, dans certaines circonstances, les contractants de garanties procédurales nécessaires à la résolution de litiges ou à l'exercice d'un pouvoir. Cet aspect n'est pas sans rappeler la situation de plaideurs dans le procès ou celle d'un administré à l'égard de l'administration.

Sans qu'il soit nécessaire de faire des développements importants sur le fond, on voit que les procédures contractuelles présentent plusieurs spécificités tenant notamment à la fois au contenu des normes créées et à leurs finalités. À première vue, les traits caractéristiques de ces dispositifs les rendent irréductibles à la qualification d'obligation. En instituant un processus, l'accent est mis non pas sur la réalisation d'une prestation, mais sur le respect d'une méthode, d'un cadre d'action impliquant le plus souvent un dialogue entre les parties pour aboutir un résultat déterminé. Dès lors, on peut s'interroger sur l'aptitude du droit commun des obligations à les régir. La question mérite d'être posée d'autant que la réforme intervenue à la suite de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018[80] a apporté de nombreuses innovations. Néanmoins, elle n'a pas résolu toutes les difficultés qui se posent en la matière. Des considérations économiques[81] ont conduit à mettre l'accent « sur le contrat, instrument d'échanges économiques »[82]. La nouvelle définition du contrat résultant de cette réforme est toujours axée sur la notion d'obligation[83] comme si le contrat ne peut avoir d'autres objets que la réalisation d'une

[79] V. L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », art. préc., spéc. n° 2.

[80] Sur cette réforme, v. not. O. DESHAYES, T. GENICON et Y-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, 2e éd., LexisNexis 2018 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2e éd., Dalloz 2018 ; F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations, innovations, perspectives*, 2e éd., Dalloz 2018 ; B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats*, éd. Francis Lefebvre, coll. « Dossier pratique » 2016.

[81] F. ROUVIÈRE, « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », RDC 2016, n° 3, p. 600.

[82] P. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, 16e éd., LexisNexis 2021, n° 53, p. 42 ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, 17e éd., Sirey 2020, n° 132, p. 60, qui observent que la réforme consacre une approche moderne analysant l'obligation comme une valeur économique susceptible de « commerce comme d'autres objets ».

[83] C. civ., art. 1101 : « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Sur cette question, v. not., P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 11e éd., LGDJ 2020, § 1, p. 227, qui observent que cette définition « élargit la finalité du contrat : il ne s'agit plus seulement de donner naissance à des obligations, comme en 1804 et dans la tradition romaine, mais aussi d'opérer sur une obligation déjà née » ; D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ 2020, n° 695 ; T. REVET, « Une philosophie générale ? » *in La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, RDC 2016, n° hors série, p. 5, spéc. n° 1 ; P. ANCEL, « Proposition de modification de l'article 1103 du Code civil : revenons à Domat ! », RDC 2017, p. 166 et s. ; S. LEQUETTE, « La notion de contrat », art. préc., spéc. n° 1, après avoir souligné que « la nouvelle définition cristallise […] plus que la précédente une conception du contrat dépassée », l'auteur

opération sur des créances et des dettes. Ce qui est complètement en décalage avec l'objet des processus contractuels.

11. - Il existe, certes, des dispositions légales spécifiques à certaines procédures instituées dans les rapports contractuels, mais ces réglementations restent marquées par une disparité des solutions. Certaines sont calquées sur l'aspect substantiel de ces dispositifs au détriment de leur objet procédural quand d'autres confèrent aux règles de procédure une réelle autonomie. Les solutions nécessairement parcellaires qui en ressortent ne sont pas de nature à favoriser une étude d'ensemble du sujet. La même impression se dégage à l'analyse de la jurisprudence. Si elle consacre aujourd'hui, au prix de certaines hésitations, la force obligatoire de certains processus conventionnels [84], elle réduit d'autres à de simples « modalités formelles »[85] dépourvues de sanction. La solution suscite « l'étonnement »[86] au regard de la force obligatoire qui sied *a priori* à ces mécanismes procéduraux lorsqu'ils ont été valablement convenus entre les parties contractantes. Il est vrai que la position des tribunaux s'explique parfois par la rédaction ambiguë de certaines clauses. L'imprécision du contenu d'un accord est source de difficultés d'interprétation de nature à priver d'efficacité le mécanisme institué par les parties. Mais en présence d'une clause claire et précise, rien ne justifie de passer outre la volonté des contractants.

La doctrine n'est pas particulièrement loquace sur le sujet. Certains auteurs l'ont abordé sous l'angle du pouvoir unilatéral dans les rapports contractuels, proposant d'inscrire l'exercice de cette prérogative dans un processus décisionnel[87]. Mais ils restent silencieux sur le régime d'un processus, le décrivant simplement comme un moyen de canaliser l'exercice de pouvoir. D'autres se sont intéressés indirectement au sujet en procédant à une analyse de certaines clauses instituant des procédures [88]. Cette approche « clausaliste » [89] n'est pas totalement satisfaisante. Incontestablement, elle permet d'expliquer la mesure de l'autonomie de ces clauses en tant qu'accords séparables du contrat principal auquel elles s'intègrent formellement. Mais elle ne met pas suffisamment en lumière les spécificités tenant à leur objet procédural. Les propositions de régime qui en ressortent sont principalement empruntées

---

ajoute que « si le contrat continue d'opérer exclusivement sur des obligations, il n'a plus pour seul effet de les créer » (n° 5). *Contra*, P. CHAUVIRÉ, « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », Gaz. Pal. 30 avr. 2015, p. 29, spéc. n° 2, qui considère que « le contrat s'émancipe de l'obligation ».

[84] C'est le cas notamment des procédures contractuelles de conciliation, d'établissement du décompte générale et définitif, de mise en œuvre de la garantie de passif.

[85] V. par ex. pour la procédure de résiliation du contrat, Cass. com., 20 cot. 2015, n° 14-20.416 ; CCC 2016, comm. 3, note L. LEVENEUR ; JT 2016, n° 182, p. 13, obs. X. DELPECH.

[86] L. LEVENEUR, note préc. ; du même auteur, note sous Cass. com., 10 févr. 20009, CCC 2009, comm. 123 ; T. GENICON, *in* RDC 2010, p. 44.

[87] V. *supra*, n° 4 et les références citées notes 34. *Add*e, P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, av.-p. G. CHANTEPIE, préf. S. CHASSAGNARD-PINET, éd. Mare & martin 2014, spéc. n° 284 et s., p. 393 et s. ; M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1re partie) », RDC 2006, p. 1051, spéc. p. 1065 ; D. FENOUILLET, « La notion de prérogative contractuelle : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », art. préc., spéc. n° 39, ces auteurs voient dans l'instauration d'une procédure comme un moyen de contrôler l'exercer d'une prérogative contractuelle.

[88] V. *supra*, n° 8, note 71.

[89] Expression empruntée de C. BOILLOT, « Le régime des clauses relatives aux litiges », RTD com. 2013, p. 1, spéc. n° 2.

du droit substantiel, soit sous l'angle de la formation de la clause, soit sous celui de la validité de la prérogative ou de l'acte qu'elle tend à aménager[90]. Or, les clauses instituant des procédures posent des difficultés qui sont, au moins pour partie, insaisissables par les règles du droit des contrats. En particulier, leur violation est pratiquement « insusceptible » de faire l'objet des sanctions contractuelles classiques.

12. - Dans ces conditions, entreprendre une recherche relative aux procédures contractuelles permettrait au moins d'identifier la source de la difficulté en suggérant des propositions de solutions opératoires. L'entreprise n'en reste pas moins difficile à réaliser. La dualité de nature qui caractérise les dispositifs présentement étudiés, la diversité dans leur formulation, la spécificité de leurs fonctions constituent autant d'obstacles à une tentative de systématisation. En outre, l'étude des procédures contractuelles ne semble pas être circonscrite au seul droit commun des contrats. Les normes instituant des procédures trouvent un terrain propice à leur développement dans d'autres branches du droit comme le droit des sociétés[91], le droit du travail[92], le droit des assurances, le droit de la construction. Cette ubiquité des processus conventionnels laisse présager des difficultés de qualification et de détermination d'un régime juridique homogène.

Pourtant, ces nombreux défis ne doivent pas constituer un frein à l'étude de ces mécanismes compte tenu des enjeux importants et multiples qui s'y attachent. D'abord, s'agissant des procédures d'origine volontaire, elles invitent à l'examen de la validité des clauses porteuses. Une fois cette question résolue, il faudrait alors s'interroger sur l'aptitude des règles relatives aux obligations contractuelles à régir les processus qu'elles comportent. Ce qui, en réalité, ne peut s'envisager qu'après avoir déterminé leur nature juridique. Ensuite, pour les processus contractuels qui ne résultent pas d'une stipulation expresse des parties, il conviendra de préciser la marge de manœuvre dont disposent ces dernières. Sous cet aspect, les règles instituant des processus en droit des contrats suscitent de nombreux questionnements. Les parties peuvent-elles écarter les processus imposés par la loi ou par le juge ou ont-elles simplement la possibilité d'aménager les modalités de mise en œuvre ? Quelle est l'efficacité des sanctions contractuelles du défaut de mise en œuvre d'une procédure conventionnelle ? On verra que les finalités des dispositifs en cause ne sont pas indifférentes dans la réponse qu'il convient d'apporter à ces interrogations.

13. - L'intérêt de l'étude des procédures contractuelles réside aussi dans la détermination des contours de cette notion. A-t-elle une existence autonome ? S'agit-il d'une catégorie de droit positif ? Bien souvent l'appréhension des mécanismes procéduraux s'opère au prix

---

[90] En ce sens, v. par ex., G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, préf. L. AYNÈS, postf. F. TERRE, LGDJ 2012 ; N. GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, préf. M. MEKKI, Centre Michel de l'Hospital, 2018 ; M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2e partie) : l'efficacité des clauses contractuelles », RDC 2007, p. 237. V. aussi, R. SIRI, *Essai d'une théorie générale des clauses contractuelles : réflexions de lege lata et de lege ferenda à partir du droit commun du contrat*, th. Aix-Marseille 3, 2011.

[91] N. BINCTIN, « La légalité procédurale en droit des sociétés - Contribution à l'étude de la révocation », LPA 12 sept. 2006, n° 182, p. 3 ; C. BOILLOT, art. préc., spéc. n° 40 et s.

[92] V. par ex., T. GRUMBACH et E. SERVERIN, « Réflexions sur la "substantialisation" des droits de la défense et du principe du contradictoire dans les procédures préalables aux décisions de l'employeur », Rev. dr. trav. 2011, p. 126.

d'une confusion avec des questions de forme ou de fond. Il convient alors de préciser l'identité du concept de « procédures contractuelles » en procédant à des distinctions et des rapprochements avec des notions voisines pour, ensuite, dresser une typologie de ses principales manifestations. Ce travail d'identification est une première étape dans la démarche de conceptualisation entreprise. L'objectif est de pouvoir mettre à jour les spécificités des procédures contractuelles et leurs principales fonctions. Il sera alors aisé de déterminer leur nature juridique à partir de ces traits caractéristiques. On voit que l'étude des normes instituant des procédures dans les rapports contractuels n'a pas que des implications théoriques dans la mesure où la nature juridique conditionne le régime applicable.

En bref, le présent travail a pour objet de démontrer l'aptitude des procédures contractuelles à être systématisées. Car, en dépit de la multiplicité des réalités qu'elles représentent, les procédures contractuelles peuvent être rattachées à un ensemble cohérent afin de les rendre plus intelligibles. L'élément commun autour duquel gravitent l'ensemble de ces mécanismes réside dans le fait qu'ils impliquent le respect d'étapes successives qui ont la nature d'incombances de diligence[93]. C'est la raison pour laquelle, ils sont irréductibles à la notion d'obligation bien qu'ils prennent naissance au sein d'un rapport contractuel. Une fois cette spécificité reconnue, on s'emploiera à démontrer que l'analyse des procédures contractuelles doit être émancipée des canons « obligationnels » dans lesquels elles se trouvent parfois enfermées afin de tenir compte de la dualité de nature qui les caractérise. À cet égard, on verra que si l'existence de clauses instituant des processus relève principalement des règles du droit commun des contrats, il n'en est pas de même du régime de sanction applicable.

14. - Pour être étendu à première vue, le champ de l'étude n'en est pas moins délimité. Les normes instituant des processus sont analysées du point de vue contractuel en ce qu'elles participent à la régulation des rapports entre les parties contractantes. Il ne s'agit pas d'élaborer une théorie du pouvoir ou de la décision[94] en encourageant, dans une perspective plus prescriptive, l'instauration d'une procédure encadrant l'exercice du pouvoir dans les rapports contractuels. La démarche entreprise ici consiste simplement à s'interroger sur les considérations profondes qui sous-tendent l'émergence de ces mécanismes. On sera alors amené à porter une appréciation sur leur incidence en droit des contrats et les perspectives nouvelles qu'ils offrent aux contractants. Dans cette optique, les procédures contractuelles seront envisagées en tant que telles, indépendamment du résultat auquel elles peuvent conduire. En d'autres termes, elles seront étudiées en ce qu'elles impliquent une succession (d'actes et de formalités) ordonnée à un but, peu important la survenance ou non d'une modification de l'ordonnancement juridique qui peut en résulter.

Il ne sera pas non plus question de concevoir les dispositifs objet de la présente étude comme des engagements accessoires, par opposition aux obligations essentielles, notion

[93] Sur cette question, v. *infra*, n° 348 et s.

[94] Sur cette question, v. P. LOKIEC, th. préc. ; du même auteur, « La décision et le droit privé », D. 2008, p. 2293, qui propose un régime juridique de l'acte unilatéral par l'imposition de certaines règles relatives au contrôle de motivation, de proportionnalité ou encore celui du motif légitime, etc. *Adde*, R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.* ; E. LAFUMA, th. préc., n° 247 et s., qui lie l'émergence de la procédure à l'exercice d'un pouvoir.

consacrée par le législateur[95]. Une telle approche n'aurait pas été convaincante dans la mesure où elle repose sur un postulat discutable, un engagement d'apparence accessoire peut être déterminant du consentement d'une partie[96]. Il est vrai que les processus conventionnels ne participent pas directement à la définition du contenu matériel du contrat. Ils ne constituent pas une « prestation contractuelle », mais il s'agit tout de même de dispositions importantes en ce qu'elles participent pleinement de la configuration des rapports contractuels. Elles procèdent des équilibres voulus par les parties, des contraintes librement consenties que l'on ne peut pas ignorer.

15. - Par conséquent, la présente étude se donne pour objectif de donner plus de visibilité au développement de ces mécanismes qui traduisent un phénomène d'interaction croissante entre contrat et procédure que le droit positif ne rend pas suffisamment compte. À cette fin, la conceptualisation de la notion de « procédures contractuelles » permettra de saisir non seulement des dispositifs conventionnels qui sont considérés comme telles, mais aussi de mettre à jour des stipulations qui recèlent des exigences procédurales et de les relier entre elles. Ainsi entreprise, l'analyse des procédures contractuelles révèlera les vertus de ces mécanismes et le changement de perspective qu'ils induisent dans la conception des rapports contractuels : « celui d'un contrat marqué des empreintes de la loyauté et de la collaboration »[97]. Car là où est institué un processus s'observe un minimum de concertation entre les parties pour la mise en œuvre des mécanismes concernés. L'importance ainsi accordée au dialogue a pour conséquence de recentrer le rôle des contractants dans la gestion de leur chose commune.

16. - On l'a compris, il existe de nombreux enjeux liés aux procédures contractuelles. Reste à démontrer qu'elles sont aptes à faire l'objet d'une véritable conceptualisation. Pour y parvenir, on pourrait adopter un raisonnement en deux temps. En premier lieu, il est possible de montrer que les mécanismes en cause peuvent être étudiés au sein d'une notion cohérente. Il s'agira de démontrer qu'ils constituent des normes participant à la configuration juridique des relations contractuelles dont le respect s'impose aux parties au-delà des obligations qu'elles sont tenues d'exécuter. On observera, en second lieu, que les caractéristiques propres aux procédures contractuelles rendent inapplicable la plupart des sanctions de l'inexécution du contrat, ce qui autorise à proposer des éléments de régime dictés notamment par l'objet procédural des dispositifs concernés. Bien évidemment, le résultat de la recherche reste à parfaire. Le but est simplement d'énoncer quelques pistes de réflexions destinées à retrouver un peu d'unité dans la diversité qui caractérise l'objet de l'étude en procédant à « la formulation de solutions valables pour l'avenir »[98]. Dans cette perspective, on procédera à l'étude de la notion de procédures contractuelles au regard de ses diverses applications

[95] V. par ex., C. civ., art. 1170 : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ».
[96] Rappr., D. FENOUILLET, « La notion de prérogative », art. préc., spéc. n° 23 et s.
[97] J. MESTRE, « Faut-il réformer le titre III du livre III du Code civil ? », RDC 2004, p. 1167, sur la conception du contrat qui pourrait capter l'attention des réformateurs, l'auteur écrit à ce propos : « Or, sur ce point nodal, comment ne pas penser que la France a, de nos jours, un beau message à transmettre : celui d'un contrat marqué des empreintes de la loyauté et de la collaboration ».
[98] C. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications juridiques », APD, t. 2, *La logique du droit*, Sirey 1966, p. 25 et s., spéc. n° 5, p. 26.

(**Partie I**). Ce qui permettra de rendre compte de son aptitude à être systématisée en tant que catégorie juridique de droit positif soumise à un régime propre (**Partie II**).

PARTIE I : LA NOTION DE PROCÉDURES CONTRACTUELLES

17. - Bien qu'elles s'intègrent dans l'ensemble formé par le contrat, les procédures contractuelles peuvent néanmoins être considérées comme des contrats à part entière. Leur création implique en effet une manifestation de volonté des contractants que l'on peut distinguer de celle donnant naissance au contrat qui les porte. La situation envisagée ici se matérialise parfois par la conclusion, dans un acte séparé ou par référence à un document contractuel, d'un accord instituant un processus. Pour autant, un tel aspect ne remet pas en cause le lien particulièrement étroit qui lie ces mécanismes au contrat porteur.

Participant à la configuration du rapport d'obligation qui se noue entre les parties, les procédures contractuelles trouvent leur raison d'être dans l'opération économique projetée. Aussi, est-ce pour cette raison qu'elles sont le plus souvent incluses dans le contrat principal. Si bien que, dans la majorité des cas, les mécanismes en cause font l'objet d'un accord global avec les autres clauses de l'acte porteur. Cependant, l'objet des premiers ne se réduit pas à celui des secondes. La nature procédurale des « obligations » qu'elles imposent aux parties confèrent aux procédures contractuelles un caractère singulier.

Par conséquent, si les procédures contractuelles résultent d'un accord de volontés comme tout engagement dérivant du contrat, l'étude de leur contenu et de leurs traits caractéristiques permet de mettre en évidence leur originalité par rapports aux autres stipulations que l'on rencontre dans les contrats. Contraintes comportementales s'imposant aux parties en sus des obligations, les mécanismes présentement étudiés se caractérisent par leur source, le contrat (**Titre 1**) et par leur objet, les procédures (**Titre 2**).

TITRE I - LE CONTRAT : SOURCE DES PROCÉDURES CONTRACTUELLES

18. - Malgré la diversité qui les caractérise, les procédures contractuelles présentent un point commun tenant à leur origine. Procédant de la volonté des parties, la nature contractuelle de ces dispositifs ne paraît guère contestable. Néanmoins, la liberté reconnue aux parties n'est pas sans limite. Dans certains cas, législateur et juge interviennent soit pour réglementer le contenu de certaines clauses soit pour imposer le respect d'un processus. L'existence de procédures contractuelles peut donc être le résultat de la combinaison de plusieurs facteurs (**Chapitre 1**). Il n'en résulte pas pour autant une remise en cause de leur nature contractuelle car elles trouvent leur raison d'être dans le contrat porteur.

Cependant, si la source des procédures instituées par les contractants permet d'orienter vers une qualification contractuelle, celles-ci présentent des singularités qui conduisent à y voir des contrats particuliers. S'inscrivant dans une même opération, elles ne participent pas toujours à la réalisation du « résultat concret »[99] poursuivi par le contrat de base, c'est-à-dire le contrat dont elles tirent leur raison d'être. À cette différence de finalité, s'ajoute celle liée au mécanisme mis en œuvre qui participe de la procéduralisation du contrat. L'examen de leurs spécificités (**Chapitre 2**) permet d'identifier leur nature.

[99] A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. FABRE-MAGNAN, LGDJ 2005, spéc. n° 2, p. 2 : « Lorsque des parties contractent, ce n'est pas tant pour être soumises à des obligations que pour poursuivre la réalisation d'un résultat concret ».

CHAPITRE 1 : L'EXISTENCE DE L'ACCORD INSTITUANT UNE PROCÉDURE

19. - L'analyse des procédures contractuelles comme normes puisant leur source dans le contrat est l'écho de la distinction classique entre l'*instrumentum* et le *negotium*. Suivant cette distinction, les dispositifs objet de la présente étude peuvent être conçus comme faisant partie du second si bien que dans l'acte instrumentaire qui les contient, il convient d'identifier au moins deux *negotia*. En effet, bien qu'elles se présentent comme un élément de l'ensemble constitué autour du contrat principal, les clauses instituant des processus n'en conservent pas moins une certaine individualité par rapport à celui-ci. Elles procèdent de préoccupations différentes de celles qui ont présidé à la conclusion du contrat porteur, ce qui explique que leur création fasse l'objet d'une attention du législateur, de la jurisprudence et de la doctrine.

Cela étant, par analogie avec l'instance régie par les règles de procédure civile, les procédures contractuelles apparaissent *a priori* comme la « chose » des parties. L'initiative de la stipulation de ces dispositifs dans le contrat leur appartient (**Section 1**). Toutefois, la marge de liberté reconnue aux contractants dans la création et l'organisation de procédures conventionnelles n'est pas sans bornes. À des degrés divers, la liberté des contractants se trouve enserrée dans des limites qu'il convient de préciser (**Section 2**).

Section 1 : La liberté de création des procédures contractuelles

20. - Si « la liberté de prendre des risques »[100] constitue une manifestation de la liberté contractuelle, les procédures contractuelles comme outil de gestion de ces risques sont également l'expression de cette liberté reconnue aux contractants[101]. Cependant, l'exercice de cette liberté doit se faire dans le respect du cadre fixé pour la création de ces dispositifs contractuels. Comme pour tout contrat, les procédures du même nom supposent un accord de volontés des contractants **(§. 1**). Dès lors que les consentements des parties se sont cristallisés sur le dispositif à créer, l'accord est en principe valable. Toutefois, cette exigence inspirée du consensualisme est atténuée par la nécessité de matérialiser l'accord de volontés (**§. 2**).

[100] H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2011, n° 102, p. 114.
[101] V. en ce sens J. M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », RTD civ. 1988, p. 481 et s. ; P. STOFFEL-MUNCK, note sous Cass. civ. 3e, 31 mars 2005, Dr. et patr. 2005, n° 141, p. 94 ; L. AYNÈS, « L'imprévision en droit privé », RJ com. 2005, n° 5, p. 397 et s. ; M. MEKKI, « Le nouvel essor des clauses contractuelles (1re partie) », RDC 2006, n° 4, p. 1051 et s.

§. 1. La nécessité d'un accord de volontés des contractants

21. - On sait que la représentation classique du contrat comme fruit de la négociation entre contractants placés sur un pied d'égalité n'est plus de mise aujourd'hui. Le contrat apparaît de moins en moins comme une « œuvre commune » des parties tel que l'imaginaient les rédacteurs du Code civil. Valable pour le contrat de façon générale, ce constat vaut également pour les parties à l'accord instituant une procédure contractuelle. Au regard de cette évolution du droit des contrats et de la pratique contractuelle contemporaine, la nécessité d'un accord de volontés des contractants suppose que l'ensemble des parties aient donné simplement leur consentement à la clause instituant un processus (**B**) et cela peu important les modalités de la procédure de rencontre des volontés (**A**).

A. L'indifférence de la procédure de l'accord de volontés

22. - Le processus de formation des clauses procédurales peut faire l'objet de diverses modalités. Ces dernières se manifestent de deux façons différentes sans que celles-ci n'influent véritablement sur la validité des procédures contractuelles. L'accord de volontés créateur du contrat instituant une procédure résulte généralement d'une simple adhésion aux termes d'un document pré-rédigé par une partie ou par un tiers au contrat (**B**), plus rarement d'un accord négocié entre les parties (**A**).

1. Les procédures contractuelles résultant d'un accord négocié

23. - De façon évidente, les procédures contractuelles tirent leur source du contrat défini comme un accord entre deux ou plusieurs personnes. La nécessité d'un accord entre les parties implique que celles-ci déterminent elles-mêmes le contenu de leur contrat[102]. Cet accord de volontés, au cœur du contrat, du moins selon les partisans de la conception volontariste, est celui qui est à même d'en déterminer la teneur[103]. Dans cette perspective, la représentation que l'on se faisait classiquement du contrat était celle d'un instrument dont les stipulations sont négociées de gré à gré entre chacune des parties. Bien que cela n'apparaisse de façon explicite, telle semble être la vision des rédacteurs du Code civil de 1804. Ainsi, dans leur conception, la liberté des contractants est envisagée dans son expression la plus large possible. Les contractants, maîtres de leur destin, ont la maîtrise de l'élaboration de l'acte qu'ils ont en vue. En sorte que la conclusion d'un contrat est perçue comme le résultat d'une véritable discussion entre les parties sur son contenu et ses modalités. Une telle représentation du contrat est celle qui correspond à la situation dans laquelle les parties sont dans une position de force égale, du moins équivalente. Elle concerne généralement les contrats conclus entre professionnels ayant une puissance économique proche.

Ainsi, la rédaction de grands contrats est souvent le résultat d'intenses négociations entre les parties, assistées généralement de leurs conseils. Les discussions préalables ne visent pas simplement les éléments essentiels du contrat projeté, elles portent surtout sur les clauses procédurales qui sont souvent au cœur des négociations à raison des risques dont elles ont

[102] P. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 93, p. 91.
[103] P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 273, p. 263.

pour objet de prévoir les modalités de gestion. Cette situation est, somme toute, la plus courante dans les contrats d'affaires dont la conclusion est précédée de nombreuses tractations émaillées d'offres, de pourparlers, de contre-propositions... Le développement contemporain des avant-contrats est en ce sens assez éloquent. S'il ne traduit pas forcément l'importance du contrat (dans la mesure où, quelle que soit son importance, la conclusion d'un contrat peut être précédée d'un avant-contrat et ce, pour diverses raisons), il contribue à révéler cette réalité. Plus concrètement, en pratique, l'importance de certains contrats conduit à inscrire leur conclusion dans un processus de négociation plus ou moins long suivant le contrat en cause.

24. - En théorie, une procédure contractuelle résultant d'un accord ayant fait l'objet d'une négociation individuelle préparatoire semble être la plus aboutie dans la mesure où les parties, éclairées par leurs conseils respectifs, ont pu réfléchir à un projet d'acte et convenir des détails de la procédure en cause. La réalité de la pratique contractuelle démontre souvent le contraire. Dans les contrats d'une grande importance dont on présume qu'ils ont fait l'objet de négociations entre les parties, il n'est pas rare de rencontrer des clauses procédurales « pathologiques », du moins inachevées en ce qu'elles restent floues sur les conditions et modalités de la procédure. Ainsi, dans une affaire traitée par la chambre commerciale de la Cour de cassation en 2006[104], lit-on une clause instituant une procédure de sauvegarde convenue entre les parties les obligeant à se rencontrer :

> « sur l'initiative de l'une des parties, en cas d'événement majeur affectant leurs obligations respectives au terme du présent accord d'une façon telle que l'équilibre économique et financier qui prévalait lors de sa signature s'en trouve gravement modifié à son détriment [et à] examiner ensemble les moyens d'adapter le contrat aux évolutions constatées dans les facteurs économiques, techniques ou de réglementation et ce dans le but de préserver leurs intérêts réciproques ».

25. - La rédaction des stipulations dans ce type de contrat et, spécialement, des clauses procédurales, procède en réalité de manœuvres beaucoup plus subtiles. Les parties s'adonnent souvent à une sorte de jeu. Une analyse de la pratique contractuelle contemporaine montre qu'il « existerait dans la suite des propositions et contre-propositions des futurs contractants une sorte de jeu, ensemble subtil de manœuvres, conscientes et inconscientes, afin de gagner des assurances ou se prémunir contre des risques »[105]. Cette observation, faite à propos des « négociations préalables » à la formation du contrat en général, se révèle avec une acuité particulière s'agissant des négociations précédant les accords instituant une procédure contractuelle. En effet, les débats portant sur la clause procédurale[106] en projet entre les parties n'ont pas simplement un aspect ludique. Ils traitent parfois de questions essentielles, du moins aux yeux des parties.

---

[104] Cass. com., 3 oct. 2006, n° 04-13.214, D. 2007, p. 765, note D. MAZEAUD ; RTD civ. 2007, p. 340, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

[105] P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 275, p. 266.

[106] V. L. WEILLER, « Processualisation et force obligatoire du contrat », *in Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM 2009, p. 157, spéc. n° 8, p. 160, qui considère la « clause procédurale » comme celle visant à « instituer un mécanisme technique, une procédure, justement destinée à s'appliquer en cas de contentieux sur l'existence ou l'exécution des obligations de fond ». La définition est plus restrictive en ce qu'elle ne semble viser que les clauses relatives aux litiges. La notion de clause procédurale est entendue ici de façon large au sens de toute clause instituant un processus quel que soit son objet (règlement des litiges ou non).

Les discussions préalables porteront, en premier lieu, sur la détermination du dispositif procédural. La nécessité du choix de la procédure n'est pas liée à l'existence d'une multitude de procédures contractuelles, elle se rapporte à diverses considérations. En d'autres termes, ce n'est pas tant la diversité des procédures contractuelles que la recherche de la prévention d'un risque particulier qui commande le choix d'une procédure particulière. C'est ainsi que la crainte d'une rupture brutale du contrat par l'une des parties inciterait les négociateurs à discuter de l'éventuelle insertion d'une procédure de résolution du contrat pour faute. De même, la crainte d'un traitement judiciaire des éventuels litiges survenant entre les parties les conduirait à discuter d'un processus d'arbitrage. Mais la nécessité de sauvegarder les relations commerciales entre les parties ou l'importance parfois moindre des sommes en jeu dans certains contrats peuvent constituer des facteurs déterminant les négociateurs contractants qui souhaitent éviter la saisine du juge en cas de litige, à négocier une clause instituant une procédure de conciliation préalable à la saisine du juge. Les exemples sont nombreux et témoignent du fait que les raisons qui dictent le choix d'une procédure ne paraissent pas devoir être les mêmes selon le mécanisme concerné et le but recherché par les parties.

26. - Une fois arrêté le choix de la procédure en cause, les débats se cristallisent sur son contenu. Plus précisément, au stade de la discussion du contrat en projet, lorsque les parties se mettent d'accord sur une procédure en particulier, elles vont devoir en déterminer les modalités. Dans cette perspective, elles seront amenées à envisager les aspects essentiels qui conditionnent parfois la validité, sinon l'efficacité de la procédure. Ainsi, dans cette phase préalable à l'accord sur le processus conventionnel, les parties vont devoir identifier les hypothèses visées par la clause, les modalités de recours à un tiers lorsque cela est nécessaire, les délais de mise en œuvre, les modalités de notifications, le caractère contraignant ou facultatif du dispositif, etc.

Il en ressort au final que du fait de la liberté reconnue aux contractants, les clauses procédurales font l'objet d'une libre discussion non seulement sur le type, mais aussi sur le contenu de la procédure. Cependant, ces discussions préalables ne sont pas systématiques dans la pratique contractuelle. Dans bon nombre de cas, les mécanismes procéduraux résulteront de contrats n'ayant pas fait l'objet de véritables négociations entre les partenaires.

2. Les procédures contractuelles résultant d'une adhésion

27. - À l'origine, le contrat était conçu comme procédant d'une négociation entre contractants, maîtres de leur décision, participant concurremment à l'élaboration de l'ensemble du contenu de l'accord[107]. Cette figure classique ayant servi de point de départ à l'élaboration du droit des contrats apparaît aujourd'hui comme le scénario le moins usité en pratique. Le modèle du « contrat librement négocié » qu'avaient en vue les rédacteurs du

[107] V. en ce sens : G. DEUREUX, « De la nature juridique des contrats d'adhésion », RTD civ. 1910, p. 503 ; E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon, éd. A. Rousseau, 1912, p. 13 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, Sirey, 1930, p. 18, n° 32 ; du même auteur, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », RTD civ. 1937, p. 1 et s., spéc. p. 8, n° 7 ; J. AMIEL-DONAT, *Essai sur le rôle du consentement dans la formation des contrats*, th. Perpignan, 1981, p. 144, n° 229 ; A. SEUBE, « Les conditions générales des contrats », *in* Études offertes à A. JAUFFRET, DL 1974, p. 621.

Code civil est de plus en plus rare[108]. Cette observation se vérifie à l'analyse des clauses instituant une procédure contractuelle. En effet, ce type de dispositif est généralement adopté selon deux scénarios différents d'importance égale.

Le premier, qui est couramment utilisé en pratique dans les rapports entre professionnels, est celui où les contractants ne discutent pas en réalité du contenu du processus. Ils se contentent d'y apporter une double adhésion, en stipulant une clause de renvoi (**a**). Le second, d'usage plus fréquent, est celui dans lequel les termes de l'accord instituant une procédure contractuelle sont élaborés par l'un des contractants et soumis à la simple adhésion de l'autre[109] (**b**). Ce cas de figure se rencontre généralement dans les contrats de dépendance ou dans les contrats établis par les professionnels à destination des consommateurs.

a. Les procédures contractuelles d'adhésion bilatérale

28. - Dans bon nombre d'hypothèses, les procédures contractuelles ne résultent pas d'une discussion entre partenaires. Les parties se contentent simplement de manifester leur adhésion à une procédure créée par un tiers au contrat. Un tel procédé vise à substituer « à ce qui pourrait être le contenu propre du contrat une formule préétablie par une autorité extérieure aux deux parties au contrat »[110]. La rédaction de la clause se trouve réduite à un simple renvoi à des dispositions ou règlements d'origine privée. À cet égard, la multiplication des normes élaborées par les organismes privés à l'instar des normes AFNOR P 03-001, des conditions générales rédigées par la FIDIC, des règlements et contrats modèles CCI, des clauses-types, des contrats-types[111] élaborés par certains organismes professionnels[112] ... favorisent le développement des clauses procédurales par renvoi.

La construction de la clause instituant une procédure contractuelle, étrangère à toute discussion entre les partenaires, peut revêtir deux formes. Il n'est pas rare que les parties reprennent textuellement dans leur contrat la procédure telle qu'elle est prévue dans le règlement ou le corps de règles d'origine privée visé. Ainsi, dans un contrat de travail

[108] D. VELARDOCCHIO, « Clauses n'ayant pas été l'objet d'une négociation individuelle », *in Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, p. 173. V. aussi, C. PAULIN, « Les enjeux de la négociation dans le contrat de transport », AJCA 2016, p. 320, spéc. n° 3, selon l'auteur, l'inégalité des contractants et surtout « la masse extraordinaire des contrats conclus » laissent peu de « place pour la négociation contractuelle ».

[109] C. civ., art. 1110, al. 2. Sur cette question, v. not. F. CHÉNEDÉ, « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », JCP 2016, 776 ; C. DELANGLE, « Le nouveau dispositif du Code civil consacré au contrat d'adhésion », JCP E 2017, 1452 ; M. MEKKI, « Fiche pratique sur le contrat d'adhésion », Gaz. Pal. 22 mars 2016 ; T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du Code civil », D. 2016, p. 1771. A. ETIENEY-DE SAINTE MARIE (dir.), *Le contrat d'adhésion*, colloque organisé le 14 décembre 2018 par l'IRDA, RDC 2019, p. 103. V. déjà, G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, préf. B. GOLDMANN, 2e éd., LGDJ 1976, n° 182.

[110] P. RONGÈRE, *Le procédé de l'acte-type*, préf. J. RIVERO, LGDJ 1968, p. 285.

[111] Sur ce point, v. J. LÉAUTÉ, « Les contrats-types », RTD civ. 1953, p. 429 ; G. CHANTEPIE, « De la nature contractuelle des contrats-types », art. préc., spéc. p. 1248.

[112] V. par ex. les modèles de contrats types établis par le Conseil National de l'Ordre des Médecins.

litigieux[113] était prévue une procédure de renonciation au jeu de la clause de non-concurrence à l'initiative de l'employeur stipulant que :

> « L'interdiction de concurrence peut être levée ou réduite par l'entreprise par lettre recommandée avec accusé de réception au plus tard dans les huit jours suivant la notification de rupture du contrat de travail ».

Cette clause reproduisait, en l'espèce, l'article 28 de la Convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie du 13 mars 1972. Ce faisant, employeur et salarié avaient, par cette double adhésion, manifesté leur volonté de contractualiser la procédure en cause résultant de la convention collective applicable en la reproduisant dans une clause du contrat de travail.

29. - Mais en général, l'adhésion des partenaires aux procédures élaborées en dehors de toute négociation sur leur contenu est encouragée par certains organismes tels que la C.C.I. (Chambre de Commerce et d'Industrie), l'A.F.A. (l'Association Française d'Arbitrage), les ordres professionnels qui prévoient des modèles types de clauses procédurales auxquels les parties peuvent insérer dans leur convention. Tel est le cas, par exemple, du modèle de clause instituant une procédure d'arbitrage proposée par l'A.F.A. :

> « Les différends ou litiges qui viendraient à se produire en suite ou à l'occasion du présent contrat seront résolus par voie d'arbitrage conformément au Règlement de l'Association Française d'Arbitrage auquel les parties déclarent adhérer ».

30. - Parfois l'adhésion bilatérale se fait au moyen d'une clause renvoyant à des normes régissant l'opération en cause mais élaborées en dehors des contractants. À titre d'exemple, les principes UNIDROIT prévoient une procédure de renégociation du contrat en cas de survenance d'une situation de *hardship*[114]. La partie qui subit cet évènement peut demander l'ouverture des négociations sans suspendre l'exécution de ses obligations. À défaut d'accord entre les parties dans un délai raisonnable l'une ou l'autre peut saisir le tribunal ; celui-ci peut adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations ou mettre fin au contrat (art. 6.2.3). Les contractants peuvent, en vertu de la liberté qui leur est reconnue, stipuler une clause de renvoi à ces principes, contractualisant de ce fait la procédure instituée par ces principes. De même, des instruments comme les Conditions générales FIDIC, les normes AFNOR P 03-001 recèlent de nombreuses procédures qui sont disponibles pour être contractualisées par les parties[115].

Il résulte des exemples précédents que la stipulation d'une clause instituant une procédure peut se faire en dehors de toute négociation entre les parties sur son contenu. La liberté contractuelle des parties n'en reste pas pour autant entamée en ce que le choix du renvoi à la procédure résulte de leur volonté commune. Reste que la partie en position de force aura naturellement tendance à imposer sa volonté. On peut le constater à l'analyse des procédures contractuelles d'adhésion unilatérale.

---

[113] Cass. soc. 11 mars 2015, n° 13-22.257.
[114] V. art. 6.2.1 et s..
[115] V. les normes AFNOR P 03-001 (art. 4.1), qui prévoient que ses dispositions ne seront considérées comme faisant partie intégrante du contrat que lorsqu'elles sont acceptées par les parties apposant leur signature à cet effet sur le document le contenant ou qu'elles soient rendues applicables par une disposition particulière du contrat.

b. Les procédures contractuelles d'adhésion unilatérale

31. - L'initiative de l'inclusion d'une clause instituant une procédure dans le contrat peut être le fait d'une seule partie sans discussion préalable sur son contenu avec le partenaire adhérant[116]. Ce cas de figure est plus fréquent dans les contrats entre professionnels et consommateurs, mais aussi dans les contrats entre professionnels où l'un des contractants occupe une position dominante. Par exemple, dans le contrat unissant le franchiseur Sifisa à ses différents franchisés était insérée une clause de style prévoyant une procédure de fixation du prix laquelle était stipulée de la façon suivante :

> « Le prix sera celui du marché dans les conditions comparables majoré d'un coefficient dit de privilège qui sera proposé par Sifisa compris dans une fourchette de 1,1 à 1,2.
> Le prix du marché sera établi, soit entre les parties, soit si elles ne peuvent se mettre d'accord, par deux experts, l'un désigné par Sifisa, l'autre par les autres associés. En cas de désaccord entre les deux experts sur le prix du marché, ils seront départagés par un troisième expert nommé par le Président du Tribunal de commerce de Paris à la requête de la partie la plus diligente »[117].

En pratique, la stipulation d'une clause instituant une telle procédure d'adhésion se fait par simple référence à un document externe à l'acte tel les conditions générales de vente[118] ou d'achat. Plus concrètement, il est loisible aux parties contractantes de prévoir une clause faisant référence aux conditions générales élaborées par l'une d'entre elles et dont une disposition prévoit une procédure contractuelle[119]. L'examen de la pratique contractuelle révèle la tendance grandissante de la partie en position de force (qu'il s'agisse de contrats entre professionnels ou entre professionnels et consommateurs) à imposer systémiquement l'application de ses conditions générales contenant une procédure contractuelle à la partie faible.

32. - Cependant, le fait que la clause procédurale ait été conçue en dehors de toute confrontation et discussion sur son contenu ne saurait simplement se réduire à l'expression d'une manifestation de la puissance d'une partie par rapport à l'autre. Cela répond davantage à des considérations d'ordre pratique évidentes de l'époque contemporaine où « la multiplication des opérations standardisées, due à l'avènement de la production et de la

---

[116] G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *op. cit.* n° 182.

[117] La validité de cette clause avait été contestée par certains franchisés sur le terrain de l'indéterminabilité du prix sans succès : v. CA Paris, 28 juin 1993, Lettre de la distribution juill. 1993, p. 2 ; JCP E 1994, 310, n° 9, obs. J. M. MOUSSERON.

[118] V. D. MAINGUY, « Conditions générales de vente et contrats-types », J.-Cl. Contr. Distr. 2016, fasc. 60, n° 1, qui définit les conditions générales comme « l'ensemble des clauses contractuelles types rédigées avant la conclusion de contrats individuels dans lesquels elles sont destinées à s'intégrer ».

[119] Pour l'admission d'un tel procédé en matière de clause instituant une procédure d'arbitrage : v. par ex. Cass. 2e civ., 21 janv. 1999, Bull. civ. II, n° 16, p. 11 ; JCP éd. G. 1999. IV. 1443 ; RTD com. 1999, p. 844, obs. E. LOQUIN ; Cass. 1re civ., 4 déc. 2019, n° 18-23.176 ; JCP E, 30 juill. 2020, 1318, note P. CASSON ; Gaz. Pal. 10 mars 2020, obs. D. BENSAUDE. *Adde*, C. REYMOND, « La clause arbitrale par référence », *in Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international*, C. REYMOND et E. BUCHER (dir.), Schulthess, 1984, p. 85 et s. ; J.-F. POUDRET, « La clause arbitrale par référence selon la Convention de New York et l'article 6 du Concordat sur l'arbitrage », *in* Mélanges G. FLATTET, 1985, Payot, p. 523 et s. ; B. OPPETIT, « La clause d'arbitrage par référence », Rev. arb. 1990, p. 551 ; X. BOUCOBZA, « La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international », Rev. arb. 1998, p. 495 ; X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, « Varia sur l'existence du consentement à l'arbitrage », RDC 2018, p. 386 ; J. BILLEMONT, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, préf. C. JAMIN, LGDJ 2013, spéc. n° 425 et s.

distribution de masse, a entraîné l'unification des contrats destinés au public »[120]. Au demeurant, l'absence de négociations préalables ne signifie pas que les stipulations en cause servent toujours les intérêts du contractant en position de force. Il existe des processus contractuels qui, bien que rédigés par une seule partie, visent la satisfaction d'intérêts mutuels des contractants et même de la partie en situation de faiblesse. C'est ainsi qu'on retrouve dans les conditions générales de certains contrats de vente des distributeurs une procédure de réclamation dont l'objet est de faire en sorte que le professionnel puisse remédier rapidement à une défaillance invoquée par le consommateur dans un délai déterminé, mais aussi de permettre à celui-ci d'établir la preuve de cette défaillance en suivant la procédure indiquée dans le contrat. Ainsi, trouve-t-on dans les conditions générales de vente Auchan Fioul la clause instituant une procédure de réclamation suivante :

> « L'acceptation de nos livraisons implique la vérification dans les 72 heures, après la livraison, des natures, quantités, et volumes livrés. Toute réclamation, pour être admise, doit être formulée par lettre recommandée dans un délai maximum de 72 heures, suivant la date de livraison (jours fériés non compris). Ladite réclamation doit en outre avoir été mentionnée sur l'exemplaire resté en possession du livreur »[121].

Dans le même ordre d'idées, une procédure de règlement amiable des conflits totalement dématérialisée, à laquelle les parties peuvent se référer par une clause de leur contrat, est mise en place par le Centre de Médiation et d'Arbitrage de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris. Ce type de procédure permet de résoudre, à l'amiable, les différends entre professionnels ou entre professionnels et consommateurs notamment en matière de commerce électronique et plus spécialement dans les petits litiges sans avoir à se déplacer[122].

33. - On voit bien que les procédures contractuelles, qu'elles résultent d'une négociation entre les contractants ou qu'elles soient élaborées par la partie en position de force, servent souvent leurs intérêts mutuels. Plus précisément, les processus issus de contrats-types visent « moins à imposer des dispositifs favorables à leurs rédacteurs qu'à uniformiser, normer des contrats passés par dizaines, centaines et parfois milliers d'exemplaires »[123]. C'est donc moins les modes d'élaboration que l'acceptation des termes de l'accord instituant une procédure conventionnelle qui revêt une importance capitale. Cette indifférence du processus de cristallisation progressive des volontés se traduit également sur le terrain de l'admission de l'*instrumentum* devant contenir ces dispositifs contractuels. On les rencontre dans divers documents contractuels. De manière générale, la tendance est à la reconnaissance de la validité de clauses instituant des processus quelle que soit la nature du contrat porteur : contrat électronique[124], contrat conclu entre professionnel et consommateur[125], statuts d'une société civile[126], d'un GIE[127], accord collectif de travail[128].

---

[120] B. BERLIOZ-HOUIN et G. BERLIOZ, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », *in* Mélanges R. HOUIN, Dalloz, 1985, p. 3.
[121] Art. 7.2 des CGV Auchan Fioul, intitulé « Contenu de la livraison » : http://www.fioul.auchan.fr/edito/co-cgv.
[122] http://www.cmap.fr/Les-solutions-du-cmap/Recommandation-en-ligne/Recommandation-en-ligne-classique-74-fr.html
[123] J. M. MOUSSERON, JCP E, 1998, 604, n° 93.
[124] C. CHARBONNEAU et F.-J. PANSIER, « La nouvelle étape du consentement dématérialisé (À propos de l'arrêté du 31 mai 2002) », LPA, 25 juin 2002, n° 126, p. 4.

De ce qui précède, il ressort qu'il n'est pas nécessaire que la clause procédurale ait été l'objet de négociation individuelle entre les parties contractantes. Le processus de cristallisation des consentements requis pour la validité de cette clause paraît indifférent. Que la procédure contractuelle résulte d'une négociation entre contractants ou qu'elle résulte de l'adhésion d'une partie au contrat élaboré par son partenaire n'est d'aucune importance, seul importe l'accord de volontés des parties manifestant leur consentement à la clause instituant la procédure.

B. L'importance du consentement au contrat instituant la procédure

34. - L'exigence du consentement pour la validité de la clause instituant une procédure n'apparaît guère surprenante. Relevant de la matière contractuelle, ce type de clause paraît devoir être régie par le droit commun des contrats et singulièrement par les nouveaux articles 1128 et suivants du Code civil. Cependant, l'applicabilité du droit commun des conventions en la matière ne signifie pas que la conclusion d'un acte créateur de procédures contractuelles est sujette aux mêmes problématiques que celles ayant trait à la formation du contrat principal. En l'occurrence, des questions aussi importantes que celles relatives à l'objet et à la cause du contrat ne se posent pas en des termes identiques. Ce type de question reste, au demeurant, rare en la matière dans la mesure où l'objet et la cause des procédures contractuelles constituent en réalité le contrat de base auquel elles se rapportent. La stipulation d'une clause procédurale soulève, en pratique, un contentieux lié moins à la nécessité d'un consentement intègre qu'à sa réalité (**1**) et sa portée (**2**).

1. La réalité du consentement

35. - De même qu'il n'y a pas de contrat sans la volonté de celui qui s'oblige et de celui envers lequel l'engagement est pris, il ne saurait y avoir de processus contractuel sans le consentement des parties, hormis en ce qui concerne les procédures imposées ou réglementées. On verra que, même dans ce dernier cas, la marge de liberté reconnue aux parties n'est pas totalement bridée. Cette exigence du consentement[129], en tant que condition d'existence des procédures contractuelles, n'exprime rien d'autre que la volonté des parties de se lier l'une envers l'autre. En cela, la stipulation d'une clause procédurale ne présente pas de particularité par rapport à la formation du contrat principal.

En pratique, cependant, les procédures contractuelles résultent souvent d'un acte distinct de celui auquel elles se rapportent[130]. De même, il est assez courant que les rédacteurs de clauses procédurales procèdent à un simple renvoi à une procédure organisée en dehors des

---

[125] Cass. 1re civ., 1er févr. 2005, n° 03-19.692, Bull. civ. I, n° 64 ; JCP 2005. IV. 1532 ; JCP 2005. I. 141, no 8, obs. SAUPHANOR-BROUILLAU ; JCP 2005. I. 183, no 4, obs. S. AMRANI MEKKI ; Defrénois 2005, p. 1178, obs. C. ATIAS ; RTD civ., 2005, p. 393, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

[126] Cass. com., 15 juin 2010, n° 09-16.323, JCP E 2010, n° 40, n° 1878, note J.-P. LEGROS ; RTD civ. 2010, p. 780, obs. B. FAGES.

[127] Cass. com., 17 juin 2003, Bull. civ. IV, n° 101.

[128] Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 08-18.202, Bull. civ. V, n° 10 ; RTD civ. 2010, p. 780, obs. B. FAGES.

[129] L'échange des consentements, Colloque de l'Association Droit et commerce, RJ. com. 1995, n° spécial ; L. ROZES, « Le projet de contrat », *in* Mélanges L. BOYER, PUSST 1996, p. 639.

[130] Certaines de ces procédures sont prévues dans une clause des conditions particulières renvoyant aux conditions générales ou vice versa.

parties. Ce mécanisme de renvoi consiste, pour les parties, à se référer et, par voie de conséquence, à contractualiser les procédures établies par certains organismes ou ordres professionnels. Dans tous les cas, l'exigence du consentement suppose que les procédures prévues au contrat soient acceptées et donc connues notamment par la partie qui n'a pas participé à son élaboration. S'agissant des procédures organisées en dehors des parties, la question ne paraît pas susciter de difficultés particulières dans la mesure où elles font l'objet d'une large publicité et sont censées être connues des partenaires au moment de la conclusion du contrat. De plus, les clauses qui y font référence résultent généralement de contrat dont la conclusion a fait l'objet de négociations entre partenaires avisés de la vie des affaires.

36. - En revanche, lorsque la procédure contractuelle résulte d'un acte instrumentaire distinct du contrat de base, se pose la question de sa connaissance par la partie qui n'est pas à l'origine de son élaboration. L'acceptation du contrat implique-t-elle aussi celle de toutes ses clauses y compris celles ne figurant pas dans le document contractuel signé ? En droit commun des contrats, la réponse est nuancée et paraît dépendre des circonstances de la cause. La jurisprudence distingue selon que la clause figurait ou non dans un document contractuel lors de la conclusion du contrat[131]. Dans la première hypothèse, la clause sera en principe considérée comme ayant été acceptée à moins qu'elle apparaisse insolite et peu apparente. Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire celle dans laquelle la clause ne figurait pas dans un document contractuel, elle est en principe présumée non acceptée sauf s'il est démontré que le contractant en avait connaissance lors de la conclusion du contrat. La jurisprudence décide, en effet, que le document contenant la clause litigieuse, lorsqu'il est distinct du contrat principal, doit être porté à la connaissance de la partie qui n'est pas à l'origine de sa rédaction[132]. Les auteurs semblent unanimes, en dépit des différences plus formelles que réelles, sur le fait qu'une clause ne puisse être invoquée par une partie à l'encontre de son cocontractant que si celui-ci « a pu effectivement et matériellement prendre connaissance » et qui a été acceptée par lui lors de la conclusion du contrat[133]. La connaissance d'une clause contenue dans un document distinct du contrat de base implique, en pratique, la remise de celui-là au cocontractant. En présence de plusieurs contrats soumis à des conditions générales identiques, les conditions d'opposabilité de ces dernières doivent être scrupuleusement respectées pour chacune de ces conventions[134]. Cette solution a vocation à s'appliquer même lorsque l'opération juridique projetée s'inscrit dans une relation d'affaires suivies entre les parties[135].

---

[131] P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 286, p. 273-274.

[132] Cass. com., 9 juill. 1991, Bull. civ. IV, n° 256, p. 179 ; RTD civ. 1992, p. 389, obs. J. MESTRE : jugé qu'un chargeur ne peut se voir opposer une clause attributive de juridiction, dont le texte n'ayant pas été reproduit sur le seul document qui lui a été remis avant qu'il ne confie la marchandise au transporteur ni annexé au document, n'avait pu être acceptée par lui au moment de la conclusion du contrat de transport.

[133] D. MAZEAUD, « La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : comparaisons », *in L'avant-contrat : Actualité du processus de formation des contrats*, O. DESHAYES (dir.), PUF, 2007, p. 13 et s., sp. n° 29, p. 28 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, 16e éd. Sirey, 2014, spéc. n° 156, p. 151 ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 19e éd., LGDJ Lextenso 2021, n° 79 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, Les obligations*, 12e éd., Dalloz 2018, n° 184.

[134] Cass. 1re civ., 11 mars 2014, n° 12-28.304 ; JCP E 2014, 1351, n° 2, obs. R. LOIR.

[135] Cass. 3e civ., 30 juin 1992, n° 90-21.491. - Cass. 1re civ., 18 oct. 2005, n° 03-18.467.

La parade utilisée dans la pratique des affaires consiste à insérer une stipulation de reconnaissance de l'existence d'une telle clause. La solution retenue par la jurisprudence en présence de ce type de clause n'est pas unanime. Dans certains arrêts, l'insertion dans le contrat principal d'une clause de renvoi aux conditions générales, accompagnée d'une mention par laquelle le signataire reconnaît en avoir pris connaissance a été jugée efficace[136]. Dans d'autres affaires, la clause litigieuse a été jugée inopposable malgré l'insertion d'une telle stipulation dans le contrat de base[137]. En réalité, dans cette dernière hypothèse la jurisprudence prend en considération l'ensemble des éléments ayant déterminé le consentement du contractant qui soutient ne pas avoir accepté la clause litigieuse et notamment les circonstances entourant sa conclusion. Il s'agit, bien évidemment d'une question de fait, relevant de l'appréciation des juges du fond. L'efficacité de cette parade n'est donc pas certaine et paraît dépendre des circonstances entourant la conclusion du contrat[138].

37. - Pour ce qui a trait aux clauses instituant des processus, l'exigence de la connaissance effective de celles-ci comme condition nécessaire de leur application à vocation à s'imposer pleinement[139]. En effet, eu égard au caractère exorbitant de droit commun de certaines procédures contractuelles (procédure d'arbitrage, procédure de résolution du contrat, procédure d'exclusion...), la partie rédactrice doit faire preuve de vigilance particulière en mettant son partenaire en mesure de s'engager en connaissance de cause. Le caractère peu lisible de la clause procédurale[140], l'absence de référence ou la non-reproduction de la clause dans « les actes »[141], de même que des références contradictoires et incertaines des documents formant le contrat[142] constituent autant de facteurs pouvant conduire à déduire l'absence de connaissance effective. Certains auteurs estiment qu'une telle précaution n'est nécessaire que dans le cadre de contrats conclus entre professionnels et consommateurs. Elle ne devrait pas être de mise notamment en ce qui concerne les contrats entre professionnels ou entre particuliers sous peine de nier le principe du consensualisme. Ils considèrent que, mise à part des hypothèses particulières, l'ensemble des instruments écrits, et ce, quel que soit le moment de leur élaboration « participent au contenu du contrat dès lors qu'effectivement les deux parties en ont eu connaissance »[143]. Cette dernière analyse doit être nuancée. Car la réalité est plus complexe qu'elle n'y paraît. La pratique révèle souvent l'existence de situations

[136] V. Cass. 1re civ., 3 déc. 1991, Bull. civ. 1991, I, n° 342 ; RTD com. 1992, p. 659, obs. B. BOULOC. - Cass. 1re civ., 10 avr. 1996, Bull. civ. 1996, I, n° 177.
[137] Civ. 1re civ., 27 févr. 1996, CCC 1996, n° 94, obs. L. LEVENEUR ; Defrénois 1996, art. 36354, n° 53, obs. J.-L. AUBERT ; RTD civ. 1997, p. 118, obs. J. MESTRE.
[138] A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, *op*. et *loc*. *cit.*.
[139] V. par ex. CA Versailles, 18 juin 2018, n° 15/06830, qui retient dans ses motifs de rejet de la fin de non-recevoir proposée par l'architecte le fait qu'il n'est pas établi que le Cahier des clauses générales établi par l'Ordre des architectes instituant une procédure contractuelle de consultation pour avis « ait été porté , de quelque manière que ce soit, à la connaissance » des maîtres d'ouvrage ; CA Agen, 2 oct. 2019, n° 17/00029 : clause d'exclusion jugée inopposable à un associé faute d'avoir été portée à la connaissance de ce dernier.
[140] Civ. 1re civ., 27 févr. 1996, préc.
[141] Cass. com., 16 juin 2009, n°07-14.913, inédit : jugé que la non-reproduction de la clause instituant une procédure de conciliation préalable dans les documents contractuels servant exclusivement de support aux demandes du requérant ne peut entraîner l'irrecevabilité de sa demande.
[142] Civ. 1re civ., 20 févr. 1996, Bull. civ. I, n° 86, p. 58 : en l'espèce, le bon de commande faisait référence aux conditions générales lesquelles contenaient la clause compromissoire jugée comme n'ayant pas fait l'objet d'une acceptation par l'acquéreur.
[143] M. MOUSSERON, J.-M. MOUSSERON et J. RAYNARD, obs. sous Cass. com., 23 juin 1992, n°90-15.570, JCP E 10 déc. 1992, 199, n° 2.

douteuses, « laissant place à l'interprétation »[144]. Aussi, est-il préférable de laisser la question à la prudence des magistrats qui peuvent, en fonction des circonstances, déduire le consentement au processus contractuel par le jeu d'une présomption[145].

38. - On soulignera, par ailleurs, que la réalité du consentement à la clause procédurale ne se vérifie pas seulement au moment de la conclusion du contrat, elle peut être établie postérieurement à celle-ci. Il ne s'agit pas simplement de protéger un contractant à qui on oppose le jeu d'une procédure contractuelle, mais de s'assurer avant tout de la réalité de l'expression du consentement de la partie qui se contente d'adhérer au projet de contrat rédigé par son partenaire. La jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer, en effet, que l'acceptation de la clause d'arbitrage peut résulter de l'exécution du contrat en pleine connaissance de cause par la partie non rédactrice[146]. Ce faisant, elle érige une digue contre toute mauvaise foi de part et d'autre. L'exécution du contrat contenant la clause procédurale paraît bien être un indice révélateur de la connaissance effective de celle-ci, le contractant ne pourra prétendre écarter la mise en œuvre de cette procédure au moment où elle a vocation à s'appliquer sous prétexte qu'il n'a pu l'avoir acceptée lors de la conclusion du contrat.

39. - Le contrôle de la réalité du consentement conduit à la conclusion selon laquelle le jeu d'une clause procédurale incluse dans un document contractuel suppose sa connaissance effective et préalable par le contractant auquel on l'oppose. Ce souci de protection du contractant apparait également à l'étude de la portée du consentement au contrat instituant une procédure contractuelle.

2. La portée du consentement

40. - L'étude de la portée du consentement permet de déterminer les contours de la procédure autour de laquelle se sont cristallisées les volontés des contractants à la conclusion du contrat porteur.

De prime abord, le consentement exprimé au contrat principal qui sert de support à la clause procédurale vaut, en principe, également pour celle-ci. Constituant un tout, il n'est pas nécessaire que l'acceptation requise, notamment lorsque le contrat est pré-rédigé par un seul partenaire, ait lieu pour chacune de ses clauses. Il est admis généralement qu'« une acceptation unique et globale suffit pour conférer une pleine efficacité à l'ensemble »[147]. Cette analyse mérite d'être approuvée d'autant que, selon la définition communément admise du

---

[144] X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, « Varia sur l'existence du consentement à l'arbitrage », art préc., spéc. 5e §.

[145] J. BILLEMONT, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, *op. cit.*, n° 437 et s.

[146] Cass. 1re civ., 25 juin 1991, Bull. civ. I, n° 205, p. 134 ; RTD civ. 1992, p. 389, obs. J. MESTRE.

[147] J.-L. AUBERT, note sous CA Amiens, 23 nov. 1976, Rép. not. Defrénois 1977, art. 31441, n° 52 ; C. PAULIN, *La clause résolutoire*, préf. J. DEVEZE, LGDJ 1996, n° 16, p. 22. *Contra*, v. D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 1, p. 9, pour qui la clause pénale suppose une acceptation spécifique distincte de celle donnée au contrat principal ; M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle » (1re partie), art. préc., p. 1065 : les clauses attributives de pouvoir unilatéral « font, et doivent toujours faire, l'objet d'un consentement libre et éclairé, distinct du contrat lui-même » ; E. LOQUIN, obs. sous Paris 8 oct. 1998, RTD com. 1999, p. 844 : selon l'auteur lorsqu'un contrat comportant une clause compromissoire est nul en raison d'un vice de consentement, cette nullité ne devrait affecter ladite clause que si le consentement des parties est vicié relativement à leur engagement dans l'arbitrage, ce qui laisse supposer que la clause d'arbitrage requiert un consentement spécifique distinct de celui requis pour le contrat de base.

contrat, il n'est pas prévu que celui-ci « ait été consenti en détail »[148]. Dans cette logique, il suffit que le contractant, qui soutient ne pas avoir accepté la clause instituant un processus, ait donné son consentement au contrat porteur. La volonté exprimée par les parties au contrat contenant la clause procédurale fait présumer l'intégration de celle-ci dans le champ contractuel. Dans l'hypothèse d'une pluralité d'actes instrumentaires distincts, le problème se résoudra généralement à travers la détermination de ce qui rentre dans la catégorie des documents contractuels[149]. Bien entendu, la signature d'un contrat renvoyant à un document contenant une clause procédurale laisse présumer la connaissance et l'acceptation de celle-ci par les signataires[150].

41. - Par ailleurs, l'analyse de la portée du consentement permet de déterminer l'étendue de la clause instituant une procédure contractuelle. En la matière, la jurisprudence fait preuve de rigueur et adopte une interprétation stricte de la clause. Ainsi dans un contrat de travail entre un médecin spécialiste et un centre de soin, une clause de conciliation préalable prévoyait qu'« en cas de difficultés soulevées soit par l'exécution, soit par l'interprétation du présent contrat, les parties s'engagent, préalablement à toute action contentieuse, à soumettre leur différend à deux membres du conseil départemental de l'Ordre des médecins du Finistère, chacun choisissant librement un des deux membres ». À la suite de son licenciement, le salarié saisit directement le Conseil de Prud'hommes. L'arrêt de la cour d'appel jugeant cette demande irrecevable et estimant que la clause « englobe nécessairement les différends liés à la rupture du contrat de travail, laquelle n'était, en l'espèce, que la conséquence des difficultés rencontrées dans l'exécution du contrat de travail » a été cassé par la Cour de cassation[151] pour dénaturation de la clause au motif que celle-ci visait « les difficultés soulevées par l'exécution ou l'interprétation du contrat et non pas le litige né de sa rupture ». Il a été jugé également que « la clause de saisine préalable à toute action judiciaire en cas de litige sur l'exécution du contrat de l'ordre des architectes » ne pouvait « porter que sur les obligations des parties au regard des dispositions de l'article 1134 du Code civil » et n'avait pas « vocation à s'appliquer lorsque la responsabilité de l'architecte [est] recherchée sur le fondement de l'article 1792 du même Code »[152]. Cette interprétation stricte de la volonté des parties vise à cantonner la clause procédurale dans les limites voulues. Si la solution peut paraître contestable en ce qu'elle conduit à priver d'effet une clause valablement conclue par les contractants, elle peut se targuer du mérite de respecter leur volonté. Le consentement exprimé à la conclusion du contrat ne saurait aller au-delà des hypothèses visées nommément par les parties.

---

[148] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t.2, *Les biens, Les obligations*, *op. cit*., n° 949, p. 1978.
[149] V. F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, *op. cit*., spéc. n° 5 et s.
[150] V. par ex., Cass. 1re civ., 4 déc. 2019, n° 18-23.176, préc.
[151] Cass. soc., 7 mars 2007, n° 05-45.157, inédit.
[152] Cass. 3e civ., 23 mai 2007, n° 06-15.668, Bull. civ. III, n° 80 ; RDI 2007, p. 355, obs. P. MALINVAUD ; Cass. 3e civ., 9 oct. 2007, n° 06-16.404 ; RDI 2008, p. 158, obs. P. MALINVAUD. *Adde*, Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-18.852 ; CCC 2012, comm. 231, obs. N. MATHEY ; RDC 2013, p. 192, obs. C. PELLETIER : jugé que l'action engagée par une société, fondée sur les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce visant la rupture d'une relation commerciale établie ne méconnaît pas la clause de médiation préalable figurant au contrat en cause « dont l'application était limitée aux différends portant sur la fin de ce contrat précis » et non la fin de la relation commerciale tout entière qui ne pouvait être réduite à cette seule convention.

42. - En somme, le consentement est nécessaire à la validité de la clause procédurale ; son expression se résume le plus souvent à l'accord donné au contrat contenant ladite clause. Cet accord de volontés, aussi crucial qu'il puisse paraître, s'avère parfois insuffisant à assurer la pleine efficacité des procédures contractuelles. Dans bon nombre de cas, la liberté reconnue aux parties dans l'expression de leurs volontés se trouve confrontée à l'exigence d'une matérialisation de leur accord.

§. 2. La matérialisation de l'accord de volontés des contractants

43. - La matérialisation de l'accord de volontés des contractants conduit à son expression dans un écrit[153]. Eu égard aux incidences qu'elle est susceptible d'avoir sur les droits et obligations des parties, la formulation des clauses instituant des procédures se révèle d'une importance capitale. La jurisprudence procède à une application stricte des clauses en la matière[154]. Les parties doivent donc prendre soin, dans la rédaction de l'acte (**A**), à bien préciser le contenu de la procédure en cause (**B**).

A. La rédaction de la clause instituant une procédure contractuelle

44. - Une fois les négociations achevées entre les parties portant notamment sur la conception de la clause procédurale, se pose la question de sa formulation. L'expression formelle d'une procédure contractuelle constitue l'étape cruciale du processus de cristallisation des consentements. Si le formalisme n'est pas la règle de principe en la matière (**1**), son exigence a tendance à se renforcer de plus en plus (**2**).

1. L'absence d'exigence de principe du formalisme

45. - La validité d'une procédure contractuelle n'est pas, en principe, subordonnée à son expression dans un écrit. Cette absence d'exigence de principe du formalisme n'a rien d'original dans la mesure où elle est commune à tous les contrats en général.

Il suffit que soit constatée la volonté certaine des parties de se lier juridiquement pour que le dispositif procédural soit imprégné de la force contraignante d'une convention légalement formée. Cependant, la nécessité de la démonstration de l'existence du dispositif créé par les parties implique l'extériorisation de leurs consentements. Cela paraît relever de l'évidence. En effet, la volonté d'une personne ne peut être déduite avec certitude qu'à travers ses manifestations extérieures. Aussi, l'opinion considérant cette « manifestation de volonté du contractant, plus que sa volonté elle-même [comme] l'élément primaire du contrat »[155] trouve un écho particulier en matière de conclusion de l'accord instituant une procédure conventionnelle. Pour dire les choses autrement, l'expression (formelle ou verbale) de la volonté importe plus que la volonté elle-même. Du reste, les clauses procédurales sont

[153] En ce sens, v. par ex. X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, « Varia sur l'existence du consentement à l'arbitrage », art préc., spéc. 9e § : si le « principe d'un consensualisme absolu » est consacré en droit français de l'arbitrage international, « il n'en demeure pas moins que le consentement suppose un minimum d'extériorisation qui permette de rapporter la démonstration de son existence ».
[154] Sur cette question, v. i*nfra*, n° 406 et s.
[155] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 2, *Les biens, Les obligations*, *op. cit*., n° 947, p. 1974.

généralement stipulées dans des conventions telles que la vente[156], le contrat d'entreprise[157]... pour la conclusion desquelles, il n'est exigé aucune formalité.

46. - Si ce principe du consensualisme a le mérite de la simplicité et présente l'avantage de faciliter les opérations économiques, il n'en comporte pas moins des inconvénients. Outre le fait qu'il pourrait conduire à des engagements « irréfléchis, donnés à la légère ou même inexistants »[158], le consensualisme n'est pas un terrain propice à la sécurité juridique. En l'absence d'expression formelle de la clause, l'une des parties pourrait toujours nier son existence. De plus, son opposabilité aux tiers pourrait être difficilement réalisable notamment au regard du contenu de la clause. Ces divers facteurs conjugués au caractère exorbitant de certaines clauses procédurales contribuent à l'atténuation du principe de consensualisme en la matière.

2. Les limites à la libre expression de la volonté

47. - Le développement des exigences imposant une expression formelle des volontés constitue un trait majeur de l'évolution du droit des contrats depuis le Code civil de 1804. Ces exigences liées au formalisme n'interviennent pas pour substituer la forme à la volonté, élément indispensable à la formation du contrat, mais comme une exigence supplémentaire imposée aux contractants[159].

Le formalisme requis en matière de clause instituant une procédure conventionnelle est variable selon l'objet de la procédure. Mais selon la sanction encourue, il est possible de distinguer deux variantes du formalisme en la matière. Certaines exigences liées au formalisme sont requises à titre de validité même de la clause procédurale (**a**) alors que le respect des autres est exigé pour l'efficacité de la procédure contractuelle (**b**).

a. L'exigence d'écrit, condition de validité de la clause procédurale

48. - L'expression du consentement à la clause instituant une procédure conventionnelle est parfois soumise à l'exigence d'écrit. Ce formalisme devient un élément constitutif de l'acte instituant ladite procédure.

L'article 1443 du Code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, prévoit que la convention instituant une procédure d'arbitrage, doit être établie par écrit. Celui-ci n'est pas nécessairement le document signé entre les parties contractantes. Le même texte prévoit, en effet, que la convention d'arbitrage peut résulter aussi « d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale »[160]. Un écrit est aussi exigé en matière de convention de procédure participative[161].

---

[156] Ex. Cass. 3e civ., 27 mai 1990, Bull. civ. III, n° 225 ; RTD civ. 1991, p. 314, obs. J. MESTRE.
[157] Cass. 3e civ., 8 oct. 1974, Bull. civ. III, n° 343.
[158] P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 326, p. 305.
[159] J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1, *op. cit.*, n° 901, p. 668.
[160] Sur ce point, v. not. B. OPPETIT, « La clause d'arbitrage par référence », Rev. arb. 1990, p. 551 ; X. BOUCOBZA, « La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international », art. préc., spéc. n° 17 et s., qui souligne la faveur accordée au consensualisme. *Adde*, O. DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, préf. J.-M. JACQUET, 1re éd., PUF 2010, spéc. 101 et s. et les références citées.

Ce formalisme imposé par la loi ne vient pas suppléer la volonté des contractants. Il intervient comme une condition supplémentaire à la validité de la convention. Le consentement des parties demeure une condition essentielle à la formation du contrat instituant une procédure arbitrale.

49. - L'exigence d'un écrit est compréhensible. En effet, la conclusion d'un contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre leur litige à ces procédures conventionnelles est considérée comme un acte grave puisqu'elles conduisent en pratique à écarter le traitement judiciaire de ce litige (dans un premier temps pour la procédure participative et de manière définitive pour l'arbitrage). Or, il n'est guère discutable que le droit d'agir est un droit fondamental bénéficiant d'une protection supra-législative. À cet égard, l'exigence d'un écrit apparaît comme un moyen supplémentaire d'assurer l'expression non équivoque de la volonté des parties de renoncer à ce droit fondamental en pleine connaissance de cause. Le formalisme en cause vise également à fixer le dispositif conventionnel dans un support durable et accessible. L'accord de volontés, ainsi matérialisé, demeure fixe, inaltérable, ce qui ne saurait être le cas sans le secours de la forme.

La sanction de la méconnaissance de cette exigence d'écrit est la nullité de la convention et par voie de conséquence de la procédure subséquente. Cette sanction affectant la validité même de la clause procédurale est rare et demeure cantonnée à certaines clauses prévoyant le respect d'un processus. Dans bien d'autres hypothèses, la transgression de l'exigence d'écrit n'affecte pas la validité, mais plutôt l'efficacité de la procédure contractuelle.

b. L'exigence d'écrit, condition d'efficacité de la procédure contractuelle

50. - Sans être une condition de validité de la procédure contractuelle, le formalisme est requis dans bien des cas pour accompagner la volonté des contractants soit au moment de la formation du contrat l'instituant soit lors de la mise en œuvre du dispositif conventionnel.

Au regard des conséquences susceptibles de résulter de la mise en œuvre de certaines procédures conventionnelles, la jurisprudence exige la stipulation d'un écrit. Ainsi, dans une affaire portée devant la Cour de cassation relative à une procédure de conciliation, le demandeur au pourvoi soutenait que, pour s'imposer au juge, le préliminaire de conciliation ne doit pas nécessairement résulter d'une « clause contractuelle écrite ». Le pourvoi a été rejeté, la Cour estimant que la clause du contrat instituant un préalable de conciliation doit résulter « d'une stipulation contractuelle, laquelle est, en effet, seule de nature à s'imposer au juge »[162]. L'existence d'un usage professionnel est, à cet égard, jugé indifférente. La solution rappelle l'article 1443 du Code de procédure civile qui exige un écrit pour la validité d'une convention d'arbitrage. Cet « emprunt » ponctuel au régime de l'arbitrage est favorablement accueilli par certains en ce que ces deux types de procédures (arbitrage et conciliation) ont «

[161] C. civ., art. 2063.
[162] Cass. 1re civ., 6 mai 2003, n° 01-01.29, Bull. civ. I, n° 108 ; RTD civ. 2003, p. 499, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RDC 2003, p. 189, obs. X. LAGARDE ; RDSS 2003, p. 633, obs. G. MEMETEAU ; JCP E 2004, p. 384, obs. S. BRENA.

en commun de comporter une renonciation au droit au juge fût-ce à des degrés divers »[163]. La « dimension abdicative » qui anime les deux techniques commande d'appliquer la même solution. L'exigence d'écrit se comprend dans la mesure où le jeu de la clause de conciliation implique une renonciation, du moins, temporaire au droit d'accès au juge. L'exigence d'une stipulation contractuelle écrite vient donc conforter le principe général selon lequel « la renonciation à un droit ne résulte que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer »[164]. Toutefois, si la clause litigieuse se trouve priver de tout effet utile pour des raisons de formalisme, cette inefficacité n'est pas la conséquence d'une nullité. Il s'agit simplement de faire en sorte qu'un contractant s'engage en connaissance de cause dans un acte qui pourrait avoir pour conséquence, en cas d'inobservation de ses termes, la privation du droit au juge.

51. - Dans certains cas, le formalisme est imposé pour accompagner la procédure contractuelle. Tel est le cas de la procédure de renégociation d'un contrat de crédit immobilier. L'article L 313-39 du Code de la consommation[165], qui prévoit les conditions de forme de la modification de ce contrat, impose la conclusion d'un avenant « en cas de renégociation de prêt », ce qui suppose la rédaction d'un écrit. Cependant, législateur n'a assorti ce formalisme d'aucune sanction particulière[166]. Dans ces conditions, la question relève du droit commun notamment en ce qui concerne les règles relatives aux vices du consentement et à la responsabilité civile.

L'exigence d'un écrit n'a pas uniquement sa source dans la loi ou dans la jurisprudence, elle résulte parfois du règlement d'institutions non étatiques. C'est le cas, par exemple du règlement CCI d'arbitrage en vigueur à compter du 1er mars 2017 qui prévoit, par exemple, que l'éviction (dans les litiges d'un montant élevé) ou le recours (dans les litiges de moindre valeur pécuniaire) à la procédure accélérée doit faire l'objet d'une stipulation expresse dans l'acte[167]. La sanction du non-respect de ce formalisme n'est pas précisée. On peut cependant logiquement en déduire qu'elle conditionne l'application de la procédure accélérée. En d'autres termes, si le formalisme n'est pas une condition de validité de la clause renvoyant à cette procédure, il constitue une garantie d'efficacité de son invocation ne serait-ce que sur le terrain probatoire.

Il ressort au final de cette analyse que le consensualisme demeure le principe en matière de procédures contractuelles. Néanmoins, il comporte de sérieuses limites. Celles-ci résultent non seulement de la loi, mais aussi des nécessités pratiques de preuve. En effet, on sait que les dispositifs contractuels en cause ont pour objet l'instauration d'une procédure consistant en l'accomplissement d'une série de formalités dans les délais. La détermination de cette

[163] X. LAGARDE, obs. préc., spéc. p. 192-193.
[164] B. PONS, *Contrat de transaction - Solutions transactionnelles*, Dalloz Référence 2014-2015, n° 312-43, p. 605.
[165] V. not. A GOURIO, « Le nouveau régime des renégociations de prêts au logement », JCP E 1999, 1324, spéc. n° 15 qui considère que l'avenant de renégociation de prêt bénéficie d'un « formalisme tempéré ». V. aussi, A.-X. BRIATTE, « La renégociation d'un prêt immobilier et sa formalisation », RD bancaire et fin. 2018, étude 10.
[166] Comp., Cass. 1re civ., 5 févr. 2020, n° 18-26.769 ; RDI 2020, p.300, obs. J. BRUTTIN, qui considère que l'absence d'indication du taux et de la durée de la période n'est pas sanctionnée par la nullité de la stipulation d'intérêt figurant à l'avenant au contrat de prêt de crédit immobilier.
[167] Publication ICC 880, p. 79.

procédure implique, en pratique, la rédaction d'un écrit précisant ce à quoi chacune des parties est tenue dans le cadre de la mise en œuvre du processus conventionnel, c'est-à-dire le contenu de la clause procédurale.

B. Le contenu de la clause instituant une procédure contractuelle

52. - Le jeu d'une clause procédurale implique la mise en œuvre d'un processus minimum qui peut être plus ou moins structuré selon la volonté des parties au contrat. Les rédacteurs d'un tel accord doivent davantage se montrer vigilants notamment dans la précision du contenu de la clause. L'attention doit à la fois être portée sur la teneur du dispositif contractuel (**1**) et sur la clarté de la clause l'instituant (**2**).

1. La teneur de la clause instituant une procédure

53. - Le contenu de la procédure conventionnelle renvoie au processus qu'elle vise à instaurer entre les contractants dans la situation particulière visée par la clause l'instituant. En vertu de la liberté qui leur est reconnue, les parties fixent librement le contenu de la clause procédurale. L'exercice de cette liberté s'effectue dans le respect des règles relatives à la validité du mécanisme en cause. Ces exigences ont trait aux obligations des parties (**a**) et aux modalités de mise en œuvre (**b**) de la procédure contractuelle.

a. *Les obligations des parties à la procédure contractuelle*

54. - Les obligations des parties évoquent, en réalité, l'objet de la clause procédurale qui n'est rien d'autre que la procédure qu'elle institue. Aussi étonnant que cela puisse paraître, l'objet d'une procédure contractuelle ne s'identifie pas à l'objet du contrat qui la contient. Cette conclusion s'impose y compris dans les hypothèses où les contractants instituent une procédure d'exécution du contrat[168]. La différence d'objet entre le contrat principal et une procédure contractuelle qui y est incluse s'explique par la spécificité de celle-ci par rapport à celui-là. En effet, le contrat a principalement pour objet la réalisation d'une opération économique, plus précisément d'un échange de biens ou de services[169] alors que les clauses procédurales visent à préciser le cheminement suivant lequel doivent être conduites les modalités de cette opération. Il s'agit d'imposer le respect d'un processus dans la recherche d'un résultat déterminé en s'inspirant plus ou moins des exigences processuelles. Il en résulte que c'est moins dans la réalisation d'une opération économique que dans la transposition d'exigences procédurales entre contractants que réside l'objet d'une procédure conventionnelle.

55. - Au regard des exigences procédurales qu'elles renferment, les clauses instituant des procédures supposent un minimum de structuration. On sait en effet que toute procédure se caractérise par une exigence de formalisation. Celle-ci s'impose à des degrés divers suivant le

[168] V. *infra*, n° 256 et s.

[169] V. *infra*, n° 310 et s. *Adde*, J. GHESTIN, « Contrat », *in Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), PUF 2003, p. 276 et s., spéc. p. 277 ; du même auteur, « Le contrat en tant qu'échange économique », Rev. éco. indus. 2000, vol. 92, n° 1, p. 81 ; J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 300 pour qui « le contrat a pour objet des obligations qui ont pour objet des prestations qui ont pour objet une chose ou un ouvrage ».

type de procédure en cause : de la simple notification écrite à l'obligation de motivation en passant par l'exigence d'un débat - contradictoire ou non -, voilà autant d'exigences qu'implique la mise en œuvre d'une procédure judiciaire. Les préoccupations qui justifient ces exigences processuelles recoupent à des degrés variables celles qu'inspirent les normes instituant des processus en droit des contrats. Dès lors, si le principal objet du contrat renvoie à l'obligation qu'elle génère, l'objet d'une clause procédurale vise le processus structuré qu'elle impose aux contractants. Autrement dit, l'objet d'une telle clause renvoie aux diligences incombant aux parties pour mettre en mouvement le processus convenu. Il peut s'agir d'un simple courrier de mise en demeure, la communication d'une pièce, la concertation entre les parties avant la prise d'une décision, l'obligation de motivation de celle-ci[170]... Ainsi, peut-on lire dans un acte de cautionnement une clause instituant une procédure de réalisation de la garantie prévoyant notamment que la caution :

> « s'engage à verser au bénéficiaire, au vu d'un certificat du maître d'œuvre établissant la défaillance de l'entreprise et après une mise en demeure faite à l'entreprise d'avoir à procéder aux travaux, réparation ou réfections visés à l'alinéa précédent et demeurée sans effet pendant dix jours, toutes sommes nécessaires à l'exécution desdits travaux ou l'indemnisation du bénéficiaire, dans la limite du montant maximum ci-dessus, sans pouvoir opposer le bénéfice de discussion ni de division »[171].

56. - Dans cet exemple, l'exécution de l'engagement est subordonnée au respect d'une procédure. L'appel de la garantie étant un acte grave eu égard à ses incidences financières sur le garant, il est apparu opportun aux yeux de certains contractants d'encadrer la réalisation du cautionnement par une procédure d'exécution du contrat afin de parer d'éventuels abus du créancier. C'est pourquoi, la clause exige la communication du certificat établissant la défaillance du débiteur principal et une mise en demeure à ce dernier d'avoir à s'exécuter qui soit demeurée infructueuse. Généralement l'objet de la procédure contractuelle est précisé dans la clause qui l'institue, comme c'est le cas dans la clause susmentionnée. Il arrive aussi que l'objet de la procédure n'apparaisse pas clairement à la lecture de la clause, mais pourrait être déduite des termes de celle-ci. Ainsi, dans une affaire exemplaire, ayant donné lieu à un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation, les parties avaient institué une procédure d'agrément prévoyant que :

> « Le concessionnaire doit obtenir l'approbation préalable du concédant pour tout changement proposé dans la participation au capital des propriétaires de la concession à charge pour le constructeur d'examiner équitablement et avec tout le soin requis le changement proposé et de communiquer rapidement sa décision au concessionnaire »172.

Si l'obligation de motivation de la décision de refus d'agrément n'apparaît pas expressément dans les termes de cette clause, la Cour de cassation approuve néanmoins les

---

[170] On n'entend pas ici rentrer dans le débat relatif à l'opportunité de la généralisation d'une obligation de motivation en droit des contrats, il s'agit simplement d'envisager les cas où les parties ont stipulé une clause en ce sens. Sur l'obligation de motivation en droit des contrats, v. M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *in* Études offertes à J. GHESTIN, *Le contrat au début du XXI^e^ siècle*, L.G.D.J. 2001, p. 301. V. aussi, L'obligation de motivation en droit des contrats, RDC 2004, p. 455 et s.

[171] Cautions et garanties bancaires, *in* Lamy Contrats internationaux, tome 6, division IX, art. 74.

[172] Cass. com., 2 juill. 2002, n° 01-12.685, Bull. civ. IV, n° 113 ; RTD civ. 2002, p. 810, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTD com. 2002, p. 494, obs. J.-P. CHAZAL et Y. REINHARD ; *ibid*. 2003, p. 359, obs. B. BOULOC ; D. 2003, p. 93, note D. MAZEAUD ; *ibid*. p. 2426, obs. D. FERRIER ; RDC 2003, p. 50, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; JCP G 2003, II, 10023, note D. MAINGUY.

juges du fond d'avoir relevé, à l'examen de celle-ci, que le concédant était tenu de motiver son refus d'agrément. C'est donc le contenu de la clause qui a paru suffisamment précis aux yeux du juge pour en déduire l'obligation de motivation non expressément prévue par les parties. Toutefois, si la jurisprudence a donné son plein effet à cette stipulation, il reste qu'une rédaction sommaire de la clause procédurale n'est pas conseillée. En effet, les procédures contractuelles constituent, pour une large part, des innovations de la pratique contractuelle. Leur efficacité reste donc largement tributaire du soin pris dans leur rédaction. Après avoir choisi le type de processus qui leur convient, les parties devront identifier avec précision les étapes successives qui concrétisent sa mise en œuvre.

57. - Par ailleurs, si la précision de l'objet est essentielle en ce qu'elle conditionne l'effet sinon la validité de la clause procédurale, l'identification du but de ladite procédure n'en est pas moins importante. En effet, la procédure en tant que moyen de parvenir à un résultat n'a de sens qu'à travers la finalité qui sous-tend son inclusion dans le contrat. Il appartient aux parties de préciser le but poursuivi. S'il n'est pas nécessaire que celui-ci résulte d'une stipulation expresse, il doit apparaître en revanche à la lecture de la clause instituant le processus. L'imprécision de la clause sur cet aspect est de nature à nuire à son efficacité. C'est ce qui paraît ressortir d'un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation en 2001 [173] . En l'espèce, dans un contrat conclu entre un laboratoire de développement photographique et un de ses clients, était stipulée une clause prévoyant notamment que « dans le cas de travaux ayant une importance exceptionnelle, il est recommandé d'en faire la déclaration lors de leur remise afin de faciliter une négociation de gré à gré ». L'application de cette stipulation a été écartée en raison de son ambiguïté. Outre le fait que l'objet de la négociation n'apparaît pas clairement à la lecture de cette clause[174], celle-ci paraît « laisser croire au consommateur qu'elle autorisait seulement la négociation du prix de la prestation » alors qu'elle viserait davantage à affranchir « le prestataire de service des conséquence de toute responsabilité moyennant le versement d'une somme modique »[175].

Cette exigence de précision est également requise relativement aux modalités de mise en œuvre de la procédure conventionnelle.

b. Les modalités de mise en œuvre de la procédure contractuelle

58. - Les procédures contractuelles ne sont pas nécessaires à la réalisation de l'opération économique principalement visée par les contractants. Une opération contractuelle peut parfaitement se réaliser sans le secours d'une clause procédurale. La prévision d'un tel dispositif procède du choix des contractants qui, usant de leur liberté, décident d'en faire un instrument de régulation de leurs rapports. Cependant, la faculté d'instituer une procédure implique pour les parties l'obligation de préciser ses modalités de mise en œuvre, du moins si elles entendent conférer à la clause un caractère contraignant. En effet, toute procédure s'inscrit nécessairement dans une durée plus ou moins longue au terme de laquelle elle

[173] Cass. 1re civ., 19 juin 2001, n°99-13.395, JCP E, 2001, n° 49, p. 1958, note G. PAISANT ; RTD com. 2002, p. 146, obs. B. BOULOC ; JCP E 2002, p. 640, obs. J.-B. SEUBE.
[174] J.-B. SEUBE, obs. préc. V. aussi : Cass. 1re civ., 20 mars 2013, n° 12-14.432 ; JCP E 2013, 1454, n° 11, obs. R. LOIR ; D. 2014, p. 1297, obs. H. AUBRY.
[175] Cass. 1re civ., 19 juin 2001, préc.

s'achève par un acte qui y met fin. À cet égard, un simple accord sur le principe d'une procédure non assorti de modalités de mise en œuvre est insuffisant. Toutefois, la détermination de ces modalités procédurales relève de la liberté contractuelle. Selon le résultat recherché, les parties disposent d'une latitude assez large pour déterminer le processus qui y mène.

59. - Il arrive que la loi supplée, dans certains cas, la carence des parties. C'est le cas notamment de la procédure d'arbitrage. En effet, dès lors que la clause compromissoire prévoit les éléments essentiels pour sa formation, elle a vocation à produire son plein effet. L'article 1444 du Code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret du 13 janvier 2011[176], prévoit qu'à défaut de précision relative aux modalités de désignation des arbitres dans le contrat instituant une procédure d'arbitrage, la désignation de ceux-ci se fera « conformément aux dispositions des articles 1451 à 1454 » du même code. Cette disposition, qui permet de valider la convention d'arbitrage dite « blanche »[177], participe à l'assouplissement des conditions de forme y afférentes. En dehors de l'arbitrage, les procédures contractuelles ne font pas toujours l'objet d'une telle réglementation supplétive de volonté en sorte qu'un simple accord sur le principe d'une procédure risque de s'avérer inefficace faute de précision de ses modalités de mise en œuvre. On pense notamment à la clause résolutoire[178], à la clause de détermination du prix liée au volume d'affaires réalisé par le débiteur que l'on trouve généralement dans les contrats de licence[179], à la clause recettes fréquemment stipulée dans les baux commerciaux[180], à la clause d'alignement[181], à la clause de préférence[182], à la clause de première négociation[183]. La précision concerne également la clause de conciliation. Ainsi, dans un contrat de prestations informatiques, les parties, voulant manifestement instituer une procédure de conciliation, avaient prévu la clause suivante :

> « Tout différend né entre les parties à l'occasion du présent contrat, notamment quant à son interprétation, son exécution ou sa résiliation, et subsistant, après vaine tentative de règlement amiable, sera soumis à la compétence exclusive du Tribunal de Commerce de Paris, nonobstant pluralité de défendeurs, appel en garantie et/ou procédure d'urgence, notamment par voie de référé ou sur requête »

---

[176] L'article 3 dudit décret consacré aux règles de droit transitoire prévoit néanmoins que cette disposition n'est applicable qu'aux conventions instituant une procédure d'arbitrage conclue après le 1er mai 2011, date d'entrée en vigueur du décret.

[177] C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2e éd., LGDJ, Lextenso 2019, n° 155, p. 202.

[178] C. PAULIN, *La clause résolutoire*, *op. cit.*, n° 18 et s., qui montre que la clause résolutoire doit être précise de manière à faire apparître la volonté des parties de sanctionner l'inexécution d'une obligation par une résolution de plein droit faute de quoi elle serait jugée inefficace.

[179] Pour un ex. de clause, v. F. X. TESTU, *Contrats d'affaires*, *op. cit.*, n° 41.10, p. 173-174, l'auteur précise les précautions particulières à prendre lors de la rédaction de la clause pour assurer son efficacité notamment la nécessité de prévoir un mécanisme de contrôle du chiffre d'affaires du débiteur au profit du créancier (n° 42.37).

[180] Il s'agit d'une clause de fixation du loyer qui comprend généralement une partie fixe et une partie variable déterminée en fonction de l'activité du preneur. Sur les précautions rédactionnelles, v. not., F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J.-C. RODA, *op. cit.*, n° 1536 ; F. X. TESTU, *Contrats d'affaires*, *op. cit.*, n° 42.37.

[181] W. DROSS, *Clausier*, *op. cit.*, p. 40 et s.

[182] J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 41 et s.

[183] Il s'agit d'un mécanisme par lequel le titulaire d'un droit conventionnel accorde à l'autre partie, « le privilège de priorité dans une négociation qui n'aboutira peut-être pas », v. F. X. TESTU, *Contrats d'affaires*, *op. cit.*, n° 82.03, l'auteur insiste sur la nécessité « d'encadrer suffisamment, par des précisions rédactionnelles, cette prérogative assez informe ».

À la suite de manquements dans l'exécution du contrat porteur, le créancier saisit directement le juge en dépit de la clause susmentionnée. Les juges du fond déclarent la demande irrecevable faute pour le demandeur d'avoir respecté le préalable de conciliation. La décision est censurée par la Cour de cassation au motif que cette clause « non assortie de conditions particulières de mise en œuvre, ne constitue pas une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir s'imposant à celui-ci »[184]. Pour la Cour régulatrice, la clause litigieuse met simplement à la charge des parties une tentative de règlement amiable de leur différend sans pour autant instituer une procédure de conciliation obligatoire. Il est vrai que les « conditions particulières de mise en œuvre » ne constituent pas un critère essentiel de qualification de la clause de conciliation[185], mais leur prévision participe de l'efficacité du dispositif conventionnel[186] en l'assortissant d'un formalisme et d'un délai de mise en œuvre. Le constat est identique pour d'autres stipulations contractuelles à l'instar des clauses de sortie des associés d'une société non cotée[187]. L'inclusion d'une formalité procédurale dans la clause permet de se prémunir contre l'arbitraire et les déloyautés des parties lors de sa mise en œuvre. En somme, pour la sécurité juridique, les clauses instituant des procédures doivent faire l'objet, lors de leur conception, d'un minimum de formalisation qui est le trait caractéristique de toute procédure[188].

60. - Cependant, si cette exigence paraît nécessaire à l'émergence d'une procédure, encore faut-il prendre garde à ce qu'elle ne conduise pas à imposer aux contractants des contraintes inutiles. La stipulation d'une clause procédurale n'a de sens qu'en ce qu'elle offre aux parties la souplesse nécessaire pour atteindre sa finalité. Entre l'exigence de formalisation et la

[184] Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27.004, Bull. civ. IV, n° 76 ; AJCA 2014, p. 176, obs. N. FRICERO ; RTD civ. 2014, p. 655, obs. H. BARBIER ; JCP 2014, p. 607, obs. H. CROZE ; *ibid*. p. 711, note O. SABARD ; Cass. com. 19 juin 2019, n° 17-28.804 ; Cass. com., 3 oct. 2018, n° 17-21.089, JCP 2018, 1288, obs. L. VEYRE ; RDC 2019, n° 2, p. 45, note C. PELLETIER, qui casse l'arrêt d'appel au motif « qu'en statuant ainsi alors qu'il résultait de ses constatations que la clause litigieuse, par laquelle les parties au contrat se bornaient à prendre l'engagement de résoudre à l'amiable tout différend par la saisine d'un médiateur, faute de désigner celui-ci ou de préciser, au moins, les modalités de sa désignation, ne pouvait être mise en œuvre, de sorte que son non-respect ne pouvait fonder une fin de non-recevoir, la cour d'appel a violé » l'article 122 du CPC.

[185] Cass. 3e civ., 19 mai 2016, n° 15-14.464 ; D. 2016, p. 2377, note V. MAZEAUD ; *ibid*., p.2529, obs. T. CLAY ; RTD civ. 2016, p. 621, obs. H. BARBIER ; LEDC juill. 2016, p. 2, obs. G. GUERLIN ; Gaz. Pal. 2016, n° 29, p. 61, obs. L. MAYER ; Constr.-Urb. juill. 2016, n° 103, note C. SIZAIRE ; D. 2017, p. 375, obs. M. MEKKI ; *ibid*. p. 422, obs. N. FRICERO ; Cass. com., 30 mai 2018, n° 16-26.403, n° 16-27.691, Gaz. Pal. 31 juill. 2018, p. 52, obs. S. AMRANI-MEKKI ; RTD civ. 2018, p. 642, obs. H. BARBIER ; RDC 2018, p. 572, obs. C. PELLETIER.

[186] En ce sens, v. not. V. MAZEAUD, note préc., spéc. n° 9, qui affirment : « les clauses qui se bornent à relater les éléments essentiels de la conciliation demeurent affectées d'une sécurité et donc d'une efficacité relative » ; C. PELLETIER, obs. préc., spéc. p. 573, selon l'auteur, si les conditions détaillées de mise en œuvre du processus conciliatoire ne sont pas nécessaires, « elles n'en conservent pas moins un intérêt pour déterminer les modalités de l'entrée en conciliation, la durée, notamment maximale, de celle-ci et, le cas échéant, la façon dont les parties s'accordent pour en constater le succès ou l'échec ».

[187] L. GODON, « La mise en œuvre des clauses de sortie », *in La sortie de l'investisseur*, T. BONNEAU, E. LE DOLLEY et H. LE NABASQUE (dir.), Litec 2007, p. 167 et s., spéc. n° 6, p. 171, qui souligne que « l'efficacité des accords conclus dépend du soin apporté à l'établissement d'une procédure spécifique de mise en œuvre. Afin que les parties soient informées, tant du déclenchement du processus de sortie que l'intention de leurs cocontractants, des formalités de *notification* sont à prévoir. De même, afin que les opérations de sortie ne traînent pas en longueur et finissent par être paralysées ou source d'une insécurité juridique préjudiciable, des *délais* doivent être instaurés dans chaque procédure ».

[188] H. CROZE, obs. préc. pour qui : « En l'absence de formalisation il n'y a point de procédure ».

recherche de souplesse qu'implique le jeu d'un processus conventionnel, l'équilibre paraît difficile à réaliser. Mais la moindre des choses que l'on puisse attendre des rédacteurs de ce type de clause est d'assortir sa mise en œuvre d'un délai, l'objectif étant de fixer le terme de la procédure. Ce critère minimal de délai[189] s'explique par des considérations d'ordre pratique évidentes. Il y a, de prime abord, le fait qu'une procédure impliquant une durée ne peut pas s'éterniser. Il s'ensuit le fait que la mise en œuvre d'une clause de résolution amiable des litiges comporte nécessairement un terme, du moins implicite. Elle ne devra pas conduire à repousser indéfiniment la saisine du juge étatique, la fixation du délai constitue une modalité nécessaire à l'émergence d'une telle procédure. Le raisonnement est extensible à d'autres clauses instituant des processus : clauses d'agrément, de renégociation, d'exclusion, d'exclusion etc. L'incertitude dans laquelle se trouvent les parties quant à l'issue du processus doit être délimitée dans le temps. Par ailleurs, la fixation d'un terme à la procédure est de nature à parer d'éventuels abus ou manœuvres dilatoires[190]. Ainsi, dans une clause instituant une procédure de résolution du contrat pour inexécution, la précision du délai permet d'éviter à ce que le débiteur soit laissé à la merci de l'appréciation que ferait le créancier de l'opportunité du moment de la sanction. Cela étant, il n'est pas nécessaire que le délai soit expressément prévu dans la clause procédurale, il peut être déduit des termes du contrat notamment lorsqu'il est associé à certains évènements.

Outre le délai de la procédure, la clause doit préciser les modalités d'activation et de mise en œuvre du dispositif[191]. Il s'agit d'une question relevant largement de la liberté contractuelle et de l'imagination créatrice des rédacteurs d'actes. Reste que les stipulations en cause doivent faire apparaître la volonté des parties d'appliquer le dispositif aux conditions précises[192]. Ces clauses n'étant pas nécessaires à la réalisation de l'opération économique projetée, leur efficacité dépend du choix des parties de leur conférer une force contraignante ou d'en faire une simple modalité facultative[193].

61. - Au total, c'est la détermination de son objet et de ses modalités de mise en œuvre qui confère à une clause son caractère procédural. L'efficacité d'une procédure contractuelle dépend largement des précautions prises par les parties dans son élaboration. Si le « choix d'expressions ambiguës, de phrases à double sens » apparaît parfois comme « une bonne technique d'organisation de relations sociales »[194], un tel constat trouve ses limites en matière de rédaction de clauses instituant des procédures. Comme tout accord, la précision de leur contenu est fortement conseillée. Elle est une condition de leur efficacité car elle les rend

[189] Sur cette question, v. *infra*, n° 488.
[190] V. en ce sens J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, *Droit judiciaire privé*, 7e éd., LGDJ, Lextenso 2019, n° 5, p. 23.
[191] V. *infra*, p. 376 et s.
[192] Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 08-18.202, Bull. civ. V, n° 10.
[193] V. par ex., L. WEILLER, « Le développement des clauses de médiation et leur réception par la Cour de cassation », *in La médiation civile : alternative ou étape du procès ?*, A. LEBORGNE (dir.), PUAM, 2018, p. 31 et s., spéc. p. 33 et s., qui considère le « libellé de la clause » comme le « siège de son caractère obligatoire ».
[194] J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 1349, p. 430.

moins sujettes à interprétation [195]. Du reste, la clarté des termes de la procédure conventionnelle permet d'attester de la certitude de la volonté des contractants.

Ces observations montrent que le contenu des procédures contractuelles est essentiel au rayonnement du mécanisme ; l'importance de sa teneur est réelle. Elle doit clairement faire apparaître l'intention des parties d'instituer un processus contraignant et les diligences qui doivent être accomplies.

2. La clarté de la clause instituant une procédure

62. - Si la clarté de la clause procédurale présente des avantages certains notamment au regard de son efficacité (**a**), son apport n'en est pas moins limité (**b**).

a. *Les avantages de la clarté de la clause*

63. - Le contenu de la clause procédurale sert à préciser et à établir la volonté des parties. L'attention des rédacteurs de ces clauses doit être attirée sur l'importance des termes utilisés dans le contrat. En dépit des dispositions de l'article de l'article 1188 du Code civil, texte qui consacre la prééminence de l'esprit du contrat sur sa lettre[196], l'affirmation selon laquelle « il n'y a pas de phrase gratuite dans un contrat »[197] reflète plus que jamais une réalité de la pratique contractuelle. Il n'est pas besoin d'insister davantage quand on sait que « c'est presque toujours sous la plume du rédacteur inhabile que les procès prennent naissance »[198]. On comprend dès lors aisément que la clarté du contenu de l'accord instituant un processus permet avant tout de fixer les parties sur leurs droits et obligations en levant toute incertitude. Les rédacteurs d'actes l'ont compris. On retrouve de plus en plus dans les contrats des titres, des définitions, des précisions terminologiques destinées à éclairer le contenu de l'accord. C'est le cas, par exemple, de diverses conditions générales de contrat notamment celles de la FIDIC applicables aux travaux de construction ou des normes AFNOR P 03-001 relatives aux travaux de bâtiment faisant l'objet de marchés privés, où la plupart des principaux termes sont définis dans le préambule. Il existe aussi des contrats individuels très élaborés qui comportent la définition dans le préambule ou dans les annexes : contrats d'assurance, de distribution, d'entreprise, de vente, etc.

64. - Par ailleurs, la précision de certains éléments est nécessaire à l'application effective de la clause procédurale (conditions d'activation, délai, modalités de mise en œuvre). Plus la clause est précise, plus elle apporte de la sécurité aux contractants qui acceptent de s'y soumettre. Une rédaction précise suppose que la clause ait été mûrement réfléchie. La clause instituant une procédure de renégociation du contrat permet de l'illustrer. En principe, lors de la survenance d'un évènement imprévisible bouleversant l'économie du contrat, le débiteur continue à exécuter ses obligations pendant la procédure de renégociation selon les termes

---

[195] V. par ex. Cass. 1re civ. 16 juill. 1992, n° 90-17.760, JCP E, 1992, 234 obs. P. COURSIER ; Cass. 3e civ., 23 mai 2012, n° 10.27.596 ; RDC 2012, p. 192, obs. C. PELLETIER.
[196] P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 445, p. 418.
[197] J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 1350, p. 430.
[198] N.-H. CELLIER, *Cours de rédaction notariale ou Nouveau recueil de modèles des actes et contrats, accompagnés de tableaux synoptiques*, 2e éd., Paris, 1840, p. 1, n°1.

initiaux jusqu'à la conclusion d'un nouvel accord[199]. Le fait que la clause de renégociation n'oblige pas les parties à conclure un accord modificatif est de nature à réduire l'efficacité du mécanisme. De même l'absence de délai fixant le terme au-delà duquel, faute d'accord, l'un des contractants pourra se délier du contrat a pour conséquence de compromettre durablement la situation du partenaire qui subit l'évènement de *hardship* le laissant au bon vouloir de son vis-à-vis d'autant plus que ce type de clause n'oblige pas à réviser le contrat[200]. La pratique a fait sienne la prise en compte de ces risques spécifiques. Ainsi, lit-on dans le modèle de Convention-cadre relatives aux opérations sur instruments financiers à terme élaborée par la Fédération Bancaire Française (FBF) la clause suivante :

> « Lors de la survenance d'une Circonstance Nouvelle visée à l'article 7.2.1.1, toute Partie en prenant connaissance la notifiera dans les meilleurs délais à l'autre Partie, ainsi que les Transactions concernées par cette Circonstance Nouvelle. Les Parties suspendront alors l'exécution de leurs obligations de paiement et de Livraison pour les seules Transactions affectées et rechercheront de bonne foi pendant un délai de trente (30) jours une solution mutuellement satisfaisante visant à rendre licite ces Transactions ou éviter la déduction ou retenue. Si à l'issue de cette période aucune solution mutuellement satisfaisante ne peut être trouvée, chacune des Parties (en cas d'illégalité) ou la Partie recevant un montant inférieur à celui prévu (en cas de déduction ou retenue sur un montant versé par l'autre Partie) pourra notifier à l'autre la résiliation des seules Transactions affectées par la Circonstance Nouvelle. Cette notification précisera la Date de Résiliation retenue »[201].

65. - Élaborée par les parties en fonction de leurs besoins, la clause instituant une procédure doit être minutieusement rédigée afin de prévenir certaines conséquences fâcheuses. L'exemple du processus conventionnel d'établissement de la réalisation d'une condition suspensive est également démonstratif. Il est courant, en effet, d'assortir la conclusion de certains contrats d'une ou de plusieurs conditions suspensives. En pratique, le contrat impose à l'une des parties (généralement l'acheteur) l'obligation d'accomplir certaines diligences pour la réalisation de la condition et la notification de celles-ci à son cocontractant (le vendeur). Dans un bon nombre de cas, on trouve une clause ainsi stipulée :

> « Le bénéficiaire de la promesse devra effectuer des demandes d'obtention de prêt, ou de toute autre forme de crédit, dans les conditions financières précisées, dans des conditions sérieuses, c'est-à-dire en sollicitant l'offre d'au moins trois établissements de crédit réputés sur la place bancaire. Il fournira au promettant copie de toute attestation, favorable ou non, dès leur obtention ».

La clause précitée est silencieuse non seulement sur le délai imparti au bénéficiaire de la promesse pour accomplir les diligences lui incombant, mais surtout sur les conséquences attachées à l'échéance de ce délai. En l'absence de précision relative au délai, le vendeur pourrait se voir imposer la réalisation de la vente plusieurs années plus tard et donc au-delà de

---

[199] C. civ., art. 1195, al. 1. La solution était admise bien avant la réforme du droit des contrats ayant introduit la renégociation pour imprévision, v. not. B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », JDI 1974, p. 794 et s., spéc. p. 807 ; « Les *hardship clauses* », DPCI 1975, p. 512 et s. ; *ibid*. 1976, p. 7 et s. ; L. AYNÈS, « Le devoir de renégocier », RJ com. 1999, p. 11 et s., n° 26, p. 19 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement des circonstances », RDC 2004, p. 67 et s., spéc., n° 40, p. 90 ; Y. LEQUETTE, « De l'efficacité des clauses de *Hardship* », *in* Mélanges C. LARROUMET, Economica, 2010, p. 267 et s., spéc. p. 279-280. V. cependant, suggérant une suspension du contrat, J. GHESTIN et M. BILLIAU, *Le prix dans les contrats de longue durée*, LGDJ 1990, n° 98, p. 138 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil*, *Les effets du contrat,* 3e éd., LGDJ 2001, note 27, n° 319, p. 384.

[200] Cass. com., 3 oct. 2006, préc.

[201] Art. 7.2.2.1.

ses prévisions. De plus, le vendeur a tout intérêt à ce que les conséquences de l'écoulement de ce délai soient spécifiées dans la clause. Car la jurisprudence considère que la date fixée pour la réalisation de la condition « n'est pas extinctive mais constitutive du point de départ de la période à partir de laquelle l'une des parties pourrait obliger l'autre à s'exécuter »[202]. La clarté du dispositif procédural apparaît non seulement indispensable pour atteindre l'objectif recherché, mais s'affirme comme un moyen de préventions des difficultés de mise en œuvre. On ajoutera que les clauses instituant des procédures font généralement l'objet d'une interprétation restrictive par la jurisprudence. C'est la raison pour laquelle, il n'est pas inutile de préciser la portée du mécanisme en cause afin de déterminer son étendue dans le contrat[203].

66. - On voit bien que la précision des termes de la clause procédurale se révèle d'une importance capitale pour son efficacité. Cette exigence s'impose avec une acuité particulière dans les rapports entre professionnels et consommateurs. Selon l'article L. 211-1 du Code de la consommation, les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent s'interpréter, en cas de doute, dans le sens le plus favorable à ces derniers[204]. Outre le fait que l'obscurité de la clause peut être invoquée contre le professionnel[205], elle peut entraîner des conséquences fâcheuses sur le plan procédural puisqu'elle conduit à fermer la porte de l'action en référé sur le fondement de cette clause obscure qui ne saurait être interprétée par le juge[206]. Le contractant se trouvera par conséquent privé de la possibilité d'emprunter une voie procédurale plus rapide afin de faire valoir ses droits[207]. Une rédaction claire et compréhensible permet d'éviter de telles conséquences. L'ensemble des parties y trouve son compte. La clarté de la clause traduisant la volonté des parties de manière certaine, le juge ne saurait l'interpréter sous peine de dénaturation[208]. En l'absence d'obscurité, son rôle se limite à donner force exécutoire au contenu du contrat c'est-à-dire celui issu du libre accord des volontés.

On peut le constater, le caractère précis et détaillé de la clause participe pleinement de l'efficacité du dispositif procédural. Néanmoins, les restrictions qui sont apportées à la liberté des contractants conduisent à relativiser l'importance de cette exigence.

---

[202] Cass. 3e civ., 21 nov. 2012, n° 11-23.382 ; JCP N 2012, n° 49, act. 1051 ; JCP N 2013, n° 4, 1007, obs. S. PIEDELIÈVRE ; Cass. 3e civ., 3 avr. 2013, n° 12-15.148 ; JCP N 2013, n° 16, act. 487.

[203] V. par ex., Cass. 1re civ., 5 mai 1993, Bull. civ. I, n° 159 ; *JCP 1993, éd. E, pan. 832* ; RTD com. 1994, p. 98, obs. B. BOULOC ; D. 1994, p. 239, obs. O. TOURNAFOND : jugeant que la clause d'un contrat prévoyant que « *Les réclamations concernant la qualité de la marchandise... devront être formulées par écrit et dans les huit jours à partir de la livraison* » ne s'applique pas à une réclamation relative à la conformité de la marchandise à la commande ; Cass. 3e civ. 23 mai 2007, préc. pour la procédure de conciliation.

[204] V. not. M. LAMOUREUX, « L'interprétation des contrats de consommation », D. 2006, p. 2848.

[205] V. par ex. Cass. 1re civ., 21 janv. 2003 : Bull. civ. 2003, I, n° 19 ; RTD civ. 2003, p. 292, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RDC 2003, p. 91, obs. M. BRUSCHI. - Cass. 2e civ., 13 juill. 2006, Bull. civ. 2006, II, n° 214 ; RDC 2007, p. 347, obs. D. FENOUILLET. - Cass. 1re civ., 1er juin 2011, Defrénois 2011, p. 1485, obs. J.-B. SEUBE ; JCP E 2012, 1027, n° 6, obs. R. LOIR.

[206] Cass. 1re civ., 4 juill. 2006, n° 05-11.591, Bull. civ. 2006, I, n° 337.

[207] V. par ex. Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-11.836 ; JCP E 2015, 1001, n° 6, obs. R. LOIR.

[208] B. FAGES, « L'art et la manière de rédiger le contrat », Dr. et patr. 1999, n° 72, p. 82 et s., spéc. II. B. 1. a.

b. L'apport limité de la clarté de la clause

67. - La clarté du contenu de la clause instituant un processus peut s'avérer insuffisante à bien des égards. Il en est ainsi, par exemple, de la qualification de la clause procédurale. En présence d'une clause claire et précise, le juge est tenu de l'appliquer sans l'interpréter. Cette limitation du pouvoir du juge ne concerne que l'opération telle qu'elle a été voulue par les parties et non sa qualification.

La qualification qui conduit à « rattacher l'opération à une catégorie juridique afin d'en déduire le régime »[209], est souvent l'œuvre des parties. Dans la plupart des opérations contractuelles simples, il suffit de se reporter au titre[210] choisi par les parties pour s'en convaincre. Si le seul intitulé n'est pas suffisant à qualifier une opération contractuelle, il constitue néanmoins un premier indice de la volonté contractuelle de rattacher ou non leur accord à un régime donné[211]. Cependant, malgré le choix d'une dénomination claire par les contractants, celle-ci ne lie pas le juge ou l'arbitre amené à se prononcer sur l'opération contractuelle à moins que « les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat »[212]. S'agissant des clauses procédurales, la mise à l'écart de la qualification mentionnée dans l'acte s'explique autant par le caractère inexact que par la volonté d'éluder un régime particulier.

Il arrive que la qualification donnée par les parties à la clause s'avère involontairement inexacte. Cette situation, fréquente dans la pratique contractuelle, n'est pas étonnante au regard des subtilités du langage juridique par rapport au langage courant[213]. Une affaire donnant lieu à un arrêt de la Cour de cassation en 2011 [214] permet de l'illustrer. En l'occurrence, une clause d'un contrat d'assurance collective ayant pour objet de couvrir le risque d'invalidité permanente totale était intitulée « procédure de conciliation ». En dépit de la clarté de cette qualification figurant au contrat, celle-ci a été écartée au motif que la stipulation en cause, qui prévoyait que les conclusions du médecin s'imposent aux parties, institue en réalité une procédure d'arbitrage non valide en l'espèce. À l'inverse, une clause intitulée inexactement « clause compromissoire » prévoyant l'intervention, « en cas de litiges, de conciliateurs chargés de faire accepter par les parties une solution amiable dans un délai de trois mois, faute de quoi les tribunaux judiciaires étaient seuls compétents » a été considérée comme instituant, en réalité, une procédure de conciliation préalable obligatoire entre les partie[215].

---

[209] F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 602, p. 682.
[210] J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 155, pour qui le titre participe à la qualification du contrat.
[211] *Ibid*.
[212] CPC, art. 12, al. 3.
[213] P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 217, p. 207.
[214] Cass. 2e civ., 16 juin 2011, n° 10-22.780, Bull. civ. III, n° 133.
[215] Cass. 1re civ., 20 juin 2006, n° 03-16.640, Bull. civ. I, n° 310.

68. - Il en ressort que la qualification de la clause instituant une procédure contractuelle demeure sous le contrôle du juge[216]. S'il constate que celle-ci ne rend pas compte de l'économie réelle de l'accord, il peut la requalifier afin de la soumettre au régime applicable. La clarté du contenu de la clause est à cet égard indifférente. Elle demeure cependant une exigence fondamentale en matière de rédaction de la clause instituant une procédure en ce qu'elle participe de l'efficacité de celle-ci.

Au stade de de leur création, les clauses instituant des procédures relèvent de la liberté contractuelle. Toutefois, les dispositifs objet de la présente étude ne sont pas sans danger. Aussi, suscitent-ils des réactions jurisprudentielles et législatives visant à limiter la liberté des parties.

Section 2 : Les limitations à la liberté des contractants

69. - Les clauses instituant des procédures sont stipulées dans la perspective d'aménager la survenance d'un risque particulier envisagé par les parties. Il s'agit, par exemple, d'encadrer l'exercice du droit de résoudre le contrat en cas d'inexécution, du pouvoir d'exclure un membre d'un groupement, du droit d'agréer un tiers au contrat en cas de cession, du pouvoir de modifier unilatéralement le contrat… On sait que dans chacun des exemples précités le droit positif offre au juge le moyen de contrôler l'usage des prérogatives en cause notamment à travers l'abus de droit. Mais ce moyen présente l'inconvénient majeur de laisser les contractants dans le hasard de l'appréciation judiciaire de l'abus. Aussi, en instituant le respect d'une procédure de mise en œuvre d'une prérogative, les clauses procédurales apparaissent comme une réaction de la pratique aux insuffisances de la législation. Elles procèdent de la liberté reconnue aux parties d'aménager les modalités d'exécution du contrat.

Néanmoins, les conditions d'élaboration de ces mécanismes ne permettent pas toujours de garantir l'équilibre des droits entre les parties contractantes. Le risque est réel qu'une partie en position de force cherche à imposer des conditions désavantageuses à la partie faible. Aussi, comme il est de règle en droit des contrats, la liberté reconnue aux parties n'est pas sans limite. Dans certains cas, le législateur ou le juge intervient pour sanctionner la création de clauses, dans d'autres cas ce sont les modalités de la procédure qui sont incriminées. La liberté des parties trouve des limites dans l'interdiction d'instaurer certains types de procédures (**§. 1**) et dans les restrictions qui affectent l'organisation de certaines procédures (**§. 2**).

§. 1. Les limites à la création de certaines procédures contractuelles

[216] La qualification de la clause procédurale relève des pouvoirs des juges du fond sous le contrôle de la Cour de cassation : v. Cass. 1re civ., 11 juill. 2006, n° 03-20.802, Bull. civ. I, n° 369.

70. - Au stade de la création des procédures contractuelles, la liberté des contractants est contrainte de différentes manières. En général, les restrictions à la liberté contractuelle affectent directement la validité même des clauses procédurales (**A**). Mais dans certains cas c'est l'effet du mécanisme qui est visé par les dispositions impératives en sorte que toute stipulation contraire serait jugée inefficace (**B**).

A. Les limitations affectant la validité de la clause procédurale

71. - La prise en considération de l'ordre public fait obstacle à la prévision de certaines dispositions au moment de la conclusion du contrat. Les clauses instituant des procédures ne font pas exception à la règle. Les restrictions à la liberté contractuelle au stade de la création des procédures contractuelles apparaissent aussi bien dans leurs manifestations (**1**) que dans leur sanction (**2**).

1. Les manifestations du déclin de la liberté contractuelle

72. - L'interdiction de la stipulation d'une clause procédurale répond généralement à un souci de protection de l'un des contractants en raison de sa situation particulière (**a**). Dans d'autres cas, l'interdiction est dictée par l'objet ou les modalités de la clause (**b**).

a. *Les cas de prohibition liés à la personne du cocontractant*

73. - *A priori*, toute personne peut conclure un contrat prévoyant le respect d'un processus du moment qu'elle est capable et a la libre disposition des droits en cause. Ne seront ici visées que les spécificités liées à la création des procédures contractuelles. Les hypothèses de prohibition subjective sont issues de dispositions légales ou réglementaires prenant en considération la personne des contractants. Elles visent à interdire la stipulation d'une procédure contractuelle dans le but notamment de protéger la partie faible.

74. - Certaines clauses instituant des procédures sont traditionnellement considérées comme des actes graves puisqu'elles conduisent, en pratique, à priver les parties ou l'une d'entre elles de certains droits ou garanties. Ainsi, la conclusion d'une convention d'arbitrage en cas de litiges rentre sans doute dans cette catégorie d'actes. Outre son coût[217], un tel accord emporte renonciation à certaines garanties offertes par la justice étatique. Raison pour laquelle l'institution d'une telle procédure est considérée comme un acte de disposition[218]. L'article 2060 du Code civil interdit, en principe, la conclusion de convention d'arbitrage aux collectivités et aux établissements publics. Il s'agit d'une règle prohibitive qui s'appuie sur l'idée selon laquelle les litiges intéressant l'État et les autres personnes morales de droit public relèvent de la compétence exclusive des juridictions administratives dès lors qu'ils

[217] V. cependant, M. DE FONTMICHEL, *Le faible et l'arbitrage*, préf. T. CLAY, Economica 2013, spéc. n° 151 et s., qui considère que « l'argument relatif au coût doit être nuancé » et ne doit pas constituer un obstacle systématique au recours à l'arbitrage dans les petits litiges.

[218] *Contra*, P. ANCEL, « Convention d'arbitrage - Conditions de fond », J.-Cl. Proc. civ. 2016, fasc. 1022, spéc. n^{os} 20 et s. qui conteste le caractère systématique de cette qualification à la procédure d'arbitrage estimant que seule la convention d'arbitrage qui stipule l'amiable composition devrait être qualifiée de la sorte. V. aussi, J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF 2016, spéc. n° 223.

mettent en cause l'intérêt général[219]. Cette défiance envers la procédure d'arbitrage « concrétise un souci de protection institutionnelle, et au besoin rigide, des intérêts publics et collectifs au besoin *contre* autant que *par* les autorités administratives »[220].

Il existe d'autres hypothèses où la prohibition des procédures contractuelles tend davantage à protéger la partie faible au contrat. Il en est ainsi des dispositions protectrices du consommateur ou non-professionnel. La police des clauses abusives vise en particulier celles qui constituent une entrave au droit d'accès au juge du consommateur ou non-professionnel. Selon l'article R. 212-2 du Code de la consommation, sont réputées abusives au sens de l'article L. 212-1, les clauses d'un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ou non-professionnel ayant pour objet ou pour effet de « supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges »[221]. Cette disposition condamne en principe l'instauration de procédure d'arbitrage[222] ou de procédure de résolution amiable des différends[223] comme mode exclusif de règlement des litiges dès lors que le vis-à-vis du professionnel a la qualité de consommateur[224] ou de non-professionnel[225]. Au demeurant, ce type de clause heurterait de front le droit fondamental de recours reconnu constitutionnellement et conventionnellement[226]. Cependant, une nuance

---

[219] V. en ce sens, J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, spéc. n° 201 et s. ; B. PACTEAU, « Arbitrage - arbitrages spéciaux - arbitrage en droit administratif », J.-Cl. Proc. civ. 1999, fasc. 1048, spéc. n° 6 s. ; Y. GAUDEMET, « Arbitrage et droit public », Dr. et patr., n° 105, juin 2002, p. 83 ; C. JARROSSON, « L'arbitrage en droit public », AJDA 1997, p. 16.

[220] B. PACTEAU, art. préc., spéc. n° 31.

[221] V. aussi, C. consom., art. L. 612-4 : « Est interdite toute clause ou convention obligeant le consommateur, en cas de litige, à recourir obligatoirement à une médiation préalablement à la saisine du juge ». Sur cette disposition, v. not. T. CLAY, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI^e^ siècle » Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », JCP G 2016, doctr. 1295, spéc. n° 33, qui dénonce « une forme d'incohérence à imposer d'un côté » une conciliation préalable obligatoire avant la saisine du tribunal judiciaire pour les litiges inférieurs à 4 000 euros « et, d'un autre côté, à annuler les clauses de conciliation obligatoire dans les litiges de consommation ».

[222] V. par ex., Cass. 1^re^ civ., 30 sept. 2020, n° 18-19.241 ; D. actu. 19 oct. 2020, obs. J. JOURDAN-MARQUES ; D. 2002, p. 2484, obs. T. CLAY ; *ibid.* p. 2501, note D. MOURALIS ; RTD civ. 2020, p. 845, obs. L. USUNIER ; AJC 2020, p. 485, note D. MAINGUY ; JCP 2020, 311, note M. DE FONTMICHEL ; JDI 2020, p. 1307, note E. GAILLARD ; Gaz. Pal. 24 nov. 2020, p. 27, note S. BOLLÉE ; CCC 2020, comm. 178, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX ; CCE 2021, étude 1, obs. M.-É. ANCEL ; Rev. crit. DIP 2021, p. 202, note E. LOQUIN ; RDC 2021, p. 113, note J. HEYMANN, qui approuve la cour d'appel d'avoir écarté une clause compromissoire intra-UE stipulée dans contrat de consommation en raison de son caractère abusif.

[223] Cass. 1^re^ civ., 16 mai 2018, n° 17-16.197, inédit ; D. 2018, p. 607, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, qui décide que « la clause qui contraint le consommateur, en cas de litige, à recourir obligatoirement à une médiation avant la saisine du juge, est présumée abusive, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire ».

[224] L'institution d'une procédure d'arbitrage est admise dans les contrats de consommation internationaux : v. Cass. 1^re^ civ., 21 mai 1997, Bull. civ. I, n° 159, p. 107 ; Rev. arb. 1997, p. 537, E. GAILLARD et V. HEUZÉ ; RTD com. 1998, p. 330, obs. G. DUBARRY et E. LOQUIN.

[225] V. P. FOUCHARD, « Clauses abusives en matière d'arbitrage », Rev. arb. 1995, p. 147 ; P. DELEBECQUE, « Arbitrage et droit de la consommation », Dr. et patr. mai 2002, n° 104, p. 46 ; S. BOLLÉE, « Clauses abusives et modes alternatifs de règlement des litiges (l'article 6 de la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005) », Rev. arb. 2005, p. 225 ; V. LASSERRE, « L'article 6 du Code civil et les clauses de médiation ou de conciliation », Rev. Dr. Assas, n° 20, oct. 2020, spéc. n° 11, p. 88.

[226] CEDH, 21 févr. 1975, Golder, série A, n° 18 ; AFDI 1975, p. 330, note R. PELLOUX ; M. BANDRAC, « L'action en justice, droit fondamental », *in* Mélanges R. PERROT, Dalloz 1996, p. 1 et s. V. aussi, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAUX et L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes*, 2^e^ éd., LGDJ 2018, n° 1144, p. 1137, qui se demandent si une telle clause

s'impose en matière d'arbitrage. L'article 2061 du Code civil issu de la loi de modernisation de la justice du XXI[e] siècle du 18 novembre 2016 rend la clause compromissoire inopposable à la partie qui n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle. Cette nouvelle rédaction du texte suscite des difficultés d'articulation avec les dispositions protectrices du consommateur[227]. Il reste que la sanction prévue, l'inopposabilité de la clause, offre la possibilité à la partie faible « de la faire jouer s'il en va de son intérêt »[228]. Dans la même veine, on admet que le consommateur puisse conclure un compromis dès lors qu'il le fait en pleine connaissance de cause[229]. La solution est désormais valable pour tous les non-professionnels y compris les salariés[230].

75. - D'autres dispositions prohibitives intéressent les procédures organisant les modalités d'exécutions du contrat. Tel est le cas de l'article R 212-1 du Code de la consommation aux termes duquel sont, de manière irréfragable, présumées abusives, les clauses ayant pour effet de : « […] 10° Soumettre, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le consommateur ». Plus généralement le Code de consommation interdit au professionnel d'instituer une procédure de résiliation ou de résolution beaucoup plus rigoureuse pour le consommateur ou non-professionnel. Les rédacteurs de contrats destinés aux consommateurs ou non-professionnels respectent généralement ces dispositions impératives. Par exemple, dans les conditions générales de l'Assistance Multimédia Fnac la clause instituant une procédure de résiliation est rédigée ainsi :

> « En cas de manquement par l'une des Parties à une obligation prévue aux présentes Conditions Générales, non réparé dans un délai de 15 (quinze) jours calendaires à compter de l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception notifiant le manquement en cause, l'autre Partie pourra faire valoir la résiliation de l'Assistance Multimédia Fnac, sans préjudice de tout dommage et intérêt auquel elle pourrait prétendre en vertu des présentes.
> En outre, en cas de non règlement de sommes dues par le Client, ne faisant pas l'objet de réserves motivées et notifiées explicitement par écrit au Service Client, Fnac pourra résilier l'Assistance Multimédia Fnac de plein

---

« ne devrait pas être frappée de nullité dans l'ensemble des contrats, au-delà des seuls contrats de consommation ».

[227] C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, n° 132 ; J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF 2016, n° 186 ; M. DE FONTMICHEL, *Le faible et l'arbitrage*, *op. cit.*, spéc. n° 110 et s. ; L. WEILLER, « Compte rendu de l'atelier du groupe de travail "Pratique Arbitrale" du Comité français de l'arbitrage – Le domaine d'efficacité de la clause compromissoire », Rev. arb. 2017, p. 1085, spéc. p. 1094-1095 ; C. JARROSSON et J.-B. RACINE, « Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI[e] siècle », Rev. arb. 2016,, p. 1007, spéc. n° 23, la question se pose de savoir si les dispositions du Code de la consommation doivent prévaloir sur celles prévues à l'article 2061 du Code civil alors qu'elles prévoient une présomption simple du caractère abusif de la clause à l'égard du consommateur, règle moins protectrice que l'inopposabilité visée par le second texte. V. cependant, T. CLAY, art. préc., spéc. n° 18, qui affirme que « la nouvelle rédaction de l'article 2061 s'articule mieux avec cette disposition du Code de la consommation qui n'invalide […] pas non plus de manière systématique la clause compromissoire dans le contrat de consommation ».

[228] G. LOISEAU, « Nouvelles dispositions relatives à la transaction et à la convention d'arbitrage », CCE, n° 1, Janv. 2017, comm. 4. V. aussi, T. CLAY, art. préc., spéc. n° 17 ; C. JARROSSON et J.-B. RACINE, art. préc., n° 19, pour qui, l'article 2061, al. 2 du Code civil consacre une véritable option de compétence au profit de la partie faible.

[229] Cass. 1[re] civ., 25 févr. 2010, n° 09-12.126 ; JCP 2010, II, 659, note A. PÉLISSIER ; RDC 2010, p. 886, note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; Rev. arb. 2011, p. 139, note J. EL-AHDAB. - C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, n° 140 ; T. CLAY, art. préc., spéc. n° 19.

[230] En ce sens, C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *op. cit.*, n°141 ; T. CLAY, art. préc., spéc. n° 19.

droit et sans délai après l'avoir notifié par lettre recommandée avec avis de réception au Client, ceci n'empêchant pas Fnac de tout mettre en œuvre pour recouvrer ses créances »[231].

76. - Le consommateur n'est pas le seul visé par les dispositions protectrices contre des procédures contractuelles abusives. Le législateur intervient parfois pour protéger certains contractants jugés économiquement faibles. À titre d'illustration, il ressort des articles L. 411-31 et suivants du Code rural qu'une procédure de résolution du bail en cas de non-paiement d'un seul terme du fermage ne peut être valablement stipulée au profit du bailleur[232]. Ce dispositif protecteur vise à « assurer la pérennité de la situation du locataire, jugée nécessaire au bon fonctionnement de l'entreprise agricole »[233]. Dans le même sens, les règles d'ordre public de protection du bail commercial interdisent, en principe, de recourir aux modes amiables de règlement des litiges lesquels pourront toutefois faire l'objet d'une considération par les parties dès lors que le litige sera né[234]. Parfois l'interdiction de la stipulation d'une procédure contractuelle a pour objet un droit subjectif ou une liberté individuelle. Dès lors, la stipulation d'une clause procédurale emportant restriction au droit légal en cause ne sera pas valable[235]. En ce sens, l'article L. 251-3 du Code de la construction et de l'habitation donne la possibilité au preneur de « céder tout ou partie de ses droits ou les apporter en sociétés ». S'est posée la question de savoir si les parties, sans interdire la cession, peuvent se contenter d'instituer une procédure permettant de l'encadrer. Dans une affaire où était en cause une clause subordonnant la cession à l'accord préalable et écrit du bailleur, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir retenu que « le bail à construction conférant au preneur un droit réel immobilier, la clause soumettant la cession à l'agrément du bailleur, qui constitue une restriction au droit de céder du preneur contraire à la liberté de cession, est nulle et de nul effet »[236]. La solution aurait pu être différente si la clause avait imposé une simple obligation de notification de la cession au bailleur.

La libre cessibilité des droits du preneur à construction justifie la sanction du dispositif procédural qui entraine une restriction effective à ces droits. Si la protection du cocontractant n'est pas étrangère à l'interdiction de la clause, elle peut aussi avoir pour objet d'assurer le respect de règles d'ordre public de direction.

b. Les cas de prohibition objective

77. - L'interdiction de la stipulation d'une procédure contractuelle peut avoir pour objet non pas de protéger exclusivement un contractant, mais de faire respecter des règles impératives.

---

[231] Art. 13.
[232] F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 797, p. 856 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 543, p. 505.
[233] C. PAULIN, *La clause résolutoire*, *op. cit.*, n° 32, p. 42.
[234] S. REGNAULT, « Bail commercial. Modes amiables de résolution des conflits », J.-Cl. fasc. 1305, 2019, n° 9.
[235] V. par ex., Cass. com., 27 mai 2021, n° 18-23.261, après avoir visé l'ancien article 1134 du code civil, le principe de liberté du travail et le principe de liberté d'entreprendre, la Cour énonce « qu'une stipulation contractuelle qui porte atteinte aux dits principes n'est licite que si elle est proportionnée aux intérêts légitimes à protéger compte tenu de l'objet du contrat ». Elle juge que la clause de non-sollicitation litigieuse, conclue entre entreprises concurrentes, « portait atteinte à la liberté du travail des personnes qui étaient contractuellement liées à ces entreprises ainsi qu'à la liberté d'entreprendre de ces dernières ».
[236] Cass. 3e civ., 24 sept. 2014, n° 13-22.357 ; JCP N n° 25, 19 Juin 2015, 1102, note V. ZALEWSKI-SICARD.

Ces cas de prohibition sont généralement liés à l'objet ou aux modalités du dispositif conventionnel.

Dans la première hypothèse, il s'agit d'écarter le règlement de certaines matières du domaine des procédures contractuelles. La limite opposée à la liberté contractuelle concerne l'objet du mécanisme voulu par les parties. Les règles d'ordre public en cause priment sur les intérêts des contractants. Ainsi, en matière d'arbitrage, tous les litiges ne peuvent être soumis au tribunal arbitral. La question relève de la matière litigieuse, ce que certains auteurs dénomment « l'arbitrabilité objective »[237], c'est-à-dire « la faculté attachée à un litige d'être résolu par la voie de l'arbitrage »[238]. Il résulte des articles 2059 et 2060 du Code civil que l'arbitrage ne peut porter que sur des droits disponibles et plus généralement, il est interdit aux contractants de compromettre « dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public »[239]. Une observation similaire peut être faite à propos des clauses de médiation et de conciliation qui ne peuvent, en principe, porter sur les matières d'ordre public[240].

78. - Il est des cas où la loi attribue une compétence exclusive à une juridiction déterminée pour connaître de certains types de litiges. On s'interroge afin de savoir si cette règle constitue un obstacle à l'arbitrabilité des litiges concernés. Il convient de déterminer la finalité et l'étendue de la règle attributive de compétence exclusive. Lorsque l'attribution d'une telle compétence intervient dans le cadre de la répartition de compétences matérielles entre les juridictions, le litige peut être soumis à l'arbitrage[241]. Mais l'attribution de compétence exclusive apparaît parfois comme le seul moyen tendant à assurer l'objectif voulu par le législateur. L'hypothèse concerne les matières touchant aux prérogatives régaliennes de l'État : le droit pénal, le droit fiscal[242], le droit de la concurrence[243], les procédures collectives[244], etc. Néanmoins, l'analyse du droit positif dans ces domaines montre une

[237] C. JARROSSON, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », RJ com. 1996, p. 1, spéc. pp. 1-2, pour qui, « la seule et véritable arbitrabilité est celle dite objective ». L'auteur considère « l'arbitrabilité subjective » comme « un abus de langage ».

[238] J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n° 219. *Adde*, C. JARROSSON, *op.* et *loc. cit.*

[239] Sur les critères de l'arbitrabilité, v. not. J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n° 221 et s. ; C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *op. cit.*, n° 102 et s. ; J. BILLEMONT, th. préc., spéc. n° 77 et s.

[240] V. LASSERRE, « L'article 6 du Code civil et les clauses de médiation ou de conciliation », Rev. Dr. Assas, n° 20, oct. 2020, spéc. n° 8, p. 85 et 86, qui considère que le règlement amiable est exclu lorsqu'il a pour objet une règle d'ordre public sanctionnée par la nullité absolue. Déjà en ce sens, v. L. FIN-LANGER, « Médiation et droit du contrat, La médiation en débat », LPA 26 août 2002, p. 16, spéc. n° 11, qui propose d'interdire les clauses de médiation « quand elles prévoient le recours à la médiation pour un litige relatif à une condition de validité sanctionnée par la nullité absolue. Dans ce cas, en effet, elles court-circuitent le rôle du juge qui est tenu d'annuler le contrat et elles réalisent, en réalité, une forme de confirmation, interdite dans ce cas ».

[241] V. par ex., à propos l'ancien article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce (devenu L. 442-1, II) relatif à la rupture des relations commerciales établies : Cass. 1re civ., 21 oct. 2015 ; Rev. arb. 2015, p. 1229 ; JCP G 2015, 1228, obs. L. WEILLER ; D. 2015, p. 1537, note N. DISSAUX ; *ibid*., p. 2590, obs. T. CLAY ; RTD com. 2016, p. 693, obs. É. LOQUIN.

[242] V. not., P. ANCEL, « Arbitrage et ordre public fiscal », *in Arbitrage et fiscalité*, Rev. arb. 2001, p. 269, spéc. p. 277 et s., qui montre qu'il n'y a pas d'incompatibilité absolue entre l'arbitrage et le droit fiscal, la compétence de l'arbitre dépend simplement de l'objet du litige à trancher.

[243] Sur les limites de l'arbitrabilité en droit de la concurrence, v. W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence. Contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, préf. É. LOQUIN, LGDJ 2001, spéc. n° 268 et s., p. 141 et s.

[244] Sur cette question, v. P. FOUCHARD, « Arbitrage et faillite », Rev. arb. 1998, p. 471, spéc. n° 16 et 17. Toutefois, la compétence exclusive du tribunal de la procédure collective n'exclut pas, par principe, la compétence du tribunal pour trancher les litiges entre le débiteur et un de ses créanciers, v. C. SERAGLINI et J.

« *favor arbitrandum* » si bien que la plupart des difficultés concernant l'arbitrabilité des litiges en cause sont « résolues, dans le sens de l'efficacité de la convention d'arbitrage »[245]. Cela ne remet pas en cause le principe de l'interdiction de l'arbitrage dans les matières considérées malgré la tendance à la restriction du champ de l'inarbitrabilité.

Dans la même logique, les règles du droit de la concurrence interdisent l'inclusion de dispositifs procéduraux ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel. Tel est le cas d'une clause d'offre concurrente dont la mise en œuvre conduirait « à pratiquer un prix moindre pour la même contrepartie ou recevoir une contrepartie moindre pour un prix identique »[246]. Il en est de même des clauses de priorité[247] qui constituent un moyen pour une entreprise dominante sur un marché de tenter d'étendre son emprise sur les futurs contrats[248]. La cour d'appel de Paris a considéré comme étant constitutive d'un abus de position dominante la clause d'un contrat-type de parrainage d'une société détenant une position dominante sur le marché pertinent par laquelle le cocontractant s'engage à adresser à cette dernière, au plus tard quatre mois avant l'échéance du contrat, une copie des propositions de sociétés concurrentes et qui laisse à la société dominante un délai de 30 jours à compter de la réception de ce document pour exercer un droit d'option prioritaire à des conditions équivalentes[249]. C'est la protection du libre accès au marché qui justifie ici la condamnation de la clause.

79. - Dans le second cas, c'est le contenu de la procédure qui est visé par l'interdiction. Il arrive, en effet, que l'imprécision du contenu de la clause procédurale affecte sa validité. L'hypothèse concerne les clauses relatives au prix [250] telles que les clauses d'offre concurrente[251], les clauses de renégociation du contrat[252]. On considère généralement que ces clauses ne doivent « ni rendre indéterminé l'objet du contrat, ni remplacer un déséquilibre contractuel par un autre, ni entraîner une instabilité économique généralisée en provoquant

---

ORTSCHEIDT, *op. cit.*, n° 1147 et 319 ; P. ANCEL, « Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985 », Rev. arb. 1987, p. 127, spéc. n° 26 et s. ; « Arbitrage et procédures collectives », Rev. arb. 1983, p. 255.

[245] J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n° 231 et s. V. aussi, pour les illustrations de l'extension du champ de l'arbitrabilité dans ces domaines, C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *op. cit.*, n° 135 et s.

[246] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J.-C. RODA, *op. cit.*, n° 1304, qui soulignent néanmoins que l'inclusion d'une telle clause dans un accord d'exclusivité est de nature à compenser les effets restrictifs de concurrence (n° 1305).

[247] Pour un ex, v. Cass. com., 3 mai 2018, n° 16-27.926 ; D. 2018, p. 1529, note C. GRIMALDI ; *ibid*. 2019, p. 783, obs. D. FERRIER ; CCC n° 7, juill. 2018, comm. 132, note M. MALAURIE-VIGNAL, qui décide en l'occurrence que la clause de préférence ne caractérise pas une entente illicite. Le risque qu'une telle clause puisse emporter la qualification d'entente est cependant réel, v. W. CHAIEHLOUDJ, « Du risque contractuel au risque concurrentiel : le cas du pacte de préférence inclus dans le contrat de franchise », JCP G n° 43, 22 Oct. 2018, doctr. 1128, spéc. n° 11 et s.

[248] J.-P. DESIDERI, *La préférence dans les relations contractuelles*, préf. J. MESTRE, PUAM 1997, n° 150 et s.

[249] CA Paris, 4 juill. 2000, JCP E 2000, 1786 ; RTD civ. 2001, p.140, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

[250] P. DE FONTBRESSIN, « Les clauses de prix », *in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, J. MESTRE (dir.), PUAM 1990, p. 19 et s., spéc. p. 25.

[251] V. Cass. com., 14 juin 1988, n° 86-15.049 ; RTD civ. 1989, p. 291, obs. B. BOULOC ; Gaz. Pal. 1988, II, 828, note CALVO, qui approuve l'arrêt d'appel en soulignant que l'annulation avait été prononcée « non pas en raison de l'adoption par les parties d'une clause d'offre concurrente, mais du fait que les modalités prévues pour sa mise en œuvre ne permettaient pas cette détermination ».

[252] La situation peut survenir également en matière de clause d'offre concurrente, v. F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J.-C. RODA, *op. cit.*, n° 1303.

une réaction en chaîne »[253]. De manière générale, la validité d'une procédure contractuelle est subordonnée au fait qu'elle ne participe pas à l'indéterminabilité du prix. L'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 14 décembre 1999[254] est à cet égard exemplaire. En l'espèce, une promesse synallagmatique de cession de droits sociaux stipulait que le prix est fixé à un montant « […] provisoire mais maximum de 500 000 F calculé d'après l'actif net au 30 avril 1989, le prix définitif devant être déterminé en cas de variation négative de l'actif net entre le bilan arrêté au 30 avril 1985 et le bilan à établir lors de la régularisation de la cession […] le 30 avril 1990, en fonction notamment de ce bilan dont il était prévu qu'il devait être établi contradictoirement entre les cédants et les acquéreurs ». Les juges d'appel rejettent la demande d'annulation des cessionnaires en estimant que le prix était déterminable, « les modalités de détermination étant conformes aux usages en la matière et protectrices des intérêts des acquéreurs, dès lors que la variation du prix ne pouvait s'effectuer qu'à la baisse ». L'arrêt est cassé au visa de l'article 1591 du Code civil. La Cour de cassation observe que la convention, telle que rédigée, nécessitait un nouvel accord des parties, alors même qu'elles n'avaient pas prévu, en cas de désaccord, de s'en remettre à l'estimation d'un expert. La solution a été majoritairement approuvée par la doctrine[255]. Il convient de se rallier à la position majoritaire. Il n'est guère contesté que l'entreprise est une réalité mouvante. Sa valeur ne peut être déterminée qu'à travers les éléments comptables à un moment donné, ce qui entraîne une incertitude sur la détermination du juste prix des droits sociaux. Cependant, la procédure de détermination du prix ne doit pas être, elle-même, source d'indétermination de ce prix.

80. - La même problématique se pose au sujet des clauses d'offre concurrente[256]. L'effectivité de ce type de clause suppose la mise en place d'un processus destiné à encadrer le jeu de l'offre concurrente. Sans condamner le dispositif, la jurisprudence considère que ses modalités de mise en œuvre doivent être suffisamment claires et précises pour rendre le prix déterminé ou déterminable sans le recours à un nouvel accord des parties[257]. Tout comme en matière de clause du client le plus favorisé[258], il convient de préciser les modalités précises de sa mise en œuvre notamment en ce qui concerne « les méthodes de contrôle de son éventuelle

[253] P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 434, p. 403.
[254] Cass. com., 14 déc. 1999, n° 97-15.654, Bull. civ. IV, n° 234 ; Dr. sociétés 2000, p. 12, obs. T. BONNEAU ; D. 2000, p. 74, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *ibid.* p. 335, obs. A. REYGROBELLET ; et p. 474, obs. J.-C. HALLOUIN ; Bull. Joly 2000, p. 448, note A. COURET ; CCC 2000, comm. 60, note L. LEVENEUR ; RTD civ. 200, p. 318, obs. J. MESTRE ; RTD com. 2000, p. 706, obs. B. BOULOC. V. aussi, J.-P. GARCON, « Fixation d'un prix de cession de titres et référence aux éléments comptables », JCP E 2000, p. 496.
[255] *Contra*, A. REYGROBELLET, obs. préc., spéc. n° 5 s.
[256] M. FONTAINE, « Les clauses d'offre concurrente, du client le plus favorisé et de premier refus dans les contrats internationaux », DPCI 1978, p. 188 ; M. TROCHU, « Les clauses d'offre concurrente, du client le plus favorisé et de premier refus dans les contrats internationaux », RD aff. int. 2002/3-4, p. 303 ; J. RICATTE, « La clause dite du "client le plus favorisé" », Gaz. Pal. 1991, 2, doctr. p. 600.
[257] Cass. com., 14 juin 1988, n° 86-15.049, Bull. civ. IV, n° 206 ; D. 1989, jur. p. 89, note P. MALAURIE.
[258] J. RICATTE, « La clause dite "du client le plus favorisé" », Gaz. Pal. 1991, 2, doctr. p. 600 et s. ; C. ARONICA, « La clause du client le plus favorisé », AJCA 2014, p. 69 et s.

application […], les méthodes de comparaison et les modalités de la modification du contrat »[259].

Le pouvoir créateur de la volonté des contractants trouve donc ses limites dans le respect de règles impératives. Les restrictions en résultant se manifestent tant au stade de la conclusion qu'à celui de la sanction applicable à la prohibition des clauses procédurales.

2. La sanction de la prohibition des clauses procédurales

81. - La vigueur de l'interdiction de la stipulation d'une procédure conventionnelle est assurée par sa sanction. Pour que celle-ci soit efficace, elle doit pouvoir atteindre le but visé par la règle prohibitive[260]. À cet égard, plusieurs possibilités de sanction pourraient être envisagées selon le type de clause : nullité du contrat principal, nullité de la clause procédurale, le mécanisme du réputé non écrit, caducité partielle.

En pratique, la jurisprudence utilise tous les instruments adéquats qui permettent d'assurer l'effectivité de la sanction de l'interdiction. C'est moins le choix de la sanction que l'éradication de la clause qui paraît revêtir une importance aux yeux du juge[261]. Dans certains arrêts, la Cour de cassation se contente simplement d'affirmer que la clause critiquée « ne pouvait instaurer valablement » la procédure contractuelle en cause[262] ou que celle-ci est inopposable à une partie contractante[263]. Cette absence de qualification précise de la sanction applicable[264] corrobore l'idée que la mise à l'écart de la clause est, au final, l'objectif visé par la règle. En réalité, le choix de la sanction de l'interdiction ne relève pas d'une simple considération formelle, car il peut avoir une incidence sur le contrat porteur, mais pas seulement[265]. Il en est ainsi lorsque la clause constitue un élément essentiel du contrat. Tel est le cas des clauses instituant une procédure de détermination du prix dans les contrats de vente.

---

[259] P. LE TOURNEAU, *L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle*, 2e éd., LexisNexis 2016, n° 228, p. 156, qui préconise la nomination d'un contrôleur ou d'un organisme indépendant « bénéficiant d'un droit d'accès à certains documents du fournisseur, avec une périodicité prévue ».

[260] P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, préf. A. WEILL, LGDJ 1969, n° 28, p. 29 pour qui « La nullité doit atteindre le but visé par la règle, c'est-à-dire que ce qui est prohibé doit être annulé ».

[261] Sur ce constat, v. not., C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », art. préc., spéc. n° 7, qui souligne « la mutation du droit des sanctions » qui « tend aujourd'hui à préférer des sanctions qui conservent au contrat sa validité ».

[262] Cass. 2e civ., 16 juin 2011, n° 10-22.780, Bull. civ. II, n° 133, il s'agissait, en l'espèce, d'une procédure d'arbitrage prévue dans une convention d'assurance collective couvrant le risque d'invalidité permanente totale.

[263] Cass. soc. 30 nov. 2011, n° 11-12.906 ; RTD com. 2012, p. 351, obs. A. CONSTANTIN ; *ibid*. p. 528, obs. E. LOQUIN ; D. 2012, p. 2991, obs. T. Clay ; Droit social 2012, p. 309, obs. B. GAURIAU.

[264] On remarquera que le législateur lui-même n'est pas très clair sur cette question. En témoigne la multiplication des « formules légales utilisées pour imposer la nullité partielle », v. not. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 2, *op. cit*., n° 2628 ; O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, préf. P. ANCEL, PUAM 1999, n° 577 et s. ; Y.-M. SERINET, « Le juge et l'illicéité du contrat », *in Le renouveau des sanctions contractuelles*, F. COLLART-DUTILLEUL et C. COULON (dir.), Economica 2007, p. 85 et s., n° 6.

[265] Sur l'incidence au regard du régime applicable à la prescription de l'action : v. par ex., Cass. 3e civ., 19 nov. 2020, n° 19-20.405, D. 2020, p. 2342 ; *ibid*. p. 310, obs. M. MEKKI ; Rev. prat. rec. 2021. 25, chron. E. MORGANTINI et P. RUBELLIN ; RTD civ. 2021. 124, obs. H. BARBIER ; RDC 2021, p. 22, obs. M. LATINA ; *ibid*. p. 72, obs. J.-B. SEUBE, qui affirme que l'action tendant à voir réputer non écrite une clause de révision du bail commercial n'est pas soumise à prescription.

Dans cette hypothèse, la nullité de la clause entraine nécessairement celle du contrat qui la contient. La procédure contractuelle permet la détermination du prix qui est lui-même un élément essentiel du contrat de vente en sorte que l'annulation de la clause procédurale affecte le contrat lui-même dans son ensemble[266]. L'observation vaut également pour les clauses déterminantes du consentement des parties. Pour cette raison, dans bon nombre de cas, le législateur prévoit la sanction applicable. Aussi, s'agissant des règles protectrices d'une partie, la clause procédurale est réputée non écrite[267] lorsqu'elle est conclue en violation de la loi. Cette fiction juridique vise à sanctionner efficacement la violation de l'interdiction en permettant tout à la fois l'éradication de la clause et le maintien du contrat de base afin de ne pas pénaliser le contractant visé par la règle protectrice[268]. Mais parfois, la sanction de la prohibition n'est pas prévue expressément par un texte. Dans cette hypothèse, le juge doit prononcer la nullité de la clause[269].

82. - La question qui se pose est celle de savoir si la nullité de la clause instituant une procédure contractuelle a vocation à déployer ses effets sur le contrat qui la contient. Il est généralement admis que le respect de la volonté des contractants doit conduire à étendre à l'ensemble du contrat l'effet de la nullité d'une clause lorsque celle-ci constitue une condition déterminante du consentement des parties[270]. La jurisprudence prend également en compte la nécessité d'assurer le respect des règles impératives[271]. La situation est donc la suivante : lorsque le vice n'affecte qu'une clause du contrat, la nullité totale de l'acte entier ne peut être prononcée que si cette clause a constitué un élément déterminant du consentement des parties. Cependant, si cette façon de respecter la volonté des parties fait obstacle à l'efficacité de la sanction, elle doit être écartée[272]. Le nouvel article 1184 du Code civil s'inscrit dans cette tendance de sorte que l'appréciation du juge sera fonction à la fois de la volonté des parties et des règles d'ordre public.

---

[266] Cass. com., 14 déc. 1999, préc.

[267] Sur cette question, v. not. S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. LEQUETTE, Economica 2006, spéc. n° 47 et s. ; V. COTTEREAU, « La clause réputée non écrite », JCP 1993, I, 3691 ; J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », D. 1993, chr., 59 ; R. BAILLOD, « À propos des clauses réputées non écrites », *in* Mélanges L. BOYER, PUSST 1996, p. 15.

[268] Rappr., Cass. 3e civ., 6 mai 2015, n° 13-24.947, RDI 2015, p. 355, obs. F. GARCIA ; D. 2016, p. 617, obs. H. AUBRY, qui précise qu'une clause du contrat de construction de maison individuelle aménageant les modalités de réception de l'ouvrage en retenant une définition extensive de la réception doit être réputée non écrite.

[269] C. PAULIN, *La clause résolutoire*, *op. cit*., n° 36, p. 44.

[270] H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations, théorie générale*, 9e éd., Montchrestien 1998, n° 329 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations,* t. 1*, L'acte juridique,* 16e éd., Dalloz/Sirey 2014, n° 359 ; B. TEYSSIÉ, « Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat », D. 1976, chr., 281, spéc. n° 13 et s., p. 284-285 ; Y. PICOD, « Nullité », Rép. civ. Dalloz 2019, n° 153. L'annulation totale de l'acte était du reste perçue comme un moyen qui assure l'efficacité de la règle violée, v. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 2, *op. cit*., n° 2060.

[271] V. par ex., Cass. 3e civ., 6 juin 1972, D. 1972, p. 151, note P. MALAURIE, qui énonce que « la stipulation en question, qui fait dépendre la validité » du bail « du maintien de la clause d'indexation illicite, constitue une fraude à la loi » et approuve les juges du fond d'avoir retenu que l'annulation de la clause d'indexation « ne saurait, dans ces conditions, entraîner la nullité du bail ».

[272] Sur cette question, v. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. 1, *Les sources*, 2e éd., Sirey1988, n° 235 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations,* t. 1*, L'acte juridique, op. cit.,* n° 357 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 2, *op. cit*., n° 279 et s.

A priori, en dépit de son utilité, une clause procédurale n'est jamais déterminante de l'accord de volontés dans la mesure elle ne participe pas de l'essence du contrat. Cependant, il n'est pas exclu à ce que les parties fassent de cette clause une condition déterminante de leur accord. Normalement, force devrait rester à la loi des parties. Toutefois, une telle prévision reviendrait à priver d'efficacité la règle prohibitive imposant la nullité laquelle « est tout entière finalisée par la considération de ce que commande le respect de la légalité »[273]. Cette prise en compte de la finalité de la règle et de l'intérêt qu'elle sert conduit justement à relayer la volonté des parties en second plan[274]. Le respect de la volonté contractuelle n'intervient qu'après celui de la loi. Si l'application de la loi commande le maintien du contrat, les mentions de celui-ci ne peuvent pas y faire obstacle[275]. L'efficacité de la sanction de la prohibition apparaît ainsi comme un tempérament au respect de la volonté des contractants.

On voit que les restrictions à la liberté des contractants se manifestent autant dans la prohibition de la clause procédurale que dans sa sanction. Celle-ci ne vise pas toujours à éradiquer la clause contestée, elle peut affecter son efficacité.

B. Les limitations affectant l'efficacité de la clause

83. - La mise en œuvre de certaines procédures contractuelles est parfois affectée par le jeu de réglementations impératives. L'objectif n'est pas tant d'imposer des conditions de validité que de restreindre la liberté des contractants quant à l'organisation d'un processus. Cela se manifeste par la privation de l'effet recherché par le jeu de la clause instituant une procédure contractuelle. En pratique, l'application des règles impératives n'affecte pas les clauses de la même manière. Il peut s'agir de combattre les effets néfastes d'une clause instituant une procédure ou de prévenir une situation d'abus résultant de sa mise en œuvre. La restriction ne porte pas sur la validité du dispositif contractuel, mais elle affecte sa force obligatoire en ce qu'elle dissuade les contractants de s'en prévaloir (**1**). Il arrive aussi que le jeu normal de la clause ne soit pas paralysé de manière définitive. Dans ce cas, la privation d'effet est limitée à l'usage ponctuel qui en a été fait (**2**).

1. Les restrictions affectant la force obligatoire de la clause procédurale

84. - Certaines dispositions impératives affectent directement le jeu d'une clause instituant une procédure contractuelle. Si la finalité de ces dispositions est de dissuader les contractants de recourir à de telles clauses, elles n'interdisent pas pour autant leur insertion dans le contrat. Tel est le cas des lois régissant les pratiques restrictives de concurrence. Ces dispositions n'interdisent pas en particulier les clauses procédurales, mais plus généralement les effets qu'elles sont susceptibles d'avoir sur le jeu normal de la concurrence entre les acteurs sur le

[273] M.-E. PANCRAZI, « Les clauses de rétroactivité », RTD civ. 2011, p. 469, spéc. n° 25. Déjà en ce sens, L. AYNÈS, « Rapport introductif », *in L'anéantissement rétroactif du contrat*, RDC 2008, p. 9 et s., spéc n° 16 *in fine*, qui propose de concevoir l'anéantissement résultant de la nullité du contrat « non pas un (comme) instrument aveugle et dogmatique, mais (comme) un remède ajusté aux intérêts qu'il protège ».
[274] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 83, p. 99.
[275] V. par ex., Cass. 3e civ., 31 janv. 2001, n° 98-12.895, D. 2001. 3520, obs. L. ROZÈS ; JCP G 2001. I. n° 354, obs. Y.-M. SERINET.

marché. Lorsqu'une procédure contractuelle est susceptible d'avoir une incidence sur le libre jeu de la concurrence, sa mise en œuvre peut conduire à la sanction du contractant au profit duquel elle est stipulée.

Ainsi, l'article L. 442-1, 2° du Code de commerce prévoit que le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé. Selon la Commission d'examen des pratiques commerciales, entrent dans le champ d'application de ce texte les pratiques consistant pour un fournisseur, d'un côté, à se prévaloir, sans en justifier, des dispositions de la force majeure pour s'exonérer de toute responsabilité en cas d'inexécution partielle ou de retard dans l'exécution de ses obligations contractuelles et, de l'autre, à exclure dans ses conditions générales d'achat (CGA) l'insertion de clauses d'adaptation, d'indexation ou de *hardship* permettant la renégociation du contrat aux fins, notamment, d'un partage des surcoûts imputables à son inexécution[276]. Plus généralement, c'est l'absence de réciprocité dans les conditions de mise en œuvre de la clause procédurale litigieuse qui conduit à la caractérisation du déséquilibre significatif[277]. Dans cette perspective, la clause imposant une procédure de renégociation du contrat n'est pas interdite. Mais sa stipulation en faveur du contractant, généralement en position de force, engage simplement sa responsabilité en ce que la mise en œuvre du processus contractuel perturbe le jeu d'une concurrence saine et loyale.

On soulignera que, pour l'application de ce texte, les juges du fond considèrent généralement que l'appréciation du déséquilibre doit être globale et qu'il est envisageable qu'une clause vienne « rééquilibrer » une autre. Il ressort, en outre, de la jurisprudence que le déséquilibre peut être sanctionné alors même que la clause n'a pas été appliquée. Ainsi, dans un contrat de distribution, elle considère qu'une clause de « révision de prix » est source de déséquilibre significatif lorsque les stipulations litigieuses encadrent très strictement les demandes d'augmentation de tarifs du fournisseur alors qu'elles permettent au distributeur d'obtenir beaucoup plus aisément une diminution de prix[278]. C'est donc en considération de l'effet qu'elle est susceptible de produire que la clause peut être constitutive d'une stipulation restrictive de concurrence. Certes, la sanction n'est pas la nullité de la clause, mais son efficacité n'en est pas moins affectée. La responsabilité civile du contractant en faveur duquel la clause est stipulée est de nature à compenser le déséquilibre résultant de sa mise en œuvre. La libre expression de la volonté des parties en sort réduite.

85. - Dans d'autres cas, l'obstacle à la pleine efficacité de la clause provient de l'existence d'une procédure légale concurrente[279]. La procédure de conciliation préalable obligatoire en

[276] CEPC, avis n° 11-06, 1er juin 2011.

[277] Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525. V. aussi, TI Lille, 7 sept. 2011, n° 2009/05105, Min. Éco. c/ Eurachan ; RDC 2011, p. 143, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS, en l'espèce, il existait une clause de renégociation dans le contrat, mais celle-ci n'était pas réciproque à la hausse ou à la baisse. Le défaut de réciprocité d'un avantage a été considéré par le tribunal comme emportant un déséquilibre significatif.

[278] CA Paris, 4 juill. 2013, JurisData n° 2013-015022 et 11 sept. 2013, JurisData n° 2013-019306 ; JCP E 2014, 1074, n° 6, obs. R. LOIR.

[279] V. par ex., Cass. 3e civ., 24 mars 2016, n° 15-14.004, D. 2017, p. 375, obs. M. MEKKI, à propos d'un conflit entre un pacte de préférence et le droit de préemption du locataire en cas de congé pour vendre, la Cour approuve les juges du fond d'avoir « relevé que la réglementation concernant le droit de préemption est d'ordre public et

matière prud'homale peut servir à l'illustrer. On peut demander si les parties à un contrat de travail peuvent instituer valablement une procédure les obligeant à tenter un règlement amiable du différend avant toute saisine de la juridiction prud'homale. La question se pose avec une acuité particulière, d'autant plus qu'une tentative de conciliation *inter partes* ou éventuellement avec l'assistance d'un tiers a plus de chance d'aboutir lorsqu'elle est opérée à l'initiative des parties que lorsqu'elle est imposée par le juge. De plus, le bureau de conciliation est doté, dans une certaine mesure, de véritables pouvoirs juridictionnels[280] qui pourrait constituer un obstacle à la recherche d'une solution amiable du litige. Au demeurant, le jeu d'une telle clause procédurale n'exonère pas les parties de la phase de conciliation devant le conseil de prud'homme en cas d'échec de la procédure contractuelle.

Sur ce point, la chambre sociale de la Cour de cassation, clarifiant sa position à l'occasion d'un arrêt de 2012, a jugé « qu'en raison de l'existence en matière prud'homale d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire, une clause du contrat de travail qui institue une procédure de conciliation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend »[281]. Ce n'est pas la clause procédurale qui est sanctionnée en tant que telle, c'est son efficacité qui est mise en cause. Si la licéité de la clause n'est pas discutée en l'occurrence, elle ne produit pas en revanche l'effet recherché par les parties lorsque le salarié décide de saisir directement le bureau de conciliation. La solution est compréhensible dans la mesure où l'existence d'une telle clause, respectée ou non par les parties, ne fait pas échec au préliminaire de conciliation obligatoire devant le bureau du conseil de prud'homme[282]. Il faut préciser néanmoins que depuis 2015[283], les clauses de conciliation contenues dans les contrats de travail sont admises par le législateur de sorte que l'existence de la tentative de conciliation obligatoire devant le bureau de conciliation et d'orientation ne peut plus servir de justification au refus de sanctionner le non-respect d'une clause de conciliation. Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence continue de trancher dans un sens favorable au salarié[284], solution qui s'explique « au regard de la pluralité des règles d'ordre public en droit du travail, de l'inégalité des parties dans un différend prud'homal et de la protection effectif de l'accès à la justice »[285].

---

ne peut être tenue en échec par la conclusion d'un pacte de préférence ». V. déjà, Cass. 3e civ., 15 avr. 1992, n° 90-17.704, Bull. civ. III, n° 132 ; D. 1993. 63, obs. E.-N. MARTINE.

[280] V. C. trav., art. R. 1454-14.

[281] Cass. soc., 5 déc. 2012, n° 11-20.004, Bull. civ. V, n°326 ; JCP 2012, p. 1406, obs. N. DEDESSUS-LE MOUSTIER ; Rev. trav. 2013, p. 124, obs. E. SERVERIN ; Dr. soc. 2013, p. 178, obs. D. BOULMIER ; *ibid*. p. 576, chron. S. TOURNAUX ; RDC 2013, p. 1010, obs. C. PELLETIER ; D. 2013, p. 114, chron. P. BAILLY ; *ibid*. p. 2936, chron. T. CLAY. V. déjà en ce sens, Cass. soc., 19 juill. 1988, n°85-45.004, Bull. civ. V, n° 475.

[282] B. PONS, *Contrat de transaction, Solutions transactionnelles, op. cit.*, n° 312-83, p. 612.

[283] Loi n° 215-990 du 6 août 2015, art. 258. Sur cette question, v. F. GUIOMARD, « Que faire de la médiation conventionnelle et de la procédure participative en droit du travail ? », Rev. trav. 2015, p. 628.

[284] Cass. soc., 14 nov. 2019, n° 18-11.125, inédit, qui approuve la cour d'appel d'avoir déclaré l'action du salarié recevable en dépit de l'existence d'une clause de conciliation au motif que l'employeur a pris l'initiative de rompre le contrat de travail sans mettre en œuvre, au préalable, cette clause. Déjà dans le même, v. Cass. soc., 7 déc. 2011, n° 10-16.425, Bull. civ. V, n° 285 ; RDC 2012, p. 888, obs. C. PELLETIER ; Gaz. Pal. 3 mars 2012, p. 20, obs. S. AMRANI-MEKKI.

[285] V. ORIF, « La singularité persistante des clauses de conciliation dans les contrats de travail », Bulletin Joly travail 2020, p. 34.

86. - La procédure contractuelle de conciliation apparaît dès lors comme une opportunité supplémentaire de règlement amiable du différend et non comme une obligation contraignante[286]. Sa validité n'est pas remise en cause, mais sa force contraignante est tout de même réduite dans la mesure où elle ne produit qu'un « effet facultatif»[287]. La solution fait écho à plusieurs dispositions légales et recommandations, notamment à la loi du 2 décembre 2010 déclarant la nouvelle procédure participative inapplicable aux différends né d'un contrat de travail entre un employeur et un salarié et à la recommandation du conseil supérieur de la prud'homie qui s'est prononcée contre la généralisation de la procédure de médiation à tout le contentieux du contrat de travail dans ses avis des 26 mai et 9 septembre 2011. Cependant, il convient de relativiser la portée de cet arrêt. La primauté qu'il accorde à la conciliation devant le bureau de conciliation ne devrait jouer que dans les cas où celle-ci est obligatoire. Dans le cas où les litiges sont portés directement devant le bureau de jugement de cette juridiction, la clause procédurale relative au règlement amiable aura vocation à produire pleinement l'effet recherché par les parties[288].

On constate, au final, que ces restrictions s'inscrivent essentiellement dans une perspective de protection de l'un des contractants. La prégnance des exigences d'ordre public en cause entraîne une restriction du champ de la liberté contractuelle. La prise en compte de l'objectif poursuivi par le législateur a une incidence sur le caractère contraignant du processus contractuel. Le même constat se vérifie à l'analyse des restrictions ponctuelles à la mise en œuvre de certaines procédures contractuelles.

2. Les restrictions ponctuelles à l'application de la clause procédurale

87. - La clause instituant un processus peut être privée d'effet, de manière ponctuelle, en application d'une règle légale. Dans ce cas, l'effectivité du dispositif contractuel est suspendue temporairement quand bien même il aurait vocation à s'appliquer dans les circonstances en cause.

Cette hypothèse est apparue notamment au sujet de l'articulation entre les procédures contractuelles de résolution des litiges et la procédure de référé probatoire sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile[289]. Plus précisément, la question s'est posée de savoir si la recevabilité de l'action intentée sur le fondement de ce texte était conditionnée à la mise en œuvre préalable de la clause instituant une procédure de conciliation obligatoire entre les parties. Dans un arrêt de rejet, la Cour de cassation décide que « la clause instituant, en cas de litige portant sur l'exécution du contrat d'architecte, un recours préalable à l'avis du conseil régional de l'ordre des architectes » n'est pas applicable à l'action « fondée sur l'article 145 du […] Code de procédure civile dans le but de réunir des preuves et

[286] Comp., C. PELLETIER, obs. préc., spéc. n° 5 et 6, partant du constat de la décroissance du taux de succès de la conciliation organisée sous l'égide du bureau de conciliation, l'auteur affirme qu'« il aurait été préférable, plutôt que de priver de toute efficacité la clause de conciliation, d'en façonner le régime afin d'assurer une protection satisfaisante au salarié ».
[287] P. BAILLY, obs. préc.
[288] E. SERVERIN, obs. préc.
[289] V. CPC, art. 1449, al. 1er qui prévoit que « L'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'Etat aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire ».

d'interrompre un délai »[290]. *A priori*, cet arrêt clarifie la portée de la clause. Les parties n'avaient pas intégré expressément l'action fondée sur l'article 145 du CPC dans le champ de la clause de conciliation. La reproduction des termes précis de la clause litigieuse ainsi que la formulation de l'attendu semblent aller en ce sens[291]. Dans sa grande majorité, la doctrine a approuvé la solution. On estime qu'elle fait prévaloir l'effet utile de l'article 145 et répond à la nécessité d' « une aide à la pré-constitution de preuves pour éviter leur dépérissement ou pouvoir les établir »[292] eu égard à l'urgence qui préside aux choix du recours à cette mesure. De plus, comme l'observe un auteur, « une tentative de conciliation ne peut avoir lieu en toute loyauté que si les intéressés sont à même d'apprécier en connaissance de cause les concessions qu'ils pourront accepter et, dans les matières éminemment techniques, ils ne peuvent l'être que si, en toute objectivité, un expert leur a révélé l'importance et les causes du sinistre »[293]. Dans cette perspective, le jeu de la clause procédurale ne devrait pas faire échec à l'action tendant à faire établir la preuve d'un fait dont dépend la solution du litige.

La solution aurait donc vocation à s'appliquer au-delà des seules clauses de conciliation[294]. La saisine du juge en application de l'article 145 du CPC doit être possible en dépit de l'existence dans le contrat d'une clause aménageant la résolution du litige[295]. C'est la spécificité même du référé probatoire qui conduit à cette conclusion. Procédure totalement indépendante du fond, elle ne vise pas à obtenir du juge qu'il se prononce sur le fond du droit applicable à la situation en cause, mais tend uniquement à le faire statuer sur une demande de pré-constitution de preuves. À cela, s'ajoute le fait que les « moyens coercitifs » dont dispose le tiers (arbitre, médiateur ou conciliateur) sont limités[296]. En effet, lorsqu'une mesure d'instruction *in futurum* ordonnée par un arbitre n'est pas volontairement exécutée par une partie, son cocontractant ne peut pas le contraindre. Par ailleurs, l'arbitre ne peut adresser des injonctions à des tiers, l'effet relatif de la convention d'arbitrage oblige[297]. Le référé probatoire constitue donc une limitation au jeu de la clause de résolution des différends. Mais cette restriction à la force obligatoire du mécanisme conventionnel n'a lieu que pour

[290] Cass. 3e civ., 28 mars 2007, n° 06-13.209, Bull. civ. III, n° 43 ; RDI 2007, p. 355, obs. P. MALIVAUD ; RTD civ. 2007, p. 807, obs. P. THÉRY ; Procédures 2007, comm. 104, obs. R. PERROT ; JCP 2007. I. 200, chron., obs. T. CLAY ; D. 2008, p. 2820, chron., obs. J.-D. BRETZNER.
[291] V. J.-D. BRETZNER, obs. préc.
[292] S. AMRANI-MEKKI, « La clause de conciliation », *in La médiation, société de législation comparée*, Dalloz 2009, p. 29 et s., spéc. n° 11, p. 34 qui, approuvant la solution, estime qu'il « faut pouvoir ne pas obérer une action future, au prix de nuire à la conciliation qui risquerait alors de devenir lettre morte ».
[293] R. PERROT, obs. préc. *Adde*, C. PELLETIER, « Clause de conciliation et référé », RDC 2009, p. 1160, spéc. n° 4, qui considère qu'il « n'existe […] aucune incompatibilité entre mesures d'instruction *in futurum* et processus conciliatoire prévu par les parties. Au contraire, ces mesures peuvent servir le règlement amiable du litige […] ».
[294] Solution déjà applicable en matière d'arbitrage : Cass. 3e civ., 20 déc. 1982, Bull. civ. III, n° 360 ; 2e civ., 11 oct. 1995, Bull. civ. II, n° 235. V. aussi, A. HORY, « Les mesures d'instruction in futurum et arbitrage », Rev. arb. 1996, p. 191.
[295] V. pour la possibilité de saisine du juge sur le fondement de l'article 145 CPC en dépit d'une clause d'arbitrage : I. DESPRÉS, *Les mesures d'instruction in futurum*, préf. G. WIEDERKEHR, Dalloz 2004, spéc. nos 478 et s. p. 301 et s.
[296] P. SANDERS, « L'intervention du juge dans la procédure arbitrale », *in Le juge et l'arbitrage*, XIe colloque des IEJ (Dijon, 6, 7 et 8 oct. 1977), Rev. arb. 1980, p. 238, spéc. p. 251.
[297] I. DESPRÉS, *op. cit.*, n° 483, p. 302-303.

l'application de l'article 145[298]. En revanche, lorsque la saisine du juge des référés vise à obtenir une provision ou à ordonner l'exécution de l'obligation en application de l'article 809, alinéa 2 du CPC, le processus conventionnel sera pleinement applicable[299].

88. - Le jeu de clauses instituant des procédures peut également être affecté par la mise sous sauvegarde, le redressement ou la liquidation judiciaire de l'une des parties. Dans une telle hypothèse, la primauté est accordée en principe à l'application du droit des entreprises en difficulté sur celle des procédures contractuelles. Toutefois, la perturbation subie par les dispositifs contractuels ne conduit pas à leur disparition totale, elle a un caractère temporaire. Ainsi, l'ouverture d'une procédure collective ne remet pas en cause la validité de la clause compromissoire qui « continue de lier le débiteur, et reste opposable à ses créanciers, aux organes » de la procédure « et même à l'éventuel repreneur lorsqu'il poursuit l'exécution d'un contrat qui la comportait »[300]. Mais elle a une incidence variable sur l'instance arbitrale. Il convient de distinguer selon qu'elle intervient avant ou après le début de l'instance arbitrale. Dans le premier, l'ouverture d'une procédure collective contre le défendeur à l'arbitrage conduit en pratique à retarder la mise en œuvre de la clause compromissoire[301]. L'interdiction de toute action en justice[302] « paralyse, au moins provisoirement, l'introduction de la procédure d'arbitrage »[303]. Les créanciers doivent se soumettre à la procédure de vérification des créances et attendre que le juge-commissaire se déclare « incompétent à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou inapplicable »[304]. La procédure d'arbitrage ne pourra donc être engagée qu'après l'ordonnance d'incompétence du juge-commissaire qui peut faire l'objet d'un appel[305] auquel cas il faut attendre la décision de la cour d'appel sur ce recours[306].

Dans le second cas, l'instance arbitrale tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent est interrompue, de plein droit, « jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de sa créance »[307]. Cette règle de suspension des poursuites individuelles et d'interruption des instances en cours relève de l'ordre public de direction de

[298] V. cependant, G. HUCHET, « La clause de médiation et le traitement de l'urgence », LPA 30 oct. 2008, p. 3, spéc. n° 4 et s. qui émet le souhait de la reconnaissance de la possibilité de déroger au respect du processus amiable préalable en cas d'urgence ; C. PELLETIER, « Clause de conciliation et référé », art. préc.,spéc. n° 3, qui affirme qu'« en présence d'une clause de conciliation, le juge des référés conserve une compétence pleine et entière s'agissant aussi bien des mesures urgentes que les articles 808 et 809, alinéa 1er du Code de procédure civile l'autorisent à ordonner que des mesures d'instruction *in futurum* prévues à l'article 145 du même Code ». L'auteur ajoute, cependant, que l'existence d'une clause de conciliation modifie les conditions d'octroi d'une provision laquelle ne peut ne être ordonnée qu'en cas d'urgence.

[299] Cass. 2e civ., 9 nov. 2006, n° 05-19.443, inédit : application de la clause de conciliation à une action en référé fondée sur l'article 809, al. 2 du CPC.

[300] P. FOUCHARD, « Arbitrage et faillite », art. préc., spéc. n° 35.

[301] C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *op. cit.*, n° 319.

[302] C. com., art. L. 622-21.

[303] P. FOUCHARD, « Arbitrage et faillite », art. préc., spéc. n° 40.

[304] Cass. com., 2 juin 2004 (2 arrêts), Rev. arb. 2004, p. 591, note P. ANCEL ; JCP G, I, 179, n° 1, obs. J. BÉGUIN ; D. 2004, p. 3184, obs. T. CLAY.

[305] C. com., art. R. 624-5.

[306] P. ANCEL, note sous Cass. com., 22 janv. 2008, Rev. arb. 2009, p. 145 et s., spéc. p. 154.

[307] C. com., art. L. 622-22, L. 631-14 et L. 641-3.

sorte que les parties ne peuvent y renoncer[308]. Après la déclaration de créance, l'instance arbitrale est reprise de plein droit, le mandataire judiciaire, le liquidateur et, le cas échéant, l'administrateur ou le commissaire à l'exécution du plan dûment appelés. En pratique, lorsque la procédure collective concerne le débiteur, le tribunal lui imparti un délai pour mettre en cause les organes de la procédure[309]. À l'inverse, lorsque c'est le créancier qui est placé sous sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaires, un délai sera imparti aux organes de la procédure collective pour intervenir dans le cadre de la reprise de l'instance arbitrale[310]. Dans les deux cas, le jugement d'ouverture a pour conséquence de priver temporairement[311] la clause de son effet et de retarder le règlement du litige.

89. - La clause d'arbitrage n'est pas la seule affectée par application des dispositions relatives aux entreprises en difficulté. Les procédures encadrant la rupture du contrat voient également leur efficacité réduite en cas d'ouverture d'une procédure collective. L'article L. 622-13, I du Code de commerce précise, en effet, que « nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune […] résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ». De plus, pendant la procédure collective, la résiliation des contrats en cours est strictement encadrée[312]. C'est donc davantage le droit de résiliation que le processus destiné à l'encadrer qui est visé par ce texte. Mais la restriction à l'exercice du droit de rupture affecte immanquablement la procédure contractuelle. En cas d'ouverture d'une procédure collective, le principe du maintien des contrats en cours conduit à la suspension temporaire du jeu des clauses de résiliation ou de résolution du contrat[313]. Les parties ne sauraient valablement contourner l'application de ce texte par des stipulations qui, tout en ne visant pas expressément la rupture du contrat, produisent le même effet[314]. Lorsque la procédure collective connaît une issue heureuse, c'est-à-dire en prenant fin par le rétablissement et la poursuite de l'activité de l'entreprise, la clause aménageant la rupture retrouve pleinement son efficacité.

Il existe également des limitations à l'efficacité des clauses instituant des procédures en matière de surendettement des particuliers. Une procédure contractuelle de résiliation ou de résolution du contrat ne peut être mise en œuvre du seul fait de la décision déclarant la recevabilité de la demande d'ouverture de la procédure de surendettement par le débiteur[315]. Dans le cadre de cette procédure, il est interdit de mettre en œuvre la résiliation du contrat d'assurance ayant pour objet le remboursement d'un emprunt immobilier et ce, pendant toute

[308] CA Paris, 27 févr. 2018, Rev. arb. 2018, p. 299 ; JCP G 2018, 1322, n° 4, obs. J. ORTSCHEIDT.
[309] P. FOUCHARD, « Arbitrage et faillite », art. préc., spéc. n° 41.
[310] C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *op. cit.*, n° 361.
[311] P. ANCEL, note sous Cass. com., 2 juin 2004 (1er arrêt), Rev. arb. 2004, p. 591, spéc. n°18, p. 607, qui souligne que « la situation est seulement temporairement bloquée sans qu soit remise en cause la compétence arbitrale ».
[312] V. par ex., P.-M. LE CORRE, « Droit commun de la résiliation des contrats en cours : questions-réponses », Gaz. Pal. 1er juill. 2014, p. 41 ; P. ROUSSEL-GALLE, « Ordonnance du 18 décembre 2008 : les "nouveaux" régimes des contrats en cours et du bail », Rev. proc. coll. 2009, dossier 7.
[313] F. MACORIG-VENIER, « L'efficacité des « clauses d'anticipation » », i*n* « Contrat(s) et entreprises en difficulté - Toulouse, 12 octobre 2018 », BJE janv. 2019, n° 116q9, p. 40, spéc. II. A.
[314] V. en ces sens, Cass. com., 2 mars 1993, n° 90-21.849, Bull. civ. IV, n° 87 ; Cass. com., 14 janv. 2014, n° 12-22.909, JCP E 2014, 1071 ; *ibid*., 1173, obs. P. PÉTEL ; D. 2014, p. 206, obs. A. LIENHARD ; Act. proc. coll. 2014, comm. 53, obs. P. ROUSSEL GALLE ; Rev. sociétés 2014, p. 200, obs. L. C. HENRY.
[315] C. consom., art. L. 722-11.

la période de suspension et d'interdiction des procédures d'exécution et de cessions de rémunération prévue à l'article L. 722-2 du Code de la consommation[316].

90. - Ces restrictions à la volonté des parties conduisent à une suspension temporaire de l'effet des clauses procédurales. Elles n'affectent pas, en principe, la validité de celles-ci. Il n'en est autrement que si les parties cherchent à contourner l'application des dispositions impératives. Toute clause du contrat qui viserait à éluder l'application de telles dispositions est réputée non écrite[317]. Cette sanction permet de faire échec à la parade utilisée par les rédacteurs de contrats consistant à essentialiser la clause concernée. Dès lors que l'ordre public impose le maintien du contrat, les stipulations de clauses contraires ne sauraient y faire obstacle. Il ressort que la liberté contractuelle est diversement affectée par les règles d'ordre public. Les restrictions qui en résultent concernent également l'organisation des procédures contractuelles.

§. 2. Les restrictions affectant l'organisation de certaines procédures contractuelles

91. - La liberté de création des procédures contractuelles a pour corollaire celle du choix des modalités de mise en œuvre. Cette liberté n'est cependant pas totale. Elle est encadrée par l'intervention croissante du législateur organisant des procédures légales (**A**) et du juge lorsque celui-ci impose aux parties le respect d'exigences procédurales à la mise en œuvre de certaines prérogatives (**B**).

A. Les restrictions d'origine légale

92. - Dans un souci de protection de certains contractants, le législateur intervient ponctuellement pour imposer des exigences procédurales destinées à encadrer l'exercice d'une prérogative contractuelle (**1**). Les restrictions induites par l'existence de ces obligations légales ne brident qu'en partie la liberté contractuelle. Dans une certaine mesure la volonté des parties a vocation à produire pleinement ses effets dans le choix des modalités de la clause procédurale (**2**).

1. Les manifestations des restrictions légales dans l'organisation de certaines procédures

93. - Les restrictions légales dans l'organisation de certaines procédures contractuelles tiennent dans l'existence de procédures imposées dans des situations particulières entre contractants (**a**) ou des obligations légales imposées à ces derniers et conduisant à l'organisation d'une procédure contractuelle (**b**).

[316] C. consom., art. L. 722-13.
[317] Cass. com., 21 févr. 2012, n° 11-30.077, Bull. civ. IV, n° 43 ; Act. proc. coll., 2012, comm. 85, obs. P. CAGNOLI.

a. Les restrictions résultant de l'existence de procédures légales entre contractants

94. - Permettant aux parties de déterminer le contenu de leur accord, la liberté contractuelle « demeure un moyen d'oppression au profit du plus fort » et appelle « des interventions législatives ponctuelles »[318]. Par exemple, le besoin de protection de certains contractants[319] conduit le législateur à encadrer l'exercice de certaines prérogatives. Il s'agit d'inscrire la mise en œuvre de ces dernières dans un cadre procédural prévu par la loi.

Ainsi, en droit du travail la volonté de protéger le salarié contre un abus de pouvoir patronal a conduit le législateur à enserrer la rupture du contrat à l'initiative de l'employeur dans le respect d'une procédure. Le licenciement d'un salarié est, en principe, soumis à un certain nombre d'exigences procédurales dont la convocation à l'entretien préalable, la motivation de la décision, le délai de notification[320]. Ces dispositions sont impératives et les parties au contrat de travail ne peuvent y renoncer par avance[321]. De même, en matière d'assurance, la résiliation du contrat à l'initiative de l'assureur en cas de non-paiement de la prime est soumise à une procédure spécifique de sanction prévue à l'article L. 113-3 du Code des assurances mais favorable à l'assuré[322]. Ainsi, en cas de non-paiement de la prime ou d'une fraction de prime dans les dix jours de son échéance, la garantie peut être suspendue trente jours après la mise en demeure de l'assuré. L'assureur peut résilier le contrat dix jours après l'expiration du délai de trente jours précité[323]. Cette procédure de résiliation dérogatoire au droit commun vise à la fois la protection des intérêts de l'assuré qui risquerait de se trouver rapidement à découvert de garantie et ceux de l'assureur qui pourrait perdre la gestion du contrat d'assurance dans son portefeuille.

95. - Dans la même logique de l'encadrement d'une prérogative visant à sanctionner un contractant, l'article L. 124-10 du Code de commerce institue une procédure d'exclusion d'un associé dans les coopératives de commerçants[324]. Le texte prévoit notamment l'obligation, pour l'organe chargé de la mesure d'exclusion (conseil d'administration ou de surveillance suivant le cas), d'entendre l'associé en cause. Ce dernier a la faculté de faire appel de la décision d'exclusion devant l'assemblée générale[325] qui doit statuer sur son recours lors de la première réunion ordinaire qui suit la notification de l'exclusion. Cette disposition vise à

[318] M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », art. préc., spéc. n° 5, p. 237.
[319] En ce sens, v. not. T. REVET, « La clause légale », art. préc., spéc. n° 2, p. 279, qui considère que l'usage de la clause légale « dans les relations de droit privé paraît, pour l'essentiel, destiné à protéger celui des contractants qui n'est pas en mesure de contribuer à la détermination du contenu du contrat ».
[320] V. B. GAURIAU et M. MINÉ, *Droit du travail*, 4e éd. Sirey, 2020, n° 484 et s., p. 250 et s.
[321] C. trav., art. L. 1231-4.
[322] V. S. ABRAVANEL-JOLLY, *Droit des assurances*, préf. B. BEIGNIER, 3e éd., Ellipes, 2020, n° 449 et s., p. 190 et s.
[323] Ce délai est porté à cent vingt jours pour les assurances ayant pour objet la garantie de remboursement d'un emprunt immobilier : C. consom., art. L. 722-13.
[324] N. NADAL, « Commerce associé et clauses de sortie des sociétés coopératives », Journ. sociétés, n° 55, juin 2008, p. 47 ; B. DONDERO, « La procédure d'exclusion d'un associé dans les coopératives de commerçants », Gaz. Pal. 2013, p. 607.
[325] V. Cass. com., 18 janv. 2011, Rev. sociétés 2011, p. 351, note I. URBAIN-PARLÉANI ; Dr. sociétés 2011, p. n° 67, obs. H. HOVASSE ; Bull. Joly 2011, p. 402, note P. MOUSSERON : jugé que le recours devant l'assemblée générale n'est qu'une faculté et non une obligation en sorte que l'associé en cause peut immédiatement déférer son exclusion au juge.

garantir les droits de la défense dans la procédure d'exclusion. L'obligation d'entendre l'associé visé par la mesure d'exclusion permet d'assurer le caractère contradictoire de la procédure, la possibilité de saisir l'assemblée permet d'assurer le caractère réfléchi de la décision et l'effectivité du droit au recours. Les statuts de la société ne peuvent déroger à ces dispositions protectrices par une clause contraire. Par ailleurs, conformément à l'article 1844, alinéa 1 du Code civil, tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter, notamment concernant l'exclusion d'un membre y compris celui visé par la mesure. Une clause contraire des statuts est réputée non écrite en sorte qu'une mesure d'exclusion prononcée en violation de ce texte est annulable[326].

L'existence des procédures légales précitées se justifie par la volonté d'encadrer la mise en œuvre d'un pouvoir de sanction entre contractants. Mais ce n'est pas la seule finalité des règles protectrices. Dans d'autres cas, le législateur impose des procédures visant à protéger les intérêts des parties au regard de la spécificité des relations en cause. Ainsi, le caractère *intuitu personae* qui préside au fonctionnement de certaines sociétés (société civile, SARL)[327] a conduit à imposer une procédure d'agrément à la cession de parts sociales de façon à ce qu'un étranger ne puisse pas entrer dans la société sans l'accord d'une majorité qualifiée. Dans les SARL, l'associé qui entend céder ses parts à un tiers doit notifier son projet à la société et à chacun des associés afin d'obtenir leur agrément[328]. Dans les huit jours de cette notification, le gérant doit convoquer l'assemblée pour statuer sur le projet de cession. La décision de la société est ensuite notifiée au cédant[329]. L'agrément du cessionnaire suppose la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales. La société dispose d'un délai de trois mois à compter de la notification pour faire connaître sa décision faute de quoi l'agrément est réputé donné à la cession. Le principe et les modalités de cette procédure d'agrément sont prévus à l'article L. 223-14 du Code de commerce qui est d'ordre public[330]. Il en résulte donc une restriction à la liberté des parties dans l'organisation de cette procédure d'agrément.

96. - Néanmoins, la liberté contractuelle n'est complètement remise en cause. L'existence de procédures légales entre contractants doit plutôt être perçue comme un guide pour ceux-ci, un cadre d'action comportant des seuils à ne pas dépasser. Certains aspects des processus prévus par le législateur sont impératifs quand d'autres, supplétifs de volonté, sont susceptibles d'aménagement conventionnel notamment dans le sens favorable à la partie que

[326] Cass. com., 9 juill. 2013 (2 arrêts), n° 11-27.235 et n° 12-21.238 ; D. 2013, p. 2627, note F. AIT-AHMED et p. 2729, obs. J.-C. HALLOUIN ; RTD civ. 2013, p. 836, obs. B. FAGES ; BJS 2013, p. 636, obs. D. PORRACHIA ; Rev. sociétés 2014, p. 40, note J.-J. ANSAULT ; JCP E 2014, 1074, n° 3, obs. P. MOUSSERON.

[327] V. aussi, C. com., art. L. 228-24, qui encadre la clause d'agrément dans les sociétés par actions.

[328] C. com., art. L. 223-14, al. 2 et R. 223-11.

[329] C. com., art. R. 223-12.

[330] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 33e éd. LexisNexis 2020, n° 1645, p. 635. Sur le caractère impératif de la procédure d'agrément à la cession des actions dans les sociétés par action, v. Cass. com., 8 avr. 2008, n° 06-18.362, Bull. civ. IV, n°85 ; D. 2008, AJ, p. 1207, obs. A. LIENHARD ; Dr. sociétés 2008, n° 129, note H. HOVASSE ; Bull. Joly 2008. 585, note D. PORACCHIA ; JCP E 2008, p. 1950, note S. SCHILLER ; RTD com. 2008, p. 801, obs. P. LE CANNU et B. DONDERO ; D. 2009, p. 323, obs. J.-C. HALLOUIN.

la loi entend protéger[331]. Un constat similaire s'observe s'agissant des restrictions légales résultant de la réglementation de certaines clauses.

b. Les restrictions légales résultant de la réglementation de certaines clauses

97. - Les clauses contractuelles peuvent aussi dangereuses dans la mesure où leur mise en œuvre pourrait conduire, dans certains cas, à priver l'une des parties de ses droits nés du contrat. À cet égard, le législateur cherche à protéger les contractants en réglementant tant le contenu que les effets[332] de certaines clauses procédurales. Cette restriction à la liberté des contractants se manifeste sous diverses formes.

Il arrive, certes rarement, que les parties se voient imposer tant le principe que les modalités de la clause procédurale. Il résulte ainsi de l'article L. 441-8 du Code de commerce que les contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois portant sur la vente de certains produits (agricoles, de consommation courante...) dont les prix de production sont significativement affectés par des fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires doivent comporter une clause instituant une procédure de renégociation du prix de façon à prendre en compte ces fluctuations à la hausse comme à la baisse. L'obligation d'insérer cette clause procédurale relative à la renégociation du contrat est assortie d'une amende administrative[333]. Les modalités de mise en œuvre de cette clause sont définies par les parties au contrat. Mais le texte impose certaines restrictions dans l'organisation de la procédure contractuelle de renégociation. La clause doit préciser les conditions de déclenchement et faire référence à un ou plusieurs indices publics des prix des produits alimentaires ou agricoles. La renégociation du prix doit être conduite dans un délai précisé par les parties mais qui ne peut être supérieur à un mois. Un compte rendu de la procédure est établi par les parties.

98. - Dans les hypothèses les plus courantes, la réglementation de la clause procédurale concerne uniquement ses modalités de mise en œuvre. Les clauses aménageant procéduralement la rupture du contrat sont les plus concernées. Il ressort des articles L. 222-4 et L. 261-13 du Code de la construction et de l'habitation que les clauses de résolution concernant les obligations de versement ou de dépôt mises à la charge de l'acquéreur ou à la charge du maître de l'ouvrage, par le contrat de promotion immobilière, ne produisent effet

[331] Comp. T. REVET, « La clause légale », art. préc., spéc. n° 8, p. 286, qui préconise « de ne sanctionner que les adjonctions de stipulations défavorables au contractant dont la position de faiblesse dans la négociation contractuelle motive le recours à la clause légale ».

[332] V. par ex., Cass. 3e civ., 4 mars 2021, n° 19-25.964, la Cour relève conformément aux dispositions d'ordre public de l'article 1799-1 du Code civil que le cautionnement, qui garantit le paiement des sommes dues en exécution du marché, ne doit être assorti d'aucune condition ayant pour effet d'en limiter la mise en œuvre. Elle casse et annule l'arrêt d'appel pour ne pas avoir constaté que le cautionnement assorti d'une condition subordonnant l'engagement de la caution à la notification du décompte final par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur excluait de la garantie les sommes dues au cours de l'exécution du contrat d'entreprise ou avant notification de ce décompte et d'en tirer les conséquences.

[333] M. BEHAR-TOUCHAIS, « La théorie de l'imprévision revue et corrigée par le droit commercial : quand la clause de *hardship* est imposée sous peine d'amende administrative », RLC 2013/36, n° 2344 ; du même auteur, « Quand la théorie de l'imprévision entre par la petite porte : la clause de « *hardship* » imposée sous peine d'amende administrative », RDC 2013, p. 1431, se prononçant dans le sens de cette disposition, l'auteur affirme que « la théorie de l'imprévision, qui a fait couler tant d'encre en droit civil, n'est même pas avancée dans le raisonnement économique, tant il apparaît qu'il faut introduire de la flexibilité ».

qu'un mois après mise en demeure restée infructueuse, un délai pouvant être demandé pendant le mois ainsi imparti, conformément à l'article 1343-5 du Code civil. Ce texte impose ainsi un délai minimum d'un mois au jeu de la résolution du contrat et donc à l'efficacité de la clause résolutoire. Ce même délai est prévu à l'article L. 145-41 du Code de commerce s'agissant de la clause résolutoire insérée dans un bail commercial[334]. La constitutionnalité de cette restriction légale au jeu de la clause procédurale n'est guère discutable[335]. La remise en cause des atteintes que porte le législateur à la liberté contractuelle suppose la réunion de deux conditions à savoir : « l'absence de motif d'intérêt général » et « l'absence de garanties procédurales et de fond »[336] ; ce qui n'est pas le cas s'agissant des restrictions résultant de l'aménagement de la clause résolutoire. La réglementation en cause assure le maintien du contrat pendant le délai légal de façon à permettre au contractant mis en demeure de pouvoir s'exécuter, l'objectif recherché étant d'éviter la rupture du lien contractuel.

La logique de protection du contractant en situation de dépendance s'est traduite par l'instauration d'une procédure légale [337] destinée à encadrer la rupture d'une relation commerciale établie. Ainsi, selon les dispositions de l'article L. 442-1, II du Code de commerce introduites par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, « engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels »[338]. Si ce texte ne consacre pas un droit à la pérennité du lien contractuel, il permet de sanctionner les abus de certains contractants résultant de l'absence de prise en compte des intérêts de leurs partenaires placés dans une situation de dépendance à leur égard. Il en résulte donc une restriction à la liberté des contractants relativement aux modalités de rupture du contrat. Ainsi, les clauses instituant une procédure de résiliation ou celles organisant une procédure de dénonciation du contrat (clause de tacite reconduction) ne peuvent pas déroger aux exigences minimales de préavis formel et de délai imposées par ce texte.

---

[334] Ce délai est de deux mois pour la clause de résiliation de plein droit insérée dans un bail d'habitation : L. n° 89-462 du 6 juill. 1989, art. 24.

[335] V. Cass. ass. plén., 18 juin 2010, n° 09-71.209 ; JCP E 2010, 2134, n° 10, obs. P. MOUSSERON : qui refuse de transmettre une QPC relative à ce texte, soulignant qu'il « répond à un motif d'intérêt général et que sa mise en œuvre est entourée de garanties procédurales et de fond suffisantes ».

[336] P. MOUSSERON, obs. préc.

[337] Le Conseil constitutionnel semble avoir incité le législateur à aller dans ce sens lorsqu'il énonce, à l'occasion de sa décision sur le pacte civil de solidarité, qu'« il appartient au législateur, en raison de la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection de l'une des parties, de préciser les causes permettant [leur] résiliation, ainsi que les modalités de celle-ci, notamment le respect d'un préavis » : Décision n° 99-419 DC du 9 nov. 1999.

[338] Sur ce texte, v. not. A. DE BROSSES, « La rupture fautive de relations commerciales établies », Dr. et patr., juin 2003, p. 50 ; A. GRIZAUT, « Rupture brutale des relations commerciales, réflexions sur les premiers cas d'application de l'article L. 442-6 », Dr. et patr. juin 2003, p. 71 ; J.-M. MEFFRE, « La rupture des relations commerciales établies : 36-5° vs 1135, Harmattan ou sirocco ? », JCP 2000, Cah. dr. entr., n° 4, p. 10 ; M.-E. PANCRAZI-TIAN, « La moralisation des pratiques commerciales », Dr. et patr., déc. 2001, p. 65 et s., spéc. p. 67 et s. ; M. PÉDAMON, « Nouvelles règles relatives à la rupture des relations commerciales établies », Bull. Actualités Lamy droit économique, déc. 2001, n° 146, p. 2 et s.

99. - Dans d'autres cas, la réglementation de la clause procédurale vise à permettre à l'un des contractants de sortir du lien contractuel. En effet, il est assez fréquent que les parties prévoient une procédure de dénonciation du contrat consistant à imposer des formes et délais stricts au contractant qui souhaitent mettre un terme au contrat. Cette procédure contractuelle se trouve généralement inscrite dans une clause dite de tacite reconduction. L'application d'une telle clause peut avoir pour effet de lier un contractant au-delà du terme qu'il avait en vue lors de la conclusion du contrat faute d'avoir respecté la procédure de dénonciation. C'est pourquoi, dans les contrats de consommation comportant ce type de stipulation, le législateur impose au professionnel une obligation d'information particulière dont l'objet est d'indiquer au cocontractant la possibilité de ne pas reconduire le contrat[339]. L'obligation s'impose au professionnel tant à l'égard de son cocontractant consommateur qu'à l'égard de son partenaire non-professionnel qui peut être une personne morale[340]. À défaut d'y avoir satisfait dans le délai imparti, le professionnel s'expose au risque de voir son contrat résilié à tout moment par son cocontractant privant ainsi de toute efficacité la procédure de dénonciation prévue dans la clause de tacite reconduction.

Par ailleurs, les exigences prévues à l'article L. 313-41 du Code de la consommation constituent une limitation, dans une certaine mesure, à la liberté des contractants dans l'organisation de clause instituant les modalités procédurales de la condition suspensive. Le texte impose, en effet, un délai minimum de validité de la condition suspensive d'obtention du ou des prêts destinés au financement de la transaction immobilière conclue par un acquéreur ayant la qualité de consommateur. Cette durée de validité de la condition suspensive de l'obtention du ou des prêts ne peut être inférieure à un mois à compter de la date de signature ou à compter de la date de l'enregistrement de l'acte. Ce délai d'un mois, qui intéresse la constatation de l'obtention du prêt[341] et non l'information du dépôt du prêt[342], est d'ordre public et vise à protéger les consommateurs dans le domaine immobilier. De sorte que les clauses visant à réduire le minimum légal ne peuvent trouver à s'appliquer. Dès lors, l'obligation contractuelle imposée à l'acquéreur de déposer un dossier de crédit dans les 10 jours de l'acte sous-seing privé conclu sous condition suspensive d'obtention d'un prêt et d'en justifier dans les 48 heures auprès du rédacteur de cet acte, ainsi qu'à informer, dans le même délai, ce rédacteur et les vendeurs de toute offre de prêt ou de tout refus motivé en leur adressant photocopie du document délivré par l'organisme de prêt, a été considérée comme accroissant les exigences de l'article précité d'ordre public[343].

---

[339] C. consom., art. L. 215-1 ; pour le consommateur d'assurances : v. C. assur., art. L. 113-15-1.

[340] Cass. 1re civ., 23 juin 2011, n° 10-30.645 ; JCP G 2011, 1080, note G. PAISANT ; D. 2012, p. 840, obs. H. AUBRY ; JCP E 2012, 1027, n°2, obs. R. LOIR ; RTD com. 2011, p. 627, obs. B. BOULOC - *Adde* S. TISSEYRE, « Paradoxes autour de la notion de non-professionnel », D. 2011, p. 2245.

[341] Cass. 1re civ., 9 déc. 1992, CCC mars 1993, n° 43, note L. LEVENEUR ; Cass. 3e civ., 30 avr. 1997, Defrénois 1997, art. 36634, n° 115, p. 1014, note D. MAZEAUD.

[342] Cass. 1re civ., 4 juin 1996, D. affaires 1996, p. 1001.

[343] Cass. 1re civ., 28 janv. 1992, n° 89-11.152, Bull. civ. I, n° 35 ; D. 1992, IR, p. 99. V. aussi, Cass. 3e civ., 12 févr. 2014, n° 12-27.182 ; RDI 2014, p. 2014, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN ; JCP 2014, p. 1351, n° 3, obs. R. LOIR ; Cass. 3e civ., 6 juill. 2005, n° 04-13.381, Bull. civ. III, n° 154, D. 2005, p. 2145, obs. C. RONDEY : jugeant que les délais imposés à l'acquéreur, inférieurs au délai légal d'un mois, pour effectuer le dépôt de la demande de prêt est de nature à accroître les exigences de l'art. L. 312-16 c. consom.

100. - On le constate, de nombreux textes restreignent la liberté reconnue aux parties aussi bien dans le choix que dans les modalités de la clause instituant une procédure contractuelle. Cependant, la logique contractuelle est loin d'être méconnue par ces restrictions légales. Dans une certaine mesure, la volonté des parties conserve sa place dans le respect des règles d'ordre public.

2. Les aménagements conventionnels licites

101. - Les restrictions légales au jeu des clauses procédurales résultent généralement des règles d'ordre public de protection. Ces dernières réduisent la marge de manœuvre laissée à la liberté des contractants, mais ne la remettent pas complètement en cause. Ainsi, le choix des modalités du processus contractuel peut faire l'objet d'un aménagement. Les rédacteurs de contrats en ont tiré les conséquences en recourant à des mécanismes participant à la protection du contractant visé par le dispositif légal.

102. - Il s'ensuit que la clause procédurale déploie pleinement ses effets dès lors qu'elle s'inscrit dans la finalité de la règle légale protectrice. Tel est le cas lorsque les modalités de la procédure instituée par le contrat renforcent la protection du contractant visé par la règle d'ordre public. Par exemple, en matière de contrat de travail, les restrictions au droit de rupture unilatérale de l'employeur sont dictées par la protection du salarié. L'existence d'une procédure légale de licenciement n'empêche pas les parties de compléter celle-ci par une procédure d'origine conventionnelle[344]dès lors qu'elle constitue une garantie supplémentaire pour le salarié. Ce type de disposition est fréquent dans les conventions collectives, l'objectif étant d'aménager la procédure légale de licenciement :

> « Lorsqu'un inspecteur confirmé dans ses fonctions dans l'entreprise est, conformément aux dispositions légales, convoqué par l'employeur et informé que le licenciement pour faute ou pour insuffisance professionnelle est envisagé à son égard, il a la faculté de demander la réunion d'un conseil constitué de trois représentants de l'employeur et de trois représentants du personnel de l'établissement (délégués du personnel, membres du comité d'entreprise, délégués syndicaux au comité d'entreprise ou d'établissement).
> La lettre de convocation à l'entretien préalable doit mentionner expressément cette faculté, le délai dans lequel elle peut être exercée (cf. alinéa suivant), ainsi que celle de se faire assister pour cet entretien conformément aux dispositions légales.
> La demande de réunion doit être formulée par écrit et communiquée à la direction ; compte tenu des spécificités inhérentes à la fonction, cette demande doit être communiquée à la direction au plus tard 6 jours francs après l'entretien prévu par le Code du travail. À défaut, le salarié est considéré comme renonçant à la procédure du conseil.
> Toutefois, le conseil est obligatoirement réuni à l'initiative de l'employeur lorsque celui-ci envisage, à l'issue de l'entretien préalable, un licenciement pour faute.
> L'entreprise doit alors en informer l'intéressé par lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre décharge. La réunion du conseil est cependant annulée si l'intéressé le demande par écrit dans les 48 heures de la réception de la lettre.
> Les représentants du personnel siégeant au conseil sont choisis par l'intéressé parmi l'ensemble des élus du personnel titulaires ou suppléants du même collège électoral que lui et parmi les délégués syndicaux ou représentants syndicaux appartenant à ce même collège. L'employeur convoque le conseil au moins 48 heures à l'avance et informe le salarié qu'il peut être entendu, s'il le souhaite, par le conseil. Les éléments du dossier sont obligatoirement tenus 48 heures à l'avance, à la disposition du conseil et de l'intéressé.
> Si le salarié est entendu, sur sa demande, pendant la réunion du conseil, son responsable hiérarchique doit l'être également.

[344]V. J. SAVATIER, « Droit disciplinaire conventionnel et droit disciplinaire légal », Dr. soc. 1992, 227 ; B. GAURIAU et M. MINÉ, *Droit du travail*, *op. cit.*, n° 481, p. 249.

L'un des représentants de l'employeur préside le conseil. Il établit à l'issue de la réunion un procès-verbal qui relate notamment les faits reprochés à l'inspecteur et consigne l'avis de chacun des membres ayant participé à la réunion du conseil ; ces derniers sont invités à émarger le procès-verbal et en reçoivent un exemplaire, également transmis au salarié concerné.
L'employeur ne prend sa décision qu'après avoir pris connaissance des avis exprimés au conseil et communique celle-ci à ses membres en même temps qu'à l'intéressé »[345].

La faculté pour l'inspecteur du travail de demander la réunion du conseil prévue dans le dispositif conventionnel et l'obligation pour l'employeur de mentionner cette faculté dans la lettre de convocation à l'entretien constitue une garantie supplémentaire et participe de la protection du salarié. Les finalités qui sous-tendent les règles d'ordre public de protection commandent la force obligatoire des procédures contractuelles *in favorem*. En cela, la validité et la force obligatoire de cette procédure disciplinaire conventionnelle ne paraît guère discutable[346]. À partir du moment où la procédure conventionnelle ne remet pas en cause ou ne restreint pas les garanties accordées par une réglementation impérative, son efficacité ne saurait être véritablement contestée[347]. Il est de l'essence de la liberté contractuelle de permettre la création, par la volonté des contractants, de tout ce qui ne leur est pas interdit. On aboutit à la même conclusion à l'analyse des procédures légales d'agrément à la cession de parts sociales dans les SARL et les sociétés civiles. L'existence de cette procédure légale n'interdit pas aux sociétaires d'instituer une procédure conventionnelle précisant les modalités de l'agrément dans le respect des règles impératives. Ainsi, par exemple, dans la clause organisant une procédure d'agrément, les statuts d'une SARL peuvent prévoir que le gérant consulte les associés par écrit plutôt que de convoquer l'assemblée générale. De plus, en matière de cession de droits sociaux dans les SARL comme dans les sociétés civiles, les statuts peuvent prévoir une majorité plus forte à l'agrément du cessionnaire[348].

103. - On voit bien que les dispositions législatives n'annihilent pas complètement la liberté contractuelle. L'existence de réglementations impératives ne constitue pas un obstacle à l'expression de la volonté des contractants. Bien plus, la stipulation d'une clause s'avère utile à la détermination des modalités procédurales concrètes de mise en œuvre de ces dispositions légales. L'aménagement conventionnel en résultant produit l'effet recherché par les parties dès lors qu'il ne contrevient pas à une règle d'ordre public. Il pourrait même s'avérer décisif en ce qui concerne les modalités procédurales. La clause instituant une procédure de constatation de la réalisation de la condition suspensive en matière de prêt immobilier[349] est un cas exemplaire. Les parties disposent d'une marge de manœuvre dans la définition des modes de preuve de la demande de prêt conforme aux prévisions du contrat et de la

[345] Convention collective nationale de l'inspection d'assurance du 27 juillet 1992, art. 66 a.
[346] V. en ce sens, Cass. soc., 18 févr. 1998, n° 95-42.500, Bull. civ. V, n° 95 ; Dr. soc. 1998, p. 402, obs. J. SAVATIER ; Cass. soc. 7 mai 1996, Dr. soc. 1996, p. 738, obs. A. JEAMMEAUD ; Cass. soc., 23 mars 1999, n° 97-40.412, Dr. soc. 1999, p. 634, obs. J. SAVATIER ; D. 2001, p. 417, note S. FROSSARD ; Cass. soc. 11 juill. 2000, n° 97-45.781, Dr. soc. 2000, p. 1027, obs. C. RADÉ ; D. 2001, p. 417, note S. FROSSARD.
[347] Rappr. H. PERINET-MARQUET, obs. sous Cass. 3e civ., 21 nov. 2012, Defrénois 30 mai 2013, n°112r8, à propos de la force obligatoire d'une procédure contractuelle de constatation de l'achèvement de l'ouvrage, l'auteur affirme : « rien n'empêche les parties de convenir d'un niveau de protection supérieur. Affirmer le contraire conduirait à des résultats surprenants ».
[348] V. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, no 1645.
[349] C. consom., art. L. 313-41.

notification de celle-ci au vendeur[350]. Est ainsi jugé licite une clause qui impose aux bénéficiaires d'une promesse de vente conclue sous condition suspensive de justifier au moyen d'une lettre des établissements de crédit sollicités le refus de prêt[351]. Dans le même sens, la clause qui subordonne le remboursement de l'indemnité d'immobilisation à la production d'une preuve par l'emprunteur du refus de trois établissements de crédit dans les conditions prévues dans la promesse de vente ne contrarie pas les dispositions protectrices[352]. L'absence de « forme spéciale pour la notification dans la promesse » ouvre la perspective à de possibles aménagements conventionnels relativement au formalisme d'information imposé à l'acquéreur[353]. Ces aménagements conventionnels restent possibles dès lors que leur conformité à la finalité des règles d'ordre public consumériste ne peut être remise en cause. Un auteur parle, à propos de l'admission de ces aménagements conventionnels, de dérogation « *in mitius* »[354]. En témoigne la clause suivante stipulée dans un contrat de vente immobilière sous la condition suspensive d'obtention d'un prêt et qui institue une procédure de constatation de la défaillance du débiteur dans l'accomplissement de la réalisation de la condition :

> « La réception de l'offre de prêt devra intervenir au plus tard le 10 mars 2004. L'obtention ou la non-obtention du prêt devra être notifiée par l'acquéreur au vendeur par lettre recommandée avec accusé de réception adressée trois jours suivants l'expiration du délai ci-dessus. À défaut de réception de cette lettre dans le délai fixé, le vendeur aura la faculté de mettre l'acquéreur en demeure de lui justifier sous huitaine la réalisation ou la défaillance de la condition. Cette demande devra être faite par lettre commandée avec avis de réception au domicile ci-après élu. Passé ce délai de huit jours sans que l'acquéreur n'ait apporté les justificatifs, la condition sera censée défaillie et les présentes seront caduques de plein droit, sans autre formalité, et ainsi le vendeur retrouvera son entière liberté mais l'acquéreur ne pourra recouvrer le dépôt de garantie qu'il aura, le cas échéant, versé qu'après justification qu'il a accompli les démarches nécessaires pour l'obtention du prêt, et que la condition n'est pas défaillie de son fait ; à défaut, le dépôt de garantie restera acquis au vendeur »[355].

104. - En dépit des restrictions légales qui affectent l'organisation de certaines procédures contractuelles, celles-ci n'échappent pas complètement à la volonté des parties. Il n'en reste pas moins que l'interventionnisme législatif limite la liberté des contractants.

Cette limitation est encore renforcée par les interventions récurrentes du juge dans la détermination du contenu ou des conditions de mise en œuvre de certaines clauses procédurales.

---

[350] Cass. 1re civ., 13 févr. 2001, n° 98-17.881, JCP E 2001, n°15-16, p. 638 ; JCP E 2002, p. 640, obs. P. NEAU-LEDUC.
[351] Cass. 1re civ., 7 janv. 1997, CCC 1997, n° 68, note G. RAYMOND.
[352] Cass. 3e civ., 21 juill. 1998, CCC 1999, n° 46, obs. G. RAYMOND.
[353] Cass. 3e civ., 7 nov. 2007, 06-11.750, JCP G 2007, IV, 3209, 3210 et 3216 ; JCP G 2008, I, 104, chron., obs. Y.-M. SERINET ; Defrénois 2007, p. 1744, note É. SAVAUX.
[354] Y.-M. SERINET, obs. préc.
[355] Clause traitée par la Cour de cassation qui approuve les juges du fond d'avoir relevé que la mise en œuvre de la procédure de constatation de la défaillance du débiteur était nécessaire à l'application de la sanction consistant à la perte du droit de demander la restitution du dépôt de garantie : Cass. 3e civ., 23 juin 2010, n° 09-15.939 ; JCP E 2010, 2134, obs. J.-B. SEUBE.

B. Les restrictions d'origine jurisprudentielle

105. - La progression de l'unilatéralisme a conduit la jurisprudence à développer les moyens de contrôle de mise en œuvre des clauses contractuelles. Outre les « règles classiques appliquées aux obligations contractuelles »[356], elle impose le respect d'un formalisme procédural à l'exercice de prérogatives afin notamment d'en limiter les effets et de prévenir les abus. La liberté des contractants se trouve restreinte en ce qu'il leur est rarement permis de déroger par convention aux procédures imposées par le juge[357].

Les restrictions jurisprudentielles visent le plus souvent directement le jeu de la clause procédurale (**1**). Parfois, elles touchent indirectement l'organisation de la procédure contractuelle (**2**). Dans l'un et l'autre cas, ces restrictions apparaissent comme un garde-fou à la mise en œuvre des prérogatives en cause.

1. Les restrictions directes au jeu de certaines clauses

106. - Les clauses conférant à l'une des parties une prérogative contractuelle font l'objet d'un contrôle de leur mise en œuvre. Aux côtés des exigences de fond, le respect de formalités procédurales est imposé au titulaire de la prérogative. L'objectif recherché est de tempérer le déséquilibre contractuel créé par une telle clause en imposant à celui qui prend la décision de suivre des étapes successives destinées à s'assurer que les intérêts de son cocontractants ont été pris en compte[358]. L'évolution de la clause résolutoire a été particulièrement marquée par ce phénomène de procéduralisation[359]. La mention de l'obligation violée dans la clause ou le respect d'autres formalités procédurales en particulier la nécessité d'une mise en demeure infructueuse[360] sont autant d'exigences inspirées par la jurisprudence[361]. En dépit de l'intervention du législateur[362], certaines des restrictions jurisprudentielles tendant à limiter la mise en œuvre de ces clauses continuent de s'appliquer notamment s'agissant de la précision

---

[356] M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1re partie) », art. préc. spéc. p. 1065, qui souligne que, « face à une clause contractuelle attribuant un pouvoir unilatéral à l'une des parties au contrat, il n'est pas réellement question d'une obligation contractuelle » de sorte que le respect d'un processus encadrant la manière d'exercer cette prérogative est mieux adapté.

[357] Comp., P. LEMAY, th. préc., spéc. n° 284, qui affirme : « derrière cet encadrement se cache une réelle volonté, pour le juge, de concourir à la maîtrise du contrat mais surtout de ne pas laisser libre cours aux pouvoirs des contractants ».

[358] En ce sens, v. P. LOKIEC, « La procéduralisation à l'épreuve du droit privé », *in Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation)*, *op. cit.*, p. 185, pour qui, une bonne décision est celle qui est « prise en considération des intérêts de celui ou de ceux à qui elle s'impose » ; M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. GHESTIN, LGDJ 2004, n° 1254, p. 797, qui considère que le pouvoir « suppose la prise en considération raisonnable de l'intérêt d'autrui et, ce faisant exige l'instauration d'une logique communicationnelle » ; P. LEMAY, th. préc., spéc. n° 286, p. 396 ; T. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », RDC 2004, p. 579, spéc. n° 5 et s.

[359] C. PAULIN, th. préc., n° 40 et s.

[360] Cass. 1re civ., 3 févr. 2004, n° 01-02.020, Bull. civ. 2004, I, n° 27 ; CCC 2004, comm. 55, obs. L. LEVENEUR ; JCP G 2004, II, 10149, note É. TREPPOZ. Toutefois, une dispense de mise en demeure peut être prévue dans la clause : C. civ., art. 1225, al. 2.

[361] Sur le pouvoir de contrôle de la régularité de la mise en œuvre, v. par ex. Cass. com., 22 nov. 2016, n° 15-17.743 ; RDC 2017, p. 56, obs. A. DANIS-FÂTOME ; Cass. com., 30 mai 2018, n° 17-11.452, qui énonce « que la clause résolutoire n'est acquise que si son bénéficiaire a manifesté la volonté de la mettre en œuvre et respecté les conditions formelles auxquelles elle est subordonnée ».

[362] C. civ., art. 1225, nouv.

dans la mise en demeure des manquements reprochés au débiteur et le délai dont il dispose pour se mettre en règle[363]. Dans les relations d'affaires, il faut tenir de la jurisprudence rigoureuse[364] dans l'appréciation du délai qui doit être imparti « au cocontractant pour amortir ses investissements ou réorienter sa stratégie »[365]. Ces exigences procédurales visent à permettre au juge de vérifier que l'inexécution litigieuse rentre « dans les prévisions de la clause résolutoire »[366] et à donner au débiteur une chance « d'exécuter son obligation »[367].

107. - Les raisons qui ont conduit à l'intervention du juge en matière de clause résolutoire sous-tendent également les restrictions jurisprudentielles aux clauses de résiliation. Ces dernières, à la différence des clauses résolutoires, permettent de mettre fin à un contrat de façon unilatérale, en l'absence d'inexécution d'une obligation contractuelle[368]. On retrouve généralement ces clauses de résiliation dans les contrats à durée déterminée puisqu'il existe déjà dans les contrats à durée indéterminée une faculté de résiliation unilatérale[369]. Cependant, la stipulation d'une clause de résiliation est utile dans les deux cas ; elle permet d'organiser les conditions et les modalités de la rupture. Censées être une garantie supplémentaire pour le partenaire qui subit la rupture du contrat, ces modalités procédurales de la résiliation du contrat peuvent s'avérer dangereuses.

L'affaire jugée par la Cour de cassation le 20 septembre 2011[370] paraît exemplaire à cet égard. En l'espèce, il était stipulé dans un contrat de distribution une clause de résiliation prévoyant qu'« en cas de refonte complète de la station-service en vue de réorienter ses activités, son mode de gestion, ou son mode d'exploitation, « ESSO » (le fournisseur) pourra résilier le contrat de plein droit avec un préavis de deux mois ». Le fournisseur résilie finalement le contrat en respectant la procédure de résiliation prévue. Son partenaire agit en réparation de son préjudice du fait de la rupture. Les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, font droit à sa demande. Ils relèvent que la clause de résiliation en cause ne sanctionne pas un comportement fautif du distributeur, mais qu'elle donne au seul fournisseur la possibilité purement discrétionnaire de mettre fin au contrat. De plus, la condition à

[363] Cf. Cass. 1re civ., 12 juin 2012, n° 11-17.380. En ce sens, v. not. A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 400 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 572.

[364] V. par ex., Cass. com., 20 mai 2014, n° 13-16.398, D. 2014. 1196 ; *ibid.* 2488, obs. Centre de droit de la concurrence Y. SERRA ; AJCA 2014. 240, obs. M. NEZAM, qui retient que « l'existence d'une stipulation contractuelle de préavis ne dispense pas le juge, s'il en est requis, de vérifier si le délai de préavis contractuel tient compte de la durée des relations commerciales ayant existé entre les parties et des autres circonstances ».

[365] G. CHANTEPIE, « La rupture des contrats d'affaires (2) : la gestion contractuelle de la rupture », AJCA 2016, p. 130, spéc. 1.1.1.

[366] M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, Etude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, préf. D. MAZEAUD, Economica 2013, n° 380.

[367] C. PAULIN, *op. cit.*, n° 157 et s. V. aussi, M. MEKKI, « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », Gaz. Pal. 29 avr. 2015, p. 37, n° 16, pour qui, la précision dans la mise en demeure des raisons de la mise en œuvre de la clause résolutoire est une exigence de « transparence [qui] réduit les risques d'abus et le délai préserve les contrats qui peuvent encore être économiquement viables ».

[368] V. F.-L. SIMON, « Contrat de franchise et variété de clauses de résiliation », LPA 16 avr. 2009, p. 6, spéc. n° 6 et s.

[369] Rappr., S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », Defrénois 2003, p. 369, spéc., n° 3 : « Lorsque le contrat est à durée indéterminée, la prohibition des engagements perpétuels justifie traditionnellement la résiliation unilatérale du contrat. Cette justification ne se retrouve pas dans les contrats à durée déterminée ».

[370] Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-30.567 ; JCP E 2012, 1027, n° 10, obs. P. MOUSSERON.

laquelle est subordonnée la faculté de résiliation unilatérale dépendait, non pas de circonstances objectives, mais de la seule volonté du fournisseur. S'y ajoute le caractère insuffisant du délai de préavis au regard de la durée des relations relevé par les juges du fond. Il en ressort que la prérogative instituée dans la clause de résiliation doit, en principe, être bilatérale. Au cas où la clause réserve cette faculté à l'un des contractants, elle doit être assortie de conditions objectives et d'un délai de préavis suffisant permettant « au contractant qui subit la rupture de réorganiser son entreprise, de réorienter son entreprise et de trouver des solutions de remplacement afin d'assurer sa reconversion »[371]. Ces exigences permettent d'introduire un certain équilibre dans les rapports contractuels, « gage de stabilité et de pérennité du contrat »[372].

108. - Parfois les restrictions jurisprudentielles dans l'organisation d'une procédure contractuelle résultent de l'interprétation d'une disposition législative. C'est le cas en matière de rupture des relations commerciales établies. Si l'article L. 442-1, II du Code de commerce prévoit des conditions de préavis formel et de délai, les modalités d'application de ce texte reviennent au juge. On sait néanmoins que le préavis nécessaire doit tenir compte de la durée des relations en respectant les usages du commerce et notamment des accords professionnels. Ainsi, la durée des relations concernées, la forte dépendance d'une partie à l'égard de l'autre, sa position sur le marché, peuvent constituer des facteurs déterminants dans la détermination de la durée du préavis. Par exemple, il a été jugé insuffisant le délai de préavis contractuel d'un an pour la rupture d'une relation commerciale ayant perduré pendant plus de seize ans[373]. Le respect du préavis stipulé dans la clause de résiliation peut donc s'avérer insuffisant au regard de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances lors de la rupture du contrat. Dans cette hypothèse, le préjudice résultant de la rupture brutale est évalué par le juge en fonction de la durée du préavis jugé nécessaire[374].

Inversement, le préavis contractuel peut paraître trop long au regard de la durée des relations commerciales entre les parties. En la matière, la question se pose de savoir si le délai conventionnel peut être réduit par le juge. L'analyse de la jurisprudence montre que lorsque le délai stipulé est plus long que ne requiert la durée des relations, il peut être réduit par le juge compte tenu des circonstances de la rupture. Dans une affaire soumise à la Cour de cassation, une clause d'un contrat de concession prévoyait que « chaque partie peut résilier le présent contrat, à tout moment, en notifiant à l'autre un préavis de vingt-quatre mois, par lettre recommandée avec avis de réception, cette résiliation prenant effet le dernier jour du vingt-quatrième mois à compter de la première présentation de la lettre de résiliation ». Le concessionnaire procède à la résiliation du contrat moins de deux ans après sa conclusion. Alors que son partenaire appuyait son argumentation sur la violation du délai contractuel, la

[371] D. MAZEAUD, « Durées et ruptures », RDC 2004, p. 129, n° 27.
[372] D. MAZEAUD, obs. sous Cass. 1re civ., 13 oct. 1998, Defrénois 1999, art. 36953, p. 374 s., spéc. 377.
[373] Cass. com., 25 sept. 2012, n°11-24.301 ; D. 2012, p. 2382, obs. E. CHEVRIER ; RTD civ. 2012, p. 721, obs. B. FAGES ; JCP E, 2013, 1003, n° 2, obs. P. MOUSSERON.
[374] Cass. com., 9 juill. 2013, n° 12-20.468 ; JCP E 2013, act. 559 ; *ibid*., 1499, note C. VILMART ; CCC 2013, comm. 209, note N. MATHEY ; D. 2013, p. 2324, note C. MOULY-GUILLEMAUD ; JCP E 2014, 1074, n° 9, obs. P. GRIGNON.

Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir réduit ce délai à six mois compte tenu de la brièveté des relations commerciales entre les parties[375].

De prime abord la solution paraît justifiée au regard des dispositions de l'ancien article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce puisqu'elle semble tenir compte de la durée de la relation commerciale concernée comme le prévoit ce texte. Mais d'un autre côté, il est permis de contester la solution en ce qu'elle s'inscrit à rebours des finalités des restrictions à la liberté des contractants dans l'organisation des procédures conventionnelles. Lorsque ces dernières apportent une garantie supérieure à celle prévue par une disposition légale, elles doivent avoir force obligatoire entre les parties sauf à démontrer qu'elles annihilent la liberté individuelle d'un contractant. En l'espèce, il n'est pas sûr que le respect du délai de préavis contractuel de vingt-quatre mois aboutisse à la remise en cause du droit de rupture du contrat alors qu'il est certain que le respect de ce délai constitue une garantie suffisante pour le partenaire qui subit la rupture du contrat notamment s'il a fait des investissements importants. Il reste que la détermination de la durée de préavis est une question délicate et relève de la casuistique. La nouvelle rédaction du texte[376] excluant la responsabilité de l'auteur de la rupture qui accorde un préavis de dix-huit mois ne règle pas toutes les difficultés. En particulier, le caractère suffisant du délai de préavis demeure une question relevant de l'appréciation judiciaire du moins dans la limite du plafond légal[377].

109. - Comme on peut le constater, l'intervention du juge participe de la volonté d'encadrer la mise en œuvre de clauses conférant un pouvoir de rupture unilatérale. Il en résulte une restriction de la liberté des parties dans la détermination des modalités de leurs clauses. Mais on peut aussi y voir une limitation du pouvoir unilatéral au service de la force obligatoire du contrat. Cela est vérifiable lorsque la jurisprudence contrôle la régularité des prérogatives en l'absence de prévisions conventionnelles. Le cadre fixé par le juge constitue alors une restriction indirecte à la liberté contractuelle en ce que les formalités procédurales imposées ne peuvent être écartées par une clause contraire.

2. Les restrictions indirectes à l'organisation de procédures contractuelles

110. - Face à la montée en puissance de l'unilatéralisme, la jurisprudence a développé des mécanismes procéduraux destinés à prévenir les risques de dérapages. Il ne s'agit pas de scruter le contrat afin de sanctionner les modalités conventionnelles de mise en œuvre insuffisamment protectrices, mais d'imposer un contrôle procédural au jeu des prérogatives indépendamment d'une clause contractuelle[378]. On peut le comprendre puisqu'il n'est pas rare qu'une partie en position de force s'octroie des prérogatives non assorties de modalités de mise en œuvre. De fait, l'exigence du respect d'un processus a une incidence sur la pratique

[375] Cass. com., 22 oct. 2013, n° 12-19.500 ; RTD civ. 2014, p. 118, obs. B. FAGES ; RTD com. 2014, p. 389, obs. B. BOULOC ; JCP E 2014, 1074, n° 8, obs. R. LOIR.
[376] C. com., art. L. 442-1, II, al. 2 issu de l'Ord. n° 2019-359 du 24 avr. 2019, art. 2.
[377] En ce sens, v. C. MOULY-GUILLEMAUD, « Assainir le contentieux de la rupture brutale par une réforme des principes jurisprudentiels », D. 2019, p. 2102, n° 1, qui considère que la durée prévue par le nouveau texte « préserve une large marge de manœuvre dans l'appréciation judiciaire du temps de préavis ».
[378] En ce sens, v. not. P. LEMAY, th. préc., spéc. n° 284 et s. ; S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », art. préc., spéc. n° 38 ; M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1ère partie) », spéc. p. 1065.

contractuelle en ce qu'elle incite les rédacteurs de contrats à tenir compte du cadre fixé par le juge.

L'histoire du contrôle de la résiliation unilatérale du contrat permet de l'illustrer. Cherchant à prévenir les ruptures brutales ou injustifiées, la jurisprudence a largement contribué à l'extension du domaine des moyens préventifs. L'évolution de l'obligation de respecter un délai de préavis[379] en l'absence de disposition légale ou de clause contractuelle spécifique s'inscrit dans cette logique. Il en est de même de l'exigence de mise en demeure qui, sous l'influence de la jurisprudence, a vu sa conception évoluée. Elle apparaît « comme un élément d'une procédure précontentieuse » de sorte qu'on l'analyse comme « un procédé destiné à prévenir une sanction et non plus comme la notification d'un retard, annonciateur d'une inexécution »[380]. Une telle orientation a une incidence sur les contractants qui peuvent être amenés à prévoir le préalable d'une mise en demeure dans des situations où ils n'en ont pas forcément l'obligation[381] comme en matière d'exception d'inexécution[382]. De façon générale, la crainte d'une sanction judiciaire de la mise en œuvre d'une prérogative incitera les parties à la prudence. Ce qui pourrait se traduire par l'obligation, pour le créancier, de suivre une procédure lorsqu'il entend rompre le consensus qui a présidé à la formation de leur accord[383].

111. - Cette procéduralisation des rapports contractuels est accentuée en droit des sociétés. On sait qu'en la matière, la révocation du dirigeant social peut être *ad nutum*. Une telle révocation ne s'inscrit pas dans un cadre disciplinaire dans la mesure où elle ne suppose aucun grief. Il s'agit donc d'une mesure discrétionnaire. Cependant, la jurisprudence exige le respect d'une procédure minimale pour révoquer un dirigeant[384]. Elle décide que la révocation *ad nutum* du dirigeant social doit s'effectuer dans le respect du principe de la contradiction[385]. Dès lors, le conseil d'administration d'une société anonyme, qui envisage de révoquer son directeur général, doit le mettre en mesure de présenter préalablement ses observations[386]. La doctrine y voit là le signe d'une « procéduralisation » plus qu'une « juridictionnalisation » de la révocation *ad nutum*[387].

---

[379] A. SONET, *Le préavis en droit privé*, préf. F. BUSSY, PUAM 2003, spéc. n° 69 et s., p. 51 et s.

[380] X. LAGARDE, « Remarques sur l'actualité de la mise en demeure », JCP 1996. I. 3174, spéc. n° 2, l'auteur ajoute que la mise en demeure s'impose au créancier sous deux conditions : « lorsque la sanction sollicitée par le créancier échappe au contrôle du juge » et « lorsque le débiteur est encore en mesure d'exécuter son obligation » (n° 9). V. aussi, B. GRIMONPREZ, « Mise en demeure », Rép. dr. civ., Dalloz 2021, spéc. n° 25, qui considère que « l'aménagement d'une période de prévention de la défaillance est dans l'esprit du droit contractuel français soucieux de l'exécution de bonne foi des conventions ».

[381] Cass. com., 27 janv. 1970 ; JCP 1970. II. 16554, note A. HUET, qui affirme que celui qui oppose l'exception d'inexécution n'est pas tenu à une mise en demeure.

[382] Pour un exemple de clause, v. *infra*, n° 125.

[383] X. LAGARDE, art. préc., n° 4.

[384] V. not., P. LE CANNU, « Le principe du contradictoire et la protection des dirigeants », BJS 1996, n° 1, p. 11 ; N. BINCTIN, « La légalité procédurale en droit des sociétés – Contribution à l'étude de la révocation », LPA 12 sept. 2006, p. 3, spéc. n° 14 et s.

[385] Cass. com., 26 avr. 1994, Bull. Joly 1994, § 221 ; Cass. com., 3 janv. 1996, Bull. Joly 1996, § 133.

[386] V. par ex. Cass. com., 24 févr. 1998, Bull. Joly 1998, § 169.

[387] T. LE BARS, « Rapport de synthèse sur les procédures disciplinaires » *in Vers un droit commun disciplinaire* ?, Colloque de Saint-Étienne des 27 et 28 janv. 2005, Publication de l'Université de Saint-Étienne, 2007, p. 319 s., spéc. p. 325. Pour l'auteur : « On est en présence, pour dire les choses simplement, d'une procéduralisation de

Dans le même esprit, la jurisprudence exige, en matière d'exclusion d'un associé, que l'intéressé ait la possibilité de faire valoir ses explications après avoir été préalablement averti de ce qui lui était reproché[388]. En exigeant le respect d'un minimum de procédure, la jurisprudence met sous haute surveillance la mise en œuvre des prérogatives en cause et par extension les clauses statutaires relatives à celle-ci. Il n'est certes pas exigé la stipulation d'une procédure contradictoire dans la clause, seule sa mise en œuvre doit respecter le principe de la contradiction. Mais en pratique, les rédacteurs de clauses statutaires en tiennent compte si bien qu'ils ne se contentent pas de prévoir le principe d'une exclusion, ils en organisent les modalités de mise en œuvre conformément aux garanties procédurales imposées par la jurisprudence[389].

112. - Le contrôle de l'exercice d'une prérogative contractuelle par l'instauration d'une procédure ne se limite pas seulement au droit des groupements. Le phénomène s'observe également en droit du travail à travers le contrôle du pouvoir de l'employeur. En effet, il est courant dans la pratique que les employeurs, qui s'attribuent généralement la fonction de rédacteur du contrat, se réservent la possibilité de renoncer au jeu de la clause de non-concurrence. On sait que, depuis le revirement intervenu en 2002[390], la clause de non-concurrence, parce qu'elle confère des droits au salarié, est réputée être stipulée dans l'intérêt des deux parties. Il en résulte que l'employeur ne peut, en principe, y renoncer de façon unilatérale. On admet cependant que les parties puissent restaurer, par voie conventionnelle, cette faculté de renonciation unilatérale au profit de l'employeur. Néanmoins, l'exercice de cette prérogative reste sous contrôle judiciaire.

Un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation permet de l'illustrer[391]. En l'espèce, un contrat de travail comportait une clause de non-concurrence d'une durée de deux ans dans laquelle l'employeur s'était réservé la faculté de dispenser le salarié de son exécution ou d'en réduire la durée soit au moment du départ, soit pendant la durée de l'exécution de la clause moyennant réduction proportionnelle de la durée du versement de la contrepartie financière. Ecartant cette clause, la Cour de cassation énonce dans un attendu de principe que « le salarié ne pouvant être laissé dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler, la clause par laquelle l'employeur se réserve la faculté, après la rupture, de renoncer à la clause de non-concurrence à tout moment au cours de l'exécution de celle-ci doit être réputée non écrite ». Elle ajoute « qu'en l'absence de disposition conventionnelle ou contractuelle fixant valablement le délai de renonciation par l'employeur à la clause de non-concurrence, celui-ci ne peut être dispensé de verser la contrepartie financière de cette clause que s'il libère le salarié de son obligation de non-concurrence au moment du licenciement ».

---

domaines non processuels, d'une européanisation des procédures en général et d'une généralisation de certains principes aux différentes procédures, qu'elles soient juridictionnelles ou non ».

[388] V. Cass. 1re civ., 22 avr. 1997, n° 95-15.769, Bull. civ. I, n° 120 ; Cass. 1re civ., 19 mars 2002, n° 00-10.645, RTD com. 2003, p. 756, obs. L. GROSCLAUDE.

[389] V. *infra*, n° 281.

[390] Cass. soc., 10 juill. 2002, D. 2002, p. 2491, note Y. SERRA ; Dr. soc. 2002, p. 949, obs. R. VATINET ; JCP G 2002, II, 10162, note F. PETIT ; RTD civ. 2003, p. 58, obs. J. HAUSER ; RDC 2003, p. 142, note C. RADÉ.

[391] Cass. soc., 13 juill. 2010, n° 09-41.626, JCP G 2010, 877, obs. N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER ; D. 2010, 1885, obs. L. PERRIN ; *ibid.* p. 2540, obs. Y. SERRA ; Dr. social 2010, p. 1118, obs. J. MOULY ; JCP E 2010, 2134, obs. P. GRIGNON.

113. - Si la faculté de renonciation à la clause par l'employeur se trouve ici remise en cause c'est en raison de l'aléa qu'emportent ses conditions de mise en œuvre qui ne permettent pas au salarié d'anticiper son avenir professionnel[392]. La solution impose concrètement aux rédacteurs d'une telle clause le respect de certaines conditions. Au nombre de ces exigences figure la nécessité, comme il est rappelé dans l'arrêt, de fixer un délai contractuel de renonciation par l'employeur à la clause de non-concurrence. En l'absence de précision de ce délai, il ne saurait être libéré de son obligation de verser la contrepartie financière que s'il libère le salarié au moment du licenciement. Le but est d'introduire une certaine prévisibilité de façon à permettre au salarié d'être fixé sur son sort. À cela s'ajoute le fait que la renonciation doit faire l'objet d'une notification individuelle au salarié, une information d'ordre général ne pouvant suffire[393].

Ces exigences procédurales relatives au délai et à la notification viennent rétablir quelque peu l'équilibre rompu par une clause imposée par l'employeur en position de force. Elles participent surtout à la limitation de la liberté des contractants en ce qu'elles réglementent le contenu procédural de la clause de non-concurrence. Mais en dépit des apparences, les restrictions jurisprudentielles n'affectent que partiellement la liberté contractuelle. Aussi réduite qu'elle puisse paraître, la marge de manœuvre laissée à la volonté peut s'exprimer grâce à l'imagination créatrice des rédacteurs de contrats. Celle-ci est, du reste, encouragée, dans une certaine mesure, par la jurisprudence. Ainsi, dans l'arrêt précité du 13 juillet 2010, la chambre sociale paraît réserver la possibilité d'un aménagement conventionnel des conditions d'exercice de la faculté de renonciation à la clause de non-concurrence. Il en résulte que la solution aurait pu être différente si les parties avaient pris soin d'instituer un minimum de procédure en précisant dans la clause la possibilité de renonciation de l'employeur à l'interdiction sous réserve d'un préavis raisonnable[394].

114. - On constate au final que l'intervention du juge porte principalement sur la mise en œuvre des prérogatives contractuelles. Les exigences qui sont imposées aux parties peuvent être rattachées au devoir d'exécution de bonne foi des conventions. Elles consistent, pour l'auteur, « l'obligation de mettre certaines formes dès lors qu'il se décide à rompre le consensus qui régnait entre les parties au contrat » c'est-à-dire « l'obligation de suivre une certaine procédure lorsque la discorde succède à la concorde »[395]. Cette intrusion du juge est moins critiquable tant elle contribue à encadrer l'unilatéralisme dans un domaine d'essence bilatérale. Elle est surtout bienvenue au regard de l'inégalité qui s'observe entre les parties lors des négociations contractuelles. L'atteinte à la liberté contractuelle qui en résulte apparaît faible par rapport aux risques qu'elle permet de prévenir. Elle est en outre limitée dans la mesure où les parties peuvent définir les modalités de mise en œuvre adaptées à leur situation dans le respect du cadre procédural fixé par le juge.

[392] P. GRIGNON, obs. préc., n° 11.
[393] Cass. soc. 21 oct. 2009, n° 08-40.828, Dr. soc. 2010, p. 122, obs. J. MOULY.
[394] P. GRIGNON, obs. préc., n° 11.
[395] X. LAGARDE, art. préc., n° 4.

Conclusion du chapitre

115. - Les procédures contractuelles constituent des modalités accessoires, néanmoins importantes, en ce qu'elles contribuent à préciser les contours de la relation contractuelle. Leur prévision dans le contrat relève principalement de la liberté contractuelle. Mais encore faut-il que les parties aient véritablement consenti à ces dispositifs. Car, bien qu'ils ne soient pas indispensables à la réalisation de l'opération économique portée par le contrat, leur mise en œuvre est susceptible de produire des effets substantiels sur les droits des contractants. Pour cette raison, la jurisprudence fait preuve de rigueur et s'assure de la réalité du consentement nécessaire à l'efficacité du mécanisme.

Il apparaît, en définitive, que la formation des clauses instituant des procédures est régie par un concours de normes de sources diverses notamment le droit commun des contrats et les droits spéciaux. Le principe demeure celui de la liberté contractuelle assorti des limites dictées par la volonté de corriger certaines inégalités entre les parties lors de la conception du contrat. Cette affirmation n'est pas nouvelle, mais elle contribue à mettre la lumière sur la particularité des procédures contractuelles en tant que dispositions spécifiques de l'acte dans lequel elles figurent.

CHAPITRE 2 : LES SPÉCIFICITÉS DES PROCÉDURES CONTRACTUELLES

116. - Les procédures contractuelles ne participent pas directement à la définition de l'opération économique portée par le contrat. Elles constituent, certes, des dispositions accessoires qui font partie de l'économie générale du contrat, mais elles sont intellectuellement dissociables de l'objet principal de l'acte dans lequel elles figurent. Si le contrat a pour objet de « créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »[396], les clauses instituant des procédures offrent un cadre d'action, prévoient des modalités procédurales qui permettent la réalisation des droits et obligations substantiels des parties. Cet objet procédural des dispositifs étudiés leur confère un caractère spécifique par rapport au contrat qui les comporte (**Section 1**).

Les procédures contractuelles se caractérisent également par leur structure particulière. Elles imposent, en effet, l'accomplissement d'une série d'actes et de formalités, des étapes successives à respecter lorsque des conditions sont réunies. Le résultat poursuivi n'est pas considéré comme une fin en soi. Il en résulte plusieurs conséquences. Ces dispositifs ne sont pas d'application automatique, leur mise en œuvre suppose une action des contractants. Les conditions nécessaires à leur application peuvent ne pas être réunies. Ainsi, lorsque

[396] C. civ., art. 1101, nouv.

l'évènement visé par la clause n'est pas survenu, la procédure contractuelle peut ne pas être finalement mise en œuvre. Par ailleurs, dans le jeu de certaines clauses, il y a une part d'aléa, une part d'incertitude qui plane sur le résultat poursuivi : le respect strict d'une procédure d'exclusion n'évitera peut-être pas le prononcé de cette mesure, la mise en œuvre de la procédure de conciliation n'aboutira pas forcément à la conclusion d'un accord transactionnel, etc. Ces traits caractéristiques permettent de distinguer les procédures contractuelles d'institutions voisines avec lesquelles elles présentent une certaine similitude (**Section 2**).

Section 1 : La spécificité des procédures contractuelles par rapport au contrat qui les contient

117. - Comme toute stipulation, la clause instituant une procédure constitue un élément du contrat et contribue à la configuration juridique de la relation entre les parties[397]. Dans cette perspective, elle ne saurait avoir de raison d'être sans le contrat qui la contient. Au regard de cette communauté de but, il peut paraître surprenant de chercher à distinguer les deux.

Cependant, les procédures contractuelles ne constituent pas seulement une partie d'un tout[398], le droit positif tend à reconnaître leur caractère détachable du contrat porteur. La raison tient principalement à leurs fonctions et aux mécanismes à l'œuvre. Dans la majorité des cas, l'objet immédiat des dispositifs étudiés n'est pas de définir le rapport d'obligation, son contenu matériel et intellectuel, mais de préciser les modalités de réalisation. Il ne s'agit pas simplement de compléter l'opération économique. Les étapes successives prévues dans les clauses procédurales remplissent des fonctions diverses : guider les contractants pour la mise en œuvre des mécanismes concernés[399], protéger contre l'unilatéralisme, encourager la concertation entre les parties, etc. Pour ce faire, les procédures contractuelles se singularisent par la technique utilisée. Elles importent des règles et principes du droit processuel dans le fonctionnement des normes instituées. Ainsi, les fonctions et le mécanisme des procédures contractuelles caractérisent leur spécificité par rapport au contrat qui les comporte (**§. 1**). Après la mise en exergue de ces traits spécifiques, on s'intéressera à leur répercussion sur le lien existant entre ces clauses procédurales et le contrat principal (**§. 2**).

---

[397] V. en ce sens, M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1re partie) », art. préc., p. 1054 : « *Toutes les clauses sont, de manière plus ou moins directe, au service du contrat sous l'angle obligatoire ou obligationnel* » ; N. GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, *op. cit.*, n° 6, p. 11 : les clauses contractuelles « sont au service du contrat dont elles aménagent les obligations, prolongent les effets et précisent les sanctions » ; G. ARBANT-MICHEL, *Les relations entre les clauses et le contrat*, Université de Montpellier I, 2001, n° 113, p. 46 ; D. CHENU, *Les clauses contractuelles autonomes*, th. Tours, 2010, n° 11, p. 14-15.

[398] Comp., M.-A. FRISON-ROCHE, « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », RTD civ. 1998, p. 43 et s., spéc. n° 16 : « D'une façon plus générale, alors que le contrat classique pouvait prétendre être plus que l'addition de ses clauses, symétriquement la clause peut aujourd'hui être plus qu'une division syntaxique du contrat ». *Adde*, M. MEKKI, art. préc., p. 1051.

[399] Comp. S. LEQUETTE, « La notion de contrat », art. préc., spéc. n° 19, évoquant le changement de mode opératoire des nouvelles figures contractuelles, l'auteur souligne que, « pour remplir sa fonction, l'acte doit non seulement imposer l'exécution de prestations, mais les accompagner de façon à permettre la réalisation du projet commun et guider les parties pour qu'elles composent avec ses variables ».

§. 1. La caractérisation de la spécificité des procédures contractuelles par rapport au contrat originel

118. - La prévision de clauses procédurales répond à des besoins spécifiques qui ne s'identifient pas à ceux qui ont conduit à la conclusion du contrat principal. Il s'agit, d'un côté, d'imposer le respect d'une procédure c'est-à-dire d'une marche à suivre ordonnée vers une fin définie de commun accord [400] et, de l'autre côté, de conclure un acte destiné principalement à la réalisation d'un échange de biens ou de services. Les procédures contractuelles ne touchent donc pas « au cœur nucléaire du contrat »[401] et ne visent pas « la création d'obligations qui se traduisent par des créances et des dettes »[402]. Outre la précision des modalités de détail de l'opération projetée qui est une fonction commune à toutes clauses contractuelles [403], les dispositifs étudiés remplissent des fonctions spécifiques : encadrer l'action des contractants en leur montrant la voie à suivre, instaurer une concertation entre les parties dans le but de régler ou de prévenir les difficultés, protéger une partie notamment dans le jeu de prérogatives contractuelles. À cela s'ajoute une différence d'approche dans le mécanisme mis en œuvre. En effet, le rôle de délimitation du contenu des obligations fait que les clauses dites de prestation ont un état statique dans la mesure où leur élaboration est dominée par la recherche de la définition des droits et obligations des parties dans l'opération d'échange. Le mécanisme des procédures contractuelles se caractérise, en revanche, par son aspect dynamique en ce sens qu'il est sous-tendu par l'idée de progressivité vers un but.

Ainsi, les fonctions (**A**) et le mécanisme même (**B**) des procédures contractuelles permettent d'affirmer leur originalité par rapport au contrat qui les contient.

---

[400] Qui peut être la recherche d'un accord à une difficulté d'exécution du contrat, au règlement financier de l'opération, à l'usage de prérogatives contractuelles, à la résolution des litiges…

[401] R. LIBCHABER, *Le contrat au XXI^e siècle. L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, *op. cit.*, n° 58, p. 103, qui affirme que « les clauses ne touchent pas au cœur nucléaire du contrat, qui est le *bargain*, constitué de ce que les parties veulent absolument obtenir par la voie du contrat », c'est-à-dire « les prestations essentielles au contrat, ce sans quoi il n'y aurait pas eu de rencontre de volontés ».

[402] V. G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat. Essai de typologie, op. cit.*, n° 44 et s., p. 18 et s. qui distingue trois types de clauses : celles qui visent à aménager les prestations attendues, celles qui ont pour fonction de conférer ou aménager un pouvoir contractuel et celles dont l'objet porte sur les différends nés du contrat. Les clauses instituant des processus relèvent, pour la plupart, des deux derniers types de clauses dressés par l'auteur en ce qu'elles visent davantage à anticiper le traitement des incidents que la détermination du contenu des prestations attendues. Mais les procédures contractuelles et les clauses relatives aux incidents ne se recoupent pas nécessairement. En outre, certaines « clauses de prestation » définies par l'auteur peuvent avoir un contenu procédural plus ou moins marqué selon la volonté des parties.

[403] M. MEKKI, « Le nouvel essor, du concept de clause contractuelle (1re partie) », art. préc., spéc. 1056 ; N. GRAS, th ; préc., n° 6, p. 11, qui affirme que « les clauses sont au service du contrat dont elles aménagent les obligations, prologent les effets et précisent les sanctions » ; R. LIBCHABER, *op.* et *loc. cit.*, pour qui, « les différentes clauses s'analysent en de simples modalités des effets du contrat destinées à produire un impact substantiel sur le contenu du contrat, mais seulement dans ses éléments non essentiels ».

A. La spécificité des fonctions

119. - Il a été démontré que le « contrat est un ordre construit où chaque clause assure une fonction propre »[404]. Cette observation s'impose ici avec une acuité particulière s'agissant des clauses instituant des procédures dont la fonction ne consiste pas à réaliser un transfert de valeurs entre les partenaires. On retiendra à cet égard que la notion de fonction renvoie ici à la contribution des mécanismes présentement étudiés à l'accomplissement d'un but[405], d'une finalité particulière. Par exemple, la procédure de renégociation a pour finalité la poursuite du contrat adapté à l'évolution des circonstances, sa fonction consiste à permettre d'atteindre ce but, tel est son rôle. Toutefois une procédure contractuelle peut receler plusieurs finalités. Ainsi, dans le cas d'une clause d'offre concurrente, l'objectif est d'organiser « l'alignement d'une partie sur les offres d'un tiers et la modification corrélative du contrat »[406], mais la clause peut également avoir une finalité sous-jacente qui est de limiter un risque d'abus dans la détermination du prix[407]. Dans l'un et l'autre cas, la fonction de la procédure incluse dans la clause est de permettre la réalisation de la finalité recherchée. Néanmoins, la fonction d'une procédure contractuelle ne se détache pas toujours nettement de la finalité poursuivie, c'est pourquoi les deux notions seront employées l'une pour l'autre. Il reste que les stipulations en cause se déclinent en plusieurs variantes dont chacune est tendue vers une finalité particulière. On ne saurait donc prétendre en dresser une liste exhaustive tant les fonctions de ces mécanismes sont variables et dépendent notamment de la volonté des parties[408].

120. - En dépit de la diversité qui les caractérise, il est possible d'identifier des fonctions principales suivant la récurrence de leur manifestation. On n'insistera pas davantage sur les fonctions communes aux clauses contractuelles à savoir : « compléter le contrat en produisant des effets distincts du contrat lui-même et de produire des normes adressées aux parties et aux juges »[409]. En effet, le but de la prévision d'un processus à étapes successives est de compléter le contrat en fixant le cheminement qui doit être suivi pour la mise en œuvre des mécanismes concernés. De ce fait, les opérations successives qui doivent être accomplies constituent à la fois un assujettissement pour les parties et une référence pour le juge[410]. Cette double fonction complétive et normative constitue un genre qui ne doit pas cacher l'espèce liée aux considérations spécifiques aux mécanismes étudiés. D'une part, on peut déceler dans la stipulation de procédures contractuelles la volonté de promouvoir, d'encourager la recherche de consensus qui a présidé à la conclusion du contrat par l'instauration d'un cadre d'échange

---

[404] P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, th. préc., n° 670, p. 490 ; N. GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles, op. cit.*, n° 18, p. 25 : si les clauses contractuelles sont au service du contrat, elles n'ont pas moins des fonctions propres.

[405] M. COTTET, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, préf. J. ROCHFELD, LGDJ 2013, n° 416, qui considère que s'il existe « une étroite corrélation entre les notions de fonction et de finalité », ces deux termes renvoient à des réalités différentes : « la finalité se définit comme le but, le résultat vers lequel on tend. La fonction, quant elle, désigne la contribution à l'accomplissement d'une finalité, la place tenue par l'élément observé dans la structure juridique orientée vers un résultat global ».

[406] J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 1180.

[407] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et C. RODA, *op. cit.*, n° 1297.

[408] Rappr. N. BALAT, art. préc., p. 899 et s., qui met en exergue trois finalités poursuivies par les règles instituant des processus en droit des contrats. Ainsi, selon l'auteur, visent-elles à « guider les parties », à « repousser l'intervention judiciaire » et à « encadrer les dérogations au bilatéralisme ».

[409] M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause (1re partie) », art. préc., spéc. p. 1056.

[410] P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc., n° 26 et s.

entre les parties (**1**). D'autre part, les dispositifs objet de la présente étude tendent à protéger les contractants lors de la mise en œuvre de prérogatives contractuelles. Ils constituent une réaction au développement de l'unilatéralisme en ce qu'ils prévoient des normes permettant de l'encadrer (**2**).

1. L'instauration d'un cadre favorable à la discussion

121. - L'analyse des procédures contractuelles met en lumière le fait que la recherche de concertation est au cœur de ces mécanismes. L'idée est de faire perdurer le consensus trouvé lors de la conclusion du contrat durant la phase d'exécution en imposant un cadre d'échange entre les parties.

Les clauses instituant les procédures de renégociation du contrat permettent d'illustrer cette fonction. En effet, selon l'article 1103 du Code civil, le contrat valablement formé constitue la « loi » des contractants. Ce principe de force obligatoire ne tient pas compte de l'ensemble des variables susceptibles d'affecter l'opération. Plutôt que de chercher à inscrire le contrat « dans un temps figé et immobile une fois qu'il a été conclu »[411], les clauses évoquées procèdent de l'idée selon laquelle « rien n'est définitif, tout peut être remis en cause »[412] selon la volonté commune des parties. À cette fin, le dispositif mis en place constitue un cheminement à suivre en vue de la recherche d'un accord sur la modification du contrat. Lorsque les conditions d'applications sont réunies, « les parties tenteront […] de s'entendre pour rééquilibrer le contrat »[413]. On relèvera que la consécration de la révision judiciaire pour imprévision par l'ordonnance du 10 février 2016[414] ne remet pas en cause l'utilité de la stipulation d'une telle clause[415]. Au contraire, dans un esprit coopératif, les parties peuvent adopter des modalités favorisant la recherche de la concertation en élargissant le champ de l'adaptation, en renforçant l'intensité de l'obligation de négocier[416] notamment par le recours au tiers[417].

---

[411] D. MAZEAUD, « Renégocier ne rime pas avec réviser », note sous Cass. com., 3 oct 2006, D. 2007, p. 765, spéc. n° 4, qui affirme que les clauses de renégociation « sont le reflet d'une conception du contrat selon laquelle celui-ci ne s'inscrit pas dans un temps figé et immobile une fois qu'il a été conclu, et dans laquelle tout est dit une fois pour toutes dès l'instant de sa conclusion ».

[412] B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de "*hardship*" », JDI, 1974, p. 794, spéc. n° 3.

[413] F. X. TESTU, *Contrats d'affaires*, *op. cit.*, n° 43.09.

[414] C. civ., art. 1195, nouv.

[415] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et C. RODA, *op. cit.*, n° 909 ; W. DROSS, *Clausier*, *op. cit.*, p. 358, qui considère qu'en stipulant une clause de renégociation, « les parties peuvent décider d'exclure toute révision ou choisir d'en encadrer autrement que ne le fait la loi les modalités ». Déjà en ce sens, F. X. TESTU, *Contrats d'affaires*, *op.* et *loc. cit.*, : « l'insertion d'une clause expresse aura l'utilité de préciser et encadrer le mécanisme de renégociation, ce qui paraît indispensable ».

[416] W. DROSS, *Clausier*, *op. cit.*, p. 360 et s., l'auteur souligne que, selon la manière dont elle est rédigée, la clause peut tantôt donner aux parties « l'espoir d'une poursuite de leurs relations sur des bases nouvelles, tantôt leur en donner l'assurance ». Une telle rédaction « s'éloigne alors de la solution prônée par l'article 1195 qui permet seulement à l'une des parties de proposer la renégociation du contrat sans que son cocontractant ne soit tenu d'y prendre part ». Etant entendu que la jurisprudence considère que le seul fait de refuser de participer à une renégociation est insuffisant à caractériser un abus.

[417] M. FONTAINE et F. DE LY, *Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de clauses*, Bruylant, 2e éd., 2003, p. 488 et s., spéc. p. 520 et 521 ; F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et C. RODA, *op. cit.*, n° 919 et s. ; W. DROSS, *Clausier*, *op. cit.*, p. 361.

La recherche de concertation est également au cœur des processus amiables de résolution des litiges[418]. Technique contractuelle « d'anticipation procédurale »[419], les clauses relatives aux litiges obligent les parties à entrer en discussion en vue de la recherche d'une solution amiable de leurs différends. Contrairement à la procédure judiciaire ou arbitrale dans laquelle le règlement du litige est déterminé en fonction des règles de droit et des circonstances de l'espèce, les procédures amiables se caractérisent par leur caractère consensuel. Leur mise en œuvre favorisera la recherche d'un accord sur le désaccord spécialement dans les relations d'affaires où les opérateurs économiques sont guidés « par leurs intérêts commerciaux à moyen terme. Cela encourage les sorties amiables de conflit, et fait que les parties orienteront autant le règlement sur l'avenir de leur relation commerciale que sur leur conduite passée »[420].

122. - Il est des cas où la recherche de concertation est moins perceptible, mais elle constitue néanmoins une fonction du dispositif procédural institué par les parties. On peut citer à cet égard la clause dite « *material adverse change* » qui permet à la partie qui subit un évènement défavorable significatif de rompre le contrat ou de décider de poursuivre son exécution moyennant renégociation partielle[421]. La clause d'offre concurrente relève d'un esprit semblable. Elle permet à l'acheteur d'obtenir de son cocontractant, les conditions favorables (généralement un meilleur prix) proposées par un tiers. En ce qu'elle conduit le plus souvent à adapter le contrat en cours de relation, cette clause favorise la concertation entre les parties dans le sens de la pérennité du contrat[422].

Un constat similaire peut être fait à propos de la procédure d'établissement du décompte définitif qui organise minutieusement un cadre d'échange entre les parties en vue de la fixation de la contrepartie financière du contrat[423]. Prévue par l'article 19 des normes AFNOR P 03-001 auxquelles les parties se réfèrent, il s'agit d'« une procédure de discussion du montant du solde du marché distribuant tour à tour des droits de réponse, des délais de

---

[418] L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », art. préc. n° 10 et s. ; du même auteur, « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », LPA 5 mai 2000, p. 30 et s., spéc. n° 2 ; S. AMRANI-MEKKI, « La clause de conciliation », *op. cit.*, n°1, p. 29 : « La conciliation désigne […] aussi bien le processus de négociation que son résultat » ; N. FRICERO, « Médiation et contrat », AJC 2017, p. 356 et s., spéc. n° 5 et s. ; A. SÉRIAUX, « La place de la médiation civile dans l'œuvre de justice », *in La médiation : alternative ou étape du procès ?*, *op. cit.*, p. 13 et s., spéc. n° 1.

[419] L. CADIET, « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », *op.* et *loc. cit.*, qui considère ces clauses comme une « une technique contractuelle d'anticipation procédurale, anticipation au delà de celle que réalisent les autres clauses du contrat, anticipation au second degré ».

[420] F. X. TESTU, *Contrats d'affaires*, *op. cit.*, n° 133.01. V. aussi, F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et C. RODA, *op. cit.*, n° 289 ; L. DEGOS et A. REMY, « Les techniques de médiation appliquées au contexte des affaires », JCP G 2017, 751.

[421] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et C. RODA, *op. cit.*, n° 919 et s. ; W. DROSS, *Clausier*, *op. cit.*, p. 1056 ; A.-C. PELISSIER, « La MAC clause », RLDC 2006/26, n° 1081 ; M. MARTY, « Les clauses d'évènements défavorables et de déchéance du terme dans les contrats de financement, *material adverse change* et *cross default clauses* », JCP E 2011, 1250 ; B. MERCADAL, « À propos de la clause *material adverse change* en matière de fusion de sociétés » RJDA 2003, p. 83.

[422] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et C. RODA, *op. cit.*, n° 1297, qui soulignent que la clause « peut aussi renforcer une exclusivité lorsque les conditions de considération et d'application d'une offre concurrente sont difficile à établir ».

[423] P. MALINVAUD, *Droit de la construction*, 7e éd., Dalloz Action 2018/2019, n° 401.124.

réponse et des sanctions en cas de défaut de réponse »[424]. En pratique, lorsque le décompte final fait l'objet d'une contestation par l'une d'elles, les parties tenteront en premier lieu d'aplanir cette difficulté par la voie du dialogue. Du reste, dans le cadre des marchés publics de travaux, le Cahier des clauses administratives Travaux prévoit une phase de règlement amiable obligatoire[425]. De même, les clauses instituant une procédure de réception dans les contrats de construction, en ce qu'elles envisagent la réception amiable avec signature d'un procès-verbal, conduisent les parties à se mettre d'accord sur la conformité du bien avec les prévisions contractuelles. Le caractère contradictoire de la réception[426] offre un cadre de dialogue propice à un accord amiable.

123. - Ces observations rendent compte de l'idée que le dialogue est au cœur des dispositifs évoqués. Les concertations qui ont lieu dans le jeu des mécanismes concernés rappellent les discussions préalables à la conclusion du contrat. Le constat est sans doute généralisable à toutes les procédures contractuelles bilatérales qui imposent un minimum d'échanges entre les parties. L'incitation à la concertation est également sous-tendue dans les procédures contractuelles unilatérales notamment celles encadrant la mise en œuvre de prérogatives contractuelles. Il reste que, dans cette dernière hypothèse, la recherche d'un dialogue est subsidiaire par rapport à la fonction principale du dispositif contractuel qui est d'encadrer l'unilatéralisme.

2. La protection des contractants

124. - L'attribution d'un pouvoir unilatéral à l'une des parties introduit une part d'incertitude dans la sphère contractuelle, notamment lorsque le sort du contrat est laissé à son pouvoir unilatéral. Pour pallier les risques inhérents à cette incertitude, il a paru nécessaire de mettre en place un encadrement adéquat. Les aménagements proposés sont principalement inspirés de la doctrine favorable à la construction d'une théorie générale de pouvoir de décision : instauration d'un formalisme procédural[427], obligation de motiver l'acte unilatéral[428]. L'idée est de protéger le contractant qui subit la mesure contre l'arbitraire.

---

[424] C. CHARBONNEAU, « La réception de la norme AFNOR P 03-001 par la jurisprudence », RDI 2009, p. 628.

[425] CCAG, art. 50.1 et 50.2. Sur cette question, v. P. MALINVAUD, *Droit de la construction*, *op. cit.*, n° 417.191 et s.

[426] P. MALINVAUD, *Droit de la construction*, *op. cit.*, n° 481.151 et s.

[427] V. not., R. ENCINAS DE MUNAGORRI, th . préc., n° 370 et s., qui se montre favorable à la construction d'une notion de procédure non contentieuse en droit privé dans le but notamment de protéger les personnes ; P. LOKIEC, th. préc., n° 342, p. 249, qui affirme : « tout comme le contrat naît d'un accord de volonté, la décision unilatérale résulté d'une procédure » ; du même auteur, « La procéduralisation à l'épreuve du droit privé », *in Les évolutions du droit (Contractualisation et procéduralisation)*, C. PIGACHE (textes réun. par), PUR 2004, p. 177 et s., spéc., p. 187 et s. ; « La décision et le droit privé », D. 2008, p. 2293, spéc. II. A. ; E. LAFUMA, th. préc., spéc. n° 258 et s. ; P. LEMAY, th. préc., n° 285 et s. V. aussi, S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », art. préc., spéc. n° 38 ; M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clauses contractuelles (1re partie) », art. préc., spéc., p. 1065.

[428] S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », art. préc., spéc. n° 39 ; M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats » *in* Mélanges en l'honneur de J. GHESTIN, LGDJ 2001, p. 301 et s., spéc. n° 20 ; du même auteur, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », RDC 2004, p. 573, spéc. p. 575 et s. ; L. AYNÈS,

À cet égard, l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats a multiplié les formalismes « méthodiques » impliquant le respect d'étapes successives pour la mise en œuvre des actes unilatéraux [429] considérés comme étant les plus graves [430] : faculté de remplacement, résolution du contrat pour inexécution, résiliation pour imprévision. Parallèlement, elle a aussi introduit une obligation de motivation de certains actes unilatéraux notamment en matière de fixation du prix dans les contrats cadre et dans les contrats de prestation de service[431]. Toutefois, le domaine du nouveau formalisme légal est circonscrit. Il ne concerne que les dérogations au bilatéralisme jugées comme étant les plus dangereuses pour imposer « le respect de temps distincts »[432] à leur mise en œuvre.

En marge des règles instituant des procédures, les praticiens ont développé des mécanismes procéduraux destinés à encadrer l'unilatéralisme. Ces dispositifs contractuels visent tantôt à renforcer le formalisme méthodique en faveur de la partie que la loi entend protéger, tantôt à instituer un processus là où le législateur est demeuré silencieux. Ainsi, par exemple, en matière de licenciement, on trouve dans les conventions collectives et dans les contrats individuels des normes procédurales qui doivent être respectées outre la procédure légale de licenciement. Il s'agit de renforcer les droits procéduraux du salarié par un cheminement qui vise « à pouvoir débattre des faits de manière contradictoire, en donnant une chance d'infléchir la décision de l'employeur »[433]. Dans la même veine, les clauses de résiliation imposant le respect d'un processus structuré sont fréquentes dans les contrats[434]. Leur mise en œuvre renforce la protection du débiteur en prévenant une rupture abusive du contrat.

125. - La tendance de la pratique contractuelle à étendre le domaine du formalisme procédural est plus frappante. La pratique des clauses d'exception d'inexécution en est une illustration[435]. On sait que l'« *exceptio non adimpleti contractus* » est l'une des conséquences découlant de l'inexécution des contrats synallagmatiques en raison de l'interdépendance des obligations réciproques qu'ils imposent aux contractants. Définie comme le droit qu'a chaque partie à un contrat « de refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave »[436], cette prérogative n'en constitue pas moins un remède de justice privée[437]. Sa mise en œuvre peut

---

« Motivation et justification », RDC 2004, p. 555, spéc. p. 556 et 557 ; T. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », RDC 2004, p. 579, spéc. n° 5 et s. V. aussi, E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. CORNU, Economica 1985, spéc. n° 187 et s. ; X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », *in La motivation*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, LGDJ 2000, p. 73 et s., spéc. p. 80.

[429] C. civ., art. 1222, 1223, 1226 et 1195.

[430] N. BALAT, art. préc., spéc., p. 901.

[431] C. civ., art. 1164, al. 1 et 1165, al. 1.

[432] N. BALAT, *op*. et *loc. cit*.

[433] T. GRUMBACH et E. SERVERIN, « Réflexions sur la « substantialisation » des droits de la défense et du principe du contradictoire dans les procédures préalables aux décisions de l'employeur », art. préc.

[434] V. C. PAULIN, th. préc., spéc. n° 161.

[435] Pour des exemples, v. les clauses traitées par Cass. 2e civ., 7 avr. 2011, n° 10-18443 ; CA Versailles, 15 janv. 2013, n° 11/09168.

[436] C. civ., art. 1219. Sur cette question, v. not. J.-F. PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, préf. P. RAYNAUD, LGDJ 1971 ; C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, préf. J. GHESTIN, LGDJ 1999.

[437] C. POPINEAU-DEHAULLON, th. préc., n° 143 s., p. 84 s.

faire l'objet d'un aménagement procédural par les contractants. Il s'agit pour ceux-ci de permettre à l'un d'entre eux de suspendre momentanément les effets du contrat dans les conditions définies tout en ménageant la possibilité d'un avenir. La procéduralisation de l'exception d'inexécution conduit donc à substituer une mise en œuvre organisée à l'application systématique de cette sanction propre aux contrats synallagmatiques. Ainsi, trouve-t-on dans un modèle de contrat de licence la clause suivante :

> « Dans le cas de non-paiement dans un délai de deux mois entiers calculés à partir de l'échéance mensuelle, A adressera à B par lettre recommandée une sommation de payer.
> Si cette sommation reste sans effet après un délai d'un mois à partir de la date de réception de la sommation, B sera avisé, toujours par lettre recommandée, de la suspension de la licence »[438].

L'instauration de cette procédure constitue « à la fois une faveur pour le débiteur et une garantie pour le créancier »[439]. Sa prévision dans le contrat s'explique surtout par le contexte dans lequel s'inscrit l'accord des parties. En effet, la licence constitue généralement un élément indispensable du fonds de commerce du contractant investi du droit d'exploitation. Ce dernier n'étant pas à l'abri de difficultés passagères susceptibles d'entraîner des retards de paiement, le jeu normal du mécanisme de l'exception d'inexécution aurait des conséquences fâcheuses. Dans cette hypothèse, il pourrait aggraver la situation du débiteur en le privant de la possibilité d'exploiter son fonds de commerce. La procéduralisation du mécanisme vise donc à l'éviter. Elle ne prive pas le créancier de son pouvoir de sanction, mais conduit simplement à inscrire celui-ci dans un processus qui, aux yeux des parties, conditionne la légitimité de sa mise en œuvre. Il s'agit alors pour les contractants, de traduire la maxime selon laquelle la fin ne justifie pas tous les moyens.

126. - Les clauses de modification unilatérale du contrat s'inscrivent également dans cette logique[440]. Elles ne visent pas seulement à attribuer une prérogative, elles aménagent aussi sa mise en œuvre en obligeant le titulaire à notifier le projet de modification à son cocontractant et à respecter un délai pour sa prise d'effet. Dans ce même délai, le cocontractant peut empêcher la modification du contrat en exerçant la faculté de résiliation qui lui est généralement accordée par la clause. Il arrive aussi que les parties soumettent l'application des pénalités conventionnelles à l'observation d'une formalité procédurale notamment en obligeant le créancier à consulter un organisme tiers[441]. Il s'agit *in fine* d'une ultime tentative de faire infléchir la décision de mise en œuvre de la pénalité contractuelle, notamment lorsque le débiteur est en mesure de remédier au manquement contractuel.

Les exemples précédents permettent d'observer que l'extension du champ de la formalité procédurale est liée principalement à sa fonction protectrice dans la mise en œuvre des actes qui perturbent la conception bilatérale du contrat[442]. Les étapes successives qui

---

[438] Clause citée par J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle, op. cit*., n° 740, p. 243.
[439] *Ibid*.
[440] V. *infra*, n° 271 et s.
[441] V. par ex. Cass. com., 4 mars 2008, n° 06-12.340 ; D. 2008, p. 1231, obs. M.-L. BÉLAVAL, I. ORSINI et R. SALOMON.
[442] V. L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, th. Paris I, 2020, spéc. n° 409 et s., qui souligne que les formalités procédurales encadrant l'exercice de la prérogative ont vocation à protéger le sujet passif en imposant « des charges qui incombent au *potentior* (titulaire de la prérogative) pour faire naître des prévisions en amont de l'exercice ».

doivent être respectées constituent une garantie[443] pour la partie qui est destinataire de l'acte unilatéral. C'est en ce sens que la jurisprudence se prononce en matière de procédure conventionnelle de licenciement qualifiant celle-ci de garantie de fond pour le salarié[444].

127. - Finalement, les normes instituant des procédures en droit des contrats ne remplissent pas des fonctions identiques à celle du contrat qui les comporte. L'objet premier de tout contrat est avant tout de créer au moins une obligation, c'est-à-dire une « prestation évaluable en termes économiques »[445] alors que les procédures contractuelles tendent à réguler les rapports contractuels en instaurant une forme de dialogue participatif entre les partenaires dans des circonstances préalablement définies. En cela, elles s'inscrivent dans une perspective différente de l'obligation conçue comme un lien entre un créancier et un débiteur. Toute l'organisation de ce droit personnel que le contrat vise à mettre en place est basée sur une idée économique fondamentale qui est celle du « crédit »[446]. Le créancier est considéré comme ayant fait crédit à une autre personne (le débiteur). Le droit des obligations constitue la traduction juridique de cette donnée économique. Les mêmes considérations ne s'imposent pas à l'analyse des finalités des procédures contractuelles. En ordonnant un cheminement, qui se traduit notamment par une succession d'opérations à réaliser pour la mise en œuvre des mécanismes concernés, les normes étudiées ne se limitent pas à la création d'un « contenu obligationnel »[447]. Elles visent davantage à encadrer les actions des contractants, à orienter leur activité en leur indiquant ce qu'il faut faire dans une situation donnée, à moraliser leur comportement dans le jeu de prérogatives unilatérales. Car, il y a dans ces formalités procédurales imposées aux contractants « quelque chose d'imposant et de précis » qui les oblige « à se respecter eux-mêmes et à suivre une marche équitable et régulière »[448].

La spécificité des fonctions des procédures contractuelles étant précisée, il convient d'analyser celle tenant au mécanisme à l'œuvre.

---

[443] Sur la difficulté d'appréhender de façon unitaire cette notion, v. P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », *in* Mélanges P. MALINVAUD, Litec 2007, p. 303 et s., qui souligne néanmoins l'existence d'une finalité commune qui préside à la garantie : « une réponse à un besoin de sécurité et de protection en présence d'un risque » (p. 309).

[444] Cass. soc., 23 mars 1999, Dr. soc. 1999, p. 634, obs. J. SAVATIER. V. aussi, Cass. soc., 28 mars 2000, n° 97-43.411, Bull. civ. 2000, V, n° 136 ; D. 2001, p. 824, obs. M. MERCAT-RUNS ; Cass. soc., 11 juill. 2000, n° 97-45.781, D. 2001.417, note S. FROSSARD ; Dr. soc. 2000, p. 1027, obs. C. RADÉ ; Cass. soc., 16 janv. 2001, n° 98-43.189, Bull. civ. V, n° 9 ; D. 2001. 673 ; RJS 2001, n° 431 ; Cass. soc. 8 janv. 2002, Dr. soc. 2002, p. 466, obs. J. SAVATIER ; Cass. soc., 13 sept. 2005, JCP S 2005. 1374, note C. PIZZIO-DELAPORTE ; Cass. soc., 8 mars 2006, n° 04-43.668, JCP S 2006. 1295, note P.-Y. VERKINDT ; Cass. soc., 9 juill. 2008, JCP S 2008. 1614, note L. DRAI et F. MÉREAU ; Cass. soc., 16 sept. 2008, n° 07-41.532, RJS 2008, n° 1078 ; JCP S 2008. 1615, note L. DAUXERRE ; Cass. soc., 21 janv. 2009, JCP S 2009. 1189, note P.-Y. VERKINDT. V. cependant, Cass. soc., 18 déc. 2019, n° 18-18.431 ; Cass. soc., 29 janv. 2020, n° 17-20.163, qui réfusent de voir dans les dispositifs conventionnels similaires des garanties de fond en cas de rupture du contrat du travail pour inaptitude et impossibilité de reclassement.

[445] J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, « La théorie de la responsabilité en droit pénal et en droit civil », RGD 1928, p. 193.

[446] E. GAUDEMET, *Théorie des obligations*, Paris, Sirey, 1937, réimpr. Dalloz 2004, préf. D. MAZEAUD, p. 7, l'auteur affirme : « L'obligation, c'est le crédit considéré au point de vue juridique ; le crédit, c'est l'obligation considérée au point de vue économique » (p. 10).

[447] V. P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, p. 771.

[448] B. CONSTANT, *Écrits politiques*, Gallimard, coll. « Folio » 1997, p. 499 : « il y a dans les formes quelque chose d'imposant et de précis, qui force les juges à se respecter eux-mêmes et à suivre une marche équitable et régulière ».

B. La spécificité du mécanisme des procédures contractuelles

128. - L'ensemble ordonné que constitue une procédure contractuelle peut, on le sait, être décomposé en une série d'actes et de formalités dont la combinaison permet de remplir une fonction spécifique : notification, rencontre, discussions, débats entre les parties, propositions, contre-propositions, communications de pièces, recours à un tiers, motivation des décisions unilatérales… le tout dans des délais précis. En imposant le respect d'étapes successives suivant une chronologie préalablement établie, le mécanisme de ces processus contractuels évoque avant tout l'idée de progressivité, de cheminement vers un but déterminé. Les opérations successives qui les composent doivent être entendues, avant tout, comme « une façon de faire »[449], une norme encadrant la manière d'agir des contractants. La technique utilisée relève du phénomène de procéduralisation[450] mis en évidence par les théoriciens du droit. Les traductions de ce phénomène dans la pratique contractuelle contemporaine sont de plus en plus nombreuses et variées. Pour s'en convaincre, il suffit de citer la procédure d'agrément, la procédure de renégociation du contrat, la procédure d'établissement du décompte définitif, la procédure de constat contradictoire d'état des lieux ou encore la procédure de retrait d'un associé.

Sous un autre angle, les procédures contractuelles procèdent de l'imitation des formes et délais de procédure. Elles imposent des diligences aux contractants qui évoquent les charges incombant aux parties dans un procès civil (notification, forme, preuve, débats contradictoires, délais…). Par cette « utilisation des outils de la procédure »[451], dans les rapports contractuels, le mécanisme des procédures contractuelles participe à un mouvement de processualisation du contrat qui se traduit aussi par l'extension de grands principes régissant le procès[452]. L'explication tient au fait que, dans certaines circonstances, les parties contractantes se trouvent dans une situation comparable à celle d'un plaideur ou d'un administré à l'égard de l'administration. L'idéal de justice poursuivie par les rédacteurs de contrats les conduit à s'inspirer du modèle source (le procès). Cela se matérialise par

---

[449] O. FAVEREAU, « Procéduralisation du droit et théorie économique », *in Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 155, spéc. p. 165, qui souligne que « la qualité d'une décision ne découle plus de ses propriétés intrinsèques, mais de la façon plus ou moins sérieuse, dont elle a été préparée, construite et mise au point. Dans un contexte d'incomplétude, la rationalité se déplace des décisions elles-mêmes, vers les procédures de décision, entendues ici rapidement comme façon de faire ».

[450] Sur cette question, v. not. P. COPPENS et J. LENOBLE (dir.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2000 ; C. PIGACHE (textes réunis par), *Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation)*, PUR, Rouen, 2004.

[451] G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Procédure civile*, 17e éd., Sirey, 2014, n° 1, p. 1. V. aussi, E. JEULAND, *Droit processuel général*, 4e éd., LGDJ Lextenso, 2018, spéc. n° 57, p. 116, qui estime que la distinction entre procédure et fond doit être rediscutée dans un contexte où « il est souvent question de procéduralisation du droit substantiel. Ainsi, par exemple le principe de précaution oblige à mettre en œuvre des procédures de discussion et de recherche davantage qu'il ne pose une règle précise. De même, le licenciement implique le respect de nombreuses règles de forme et de procédure pour être valide ». L'auteur en déduit qu'il conviendrait d'opérer une distinction non plus entre le droit substantiel et le droit processuel, mais entre « le droit procédural non judiciaire comportant quelques valeurs abstraites et le droit procédural impliquant un juge permettant concrètement la transformation d'un rapport de droit ».

[452] Sur la processualisation du droit induite par le phénomène de procéduralisation, v. not. A. JEAMMAUD, « Introduction à la régulation de la sémantique juridique. Des concepts en jeu », art. préc., spéc. p. 67, note 76 ; C. PIGACHE, « Propos introductifs à la procéduralisation du droit », *in Les évolutions du droit (Contractualisation et procéduralisation)*, *op. cit.*, p. 107 et s., spéc. p. 110.

l'importation de certains principes directeurs de la procédure judiciaire notamment lorsque le dispositif contractuel tend à aménager le règlement des différends nés du contrat ou à encadrer l'élaboration de décisions unilatérales susceptibles de faire grief au contractant qui en subit. Ainsi, l'exportation du modèle du procès équitable dans le contrat par ces différents mécanismes contribue à un mouvement de processualisation de celui-ci.

129. - Il ressort que le mécanisme des procédures contractuelles comporte un double aspect. Le premier, commun à tous ces dispositifs, consiste en une succession ordonnée de formalités inscrites dans une perspective linéaire. En ce sens, il n'y a pas de corrélation entre les opérations successives qui doivent être accomplies et le droit processuel. Cependant, le fonctionnement des dispositifs en cause implique des actes et des délais caractéristiques de la notion de procédure pour la mise en œuvre des clauses qui les prévoient. C'est pour cette raison qu'il est possible d'identifier cet aspect des mécanismes étudiés comme participant de la procéduralisation des rapports contractuels. Le second aspect, spécifique à certaines procédures contractuelles, consiste à étendre les principes qui guident l'action du juge et des parties dans un procès. Ces derniers faisant partie du droit processuel, le terme de « processualisation » [453] sera utilisé pour identifier cet autre aspect du mécanisme des procédures contractuelles.

Procéduralisation (**1**) et processualisation (**2**) du contrat apparaissent comme les deux facettes de la réalité du mécanisme des procédures contractuelles qu'il convient d'explorer.

1. La procéduralisation du contrat

130. - D'une manière générale, la procéduralisation peut être définie comme l'essor des règles procédurales et le déclin corrélatif des règles substantielles en droit[454]. Cette acception du terme évoque « une évolution du caractère procédural du droit » et l'extension du champ des règles procédurales en son sein[455], mais il est possible de concevoir la procéduralisation comme « l'émergence d'un modèle procédural de production des normes juridiques »[456]. Dans cette perspective, le phénomène « concerne le droit dans son ensemble, et traduit une approche renouvelée de ce dernier, de son engendrement, de ses fins et moyens d'action. Ce mouvement repose sur un constat : le droit « posé d'en haut » et fixiste ne parvient plus à simplifier la réalité des exigences induites par des relations intersubjectives et économiques foisonnantes et essentiellement évolutives. Il lui faut se transformer pour intégrer la complexité, dont l'imprévisibilité, conséquence de l'indétermination, constitue l'un des

[453] C'est en ce sens que la processualisation est définie comme « l'accès aux grands principes du droit du procès », v. S. GUINCHARD, « L'évitement du juge civil », art. préc., spéc. 226 et s.
[454] Cette définition correspond au troisième sens du terme « procéduralisation » donné par A. JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », *in Les transformations de la régulation juridique*, *op. cit.*, p. 47, spéc. p. 67.
[455] G. MOUILLON, *L'indétermination de la norme et la procéduralisation du droit : l'exemple de l'arbitrage en droit interne*, th. Paris I, 2001, n° 33, p. 46, qui ajoute que « cette interprétation sémantique suppose que l'on entende le droit comme un ensemble composé de deux sous-ensembles, l'un qualifié de « droit procédural », l'autre de « droit substantiel » […]. La procéduralisation exprime alors un processus d'expansion du droit procédural au sein de l'ensemble de l'ordonnancement juridique ».
[456] X. LAGARDE, « La procéduralisation du droit (privé) », *in Les évolutions du droit (Contractualisation et procéduralisation)*, *op. cit.*, p. 141, n° 1.

aspects »[457]. Valables pour le droit en général, de telles considérations inspirent aussi le choix des normes instituant des processus en droit des contrats[458].

131. - La procédure de renégociation du contrat est un cas exemplaire. En effet, ce mécanisme s'est particulièrement développé à une époque où la primauté du maintien du contrat sur sa révision était la règle et où la rigueur prévalait sur la flexibilité contractuelle[459]. La difficulté a été perçue par les praticiens et la doctrine. L'intangibilité absolue n'est pas adaptée aux contrats s'inscrivant dans la durée tels que les contrats de coopération dans lesquels ce risque est pris en compte par leurs rédacteurs[460]. La procéduralisation apparaît alors comme le moyen d'adapter le contrat à l'évolution des circonstances. Elle consiste en des « mécanismes complexes de négociation, de propositions et de contre-propositions, de délais, d'intervention de tiers pour faciliter la solution des conflits »[461]. Le dispositif contractuel évoqué est conçu en fonction de la « mutabilité du futur ». Il constitue une création de la pratique contractuelle et répond à des nécessités d'évolution des conditions d'exécution du contrat.

Il participe du modèle procédural de production des normes dans la sphère contractuelle en permettant aux parties de disposer « d'une force obligatoire sur mesure »[462]. Au demeurant, le fondement de ce mécanisme contredit le schéma contractuel classique. Celui-ci « repose sur l'idée que le contrat traduit la conciliation des intérêts opposés de deux personnes et se trouve dès lors doté d'une stabilité dans le temps et d'une force obligatoire à l'égard des parties » tandis que la clause de *hardship* paraît fondée sur l'idée que « rien n'est définitif, tout peut être remis en cause, et les parties elles-mêmes intègrent le changement dans l'économie de leur contrat »[463]. Cela se matérialise par des mécanismes procéduraux qui ne sont plus conçus comme un instrument de mise en œuvre de règles substantielles, mais comme celui qui permet leur élaboration, leur accession à la vie juridique. Ainsi, lorsqu'elle aboutit, la procédure de renégociation donne lieu à un contrat réaménagé lequel constituera alors la loi des parties.

---

[457] G. MOUILLON, th. préc., *op*. et *loc*. *cit*.

[458] V. cependant, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, 1 – *Contrat et engagement unilatéral*, 6e éd., Thémis droit – PUF 2021, spéc. n° 155, qui doute du fait que la procéduralisation (au sens de justice procédurale, c'est-à-dire celle qui « se contente de veiller au bon respect des procédures » telle que la bonne information des parties au contrat) « ait complètement gagné le droit français des contrats ».

[459] Cf. B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement des circonstances », art. préc., spéc., n° 27, p. 84, qui observe que les solutions restrictives du droit positif français (avant la réforme de 2016) étaient perçues à l'étranger comme ayant « favorisé, en droit interne, le développement des clauses de révision du contrat », citant not. K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *An introduction to comparative Law*, note 10, p. 527. Rappr., Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », *in* Mélanges offerts à P. DIDIER, Economica 2008, p. 247 et s., spéc., n° 26, p. 273 : « L'absence de révision judiciaire pour imprévision […] est une puissante incitation à l'adoption par les parties de clauses qui apportent une *réponse sur mesure* aux difficultés nées de l'instabilité économique ou monétaire ».

[460] S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération : Contribution à la théorie générale du contrat*, th. préc., n° 452, p. 366 ; V. PIRONON, *Les joint ventures : contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, préf. P. FOUCHARD, Dalloz 2004, n° 183 et s., p. 93 et s. ; P. DURAND-BARTHEZ, « La durée des accords de coopération et les clauses gouvernant leur adaptation », DPCI 1984, p. 357. et s., spéc. p. 358 et 365 et s.

[461] B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », art. préc., n° 3, p. 798.

[462] O. DESHAYES, T. GENICON et Y-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 437.

[463] B. OPPETIT, art. préc., n° 3, p. 798.

132. - La procédure d'établissement du décompte général et définitif[464] dans les contrats de construction d'ouvrages immobiliers est également caractéristique du phénomène de procéduralisation des rapports contractuels. Régie par les paragraphes 19 et suivants des normes AFNOR P 03-001, cette procédure peut être adaptée aux commodités de chaque espèce. Dans le cahier des clauses administratives particulières d'un marché ayant donné lieu à un arrêt du 17 décembre 2014[465] figurait la clause ci-après :

> « Dans un délai de 60 jours à dater de la réception des travaux, ou de la résiliation du marché, l'entrepreneur remet au maître d'œuvre un mémoire définitif de ce qu'il estime lui être dû en application du marché.
> Dans le cas où ce mémoire n'est pas transmis dans le délai imparti, le maître d'ouvrage peut, après mise en demeure restée sans effet, le faire établir par le maître d'œuvre aux frais de l'entrepreneur. Le maître d'œuvre vérifie le mémoire définitif dans un délai de 60 jours de la réception du mémoire de l'entrepreneur, et établit le projet définitif qu'il adresse au maître d'ouvrage.
> Après contrôle par lui, le maître d'ouvrage signifie le décompte définitif à l'entrepreneur, qui a 20 jours pour présenter ses observations éventuelles.
> Passé ce délai, l'entrepreneur n'est plus admis à élever de réclamations sur le décompte, et celui-ci est censé accepté par lui, quand bien même il ne l'aurait pas signé ou qu'avec des réserves non spécifiées.
> Les décomptes définitifs ne peuvent, en conséquence, présenter ce caractère définitif à l'égard du maître d'ouvrage, qu'autant qu'ils auront été, après vérification par le maître d'œuvre, acceptés et signés par le maître d'ouvrage ».

L'expansion de ce type de procédures[466] dans les contrats de construction intervient dans un contexte de vide législatif s'agissant de la fin des rapports financiers entre les parties[467]. Les opérations de réception de l'ouvrage immobilier qui consacrent la fin de l'exécution matérielle du chantier peuvent être émaillées d'incidents notamment lorsque des désordres, malfaçons ou non-façons sont constatés et entraînent un blocage dans l'exécution des obligations financières du marché. La procédure contractuelle devant conduire à l'émission d'un décompte général définitif est justement élaborée afin de permettre aux parties de sortir de cette potentielle situation de conflit. Le mécanisme repose sur des échanges très encadrés dans le contenu et les délais[468]. La jurisprudence se montre exigeante en estimant que seul le strict respect de la procédure contractuelle est de nature à provoquer la sanction sévère de la forclusion qui s'attache à sa méconnaissance[469]. De sorte qu'en l'absence de réserves ou de contestations formulées dans le délai, le projet de décompte devient définitif et intangible entre les parties[470].

133. - Ces deux exemples illustrent la dynamique qui anime la procéduralisation des rapports contractuels. Elle se caractérise par le passage du modèle de la réalisation méthodique du

---

[464] Il s'agit d'un document établi par le maître de l'ouvrage et qui fixe le montant du règlement dû à l'entrepreneur en exécution du marché.
[465] Cass. 3e civ., 17 déc. 2014, n° 13-22.494 ; Constr.-Urb. n°2, févr. 2015, comm. 24, note C. SIZAIRE.
[466] Il convient de souligner que la norme AFNOR P 03-001 s'impose si les parties l'ont choisie : v. par ex. Cass. 3e civ., 29 mars 2011, n° 10-30.303 ; RDI 2011, p. 444, obs. C. CHARBONNEAU.
[467] Sur cette question, v. C. CHARBONNEAU, « La réception de la norme AFNOR P 03-001 par la jurisprudence », art. préc.
[468] Sur le processus de paiement de l'entrepreneur, v. J.-L. BERGEL, « Les règles de paiement de l'entrepreneur dans les marchés privés de travaux », RDI 2013, p. 8.
[469] Un décompte unilatéralement établi par le maître de l'ouvrage ne peut lier l'entrepreneur : Cass. 3e civ., 4 janv. 1996, n° 93-20.153 ; RDI 1996, p. 213 obs. P. MALINVAUD et B. BOUBLI. Sur la nécessité de la mise en demeure par le maître l'ouvrage, v. Cass. 3e civ., 25 mai 2011, n° 10-19.271, Bull. civ. III, n° 83 ; RDI 2011, p. 503, obs. C. CHARBONNEAU.
[470] Cass. 3e civ., 4 déc. 1991, n° 90-13.335, Bull. Civ. III, n° 303.

droit[471] à celui qui « permet de découvrir et de formaliser la règle »[472]. Sous cet angle, les procédures contractuelles apparaissent comme des opérations d'édiction de normes. Elles constituent un enchainement d'actes et de formalités[473] visant à introduire une norme dans l'ordre contractuel. Ainsi, l'acte qui sera convenu à l'issue de la procédure de renégociation et d'établissement du décompte définitif aura une valeur normative et s'imposera aux parties. Le raisonnement peut être étendu aux processus ayant pour objet les actes unilatéraux. On peut faire le parallèle avec la procédure administrative non contentieuse en considérant que ces processus concernent l'acte juridique unilatéral, « sous l'aspect dynamique d'accession à la vie juridique ». En d'autres termes, « ce n'est pas seulement la procédure préalable à l'acte […], c'est la procédure de l'acte lui-même sous l'angle de son édiction »[474]. Cette logique est sous-tendue dans les processus visant les décisions unilatérales dans les rapports contractuels[475]. Les étapes successives imposées à l'auteur apparaissent comme des qualités que l'acte doit avoir pour pouvoir modifier l'ordonnancement juridique. En ce sens, on pense notamment à la procédure de licenciement[476], à la procédure d'exclusion ou encore à la formalité procédurale encadrant la mise en œuvre de la clause résolutoire.

Il est vrai que la procédure est parfois perçue moins comme une opération créatrice qu'une règle encadrant la mise en œuvre de prérogatives. En effet, la thèse suivant laquelle la procédure serait une condition de validité de l'acte unilatéral n'est pas pleinement reçue dans le droit positif. Comme on le verra plus tard, l'inobservation de règles procédurales n'est pas toujours sanctionnée par la nullité de l'acte. Toujours est-il que la procédure instituée se caractérise par son aspect dynamique, par l'idée de progressivité vers « un résultat juridique »[477]. Dans cette perspective, la notion de procédure peut s'appliquer à tous les actes unilatéraux dans les rapports contractuels. Tel est le cas de la clause relative au droit de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée[478]. La procédure contractuelle est

---

[471] H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, préf. P. ROUBIER, Paris 1948, réed. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz » 2002, présentée par M.-A. FRISON-ROCHE, spéc. n° 44 et s., p. 45 et s.

[472] X. LAGARDE, « La procéduralisation du droit (privé) », art. préc., spéc. n° 2, p. 142.

[473] Rappr. J. NORMAND, « Procédure », *in Dictionnaire de la justice*, L. CADIET (dir.), PUF 2004, p. 1053.

[474] G. ISAAC, th. préc., n° 136, p. 155.

[475] Comp., R. ENCINAS DE MUNAGORRI, th . préc., n° 376, qui considère que la procédure non contentieuse « exprime moins l'exigence d'un formalisme […] que les conditions nécessaires à la prise en compte d'une volonté par le droit ». L'auteur ajoute que « si le contrat se caractérise par la procédure de l'échange des volontés », l'acte unilatéral « devrait respecter certaines conditions pour voir reconnue sa prétention à valoir du droit » ; P. LOKIEC, th. préc., n° 342, p. 249, selon l'auteur, « tout comme le contrat naît d'un accord de volonté, la décision unilatérale résulte d'une procédure ». Il ajoute que, « contrairement à la forme, qui ne fait qu' "envelopper" l'acte juridique, la procédure est consubstantielle à la décision dont elle constitue le mode d'élaboration » (n° 363, p. 264).

[476] Rappr. J.-F. PAULIN, « Licenciement pour motif économique : procédure », Rép. dr. trav., Dalloz 2021, spéc n° 24, qui voit dans la soumission de la décision de licencier pour motif économique une manifestation de la procéduralisation du droit. L'auteur ajoute que cette procédure « peut être envisagée comme une condition particulière de la validité du processus décisionnel et, par voie de conséquence, de l'acte de licenciement lui-même » (n° 27).

[477] L. CADIET, « Procédure », *in Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1216 et s., spéc. p. 1217.

[478] V. aussi le droit de ne pas renouveler le contrat, Cass. civ. 1re, 6 mai 2010, n° 09-66.969 ; D. 2010, p. 1279, obs. X. DELPECH ; *ibid.* 2178, note D. MAZEAUD ; *ibid.* 2413, note G. HELLERINGER ; Dr. Sociétés 2010, n° 135, note H. HOVASSE ; *ibid.* p. 511, note D. RANDOUX ; RTD civ. 2010, p. 556, obs. B. FAGES : le refus de renouveler l'adhésion de l'un de ses membres par une association relève de la liberté contractuelle et, ne

ici adaptée à la nature du droit en cause. On constate dans la pratique contractuelle que les parties se contentent de prévoir un délai de préavis assorti de formalités de notification. Il en est de même en matière de clause instituant une procédure de dénonciation de la reconduction tacite du contrat. Le dispositif tend à préciser le délai et les modalités de notification de la dénonciation. En l'espèce, la procédure renvoie au respect de temps distincts, à l'opération qui doit être suivie pour que l'acte unilatéral ait valeur juridique, du moins pour qu'il soit régulier.

134. - On le constate, il existe une déconnexion de la procédure de son acception processuelle. Elle ne renvoie pas seulement aux règles suivies devant les juridictions comme le montrent les procédures contractuelles évoquées qui visent d'ailleurs autre chose que la résolution de litiges. Néanmoins, dans certains cas, les formalités et les délais qui sont imposés aux contractants ne sont que la concrétisation d'objectifs à atteindre, lesquels sont en corrélation avec le droit processuel. S'inspirant des principes à l'œuvre dans le droit commun du procès, les normes instituant des procédures peuvent être identifiées comme la traduction d'un phénomène de processualisation du contrat.

2. La processualisation du contrat

135. - La procéduralisation des rapports contractuels n'est pas le seul point caractéristique des dispositifs étudiés. Elle révèle une autre facette de la réalité de leur mécanisme. Alors que leur mise en œuvre s'effectue en dehors du cadre juridictionnel, les procédures contractuelles intègrent le respect de certains principes processuels fondamentaux. À cet égard, les opérations successives qui doivent être accomplies, c'est-à-dire les délais et formalités permettent la concrétisation de ces principes. Elles définissent concrètement les conditions de leur mise en œuvre. Le phénomène de procéduralisation du droit des contrats apparaît alors comme une conséquence et une application concrète de sa processualisation[479].

136. - Avant de décrire cet autre aspect du phénomène, une précision terminologique s'impose. Il ne s'agit pas d'analyser l'intervention croissante du juge dans les rapports contractuels. Le terme processualisation[480] doit être entendu dans le sens de l'extension au contrat « de la protection des libertés fondamentales dans le droit du procès »[481]. Les clauses instituant des procédures visent à instaurer une protection similaire. Les garanties procédurales qu'elles mettent en œuvre n'ont pas vocation à s'appliquer aux contractants pris en leur qualité de partie au procès mais à régir, dans leurs rapports internes, la mise en œuvre de mécanismes contractuels. Ce mouvement conduit à sortir du prétoire[482] un certain nombre

---

constituant pas une exclusion disciplinaire, il n'a pas à être précédé de garanties procédurales relatives à cette mesure.

[479] L. WEILLER, « Processualisation et force obligatoire du contrat », *op. cit.*, spéc. n° 3, p. 158.

[480] Les termes de « juridictionnalisation » et « judiciarisation » également employés par ailleurs ne sont pas volontairement choisis en ce qu'ils paraissent désigner la tendance à l'accroissement du rôle du juge, v. A. JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », art. préc., p. 51.

[481] S. GUINCHARD, « L'évitement du juge civil », art. préc., p. 227.

[482] J.-P. SORTAIS, « Le principe du contradictoire en dehors du prétoire ? », *in Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. POUDRET*, Lausanne 1999, p. 246.

d'exigences fondamentales conçues à l'origine pour le procès afin de les appliquer dans les rapports contractuels. La processualisation apparaît ainsi comme l'importation de principes directeurs du procès que les procédures contractuelles tendent à généraliser dans la pratique[483].

On trouve les manifestations de ce phénomène dans les clauses organisant la résolution des litiges et l'exercice de prérogatives contractuelles. Les parties prennent en compte des garanties fondamentales requises dans leur mise en œuvre. Au nombre des principes processuels ayant fait leur entrée dans le domaine contractuel, on peut citer l'indépendance et l'impartialité du tiers, les droits de la défense, la motivation de la décision, la célérité de la procédure. L'énumération n'est pas exhaustive[484], on y reviendra. Dans tous les cas, il s'agit d'exigences inspirées des garanties qui entourent le fonctionnement de la justice. Leur extension dans les rapports contractuels constitue une manifestation de la diversification de leur rôle. La question qui se pose à leur propos est celle de l'opportunité de leur application en dehors du procès. Partant du postulat qu'il existe une différence de nature entre les prérogatives contractuelles et les décisions d'une juridiction, certains auteurs estiment que les exigences découlant du droit à un procès équitable ne valent que devant une juridiction[485]. Spécialement, dans le droit des groupements, on affirme que le respect des droits de la défense n'a pas sa place dans l'élaboration des décisions sociales[486]. La justification tient notamment à la possibilité accordée à l'assujetti de saisir le juge afin de contester le bien-fondé de la décision. L'idée est également défendue en droit du travail par certains auteurs qui affirment que le fait de « contraindre l'employeur au respect des droits de la défense reviendrait à assimiler la procédure de licenciement, en particulier la formalité de l'entretien préalable, à un procès »[487] en dépit de la partialité de l'employeur.

137. - Ces objections suscitent elles-mêmes la critique. D'abord, l'argument consistant à affirmer que l'existence d'un recours juridictionnel suffit à écarter l'application des droits de la défense au stade précontentieux n'est pas convaincant. En suivant cette logique, il faudrait alors abolir les garanties de procédure devant les juridictions de première instance au motif que les jugements (rendus en premier ressort) sont susceptibles de faire l'objet d'un recours

[483] V. La « processualisation » entendue comme « l'accès aux grands principes du droit du procès » : S. GUINCHARD, « L'évitement du juge civil », *in Les transformations de la régulation juridique, op. cit.*, p. 221, spéc. p. 226. Sur l'extension du principe du contradictoire en droit des sociétés, v. F.-X. LUCAS, « Le principe du contradictoire en droit des sociétés », *in Libertés et droits fondamentaux*, R. CABRILLAC (dir.), 23e éd., Dalloz 2017, p. 901, spéc. n° 1119 et s., p. 906 et s. *Contra*, E. JEULAND, *Droit processuel général*, *op. cit*., n° 172, p. 281 pour qui la procéduralisation paraît être synonyme de la processualisation : « La procéduralisation des droits […] est la preuve de l'importance des principes fondamentaux de la procédure » ; L. CADIET, « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », art. préc., spéc. n° 32 et s., p. 41 et s. qui analyse la processualisation du contrat comme l'accroissement du rôle du juge « dans la solution d'un litige contractuel ».

[484] On pense notamment au droit à un recours effectif, à l'égalité des armes, à la loyauté. V. l'étude d'ensemble L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès,* PUF, 3e éd., 2020, n° 53 et 106 ; X. LAGARDE, « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », Rev. arb. 2001, p. 423.

[485] F.-X. LUCAS, obs. sous Cass. com., 10 mai 2006, RDC 2006, p. 1186 ; C. CHAMPAUD et D. DANET, obs. sous Cass. com., 13 juill. 2010, RTD com. 2010, p. 727.

[486] F.-X. LUCAS, « Le principe du contradictoire en droit des sociétés », art. préc, spéc. n°1134 et s., p. 916 et s.

[487] F. DUQUESNE, « Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement », Dr. soc. 1993, p. 847, spéc. n° 4, l'auteur considère néanmoins que cette objection ne doit pas entrainer une remise en cause des garanties procédurales en la matière.

devant les juridictions supérieures[488]. Il ne faut pas oublier que les situations concernées représentent un réel danger, notamment s'agissant des prérogatives conférant un pouvoir de sanction. Dans une telle hypothèse, l'un des contractants bénéficie en quelque sorte d'un privilège du préalable[489] à l'instar de l'Administration dans sa relation avec les administrés. La gravité des sanctions qui pourraient être prononcées conduit certains à faire une comparaison avec la matière pénale[490]. Le droit de se faire justice à soi-même[491] représente manifestement un risque d'atteinte grave aux droits du cocontractant que la saisine ultérieure du juge ne suffit toujours pas à réparer.

Ensuite, l'argument tenant à la partialité du décideur n'est pas non plus décisif. Il a été démontré que ce sont les droits de la défense qui justifient que toute juridiction doit être impartiale et non l'inverse de sorte que l'absence d'impartialité n'est pas un obstacle au respect des droits de la défense[492]. Il est vrai que l'incursion des droits de la défense en la matière est principalement le fait législateur et des tribunaux. On peut être tenté d'y voir une forme de « publicisation »[493] voire de « procéduralisation à l'excès »[494] du droit des contrats. Cette manière de percevoir les choses est explicable : c'est parce « qu'on ne croit plus guère au contrat, ni à la liberté d'organisation des rapports sociaux par des volontés privées […], on ne croit qu'à la force irradiante de l'autorité publique et à des droits individuels fondamentaux dont la portée se limite au respect d'une procédure »[495]. Or, comme on le verra[496], l'extension des principes processuels dans le domaine contractuel résulte de plus en plus de la volonté des parties. Conscients de la nécessité de soumettre l'exercice de certaines prérogatives ou le règlement des différends contractuels à un minimum de garanties, exprimées sous forme de principes fondamentaux, les rédacteurs de clauses procédurales tendent aujourd'hui à se les approprier. Le respect des garanties de procédure est moins perçu comme une restriction à la liberté que comme « l'expression d'une *lex mercatoria processualis* »[497].

---

[488] Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préf. J.-C. SAINT-PAU, Dalloz 2013, n° 397, p. 220.

[489] V. en ce sens, R. ENCINAS DE MUNAGORRI, th. préc., n° 443 et s., p. 361 et s.

[490] V. J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, « Le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise », Dr. soc. 1960, p. 634, pour qui « le droit disciplinaire est le droit pénal des corps intermédiaires ».

[491] Sur cette question, v. M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, Etude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, préf. D. MAZEAUD, Economica 2013.

[492] Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, *op. cit.*, n° 400, qui affirme néanmoins « qu'il est permis de penser que la qualité de « juge et partie » du décideur puisse justifier de ne pas tout à fait appréhender les garanties de la même manière que dans un procès classique ».

[493] M. GERMAIN et R. VATINET, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé », *in Aspects actuels du droit des affaires*, Mélanges en l'honneur de Y. GUYON, Dalloz 2003, p. 397 et s.,, spéc. n° 23.

[494] V. en ce sens, G. WICKER et F. DEBOISSY, obs. sous Cass. com., 13 juill. 2010, JCP E 2011, 1000, n° 3, qui évoquent la « procéduralisation à l'excès des décisions sociales ». Comp., C. PIGACHE, « Propos introductif à la procéduralisation du droit », art. préc., p. 108, qui considère la « judiciarisation, au sens d'un accroissement du recours au juge » comme « un aspect de la procéduralisation ».

[495] M. GERMAIN et R. VATINET, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé », *op.* et *loc. cit.*, qui soulignent que « le droit est un et il est probablement normal que des mécanismes initialement mis en place en droit public ou pour le droit du procès soient utilisés dans les rapports de droit privé, dès lors qu'ils répondent désormais aux mêmes besoins ».

[496] Pour les ex. de clauses, v. *infra*, n° 280 et s.

[497] S. GUINCHARD et *alii*, *Droit processuel*, *Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 11e éd., Dalloz 2021, n° 798, p. 1446. V. aussi, G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès arbitral », Rev. arb. 2004, p. 511 et s., spec. n° 20 et s., qui met en exergue, outre les principes communs au juge et à l'arbitre,

138. - Pour autant, la tendance à la processualisation du contrat n'est pas synonyme d'un alignement pur et simple des procédures contractuelles sur la procédure judiciaire, elle s'explique davantage par la nécessité de soumettre l'élaboration d'actes graves à un minimum de garanties. Il s'agit d'assortir les actes en cause de conditions de mise en œuvre qui les rendent légitimes et acceptables. La recherche de cet objectif ne va pas jusqu'à imposer l'application des règles du droit processuel en tant que telles, cela aurait pour conséquence de conférer un cadre très rigide et inadapté aux mécanismes concernés. Bien au contraire, l'importation d'exigences processuelles se traduit par une adaptation du contenu des normes en la matière. Nul doute que les parties sont les mieux placées pour déterminer les modalités de la procédure qui les concerne, d'où la relative liberté qui leur est reconnue dans la création de clauses instituant des procédures[498]. La jurisprudence prend aussi en considération le contexte contractuel en décidant d'écarter certaines exigences issues du droit processuel[499]. La solution est compréhensible car on ne peut raisonnablement imposer aux contractants les mêmes contraintes que celles qui régissent l'activité du juge dans le cadre d'une procédure judiciaire. Par exemple, pour la mise en œuvre de l'obligation de motivation, il n'est pas nécessaire d'imposer que la décision en cause soit énoncée sous forme de motifs et de dispositif comme il est de règle en matière judiciaire. Une simple motivation sommaire permettant de connaître les raisons de la décision de l'auteur paraît suffisante. De même, les parties disposent d'une grande liberté pour organiser contradictoirement la procédure de résolution amiable de leur différend. Elles peuvent prévoir la possibilité se faire entendre séparément par le tiers chargé de les aider à trouver une solution au litige ou d'organiser la procédure à la manière d'un véritable procès.

139. - Au final, le mécanisme des procédures contractuelles se rapproche davantage du modèle du procès sous une forme réduite. L'extension des garanties processuelles dans les relations contractuelles qui est à l'œuvre peut être vue, sous un autre angle, comme une technique de « régulation, dont on attend semble-t-il qu'elle généralise les bienfaits de la procédure » tout en épargnant aux contractants « les désordres du litige et l'encombrante présence du juge »[500]. Il en ressort que si l'objet de la présente étude conserve quelque de chose de contractuel, il s'agit bien d'un type particulier de contrat présentant ses spécificités par rapport à celui régi par le Code civil qui est essentiellement tendu vers la réalisation d'échange de biens ou de services[501]. Ces particularités des procédures contractuelles se prolongent dans leur rapport avec le contrat dans lequel elles sont stipulées.

---

l'existence d'un principe contractuel régissant la procédure arbitrale. *Adde*, C. KESSEDJAN, « Principe de la contradiction et arbitrage », Rev. arb. 1997, p. 381 s. ; S. GUINCHARD, « L'arbitrage et le respect du contradictoire », Rev. arb., 1997, p. 185 et s.

[498] V. *supra*, n° 20 et s. ; C. CHAINAIS, « L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre, Rev. arb. 2010, p. 3 et s.

[499] V. *infra*, n° 461 et s.

[500] A. SUPIOT, « La justice sociale saisie par la régulation », *in* Etudes offertes à J. NORMAND, Litec 2003, p. 427 et s., spéc., p. 428, qui voit dans le fait de dénoncer la « judiciarisation » des rapports sociaux et de promouvoir leur « procéduralisation » comme deux tendances qui « se rejoignent dans l'apoglogie de la régulation, dont on attend semble-t-il qu'elle généralise les bienfaits de la procédure tout en nous épargnant les désordres du litige et l'encombrante présence du juge ».

[501] V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations, L'acte juridique, op. cit*., n° 79, p. 70.

§. 2. L'incidence de la spécificité des procédures contractuelles sur leur relation avec le contrat principal

140. - Il convient de préciser que l'expression « contrat principal » doit être comprise dans le cadre de cette démarche comme visant les clauses essentielles, c'est-à-dire celles qui « définissent la fonction économique du contrat »[502]. Leur objet n'est pas identique à celui des procédures contractuelles : « concrètement, ces clauses définissent une ou plusieurs prestations voire un droit potestatif, traduction juridique du principe de l'opération que renferme le contrat. Abstraitement, ces clauses définissent aussi la physionomie générale ou le principe de l'acte, soit les rapports qui existent entre les différents effets du contrat »[503]. Bien souvent, c'est la considération de ces clauses essentielles qui détermine les parties à conclure le contrat[504]. Ainsi, considère-t-on que le contrat est formé dès l'instant que les contractants sont d'accord sur les points essentiels à moins qu'ils n'aient entendu retarder la formation de l'acte jusqu'à la fixation des modalités accessoires[505]. Pour cette raison, on assimilera les clauses essentielles au contrat principal par commodité de langage.

En tant que dispositions particulières du contrat, les clauses instituant des processus sont censées participer à la réalisation de l'opération contractuelle par la précision de ses modalités d'exécution. Elles sont, en principe, liées au contrat créateur sans lequel elles n'auraient pas de raison d'être[506]. Néanmoins, les particularités de ces dispositifs conduisent à mettre en exergue leur émancipation par rapport à l'acte-source. Ils ne remplissent pas les mêmes fonctions que le contrat principal et leurs effets ne se réalisent pas nécessairement au même moment que celui produit par le contrat créateur. Pour être dépendants du contrat, les procédures contractuelles ne subissent pas systématiquement le même sort que celui-ci.

Ainsi, les clauses instituant des processus entretiennent donc avec le contrat qui les comporte un double lien de dépendance (**A**) et de séparabilité (**B**) qu'il convient d'examiner successivement.

---

[502] S. PIMONT, *L'économie du contrat*, préf. J. BEAUCHARD, PUAM 2004, n° 351, p. 230, qui considère comme « capitales d'après l'économie du contrat » les clauses qui « définissent la fonction économique du contrat ». Comp., P. VOIRIN, note sous CA Lyon, 11 mai 1942, JCP 1942, II, 2007 : « Ce qui est essentiel dans l'acte juridique, c'est le but économique, c'est le moteur de l'acte » ; M.- É. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. AYNÈS, Economica 2002, n° 149, p. 104, qui considère que c'est la « fonction économique » qu'il faut retenir comme critère cardinal » de la prestation caractéristique du contrat.

[503] S. PIMONT, *op*. et *loc*. *cit*.

[504] G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. TALLON, LGDJ 1969, n° 134, p. 202. V. aussi, G. ARBANT-MICHEL, th. préc., n° 225, p. 82, qui considère que les clauses essentielles ont un rôle prépondérant dans la réalisation de l'opération économique, « elles sont le contrat ».

[505] P. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, *op*. *cit*., spéc. n° 140, p. 134.

[506] Comp. G. ARBANT-MICHEL, *op*. *cit.*, n° 109, p. 44, selon l'auteur, « si une clause a tout son sens hors toute relation, ce n'est plus une clause, c'est un contrat » ; D. CHENU, *Les clauses contractuelles autonomes*, *op. cit*., n° 11, p. 15, qui considère la clause contractuelle « comme une entité juridique dépourvue de statut indépendant de celui du contrat ».

A. La dépendance des procédures contractuelles par rapport au contrat qui les contient

141. - Les clauses instituant des processus ne sont pas des stipulations étrangères au contrat qui les contient. Négociées en même temps que les autres stipulations, elles participent de l'économie générale de l'opération économique voulue par les parties et restent, dans une large mesure, sous la dépendance du contrat auquel elles se rapportent.

L'existence (**1**) et la portée (**2**) de ce lien de dépendance doivent être précisées.

1. L'existence d'un lien de dépendance

142. - Les procédures contractuelles sont, en dépit de leurs spécificités, dans une corrélation étroite avec le contrat créateur qui les place dans une situation de dépendance par rapport à celui-ci. Les parties ne sauraient stipuler une clause procédurale dans le vide, sans lien avec une opération contractuelle. Le dispositif se rattache nécessairement à un contrat dont il contribue à définir le régime juridique. En principe, comme toute stipulation, les procédures contractuelles figurent dans une série de clauses dont l'ensemble constitue le contrat principal[507] qui « pourrait bien n'être pas "principal" mais unique »[508]. Leur prévision dans le contrat montre qu'elles font partie de son économie et qu'elles participent à sa configuration[509].

En est-il ainsi des clauses instituant des procédures d'adaptation du contrat, d'agrément, de réclamation, de constat contradictoire d'état des lieux, d'établissement du décompte définitif ou de résolution des litiges contractuels. Stipulées dans un acte distinct, ces clauses pourraient constituer dans leur individualité une convention indépendante dans la mesure où leur existence et leur validité seraient appréciées indépendamment du contrat principal. Il reste toutefois que, même figurant dans un acte distinct, la cause de ce type de clauses est indiscutablement constituée par le contrat auquel elles se rapportent. En pratique, les procédures contractuelles sont prévues dans le même document que le contrat principal. Elles apparaissent davantage comme une composante de cet acte parmi tant d'autres. Dans la mesure où elles constituent une stipulation du contrat porteur, ces clauses ne requièrent pas un consentement spécifique distinct de celui exprimé lors de la formation du contrat générateur. L'accord des parties porte, de manière globale, sur tout le contenu du contrat y compris les procédures contractuelles qui y figurent[510].

143. - La dépendance des clauses instituant des procédures par rapport au contrat générateur apparaît également à l'analyse de l'objet des premières. En effet, ces mécanismes tendent à préciser le régime juridique des droits substantiels nés du contrat principal et à prévoir les

---

[507] Rappr. M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1re partie) », art. préc. spéc. p. 1056, selon l'auteur, si certaines clauses présentent des signes d'autonomie, leur efficacité « au sens large […] continue d'être plus ou moins intensément liée au soleil du contrat » dont elles demeurent des « satellites ». *Adde*, G. ARBANT-MICHEL, th. préc., n° 113 et s. ; D. CHENU, th. préc., n° 11, p. 14 : « Quoique montrant des signes d'indépendance, la clause reste une partie du contrat ou de la convention ».

[508] P. MAYER, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », Rev. arb. 1998, p. 359, spéc. n°2, p. 360.

[509] P. MAYER, « La "circulation" de la convention d'arbitrage », JDI 2005, p. 251, spéc. n° 8, p. 254.

[510] V. *supra*, n° 40.

modalités de mise en œuvre[511]. Par exemple, la clause instituant une procédure de résiliation du contrat vise à définir le régime de cette prérogative contractuelle en prévoyant les étapes successives qui doivent être respectées pour sa mise en œuvre. De même, la clause instituant une procédure de mise en œuvre du cautionnement participe à la détermination du régime juridique applicable à cette garantie en définissant la manière suivant laquelle elle doit être invoquée par le bénéficiaire. C'est en cela que les procédures contractuelles constituent une composante du contrat auquel elles se rapportent. Dans la mesure où elles permettent « d'améliorer les effets que les parties attendent du contrat », les clauses procédurales « ne se conçoivent qu'en fonction des stipulations principales auxquelles elles s'ajoutent pour les compléter »[512].

Aussi, convient-il de ne pas analyser systématiquement ces mécanismes comme « un tout se suffisant à lui-même ». Ils se rapportent nécessairement à des droits et obligations issus du contrat originel[513]. Une procédure de renégociation n'a de sens qu'en fonction de l'opération contractuelle qu'elle tend à modifier. De même, l'intérêt d'une procédure d'établissement du décompte général est de permettre la fixation définitive de la prestation financière du marché. Sa raison d'être est liée au contrat d'entreprise qui la contient. Enfin, une procédure encadrant la résiliation ne se conçoit que lorsqu'une telle prérogative est reconnue aux parties, ce qui implique qu'un contrat ait été conclu entre elles. Le raisonnement peut être étendu à d'autres mécanismes procéduraux institués par les parties contractantes.

144. - Il reste qu'on peut s'interroger afin de savoir quel est le fondement de ce lien de dépendance ? Peut-on analyser la relation entre clauses essentielles et clauses procédurales sous le prisme de l'indivisibilité ? Cette dernière notion suggère l'idée d'interdépendance entre deux éléments mis sur un pied d'égalité[514]. Le lien d'indivisibilité est fréquemment

---

[511] V. en ce sens, P. ANCEL, « Arbitrage et novation », Rev. arb. 2002, p. 3, spéc. n° 7, p. 12 ; P. MAYER, « La "circulation" de la convention d'arbitrage », art. préc., spéc. n° 9, p. 255 ; S. BOLLÉE, « La clause compromissoire et le droit commun des conventions », préc., n° 7, p. 921 pour qui la clause instituant une procédure d'arbitrage participe à la configuration des conditions juridiques des droits et obligations nés du contrat de fond.

[512] G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, *op. cit.*, n° 132, p. 199 ; M. COTTET, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, *op. cit.*, n° 181, p. 164, qui considère comme accessoires, « toutes les clauses du contrat qui ne sont pas essentielles, c'est-à-dire qui n'ont pas pour objet de définir les éléments essentiels de l'accord des parties » ; D. CHENU, th. préc., n° 11, p. 15 : « Par définition, une clause contractuelle ne se conçoit pas sans contrat ». V. cependant, C. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, préf. C. LARROUMET, Defrénois Lextenso éditions 2009, spéc. n° 44 et s., qui estime que les clauses relatives au paiement et celles relatives au litige ne sont pas suffisamment autonomes par rapport à la créance pour en constituer des accessoires à partir du moment où elles n'ont pas « pour objet de créer un élément suffisamment distinct de la créance et susceptible de s'y adjoindre ». L'auteur analyse ces clauses comme étant assimilées à la créance. Il ne s'agit pas d'adopter de manière systématique une telle analyse à propos de la relation entre les clauses instituant des processus et le contrat principal. Selon les cas, ces dispositifs peuvent avoir un degré de détachement propre à caractériser une autonomie par rapport au contrat dans lequel ils sont inclus.

[513] V. P. MAYER, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », art. préc., spéc. n°3, p. 360 : « On ne peut prévoir le recours à l'arbitrage *in vacuo* » ; C. BOILLOT, « Le régime des clauses relatives au litige », art. préc., n° 9, qui affirme que la clause compromissoire « reste un accessoire du contrat : elle ne peut être appréhendée en faisant totalement abstraction de l'équilibre contractuel voulu, de l'économie du contrat, ou de sa cohérence. La clause, fût-elle compromissoire, ne produit ses effets qu'à la condition d'être compatible avec le tout qu'est le contrat, et le raisonnement peut être étendu à d'autres clauses ».

[514] J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, préf. M. CABRILLAC, Litec, 1999, spéc. n° 219, p. 254 et 255 et n° 231, p. 266 ; S. AMRANI-MEKKI, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », Defrénois 30 mars 2002, p. 355, n° 2 et les références citées.

utilisé comme un vecteur de l'anéantissement si bien que la nullité d'un élément, par exemple, contaminera l'autre et entraînera sa disparition[515]. Il ne peut servir ici de fondement adéquat. À l'analyse, les clauses définissant la fonction économique du contrat sont la « cause » des mécanismes étudiés et non l'inverse. Par conséquent, les seconds sont dans une relation de dépendance unilatérale par rapport aux premières[516]. Si la notion d'indivisibilité est appliquée aux clauses du même contrat, c'est simplement pour exprimer leur caractère déterminant du consentement des parties, auquel cas elle ne fait que « traduire le principe d'autonomie de la volonté »[517].

145. - *A priori*, les clauses prévoyant le respect de procédures sont liées au contrat principal par un rapport d'accessoire à principal[518]. Mais ne s'agit-il pas là d'une fausse évidence ? La dépendance d'une clause instituant une procédure par rapport au contrat initial s'explique-t-elle par la qualité d'accessoire de la première par rapport au second ? Selon un auteur, un droit, une action sont considérés comme accessoires lorsqu'ils sont « au service »[519] du principal. Au sens strict du terme, la notion d'accessoire renvoie à « la situation de l'accessoire dépendant, rattaché au principal par un lien fonctionnel »[520]. Dans cette perspective, l'accessoire vient s'ajouter au principal pour atteindre l'objectif qui est le sien. En somme, les deux poursuivent la même finalité, mais l'accessoire « ne peut atteindre ce but qu'indirectement, au travers du principal dont le service est son but direct »[521].

Pourrait-on conclure de même au sujet des procédures prévues dans un contrat ? Sont-elles au service de l'opération économique projetée par les parties ? La fin poursuivie par les clauses instituant des processus n'est pas véritablement identique à celle des clauses essentielles du contrat. Cependant, ces deux éléments sont unis au sein de l'ensemble formé par le contrat par une communauté de but qui s'articule autour de l'opération projetée. La finalité d'une procédure de renégociation n'est-elle pas de permettre la poursuite du contrat réaménagé ? De même, les formalités procédurales encadrant la résolution du contrat pour inexécution ne visent-elles pas à donner une ultime chance au débiteur de s'exécuter ? Dans une autre perspective, il est possible de voir dans la procédure d'agrément un mécanisme permettant au cédé de s'assurer que les conditions de la poursuite du contrat avec le nouveau partenaire sont réunies. Plus généralement, on peut établir un lien entre les finalités des

---

[515] J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, *op. cit.*, n° 284 et s.
[516] G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, *op. cit.*, n° 132, p. 200.
[517] J.-B. SEUBE, *op. cit.*, n° 147, p. 183 ; P. SIMLER, *La nullité partielle actes juridiques*, préc., n° 312, p. 381.
[518] Comp., G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, *op. cit.*, n° 132, p. 199, pour qui l'objet des clauses accessoires est : « prévoir des modalités de détail, ajouter de nouvelles obligations greffées sur les clauses principales » dans le but « d'améliorer les effets que les parties attendent du contrat auquel elles souscrivent » ; M. COTTET, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, *op. cit.*, n° n° 179 et s., qui souligne qu'une clause ne peut être accessoire à une obligation, mais elle peut être l'accessoire d'une autre. V. cependant, D. CHENU, th. préc., n° 266 et s., qui considère que le régime des clauses (clause compromissoire et clause attributive de juridiction) exclut de qualifier celles-ci d'accessoires.
[519] M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », *in Études dédiés à A. WEILL*, Litec 1983, p. 107 ; G. GOUBEAUX, th. préc., n° 19 et 20, qui montre que l'accessoire est « très souvent affecté au service du principal ». À propos de la relation d'accessoriété interne au contrat, l'auteur précise que « les clauses accessoires sont […] dépendantes parce qu' "ajoutées » aux clauses principales et affectées à leur service » (n°136, p. 205).
[520] M. COTTET, th. préc., n° 14, p. 10.
[521] G. GOUBEAUX, th. préc., n° 20, p. 37. *Adde*, C. JUILLET, th. préc., n° 278, p. 172.

procédures contractuelles et celle poursuivie par les clauses essentielles sans qu'il soit nécessaire de passer par la théorie de l'accessoire. La notion de contrat, « ensemble unique » réunissant les différentes clauses qui la composent sert à expliquer cette relation de dépendance[522].

146. - En réalité, plus que de simples « accessoires », les procédures contractuelles se situent au même rang et ont la même force obligatoire que les autres stipulations du contrat[523]. Elles peuvent même parfois être déterminantes de l'engagement d'une partie, ou mieux encore des deux parties, au contrat. Par exemple, dans le cadre d'une cession d'entreprise, le cédant peut subordonner le jeu de la clause de garantie de passif à l'observation par le cessionnaire d'une obligation de notification « de tout évènement susceptible de déclencher la garantie » afin « de permettre au débiteur de la garantie de faire valoir tous les éléments propres à éviter la condamnation de la société »[524]. Il pourrait ainsi être prévu dans la clause la procédure suivante :

« Le cessionnaire s'engage à informer le cédant de tout évènement susceptible d'entraîner l'application de la garantie de passif, cela dans le délai de [...] jours de sa survenance, par lettre recommandée avec accusé de réception. Le non-respect de cette obligation est sanctionnée par la déchéance de la garantie relativement au passif en cause »

La nature simplement procédurale d'une stipulation n'est pas un indicateur déterminant de son importance dans l'opération contractuelle. L'exemple précédant montre bien le rôle du mécanisme des procédures contractuelles dans la réalisation de l'opération voulue par les parties. Le jeu du dispositif conventionnel devient, dans ce cas précis, une condition d'application de la garantie de passif de sorte que le défaut de mise en œuvre a pour conséquence la privation du droit du bénéficiaire de l'invoquer. Dans cette perspective, la procédure contractuelle participe à la détermination du régime juridique applicable à la garantie de passif.

147. - Il en résulte que si les procédures contractuelles ne sont pas de simples dispositions « ornementales », elles sont « au service du contrat et des contractants »[525]. Constituant « un élément du cadre normatif que les parties ont donné à leur relation économique »[526], elles se trouvent immanquablement dans un lien de dépendance par rapport au contrat qui les contient. C'est donc moins la qualité d'accessoire que la dimension normative[527] qui paraît servir de

[522] G. GOUBEAUX, th. préc., n° 133, p. 201, au niveau interne au contrat, l'auteur affirme : « Ce qui s'offre immédiatement aux regards est un contrat. Il n'y a pas, a priori, de raison de dissocier ses éléments. C'est au sort du contrat que l'on s'intéresse et parler de cet ensemble est nécessairement maintenir unies les différentes clauses qui le composent » ; M. COTTET, th. préc., n° 202, p. 183-184.

[523] Rappr. G. GOUBEAUX, th. préc., n° 134, p. 202, qui considère que la clause accessoire fait partie du contrat, « elle participe de sa force obligatoire et on ne pourrait arguer de son caractère non déterminant pour se dispenser de l'exécuter ».

[524] V. en ce sens, W. DROSS, *Claussier*, *op. cit.*, spéc. p. 341.

[525] M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1re partie) », art. préc., spéc., p. 1056, l'auteur estime que les « clauses contractuelles sont au service du contrat dont l'une des particularités est d'être un instrument de gestion des risques » et ajoute que cette « fonction du contrat imprègne l'ensemble des clauses contractuelles qui le composent ».

[526] P. ANCEL, « Arbitrage et novation », Rev. arb. 2002, p. 3, spéc. n° 20, p. 26.

[527] V. en ce sens, P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, p. 771.

critère déterminant. Ce rapport de dépendance explique la disparition ou le rayonnement des procédures contractuelles avec les droits ou obligations qu'elles ont pour objet d'aménager.

2. La portée du lien de dépendance

148. - Les répercussions de la dépendance des procédures contractuelles par rapport au contrat principal se manifestent doublement. D'une part, parce qu'elles tendent à définir le régime applicable aux droits et obligations des parties, elles suivent en principe le sort de ceux-ci en cas d'anéantissement (**a**). D'autre part, puisqu'elles rentrent dans la consistance de ces droits et obligations en ce qu'elles déterminent leurs conditions juridiques, elles sont amenées à déployer leurs effets à l'égard des tiers prenant la position contractuelle de l'une des parties (**b**).

a. Le principe de la caducité des procédures contractuelles par l'effet de la disparition du contrat principal

149. - L'anéantissement des clauses instituant des processus avec le contrat dans lequel elles figurent est l'hypothèse la plus courante et la moins sujette à discussion. Le contrat constituant un tout, il est normal que sa disparation du fait de son annulation, résolution, résiliation voire caducité entraine avec elle celle de toutes ses composantes, y compris les clauses ayant un objet ou un effet procédural[528]. Cette règle de la disparition simultanée issue de la théorie de l'accessoire comporte un certain nombre d'exceptions liées justement aux spécificités des mécanismes étudiés sur lesquels on reviendra plus tard.

150. - Il a été rappelé que l'ensemble des clauses composant le contrat est réputé participer à la réalisation de l'opération contractuelle de sorte qu'existe entre les obligations nées de cet acte une présomption d'indivisibilité[529]. Par conséquent, la disparition du contrat emporte en principe avec elle l'ensemble de ses clauses[530]. Valable en droit commun des contrats en général, la solution a vocation à s'appliquer aux clauses prévoyant le respect d'une procédure contractuelle sous réserve des cas de séparabilité[531]. Il n'en saurait être autrement. Pourrait-on concevoir, par exemple, qu'un contractant puisse se prévaloir d'une clause de *hardship*, d'agrément, d'offre concurrente après l'anéantissement du contrat ? L'individualité de ces clauses n'est pas à cet égard suffisante pour justifier leur survie en cas d'anéantissement du contrat originel. À moins d'une stipulation expresse, ni la volonté présumée des parties, ni la spécificité de l'objet de ces stipulations ne peuvent servir de fondement utile à leur maintien en cas de disparition du contrat.

---

[528] Rappr. G. GOUBEAUX, th. préc., n° 133 et s. ; M. COTTET, th. préc., n° 202.
[529] V. en ce sens, J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *op. cit*., n° 482, p. 544.
[530] J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *op. cit*., n° 487, p. 548 pour qui « Le caractère rétroactif de l'anéantissement du contrat […] va dans le sens d'un principe de caducité de l'ensemble de ses clauses ». V. aussi, par ex. Cass. 1re civ., 6 mars 1996, Bull. civ., I, n° 118, p. 84 ; Defrénois, 1996, p. 1025, n° 107, obs. P. DELEBECQUE ; D. 1997, som., p. 97, obs. Y. SERRA ; *ibid*., p. 321, obs. J. PENNEAU, jugé qu'« une partie ne peut demander l'exécution d'aucune des stipulations d'un contrat mis à néant, s'agit-il de la clause de non-concurrence qui y était insérée ».
[531] V. *infra*, n° 157 et s.

En effet, lors de la formation du contrat, la rencontre de volontés des parties emporte à la fois consentement aux clauses substantielles et aux clauses procédurales[532]. De fait, ces dernières peuvent être affectées par la même cause de nullité que le contrat de fond[533] dès lors que le vice en cause est de telle nature qu'il ne peut épargner une stipulation de l'acte[534]. Tel est le cas lorsque l'anéantissement met en cause le contrat dans son ensemble en raison notamment d'un vice affectant sa formation[535]. Il en est ainsi lorsque la nullité du contrat résulte de sa conclusion par une personne notoirement incapable ou du défaut d'établissement d'un écrit exigé pour la validité de l'acte. Du reste, la disparation du contrat ne prive-t-il pas d'objet les procédures contractuelles qui y figurent ? En tant que stipulations complémentaires, les procédures contractuelles ne peuvent subsister si elles n'ont rien à compléter. Par conséquent, la disparition du contrat principal entraine leur caducité par suite de la perte de leur objet.

151. - Le même raisonnement paraît devoir s'appliquer en cas de novation qui est définie comme « l'extinction d'une obligation ancienne par la création d'une obligation nouvelle, destinée à la remplacer »[536]. En réalité, l'inefficacité d'une procédure contractuelle par l'effet de la novation dépend de la conception que l'on peut avoir de cette notion[537]. Si l'on considère que la novation n'affecte qu'une obligation du contrat sans affecter le cadre normatif[538], les procédures contractuelles ne participant pas à la configuration de l'obligation novée continueraient à déployer leurs effets dans les relations entre les parties. En revanche, si l'on considère que la novation (qu'elle soit subjective ou objective) affecte le contrat lui-même[539], il faudrait en conclure que les clauses non reprises dans le nouveau contrat y compris celles instituant une procédure contractuelle n'ont plus vocation à s'appliquer[540] sauf volonté contraire des parties. Quelle que soit la conception en cause, ce qui importe par rapport aux répercussions de la dépendance des procédures contractuelles est la question de savoir si les droits ou obligations emportés par la novation sont ceux que ces dispositifs

---

[532] V. A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTD civ. 1995, p. 573, spéc. n° 10, pour qui « le consentement est toujours un objet né de la volonté ». Si « le consentement est fils de la volonté », on peut en déduire que les mêmes volontés peuvent produire plusieurs consentements dans un même acte.

[533] C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *op. cit*., n° 77. *Adde*, P. MAYER, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », art. préc., spéc. n° 7 s., p. 363.

[534] P. FOUCHARD, « Les travaux de la CNUDCI : le règlement d'arbitrage », JDI 1979, p. 816, spéc. p. 837.

[535] V. en ce sens, P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc., spéc. n° 44 et s., M. COTTET, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, *op. cit*., n° 454 s.

[536] J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations,* t. 3*, Le rapport d'obligation*, 9e éd., Sirey 2015., n° 436, p. 428. V. aussi, C. civ., art. 1329.

[537] Sur cette question, v. not., J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ 2005, n° 859 ; J.-L. AUBERT et C. GOLDIE-GENICON, « Novation », Rép. Civ. Dalloz 2017, n° 44 et s. ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y-M. LAITHIER, *op. cit*., p. 773.

[538] V. par ex. G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *Les obligations,* t. 2*, Le régime*, 2e éd., Sirey, 1989, n° 410, p. 379 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Les obligations,* t. 3*. Régime général*, 6e éd., Litec 1999, n° 538, p. 224 : « si le nouvel objet est totalement différent de l'ancien […], on est davantage en présence d'une substitution de contrat que d'une novation » ; R. VATINET, « Le *mutuus dissensus* », RTD civ. 1987, p. 252, spéc. n° 12, p. 261 qui considère que « la novation a pour effet d'éteindre une obligation, en la remplaçant par une autre ; le reste du contrat subsiste, il ne sera pas nécessaire de le « renégocier » ni de le prouver ».

[539] V. D. CHOLET, « La novation de contrat », RTD civ. 2006, p. 467, qui analyse la novation de contrat comme une novation par changement de cause. *Contra*, J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, LGDJ 2005, n° 845, p. 884 et s.

[540] V. en ce sens, P. ANCEL, « Arbitrage et novation », Rev. arb. 2002, p. 3, spéc. n° 7 et s.

conventionnels visaient à aménager. Dans cette perspective, la novation d'une obligation régie par une clause procédurale entraîne la caducité de celle-ci. De même que la disparition du contrat tout entier entraîne en principe celle de toutes ses composantes, la « novation de contrat » ou la substitution de contrat emporte nécessairement celle des procédures contractuelles qui y figurent à moins d'une volonté contraire des parties[541].

152. - La raison d'être des procédures contractuelles étant constituée par le contrat auquel elles se rapportent, elles ont vocation à disparaître avec celui-ci. Toutefois, l'anéantissement n'est pas la seule conséquence de la dépendance de ces dispositifs par rapport au contrat source, leur transmission en tant que composantes de l'acte qu'ils configurent en est une autre.

b. Le rayonnement des procédures contractuelles par l'effet de la transmission des droits ou obligations nés du contrat

153. - En cas de modification entraînant la transmission du contrat tout entier ou un élément particulier né de cet acte à un tiers, les spécificités des procédures contractuelles les feraient-elles échapper à la transmission ?

La réponse à cette question paraît beaucoup plus aisée en présence d'une substitution de personne dans les liens du contrat. Une telle situation se présente à la suite du décès d'une personne physique, de l'absorption d'une personne morale par une autre, de cession de contrat… Dans la dernière hypothèse notamment, la solution retenue en droit commun est valable pour les clauses instituant des processus. Le cessionnaire prend la place du cédant et devient ainsi partie au contrat si bien que « les prérogatives et devoirs attachés à la qualité de partie au contrat » lui sont transmis à compter de la cession[542]. Ainsi, pèse désormais sur lui, l'obligation de respecter les procédures prévues au contrat. On peut y voir une manifestation de la dépendance de ces mécanismes par rapport au contrat dans lequel ils figurent sous réserve de la stipulation de leur caractère *intuitu personae*[543]. Les clauses procédurales étant une composante du contrat dont elles visent à déterminer le régime juridique applicable, il est normal qu'elles puissent être transmises avec le reste de ce contrat. La solution contraire consistant à retrancher une procédure contractuelle de l'acte originel en l'absence de cause d'inefficacité spécifique serait difficilement justifiable notamment du point de vue de la partie demeurée dans les liens du contrat[544].

---

[541] V. par ex. Cass. com., 3 juill. 2001, n° 98-16.691, Bull. civ. IV, n° 131, p. 13 ; D. 2001, act. jur., p. 2826, obs. E. CHEVRIER ; *ibid*. somm., p. 3245, obs. P. DELEBECQUE ; RTD com. 2002, p. 150, obs. B. BOULOC, jugé « qu'un mandat d'intérêt commun peut être révoqué, notamment suivant les clauses et conditions spécifiées au contrat, la cour d'appel, qui n'a pas relevé que l'avenant avait expressément annulé la clause de résiliation, a violé » les articles 1134 et 1273 du Code civil alors applicables. Autrement dit, dès lors que les modifications apportées à l'accord n'affectent pas la prérogative procéduralement organisée par les parties, celle-ci aura vocation à s'appliquer. *A contrario*, si les parties avaient écarté dans l'avenant la faculté de résiliation à tout moment, l'extinction de cette prérogative entrainerait nécessairement celle du processus conventionnel préalable.

[542] P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op*. *cit*., n° 520.

[543] V. par ex., CA Bastia, 16 nov. 2011, n° 10/00620, à propos d'une procédure d'agrément instituée dans un bail, la cour a jugé que la clause porteuse a un caractère nominatif de sorte qu'elle n'a pas être transmise au nouveau contrat en cas de renouvellement du bail.

[544] V. en ce sens, P. MAYER, « La "circulation" des conventions d'arbitrage », art. préc., spéc. n° 8, p. 254.

154. - En revanche, une nuance s'impose lorsque le transfert à un tiers ne concerne que l'un ou certains des éléments du contrat principal. Dans ce cas, le transfert résulte généralement de mécanismes comme la cession de créance, la subrogation… Il a été précédemment démontré que les procédures contractuelles constituent un élément du contrat parmi d'autres[545]. En cas de transfert d'un droit né d'un contrat par subrogation ou cession de créance, la question qui se pose est celle de savoir si le droit transmis a été configuré par une procédure contractuelle. Dans l'affirmative, la clause génératrice aura vocation à s'appliquer dans les rapports entre le subrogé ou le cessionnaire et le débiteur originel relativement au droit configuré par le mécanisme conventionnel. Telle est la solution retenue par la jurisprudence en matière de clause instituant une procédure de conciliation[546] ou d'arbitrage[547]. Elle est généralisable à toutes les procédures contractuelles dans la mesure où celles-ci n'ont de raison d'être qu'à travers leur objet, c'est-à-dire le droit transmis.

Le cessionnaire d'une créance née du contrat principal la recueille telle qu'elle. Les clauses définissant les modalités procédurales de cette créance ont vocation à produire effet dans la mesure où elle détermine son régime et vise à faciliter son exécution effective[548]. En effet, le cessionnaire et le subrogé tout tiers qu'ils sont au contrat créant des procédures ne font que demander, fût-ce de façon indirecte, l'exécution de ses engagements à la partie restée dans le lien contractuel (le débiteur) en réclamant à celle-ci la créance transmise. Or, on ne saurait admettre que « la consistance ou l'étendue des droits » et obligations du débiteur soient modifiées par des mécanismes tels que la subrogation ou la cession de créance qui ne requièrent pas nécessairement son consentement[549]. Parce qu'elles constituent des stipulations du contrat, les procédures contractuelles trouvent à s'appliquer dans les rapports entre débiteur originel et le cessionnaire ou créancier subrogé dès lors qu'est en cause un droit ou une obligation tels qu'ils ont été modifiés par les clauses de ce contrat. Le défaut de consentement tout comme l'absence de connaissance de la procédure contractuelle stipulée dans le contrat de base par le cessionnaire ou le créancier subrogé ne devrait pas leur permettre d'y échapper[550]. Ayant conscience qu'ils s'engagent dans une opération juridique à trois personnes, il leur appartient « de se renseigner quant au contenu du contrat » conclu par leur ayant cause avec le débiteur et sur lequel se fonde leur demande en exécution[551].

---

[545] V. *supra*, n° 117 et les références citées.

[546] Cass. 3e civ., 28 avr. 2011, n° 10-30.721, CCC 2011, comm. 152, obs. L. LEVENEUR ; Procédures 2011, comm. 21, obs. R. PERROT ; JCP G 2011, p. 1030, n° 8, obs. G. LOISEAU ; RDC 2011, p. 1191, obs. D. MAZEAUD ; *ibid*. 2012, p. 882, obs. C. PELLETIER.

[547] CA Paris, 20 avr. 1998, Rev. arb. 1988, p. 570 ; Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, Bull. civ. I, n° 1 ; Rev. arb. 2000, p. 85 (1re esp.), note D. COHEN ; RCDIP 1999, p. 536, note E. PATAUT ; Cass. 1re civ., 19 oct. 1999 ; Rev. arb. 2000, p. 85 (2e esp.), note D. COHEN ; Cass. 2e civ., 20 déc. 2001, SNC Le Quille c/ sté CEE Euro Isolation, Juris-data n° 2001-012284.

[548] Comp., C. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, *op. cit*., spéc. n° 44 et s., qui considère que ce type de clause n'est pas un accessoire de la créance, elle lui est assimilée.

[549] C. PELLETIER, obs. sous Cass. 3e civ., 28 avr. 2011, RDC 2012, p. 882, qui admet l'opposabilité d'une clause instituant une procédure de conciliation aux créanciers subrogés agissant sur le fondement contractuel en dépit du fait qu'ils n'en auraient pas eu personnellement connaissance.

[550] *Contra*, Cass. com., 21 nov. 2000, n° 97-16.874, Bull. civ. IV, n° 180 ; JCP G 2001, IV, 1110 ; Defrénois 2001, art. 37358, p. 635, qui refuse d'appliquer une clause instituant une procédure d'agrément au cessionnaire au motif qu'il n'est « pas partie au contrat dont elle est issue ».

[551] V. en ce sens, C. PELLETIER, obs. préc.

155. - Les clauses instituant des procédures et les clauses essentielles font partie du cadre unique constitué par le contrat qui les comporte. Les premières étant au service des secondes, il est normal que la disparition de celles-ci entraîne avec elle celles-là. Bien évidemment, l'anéantissement n'est pas toujours total. Mais lorsque c'est le cas, la disparition des procédures contractuelles s'explique par le fait qu'elles font partie du même ensemble contractuel amené à disparaître : l'anéantissement des éléments déterminants emporte tout le contrat[552]. De même, à partir du moment où les procédures contractuelles précisent les modalités des droits et obligations nés du contrat, il est normal qu'elles suivent le même sort que ceux-ci en cas de transmission ou de cession de contrat. Toutefois, l'affirmation de la dépendance de principe de ces mécanismes ne doit pas conduire à nier leurs spécificités. Elaborées pour le contrat, les clauses instituant des procédures n'en conservent pas moins une individualité propre selon le but recherché. La prise en compte de leur fonction implique de dissocier, dans certains cas, leur sort par rapport à celui du contrat porteur.

B. La séparabilité des procédures contractuelles par rapport au contrat principal

156. - Si les clauses procédurales précisent les modalités de détail des clauses essentielles, elles ne leur sont pas assimilées. Tout en étant au service de ces dernières, elles conservent leur individualité. Il est possible d'ailleurs de séparer matériellement les unes des autres. Les clauses instituant des procédures peuvent être stipulées dans un acte instrumentaire distinct du contrat auquel elles se rapportent. En pratique, les parties font généralement le choix d'une unité d'*instrumentum* entre les deux. Dans une telle hypothèse, on peut procéder à une individualisation intellectuelle[553] de ces mécanismes par rapport aux clauses définissant la fonction économique du contrat. Ainsi, par exemple, la clause de préférence[554], la procédure d'agrément, la procédure d'établissement du décompte général et définitif, la procédure de constat contradictoire d'état des lieux, les procédures contractuelles de résolution des litiges peuvent être matériellement et intellectuellement séparées du reste du contrat. L'explication est liée au fait que chacun de ces dispositifs constitue en soi une individualité « créatrice d'effets de droit »[555] visant autre chose que la réalisation de la fonction principale du contrat.

Pour autant, l'aptitude à l'individualisation des procédures contractuelles ne leur confère pas systématiquement la qualité de clauses autonomes au sein du contrat. Pour qu'il en soit ainsi, encore faut-il démontrer qu'elles sont de nature à produire des effets propres, « c'est-à-dire indépendamment du contrat auquel » elles appartiennent, « mais pas

---

[552] G. GOUBEAUX, th. préc., n° 133, p. 201 ; M. COTTET, th. préc., n° 202, p. 184.

[553] Rappr., P. SIMLER, th. préc., n° 8, p. 8 ; G. ARBANT-MICHEL, *op. cit.*, n° 111, p. 45, pour identifier une clause créatrice d'effet de droit, il faut au préalable caractériser « une individualité intellectuelle » ; D. CHENU, th. préc., n° 7, p. 11 ; N. GRAS, th. préc., n° 3, p. 8, qui précise toutefois que « l'individualité intellectuelle n'est pas synonyme de volonté mais renvoie davantage à une fonction, un rôle propre à la clause » ; M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clauses contractuelles (1re partie) », art. préc., spéc. p. 1053.

[554] Cass. 3e civ., 21 déc. 1988, n° 87-14.943 ; RTD civ. 1990, p.464, obs. J. MESTRE ; JCP 1989, II, 21324, note M. DAGOT, selon la Cour, bien que figurant dans un bail, le pacte de préférence constitue une convention distincte de celui-ci de sorte qu'en cas de renouvellement, il n'est pas systématiquement reconduit avec l'acte-source.

[555] G. ARBANT-MICHEL, *op.* et *loc. cit.*

seulement »[556]. Or, tel n'est pas le cas de toutes les clauses instituant des procédures dans les rapports contractuels. Hormis le cas de la clause compromissoire[557], de la clause de conciliation[558] et de la clause attributive de juridiction[559], l'autonomie juridique n'est pas reconnue à d'autres clauses. Il existe, certes, de nombreuses clauses indépendantes vis-à-vis de l'opération économique projetée en ce sens que la disparition de celle-ci par l'arrivée du terme, l'exécution de l'obligation, la résiliation, la résolution ou encore la caducité laisse subsister ces clauses[560]. Il reste que, dans une telle hypothèse, c'est la norme contractuelle qui continue de les régir[561], si bien qu'elles ne sont pas complètement autonomes du contrat qui les contient[562]. Hormis les clauses relatives aux litiges évoquées, la nullité du contrat emporte généralement avec elle toutes ses clauses en l'absence de leur caractère autonome. Il existe cependant des clauses instituant des procédures qui ne sont pas reconnues comme étant autonomes, mais qui ont vocation à s'appliquer en cas de nullité de l'acte-source. C'est la raison pour laquelle, on utilisera le terme de séparabilité pour exprimer le fait que si le sort des clauses procédurales « peut être dissocié du sort du contrat lorsque de bonnes raisons le commandent, il n'en est pas toujours ainsi »[563].

L'affirmation (**1**) et la détermination de l'étendue (**2**) de cette séparabilité appelle chacune quelques explications.

1. L'affirmation de la séparabilité des procédures contractuelles

157. - La notion de séparabilité est issue de la doctrine de *common law* qui emploie le terme de « s*everability* » ou de « *separability* » pour admettre l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal[564]. Elle renvoie plus à l'indépendance

[556] D. CHENU, th. préc., n° 17, p. 20, qui définit la clause autonome comme un « élément individualisé d'une convention produisant ses propres effets ». V. cependant, T. GENICON, th. préc., n°782, p. 560, l'auteur estime qu' « il ne semble pas possible de de trouver l'explication à la survie d'une clause dans son caractère juridique propre, dans sa constitution particulière : le "mini-contrat", le "contrat dans le contrat" n'est qu'une perpétuelle recherche théorique » ; M. COTTET, th. préc., n° 458, p. 402. *Contra*, D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie*, th. préc., spéc. n° 836 et s., qui considère que les clauses qui répondent à la défintion de contrat doivent être considérées comme des clauses autonomes.

[557] CPC, art. 1447 et 1506. Déjà sur cette question, v. not. P. FRANCESCAKIS, « Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire », Rev. arb. 1974, p. 67 ; J.-P. ANCEL, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », Travaux comité fr. DIP 1991-1993, Pédone 1994, p. 75.

[558] Cass. 2e civ., 6 juill. 2000, n°98-17.827 ; CCC 2001, n° 2, note L. LEVENEUR ; RTD civ., 2001, p. 359, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; D. 2001, p. 3088, obs. J. PENNEAU ; RDSS 2001, p. 523, obs. G. MÉMETEAU, application de la clause de conciliation en dépit de la nullité alléguée du contrat. La solution est valable également pour la clause de médiation.

[559] Cass. 1re civ., 8 juill. 2010, n° 07-17.788 ; D. 2010. 1869, obs. X. DELPECH ; *ibid*. 2323, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; RTD civ. 2010 p.780, obs. B. FAGES ; RDC 2011. 223, obs. J.-B. RACINE. Sur ce point, v. C. BLANCHIN, *L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ?*, préf. H. GAUDEMET-TALLON, Travaux et Recherches Panthéon-Assas Paris II, LGDJ 1995, spéc. p. 62 et s.

[560] Sur les clauses indépendantes du contrat, v. D. CHENU, th. préc., n° 61 et s. L'auteur montre que l'indépendance des clauses vis-à-vis de l'opération économique projetée est un critère insuffisant à caractériser leur autonomie (n° 304 et s.).

[561] V. déjà en ce sens, P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc., n° 44 et s.

[562] D. CHENU, th. préc., n° 77 et s.

[563] P. MAYER, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire», Rev. arb. 1998, p. 359.

[564] P. MAYER, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », art. préc., n° 3, qui montre que la clause compromissoire est intellectuellement distincte de la substance des droits et obligations, ce qui fonde sa séparabilité du reste du contrat, mais « il n'est pas possible de voir en elle un contrat autonome ». V. cependant, D. CHENU, th. préc., n° 236 et s. ; du même auteur, « L'autonomie de la clause compromissoire après le décret

fonctionnelle des clauses procédurales qu'à leur séparabilité matérielle. Cette notion est celle qui permet de traduire la réalité du lien entre une procédure contractuelle et le contrat principal[565]. Le terme d'autonomie, en usage en matière d'arbitrage[566], convient mieux à l'acception selon laquelle la clause compromissoire s'affranchit de toute loi étatique[567]. Le pouvoir réglementaire a lui-même préféré le terme « d'indépendance » [568] à celui « d'autonomie ». Dans tous les cas, la position du problème reste identique. Il s'agit de savoir si la clause instituant une procédure contractuelle est une stipulation du contrat de fond et doit, par conséquent, suivre le sort de celui-ci ou s'il faut admettre une séparabilité du sort des deux, de sorte qu'elle puisse être mise en œuvre en dépit de l'inefficacité prétendue ou avérée du contrat principal. La question est capitale car elle permet de déterminer si les procédures contractuelles ont une individualité propre qui leur permettra de survivre à l'anéantissement du contrat qui est à l'origine de leur création.

158. - Pour la résoudre, un auteur propose de « distinguer selon que la cause d'extinction affecte les obligations nées du contrat ou la force obligatoire »[569]. La distinction est retenue par la doctrine dominante. Ainsi, on estime que dans les cas d'extinction naturelle du contrat[570], par la réalisation de l'opération contractuelle, par l'arrivée du terme d'un contrat à exécution successive ou encore par l'exercice de la faculté de résiliation[571], il n'y a pas anéantissement total du contrat : certains de ses effets demeurent malgré sa disparition[572]. L'explication tient au fait que ces causes d'extinction n'affectent pas nécessairement la

---

du 13 janvier 2011 », LPA 21 avr. 2011, p. 3, spéc. n° 4, qui semble analyser la séparabilité juridique comme un trait caractéristique de l'autonomie.

[565]V. P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international,* Litec 1996, n° 389, p. 214 ; P. MAYER, art. préc.

[566] V. pour la reconnaissance du principe d'autonomie en matière d'arbitrage international, Cass. Civ., 7 mai 1963, Gosset, JCP 1963, II, 13405, note B. GOLDMAN ; RCDIP 1963, p. 615, note H. MOTULSKY ; D. 1963, p. 545, note J. ROBERT ; JDI 1964, p. 82, note J.-D. BREDIN ; en matière d'arbitrage interne, Cass. 2e civ., 4 avr. 2002, Rev. arb. 2003, p. 103, note P. DIDIER ; JCP G 2003, I, 105, n° 2, obs. C. SERAGLINI ; D. 2003, p. 1117, note L. DEGOS. Sur l'ensemble de la question, v. not. P. FRANCESCAKIS, « Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire », Rev. arb., 1974, p. 67 ; J.-P. ANCEL, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », trav. Com. Fr. DIP 1991-92, p. 75 ; P. SANDERS, « L'autonomie de la clause compromissoire », *Liber amicorum* F. EISEMANN, publ. CCI n° 321, 1978, p. 31 s.

[567] P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit*., n° 420 s., p. 234 s. ; C. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, *op. cit*., n° 584 et s., p. 537 et s.

[568] L'article 1447 alinéa 1 modifié par le décret du 13 janvier 2011 prévoit en effet que « la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte ».

[569] P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc., n° 45.

[570] C. HUGON, « Le sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat », JCP 1997, I, 3790, qui distingue entre les cas d'extinction naturelle qui laisseraient survivre certaines clauses (tels la réalisation de l'opération contractuelle, l'arrivée du terme d'un contrat à exécution successive ou sa résiliation en vertu d'un droit discrétionnaire) et les cas d'extinction pathologique qui impliqueraient l'anéantissement de l'acte tout entier (tels l'annulation, la caducité, la résolution et la résiliation lorsque celle-ci est utilisée pour désigner la résolution dépourvue d'effet rétroactif). *Adde*, M. COTTET, th. préc., n° 448.

[571] Que l'on distingue de la résolution, avec ou sans effet rétroactif, pour désigner la sanction de l'inexécution du contrat, v. C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, préf. J. GHESTIN, avant-propos D. MAZEAUD, LGDJ 2002, spéc. n° 88 et s., p. 88 et s. ; C. RIGALLE-DUMETZ, th. préc., n° 393 et s., p. 235 et s., et les références citées (note 1255), dans cette perspective, la résiliation doit être comprise comme un mécanisme permettant « de sortir d'une relation contractuelle à durée indéterminée ».

[572] V. not. D. CHENU, th. préc., n° 65 et s. et les références citées ; C. HUGON, « Le sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat », JCP 1997, I, 3790, spéc. n° 7 ; H. BARBIER, « La liberté contractuelle d'aménager les effets de l'extinction du contrat », D. 2018, p. 1185, n° 2.

disparition simultanée de tous les effets produits par le contrat[573]. De sorte que les clauses destinées à produire effet après[574] ou au moment de l'anéantissement du contrat auront vocation à s'appliquer[575].

Quant à l'hypothèse de la disparition du contrat résultant d'une cause pathologique, la doctrine et la jurisprudence admettaient déjà le confinement de l'effet rétroactif de l'anéantissement avec « des explications parfois hésitantes »[576]. Le raisonnement suivi est fonction de l'effet produit dans le temps par la rupture[577]. Pour dire les choses autrement, c'est le caractère rétroactif ou non qui permet de déterminer l'étendue de l'extinction. En cas d'anéantissement rétroactif (par annulation ou résolution), l'ensemble de l'acte se trouve privé d'efficacité juridique aussi bien pour le passé que pour l'avenir. Mais lorsque l'extinction résulte d'une résiliation (pour inexécution)[578], celle-ci ne remet pas en cause l'existence du contrat, elle laisse subsister un « socle pour l'application d'une clause contractuelle »[579]. Toutefois, cette opinion tendant à limiter la survie de certaines clauses à l'anéantissement du contrat au seul cas de sa résiliation n'est pas unanimement partagée. On admet que la résolution n'affecte que certains effets sans remettre en cause la norme contractuelle, c'est-à-dire que « toutes les clauses du contrat autres que celles qui sont directement relatives aux droits et obligations effacés continuent de s'appliquer »[580]. Un auteur remarque que l'effet rétroactif, du moins lorsque la résolution a un tel effet[581], « ne consiste jamais à nier

[573] P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc., n° 45, qui considère que le retrait de la norme contractuelle en cas de résiliation ne joue que pour l'avenir. *Adde*, C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, *op. cit.* , n° 404 ; D. CHENU, th. préc., n° 75.

[574] V. P. STOFFEL-MUNCK, « L'après-contrat », RDC 2004, p. 177 ; M.-E. ANDRÉ, M.-P. DUMONT et P. GRIGNON, *L'après contrat,* éd. Francis Lefebvre 2005, n° 170 s., p. 170 ; J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle, op. cit*., n° 1094 et s ; J. MESTRE et *alii*, *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, PUAM, 1997.

[575] V. par ex. Cass. com., 10 juill. 2012, n° 11-20.060 ; D. 2012, p. 1958 ; RTD civ. 2012, p. 726, obs. B. FAGES ; LEDC, 4 sept. 2012, n° 8, p. 6, obs. G. PILLET, qui admet l'efficacité juridique d'une clause instituant une procédure de résiliation anticipée du contrat.

[576] Y.-M. SERINET, « L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français. Rapport français », *in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), Bruylant-LGDJ, 2002, p. 589 et s., spéc. n° 90 et s., p. 644 et s.

[577] Sur cette question, v. C. RIGALLE-DUMETZ, th. préc., n° 389 et s., p. 233 et s., et les références citées. V. aussi, B. SAVELLI, *L'exercice illicite d'une activité professionnelle. Étude des sanctions de droit privé*, préf. J. MESTRE, PUAM 1995, n° 112 qui estime qu'il est « inutile de raisonner sur les effets dans le temps que produit la rupture ».

[578] Encore que dans cette hypothèse, convient-il de parler de « résolution » pour inexécution, le législateur ayant fait le choix de privilégier cette notion. La différence entre résolution et résiliation est fonction des effets dans le temps de l'anéantissement du contrat pour inexécution, v. T. GENICON, « "Résolution" et "résiliation" dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », JCP G 2015, 960.

[579] D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. MUIR WATT, PUAM 2001, spéc. n° 1415, p. 1016.

[580] P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat», art. préc., n° 47. *Adde*, C. RIGALLE-DUMETZ, th. préc., n° 311 et s. et n° 355 et s. ; D. CHENU, th. préc., n° 89 et s. ; A ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « Menace sur les clauses ayant vocation à survivre à la résolution du contrat », D. 2012, p. 1719, spéc. n° 13 ; L. BERNHEIM-VANDECASTEELE, « Survie de certaines clauses en cas de résolution du contrat pour inexécution : Brèves réflexions à la lumière de la jurisprudence récente », LPA 2013, p. 6. V. aussi, F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 823, p. 885 : contrairement à la nullité, « la résolution anéantit un contrat valablement conclu. Il n'y a donc pas de raison de faire obstacle à l'application des clauses légalement formées régissant les conséquences de la fin du contrat ».

[581] La rétroactivité du mécanisme n'est pas systématique, v. C. civ., art. 1229.

l'existence juridique du contrat, mais consiste simplement à détruire ses effets passés »[582] de sorte qu'existe une « base contractuelle » qui expliquerait le maintien de certaines clauses du contrat en dépit de son anéantissement[583]. La rétroactivité de la résolution n'est donc pas un argument décisif au refus du maintien de certaines clauses. Après avoir reconnu, dans certains cas, le maintien du bénéfice de certaines clauses en dépit de la disparition du contrat[584], le législateur a fini par admettre une règle de gradation des effets de la résolution dans le temps[585].

159. - Les hypothèses précédentes semblent *a priori* se différencier de celle du contrat nul, réputé n'avoir jamais existé[586] et donc privé d'effets *ab initio*. Cependant, il a été démontré que les effets produits par la nullité sont moins radicaux qu'ils n'y paraissent[587]. La relativité des effets de la nullité résulte de l'évolution qu'a connue cette notion : analysée classiquement comme une qualité de l'acte, la nullité est davantage conçue aujourd'hui comme une sanction du non-respect d'une norme légale[588]. À cet égard, il a paru opportun d'adapter ses effets à la gravité de la violation en cause[589]. Dans cette optique, la sanction de la nullité partielle ou, plus généralement, de « différents procédés qui ont en commun d'assurer la suppression de l'illicéité sans faire tomber l'entier contrat »[590] ont été proposés. Ainsi, le contrat atteint de nullité serait expurgé des seules clauses illicites[591]. Inversement, lorsque le vice atteint les éléments essentiels du contrat lui-même, il est admis que les conséquences de l'annulation ne s'étendent pas nécessairement à l'ensemble de ses stipulations, « elle laisse subsister certaines

---

[582] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, th. préc., n° 766, p. 550. Comp., C. RIGALLE-DUMETZ, th. préc., n° 548 et s., qui considère que la rétroactivité n'est pas un effet de la résolution, mais un effet du jugement qui la prononce.

[583] V. Cass. com., 7 févr. 2018, n° 16-20.352, D. 2018, p. 537, note D. MAZEAUD ; AJ Contrat 2018. 130, obs. L.-M. AUGAGNEUR ; RTD civ. 2018, obs. H. BARBIER ; RTD com. 2018. 184, obs. B. BOULOC ; Gaz. Pal. 2018, n° 15, p. 26, obs. M. MEKKI, qui affirme qu'en cas de résolution d'un contrat pour inexécution, les clauses limitatives de réparation des conséquences de cette inexécution demeurent applicables.

[584] V. par ex., C. civ. art. 1590, les arrhes versées au moment de la conclusion du contrat demeurent acquises au vendeur.

[585] C. civ., art. 1230, nouv.

[586] V. par ex. Cass. 1re civ., 15 mai 2001, Bull. civ. I, n° 133 ; RTD civ. 2001, p. 699, obs. N. MOLFESSIS : « Vu le principe selon lequel ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé ».

[587] V. par ex. A. PIÉDELIÈVRE, « Quelques réflexions sur la maxime "*Quod nullum est, nullum producit effectum*" », *in* Mélanges P. VOIRIN, LGDJ 1966, p. 638.

[588] V. en ce sens, A. POUSSON, « Les effets produits par un contrat atteint d'une nullité », RRJ 1996-3, p. 697, qui estime que l'évolution de la conception de la nullité a une incidence sur la mission du juge ; le rôle de celui-ci « ne se résume plus, comme dans la théorie classique, à constater une nullité contemporaine de la formation de l'acte, mais au contraire, à prononcer cette sanction qu'est la nullité pour non-respect de la formation de l'acte par le législateur ». Pour une analyse de la doctrine classique et posant les bases de cette théorie moderne de la nullité v. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, thèse, Dijon 1909, réed. La mémoire du droit, coll. de la Faculté Jean Monnet, 2017.

[589] J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 2, *L'objet et la cause – Les nullités, op. cit*., spéc. n° 2060 et s., p. 763 et s., A. PIÉDELIÈVRE, art. préc., p. 639.

[590] J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 2, *L'objet et la cause – Les nullités, op. cit*., spéc. n° 2061, p. 763.

[591] V. C. civ. art. 1184, nouv. Déjà sur cette question, v. P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, préf. A. WEILL, LGDJ, 1969 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. J. GHESTIN, 1992, spéc. n° 490 et s. ; O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, préf. P. ANCEL, PUAM 1999 ; S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. LEQUETTE, Économica 2006 ; B. TEYSSIÉ, « Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat », D. 1976, chron. 281 ; V. COTTEREAU, « La clause réputée non écrite », D. 1993, chron., p. 59.

clauses entre les parties, ou certains effets à l'égard des tiers »[592]. Ainsi, la nullité partielle atteindrait les clauses essentielles du contrat tout en laissant survivre certaines clauses accessoires[593]. Mais le droit positif n'est pas toujours en ce sens. Le maintien des clauses contractuelles à la nullité du contrat-source est justifié par le fait qu'elles ont acquis une autonomie suffisante pour former des contrats distincts de celui qui les porte[594].

160. - Appliquées aux clauses instituant des processus, ces tentatives de limitation des effets de l'anéantissement du contrat pourraient servir de base à la reconnaissance d'une séparabilité de ces mécanismes par rapport au reste de l'acte qui les contient. Les spécificités des procédures contractuelles tendent à corroborer cette affirmation. L'enjeu d'une telle approche est d'importance majeure puisqu'elle permet de mesurer l'étendue de la séparabilité des clauses procédurales à la disparition de leur support juridique ou inversement.

2. La détermination de l'étendue de la séparabilité des procédures contractuelles

161. - En théorie, les clauses procédurales, en tant que dispositions accessoires, peuvent être éliminées du contrat où elles sont incluses sans provoquer la disparition de celui-ci, du moins sur un plan purement objectif[595]. Inversement, l'anéantissement des clauses définissant la fonction économique n'entraine pas nécessairement l'extinction des procédures prévues au contrat. Dans cette dernière hypothèse, la question se pose de savoir quel est le critère qui permet de mesurer l'étendue de l'anéantissement du contrat et conséquemment de la survie de clauses instituant des procédures. À cet égard, la doctrine a proposé plusieurs critères[596] (causes d'extinction, exigence de cohérence, volonté des parties, objet ou fonction des clauses[597], leur caractère autonome) qui ne sont pas toujours suffisants[598]. Il faudra donc procéder à une combinaison de critères pour déterminer la portée de la disparition du contrat. Aussi, convient-il d'appréhender la séparabilité de ces mécanismes suivant que l'inefficacité affecte un contrat valablement formé (**a**) ou concerne un vice contemporain à la formation de l'acte (**b**).

---

[592] J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Les conséquences de l'annulation d'un contrat », JCP G 1989. I. 3397, spéc. n° 10 ; A. POUSSON, art. préc., p. 698, qui évoque à cet égard de « nullité totale à effets limités ».

[593] M. COTTET, th. préc., n° 465.

[594] Sur les clauses autonomes, v. D. CHENU, th. préc., n° 227 et s., p. 201 et s. Comp. D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie*, th. préc., spéc. n° 834, qui considère que les clauses qui survivent à l'anéantissement de la norme contractuelle (par suite de sa nullité) devraient « être considérées comme des contrats à part entière, séparables du reste du contrat ».

[595] G. GOUBEAUX, th. préc., n° 134, p. 202, si l'auteur considère qu'il est difficile de justifier techniquement la survie des clauses principales à la disparition des clauses accessoires « voulues et intégrées au contrat », il considère tout de même qu'il est « conforme au "bon sens" que la nullité d'une clause accessoire ne rejaillisse pas sur le sort des clauses principales, en elles-mêmes valables, et dont les parties se seraient contentées si elles avaient songé à l'obstacle auquel devait se heurter la clause accessoire ».

[596] Sur les critères traditionnels de l'étendue de la disparition du contrat, v. not., M. COTTET, th. préc., n° 448 et s. et les références citées. V. aussi, D. CHENU, th. préc., n° 60 et s.

[597] Sur ces critères, v. C. RIGALLE-DUMETZ, *op. cit.*, n° 354, p. 214.

[598] Sur l'insuffisance de tout critère pour déterminer l'indépendance des clauses en cas de résolution, v. T. GENICON, th. préc., n° 771 et s., p. 552 et s. V. aussi, M. COTTET, th. préc., n° 458, p. 402, et les références citées, sur la difficulté inhérente au critère tiré de l'autonomie des clauses.

a. La portée de la séparabilité en cas d'anéantissement du contrat valable

162. - L'anéantissement du contrat valable résulte de sa résiliation, résolution ou de sa caducité. Dans ce cas, la question de la séparabilité implique de déterminer si les procédures contractuelles subissent un sort identique au reste du contrat anéanti.

163. - En plus de la distinction retenue selon la cause d'extinction envisagée, il a été proposé de tenir compte de l'objet de la clause pour déterminer sa vocation à survivre à l'anéantissement du contrat. Selon ce critère, seraient maintenues les clauses ayant pour objet d'organiser l'extinction du contrat ou les conséquences de celle-ci[599]. La proposition a reçu un accueil favorable en jurisprudence[600]. En dépit de son intérêt, ce critère ne peut être systématiquement retenu. Si le fait que la clause porte sur l'avenir du contrat est nécessaire, « il n'est pas suffisant à son maintien »[601]. Autrement, toutes les clauses seraient susceptibles d'être considérées comme telles « pourvu que les parties aient pris soin de le préciser » en prévoyant notamment dans l'acte que la stipulation en cause prend effet à la fin du contrat « pour quelque cause que ce soit »[602]. On voit bien que l'application du critère tiré de l'objet pourrait conduire finalement au maintien de tout type de clause en vertu notamment de la liberté contractuelle. Or, la toute-puissance de la volonté des parties n'est pas sans borne. Dans le cas présent, elle se trouve limitée par l'interdiction du cumul de l'anéantissement et de l'exécution du contrat[603]. En conséquence, dès lors que l'on considère que l'anéantissement de l'acte conduit au « retrait effectif de l'opération économique » voulue par les parties, la résolution du contrat[604] de même que sa résiliation ou sa caducité excluent la mise en œuvre de clauses qui, sous couvert de leur objet post-contractuel, tendent en réalité à faire exécuter le contrat éteint.

Derrière la recherche de l'objet d'une clause ou de sa participation au « processus d'exécution de l'opération économique portée par le contrat »[605], se profile celle de sa fonction pour justifier sa survie à l'anéantissement de l'acte[606]. C'est pour cette raison

---

[599] V. par ex. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, Les obligations, op. cit*., n° 823, p. 886 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil*, *Les effets du contrat, op. cit*., n° 493, p. 553 ; C. PAULIN, *La clause résolutoire, op. cit*., spéc., n° 98, p. 107 et n° 104, p. 112-113 ; C. CHABAS, « Résolution-résiliation », Rép. civ. Dalloz oct. 2010, spéc. n° 255, p. 31.

[600] V. par ex. Ch. mixte, 23 nov. 1990, Bull. Ch. Mixte, n° 2 et n°3 ; GAJC, t. II, 12e éd. 2008, n° 289, p. 813 et s. ; D. 1991, p. 121, note C. LARROUMET ; JCP 1991. II. 21642, note D. LEGEAIS ; RTD civ. 1991, p. 360, obs. P. RÉMY ; GP 1991. 1. 380, concl. M. DONTENWILLE et 1992. 2. 568, note E.-M. BEY ; Defrénois 1991, art. 35102, note J. CARBONNIER : énonçant, au sujet d'un contrat de crédit-bail, que « la résolution du contrat de vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail, sous réserve de l'application des clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation ».

[601] V. en ce sens, D. HOUTCIEFF, th. préc., n° 1389, p. 997. *Adde*, T. GENICON, th. préc., n° 772, p. 552.

[602] T. GENICON, th. préc., n° 777, p. 557.

[603] Pour le principe de non-cumul de la résolution avec l'exécution, v. P. MALAURIE, note sous Cass. com., 4 juill. 1972, D. 1972, p. 732 ; J. MESTRE, obs. sous Cass. 1re civ., 29 nov. 1989, RTD civ. 1990, p. 473 ; Y. SERRA, obs. sous Cass. 1re civ., 6 mars 1996, D. 1997, som., p. 97 ; D. HOUTCIEFF, th. préc., n° 1377 et s., p. 991 et s. ; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, *op. cit*., n° 244 et s., p. 148-149 ; T. GENICON, th. préc., n° 768, p. 551 et n° 780, p. 559.

[604] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution,* th. préc., n° 768, p. 551.

[605] T. GENICON, th. préc., n° 774, p. 555.

[606] V. en ce sens, D. CHENU, *Les clauses contractuelles autonomes*, *op. cit*., n° 82, p. 66 : « qu'ils invoquent l'objet de la clause ou son "autonomie" les auteurs se focalisent sur la fonction de la clause, pour justifier de leur

notamment qu'un auteur propose de retenir la fonction de la clause comme le critère à retenir étant entendu que l'anéantissement du contrat par suite de sa résiliation, résolution ou caducité remet en cause que la réalisation de l'opération économique souhaitée[607]. Partant, la séparabilité du sort d'une clause par rapport au reste du contrat paraît devoir être subordonnée à deux conditions cumulatives. D'abord, la clause invoquée doit poursuivre une fonction distincte de celle de l'opération économique initiale voulue par les contractants. Tel est le cas de clauses « qui, du fait de leur finalité particulière ne […] participent pas directement à la réalisation de l'opération économique ou sociale mise en place par le contrat »[608]. Cela implique nécessairement qu'elles ne participent pas à l'exécution du contrat éteint[609]. Ensuite, la clause dont le maintien est requis par une partie doit avoir un « rôle intrinsèque » justifiant sa mise en œuvre en cas d'anéantissement du contrat-source. Plus précisément, c'est l'actualité de la finalité d'une clause, c'est-à-dire son utilité au moment de son invocation, qui implique sa survie en cas d'anéantissement du contrat. Lorsque la clause a une fonction qui persiste malgré l'extinction du contrat porteur[610], elle doit pouvoir être mise en œuvre[611]. Dans le cas contraire, elle sera considérée comme caduque puisque dépourvue d'utilité du fait de la disparition du contrat. Néanmoins, ce critère n'est pas infaillible. La clause d'agrément, par exemple, ne vise pas à définir la fonction économique du contrat qui la porte[612], elle peut avoir une utilité à la résolution. Toutefois, son application doit être écartée dans la mesure où elle postule la validité de l'engagement contractuel (objet du transfert) qui est pourtant détruit par l'effet de la résolution.

164. - La notion de cohérence a également été proposée par une partie de la doctrine comme critère permettant la survie de clauses à la résolution du contrat[613]. La résolution visant la destruction de l'opération économique, l'application de toute clause entrant en contradiction avec cet objectif doit être refusée[614]. C'est en ce sens que la jurisprudence se prononce à propos, par exemple, de la clause d'indexation[615]. La solution vaut également pour les clauses instituant une procédure de renégociation, des clauses d'alignement ou encore celles relatives

---

maintien » ; M. COTTET, th. préc., n° 462 et s. *Adde*, B. ATTIAS, *La survie du contrat*, th.Université Paris-Sud 2015, n° 367, qui parle « d'utilité » de la clause justifiant sa survie à la disparition du contrat.

[607] M. COTTET, th. préc., n° 459 s., p. 402 s., qui estime qu'il faut rechercher d'abord quels sont les éléments directement atteints par l'anéantissement de l'acte avant de se focaliser sur la fonction des éléments non atteints afin d'apprécier leur sort.

[608] C. HUGON, « Le sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat », art. préc., spéc. n° 24, p. 424.

[609] V. en ce sens, T. GENICON, th. préc., n° 774, p. 555. V. aussi, D. HOUTCIEFF, th. préc., n° 1390 et s., l'auteur considère que l'exigence de cohérence implique qu'un contrat ne puisse pas être à la fois anéanti et faire l'objet d'une exécution. *Adde*, M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2e partie) : l'efficacité des clauses contractuelles », art. préc., p. 248-249.

[610] L'article 1230 du Code civil doit être interprété en ce sens.

[611] M. COTTET, th. préc., n° 462, p. 405.

[612] V. par ex., D. PORACCHIA, « Les clauses d'agrément dans les sociétés par actions – Questions contemporaines », *in* Mélanges M. GERMAIN, LGDJ/Lextenso éditions 2015, p. 679, spéc. p. 679, qui affirme que la procédure d'agrément permet « en principe de contrôler la géographie du capital à l'occasion d'un transfert d'actions ou de parts, et de ne pas accepter comme associé une personne avec laquelle on ne veut pas partager cette aventure commune qu'est en principe la société ».

[613] Sur ce point, v. not., D. HOUTCIEFF, th. préc., n° 1375 et s., p. 990 et s. *Adde*, M.-E. PANCRAZI, « Les clauses de rétroactivité », RTD civ. 2011, p. 469, spéc. n° 19 : l'impératif de cohérence s'oppose « au jeu d'une clause qui, par une organisation artificielle de la résolution, aboutirait en fait à concéder à une partie tout à la fois les avantages de cette mesure, et ceux attendus de la complète exécution du contrat ».

[614] T. GENICON, th. préc., n° 787, p. 563.

[615] Cass. 3e civ., 15 mai 1974, Bull. civ. III, n° 195.

à la fixation unilatérale du prix dans la mesure où elles concernent le « rapport économique contractuel »[616]. Cependant, comme il a été démontré précédemment, la résolution n'entraîne pas l'anéantissement de la norme contractuelle, mais celui de certains de ses effets si bien que « le principe de non-cumul perd une bonne partie de son utilité »[617]. Il demeure néanmoins utile compte tenu notamment de sa vertu explicative. En outre, il ne faut pas oublier que, pris isolément, les autres critères ne suffisent pas toujours à justifier la survie des clauses en cas de disparition du contrat.

Pour résoudre la difficulté, on peut procéder à une combinaison de critères[618]. Dans un premier temps, il faut déterminer l'objet du mécanisme extinctif afin d'identifier les éléments atteints par l'anéantissement du contrat. Dans un second temps, il faut s'intéresser à la fonction des clauses non touchées par la cause d'anéantissement. Enfin, il faut s'assurer que l'application des clauses subsistantes n'entre pas en contradiction avec les fins de la règle méconnue ou du mécanisme extinctif. Par exemple, le maintien de clauses contractuelles ne doit pas empêcher la résolution du contrat de produire son effet[619]. En d'autres termes, elles ne doivent pas participer à la réalisation de l'opération économique visée par la résolution[620]. On peut procéder de la même manière s'agissant de la détermination de l'étendue de la séparabilité des clauses instituant des procédures. Dès lors, si elles sont individualisables en raison de leur finalité, la persistance de celle-ci doit être établie en cas d'anéantissement du contrat originel. Tel est généralement le cas des procédures contractuelles relatives au règlement des litiges[621], des clauses de priorité prenant effet à la fin du contrat[622] ou encore de celles relatives à l'établissement du décompte définitif[623], au constat contradictoire d'état des lieux entre les parties à la fin du contrat[624]. Leur fonction demeure même en cas de résolution du contrat laquelle ne concerne que l'opération économique projetée. De plus, les clauses évoquées ne visent pas la réalisation effective de cette opération. Dès lors que leur mise en œuvre n'entre pas en contradiction avec l'effet résolutoire, elles ont vocation à s'appliquer en cas de résolution. La solution vaut *a fortiori* pour les clauses aménageant une procédure de rupture du contrat d'autant que le fait générateur de leur application (inexécution, exercice de

---

[616] J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 1181, p. 378.
[617] D. CHENU, th. préc., n° 82, p. 67.
[618] M. COTTET, th. préc., n° 459 et s., qui propose une combinaison du critère tiré de la cause d'extinction du contrat avec celui relatif à la fonction des clauses qui ne sont pas touchées par cette cause d'extinction.
[619] V. C. RIGALLE-DUMETZ, th. préc., n° 360 et s., la règle de la résolution est en conflit téléologique avec celle de l'exécution « parce que la finalité de chacune empêche l'autre de produire son effet ».
[620] T. GENICON, th. préc., n° 774, p. 555.
[621] V. par ex., T. CLAY, « "Les contrats gigognes" », D. 2006, p. 697, spéc. n° 1, qui souligne que les clauses relatives aux litiges, bien que figurant dans un même *instrumentum* que le contrat principal, sont en réalité autonomes de « véritables contrats dans le contrat » ; C. BOILLOT, « Le régime des clauses relatives aux litiges », art. préc., n° 13 et s.
[622] Pour un ex. de clause, v. M.-E. ANDRÉ, M.-P. DUMONT et P. GRIGNON, *L'après contrat, op. cit.*, n° 295, p. 246.
[623] Cass. 3e civ., 6 sept. 2011, n° 10-24.647, l'arrêt ayant refusé de donner effet au processus conventionnel sous prétexte de la résiliation du contrat est cassé au motif « qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si les clauses dont il était demandé l'application régissaient les conséquences de la fin du contrat en organisant les modalités de contestation du décompte, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision de ce chef ».
[624] Sur un ex. de clause, v. *infra*, n° 241 et 278.

la faculté de résiliation) est « logiquement antérieur à l'extinction du contrat, puisqu'il la justifie »[625].

165. - La finalité de ces procédures contractuelles conduit à reconnaître leur séparabilité par rapport au contrat porteur en cas d'anéantissement de celui-ci, dès lors qu'elles ne tendent pas indirectement à la réalisation de l'opération économique voulue et qu'elles conservent une utilité « pour la mise en œuvre autant que pour les suites de la rupture du contrat »[626]. À l'argument tiré de la spécificité de ces mécanismes, s'ajoute celui de la référence à la volonté des parties au contrat générateur. En effet, l'anéantissement du contrat par caducité, résiliation ou résolution ne vise pas à remettre en cause l'acte dans son existence même. Il ne s'agit pas de faire comme si le contrat n'avait pas existé juridiquement[627]. Or, en vertu de la liberté qui leur est reconnue, rien ne paraît interdire aux parties d'organiser *a priori* par voie conventionnelle les modalités procédurales afférentes aux obligations post-contractuelles[628] ou d'instituer *a fortiori* des procédures aménageant l'extinction du contrat[629]. Toutefois, la référence à la volonté des parties est d'un faible secours lorsque la cause d'extinction du contrat résulte d'un vice affectant sa formation.

b. La portée de la séparabilité en cas de vice affectant la formation du contrat

166. - La portée de la séparabilité des procédures contractuelles par rapport au reste du contrat est délicate en cas d'annulation du contrat. En effet, il est admis classiquement que la nullité remet en cause l'existence de la norme contractuelle elle-même de sorte que celle-ci, censée n'avoir jamais existé, ne produit aucun effet. Toutefois, la perspective change lorsque la nullité est envisagée non pas comme « un état de l'acte, mais plus simplement comme une sanction des règles impératives qui régissent la formation du contrat »[630]. Dans cette optique, l'annulation du contrat doit être limitée à ce qui est strictement nécessaire à l'éradication des conséquences de l'acte qui contrarient le but de la norme transgressée[631]. Si l'on s'en tient à

[625] A ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, art. préc., spéc. n° 12.
[626] G. CHANTEPIE, « Contrat : effets », Rép. civ. Dalloz 2018, n° 282.
[627] V. en ce sens, T. GENICON, th. préc., n° 766, p. 550.
[628] Les parties peuvent ainsi prévoir des clauses dites d'avenir, c'est-à-dire celles qui « envisagent le sort des relations contractuelles au terme initialement prévu ou en cas de rupture anticipée du lien » : J. MESTRE, « Les clauses d'avenir », *in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence (17-18 mai 1990), PUAM 1990, p. 161.
[629] En ce sens, v. M.-E. PANCRAZI, « Les clauses de rétroactivité », art. préc., spéc. n° 9, qui considère comme jouissant d'une validité de principe, les clauses précisant le mode opératoire d'une condition ou celles visant à accompagner le jeu d'une résolution encourue pour cause d'inexécution. Comp. A ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, art. préc., spéc. n° 9, qui affirme que la neutralisation des clauses relatives à l'inexécution, à la rupture du contrat ou à la période post-contractuelle « par la résolution incitera les créanciers insatisfaits à des choix stratégiques totalement inédits. Il suffira par exemple de demander la résolution pour tourner une clause limitative de responsabilité et obtenir la complète indemnisation de son préjudice. À l'inverse, le créancier sera dissuadé de se défaire du contrat afin de ne pas perdre le bénéfice d'une clause pénale ou d'une clause de non-concurrence ».
[630] J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat,* t. 2*, L'objet et la cause – Les nullités, op. cit*., n° 2571, p. 1243.
[631] R. JAPIOT, th. préc., p. 13, qui définit la nullité comme « une sanction qui doit s'adapter au but de la règle dont elle tend à assurer l'observation et au milieu où pratiquement elle intervient » ; O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, préf. P. ANCEL, PUAM, 1999, spéc. n° 91, 311 et 520.

cette conception moderne de la nullité[632], il ne devrait pas y avoir d'obstacle décisif à la reconnaissance de la séparabilité des clauses instituant des processus par rapport au contrat qui les contient. Ainsi, lorsque la violation d'une disposition impérative résulte du contenu d'une procédure prévue au contrat, par exemple lorsque la clause impose au consommateur la conciliation comme mode exclusif de résolution des litiges, l'adaptation de la nullité à son but conduit simplement à expurger l'acte de cette stipulation illicite. À l'inverse, lorsque le contrat principal est lui-même porteur du vice, la déclaration de sa nullité devrait rester sans effet sur la clause prévoyant par exemple une procédure de renégociation entre les parties dans la perspective de la conclusion d'un nouvel accord en vue justement de réparer l'illégalité affectant l'acte.

167. - Aussi séduisantes qu'elles puissent paraître, ces idées modernes ne correspondent pas tout à fait au droit positif. La séparabilité d'une clause par rapport au reste du contrat en cas d'annulation de celui-ci est justifiée par les caractères propres de la stipulation en cause. Une clause est considérée comme survivant à l'annulation de l'acte lorsqu'elle a une autonomie suffisante qui conduit à y voir un contrat distinct de celui dans lequel elle est incluse. Cependant, la doctrine ne s'accorde pas sur les critères permettant de caractériser l'autonomie d'une clause. Certains auteurs invoquent la notion de cause[633] quand d'autres préfèrent retenir un double critère reposant à la fois sur l'objet de la clause et la volonté des parties[634]. S'il est opportun de reconnaître la survie de certaines clauses en cas de nullité du contrat, les critères ici proposés ne sont pas sans soulever de difficultés. En particulier, celui fondé sur la volonté des parties introduit une dose d'incertitude dans la détermination de l'autonomie des clauses. Concrètement, « cela suppose d'identifier les contours de la notion de contrat avec une infinie précision, pour déceler plusieurs accords de volontés distincts à l'intérieur d'un même contrat »[635]. La démarche n'est pas aisée[636] dans la mesure où elle concerne « une interrogation fondamentale sur la notion même de contrat [qui] semble inextricable »[637].

---

[632] Pour plus de développement, v. R. JAPIOT, th. préc., p. 271 et s. ; J. PIÉDELIÈVRE, *Des effets produits par les actes nuls. Essai d'une théorie d'ensemble*, th. Paris, A. Rousseau 1911, spéc. p. 6 et p. 414 et s. ; P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, préf. A. WEILL, LGDJ 1969, n° 27 et s., p. 26 et s. ; O. GOUT, th. préc., n° 514 et s. ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. J. GHESTIN, LGDJ 1992, spéc. n° 490 et s. ; B. TEYSSIÉ, « Réflexions sur les conséquences sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat », D. 1976, chron. 281. V. aussi, S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ 2006 ; A.-S. LEBRET, La distinction des nullités relative et absolue, th. Paris II, N. MOLFESSIS (dir.), 2015 ; V. COTTEREAU, « La clause réputée non écrite », JCP G 1993. I. 3691 ; J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », D. 1993, chron. 59.

[633] V. par ex., A. POUSSON, art. préc., p. 712 ; M. GOMY, « L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle en droit du travail », *in* Mélanges en l'honneur d'Y. SERRA, Dalloz 2006, p. 199 et s., spéc. n° 9-10, p. 204-205. V. aussi une étude d'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence sur cette question, G. ARBANT-MICHEL, th. préc., spéc. n° 498 et s. ; N. GRAS, th. préc., n° 539 et s.

[634] V. par ex., P. ANCEL et O. GOUT, note sous CA Paris 8 oct. 1998, Rev. arb. 1999, p. 350, au sujet de la clause compromissoire ; L. FIN-LANGER, « Médiation et droit du contrat, La médiation en débat », LPA 26 août 2002, p. 16, spéc. n° 6 ; D. HOUTCIEFF, th. préc., n° 1396 et s., p. 1004 et s., à propos de la clause pénale ; D. CHENU, th. préc., n° 309 et s., p. 264 et s., qui propose un double critère tiré de l'objet de la clause qui doit être recherché dans l'absence de présupposé de validité du contrat principal et de l'existence d'un accord de volontés spécifique distinct de celui qui a donné naissance au contrat. *Adde*, B. ATTIAS, *La survie du contrat*, th. préc., n° 391, qui affirme qu'une clause post-contractuelle acquièrt une autonomie pour survivre à l'extinction du contrat principal dès lors qu'elle est dotée « d'un contenu obligationnel propre » et que « les parties ont spécifiquement consenti à l'existence de cette clause élevée ainsi au rang de "clause-contrat " ».

[635] M. COTTET, th. préc., n° 458, p. 402.

L'idée est alors apparue au sujet des procédures contractuelles ayant un effet processuel marqué de justifier leur survie à l'annulation du contrat par la qualité d'accessoire au droit d'action. On affirme ainsi que la clause instituant une procédure d'arbitrage, en ce qu'elle vise à soustraire les litiges nés du contrat de la compétence des juridictions étatiques, serait un accessoire du droit d'action et non du droit substantiel lui-même[638]. La justification ne paraît pas totalement satisfaisante. Si cette clause procédurale était véritablement un accessoire du droit d'action, la prescription de celui-ci devrait pouvoir faire échec à la mise en œuvre de celle-là. Or, la constatation de l'extinction du droit d'agir en présence d'une clause compromissoire suppose une décision du tribunal arbitral constitué selon la volonté des parties. La prescription de l'action ne constituant pas un obstacle à la mise en œuvre d'une clause compromissoire, l'arbitre demeure compétent pour se prononcer sur cette fin de non-recevoir[639]. Par ailleurs, le fait que la clause compromissoire se rapporte au droit d'agir n'est pas un critère déterminant. Certaines clauses procédurales qui visent à restreindre le droit d'agir dans le temps ne sont pas nécessairement considérées comme indépendantes du contrat dans lequel elles sont stipulées. Il en est ainsi de la clause de réclamation, en usage dans les réseaux de distribution[640], qui « prévoit une procédure de réclamation en cas de difficulté de livraison, qui interdit au distributeur ne l'ayant pas respectée de contester ultérieurement la livraison en cause et de solliciter un avoir »[641]. Une telle stipulation a un effet processuel puisque sa méconnaissance constitue une fin de non-recevoir à une action en réclamation[642], étant entendu que le délai qu'elle prévoit s'analyse en un délai de forclusion conventionnelle qui n'est pas affecté par les causes d'interruption de la prescription ordinaire[643]. Ce n'est pas pour autant qu'il faille considérer la clause évoquée comme une convention distincte du contrat porteur. La nullité de celui-ci affecte immanquablement celle-là en dépit de son effet processuel.

168. - À l'analyse, il convient de procéder comme précédemment à une combinaison de critères[644]. Dans ce cas, il faut identifier d'abord les éléments atteints par l'annulation. La

---

[636] En ce sens déjà, v. par ex. P. MAYER, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », art. préc. spéc. n° 2, p. 360, l'auteur n'exclut pas la possibilité de trouver une dualité de *negotia* dans un même *instrumentum*, mais estime que l'hypothèse est « rare » ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, *op. cit*., n° 491, p. 552, soulignant la difficulté de déterminer ce qui relève de l'essence d'un contrat, ces auteurs estiment que « celui-ci constitue le plus souvent un ensemble, parfois issu de négociation subtile, où toutes les clauses sont liées les unes aux autres pour former un équilibre global ».

[637] T. GENICON, th. préc., n° 782, p. 560.

[638] C. LEGROS, *L'arbitrage et les opérations juridiques à trois personnes*, th. Rouen, 1999, n° 152 et s. ; E. LOQUIN, « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », Gaz. Pal. 2004, n° 157, p. 7, spéc. n° 19. L'idée a eu un écho favorable en jurisprudence, v. Cass. 1re civ., 17 nov. 2010, n° 09-12.442 ; D. 2010, p. 2933, obs. T. CLAY ; RTD com. 2011, p. 667, et 2013, p. 384 obs. P. DELEBECQUE.

[639] V. L. DEGOS, note sous Cass. 2e civ., 4 avr. 2002 et Cass. com., 9 avr. 2002, D. 2003, p. 1117.

[640] Cette clause est utilisée dans les ventes commerciales, v. F. X. TESTU, *Contrats d'affaires*, Dalloz Référence 2010/2011, n° 53.16 et 53.17, p. 228-229.

[641] F.-L. SIMON, « Du bon usage de la technique contractuelle dans les contrats de distribution », Cah. dr. entr. 2010, n° 4, p. 20, spéc. n° 5.

[642] CA Lyon, 8 nov. 2007, n° 05/06933.

[643] Cass. 3e civ., 31 oct. 2001, n° 99-13.004, Bull. civ. III, n° 117 ; RDI 2001, p. 501, obs. B. BOUBLI ; RTD civ. 2002, p. 815, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; D. 2002, p. 2840, obs. P. DELEBECQUE.

[644] V. cependant, D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie*, th. préc., spéc. n° 843, selon l'autuer, « il convient de vérifier si la clause possède son équilibre propre, si elle lie les intérêts des parties

nullité peut porter sur l'ensemble des engagements d'une partie y compris la clause instituant une procédure en cas d'absence de consentement du destinataire d'une offre de contrat par exemple[645]. Elle peut aussi être limitée à une obligation précise de l'un des contractants notamment lorsqu'elle résulte d'une erreur sur le contenu du contrat. Il arrive que la cause de la nullité affecte les clauses substantielles du contrat et ne porte pas directement sur les clauses instituant des procédures. Dans une telle hypothèse, la question se pose de savoir si ces dernières subsistent en dépit de l'anéantissement du contrat. Il faudra alors procéder à la seconde étape du raisonnement consistant à déterminer si la fonction des procédures contractuelles, par hypothèse distincte de celle du contrat principal, persiste malgré l'annulation. Car, de même que l'accessoire ne disparaît pas nécessairement avec le principal[646], les clauses procédurales ne subissent pas toujours le sort du contrat principal en cas de nullité.

On peut donc considérer que l'aptitude d'une clause à servir une fonction distincte de l'opération d'échange principalement visée par les contractants constitue l'élément caractéristique de la séparabilité de son sort par rapport au contrat créateur[647]. Or, de telles considérations sont au cœur du mécanisme des procédures contractuelles. Bien qu'elles figurent dans le contrat affecté par une cause d'annulation, elles poursuivent néanmoins une finalité distincte de l'opération économique projetée. C'est pourquoi, elles peuvent, suivant les circonstances, être mises en œuvre en dépit ou à cause de l'annulation du contrat. Au demeurant, en tant qu'émanation d'un accord de volontés, une clause « n'a de sens que par l'intérêt qu'[elle] permet de satisfaire »[648]. Dès lors, si la satisfaction de l'intérêt en vue duquel est prévue une procédure contractuelle se réalise dans la période post-contractuelle ou au moment de l'anéantissement de l'acte, il n'y a pas de raison de refuser d'en faire application. On peut l'illustrer à travers une clause instituant une procédure de renégociation laquelle est destinée justement à s'appliquer à la survenance de l'anéantissement du contrat :

« Pour le cas où l'application d'un traité, d'une disposition législative ou réglementaire aurait pour conséquence l'anéantissement de la présente convention, à procéder dans les trois mois de la notification par l'une d'entre elles relative à l'existence d'une telle annulation aux modifications des dispositions de la convention afin de la rendre conforme au traité, à la disposition législative ou réglementaire en cause ».

---

de manière satifaisante et indépendamment de la considération des autres clauses du contrat, et surtout de manière différente de celle du contrat. Dans l'affirmative, on pourra considérer que la clause s'émancipe du contrat pour devenir un contrat à part entière ».

[645] P. MAYER, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », art. préc., n° 8.

[646] V. par ex., G. GOUBEAUX, th. préc., n° 48 et s., p. 81 et s. ; M. COTTET, th. préc., n° 645, p. 407.

[647] En ce sens, v. not. D. CHENU, th. préc., n° 82, p. 66 : « qu'ils invoquent l'objet de la clause ou son « autonomie » les auteurs se focalisent sur la fonction de la clause, pour justifier de leur maintien » ; M. COTTET, th. préc., n° 462 et s., qui fait de la persistance de la fonction des clauses non affectées par la cause d'extinction une condition de leur survie à l'anéantissement du contrat ; N. GRAS, th. préc., n° 636, qui considère que ce n'est « pas parce que la clause est autonome qu'elle survit à une cause quelconque d'extinction du contrat mais bien parce qu'elle remplit, selon la volonté des parties, une fonction particulière justifiant la mise en œuvre de ses effets en dehors du contrat ».

[648] L. AYNÈS, « Les clauses de circulation du contrat », *in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, J. MESTRE (dir.), PUAM 1990, p. 131.

La clause examinée a vocation à s'appliquer en cas d'annulation du contrat puisqu'elle est justement prévue pour s'appliquer dans une telle circonstance. Au demeurant, le nouvel article 1178 du Code civil permettant la constatation de la nullité par les parties, celles-ci peuvent instituer une procédure contractuelle visant à parfaire le contrat en cas de découverte d'une cause d'illicéité. La possibilité d'une telle stipulation témoigne encore, s'il en est besoin, de l'existence d'une séparabilité entre le contrat et les clauses instituant une procédure du même nom. Pour autant, ce n'est pas la volonté des parties qui est le critère déterminant dans le maintien du processus contractuel puisque celle-ci reste impuissante à contrarier les effets de la nullité lorsque la sanction de la règle transgressée implique que la clause soit privée d'effet[649]. Bien au contraire, la séparabilité du sort de cette stipulation est liée au fait qu'elle ne vise pas à faire exécuter le contrat nul, mais à faire réparer le vice l'affectant et à rendre l'acte conforme à la norme impérative. Dans le même sens, la procédure contractuelle relative à l'établissement du décompte définitif rentre dans cette catégorie de clause survivant à l'annulation même si les parties visent le plus souvent l'hypothèse de l'extinction naturelle du contrat ou de sa résolution. Visant à solder les comptes entre les parties, la fonction de ce dispositif demeure et n'est pas affectée par la disparition de l'opération économique par suite d'annulation.

169. - En somme, lorsque leurs fonctions perdurent au-delà de l'extinction naturelle ou pathologique du contrat porteur, les procédures contractuelles peuvent être mises en œuvre en dépit de la disparition de celui-ci. Il suffit de constater qu'elles ont un intérêt pour les parties et que leur application n'entre pas en contradiction avec la fin de la règle méconnue. C'est en cela qu'il faut comprendre la survie des clauses de conciliation[650] et d'arbitrage[651] élaborées pour la résolution des différends relatifs au contrat qui les contient (y compris les litiges relatifs à la validité, l'exécution ou l'interprétation). Il en est ainsi, d'autant plus qu'au moment où l'application de la clause est requise, l'annulation n'est pas encore prononcée. On sait, en effet, qu'en matière de nullité d'un contrat, la sanction de la règle de droit violée implique que celui-ci soit privé d'effet. Mais ce résultat ne se produit pas de plein droit, du moins si l'action en nullité est nécessaire comme il est de règle dans la majorité des cas. Il en ressort que le contrat atteint d'une cause de nullité « a une existence au moins apparente »[652] qui justifie qu'on puisse faire application des clauses qui ne concourent pas à la réalisation de l'opération dont le retrait de la vie juridique est poursuivi par l'annulation.

---

[649] V. en ce sens, M.-E. PANCRAZI, « Les clauses de rétroactivité », art. préc., spéc. n° 25 et s.

[650] Cass. 2e civ., 6 juill. 2000, n° 98-17.827 ; CCC 2001, n° 2, note L. LEVENEUR ; RTD civ., 2001, p. 359, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; D. 2001, p. 3088, obs. J. PENNEAU ; RDSS 2001, p. 523, obs. G. MÉMETEAU, application de la clause de conciliation en dépit de la nullité alléguée du contrat ; N. FRICERO, « Médiation et contrat », AJC 2017, p. 356, spéc. n° 9, pour qui « la clause devrait survivre quelle que soit la cause d'anéantissement du contrat, et notamment sa nullité ». V. cependant, V. LASSERRE, « Validité et portée des clauses de conciliation ou de médiation », JCP G 2020, doctr. 906, spéc. n° 4 et 5, qui considère que la survie de la clause de règlement amiable dépend de la nature de la nullité encourue de sorte qu'en cas de nullité absolue, elle suit le même sort que celui du contrat principal.

[651] Sur la question, v. P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit*., n° 388 et s. ; J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, n° 165, p. 135 ; C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *op. cit*., n° 74 et s.

[652] E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, *op. cit*., p. 161.

170. - On peut le constater, il existe un dualisme dans les rapports entre les clauses instituant des procédures et l'acte-source. Parce que leur raison d'être est constituée par le contrat principal, les procédures contractuelles demeurent en principe sous la dépendance de celui-ci. Néanmoins, cette dépendance ne s'impose qu'en tant que de raison. L'inefficacité du contrat ne doit emporter celle des procédures contractuelles qui y figurent que lorsque cela est justifié.

L'analyse des fonctions et du mécanisme des procédures contractuelles a permis d'en déceler certains de leurs traits caractéristiques. Il est à présent possible de les distinguer de mécanismes voisins.

Section 2 : La spécificité des procédures contractuelles par rapport aux mécanismes voisins

171. - Jusqu'ici, on a analysé les clauses instituant des procédures sous l'angle de leur source, de leurs relations avec le contrat en tant qu'instrument créateur d'obligations. Au sein de cet acte, les dispositifs étudiés présentent des similitudes avec d'autres stipulations. Pour autant, elles ne se confondent pas.

On a vu plus haut que les procédures contractuelles ne constituent pas des dispositions indispensables à la réalisation de l'opération économique voulue par les parties. Ce sont des stipulations accessoires qui contribuent tout au moins à préciser les effets du contrat. Les parties peuvent s'engager purement et simplement à exécuter instantanément l'obligation convenue. Mais bien souvent, elles vont assortir leur engagement de modalités procédurales variables qui rappellent celles affectant l'obligation. À ce titre, on distinguera les procédures contractuelles des modalités de l'obligation (**§. 1**).

Par ailleurs, si l'objet des clauses instituant des processus ne réside pas dans la définition du rapport d'obligation substantiel, on trouve également dans le contrat des clauses non procédurales ayant un objet similaire. Mais ces dernières se caractérisent par le mode de réalisation des droits et obligations qui sont prévus : ils ont un effet automatique. Une distinction peut être établie entre ces deux types de clauses au regard de l'aspect dynamique des premières par rapport aux secondes (**§. 2**).

§. 1. La spécificité des procédures contractuelles par rapport aux obligations affectées d'une modalité

172. - Les clauses créant des procédures reposent sur un fonctionnement plus élaboré et se caractérisent par les éventualités qui en conditionnent la mise en œuvre. Contrairement à l'obligation, elles n'imposent pas une contrainte à un débiteur, mais l'accomplissement d'une

série d'opérations (qui pourra se résorber en une ou plusieurs charges pour chaque partie) si des conditions juridiques précises sont réunies. Ce dernier aspect met en exergue le fait que les procédures contractuelles mettent des diligences à la charge des parties dont « l'exigibilité » peut dépendre d'évènements futurs et incertains. Cela les rapproche dans une certaine mesure des obligations faisant l'objet d'un aménagement particulier par rapport à leur exigibilité, à leur durée voire à leur existence. Parmi les modalités de l'obligation proches du mécanisme des procédures contractuelles, on peut établir un rapprochement et une distinction avec la condition (**A**) et le terme (**B**).

A. Procédures contractuelles et obligation conditionnelle

173. - Le mécanisme des procédures contractuelles est, au même titre que la condition, une technique courante dans la pratique contractuelle. L'un et l'autre visent généralement des évènements futurs et incertains. Ils permettent aux contractants de fixer, dès l'échange des consentements, les éléments de leur accord, alors même que l'effectivité, du moins la réalisation, des obligations convenues n'est pas sûre.

C'est le cas, par exemple, d'une clause instituant une procédure de fixation du prix stipulée dans les termes suivants :

> « En cas de désaccord sur le prix, les parties s'en remettent à l'avis de M. X -personne physique, voire morale (qu'elles désignent elles-mêmes ou font désigner) -. Le tiers devra vérifier le bien-fondé de la variation du prix en fonction de la variation des prix pratiqués durant la même période avec des clients libres de toute exclusivité de fourniture par des entrepositaires distribuant, sur la place où est exploité le fonds, des marchandises de même qualité.
> Il est convenu que la décision du tiers ne sera susceptible d'aucun recours et s'imposera aux parties.
> Cette procédure ne suspendra pas l'exécution du contrat ni l'exigibilité du tarif »[653].

Il ressort de ce type de stipulation que l'obligation de recourir à un tiers qui sera chargé de la fixation du prix est subordonnée à un désaccord préalable entre les parties. Comme en matière de condition, la survenance de cet évènement (désaccord) se situe dans un avenir plus ou moins proche, sa réalisation n'est pas certaine. Il s'agit simplement pour les parties de préciser à l'avance les termes de leur accord bien avant la réalisation de l'éventualité envisagée. Un constat similaire peut être fait à propos de clauses prévoyant les modalités procédurales des garanties de passif, de la modification du contrat ou encore des clauses relatives aux litiges, des clauses d'alignement, de renégociation, de force majeure. Elles présentent en commun le fait de ne pas contraindre les parties à une tâche fixée d'emblée, leur mise en œuvre étant subordonnée à une condition ou à une éventualité explicite ou non. Il s'ensuit que les stipulations évoquées, comme tant d'autres, sont aptes « à épouser les circonstances à venir pour donner au contrat un contenu qui ne lui était pas d'avance assigné. Ce dernier apparaît ainsi comme un réseau de possibilités diverses, en attente d'actualisation. Les tâches que les parties devront accomplir dépendent de la façon dont les circonstances

[653] Citée par J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 401, p. 149. Ce type de clause est validée par la jurisprudence qui considère que le prix n'est pas soumis à la volonté arbitraire de l'une des parties contractantes : Cass. com., 25 mai 1981, Bull. civ. IV, n° 246.

futures ou les choix des parties activeront certaines de ces clauses : les unes seront mobilisées, d'autres dépériront faute de réalisation de leurs présupposés »[654].

Les clauses instituant des procédures se rapprochent également de la condition considérée comme une simple modalité de l'obligation. Il en résulte qu'une procédure contractuelle ou une condition n'est pas nécessaire à l'existence de l'obligation ou du contrat. Dans les deux cas, sauf disposition légale contraire, le mécanisme doit être convenu entre les parties et ne peut découler automatiquement de l'objet du contrat[655].

174. - Toutefois, si l'accord subordonné à une condition vise, au même titre que la clause instituant une procédure contractuelle, un évènement futur et incertain, une différence fondamentale existe entre les deux. Dans le premier cas, c'est l'existence même de l'obligation qui dépend de l'évènement[656]. L'obligation conditionnelle se caractérise par « l'incertitude, le doute, qui planent sur son existence et par-delà sur l'existence du contrat »[657]. En stipulant une condition dans l'accord, les parties entendent intégrer l'évènement futur et incertain dans les conditions de validité du contrat. En ce sens, la condition apparaît davantage comme un élément essentiel du contrat que comme une simple modalité[658]. Par conséquent, lorsque la condition est pendante, l'obligation n'existe pas et le droit du créancier n'est pas encore né. Dans les deux cas, tous les éléments nécessaires à la validité du contrat sont réunis dès la formation de l'accord. Cependant, en matière de clause procédurale, l'accord n'est pas remis en cause à la survenance de l'évènement contrairement au mécanisme de la condition résolutoire. La mise en œuvre de la procédure est simplement différée à la réalisation de l'éventualité, laquelle est incertaine. D'autre part, une clause procédurale valable est censée être définitivement conclue et ne peut, en principe, être remise

---

[654] R. LIBCHABER, *Le contrat au XXI^e siècle. L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, *op. cit.*, n° 60, p. 105, selon l'auteur, « un contrat tissé de clauses est en quelque sorte un instrument tourné vers l'avenir, dont ne peut pas connaître *a priori* le contenu opératoire effectif, qui ne se dévoilera qu'au fur et à mesure du temps. Ce n'est qu'*a posteriori* que l'on constatera, non ce que les parties avaient voulu, mais les effets concrets que leur volonté originaire aura *in fine* abouti à produire ».

[655] V. par ex. pour la condition implicite invoquée mais non retenue : Cass. com., 10 mars 2015, n° 13-10.002, inédit ; RTD civ. 2015, p. 386, obs. H. BARBIER. Cette solution paraît transposable en matière de procédure contractuelle : Cass. 1re civ., 6 mai 2003, n° 01-01.29, préc., qui décide qu'à partir du moment où la conciliation n'est pas prévue par une stipulation contractuelle, cet oubli n'est pas réparable par une référence à des usages.

[656] J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse, Lille II, 1977, n° 278 et s. ; du même auteur, « Régime général des obligations. Modalités de l'obligation. Obligations conditionnelles. Effets de la condition suspensive », J.-Cl. Civil Code Art. 1304 à 1304-7, 2016, fasc. 30, spéc. n° 5 qui parle d'inexistence de l'obligation sous condition suspensive pendante. Y. BUFFELAN et J.-D. PELLIER, « Condition », Rép. civ., Dalloz 2020, spéc., n° 87 et s., considérant que durant la période d'incertitude, « l'obligation n'existe pas encore ». Sur cette question, v. aussi, O. MILHAC, *La notion de condition dans les actes à titre onéreux*, préf. J. GHESTIN, LGDJ 2001 ; M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, préf. D. MAZEAUD, LGDJ, 2009 ; P. DEROUIN, « Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition », RTD civ. 1978, p. 1 ; G. GOUBEAUX, « Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties », Defrénois 1979, art. 31987, p. 753.

[657] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t.2, *Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1051, p. 2154. V. aussi, V. FORTI, « La réalisation fictive de la condition », *in Le nouveau régime général des obligations*, V. FORTI et L. ANDREU (dir.), Dalloz 2016, p. 31 et s., spéc., n° 1, p. 31 : « L'obligation conditionnelle est celle qui dépend d'un évènement futur et incertain. C'est dire qu'un doute plan sur son existence et, par-delà, sur l'existence du contrat ».

[658] V. par ex., P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 825, p. 723 ; P. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, spéc. n° 870 ; J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels*, *op. cit.*, n° 319, p. 258.

en cause à la réalisation de l'éventualité. En revanche, s'agissant du contrat conclu sous condition suspensive, l'obligation ne produit effet que lorsque la condition se réalise. Il en résulte que « l'absence de réalisation de la condition dans le délai prévu […] a pour effet la caducité de l'obligation et du contrat »[659].

Du moment qu'il ne fait point de doute que l'obligation de mettre en œuvre une procédure contractuelle existe dès la conclusion du contrat porteur, ce mécanisme ne saurait être analysé en un contrat conclu sous condition suspensive. Les clauses instituant des procédures et la condition apparaissent alors comme deux mécanismes distincts dans leur mode de fonctionnement. Il arrive qu'une procédure contractuelle ait pour objet la condition. La situation est fréquente dans les clauses relatives aux conditions suspensives d'obtention d'un prêt[660] qui prévoient généralement le respect d'une procédure à la charge de l'acquéreur : accomplissement des démarches auprès de banquiers pour l'obtention du prêt nécessaire à l'acquisition du bien objet de la vente et notification de ces diligences au vendeur dans un délai déterminé[661]. La procédure vise alors la réalisation même de la condition en ce qu'elle précise les opérations successives qui doivent être réalisées à cette fin[662].

Cependant, même dans une telle hypothèse les deux mécanismes ne se confondent pas. Alors que la condition affecte « l'effet créateur, modificatif, translatif ou extinctif du contrat, pour le suspendre ou le résoudre »[663], les modalités procédurales tendent à éviter que la condition suspensive ne devienne une échappatoire commode pour le bénéficiaire qui ne désire plus conclure le contrat. En somme, la condition porte sur une modalité de l'obligation alors que la procédure contractuelle est une exigence comportementale dans sa mise en œuvre. Pour être service de la première, la seconde n'a pas le même objet que celle-ci. Si l'utilité et l'efficacité d'une procédure contractuelle peuvent être subordonnées à un évènement conditionnel, ce n'est pas l'existence même de la clause procédurale qui est affectée. Il en est ainsi car l'évènement futur et incertain n'est pas, du moins dans l'esprit des parties, un élément essentiel à la perfection de leur accord mais seulement de son exigibilité. Par conséquent, la procédure prévue au contrat produit effet indépendamment de la réalisation de l'évènement conditionnel. La clause de renégociation du contrat peut servir à l'illustrer. Son application est certes conditionnée à la survenance d'un évènement imprévisible, mais l'existence et la durée d'efficacité du dispositif ne dépend pas de cet évènement.

175. - Il n'est donc pas besoin d'aller loin pour se rendre compte que la particularité des procédures contractuelles les rend irréductibles au mécanisme de la condition. La même conclusion se vérifie dans la comparaison avec l'obligation à terme.

---

[659] C. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil,* t. 3, *Les obligations – Le contrat*, 10e éd., Economica, 2021, n° 452, p. 432.
[660] A.-S. LUCAS-PUGET, « La clause relative à la condition suspensive d'obtention d'un prêt immobilier », CCC 2017, form., spéc. n° 2 ; M. LATINA, « Les clauses relatives aux conditions suspensive et résolutoire », JCP N 2016, 1114, spéc., n° 6 et s.
[661] V. *supra*, n° 65.
[662] Rappr., I. KHAYAT, « Ressuscitons la condition suspensive d'obtention du prêt issue de la loi Scrivener », LPA 23 sept. 2016, p. 6, spéc. I. A. 1., qui considère que ces précisions conventionnelles visent à encadrer « l'obligation de diligence et de bonne foi par le bénéficiaire dans la sollicitation de son prêt ».
[663] M. LATINA, art. préc., n° 1.

B. Procédure contractuelle et obligation à terme

176. - Dans certains cas, la mise en œuvre d'une procédure contractuelle est subordonnée à la survenance d'un évènement futur mais dont la réalisation paraît certaine. C'est le cas d'une clause insérée dans un contrat de concession prévoyant une procédure de transmission aux héritiers en cas de décès d'une partie stipulée en ces termes :

> « Toutefois, en cas de décès du signataire du présent contrat, du ou des dirigeants mentionnés à l'article …, la Société examinera la candidature qui devra lui être proposée dans un délai maximum de 45 jours comme étant susceptible d'assurer l'exécution du contrat et cet examen de candidature aura lieu avant toute décision de la Société quant à la continuation ou non du contrat jusqu'à son terme. L'accord de la Société sur cette candidature étant constaté par écrit, les ayants droit seront tenus de leur côté à confirmer leurs engagements de satisfaire à l'ensemble des obligations du présent contrat, par lettre recommandée adressée à la Société, et ceci dans un délai maximum de 10 jours à compter de l'accord de la société »[664].

Cette clause subordonne la mise en œuvre de la procédure à la survenance du décès, un évènement certain, dont on est sûr qu'il se produira. Son *modus operandi* rappelle le mécanisme de l'obligation affectée d'un terme. Celui-ci est défini comme « un évènement futur de réalisation certaine auquel est subordonnée soit l'exigibilité (terme suspensif), soit l'extinction d'une obligation (terme extinctif) »[665]. Il existe une certaine similitude entre les procédures contractuelles visant un évènement certain et les obligations à terme suspensif. En effet, la mise en œuvre d'une procédure contractuelle peut être subordonnée à la survenance d'un évènement futur et certain. Plus précisément, les conditions d'application du dispositif peuvent être stipulées suivant la distinction établie entre le terme certain et le terme incertain. Ainsi, l'évènement visé peut être précisément localisé dans le temps lorsque les parties prévoient, par exemple, la mise en œuvre d'une procédure d'établissement du décompte provisoire à l'expiration d'un délai précis. L'obligation de mettre en œuvre la procédure contractuelle apparaît alors comme une obligation affectée d'un terme certain. Toutefois, il arrive aussi que la survenance de l'évènement soit sûre mais l'on ignore le moment de sa réalisation : c'est le cas du décès de l'une des parties comme on peut le constater dans la clause susmentionnée.

Le rapprochement entre les deux mécanismes peut être opéré relativement à la formation du contrat et de sa force obligatoire entre les parties. Dans les deux cas, en effet, si les obligations correspondantes ne sont pas exigibles avant la survenance de l'évènement, leur existence ne fait guère de doute. Par conséquent, avant la survenance de l'évènement, une partie ne peut en principe exiger l'exécution des obligations convenues. Ce report de l'exigibilité des obligations dans les deux hypothèses n'affecte pas leur existence. Les parties sont d'ores et déjà liées dès la conclusion du contrat.

---

[664] Citée par J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle, op. cit*., n° 926, p. 287.

[665] J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations, vol. 3, Le rapport d'obligation, op. cit*., n° 286, p. 294 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations, op. cit*., n° 1354, p. 1430. Sur cette notion, v. C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, préf. P.-Y. GAUTIER, PUAM 2003.

177. - Néanmoins, la ressemblance entre les deux mécanismes est plus formelle que substantielle. Outre la différence de finalités, le régime applicable n'est pas le même. Alors que, dans le cas de l'obligation à terme, le paiement anticipé de l'obligation est valable et ne donne pas lieu à une action en répétition[666], la même règle n'est pas applicable à l'accord instituant une procédure contractuelle. Il convient de préciser que le terme paiement est entendu ici au sens d'exécution volontaire d'une obligation quelconque[667]. Ainsi compris, l'application prématurée d'une clause procédurale (au sens de paiement anticipé) peut porter atteinte à la force obligatoire de l'accord. Par exemple, la mise en œuvre d'une procédure d'établissement du décompte définitif s'effectue en principe à la fin des travaux fixée à une date déterminée ou déterminable selon le cas. Dans une telle hypothèse, la survenance du terme (fin des travaux ou résiliation du contrat) est une condition nécessaire à l'application de la procédure contractuelle. Il en résulte qu'une partie ne peut prétendre valablement mettre en œuvre cette procédure d'apurement des comptes avant la fin du chantier.

L'opposition entre les procédures contractuelles et le terme suspensif se manifeste dans d'autres éléments de régime applicable. Il en est ainsi du droit pour le créancier d'effectuer des actes conservatoires dans l'attente de l'arrivée du terme ou de l'impossibilité pour celui-ci d'imposer au débiteur une éventuelle compensation avant l'arrivée du terme. Ce régime applicable à l'obligation à terme n'est d'aucune utilité quant à l'effectivité de la clause instituant une procédure contractuelle. Cela s'explique par le fait que les dispositifs étudiés visent moins la réalisation d'une opération économique que l'instauration de modalités procédurales de régulation des relations entre les parties en marge de cette opération : exercice des prérogatives contractuelles, modalités de réalisation des prestations, résolution des différends etc. À cet égard, le régime applicable doit être limité à ce qui est nécessaire pour assurer leur force obligatoire.

178. - En somme, s'il y a une part d'anticipation dans les deux mécanismes conventionnels, une différence du moins structurelle demeure. Il s'agit, dans le cas des procédures contractuelles d'organiser la gestion procédurale de l'évènement futur dès la conclusion du contrat alors que dans le cas de l'obligation à terme, il s'agit de suspendre l'efficacité du contrat à la survenance de l'évènement. En matière de clauses instituant des procédures, la situation d'attente qui s'instaure avant la réalisation de l'évènement futur résulte moins de la volonté de retarder l'exigibilité des obligations contractuelles. Elle s'explique par l'absence de nécessité sinon de l'utilité de la mise en œuvre du dispositif avant la réalisation de l'éventualité. Les procédures contractuelles apparaissent alors comme des mécanismes de gestion d'évènements futurs qui se distinguent nettement de l'obligation à terme dans leur mode de fonctionnement.

179. - Somme toute, il y a une différence irréductible entre les obligations affectées d'une modalité et les procédures contractuelles. Le rapport au temps n'est pas envisagé de la même

[666] C. civ., art. 1305-2.

[667] C. civ., art. 1342, al. 1 : « Le paiement est l'exécution volontaire de la prestation due ». En ce sens, v. F. GRUA, « L'obligation et son paiement », *in* Mélanges Y. GUYON, Dalloz 2003, p. 479, spéc. n° 3 et s., qui montre toutefois que le paiement n'est pas toujours subordonné à l'obligation qu'il éteint, il peut lui-même être source d'obligation.

manière. Dans le premier cas, la réalisation de l'éventualité n'a pas pour effet de modifier la consistance de l'obligation qui reste la même[668] quand le jeu des procédures contractuelles est susceptible de transformer le contenu du contrat. Cette singularité des mécanismes étudiés met en exergue leur aspect dynamique qui permet de les distinguer des clauses produisant un effet automatique.

§. 2. Les spécificités des clauses instituant des procédures par rapport aux clauses ayant un effet automatique

180. - On a vu que les procédures contractuelles, tout en étant des dispositions particulières [669] du contrat, ne visent pas à définir sa fonction économique. Une telle particularité n'est pas inhérente aux seuls mécanismes faisant l'objet de la présente étude. En effet, il existe des clauses qui, n'ayant pas directement pour objet l'échange de biens ou de services, participent à la régulation des rapports entre les parties au même titre que les procédures contractuelles[670]. Il arrive même que d'un contrat à l'autre et selon la formulation retenue, une clause de même nature et poursuivant une finalité identique comporte ou non une procédure. Cette convergence de nature et de finalité constitue un facteur d'amenuisement des frontières entre les procédures contractuelles et d'autres clauses dont la vocation première n'est pas de définir l'opération économique projetée par le contrat qui les contient.

Néanmoins, on peut établir une distinction entre ces différentes stipulations suivant le processus de réalisation de l'effet juridique de la norme qu'elles créent. Les procédures contractuelles ont un aspect dynamique et impliquent l'intervention des contractants pour leur application dans les conditions précises. Cette caractéristique est absente dans les clauses n'impliquant pas une démarche active des parties pour la mise en œuvre des normes créées. Ainsi, bien qu'elles soient susceptibles d'avoir le même objet, les clauses instituant des processus peuvent être distinguées des stipulations de constatation d'une part (**A**) et des clauses d'application automatique d'autre part (**B**).

A. Procédures contractuelles et stipulations de constatation

181. - À l'instar des mécanismes présentement étudiés, il existe des stipulations qui ont pour objet d'organiser les relations entre les parties en faisant naître des effets de droit autres que la création d'obligation. Elles visent la constatation de situations de fait[671]. On en trouve de nombreux exemples dans la pratique contractuelle.

---

[668] La survenance du terme rend l'obligation exigible (terme suspensif) ou éteinte (terme extinctif) sans que cela affecte le contenu de l'obligation. À l'inverse, la réalisation de l'éventualité peut conduire à la modification du contenu du contrat par le jeu d'une procédure contractuelle (par ex., procédure d'établissement du décompte définitif).

[669] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Clause », p. 176.

[670] V. not., G. HELLERINGER, th. préc., qui montre l'existence de « clauses de pouvoir » qui « ne sont pas au service des engagements contractuels » (n° 343 et s.) et de « clauses de différend » dont l'objet porte sur le règlement des différends (n° 555 et s.) ; N. GRAS, th. préc., n° 103 et s. (sur les clauses de gestion des risques) et 271 et s. (sur les clauses d'aménagement de la résolution du litige).

[671] J. MORET-BAILLY, « Les stipulations de constatation », RRJ 2001-2, p. 489, n° 1.

Il peut être prévu dans le contrat une clause selon laquelle une partie déclare avoir effectué le paiement entre les mains d'un tiers, une clause stipulant que l'acheteur a examiné la chose et en a connu les vices, une clause précisant que la caution a une parfaite connaissance de la situation du débiteur principal. Les clauses de reconnaissance prévoyant que l'une des parties « a reconnu la pleine et correcte exécution des obligations précontractuelles incombant » à l'autre relèvent de cette catégorie[672]. On trouve aussi des clauses relatives à la « caution de bonne exécution » par lesquelles une partie déclare avoir adressé à un tiers (généralement une banque) une lettre d'instruction lui prescrivant de garantir son partenaire de la bonne exécution des obligations découlant du contrat[673]. Proche de ce type de stipulation est la clause de contrats d'installation informatique indiquant que l'installateur a conçu sa prestation en fonction du cahier des charges du client dont il déclare pouvoir satisfaire les exigences. Il est possible de multiplier les exemples.

182. - Les stipulations évoquées présentent en commun avec les procédures contractuelles le fait de ne pas avoir pour objet la prévision d'obligations[674]. Dans les deux cas, il ne s'agit pas d'imposer aux contractants l'exécution d'une prestation. Les normes créées ne visent pas une action sur une « chose ». En somme, les clauses instituant des procédures et les stipulations de constatation ne peuvent pas être exécutées comme une obligation contractuelle au sens strict du terme. Les sanctions de l'inexécution du contrat sont inadaptées dans les deux hypothèses. On peut poursuivre la comparaison en affirmant que certaines causes d'extinction des obligations ne sont pas applicables aux deux types de clauses évoquées. Qu'il s'agisse du paiement au sens strict, de la novation, de la remise volontaire, de la compensation, de la confusion, de la perte de chose, de la prescription, ces notions sont hors de propos. Cette impossibilité d'appliquer certains effets des obligations, en même temps qu'elle souligne leur originalité, permet de montrer la similitude existant entre les mécanismes concernés.

À cela, il faut ajouter le fait que la mise en œuvre d'une procédure contractuelle peut conduire à la constatation d'une situation de fait à l'instar des clauses du même nom. Ainsi, par exemple, le jeu d'une procédure de constat contradictoire d'état des lieux vise à constater un état de fait susceptible d'avoir des conséquences sur les droits et obligations des parties. Il en est de même de la procédure de réception, de la procédure de livraison ou encore de la procédure d'agréation de la chose en matière de vente. Pour autant, si elles peuvent avoir le même objet, à savoir la constatation de faits juridiques, les clauses procédurales et les stipulations de constatation constituent deux mécanismes bien distincts. La différence existant entre les deux se situe à la fois dans la manière dont elles fonctionnent et dans le régime applicable.

---

[672] Sur la valeur de cette clause insérée dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, v. Cass. 1re civ., 8 avr. 2021, n° 19-20.890 ; D. 2021, p. 1363, note R. LOIR et G. POISSONNIER ; RTD com. 2021, p. 401, obs. D. LEGEAIS ; Gaz. Pal. 8 juin 2021, p. 25, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *ibid*. 7 sept. 2021, p. 27, obs. S. PIÉDELIÈVRE, qui retient qu'il incombe au professionnel « de rapporter la preuve de ce qu'il a satisfait à ses obligations précontractuelles et que la signature » par le consommateur du contrat comportant une telle clause « constitue seulement un indice qu'il incombe à celui-ci de corroborer par un ou plusieurs éléments complémentaires ».

[673] J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, n° 644.

[674] J. MORET-BAILLY, « Les stipulations de constatation », art. préc., n° 26.

183. - Les clauses instituant des procédures s'inscrivent dans une perspective linéaire. Elles impliquent le respect d'étapes dans la mise en œuvre des normes qui sont créées. À cette fin, les contractants sont tenus d'accomplir des démarches juridiques pour la réalisation de l'effet juridique recherché. En revanche, les stipulations de constatation ont un aspect statique. Elles ne supposent pas une manifestation de volonté pour la réalisation de leur effet de droit lequel est censé se produire au moment de la conclusion du contrat. Ainsi, pour la mise en œuvre d'une clause par laquelle l'acheteur déclare avoir examiné la chose et en connaître les vices, il n'est pas nécessaire que les parties accomplissent une démarche quelconque. De même, le processus de réalisation de l'effet de cette clause n'implique aucune abstention de la part des contractants. En d'autres termes, la clause n'impose pas une « obligation de ne pas faire ». À l'inverse, une clause de livraison imposant à l'acheteur d'examiner la chose et de notifier au vendeur les vices apparents dans un délai déterminé implique l'action des contractants pour sa mise en œuvre.

Sur ce plan, et sans préjuger de leur validité, les stipulations de constatation semblent être pourvues d'une efficacité renforcée par rapport aux clauses instituant des processus. Alors qu'il est plus difficile de remettre en cause les premières et de les priver d'effet sauf en cas de fraude[675], l'efficacité des secondes est dépendante de la qualité du comportement des parties et des diligences qu'elles mettent en œuvre pour la réalisation de l'objectif recherché. Dans le cas des stipulations de constatation, l'effet de droit se produit instantanément sans l'entremise des contractants, ce qui leur confère une certaine automaticité dans leur effet. À l'analyse, ces stipulations fonctionnent suivant une logique probatoire : puisqu'elles constatent des situations de fait, il convient de raisonner en se plaçant non pas sur le terrain de la validité, mais sur celui de la preuve. C'est pourquoi les règles permettant leur mise en œuvre sont principalement inspirées du régime de la preuve[676]. Quant aux clauses instituant des processus, leur mise en œuvre implique des règles relevant à la fois du droit substantiel et du droit processuel comme on le verra dans l'étude du régime applicable.

184. - Distinctes des stipulations de constatation, les procédures contractuelles se distinguent aussi des clauses qui, tout en visant des évènements futurs, sont d'application automatique à la réalisation de l'éventualité.

B. Procédures contractuelles et clauses d'application automatique

185. - Les clauses d'application automatique sont celles dont l'effet recherché se produit automatiquement lors de la survenance de l'évènement visé et sans qu'une intervention des parties ne soit nécessaire à l'acquisition des effets de la clause. Ce type de stipulations est fréquent dans les contrats. Tel est le cas des clauses de prise d'effet[677] ou d'entrée en vigueur[678] par lesquelles les parties, utilisant le mécanisme du terme suspensif, font reporter tous les effets du contrat à une date ultérieure déterminée ou déterminable[679]. Il suffit

[675] J. MORET-BAILLY, « Les stipulations de constatation », art. préc., n° 44.
[676] J. MORET-BAILLY, « Les stipulations de constatation », art. préc., n° 29 et s.
[677] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J.-C. RODA, *op. cit.*, n° 1452 et s., p. 677 et s.
[678] J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 857, p. 269.
[679] V. cependant, T. REVET, « La prise d'effets du contrat », art. préc., après avoir rappelé que « l'acte contractuel prend effet dès l'achèvement du processus de formation » et que « les prises d'effets anticipées

simplement aux parties de prévoir que « *le présent contrat prendra effet à compter du…* ». À l'expiration du délai convenu, le contrat produira effet automatiquement sans qu'il y ait besoin d'une nouvelle manifestation de volonté de la part des contractants. L'effet automatique de la clause évoquée est exclusif d'un quelconque processus de réalisation. Néanmoins, il arrive que les parties prennent en compte, lors de la rédaction de la clause, des circonstances de sa mise en œuvre notamment lorsque l'un des contractants doit préalablement obtenir une autorisation administrative ou réaliser des travaux avant la date prévue pour la prise d'effet. L'incertitude quant à l'obtention de l'autorisation administrative ou à l'achèvement des travaux avant le délai indiqué conduit en pratique les partenaires à procéduraliser la prise d'effet du contrat. Ce faisant, la partie tenue de réaliser des travaux pourra être tenue de notifier à son cocontractant la réalisation effective des diligences lui incombant dans un délai[680].

Plus simples à mettre en œuvre, les clauses d'application automatique ne créent pas d'étape supplémentaire sur le chemin de la réalisation de l'effet de la norme créée. Elles peuvent prendre la forme de clauses d'appellation diverse[681] (clauses d'échelle mobile, clauses d'indexation, clauses de maintien de la valeur, clauses de variation des taux de change[682]…), elles procèdent de la volonté de se prémunir contre le risque d'un déséquilibre et d'une spéculation à son égard[683]. Ce type de clause prend en considération non seulement les changements susceptibles d'affecter les relations contractuelles, mais aussi les modifications qu'il convient d'y apporter à des périodes déterminables de sorte que l'intervention ultérieure de la volonté d'une partie ne sera pas nécessaire. En faisant le choix d'une clause d'adaptation automatique[684], les parties entendent tirer profit de ses implications pratiques liées notamment à « la certitude de l'adaptation du contrat » à la date déterminée ou à la survenance de l'évènement visé. La prévision d'une clause d'éviction participe de la même logique. Contrairement à une clause d'exclusion, sa mise en œuvre s'opère de manière automatique « lors de la survenance du motif d'exclusion »[685] et ne nécessite pas le respect

---

comme différées sont […] exclues » (p. 31), l'auteur ajoute que « le principe de liberté contractuelle impose d'admettre, par principe, la prise d'effets anticipée d'obligations contractuelles » (p. 39).

[680] V. *supra*, n° 65.

[681] V. cependant, B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement des circonstances », art. préc., spéc., n° 36, qui intègre les clauses d'adaptation, quasi automatiques, au sein des clauses d'adaptation automatique. Une telle inclusion est contestable dans la mesure où les clauses (clauses d'alignement, clauses du client le plus favorisé…) impliquent souvent une discussion entre les parties. V. en ce sens, . LEQUETTE, « De l'efficacité des clauses de *Hardship* », art. préc., spéc. note 10, p. 269.

[682] Sur un ex. de clause, v. par ex., P. LE TOURNEAU, *L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle*, *op. cit.*, n° 229, p. 156.

[683] L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. AYNÈS, Economica 2011, spéc. 58, p. 35, l'auteur considère les clauses d'adaptation automatique comme « une technique de garantie contre l'incertain ».

[684] J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 1174, p.377 : en choisissant la formule des clauses d'adaptation automatique, les parties « bénéficieront alors, d'un mécanisme qui adaptera le contrat sans affecter la solidité puisqu'aucun nouvel accord de volontés ne sera nécessaire à ce moment-là ».

[685] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J.-C. RODA, *op. cit.*, n° 704, p. 338. Sur cette distinction, v. not., J.-J. ANSAULT, « Les clauses statutaires d'exclusion à l'aune de la liberté contractuelle », Journ. sociétés 12/2012, n° 104, p. 28 et s., pséc. p. 32 ; du même auteur, « Vers la reconnaissance affirmée des spécificités de la clause d'éviction », obs. sous Cass. soc., 9 mars 2017, BJS, n° 106, p. 374 ; H.-L. DELSOL, « De la perte de la qualité d'associé », Dr. sociétés 2016, étude 3 ; R. MORTIER, note sous Cass. com., 29 sept. 2015, Dr. sociétés 2017, comm. 138 ; B. DONDERO, note sous Cass. com., 29 sept. 2015, BJS 2015, p. 626. V. cependant, Y. PACLOT, note sous Cass. com., 29 sept. 2015, JCP E 2016, 1341 ; D. GALLOIS-COCHET, « Clause d'éviction

d'une procédure préalable[686]. La résiliation du contrat en raison de la survenance d'un évènement objectif peut faire l'objet d'un aménagement conventionnel de la même manière. Dans un exemple tiré d'une affaire soumise à la Cour de cassation, les parties avaient prévu la clause ci-dessous :

« Le présent contrat est conclu également en considération du fait que le Dr D. est propriétaire de x actions au moins de la Polyclinique Y. L'absence de cette propriété emporterait, ainsi qu'il est convenu entre les parties, la résiliation du présent contrat »[687].

186. - On le constate, les clauses d'application automatique comportent des avantages certains qui déterminent immanquablement le choix de leur stipulation au moment des négociations précontractuelles. En supprimant l'intervention des contractants, ces dispositifs anticipent « le caractère aléatoire du processus de réalisation du droit soumis à la versatilité des volontés individuelles. Partant, que la présence des parties s'efface et le droit ne devrait en être que plus efficace »[688]. Cependant, l'automaticité de leur application n'est pas dénuée de tout risque en ce que les prévisions des parties peuvent avoir subi des bouleversements à la survenance de l'évènement futur.

Dans une clause d'indexation, par exemple, l'indice choisi par les parties peut avoir disparu au moment de la réalisation de ses conditions d'application[689]. Si, dans ce cas particulier, les tribunaux s'arrogeaient parfois le pouvoir de procéder eux-mêmes à la substitution d'un indice conforme à la volonté des parties[690], celles-ci couraient néanmoins le risque de voir prononcer la caducité du contrat lorsqu'une telle substitution s'avère impossible en présence d'une indexation portant sur un élément essentiel du contrat[691]. Il est vrai que la question est désormais réglée à l'article 1167 du Code civil qui prévoit que « lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas

---

et clause d'exclusion : faut-il distinguer ? », Gaz. Pal. 25 sept. 2018, p. 50, n° 2 et s ; C.-A. MICHEL, note sous Cass. com., 13 mars 2019, Gaz. Pal. 24 sept. 2019, p. 51, ces auteurs considèrent la Cour de cassation ne consacre pas la clause d'éviction comme une notion distincte des clauses d'exclusion.

[686] Cass. com., 29 sept. 2015, n° 14-17.343 ; BJS 2015, p. 626, note B. DONDERO ; Rev. sociétés 2016, p. 228, note J.-J. ANSAULT ; JCP E 2016, 1217, n° 17, obs. M. BUCHBERGER ; *ibid*., 1341, note Y. PACLOT ; D. 2016, p. 2365, obs. J.-C. HALLOUIN ; Dr. sociétés 2016, comm. 43, note R. MORTIER ; Gaz. Pal. 24 mai 2016, p. 63, note J.-M. MOULIN ; Cass. soc., 9 mars 2017, n° 15-14.416 ; BJS 2017, p. 374, note J.-J. ANSAULT ; Dr. sociétés 2017, comm. 138, note R. MORTIER, qui relève que l'éviction présente un caractère automatique et ne peut être confondue avec la clause d'exclusion de sorte qu'il n'est pas nécessaire de respecter le principe de la contradiction pour sa mise en œuvre.

[687] V. à propos de cette clause, Cass. 1re civ., 8 janv. 2002, n° 99-11.840 ; RDSS 2002, p. 269, obs. G. MÉMETEAU ; RTD civ. 2002, p. 297, obs. J. MESTRE et B. FAGES, qui approuve les juges du fond d'avoir décidé que « cette clause s'analysait en une résiliation de plein droit du contrat sans préavis du fait de la cession de l'intégralité de ses actions par le DR D… ».

[688] M. TIREL, *L'effet de plein droit*, préf. D. R. MARTIN, Dalloz 2018, spéc. n° 86, p. 54, qui affirme : « d'un point de vue formel, l'intervention de l'intéressé à la règle – c'est-à-dire le sujet de droit – crée par définition une étape supplémentaire sur le chemin de la réalisation du droit. D'un point de vue substantiel, son intervention marque le caractère aléatoire du processus de réalisation du droit soumis à la versatilité des volontés individuelles. Partant, que la présence des parties s'efface et le droit ne devrait en être que plus efficace ».

[689] W. DROSS, *Clausier, op. cit*., p. 401.

[690] V. par ex. Cass. 3e civ., 22 juill. 1987, Bull. civ. II, n° 151 ; Cass. 3e civ., 12 janv. 2005, n° 03-17.260, Bull. civ. III, n° 4 ; D. 2005, p. 2836, obs. S. AMRANI MEKKI ; RTD civ. 2006, p. 117, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

[691] V. par ex. Cass. com., 30 juin 1980, n° 79-10.632, Bull. civ. IV, n° 281 ; Cass. com., 2 nov. 1993, n° 91-21.898, Bull. civ. IV, n° 371, RTD civ. 1994, p. 599, obs. J. MESTRE ; D. 1995, p. 73, obs. D. FERRIER.

ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus ». De sorte que la disparition de l'indice ne devrait plus entraîner la caducité du contrat pour l'avenir. Toutefois, la solution retenue ne conviendra pas forcément aux attentes des parties notamment dans « l'éventualité où, en cours d'exécution du contrat, l'établissement de l'indice choisi […] serait modifié dans sa composition de telle sorte qu'on ne pourrait pas dire si le nouvel indice reprend véritablement le premier »[692]. Il peut donc être utile de prévoir les modalités de détermination ou de renégociation de l'indice de remplacement impliquant éventuellement le recours à un tiers.

187. - Un raisonnement similaire peut être tenu à propos de clauses stipulées applicables « de plein droit ». Il a été soutenu, en effet, que cette dernière expression a un caractère trompeur[693]. En effet, la mention de « plein droit » figurant dans une clause résolutoire ne signifie pas automaticité de son application, si bien que la volonté du créancier a une prise sur le mode de réalisation de l'effet d'une telle clause[694]. Reste que le mécanisme contractuel de plein droit a un aspect expéditif[695] en ce qu'il vise à « rendre la résolution plus rapide dans l'intérêt du créancier »[696]. Prévue dans une clause, la mention de la résolution « de plein droit, sans préavis » évite toute mise en demeure préalable[697]. Cela est attesté par la possibilité reconnue aux parties de stipuler que la résolution « résulterait du seul fait de l'inexécution »[698]. Il s'ensuit que dans son mode de réalisation, une clause résolutoire peut ne pas comporter de procédure. Le risque est alors élevé que le débiteur se voie imposer une rupture pour un manquement auquel il peut remédier dans un certain délai, d'où une tendance à la procéduralisation de ces clauses. Plutôt que de se contenter de prévoir le principe de l'acquisition automatique de l'effet résolutoire en cas d'inexécution, les rédacteurs de contrats se soucieront des modalités de mise en œuvre et prévoiront le respect d'un processus formel structuré (délai, formes, nombre de relances)[699].

Le choix d'un tel mécanisme n'est pas simplement dicté par la volonté d'encadrer le pouvoir unilatéral de résolution du créancier, l'idée est aussi de permettre au débiteur de régulariser rapidement sa situation et d'éviter l'application de la sanction. Les parties sont

---

[692] J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 420.

[693] Sur cette question, v. H. BARBIER, « La force de la mention "de plein droit" des clauses résolutoires », RTD civ. 2015, p. 875 : « contrairement à ce que l'expression même pourrait suggérer, la clause résolutoire expressément stipulée comme opérant "de plein droit", ne produit jamais ses effets de manière mécanique ». *Adde*, M. TIREL, *L'effet de plein droit*, *op. cit.*, spéc. n° 319 et s., qui traite du « mythe de l'effet de plein » en montrant l'inexactitude des caractères « extravolontaire » et « extraformel » qui lui sont attribués ; du même auteur, « Précisions sur la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », D. 2017, p.1595, spéc. n° 18 : « Contrairement à une idée répandue, le mécanisme contractuel de plein droit n'opère pas de façon inéluctable et ne supprime pas le rôle des volontés individuelles dans le processus de réalisation du droit ».

[694] Cass. 3e civ., 17 avr. 2017, n° 16-13.625 ; RDC 2017, p. 455, obs. J.-B. SEUBE ; RTD civ. 2017, p. 854, obs. H. BARBIER ; D. 2017, p. 1595, note M. TIREL ; *ibid*. p. 1572, obs. M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *ibid*. 2018, p. 371, obs. M. MEKKI, qui décide que le créancier peut préférer la poursuite du contrat après le déclanchement de la clause résolutoire.

[695] Rappr. C. ATIAS, « "De plein droit" », D. 2013, p. 2183, spéc. n°1 : « L'effet qui se produit "de plein droit" prend un caractère automatique ; il est obtenu sans avoir à accomplir de formalités et, surtout, sans avoir besoin d'obtenir une décision exécutoire ».

[696] C. PAULIN, *La clause résolutoire, op. cit.*, n° 161, p. 174.

[697] Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-25.783 ; RTD civ. 2015, p.875, obs. H. BARBIER.

[698] C. civ., art. 1225, al. 2.

[699] F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *op. cit.*, n° 800, p. 859.

tenues au respect des exigences procédurales formulées dans la clause[700] qui ont une fonction protectrice. L'utilité de prévoir une procédure contractuelle réside dans la volonté de prévenir les risques liés à une application mécanique des clauses qui en sont dépourvues. Les dangers, par exemple, des clauses résolutoires de plein droit sont connus pour y insister davantage. L'inclusion d'une procédure dans la réalisation de l'effet de la clause constitue un ultime acte de prévision salvatrice[701] dans la mesure où elle précise une organisation juridique de détail sur la façon de procéder.

Conclusion du chapitre

188. - L'analyse des fonctions et du mécanisme des procédures contractuelles révèle leurs particularismes qui les distinguent du contrat dans lequel elles figurent. Issues de la volonté des contractants, elles poursuivent des fonctions distinctes de l'opération contractuelle de base et, à ce titre, elles constituent à la fois des composantes du contrat porteur et des stipulations dotées d'une individualité propre. Leur singularité est particulièrement marquée par le fait qu'elles tendent à importer les garanties du procès équitable dans les rapports entre les parties contractantes. La prise en compte de ces spécificités conduit donc à ne pas aligner systématiquement le régime des procédures contractuelles sur celui du contrat générateur.

Au sein du contrat, les dispositifs étudiés apparaissent comme des pièces « de réglementation de complexité variable »[702] qui se distinguent d'autres stipulations par leur degré d'élaboration et par leur mode opératoire. Leur effet ne se ramène pas à l'exécution d'une charge qui pèse sur un débiteur, ils peuvent indifféremment imposer des diligences aux parties voire à un tiers. En outre, si les parties prévoient le plus souvent des éventualités qui conditionnent leur mise en œuvre, le fonctionnement de ces mécanismes implique toujours l'action des contractants. On peut le comprendre dans la mesure où les procédures contractuelles sont prévues généralement pour s'appliquer dans les circonstances susceptibles d'avoir une influence sur le contenu ou sur les effets du contrat. Cela implique l'intervention des parties concernées pour prendre des mesures qu'elles jugeront nécessaires face aux configurations changeantes du contrat. Il n'y a pas là, à dire vrai, matière à surprise car les procédures contractuelles s'inspirent des instruments du procès pour les mettre en œuvre dans les rapports contractuels.

.

Conclusion du Titre

[700] Cass. 1re civ., 15 juin 1994, n° 92-14.907, Bull. civ. I, n° 217 ; JCP 1995, I, 3828, n° 11, ob. C. JAMIN ; D. 1995, p. 152, note Y. DAGORNE-LABBE. V. aussi, Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-27.838 ; RDC 2012, p. 787, obs. T. GENICON.

[701] Rappr. L. CADIET, « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », art. préc., spéc. n° 2 : au sujet des clauses relatives aux litiges, l'auteur elles réalisent une « anticipation au-delà de celle que celle que réalisent les autres clauses du contrat, anticipation au second degré ».

[702] R. LIBCHABER, *Le contrat au XXIe siècle. L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, préc., n° 62, p. 109, l'auteur considère la clause « comme une pièce de réglementation de complexité variable […] ».

189. - Les procédures contractuelles, en tant que dispositifs accessoires, puisent leur force dans la volonté des contractants. Si la liberté de création fait l'objet d'un certain nombre de restrictions en la matière, elle n'en reste pas moins prédominante. L'accord de volontés demeure la source, du moins la raison d'être, des mécanismes objet de la présente étude. Ils n'ont d'utilité que par rapport à un contrat auquel ils se rapportent nécessairement, qu'ils y figurent ou qu'ils soient prévus dans un document distinct de celui-ci.

Il ressort de ces observations une apparente dépendance des procédures contractuelles par rapport au contrat principal, laquelle ne saurait dissimiler les spécificités de ces mécanismes par rapport à l'opération économique voulue. Présumées participer à la réalisation de cette opération, elles ne servent qu'indirectement ce but, leur fonction est ailleurs. En effet, elles ne sont pas destinées à régler des préoccupations économiques, lesquelles sont la substance d'une obligation contractuelle. Il s'agit plutôt de normes comportementales guidant l'action des parties concernant l'attitude à tenir dans des situations précisées au contrat. À l'instar du droit processuel[703], les procédures contractuelles peuvent être conçues comme des mécanismes permettant « de construire et transformer des liens de droit » dans la sphère du contrat. Elles prennent en compte les modifications de la conjoncture ou les souhaits des parties pour donner à leurs relations une dynamique nouvelle suivant les circonstances. On le perçoit dans leur mode de fonctionnement impliquant le respect d'actes et de formalités successifs pour la mise en œuvre des mécanismes concernés.

Les procédures contractuelles apparaissent alors comme une manifestation des préoccupations procédurales dans le contrat. De par leurs finalités et leur mécanisme, elles ont une nature qui paraît pleinement spécifique. Leur singularité étant étudiée, il convient à présent d'envisager leurs manifestations dans la pratique contractuelle en dressant une typologie avant d'étudier leur nature.

[703] E. JEULAND, *Droit processuel général*, *op. cit.*, n° 1, p. 21, pour qui l'objet du droit processuel peut être vu comme « l'ensemble des mécanismes (règles, actes, prérogatives, liens, principes et ordres) permettant de construire et transformer des liens de droit ».

TITRE II - LES PROCÉDURES : OBJET DE L'ACCORD DES PARTIES

190. - L'instauration des procédures contractuelles constitue un exercice d'anticipation de la part des constructeurs de contrats et révèle aussi l'importance particulière que ceux-ci accordent à la manière de gérer un risque contractuel[704]. Ces mécanismes sont en général élaborés dans la perspective de gestion d'évènements plus ou moins porteurs de menaces sur l'opération économique projetée ou sur les bonnes relations que doivent entretenir les parties au contrat notamment dans une relation d'affaires. Les dangers qui guettent une opération contractuelle sont nombreux. Les plus connus concernent la survenance d'un différend ou d'un évènement imprévisible n'ayant pas été envisagé par les parties au moment de la conclusion du contrat. Mais il y aussi d'autres risques qui menacent notamment la stabilité et la prévisibilité que les parties cherchent à anticiper en prévoyant les modalités d'appréhension. Ils concernent principalement l'exercice de prérogatives contractuelles.

À cet égard, les procédures contractuelles, sans être des modes exclusifs de gestion de ces risques, apparaissent comme des instruments aptes à aménager les difficultés en cause.

[704] Sur cette question, v. J. M. MOUSSERON, « La gestion des risques », RTD civ. 1988, p. 481 et s. *Adde*, M. MEKKI, « Le nouvel essor des clauses contractuelles (1re partie) », art. préc., spéc. I. A., qui considère que la fonction (de gestion des risques) « imprègne l'ensemble des clauses » du contrat.

Prévues au contrat, elles sont dans une situation d'attente de la réalisation du risque qu'elles tendent à appréhender. À la survenance de l'évènement visé par la clause génératrice, se pose la question de ses modalités de gestion : le processus conventionnel, contenu de l'accord porteur, doit être mis en œuvre parce qu'il a été justement élaboré à cet effet. L'application de la procédure contractuelle, simple éventualité au moment de la conclusion du contrat, devient obligatoire lors de la réalisation du risque. La condition à laquelle son exécution est subordonnée se trouve accomplie ; la réalisation de l'éventualité visée par la clause justifie la mise en œuvre de la procédure prévue.

191. - Cette présentation *a priori* simple cache pourtant une réalité beaucoup plus complexe. Les risques que tendent à aménager ces mécanismes sont nombreux et variés. Il en est de même des contrats dans lesquels ils figurent. La complexité de ces circonstances impose aux rédacteurs de contrats plus de clarté et de précision sur les modalités des procédures qu'ils mettent en place. Cette exigence de clarté et de précision ne ressort pas toujours à la lecture de certains contrats. Tout dépend en réalité de la volonté des parties, assistées par leurs conseils, et de leur maîtrise du maniement de l'outil contractuel. En pratique, il existe diverses possibilités qui s'offrent à elles. Des clauses standardisées (clauses dites « prêt à porter ») aux clauses spécialement élaborées (clauses dites « sur mesure »), le choix est large. C'est ainsi que la pratique s'est enrichie de nouvelles formules de clauses procédurales. Chacune de ces stipulations se décline en plusieurs variantes dont la rédaction s'affine au gré des contractants.

On ne peut sans doute pas faire une énumération exhaustive de l'ensemble des clauses procédurales dans leurs différentes variantes. Mais une classification de leurs principales manifestations dans la pratique contractuelle paraît envisageable. Cet essai de typologie (**Chapitre 1**) constituera un tremplin vers la détermination de leur nature juridique (**Chapitre 2**) et permettra de mettre en évidence leur spécificité au stade de la mise en œuvre.

CHAPITRE 1 : TYPOLOGIE DES PROCÉDURES CONTRACTUELLES

192. - Aussi diverses qu'elles puissent paraître, les procédures contractuelles ne sont pas rebelles à toute tentative de systématisation. Il est possible d'identifier, entre certaines clauses procédurales, « une communauté de but » à partir de laquelle on pourrait envisager un régime commun applicable. Ce qui laisse entrevoir de possibles regroupements au sein d'une classification par catégories de procédures contractuelles.

Comme toute caluse, les dispositifs étudiés ont un rôle générique qui est de préciser et de compléter les modalités du contrat. Ils constituent « des fragments contractuels concourant au processus d'ensemble, à la façon dont les pièces distinctes d'un moteur sont affectées à des fonctions particulières »[705]. Ils remplissent des fonctions complétive et normative qui leur confèrent une aptitude à servir durant toutes les phases de la vie du contrat. De l'étape de sa conclusion à son extinction en passant par son exécution, des procédures peuvent être prévues pour régir les relations entre les parties. Les formalités procédurales peuvent être utilisées non seulement pour préciser les comportements que les parties doivent adopter lors de l'exécution de la prestation contractuelle mais aussi pour régir leurs rapports personnels.

[705] R. LIBCHABER, *Le contrat au XXI^e siècle. L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, préc., n° 60, p. 104.

On pourrait ainsi être tenté de distinguer les procédures contractuelles selon qu'elles visent à organiser l'opération économique projetée ou la relation des parties au contrat. Une telle classification n'est pas praticable au regard de la difficile distinction entre ce qui relève essentiellement de la logique économique et des relations entre les parties. De plus, elle ne permettrait pas de regrouper au sein d'une même catégorie les procédures appelant un régime identique. Aussi, pourrait-on envisager de procéder à une distinction chronologique selon que les processus conventionnels participent à la formation, à l'exécution ou à l'aménagement de l'extinction du contrat. Cependant, cette distinction ne permet pas de rendre compte de la spécificité de ces mécanismes par rapport aux obligations contractuelles classiques. Les procédures contractuelles traitent des aspects qui sont irréductibles à la question de la distinction entre formation, exécution et extinction du contrat. On pense notamment aux procédures organisant la transmission des obligations, à celles aménageant les pouvoirs unilatéraux reconnus aux parties dans certains cas ou encore aux processus relatifs au traitement des différends. Il ne semble pas non plus pertinent de faire une classification entre les mécanismes étudiés selon qu'ils ont pour objet un droit substantiel ou un droit procédural des parties. On l'a déjà relevé, les clauses créant des procédures sont inspirées à la fois de considérations substantielles et processuelles. Elles ont une implication sur les rapports de droit substantiel qui se nouent entre les parties et sur leurs droits procéduraux.

193. - En revanche, une tentative de regroupement au sein de deux catégories soumises à certaines règles propres peut être envisagée. Elle est fondée sur deux critères tenant, d'une part, aux modalités de mise en œuvre de la procédure en cause et, d'autre part, à l'objet de celle-ci. Le premier renvoie aux diligences qui incombent aux parties dans la mise en œuvre du dispositif. En effet, les procédures contractuelles reposent sur un fonctionnement plus élaboré qui ne se résume pas à l'exécution d'une obligation précise par un débiteur. Lorsque les conditions juridiques de leur application sont réunies, chaque partie pourra être tenue au respect d'une ou de plusieurs « obligations » qui peuvent être également ou inégalement imposées aux contractants. C'est la raison pour laquelle une classification est envisagée suivant les modalités de mise en oeuvre des clauses procédurales. Le second critère concerne ce sur quoi porte la procédure, son objet. Il correspond le plus souvent à l'éventualité, c'est-à-dire l'évènement ou l'acte qui conditionne la mise en œuvre du dispositif procédural. Tel est le cas des procédures de résolution des différends ou encore des procédures aménageant les prérogatives qui ont respectivement pour objet les différends et les prérogatives contractuels. Mais l'objet des procédures ne renvoie pas toujours à l'évènement conditionnel. Les clauses de renégociation ou d'alignement constituent des illustrations : l'évènement constitutif de leur condition d'application est différent de leur objet à savoir la prestation contractuelle.

Ainsi, en suivant leurs caractéristiques communes, on peut établir une distinction entre deux grandes familles de procédures contractuelles au sein desquelles des ramifications à plusieurs niveaux seront identifiées. Dans cette perspective, l'étude de la classification fondée sur les modalités de mise en œuvre (**Section 1**) sera suivie par celle de la classification suivant l'objet des procédures contractuelles (**Section 2**).

Section 1 : Classification suivant les modalités de mise en œuvre des procédures contractuelles

194. - Suivant la rédaction de l'accord générateur, les procédures contractuelles peuvent comporter des modalités de mise en œuvre variables. Celles-ci peuvent être constituées d'une ou de plusieurs charges procédurales incombant à chaque contractant. Les modalités de mise en œuvre renvoient aux diligences attendues des parties dans l'application des clauses créant des processus. L'analyse des principales « obligations » imposées aux parties laisse entrevoir un regroupement au sein de deux grandes familles de procédures contractuelles. Ainsi, au regard de l'initiative et de la conduite du dispositif contractuel, on peut établir une distinction entre les procédures unilatérales imposant l'accomplissement des actes de la procédure à une partie et les procédures bilatérales nécessitant une coopération des contractants dans la mise en œuvre du mécanisme.

Cette distinction n'est pas sans rappeler celle qui est établie entre les contrats unilatéraux et les contrats synallagmatiques, mais elle n'implique pas les mêmes enjeux pratiques. Deux intérêts s'attachent au moins à la classification ici retenue. Le premier rappelle le raisonnement retenu en matière de condition suspensive en vertu duquel la condition est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement[706]. Dans les procédures bilatérales, en effet, la jurisprudence considère que le « refus fautif » d'un contractant de coopérer au jeu du processus le prive de la possibilité de demander la sanction liée à la méconnaissance de ce dispositif contractuel[707]. Il s'agit de l'adaptation aux procédures contractuelles du mécanisme de l'exception d'inexécution[708]. Le second intérêt réside dans la force contraignante du mécanisme à l'égard des parties et dans la possibilité de renonciation unilatérale à la mise en œuvre du processus convenu entre les parties contractantes. Ainsi, les procédures unilatérales sont, en principe, instituées dans l'intérêt d'une partie qui ne peut se voir reprocher son inertie dans l'accomplissement des charges procédurales qui n'incombent qu'à son partenaire[709].

Tels sont les principaux intérêts résultant de la distinction retenue. D'autres intérêts peuvent être relevés en fonction des sous-ensembles de procédures. Cependant, il convient de souligner que les procédures unilatérales et bilatérales ne constituent pas des catégories étanches. Il n'est pas rare que les parties procèdent à des combinaisons les plus variables. Ce qui permet de mettre en exergue des hypothèses hybrides à cheval entre les procédures

---

[706] C. civ., art. 1304-3, al. 1.

[707] Cass. com., 3 juin 2014, n° 12-17.089 ; RDC 2015, p. 86, obs. C. PELLETIER.

[708] V. par ex., Cass. com., 5 juin 1984, nº 83-12.066, Bull. civ. IV, nº 185, qui approuve les juges du fond d'avoir retenu que les obligations mises à la charge d'une partie étaient subordonnées à la condition du respect par l'autre partie de l'ensemble des engagements souscrits par elle.

[709] V. par ex., Cass. soc., 15 mai 1991, n° 89-44.670, Bull. civ. V, n° 235 ; D. 1992, p. 289, obs. A. LYON-CAEN, selon la Cour, il ne peut être fait grief à un salarié de ne pas s'être présenté à l'entretien, il n'est pas obligé de s'y rendre car la formalité est prévue dans son intérêt exclusif. V. aussi, Cass. 3e civ., 17 avr. 2017, préc. qui approuve les juges du fond d'avoir retenu que la clause résolutoire « avait été stipulée au seul profit du bailleur et que celui-ci demandait la poursuite du bail », le preneur ne pouvait se prévaloir de l'acquisition de la clause.

unilatérales et bilatérales. Cette situation peut être relevée dans le cadre de cette étude même si elle n'a pas d'incidence concrète sur les enjeux de la distinction principale. Elle sera envisagée (**§. 3**) après l'examen de la typologie des procédures contractuelles bilatérales (**§. 2**) et unilatérales (**§. 1**).

§. 1. Procédures unilatérales

195. - Les procédures contractuelles unilatérales sont celles dont la mise en œuvre implique des diligences à la charge d'une seule partie. Contrairement à ce qu'on pourrait croire, le caractère unilatéral d'un processus conventionnel ne rime pas avec abus et arbitraire. Ce type de mécanisme s'inscrit dans une perspective beaucoup plus préventive et répond davantage à un objectif de prévisibilité et de sécurité. Il tend à préciser les conditions et les modalités de mise en œuvre des droits découlant du contrat. À ce titre, il sert à compléter ce dernier par les effets qu'il est susceptible de produire indépendamment du contrat porteur.

L'objet de ces procédures et les modalités suivant lesquelles elles peuvent être mises en œuvre sont très variables. Cela montre la difficulté d'une classification forcément empreinte d'une part d'arbitraire dans la mesure où la frontière entre les procédures unilatérales n'est pas étanche. Mais on peut établir une distinction selon un angle fonctionnel. L'analyse des principales clauses instituant des processus unilatéraux montre que dans certains cas, le mécanisme a une finalité purement informative car il ne requiert pas de diligence particulière à la charge du cocontractant (**A**) alors que dans d'autres cas, il a pour fonction de donner une impulsion à un engagement contractuel au moyen de l'interpellation qui est adressée au partenaire (**B**).

A. Les procédures informatives

196. - Les procédures informatives concernent les modalités de notification qui émaillent les relations contractuelles. Elles résultent d'un impératif de prévisibilité, de sécurité et d'efficacité qui conduit au développement de mécanismes destinés à informer son partenaire de la réalisation effective d'un engagement, de la survenance « d'évènements normaux ou d'incidents »[710] ou encore de l'exercice d'une prérogative. Elles s'inscrivent dans une perspective dynamique dans la mesure où leur mise en œuvre suppose l'accomplissement d'une formalité de notification dans un délai déterminé ou déterminable suivant le processus en cause ou les particularités de l'opération concernée.

En ce sens, les procédures informatives se distinguent des clauses du même nom qui se limitent à « renseigner les parties au contrat sur l'étendue de leurs droits et de leurs obligations »[711]. Ces clauses dites informatives procèdent de la distinction opérée par la

[710] F. X. TESTU, *Contrats d'affaires*, *op. cit.,* n° 38.01, p. 163.

[711] M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1re partie) », art. préc., spéc. p. 1058. *Adde,* N. GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, th. préc., spéc. n° 445 et s., p. 333 et s. ; S. KOLECK-DESAUTEL, « La simple indication du lieu de travail dans le contrat n'a qu'une valeur d'information », Lexbase hebdo éd. soc., 19 juin 2003, n° 76 ; J. PÉLISSIER, « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », RJS janv. 2004, n°1 p. 3 ; C. RADÉ, « Nouvelle application de la distinction entre les

jurisprudence entre les stipulations du contrat de travail s'imposant aux parties (clauses relatives à la fonction et à la rémunération du salarié) et celles qui sont dépourvues de valeur normative (clauses relatives à la détermination du lieu de travail). Ainsi, la chambre sociale de la Cour de cassation considère que le lieu de travail indiqué au contrat de travail ne lie pas l'employeur, celui-ci pouvant procéder à une modification unilatérale du lieu du travail considérée comme un changement des conditions de travail[712]. Partant de la position de la jurisprudence à l'égard de ce type de stipulation on peut les qualifier de clauses dites « indicatives »[713] qui ont simplement pour objet de rappeler aux parties leurs obligations sans créer de « situation juridique nouvelle »[714]. Ce type de clause est conçu dans une perspective statique. L'information dont il est question est déjà précisée dans le contrat sans qu'il y ait besoin de prévoir une modalité d'exécution en ce sens.

197. - Tel n'est pas le cas des clauses procédurales ayant une finalité informative. Elles supposent l'accomplissement de diligences pour leur mise en œuvre. Leur prévision dans le contrat peut s'expliquer par l'impératif de transparence[715] qui est devenu une préoccupation majeure des opérateurs économiques. Selon la formulation de la clause, l'une des parties sera tenue, par exemple, de porter à la connaissance de l'autre des éléments propres à vérifier l'état d'exécution d'une obligation de façon à prévenir d'éventuelles fraudes à ses droits. On peut l'illustrer par une clause prévue dans un contrat conclu entre deux sociétés de production cinématographique portant sur les modalités de remboursement d'une dette convenue :

> « La présente créance détenue par Europacorp auprès de Rectangle s'éteindra au parfait remboursement des Sommes Dues par Rectangle à Europacorp, ce par les mécanismes décrits en a), b), c) et d) du paragraphe 5 ci-dessus.
> Europacorp transmettra à Rectangle deux fois par an à compter de la signature de la présente, un relevé comptable accompagné de tous documents justificatifs qu'Europacorp pourrait fournir faisant apparaître les Recettes encaissées, directement par Europacorp en application des mécanismes définis au paragraphe 5 a), b), c) et d) ci-dessus »[716].

---

clauses informative et la clause normative du contrat de travail : l'exemple de la mention du régime de prévoyance ou de retraite », Lexbase Hebdo éd. soc. 12 juill. 2007, n° 268 ; du même auteur, « Contrat de travail : quand les clauses du contrat n'ont qu'une simple valeur informative », RDC avr. 2008, n° 2, p. 393.

[712] Cass. soc., 10 juill. 1996 (2 arrêts), n° 93-41.137 et n° 93-40.966 ; Dr. soc. 1996, p. 76 obs. H. BLAISE ; JCP G 1997 II, 22768, note Y. SAINT-JOURS, qui établit une la distinction entre modification du contrat de travail et modification des conditions de travail. V. P. WAQUET, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », RJS, 1996, p. 791 ; J. PÉLISSIER, « Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *in* Mélanges offerts à P. COUVRAT, PUF 2001, p.101 et s. En revanche, la fixation du lieu de travail peut avoir une valeur contractuelle lorsque la clause portant une telle indication précise clairement et expressément avoir une telle valeur : Cass. soc., 3 juin 2003, n° 01-43.573 ; RJS 8-9/03, n° 980 ; Dr. soc. 2003, p. 884, obs. J. SAVATIER ; JCP G 2003, II. 10165, note M. VERICEL.

[713] Sur l'absence de valeur contractuelle, v. Cass. com., 18 oct. 2017, n° 16-10.162 ; RTD civ. 2018, p. 101, obs. H. BARBIER.

[714] G. ARBANT-MICHEL, *Les relations entre les clauses et le contrat*, th. préc., spéc. n° 344 et s., p. 127 et s. V. aussi, D. CHENU, *Les clauses contractuelles autonomes*, *op. cit.*, spéc. n° 8, p. 13, qui semble dénier la qualification de clause à une telle stipulation au motif « qu'une clause qui reprend un fait préexistant au contrat peut être qualifiée de clause contractuelle, seulement si, en son absence, la situation juridique fut différente ».

[715] Sur cette question, v. E. GARAUD, *La transparence en matière commerciale*, th. Limoges, 1995 ; N. VIGNAL, *La transparence en droit privé des contrats (Approche critique de l'exigence)*, préf. J. MESTRE, PUAM 1998.

[716] Clause traitée par CA Paris, 15 nov. 2019, n° 17/18835.

Il s'agissait d'un accord de co-production de films dans lequel les parties avaient convenu d'une délégation de la totalité des recettes revenant à la société Rectangle au profit de la société Europacorp en exécution de la créance de cette dernière sur l'autre. Le processus de notification prévu en faveur de la société débitrice permet à celle-ci de connaître le montant des recettes encaissées et donc de l'état de remboursement de sa dette. C'est aussi un moyen de prévenir la gestion opaque de ces recettes par le biais d'un processus permettant d'assurer un contrôle de la sincérité des informations fournies par le contractant qui en est tenu.

Les clauses de référence à un déontologue participent d'une logique similaire. Le but recherché varie selon les cas[717]. Il peut s'agir de prévenir un conflit d'intérêts. Cela se traduira concrètement par l'obligation de notifier certaines informations à un déontologue. Dans le contrat de travail du gérant de portefeuille d'une SAS, une telle exigence était prévue par les parties. L'objectif était de permettre au déontologue de vérifier la compatibilité des activités externes du salarié avec ses fonctions :

> « […] l'acceptation de fonctions, à titre personnel, rémunérées ou non, quelle que soit leur nature, doit être portée à la connaissance de la direction et du déontologue […] leur nature ne doit jamais conduire le collaborateur à se trouver en situation de conflit d'intérêt avec son activité au sein de la société […] si leur exercice ne présente pas d'intérêt direct ou indirect pour (la SAS), elles ne doivent pas empiéter sur son temps de travail »[718]

198. - Les procédures informatives permettent aussi d'organiser la communication entre les parties sur des évènements susceptibles d'avoir une incidence sur les relations contractuelles. Elles peuvent avoir pour objet un évènement affectant le contenu du contrat à l'instar des clauses de force majeure. Le processus conventionnel peut viser un élément subjectif touchant aux contractants. Tel est l'objet des clauses de substitution dans les contrats préparatoires[719]. Lorsqu'un tiers est impliqué dans les rapports contractuels, sa situation peut faire l'objet d'une procédure informative. Par exemple, s'agissant de la désignation, du remplacement des représentants des parties et l'élection de domicile, la norme AFNOR P 03-001 prévoit les modalités suivantes :

> « Les désignations des représentants et les élections de domicile doivent être faites par les deux parties 15 jours au plus après l'acceptation par le maître de l'ouvrage de l'engagement de l'entrepreneur […]
> Les représentants désignés de part et d'autre peuvent, s'il y a nécessité, être changés au cours de l'exécution du marché.
> Les changements sont notifiés par lettre recommandée avec avis de réception et prennent effet dès la date de réception de ladite lettre.
> En cas de décès ou d'empêchement majeur de leur représentant et si la représentation est obligatoire, en vertu des 6.1.1, 6.1.2 ou 6.1.3, le ou les contractants doivent désigner un nouveau représentant dans un délai de 15 jours à compter de la date du décès ou de l'empêchement ».

---

[717] Il s'agit généralement de faire vérifier par le déontologue le respect des règles déontologiques. À propos d'un contrat prévoyant un tel mécanisme, v. Cass. com., 4 mars 2008, n° 06-12.340 ; D. 2008, p. 914, obs. X. DELPECH ; *ibid*., p. 1231, obs. M.-L. BELAVAL, I. ORSINI et R. SALOMON.

[718] Clause traitée par CA Paris, 26 juin 2014, n° 11/12783.

[719] V. par ex., clause de substitution dans une promesse synallagmatique prévoyant que la faculté de substitution s'exerce au moyen d'un LRAR envoyée au notaire avant un délai déterminable, Cass. 3e civ., 21 juin 2018, n° 17-18.738, inédit ; RTD civ. 2018, p. 875, obs. H. BARBIER ; D. 2019, p. 279, obs. M. MEKKI. Sur cette clause, v. C. LISANTI, « La clause de substitution dans les contrats préparatoires : clause de cession de contrat ? », JCP N 29 sept. 2017, n° 1270 ; M. MEKKI, « La clause de substitution dans les promesses de vente : une cession de contrat, *what else* ? », BRDA 20/2018, n° 33 et s.

L'objectif poursuivi par cette norme est d'encadrer strictement et de sécuriser les échanges qui émaillent les relations des parties dans le cadre d'un contrat portant sur la réalisation d'ouvrage immobilier. Les rédacteurs de ce type d'accord sont invités à la prudence notamment dans le choix des conséquences attachées à la violation du processus qu'ils mettent en place. Comme il est précisé dans ces stipulations extraites des normes AFNOR, la notification conditionne la prise d'effet des changements intervenus. À défaut de précision d'une telle conséquence, les juges seraient tentés d'y voir une simple règle de preuve[720].

199. - Il peut encore s'agir, pour les parties, de préciser des modalités concrètes de mise en œuvre d'une option ou d'une faculté reconnue à une partie. Les processus encadrant le droit d'option dans le cadre d'une promesse unilatérale ou la faculté de retrait d'un associé sont à cet égard exemplaires. Ainsi, dans une promesse unilatérale de vente portant sur un bien immobilier, les parties avaient stipulé que :

> « - la présente promesse est consentie pour une durée expirant le 15 juillet 2016 à 14 heures,
> - le bénéficiaire (M. C) pourra lever l'option à son choix par acte d'huissier ou par tout moyen écrit et signé par lui en original reçu par le promettant (la SCI Ubecha) ou le notaire au plus tard le 15 juillet 2016 […] »[721].

La clause susmentionnée permet d'organiser l'exercice du droit discrétionnaire d'option consenti au bénéficiaire de la promesse unilatérale en prévoyant des modalités formelles et temporelles de mise en œuvre. Le mécanisme encadre l'exercice de ce droit et d'atténuer son caractère discrétionnaire. La lecture d'une clause statutaire de retrait d'un associé prévue dans les statuts d'une AARPI laisse apparaître une finalité similaire :

> « Chaque associé peut librement se retirer de l'association à charge de notifier sa décision six (6) mois avant le 31 décembre de l'année en cours »[722].

200. - Les rédacteurs d'acte peuvent organiser les modalités de notification de la réalisation des conditions de la clause résolutoire. L'objectif est de faire en sorte que cette clause ne produise effet au moment de la réalisation de la condition que par une manifestation explicite de la volonté de son bénéficiaire. On a extrait d'un contrat de bail commercial, une clause formulée ainsi :

> « Le présent Bail est conclu sous la condition résolutoire, au seul bénéfice du Preneur, d'une absence de mise à disposition des Locaux Loués au plus tard **12** mois après la date fixée à l'article 4 des Conditions Particulières sous réserve du report de ladite date en présence d'une cause légitime de report ou en cas de force majeure (la "**Date Limite d'Achèvement**").
> Ainsi, dans l'hypothèse où la mise à disposition des Locaux loués au Preneur ne serait pas intervenue à la Date Limite d'Achèvement au plus tard, et en l'absence de cause légitime de report ou cas de force majeure, le présent bail pourra, à l'initiative du Preneur, être considéré comme résolu à raison du retard dans la mise à disposition des Locaux Loués.
> La résolution du Bail sera effective à compter de l'envoi par le Preneur au Bailleur d'un courrier recommandé avec demande d'avis de réception.
> Ledit courrier devra être envoyé par le Preneur au Bailleur au plus tard dans les huit jours ouvrés suivant la Date Limite d'Achèvement. À défaut, le Preneur sera réputé avoir renoncé de manière définitive à se prévaloir de la présente condition résolutoire […] »

[720] Cass. 3e civ., 21 juin 2018, n° 17-18.738, préc.
[721] Clause traitée par CA Basse-Terre, 4 nov. 2019, n° 18/00534.
[722] Clause traitée par Cass. 1re civ., 1er mars 2017, n° 15-28.525, inédit.

201. - Les mécanismes évoqués ici ne doivent pas être perçus comme de simples formalités visant à informer. Leur prévision dans le contrat a une véritable valeur normative qui ne doit pas être méconnue. D'ailleurs dans certaines clauses, sont rappelées les conséquences qu'il convient de tirer du non-respect du processus institué. On peut s'en rendre compte à la lecture de la clause précitée. On peut l'illustrer également avec les stipulations d'un contrat d'assurance de prêt immobilier que l'on a pu consulter. L'assureur avait pris soin de stipuler dans l'acte une clause formulée ainsi :

> « Tout arrêt de travail ouvrant droit aux prestations doit être déclaré dans les 120 jours à partir du 1er jour d'arrêt de travail. À défaut, l'ITT est considérée comme étant survenue au jour de sa déclaration en raison du dommage lié à l'impossibilité pour l'Assureur de contrôler l'état d'ITT. Par contre, il n'est pas fait application de la franchise »

La clause sanctionne l'inaction préjudiciable d'une partie par la déchéance partielle de ses droits. Le législateur a également recours à cette technique notamment en droit des assurances[723] ou encore en droit du cautionnement[724]. Sauf survenance d'un cas de force majeure, le mécanisme a une force contraignante. Mais les dispositions protectrices de la partie faible au contrat viennent parfois tempérer la rigueur d'une telle sanction. Dans pareille hypothèse, la déchéance ne serait encourue que lorsque le professionnel justifie avoir subi un préjudice du fait de l'inaction du non professionnel dans le délai contractuel[725].

202. - En somme, ce n'est pas un hasard si les parties font le choix d'insérer des procédures informatives dans leur contrat. Ces dispositifs ont une portée normative. Ils sont au service du contrat, ils permettent de renforcer ses effets en ce qu'ils aménagent les modalités précises de réalisation effective de certains engagements contractuels. Le juge pourra ainsi s'appuyer sur les termes de l'accord des parties, bien qu'il ne crée pas d'obligation *stricto sensu*, pour leur conférer l'effet juridique recherché. Cela vaut lorsque la procédure a une finalité informative, mais aussi lorsqu'il tend à provoquer une réaction du partenaire.

B. Les procédures incitatives

203. - Les exigences procédurales imposées à une partie au contrat peuvent avoir pour objet de contraindre l'autre contractant à agir. En réalité, cette fonction n'est pas propre aux seules procédures incitatives, mais elle permet d'expliquer la raison d'être de celles-ci. L'analyse des termes de certaines clauses montre que la technique vise à susciter la réaction du cocontractant dans le sens de la réalisation de l'opération contractuelle ou du règlement de certains incidents. Le mécanisme de la mise en demeure prévu aux articles 1221, 1222, 1223,

[723] C. assur., art. L. 113-2, 3° et 4°, L. 113-9, al. 3.
[724] V. par ex., C. civ., art. 2293 ; CMF, art. L. 313-22 ; C. consom., art. L. 314-17, L. 333-1, L 333-2. Sur cette question, v. P. CROCQ, « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », *in* Mélanges M. CABRILLAC, Litec 1999, p. 349 et s.
[725] V. par ex., pour les obligations déclaratives de l'assuré, C. assur., art. L. 113-2, 4° : « Lorsqu'elle est prévue par une clause du contrat, la déchéance pour déclaration tardive au regard des délais prévus au 3° et au 4° ci-dessus ne peut être opposée à l'assuré que si l'assureur établit que le retard dans la déclaration lui a causé un préjudice. Elle ne peut également être opposée dans tous les cas où le retard est dû à un cas fortuit ou de force majeure ».

1226 et 1183 du Code civil est à cet égard exemplaire. La technique est utilisée par le législateur dans d'autres domaines[726].

En général, l'incitation à agir apparaît clairement dans les termes même de la clause instituant une procédure. Ainsi, dans un contrat de franchise portant sur l'exploitation d'un fonds de commerce de boulangerie, les parties avaient prévu un mécanisme coopératif dans la perspective d'une évolution de leurs relations. Voici un extrait de l'acte qui traite du dispositif :

> « Si le franchisé trouve un autre fournisseur proposant des produits à des conditions de prix inférieures à celles proposées par le fournisseur référencé et à des conditions de qualité égale à celles des produits référencés, le franchisé a l'obligation de communiquer au franchiseur les références audit fournisseur et son cahier des charges (prix du produit, qualité, conditions de livraison..) afin que le franchiseur examine la possibilité d'un référencement de ce dossier, dans l'intérêt du réseau "Histoire de Pains" »[727].

Le processus contenu dans cette clause vise à aménager les modalités d'exécution de la stipulation pour autrui. C'était le cas en l'occurrence puisque le franchiseur avait imposé au franchisé une obligation d'approvisionnement exclusif auprès d'un fournisseur, ce qui a pour « effet de faire naître au profit » de ce dernier un droit contre le franchisé[728]. L'instauration de ce processus participe de la recherche de l'équilibre des rapports inégalitaires qui se nouent entre les parties en donnant au franchisé la faculté de proposer un autre fournisseur. L'objectif poursuivi est de favoriser le référencement de fournisseurs aux conditions contractuelles plus favorables pour le franchisé en l'obligeant à un examen attentif de la proposition de son partenaire.

204. - Les conséquences du non-respect de cette clause n'apparaissent pas clairement dans ses termes. Pour autant, elle n'est pas dépourvue d'effet juridique. La stipulation constitue une référence pour le juge en ce qu'elle lui fournit des renseignements sur les intentions des parties. Celui-ci peut s'en servir notamment pour apprécier le comportement du franchiseur lors de l'examen de la proposition du franchisé en cours de contrat. La finalité poursuivie par les contractants doit donc être respectée dès lors que la validité du mécanisme n'est pas contestée. Il en est ainsi d'autant que la clause évoquée dispose d'une force opératoire précise. Elle ne se réfère pas simplement à un standard général de comportement (bonne foi, loyauté), elle prévoit la conduite à adopter une fois réalisée la situation de fait qu'elle régit.

Une clause extraite d'une convention de compte courant proposée par la Société Générale est également révélatrice de la portée normative de ce type de mécanisme :

> « Les réclamations relatives aux opérations figurant sur un relevé de compte devront être formulées dans un délai de 4 mois. La réception sans contestation dans ce délai vaudra approbation des écritures. Passé ce délai, aucune contestation ne pourra être reçue sauf en cas de constat d'une erreur, d'une omission ou d'une fraude »[729].

[726] C. assur., art. L. 113-3 ; C. rur. pêche marit., art. L. 411-31 ; C. com., art. L. 228-24 ; C. trav., art. L. 1232-2 et s. et L. 1232-11 et s.
[727] Clause examinée par CA Paris, 31 juill. 2019, n° 16/08280.
[728] CA Paris, 31 juill. 2019, n° 16/08280, préc. qui considère que la durée du contrat de franchise bénéficie également au fournisseur référencé.
[729] La validité de cette clause est reconnue : CA Paris, 3 avr 2008, n° 06/18279.

Cette clause de réclamation constitue un moyen pour le professionnel de se dégager de ses obligations à l'égard du consommateur. C'est pourquoi, elle demeure sous le contrôle du juge qui peut la priver d'effet lorsqu'elle est de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Celui-ci ne peut être caractérisé en l'occurrence puisque le dispositif donne la possibilité au consommateur de contester les relevés reçus dans un délai raisonnable. Certes, une déchéance du droit de contester les opérations figurant sur le relevé de compte est prévue en cas de non-respect par le consommateur du processus contractuel, mais cela ne remet pas en cause la finalité incitative du mécanisme à l'égard du professionnel. En procédant à une réclamation suivant les modalités procédurales indiquées dans la clause, le client oblige son cocontractant à adopter une certaine attitude en donnant suite à sa requête. La fin poursuivie est de régler des incidents d'exécution ou certains malentendus qui peuvent devenir des situations litigieuses. Ce faisant, les contractants cherchent à tarir les poches de contentieux dans leur source afin de prévenir la survenance de litiges.

205. - Dans le même esprit, les parties peuvent contractualiser ce qu'il est convenu d'appeler le « *ten-day notice* » utilisé en matière de garanties professionnelles notamment celles fournies par les établissements de crédits. Il s'agit d'un mécanisme, importé du droit américain, par lequel le contre-garant (la banque) souscrit un double engagement en faveur du donneur d'ordre, son client, en cas d'appel de la garantie. En plus des stipulations de base de la garantie, l'accord prévoit généralement l'engagement de la banque :

> « […] en premier lieu, à informer le donneur d'ordre qu'il a été fait appel à sa garantie et lui communiquerait immédiatement tous documents et informations détenus par elle concernant l'appel ;
> […] ensuite, à ne pas payer avant l'écoulement d'un délai de dix jours à dater de la réception par le donneur de la communication adressée par le contre-garant que la garantie ou la contre-garantie a été appelée »[730].

Par cette clause, les parties introduisent dans leur relation contractuelle des mécanismes procéduraux destinés à éviter que l'exportateur soit privé des voies de droit pour s'opposer au paiement en cas d'appel frauduleux ou manifestement abusif. Ainsi, l'application de cet accord suppose que la banque l'informe d'abord de la mise en œuvre de la garantie et lui laisse ensuite un délai de 10 jours pour introduire une action, le cas échéant, avant tout paiement. L'instauration de ce processus, dont la teneur doit être précisément déterminée par les parties, permet d'introduire des précautions élémentaires dans l'exécution de l'obligation. Au-delà des garanties procédurales offertes à l'exportateur, le mécanisme a une fonction incitative. Il vise à susciter sa réaction relativement à une éventuelle irrégularité de l'appel de la garantie afin qu'il puisse s'y opposer en temps utile. Dans le cas contraire, son silence pourrait lui être opposable.

206. - Il ne s'agit pas uniquement d'instituer des mécanismes de déchéance des droits d'une partie. Ces processus participent aussi à l'encadrement des pouvoirs reconnus à des contractants qui, dans certaines situations, sont autorisés à se faire justice à eux-mêmes. La multiplication des mises en demeure dans de nombreuses stipulations s'inscrit dans cet objectif. La situation la plus courante est celle dans laquelle la mise en demeure incite l'une des parties à exécuter ses engagements. Tel est le cas d'une clause extraite du contrat de

[730] Lamy Contrats internationaux, Tome VI, Division IX, Cautions et garanties bancaires, article 254.

coproduction de films dans lequel l'une des parties avait consenti une délégation de recettes au profit de l'autre en exécution de la dette accordée par cette dernière à son partenaire :

> « […] dans l'hypothèse où Europacorp n'aurait pas été remboursée de la totalité des Sommes Dues, par le biais des délégations visées aux a) et b) ci-dessus, au 11 novembre 2014, Rectangle bénéficierait d'un délai supplémentaire de 12 mois soit jusqu'au 11 novembre 2015 pour rembourser à EuropaCorp le solde des Sommes Dues par le biais de ces délégations. À l'issue de cette période additionnelle de 12 mois, et dans l'hypothèse où l'intégralité des Sommes Dues n'aurait pas été remboursée, Rectangle s'engage à régler le solde des sommes dues dans un délai de 30 jours en numéraire ; à défaut, et à la suite d'une mise en demeure de payer demeurée sans effet à l'issue d'un délai de quinze jours, EuropaCorp deviendra, sous les réserves stipulées au paragraphe ci-dessous, cessionnaire, pour un prix d'un euro symbolique, de la quote-part des éléments corporels et incorporels de Rectangle sur le Film 'A l'Origine' et sur le Film 'Quand j'étais chanteur »[731].

Le dispositif évoqué ici s'inscrit dans le cadre d'une opération de coproduction de films convenue entre les parties. L'une d'elles a accepté d'avancer l'ensemble de la trésorerie nécessaire pour faire face aux dépassements budgétaires qui aurait dû être supporté par moitié par chacun des coproducteurs. Dans ce contexte, la clause permet d'organiser les modalités de remboursement des sommes dont la société Rectangle était débitrice à l'égard de la société Europacorp. L'instauration de la mise en demeure permet ici d'aménager dans le temps les conséquences attachées au non-paiement de la dette et de permettre au débiteur « de prendre ses dispositions dans la perspective de la fin annoncée du contrat, notamment lui laisser la possibilité de conclure des contrats similaires ou d'engager sa reconversion »[732].

207. - Mais cela ne doit pas occulter la fonction interpellative du processus qui tend à obtenir une réaction du débiteur. C'est dans la même lignée que se sont développées les clauses de remplacement[733] pour contourner les coûts et retards engendrés par l'autorisation judiciaire qui était requise par les anciens articles 1143 et 1144 du Code civil. La possibilité offerte aux créanciers par l'article 1222 du Code civil issu de la réforme de 2016 ne prive pas d'intérêt l'aménagement conventionnel de cette faculté de remplacement dans la mesure où il permet de préciser les modalités procédurales concrètes de sa mise en œuvre. En pratique, les contractants profitent de la liberté qui leur est reconnue.

Dans un Cahier des clauses administratives particulières (CCAP) relatif à la construction d'une crèche se référant notamment à la norme AFNOR P 03-001 du 20 octobre 2017, les parties ont stipulé une clause relative aux "Désordres apparus pendant l'année de parfait achèvement" :

> « Le Maître de l'ouvrage les notifiera à l'Entreprise, et au maître d'œuvre, au moyen d'une lettre recommandée avec avis de réception. L'Entreprise sera tenue d'intervenir et d'effectuer les travaux de reprise dans les 15 jours suivants la notification du ou des désordres.
> À défaut d'avoir procédé aux travaux de reprise, dans le délai susmentionné, le Maître d'ouvrage, 15 jours après une mise en demeure restée infructueuse, sera en droit de faire chiffrer pour le compte de l'Entrepreneur défaillant le coût des travaux de reprise par toute Entreprise de son choix, laquelle exécutera lesdits travaux aux frais et risques de l'Entrepreneur défaillant ».

[731] CA Paris, 15 nov. 2019, n° 17/18835, préc.
[732] Y.-M. LAITHIER, obs. sous Cass. 1re civ., 11 mars 2014, RDC 2014, p. 355.
[733] C. NOBLOT, « La clause de remplacement », CCC 2014, form. 3. V. aussi, D. PLANTAMP, « Le particularisme du remplacement dans la vente commerciale », D. 2000, p. 243.

Le processus contractuel permet ici d'interpeller le débiteur sur l'exécution de son engagement. Il constitue un moyen d'encadrer la prérogative contractuelle visée en prévoyant des conditions formelle et temporelle. L'intérêt de la clause est donc multiple : préciser les conditions d'application de la faculté de remplacement, renforcer le contrôle de sa mise en œuvre par le créancier. Cela répond à l'objectif de sécurité et de prévisibilité recherché par les opérateurs économiques.

208. - Les procédures unilatérales concernent divers aspects des relations contractuelles. On peut le constater à travers les différentes clauses examinées précédemment. Leur caractère unilatéral ne dépend pas de la nature des droits et obligations substantiels qu'elles ont pour objet d'aménager. Il est lié aux charges procédurales qui incombent à une partie en application de la clause génératrice. Il arrive aussi que la mise en œuvre du processus conduise à encadrer la réaction du destinataire de la notification en imposant des conditions de délai et de forme. Dans ce cas, la procédure contractuelle devient bilatérale puisqu'elle suppose l'accomplissement de diligences procédurales à la charge des deux parties.

§. 2. Procédures bilatérales

209. - Les procédures contractuelles bilatérales consistent à imposer l'accomplissement de diligences à la charge de chaque partie au contrat. Celles-ci peuvent varier suivant que le jeu du processus implique l'intervention (**A**) ou non (**B**) d'un tiers.

A. Les procédures sans intervention d'un tiers

210. - La stipulation de clauses instituant des procédures contractuelles bilatérales est fréquente notamment dans les contrats complexes ou de longue durée. Les raisons sont multiples : les parties ne pouvant pas toujours tout prévoir, l'objet même de certaines opérations contractuelles ne saurait se réaliser efficacement que dans un esprit collaboratif des contractants (c'est le cas des contrats de licence, de franchise, joint-venture, etc.). À cela, il faut ajouter l'imagination créatrice des rédacteurs de contrats toujours à la recherche de mécanismes nouveaux adaptés aux besoins des parties.

Les charges procédurales incombant aux parties varient selon le but recherché. Dans certains cas, la finalité poursuivie ne peut être atteinte qu'au prix d'une coopération forte des parties (**1**). En l'occurrence, la mise en œuvre du dispositif implique généralement l'accomplissement d'une ou de plusieurs diligences réciproques. Dans d'autres cas, le résultat recherché peut être atteint indépendamment du comportement d'une partie. L'exigence de coopération est beaucoup moins forte dans ce type de mécanisme et les charges procédurales imposées aux contractants n'ont pas nécessairement le même contenu (**2**). Cependant, la différence est davantage de nature que de degré. L'examen des principales manifestations permettra de faire ressortir la nuance.

1. Procédures impliquant une coopération renforcée entre les parties

211. - Les clauses instituant des procédures peuvent imposer des diligences dont le contenu est le même pour chaque partie. Le caractère bilatéral du processus répond, dans une telle hypothèse, à la nécessité pour les partenaires de coopérer en vue d'un certain résultat. Cette coopération s'organise selon des modalités diverses qui sont toujours tendues vers la réalisation d'un objectif commun. Certains diront que, dans une certaine mesure, l'obligation de coopération est de l'essence du contrat[734] si ce n'est l'objet d'une catégorie de contrats en particulier[735]. Il reste que le devoir de coopération apparaît à certains égards comme un standard plus vague, abstraite exprimant le chemin à suivre pour atteindre le but recherché. Sa concrétisation implique la formulation de règles précises destinées à contraindre les parties à une action conjointe en vue de la réalisation de l'objectif commun. Les procédures contractuelles bilatérales sont conçues dans cette logique.

Elles n'ont pas vocation à régir un contrat en particulier. Le choix de ces mécanismes est guidé par des considérations d'ordre pratique, juridique, économique ou moral. L'objectif peut être de préciser, par exemple, les modalités des négociations préalables à la conclusion d'un contrat. Ainsi, dans un accord encadrant les pourparlers, les parties peuvent convenir d'un calendrier des opérations à intervenir. L'idée étant d'instituer une « feuille de route des négociations »[736] devant se tenir dans un cadre d'action bien précis en vue de la conclusion du contrat. Le résultat recherché n'est pas garanti. Il dépend de la réalité de la coopération et de la bonne foi des parties. C'est pourquoi, dans une lettre d'intention visant l'acquisition d'un fonds de commerce, les parties ont convenu d'un tel calendrier en prenant soin d'ajouter :

> « […] elle (la lettre d'intention) a pour objet de décrire les principales conditions et modalités selon lesquelles l'acquisition du fonds de commerce pourrait être réalisée, étant précisé qu'elle ne constitue en aucun cas un engagement ferme et irrévocable de procéder à cette acquisition ;
> […] elle est uniquement destinée à déterminer les conditions auxquelles l'acquéreur envisage de procéder à la réalisation des opérations décrites et à fixer, en accord avec le vendeur, le cadre des négociations préalables à l'acquisition ;
> […] à défaut de respecter ce calendrier, et à défaut d'avenant, modifiant en commun accord un ou plusieurs délais, chacune des parties aura le loisir de reprendre sa pleine et entière liberté sans qu'il ne puisse lui être reproché de ne pas avoir poursuivi les négociations en vue de la réalisation de l'acquisition »[737].

La teneur du processus contractuel encadrant ces pourparlers n'apparaît pas dans l'arrêt de la cour de Pau ayant examiné l'acte. Mais on peut déduire de ces stipulations qu'elles manifestent la volonté des parties de conduire « leurs pourparlers en donnant désormais à ceux-ci un cadre conventionnel très précis et structuré organisant les modalités de la poursuite des négociations dans un souci de transparence et de loyauté réciproques de nature à garantir l'authenticité de leur intérêt réitéré pour l'opération de reprise tout en préservant la liberté contractuelle de chacune d'elle »[738]. La précision des modalités de détail prévues dans cette

[734] V. Y. PICOD, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », JCP E 1987, n° 47 ; F. DIESSE, *Le devoir de coopération dans le contrat*, th. Lille II, 1998 ; du même auteur, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », APD 1999, p. 259 et s., spéc. p. 261.
[735] En ce sens, v. S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, th. préc.
[736] L. RIGAULT, « L'encadrement juridique des pourparlers », LPA 2012, p. 5, spéc. III.
[737] Accord soumis à la cour de Pau : CA Pau, 28 janv. 2019, n° 18/03076.
[738] CA Pau, 28 janv. 2019, n° 18/03076, préc.

clause permet aux contractants de soustraire leurs relations au cadre général fixé notamment par les articles 1104 et 1194 du Code civil en prévoyant une réponse normative émanant de leurs volontés[739]. Le cadre d'action désormais fixé par les parties sert à renseigner l'interprète sur les intentions de ces dernières. Il a une force contraignante dans la mesure où il peut servir de référence pour le juge dans l'appréciation du comportement des parties dans la conduite des pourparlers.

212. - Les procédures bilatérales coopératives ne concernent pas uniquement la période précédant la conclusion du contrat, on peut s'en servir pour encadrer l'ensemble des étapes de l'opération contractuelle. Le recours à ce type de mécanisme est fréquent dans les contrats d'entreprise et notamment ceux qui ont pour objet les travaux de construction d'ouvrage immobilier impliquant une coordination entre les différents acteurs impliqués dans l'opération. Par exemple, dans le CCAP d'un contrat de construction d'ouvrage immobilier, les parties avaient inséré une clause intitulée "Réunions de chantier" dont la teneur suit :

> « Compte tenu de la durée du chantier et des impératifs de planning, l'Entrepreneur et un représentant de chaque sous-traitant devront obligatoirement être présents à toutes les réunions de chantier.
> Les rendez-vous de chantier seront fixés par le maître d'œuvre, en accord avec le maître de l'ouvrage, dès le commencement des travaux, ils auront lieu au minimum une fois par semaine.
> Les Entrepreneurs (Entreprise général et sous-traitants éventuels) seront tenus d'assister à ces réunions pendant toute la durée d'exécution des travaux et aussi hors de cette durée sur simple demande du maître d'œuvre, sous peine d'encourir les pénalités prévues à l'article 11.4.3. Ces dispositions sont applicables également aux réunions de coordination S.P.S. et de l'OPC.
> […]
> Les comptes rendus de chantier seront établis et diffusés par le maître d'œuvre aux différents intervenants. L'Entreprise assurera la diffusion à ses sous-traitants ».

La spécificité de l'opération a commandé l'insertion d'une telle clause dans le contrat. C'est un moyen bien commode pour les parties de suivre l'évolution du chantier et de faire le point sur les étapes déjà réalisées. Les réunions permettent aussi de juguler les difficultés persistantes et de prévenir la survenance de différends. Comme on peut le constater, il ne s'agit pas de stipulations formelles dépourvues d'effet juridique. Leur valeur normative s'infère clairement de l'affirmation de leur caractère obligatoire et de la prévision de pénalités en cas de non-respect des diligences imposées aux parties.

213. - On peut rencontrer ce type de processus dans tous les contrats créateurs d'obligations bilatérales de coopération. Par exemple, dans un contrat d'enseigne entre le titulaire et un commerçant indépendant, lit-on :

> « Le représentant de la Société d'Exploitation doit participer à toutes réunions et à toutes séances de travail organisées à intervalles réguliers, au cours desquelles les informations, les instructions, les orientations et la politique commerciale, sont portées à la connaissance des sociétés exploitantes, avec possibilité de demander qu'un point précis soit évoqué lors d'une réunion, soit quinze jours avant celle-ci.
> Les frais relatifs à ces réunions sont à la charge de la société d'exploitation ».

La mise en place d'une telle procédure est nécessaire au regard de l'objet du contrat porteur consistant, pour le titulaire, à mettre à la disposition de l'exploitant, « sa réputation,

[739] Du reste, ces pourparlers relèvent de la responsabilité contractuelle dans la mesure où ils ont été prévus et organisés par la convention des parties. Le régime prévu par l'article 1112 du Code civil n'est donc pas applicable.

son panonceau, son savoir-faire et ses services pour un fonds de commerce ». La périodicité des réunions n'est pas précisément déterminée dans la clause, mais elle dépend de la survenance d'évènements qui peuvent avoir une incidence (positive ou négative) sur les relations contractuelles.

214. - L'objet de l'opération contractuelle n'est donc pas neutre dans le choix du processus bilatéral. Mais l'essor de ces mécanismes dans les rapports contractuels dépend de leur aptitude à assurer l'efficacité juridique de l'opération qu'ils aménagent. C'est bien souvent le cas. On trouve, en pratique, des processus structurés qui témoignent de la capacité des rédacteurs de contrats à créer des dispositifs satisfaisant les besoins des parties. Dans un contrat de sous-traitance de prestation de services conclu entre une société dénommée Elutions et la société Vinci énergies intervenant sous la marque Opteor, les parties avaient prévu le processus suivant :

> « Article 1. "Objet du contrat". Opteor s'engage à effectuer, pour le compte d'Elutions et sous sa direction et son contrôle, la mission de déploiement du projet sur le site du client, par la réalisation des prestations suivantes […].
> Article 1.8 "Coordination du projet". Le projet sera coordonné par la marque Opteor au cours d'une réunion de coordination téléphonique avec Elutions qui sera organisée chaque lundi. Au cours de cette réunion, la marque Opteor fera le bilan avec Elutions de la semaine écoulée et évoquera [...]. Un point sur le planning sera effectué lors de cette réunion. Le tableau central de suivi déploiement sera actualisé après chaque réunion téléphonique et servira de support de compte rendu de la réunion.
> Un compte rendu sera établi par Elutions pour accord. La marque Opteor disposera d'un délai de trois (3) jours ouvrés pour émettre des remarques, ou passé ce délai, sa validation sera considérée comme tacite.
> Toutes les étapes du processus de déploiement sur un site seront suivies et notifiées par Elutions dans le tableau central de suivi du déploiement qui figure en annexe 8 »[740].

La clause marque la volonté des parties de collaborer dans la réalisation de l'opération convenue. Les modalités procédurales concrétisent cette volonté par la fixation d'un cadre normatif à l'action des contractants.

215. - Parfois, l'insertion d'une procédure bilatérale relève d'un souci d'équité et de pérennité des relations des relations contractuelles. La coopération recherchée par les parties se traduit par la mise en place d'un mécanisme procédural destiné à aménager la survenance d'un évènement susceptible de bouleverser leurs prévisions légitimes. Tel est l'objet des clauses dites de sauvegarde ou de renégociation fréquemment stipulées dans les contrats évolutifs[741]. Venu de la pratique, ce mécanisme a été consacré par le législateur à l'occasion de la réforme de 2016. Auparavant, on rencontrait dans certains contrats, des clauses ainsi rédigées :

> « Dans le cas où la prestation de conditionnement des déchets en vrac (objet du prix unitaire 1.8 du bordereau des prix unitaires, annexe n°1 du présent avenant n°2) se présenterait dans des conditions sensiblement différentes de celles ayant servi d'hypothèses à l'élaboration du présent avenant n°2, pour des raisons indépendantes du [groupement d'entreprises], les Parties se rencontreront afin de procéder à l'examen de bonne foi de la situation et de déterminer en commun les modalités selon lesquelles le marché pourrait être poursuivi dans des conditions d'équilibre similaires à celles qui ont prévalu au moment de sa signature »[742].

[740] Accord examiné par CA Lyon, 2 nov. 2017, n° 15/09752.
[741] V. par ex., F. DESCORPS DECLÈRE, *Pour une obligation d'adaptation des accords de coopération, (contribution à l'étude du contrat évolutif)*, th. Paris I, 2000, spéc. n° 18 et s.
[742] Clause traitée par CA Paris, 10 mai 2017, n° 15/10894. Sur pourvoi : Cass. 3e civ., 6 sept. 2018, n° 17-22.597.

Dans les contrats régis par le droit français, une telle formulation ne présente plus d'utilité dans la mesure où l'article 1195 du Code civil prévoit une obligation de renégociation. Cette disposition ne remet pas pour autant en cause l'intérêt des processus contractuels de renégociation. Les parties ont la possibilité de prévoir les modalités de la renégociation. Elles peuvent conventionnellement élargir les cas de recours à ce mécanisme, introduire d'autres modalités non prévues par le législateur comme la suspension du contrat dans certaines circonstances, le délai de mise en œuvre, les conséquences d'un désaccord sur la modification du contrat, le recours à une conciliation, etc. La précision de la clause constitue une mesure de précaution nécessaire à l'efficacité du mécanisme sinon à la prévention de certains comportements déloyaux.

216. - En somme, la stipulation de clauses instituant des procédures bilatérales permet de montrer le degré de collaboration attendu des parties dans le cadre l'opération contractuelle. L'intensité de cette collaboration est fonction de l'incertitude affectant le résultat recherché. Plus la finalité poursuivie est dépendante de la bonne foi des contractants, plus le processus contractuel doit intégrer des modalités d'anticipation des comportements déloyaux. Toutefois, si la coopération des parties est primordiale, elle ne s'impose pas toujours avec la même rigueur. Parfois, le résultat recherché dépend moins de considérations subjectives et peut être atteint autrement. La procédure contractuelle s'adapte à cette situation.

2. Procédures bilatérales impliquant une concertation atténuée entre les parties

217. - La liberté reconnue aux parties contractantes de réguler leurs relations a permis une diversification des procédures bilatérales pour tenir compte de la spécificité de chaque opération. Sont ainsi mis en place des mécanismes destinés à organiser une concertation entre les partenaires suivant des modalités variables. L'objectif poursuivi est de favoriser les conditions d'une entente en vue de l'exécution d'un engagement ou de faire précéder une décision d'une consultation préalable, étant entendu que l'inaction d'une partie n'est pas nécessairement de nature à affecter la poursuite de l'opération.

C'est le cas lorsque les parties mettent en place un dispositif conventionnel visant à encadrer la mise en œuvre d'une obligation légale. L'exemple d'une clause extraite d'un CCAP permet de le montrer. Dans le contrat de construction en cause, le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur avaient prévu d'organiser l'obligation incombant à ce dernier de « faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage »[743]. La clause relative à la sous-traitance prévoit :

> « […] la déclaration de sous-traitance doit être transmise au maître d'ouvrage et au maître d'œuvre au maximum 15 jours avant l'intervention du sous-traitant.
> En deçà des 15 jours, la déclaration est considérée comme tardive, pouvant entraîner une pénalité de 1/1000 du montant du marché de travaux objet de la sous-traitance, laquelle sera appliquée par jour calendaire de retard pour la remise de la déclaration.
> Aussi, le maître d'ouvrage adressera alors à l'Entreprise un courrier en recommandé avec avis de réception lui notifiant l'application de la pénalité et lui demandant de régulariser la situation sous peine de résiliation du marché aux torts de l'Entrepreneur ».

[743] L. n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, art. 3.

Cette obligation déclarative de l'entrepreneur est prévue par la loi du 31 décembre 1975. Cependant, la loi est peu prolixe sur ses modalités de mise en œuvre. Il est seulement énoncé en son article 3 que « l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande ». Plus qu'un simple rappel de la loi, la clause évoquée est un moyen de compléter ses effets en prévoyant un *modus operandu* spécifique ayant valeur contractuelle. La force contraignante du mécanisme contractuel est indiscutable. Il est assorti d'une pénalité et d'une menace de résiliation du contrat. Le juge doit tenir compte de la finalité poursuivie par les parties et des sanctions prévues.

218. - L'instauration de ce type de processus peut avoir pour objet non pas la mise en œuvre d'une disposition légale, mais la régulation des modalités de l'opération contractuelle. Pour rester dans le domaine de la construction immobilière, la norme AFNOR P 03-001 dont la dernière version date du 20 octobre 2017 prévoit une procédure relative au visa des documents d'exécution :

> « Les documents que l'entrepreneur doit établir au titre de son marché seront fournis au maître d'œuvre dans les délais contractuels (voir période de préparation ou autres dispositions retenues) et à défaut 30 jours avant commande, début de fabrication ou d'exécution des ouvrages concernés.
> Si le maître d'œuvre constate que ces documents ne sont pas conformes au projet, il dispose, à partir de la remise, d'un délai de 15 jours pour en informer l'entrepreneur qui doit, dans le même délai, fournir des nouveaux documents corrigés.
> Le maître d'œuvre délivre son visa sur les documents conformes au projet.
> L'entrepreneur ne saurait être tenu pour responsable des dépassements d'échéances au cas où les informations requises par lui, en temps voulu, ne lui auraient pas été fournies en temps utile ».

La spécificité de l'opération contractuelle commande la mise en place d'un tel processus, la réalisation de l'ouvrage convenu devant se faire sur la base de documents établis par l'entrepreneur avec l'approbation du maître d'œuvre. C'est toujours la coopération des parties qui est en cause. Mais le résultat du jeu du processus conventionnel n'est pas dépendant du bon vouloir d'un contractant. Les rédacteurs de ces normes ont voulu créer une parade contre les comportements dilatoires en imposant des délais stricts aux échanges entre les parties contractantes et en précisant les conséquences attachées au retard du maître d'œuvre dans l'accomplissement des diligences qui lui incombent.

219. - La mise en place de cette procédure bilatérale a pour but de favoriser une concertation entre les partenaires. L'objectif n'est pas toujours de parvenir à un accord sur la réalisation du résultat recherché. Bien souvent, les parties ont en tête plusieurs éventualités auxquelles peut conduire le jeu de la procédure contractuelle. Aussi, tout en imposant des diligences à la charge de chaque contractant, les clauses intègrent l'éventualité d'une inaction des parties. On peut le constater à partir d'une clause extraite d'un contrat conclu entre un éditeur de magazine et une société portant sur la concession d'une licence exclusive en vue de la publication et la diffusion de ce magazine, en langue russe, en Russie et dans certains pays voisins dont l'Ukraine. Le concédant avait consenti un droit de préemption au concessionnaire en précisant les modalités procédurales de mise en œuvre :

> « […] À l'expiration du présent contrat, le concessionnaire, toutes autres conditions étant égales, a le droit de préemption auprès des tiers pour conclure un nouveau contrat pour un nouveau délai. Le concessionnaire est tenu d'aviser l'Officiel par écrit en faisant part de ses intentions en matière de signature d'un contrat pour un

nouveau délai, et ce, au plus tard un an avant l'expiration du présent contrat. Passé ce délai, le concessionnaire perd son droit de conclure le contrat pour un nouveau délai.
[…] Si l'Officiel ayant reçu l'avis du concessionnaire lui annonçant son intention de conclure le contrat pour un nouveau délai n'entame pas de négociations avec le concessionnaire en vue de la signature d'un contrat pour un nouveau délai et conclut avec une tierce personne ou si l'Officiel refuse de conclure le contrat pour un nouveau délai avec le concessionnaire, en le signant avec une tierce personne aux conditions auxquelles le concessionnaire était prêt à conclure le contrat pour un nouveau délai (ou à des conditions moins avantageuses pour l'Officiel), le concessionnaire a le droit d'exiger, soit le transfert en sa faveur des droits et obligations issus du contrat pour un nouveau délai conclu avec des tiers et de verser une pénalité égale à un million (1 000 000) de dollars US, soit de lui verser une pénalité égale à deux millions (2 000 000) de dollars USD.
[…] Si dans les deux (2) ans après la date de cessation du présent contrat, l'Officiel s'apprête à signer un contrat pour un nouveau délai, il sera tenu d'aviser le concessionnaire de cette nouvelle intention de conclure le contrat pour un nouveau délai […] Si dans les deux (2) ans après la date de cessation du présent contrat, l'Officiel signe le contrat pour un nouveau délai avec une tierce personne sans avoir exposé au concessionnaire son intention de conclure le contrat pour un nouveau délai […] ou si l'Officiel signe le contrat pour un nouveau délai avec une tierce personne aux conditions auxquelles le concessionnaire était prêt à conclure le contrat pour un nouveau délai (ou à des conditions moins avantageuses pour l'Officiel), le concessionnaire aura le droit, soit d'exiger le transfert en sa faveur des droits et obligations qui découlent du contrat conclu et de lui verser une pénalité égale à un million (1 000 000) USD, soit de lui verser une pénalité égale à deux millions (2 000 000) USD »[744].

Le processus inclus dans cette clause montre que le droit de préemption n'a pas un caractère automatique. Il s'agit ici de favoriser une concertation des parties relativement à la poursuite de leurs relations contractuelles à son échéance. Les conséquences attachées ici à la violation de la clause permettent d'assurer l'efficacité du mécanisme qu'elle contient[745]. Mais l'objectif n'est pas d'imposer une concertation entre les parties quoi qu'il arrive. Si la poursuite des relations contractuelles au-delà du terme initial implique un minimum d'échange entre les intéressés, il faut tenir compte des situations de blocage, de refus abusif d'une partie. La clause évoquée s'inscrit dans cette logique dans la mesure où elle permet au concessionnaire de se passer de l'accord du concédant en lui conférant une option de substitution. C'est pourquoi elle ne peut s'analyser en une clause de dédit permettant au débiteur « de se libérer unilatéralement de son engagement dans les conditions fixées au contrat » puisqu'elle sanctionne l'inexécution de l'obligation imposée au concédant et prévoit une faculté de substitution de la concessionnaire dans les droits du tiers contractant[746].

220. - On voit qu'il est possible de réaliser des combinaisons originales au moyen de procédures contractuelles. En l'espèce, le processus conventionnel permet de combiner l'exercice d'un droit de préférence avec une faculté de substitution, une pénalité étant prévue en cas d'inexécution. La stipulation d'une clause pénale est la situation la plus fréquente lorsque la clause organise les modalités de règlement de l'obligation financière. Le but recherché est de renforcer l'effet contraignant du dispositif contractuel. On peut citer l'exemple de la procédure de paiement prévue par les Conditions générales de Contrat de sous-traitance du BTP mises en place par les principales fédérations des professionnels du secteur concerné :

[744] L'efficacité de cette clause est reconnue : CA Paris, 13 févr. 2019, n° 17/01634.
[745] Il en est ainsi d'autant que la clause n'impose pas, pour la substitution du bénéficiaire au tiers, la double condition prévue à l'article 1123 du code civil à savoir la connaissance de l'existence du pacte par le tiers et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir.
[746] Cass. com., 8 nov. 2016, n° 15-12.445, inédit.

« Le sous-traitant s'engage à fournir dans les délais prévus aux conditions particulières tous les documents permettant le règlement des travaux qu'il a exécutés.
L'entrepreneur principal s'engage à revêtir de son acceptation, dans les 15 jours de leur réception, les pièces que doit produire le sous-traitant à l'appui de sa demande de paiement.
En cas de rejet ou de modification des pièces ci-dessus, l'entrepreneur principal est tenu d'en faire connaître les motifs au sous-traitant. Copie de la demande de paiement corrigée sera alors adressée au sous-traitant.
Dans le cas où les sommes dues au sous-traitant sont réglées après la date de règlement figurant sur la demande de paiement, des pénalités de retard sont exigibles le jour suivant cette date jusqu'à la date de paiement effectif. Les pénalités de retard de paiement sont calculées, sans qu'un rappel soit nécessaire, au taux prévu par les dispositions législatives en vigueur.
[…] En cas de dépassement du délai de paiement mentionné aux conditions particulières, le sous-traitant peut suspendre l'exécution des travaux ou des prestations, après mise en demeure de l'entrepreneur principal restée infructueuse à l'issue d'un délai de 15 jours, faite dans l'une des formes prévues à l'article 1-7 du présent contrat »[747].

La lecture de cette clause permet de montrer que les procédures contractuelles complètent les effets du contrat. Afin d'éviter que le mécanisme ne soit relégué au second plan par le juge, les clauses prévoient des modalités précises et contraignantes. Cette rigueur dans la rédaction de l'acte est souhaitable d'autant que les processus institués se trouvent inclus dans des clauses (de rencontre, de réunion, de rapprochement, de discussion, etc.) pour lesquelles les parties souhaitent « conserver une marge de manœuvre afin de ne pas entrer dans une catégorie de clauses prédéterminées et par trop réglementées ou judiciarisées »[748]. Les maladresses rédactionnelles peuvent coûter cher compte tenu de la position de la jurisprudence qui a tendance à retenir une interprétation stricte des clauses en la matière.

221. - Il reste que l'exigence de concertation est moins forte dans le jeu des clauses évoquées. Certes, elles impliquent une coopération entre les parties dans la mise en œuvre des mécanismes concernés. Mais, à la différence de la clause de conciliation par exemple, le résultat recherché n'est pas nécessairement conditionné à la participation effective de tous les partenaires dans le déroulement du processus ni à la conclusion d'un accord. L'éventualité de l'inaction d'une partie est envisagée comme un facteur déclenchant un effet juridique potentiel qui pourrait bien marquer la fin du processus. La mise en œuvre de la procédure d'établissement du décompte définitif est symptomatique à cet égard. Un cadre d'échange est organisé entre les parties en vue de l'apurement des comptes sans que le dialogue soit nécessaire à l'obtention de ce résultat. Une partie qui garderait le silence sera considérée comme ayant accepté le décompte communiqué par son vis-à-vis. De même, les clauses d'alignement instaurent un cadre propice à la concertation en vue de l'alignement d'une partie sur les offres d'un tiers et la modification corrélative du contrat. Mais l'inaction ou le refus du « débiteur » est intégré dans les prévisions du contrat comme une éventualité conduisant à un résultat (*i.e.* possibilité pour le bénéficiaire de s'adresser au tiers), lequel est aussi envisagé comme une issue possible du processus. On voit bien que la concertation requise dans la mise en œuvre de procédures bilatérales ne s'impose pas avec la même vigueur suivant l'objet et la formulation retenue. Les clauses de concertation atténuée préviennent les stratégies dilatoires en évitant que le dénouement du mécanisme ne soit laissé au bon vouloir d'une partie. La

[747] Conditions générales de Contrat de sous-traitance du BTP, version 2018 : art. 6-23 et s., disponibles sur https://www.fntp.fr/sites/default/files/content/conditions_generales_du_contrat_de_sous-traitance_-_edition_2018.pdf
[748] M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1re partie) », art. préc., spéc. p. 1060.

même considération peut conduire les rédacteurs de contrats à prévoir l'intervention d'un tiers dans la mise en œuvre de la procédure contractuelle.

B. Les procédures impliquant l'intervention d'un tiers

222. - L'intervention d'un tiers dans les rapports contractuels est devenue un phénomène courant. On laissera de côté l'hypothèse des opérations juridiques à trois personnes où l'intervention du tiers ne porte pas directement sur la relation des contractants. Le cas de l'arbitrage sera abordé avec les procédures contractuelles aménageant le règlement des différends. La situation visée ici concerne celle où le processus contractuel régit l'intervention d'un tiers dans les rapports noués entre les parties.

Une telle implication du tiers n'est pas neutre. Mais son incidence est variable suivant que les parties confèrent ou non au tiers un pouvoir de décision contraignant. La différence tient à la nature des missions confiées au tiers. Dans un cas, l'avis du tiers ne lie pas les parties (**1**). Sa mission semble être limitée à l'accomplissement d'un acte matériel qui peut s'analyser en une prestation. Dans d'autres cas, la décision du tiers s'impose aux parties en s'incorporant dans le contrat (**2**). Il s'agit alors de confier l'accomplissement d'un acte juridique au tiers qui peut s'analyser en un mandat. Cette distinction entre les deux hypothèses n'est pas anodine car en pratique le juge se montre plus exigeant quant aux garanties procédurales requises lorsque la décision du tiers s'impose aux parties.

1. Le tiers investi d'un pouvoir non contraignant

223. - L'intervention d'un tiers fait partie des modalités normales de réalisation de l'objet de certains contrats. C'est le cas en matière de travaux de génie civil, de construction d'ouvrage immobilier où l'implication d'un professionnel du domaine concerné pour suivre l'exécution des travaux est généralement convenue entre les parties. C'est le cas du maître d'œuvre en matière de construction immobilière. Il s'agit d'une personne physique ou morale (le plus souvent un architecte ou un économiste de la construction) à laquelle le maître d'ouvrage confie des missions en vue de réaliser un ouvrage en raison de ses compétences techniques dans le domaine. Ces missions portent globalement sur la conception du projet, l'établissement des plans, des documents techniques, la coordination des travaux et l'assistance du maître d'ouvrage dans ses relations avec les entreprises.

Le maître d'œuvre intervient pour le compte du maître de l'ouvrage, mais son rôle et ses missions sont prévus dans le contrat d'entreprise. Dans certains cas, l'intervention de ce technicien se limite à un rôle de facilitateur, de coordinateur ou encore de vérificateur sans pouvoir contraignant. Mais les conditions de son intervention sont régies par des procédures convenues. Il s'agit le plus souvent de définir son rôle et les modalités de réalisation de celui-ci à l'égard des parties.

224. - Dans un CCAP relatif à l'exécution des travaux de construction d'un bâtiment, les parties ont stipulé une clause intitulée "Travaux supplémentaires, non nécessaires et non prévus contractuellement" prévoyant le mécanisme suivant :

« […] Pour ces travaux, l'Entreprise pourra être rémunérée, uniquement s'ils sont expressément autorisés par le maître d'ouvrage.
L'Entreprise transmet un devis, indiquant la nature et le prix des travaux supplémentaires non nécessaires à réaliser, à la maîtrise d'œuvre. Cette dernière doit le vérifier, au regard des prix unitaires contenus dans la décomposition du prix global forfaitaire. Il incombe au maître d'œuvre de le transmettre au maître d'ouvrage dans un délai de 10 jours à compter de la réception du devis.
Le maître d'ouvrage adresse à l'Entreprise son accord écrit sur la réalisation de ces travaux et sur le prix convenu […] ».

Cette clause est relative à la modification du contrat d'entreprise en organisant le processus de conclusion d'un avenant modificatif. La mission de vérification confiée au maître d'œuvre conduit à l'examen de la nécessité de ces travaux et de l'adéquation de la prestation supplémentaire au prix initialement convenu. Il peut, au besoin, dissuader le maître de l'ouvrage relativement à la proposition de l'entrepreneur, mais son avis n'a pas de force contraignante. Il est tenu, après vérification du devis, de le transmettre au maître d'ouvrage dans le délai contractuel. Cette précision est une précaution bienvenue puisqu'elle contraint le maître d'œuvre à effectuer ces diligences en temps utile permettant aux parties, l'entrepreneur en particulier, de connaître rapidement leur sort.

225. - Ce type de processus est fréquent dans les contrats d'entreprise de construction d'ouvrages immobiliers dans lesquels le maître d'œuvre joue un rôle central. Ce dernier intervient à toutes les étapes de l'opération contractuelle, de sa conception à la réception de l'ouvrage en passant par la phase d'exécution des travaux. Son rôle devient encore plus important lorsque plusieurs entrepreneurs ont vocation à intervenir sur le chantier. Il est par exemple chargé du contrôle de toutes les factures émises par les entrepreneurs avant de les transmettre au maitre de l'ouvrage pour le paiement. Il peut être convenu que :

« Chaque entrepreneur qui a exécuté une partie des travaux et établi sa facture de ceux-ci, communique ces éléments au maître d'œuvre, lequel, après contrôle, établi[t] un bon d'acompte, payable par le maître de l'ouvrage, au 30 du mois pendant lequel il a été transmis au maître de l'ouvrage.
Il [est] interdit à l'entrepreneur impayé de son acompte de suspendre son intervention sur le chantier, sans avoir adressé au maître de l'ouvrage une mise en demeure par lettre recommandée avec accusé de réception, avec un délai de 15 jours pour qu'il s'exécute, ceci à compter du 26 du mois suivant l'émission du bon d'acompte par le maître d'œuvre »[749].

Cette clause aménage les modalités de paiement des sommes dues aux entrepreneurs en exécution marché. Le maître d'œuvre n'a pas le pouvoir de fixer le prix, son intervention permet à ce que les factures soient établies conformément à l'accord des parties et, en particulier, qu'elles ne soient établies au détriment du maître de l'ouvrage. Dans cet acte, les parties avaient utilement complété leurs stipulations en imposant un délai au maître de l'ouvrage pour contester le bon d'acompte établi selon le processus convenu. En cas de non-paiement, la clause prévoit également une mise en demeure à la charge de l'entrepreneur concerné. Lorsque ce processus a été régulièrement mis en œuvre et en l'absence de contestation de la part du maître de l'ouvrage dans le délai imparti, ce dernier est tenu au paiement de l'acompte ainsi établi[750].

[749] Sur cette clause, v. CA Nîmes, 20 janv. 2011, n° 09/01548.
[750] CA Nîmes, 20 janv. 2011, préc.

226. - L'article G.3.2.6 du "Cahier des clauses générales du Contrat d'architecte pour travaux sur existants" proposé par l'ordre des architectes prévoit un mécanisme similaire :

> « […] L'architecte rédige et signe les ordres de service, pour l'exécution des travaux des différents corps d'état.
> Il organise et dirige les réunions de chantier et en rédige les comptes rendus, qu'il diffuse à tous les intéressés, vérifie l'avancement des travaux et leur conformité avec les pièces du marché, vérifie les situations de l'entrepreneur dans un délai de 21 jours à compter de leur réception et établit les propositions de paiement, vérifie les mémoires établis par les entreprises dans un délai de 15 jours à compter de leur réception, établit le décompte définitif en fin de chantier et propose le règlement pour solde.
> Le maître d'ouvrage formule, sous huitaine, ses observations sur les comptes rendus de chantier, s'oblige à régler l'entrepreneur dans le respect des conditions du marché, et à informer l'architecte de tout versement qu'il effectue. Il s'interdit de donner directement des ordres à l'entrepreneur ou de lui imposer des choix de techniques ou de matériaux. Dans le cas contraire, il assume les éventuelles conséquences dommageables de son immixtion. […] »[751].

227. - On voit bien que l'instauration de procédures contractuelles est un moyen commode de compléter le contrat de base en précisant un cadre normatif à différentes interventions que l'architecte serait amené à effectuer. Conformément à cette clause, l'architecte a l'obligation de vérifier les situations des entreprises et d'établir les propositions de paiement sous peine d'engager sa responsabilité contractuelle[752]. Le mécanisme peut avoir pour objet d'aménager l'intervention ponctuelle d'un tiers. L'article G 10 du cahier des clauses générales du contrat d'architecte précité est en ce sens. Il prévoit la saisine de l'instance ordinale qui aura pour mission d'émettre un avis sur la base duquel les parties peuvent se concilier :

> « En cas de différend portant sur le respect des clauses du présent contrat, les parties conviennent de saisir le conseil régional de l'ordre des architectes dont relève l'architecte, avant toute procédure judiciaire, sauf conservatoire. Le conseil régional peut, soit émettre un avis sur l'objet du différend, soit organiser une procédure de règlement amiable.
> En matière de recouvrement d'honoraires, la saisine du conseil régional est facultative ».

En pratique, les contrats d'architecte font référence à ce cahier des clauses générales établi par l'ordre des architectes et plus spécialement à cette dernière clause[753]. La force obligatoire de la clause est pleinement reconnue par la Cour de cassation[754]. Sa mise en œuvre suppose de saisir le conseil régional de l'ordre des architectes compétent c'est-à-dire celui dont relève l'architecte faute de quoi toute action contentieuse pourrait être jugée prématurée[755]. Le demandeur est considéré comme ayant respecté la clause dans l'hypothèse où le conseil régional, régulièrement saisi, n'a pas émis d'avis[756]. Il ne peut alors se voir opposer une fin de non-recevoir en cas de saisine du juge. C'est pourquoi, il est souhaitable

[751] www.architectes.org/sites/default/files/fichiers/auto-liens-casses/CCG_travaux_existantsModele_v3.pdf
[752] V. par ex. CA Montpellier, 24 mars 2016, n° 13/00125 : après avoir énoncé « que les factures des trois entreprises concernées ne portent aucun visa et accord de paiement par l'architecte », retient que celui-ci a manqué « à son obligation contractuelle de vérification des situations de travaux ayant entraîné pour les maîtres d'ouvrage un préjudice à hauteur de la somme de 13 662,98 € ».
[753] Sur les décisions ayant traité cette clause, v. par ex., CA Montpellier, 1er mars 2012, n° 11/00626 ; CA Dijon, 17 nov. 2015, n° 13/01898 ; CA Toulouse, 7 déc. 2015, n° 14/06084 ; CA Nîmes, 30 juin 2016, n° 15/02412.
[754] Cass. 3e civ., 4 nov. 2004, n° 03-13.002 ; Cass. 3e civ., 28 avr. 2011, n° 10-30.721, Bull. civ. III, n° 58, D. 2011, p. 1282 ; *ibid*. 2012, p. 244, obs. N. FRICERO ; Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19.684, Bull. ch. mixte, n° 3 ; D. 2015, p. 298, note C. BOILLOT ; Procédures 2015, n° 2, p. 19, note H. CROZE ; Gaz. Pal., 8 mars 2015, n°67, p. 9, note S. AMRANI-MEKKI.
[755] Cass. 3e civ., 18 déc. 2013, n° 12-18.439 ; Bull. civ. III, n° 169 ; RDI 2014, p. 105, obs. B. BOUBLI.
[756] CA Montpellier, 14 déc. 2017, n° 14/03522.

que la clause précise le délai imparti au tiers pour donner son avis. À défaut, le professionnel ne saurait tirer argument de la brièveté du délai entre la saisine de l'instance ordinale et l'introduction de l'instance devant la juridiction compétente par ses cocontractants (non professionnels) pour leur opposer une fin de non-recevoir[757].

228. - Le recours à une tierce personne est parfois encouragé voire imposé par le législateur aux parties contractantes pour les aider à surmonter leur différend. Tel est l'objet de l'article L. 127-4 du Code des assurances qui impose aux parties de prévoir dans le contrat d'assurance de protection juridique le recours à un tiers en cas de désaccord entre l'assureur et l'assuré[758]. En pratique, les assureurs prennent en compte ce processus dans leurs conditions générales en précisant les modalités de mise en œuvre. Par exemple, les Conditions générales du contrat de protection juridique AXA prévoient le processus suivant en cas de désaccord sur les fondements des droits de l'assuré ou concernant les mesures à prendre :

> « Après analyse des informations transmises, nous envisageons les suites à donner à votre litige à chaque étape significative de son évolution. Nous vous en informons et en discutons avec vous.
> En cas de désaccord entre vous et nous sur le fondement de votre droit ou sur les mesures à prendre pour régler le litige, vous pouvez selon les dispositions de l'article L. 127-4 du Code des assurances :
> soit soumettre cette difficulté à l'appréciation d'une tierce personne désignée d'un commun accord ou désignée à défaut, par le président du Tribunal [judiciaire statuant selon la procédure accélérée au fond]. Dans ce cas, nous prenons en charge les frais exposés pour la mise en œuvre de cette action. Cependant le président du Tribunal [judiciaire] peut les mettre à votre charge s'il considère que vous avez mis en œuvre cette action dans des conditions abusives ;
> soit exercer l'action, objet du désaccord, à vos frais - dans ce cas, si vous obtenez une solution définitive plus favorable que celle que nous vous proposons ou vous propose la tierce personne citée ci-dessus, nous vous remboursons les frais et honoraires que vous avez engagés pour cette action **dans la limite des montants maximaux de prise en charge** (article 5.6. - page 16 des présentes Conditions générales) »[759].

Le mécanisme institué dans cette clause favorise la résolution amiable des désaccords pouvant survenir entre les parties au sujet de la procédure à engager. C'est pourquoi sa mise en œuvre suspend le délai de recours relativement aux contentieux liés au contrat[760]. Les termes de cette clause laissent entendre que la procédure est une simple faculté prévue au profit de l'assuré. Mais les tribunaux ont renforcé les effets de ce mécanisme. D'une part, l'assuré qui prend l'initiative de l'action contentieuse, en méconnaissance de cette procédure contractuelle, s'expose à un refus de la prise en charge de la garantie par l'assureur[761]. D'autre part, en matière de clause défense-recours dans une police d'assurance automobile, l'assureur peut voir sa responsabilité contractuelle engagée s'il ne met pas en œuvre cette procédure lorsqu'un désaccord survient relativement aux mesures à adopter en cas de réalisation du risque assuré[762]. Néanmoins, l'assureur peut valablement se réserver le droit d'apprécier

[757] CA Rouen, 31 janv. 2019, n° 17/02641, qui juge le délai de 20 jours observés par les demandeurs entre la saisine de Conseil Régional de l'Ordre des Architectes et celle de la juridiction compétente comme étant suffisant et de nature à ne pas priver d'effet la clause.
[758] B. CERVEAU, « Le règlement des cas de désaccord entre l'assuré et l'assureur sur la façon de régler le litige en assurance P.J. », Gaz. Pal. 24-25 janv. 1997, p. 2.
[759] Conditions générales, Assurance protection juridique AXA, Janv. 2019, art. 6.4.
[760] C. assur., art. L 127-4, al. 3.
[761] CA Lyon, 20 janv. 2000, n° 1998/01836 ; JCP 2001. IV. 1080, qui décide que l'assuré n'est pas fondé à réclamer la garantie de l'assureur pour la prise en charge des frais exposés pour l'exercice de l'action en justice.
[762] Cass. 1re civ., 27 févr. 1980 ; RGAT 1981, p. 57, note J. BIGOT, pour qui, lorsque l'assuré exprime son refus d'accepter le partage de responsabilité que lui opposait l'assureur, il appartient à ce dernier d'exercer un recours ou de mettre en mouvement la procédure contractuelle prévue en cas de désaccord entre l'assureur et l'assuré ;

l'opportunité d'engager l'action en justice souhaitée par l'assuré puisque ce dernier a la possibilité de mettre en œuvre le processus contractuel à la charge de l'assureur[763]. Le rôle du tiers est d'apprécier si une action en justice envisagée par l'assuré et refusée par l'assureur « a des chances suffisantes de succès pour mériter d'être engagée »[764]. Toutefois, son avis ne lie pas les parties, en particulier l'assuré qui peut engager, à ses frais, la procédure contentieuse contre l'avis du tiers. Dans ce cas, l'assureur l'indemnise des frais exposés pour l'exercice de cette action, dans les limites contractuelles lorsqu'il obtient une solution plus favorable que celle proposée par le tiers.

229. - Si l'avis du tiers n'a pas de valeur contraignante pour les contractants, son implication crée une dynamique nouvelle grâce au regard neuf qu'il apporte sur la situation de fait régie par la clause procédurale. La réussite du mécanisme dépendra, en partie, de son pouvoir d'initiative et de sa capacité à rapprocher les parties. Néanmoins cela ne suffit pas toujours. Encore faut-il que le tiers soit véritablement en mesure de stimuler le zèle procédural des contractants lorsqu'ils manquent d'empressement dans la mise en œuvre du dispositif contractuel. C'est pour cette raison que, dans certains cas, le tiers est investi d'un pouvoir contraignant.

2. Le tiers investi d'un pouvoir contraignant

230. - La volonté de régler certaines questions de manière définitive conduit les contractants à prévoir le recours à un tiers auquel ils confèrent un pouvoir de décision contraignant. Cette incursion d'un tiers dans les rapports contractuels est expressément permise par le législateur en matière de fixation du prix dans le contrat de vente (C. civ., art. 1592)[765]. Elle leur est imposée dans certains cas notamment pour protéger l'une des parties contre les risques d'une sous-évaluation. C'est le cas de l'article 1843-4 du Code civil relatif à la cession de droits sociaux[766] et des articles 2348 et 2460 du même code relatifs au pacte commissoire[767].

Cependant, qu'elle soit voulue ou imposée aux parties, l'intervention du tiers doit être précisée dans ses modalités. Les rédacteurs de contrats sont d'ailleurs avisés de prendre une telle précaution d'autant que la validité sinon l'efficacité du mécanisme peut en dépendre. La procédure aménageant le cadre d'intervention du tiers est généralement incluse dans la même clause. La pratique est fréquente en matière de cession de parts sociales où les rédacteurs d'actes accordent une attention particulière à la détermination des modalités de fixation

---

CA Aix-en-Provence, 29 juin 2000, n° 97/14690, Gaz. Pal. 15 mai 2001, p. 21 ; JCP 2001. II. 10469, note D. MARTIN, qui énonce qu'« en présence d'une clause de défense recours dans une police d'assurance automobile, commet une faute engageant sa responsabilité contractuelle, l'assureur qui omet de déclencher la procédure d'arbitrage prévue au contrat dans l'éventualité où les parties ne sont pas d'accord sur l'opportunité d'un recours à exercer contre un tiers ».

[763] Cass. 2e civ., 13 déc. 2012, n° 11-28.130, inédit ; RGDA 2013, p. 406, note M. CERVEAU.

[764] CA Paris, 5 oct. 2007, n° 07/4626.

[765] J. MOURY, « Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers », Rev. sociétés 1997, p. 455.

[766] V. le dossier relatif à « L'expertise dans le contrat », *in* RDC 2014, p. 304 et s.

[767] V. S. HEBERT, « Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006 », D. 2007, p. 2052 ; F. MACORIG-VENIER, « Le pacte commissoire (et les sûretés réelles mobilières) », RLDA 2007/14, p. 79.

définitive du prix par le tiers. Dans une clause soumise à la cour d'appel de Paris[768], on peut lire :

> « Les Experts comptables de chacune des parties devront s'entendre pour établir une situation sous forme de bilan unique arrêté à la DATE DE CESSION.
> Dans un délai de trente jours de l'arrêté contradictoire de la situation sous forme de bilan à la DATE DE CESSION, les parties devront se rencontrer pour signer un acte portant application de la présente clause de révision au prix provisoire et fixant ainsi le prix définitif.
> À l'expiration du délai ci-dessus visé, et en cas de désaccord persistant, les parties décident que le désaccord sera alors tranché, conformément aux dispositions de l'article 1592 du Code civil, par un tiers expert choisi d'un commun accord par elles-mêmes, lesquelles devront le désigner dans un délai de 15 jours suivant l'expiration du délai ci-dessus visé.
> Dans l'éventualité où elles ne pourraient procéder à une telle désignation ou si ce tiers refusait d'exercer cette fonction ou se trouvait empêché, le tiers expert serait nommé par ordonnance du Président du Tribunal de Commerce de MEAUX statuant en la forme de référé sans recours possible, à la requête de la partie la plus diligente.
> La mission du tiers expert sera de trancher le ou les points restant en litige entre les parties relativement à la détermination de l'actif net social de la situation sous forme de bilan arrêté à la DATE DE CESSION permettant ainsi de déterminer le prix définitif.
> Il devra remettre son rapport au Z et à l'ACQUEREUR au plus tard un mois après la date de sa saisine.
> Les conclusions du tiers expert s'imposeront aux parties qui renoncent expressément à les contester. Sa décision sera réputée équivalente à l'expression de la commune volonté des parties et s'incorporera en tant que telle dans le contrat.
> Les honoraires de ce mandataire commun seront à la charge des parties à hauteur de 50% chacune, qui s'y obligent.
> Dans ce cas, les parties devront dans les quinze jours de la décision rendue par le tiers expert se rencontrer pour signer un avenant à l'acte de cession et portant fixation du prix définitif et constatation de son paiement.
> Si une des parties ne se présentait pas à la signature de l'avenant portant fixation du prix définitif et constatation de son paiement, l'autre partie pourra soit, contraindre la partie défaillante à concourir à la signature de l'acte par tous moyens y compris par voie de recours judiciaire ».

231. - La clause organise le mode de fixation du prix par un tiers expert en cas de désaccord entre les parties. Le dispositif ne s'analyse ni en un processus arbitral[769] ni en un « un mode alternatif de résolution du litige né d'un refus de paiement par la cessionnaire »[770] puisqu'aucun litige n'oppose les parties et le tiers ne tire aucune conséquence juridique de sa décision. En outre, il ne renvoie pas à l'expertise prévue par le Code de procédure civile dans la mesure où la mission du tiers ne consiste pas à donner un avis consultatif ne s'imposant ni aux parties, ni au juge. La précision la plus importante, pour l'efficacité du mécanisme, voire pour la validité même du contrat (en matière de fixation du prix dans les contrats de vente), est relative à l'indication ou aux modalités de désignation du tiers dans la clause. L'objet de son intervention doit être spécifié pour éviter une requalification en une clause d'arbitrage. La requalification est exclue lorsque la mission du tiers « a exclusivement un caractère factuel et technique »[771] ou consistant à « procéder sur des éléments de fait à un constat s'imposant aux

[768] CA Paris, 19 déc. 2019, n° 19/12076.
[769] V. Cass. com., 16 févr. 2010, n° 09-11.586, D. 2010, jur., p. 1765, note J. MOURY ; Rev. sociétés 2010, p. 165, note A. COURET ; Cass. 1re civ., 15 déc. 2010, n° 09-16.943 ; D. 2011, p. 88, obs. X. DELPECH ; *ibid*. p. 3021, obs. T. CLAY ; RTD civ. 2011, p. 385, obs. P. THÉRY.
[770] CA Paris, 19 déc. 2019, n° 19/12076, préc.
[771] Cass. 1re civ., 15 déc. 2010, n° 09-16.943, préc.

parties »[772]. Ensuite, il faut veiller à ce que la personne désignée soit véritablement un tiers aux contractants, c'est-à-dire qu'il ne soit pas sous la dépendance d'une partie[773].

S'agissant des modalités d'intervention du tiers, une attention particulière doit être portée au caractère contradictoire de la procédure. La décision s'impose aux parties et le juge ne peut, en principe, la modifier. Il est donc important que la clause organise une procédure équitable, du moins celle garantissant l'égalité des armes afin qu'un minimum de justice s'observe dans le jeu du dispositif contractuel. Cette exigence a été rappelée par certains juges du fond à l'occasion de l'examen de clauses instituant une procédure de réalisation du gage. La clause qui prévoit qu'en cas d'appropriation du bien gagé, le créancier indiquera au débiteur la valeur retenue et déterminée par l'expert désigné dans l'acte ne satisfait pas à une telle exigence. L'absence « de toute stipulation assurant le caractère contradictoire des opérations d'évaluation ne permet pas de garantir de manière indiscutable l'objectivité et l'impartialité de la détermination de la valeur du bien gagé »[774].

232. - L'instauration de ce type de procédure peut concerner la détermination par le tiers de divers éléments du contenu du contrat. On le retrouve souvent dans les clauses d'objectifs prévues dans les contrats de distribution[775]. Par cette clause, les parties conviennent de se mettre d'accord sur la nécessité de réaliser des objectifs de vente. En cas de désaccord sur ces objectifs, la clause prévoit le recours à un tiers expert ou à un collège d'experts. Ces deniers auront alors pour mission de parfaire le contrat en déterminant un élément de son contenu. C'est dans le même esprit que les parties à un contrat d'assurance prévoient le recours à un tiers chargé de l'évaluation chiffrée du sinistre. Dans un contrat d'assurance tous risques conclu entre une société ayant pour objet l'organisation d'évènementiels et une compagnie d'assurance, il est convenu que :

> « Les dommages sont évalués de gré à gré ou, à défaut et sous réserve des droits respectifs des parties, par deux experts, le premier désigné par l'assuré et le second désigné par l'assureur. Ces experts doivent, de façon irrévocable, évaluer le montant du sinistre, déterminer la valeur à neuf de remplacement ainsi que la valeur réelle des objets endommagés. Ils se prononceront également sur les origines du sinistre.
> Les experts s'adjoignent, s'ils ne sont pas d'accord, un troisième expert pour les départager. Les trois experts opèrent en commun et à la majorité des voix.
> Faute par l'une des parties de nommer son expert, ou par les deux experts de s'entendre sur le choix du troisième, la désignation est effectuée par le tribunal compétent.
> Si l'un des expert ne remplit pas sa tâche, il sera remplacé en procédant de la même façon, sans nuire aux droits des parties […] »[776].

La validité de cette clause n'est pas contestable[777]. Celle-ci a simplement pour objet d'évaluer le montant du sinistre en cas d'échec de l'évaluation de gré à gré. À ce titre, elle ne

[772] Cass. com., 16 févr. 2010, n° 09-11.586, préc.
[773] Cass. 1re civ., 2 déc. 1997, n° 95-19.791, Bull. civ. I, n° 334, p. 227 ; D. Affaires 1998, p. 144, obs. M. BOIZARD ; RTD civ. 1998, p. 396, obs. P.-Y. GAUTIER ; *ibid.* p. 898, obs. MESTRE ; Rev. sociétés 1998, p. 332, obs. D. RANDOUX.
[774] CA Pau, Pau, 16 mai 2017, n° 15/02136. *Adde*, CA Bordeaux, 6 juin 2019, n° 17/04154, qui en déduit que « l'absence de tout élément de contradictoire lors de la procédure d'évaluation du bien est de nature à entraîner un déséquilibre manifeste dans les droits respectifs des parties ».
[775] V. par ex., la clause traitée par Cass. 1re civ., 15 déc. 2010, n° 09-16.943, préc.
[776] Clause examinée par CA Aix-en-Provence, 5 mars 2015, n° 14/03506.
[777] V. déjà, pour une clause similaire approuvée : CA Grenoble, 15 juin 1976, J.C.P. 1978, I, 18991, note J. LENEVEU.

peut être considérée ni comme une clause compromissoire ni comme une clause de conciliation[778]. Elle gagnera en efficacité à prévoir le délai de mise en œuvre du processus contractuel et celui du règlement de l'indemnité à la suite de l'accord des parties ou de la décision des experts.

233. - La procédure permettant de déterminer le contenu contractuel existe également dans les contrats de construction d'ouvrage immobilier. Dans ce type de contrat, c'est le maître d'œuvre qui a pour rôle de statuer sur certaines questions techniques ou factuelles. Tel est le cas, par exemple, de la question relative à la détermination de la consistance des travaux objet du marché conclu entre les entrepreneurs et le maître de l'ouvrage, les normes AFNOR P 03-001 prévoient :

> « Les travaux objet du marché sont ceux définis dans les documents particuliers du marché et, en tout ce qui ne leur est pas contradictoire, par l'article « consistance » des normes NF-DTU, Cahiers des clauses spéciales (CCS) relatifs à la nature d'ouvrages concernés.
> Dans le cas où les documents laissent un doute sur la limite des travaux qui sont dus par l'entrepreneur titulaire du marché, celui-ci fait connaître la difficulté au maître d'œuvre au cours de la période de préparation définie en […].
> Le maître d'œuvre fixe la limite et détermine l'entrepreneur qui exécutera les travaux. S'il y a omission et que les travaux sont attribués à l'entrepreneur titulaire du marché, ils feront l'objet d'une rémunération supplémentaire fixée par avenant ».

234. - Le recours à un tiers pour parfaire le contrat peut avoir lieu dans divers cas de figure. La fixation d'un cadre d'action à son intervention est un enjeu crucial. Elle conditionne l'efficacité du mécanisme. Néanmoins, la distinction établie suivant la nature du pouvoir du tiers est parfois ténue. L'intervention d'un ingénieur prévue par les conditions générales du contrat de construction de la Fédération internationale des ingénieurs conseils (FIDIC) est un cas exemplaire. Il s'agit d'un mécanisme préventif par lequel l'ingénieur est chargé de régler, en cas d'incapacité des parties à s'entendre, une question en suspens par une décision appelée "détermination". Celle-ci peut être contestée par les parties. Ce n'est qu'en l'absence de contestation dans un délai de 28 jours que la décision de l'ingénieur devient définitive et exécutoire[779]. Toutefois, étant donné que la décision s'impose aux contractants, sauf en cas de contestation dans le délai convenu (sorte de système d'*opt out*), on peut rattacher ce mécanisme catégorie étudiée.

Ainsi, selon l'opération concernée et la finalité recherchée, la procédure contractuelle peut avoir un caractère unilatéral ou bilatéral avec des ramifications. Cette distinction fondée sur les charges procédurales incombant aux parties est valable quelle que soit la procédure contractuelle en cause. Bien évidemment, des combinaisons sont toujours envisageables. Mais les procédures hybrides qui en résultent ne remettent pas en cause la distinction établie.

§. 3. Les procédures hybrides

[778] CA Aix-en-Provence, 5 mars 2015, n° 14/03506, préc.
[779] Livre Rouge FIDIC, Conditions générales de contrat applicables aux marchés de travaux de génie civil, éd. 2017, art. 3.7. V. aussi, A. BENNANI, *Les contrats FIDIC*, th. Montpellier 2015, spéc. p. 266

235. - Les procédures unilatérales et bilatérales ne constituent pas des catégories parfaitement étanches. Les rédacteurs de contrats peuvent retenir des modalités de mise en œuvre variables qui confèrent au mécanisme une nature mixte. Une telle situation se présente lorsqu'une procédure contractuelle, d'essence bilatérale ou unilatérale, prévoit son caractère facultatif pour une partie, voire à l'égard des contractants (**A**). Mais il est possible de concevoir autrement la clause en procédant à une combinaison de procédures (**B**). L'intérêt de cette distinction vise à montrer la diversité de ces mécanismes conventionnels et les montages qui peuvent être réalisés par les praticiens.

A. Le caractère facultatif de la procédure

236. - La situation visée ici peut se présenter sous différentes variantes possibles. En pratique, le choix du mécanisme dépend de la volonté des parties sous réserve des dispositions d'ordre public. On trouve des procédures unilatérales prévoyant des modalités optionnelles au profit d'une partie. Il peut s'agir, par exemple, d'aménager la réaction du destinataire d'une notification en lui conférant un choix. Ainsi, dans les conditions générales du contrat d'assurance habitation proposé par GENERALI, il est prévu une clause aménageant les obligations déclaratives de l'assuré en cours de contrat :

> « Par lettre recommandée ou verbalement contre récépissé au Siège ou chez le représentant de la Compagnie désigné aux Dispositions particulières, dans les 15 jours suivant la date où vous en avez connaissance, vous devez nous déclarer toute circonstance nouvelle qui, aggravant le risque ou en créant de nouveaux, rendrait inexactes ou caduques les réponses fournies lors de la souscription du contrat.
> Si ces modifications aggravent le risque, nous pouvons :
> • soit résilier le contrat, moyennant un préavis de 10 jours, avec ristourne de la part de cotisation postérieure à la date d'effet de la résiliation,
> • soit vous proposer un nouveau montant de cotisation. Si, dans un délai de 30 jours suivant notre proposition, vous ne lui donnez pas suite ou vous ne la refusez pas expressément, nous pourrons résilier le contrat.
> Si ces modifications diminuent le risque, nous diminuerons la cotisation en conséquence. À défaut, vous pouvez résilier le contrat moyennant un préavis de 30 jours ».

À la lecture de cette clause, on voit que la mise en œuvre du processus est obligatoire pour une partie, l'assuré, qui est soumis à une contrainte déclarative dans le délai convenu. Si la réponse de l'assureur est encadrée, elle n'est pas pour autant obligatoire. La clause lui confère une faculté quant à la mise en œuvre des diligences lui incombant. Il appartient à l'assuré, au cas où la notification porte sur la diminution du risque, de tirer les conséquences d'une inaction de l'assureur en résiliant le contrat. Il s'agit d'une clause précisant les modalités de mise en œuvre des obligations imposées à l'assuré par l'article L. 113-2, 3° du Code des assurances[780]. Si sa formulation laisse entrevoir des diligences à la charge de chaque partie, celles-ci demeurent facultatives par l'assureur. Le processus, conçu de façon bilatérale, n'a d'effet contraignant qu'à l'égard du souscripteur. Cela crée une situation frontière entre procédure bilatérale et procédure unilatérale.

237. - La question ne se pose pas dans les mêmes termes lorsque l'option incluse dans la clause ne porte pas sur les charges procédurales incombant à une partie, mais sur le

[780] Sur cette disposition, v. G. DURRY, « Déclaration des aggravations », Rev. Risques n° 4, p. 215 ; A. ASTEGIANO-LA RIZZA, « La déclaration des risques en cours de contrat : entre nouvelles précisions jurisprudentielles et incertitudes récurrentes », BJDA – Dossier n° 1, 2017, p. 11.

déclenchement même du mécanisme conventionnel. Dans ce cas, le caractère bilatéral du processus n'est pas véritablement remis en cause, mais la prévision de son caractère optionnel a une incidence sur sa force obligatoire[781] et sur la sanction des diligences requises des parties contractantes. Tel est le cas des clauses de résolution des litiges optionnelles[782].

Dans un contrat de vente portant sur la fabrication et la livraison d'un rotor (une pièce de turbine d'une usine), les parties avaient prévu la clause suivante :

> « Tous les différends, provenant du présent contrat ou en rapport avec celui-ci, y compris toutes les questions concernant son existence, sa validité, ou sa résiliation seront réglés par cet article, et si possible par négociation entre les parties. Si un différend ne peut être réglé par le biais des négociations, chacune des parties peut, après notification par écrit, soumettre le différend à une réunion de représentants de la Direction de chaque partie, devant se tenir dans les vingt (20) jours après la notification. Si le différend n'est pas réglé dans les trente (30) jours après la réunion ou toute autre date que les parties ont déterminé, chaque partie pourra choisir de recourir à l'arbitrage ou à une action devant la cour du lieu du siège de l'acheteur. Le différend devra être soumis et réglé de façon définitive par le règlement d'arbitrage de la LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION («'LCIA'»), qui est intégré dans cet Article par référence »[783].

Cette clause figurant dans les conditions générales de vente prévoyait un mécanisme de résolution par négociation directe entre les parties puis, en cas d'échec, le recours à des représentants de la Direction de chaque partie jouant le rôle de conciliateurs ou de médiateurs. En cas de désaccord persistant à l'issue du délai fixé, la clause offrait le choix aux parties entre la saisine de l'arbitre ou du juge étatique. En d'autres termes, deux voies alternatives s'offraient aux parties, la faculté de ce choix étant ouverte à chacune d'elles. Il en résulte que la procédure d'arbitrage avait un caractère purement optionnel[784]. Certes, il était prévu que « le différend devra être soumis et réglé de façon définitive par le règlement d'arbitrage de la *London Court of International Arbitration* (LCIA) », mais cette précision concerne les modalités procédurales de l'arbitrage dans l'hypothèse où l'une des parties aurait opté pour la procédure arbitrale. D'essence bilatérale, la mise en œuvre de cette procédure devient dépendante de la volonté discrétionnaire de l'une ou l'autre partie. Ce type de mécanisme est inspiré des obligations alternatives régies aux articles 1307 et suivants du Code civil. Sa validité est reconnue par la jurisprudence[785].

238. - Si dans cette clause, l'option est donnée aux deux parties, ces dernières peuvent conférer à l'une d'elles cette faculté de choix. Il ne faut pas nécessairement voir dans cette pratique l'expression de la domination d'une partie sur l'autre. Bien au contraire, elle s'explique souvent par la prise en compte d'une règle impérative. C'est le cas, par exemple, de l'article L. 612-4 du Code de la consommation qui interdit au professionnel d'imposer au consommateur de recourir exclusivement à la médiation en cas de litige. Cette disposition est

---

[781] C. PELLETIER, obs. sous Cass. 2e civ., 22 juin 2017, RDC 2017, n° 4, p. 69 : « ces clauses incitant de façon facultative les parties à un rapprochement avant toute action judiciaire ne peuvent juridiquement faire obstacle à aucune démarche procédurale, qu'elle soit menée devant un juge du fond ou devant le juge de l'exécution ». Elles sont dépourvues « de tout effet contraignant ».

[782] J. BARBET et P. ROSHER, « Les clauses de résolution de litiges optionnelles », Rev. arb. 2010, p.45. *Adde*, S. BERNHEIM-DESVAUX, « La clause de résolution optionnelle – Formule », CCC n° 11, nov. 2013, form. 12.

[783] Clause traitée par la CA Paris, 23 mai 2012, n° 11/21520.

[784] Cass. 1re civ., 12 juin 2013, n° 12-22.656 ; Bull. civ. I, n° 121 ; JCP E 2013, 1522, note C. ASFAR CAZENAVE ; Procédures n° 8-9, Août 2013, comm. 244, note L. WEILLER.

[785] V. Cass. 1re civ., 15 mai 1974 n° 72-14.706 ; Bull. civ. 1974, I, n° 143, p. 122.

prise en compte par les professionnels comme l'illustrent les stipulations extraites des conditions générales du contrat proposé par la BNP PARIBAS :

> « […] Le Médiateur est le dernier recours amiable avant d'entreprendre une démarche judiciaire. Le Client peut saisir gratuitement et par écrit l'un des Médiateurs ci-dessous, selon son domaine de compétence, à condition :
> - soit d'être en désaccord avec la réponse apportée au préalable par son Centre de Banque Privée et par le Responsable Réclamations Clients ;
> - soit de ne pas avoir obtenu de réponse à sa réclamation dans un délai de 2 mois, ou de 35 jours ouvrables pour une réclamation portant sur un service de paiement […] »[786].

Ce type de clause, dénommé également clause « asymétrique » ou à « effet unilatéral », se rencontre en matière d'arbitrage[787]. Le caractère optionnel de la procédure de médiation s'explique ici par les dispositions protectrices qui, tout en interdisant les stipulations obligeant le consommateur à recourir obligatoirement à une médiation, mettent à la charge du professionnel l'obligation de garantir au consommateur un recours effectif à un dispositif de médiation de la consommation[788]. Le caractère bilatéral du processus demeure, sa mise en œuvre dépend de la volonté discrétionnaire du client de la banque. Dès lors que ce dernier choisit d'enclencher le processus, il doit respecter les termes de la clause. Par conséquent, il ne peut régulièrement saisir le juge qu'à l'issue du processus et en cas d'échec de celui-ci.

239. - On voit que les montages contractuels qui sont réalisés par les rédacteurs de contrats confèrent aux dispositifs étudiés une certaine souplesse qui leur permet de s'adapter aux situations de fait qu'ils régissent. À l'analyse, cependant, le caractère facultatif d'une procédure pour une partie ne remet pas véritablement en cause la distinction retenue entre les procédures bilatérales et les procédures unilatérales. Car les diligences incombant aux parties sont précisément déterminées à l'avance, il existe simplement une incertitude sur une modalité de la procédure en raison d'une faculté offerte à une partie. L'exercice de cette faculté a pour effet de déclencher l'obligation d'accomplir les charges procédurales prévues. Ainsi, le caractère bilatéral ou unilatéral du mécanisme dépendra de la façon dont les circonstances futures ou le choix des parties activeront le jeu de ces procédures. La distinction évoquée n'est pas non plus remise en cause lorsque les parties procèdent à une combinaison de procédures.

B. La combinaison de procédures

240. - Selon l'objectif recherché, les rédacteurs d'actes imbriquent parfois des procédures dans le même contrat ou dans la même clause. L'explication est liée à l'existence d'une communauté de but entre les dispositifs en cause qui participent à un processus d'ensemble. Si chacun d'eux dispose d'une force opératoire précise, c'est leur succession qui constitue le mécanisme voulu par les parties.

---

[786] Conditions et tarifs BNP PARIBAS en vigueur au 1er juillet 2019.

[787] Dans une telle hypothèse, lorsque la clause compromissoire figure dans un contrat conclu entre un professionnel et le consommateur, l'option stipulée en faveur du professionnel pourrait constituer un facteur de déséquilibre de nature à remettre en cause la force obligatoire de la clause, v. not. O. DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 111-112 ; M. DE FONTMICHEL, *Le faible et l'arbitrage*, *op. cit.*, n° 209 et s.

[788] C. consom., art. L. 612-1.

En pratique, les combinaisons réalisées sont très variables. Les parties peuvent stipuler une clause imbriquant des procédures de même caractère. Une telle combinaison ne pose pas de difficulté au regard de la classification retenue ici. Ainsi, lorsque deux processus bilatéraux sont imbriqués, ils ont le même caractère en ce qu'ils imposent des diligences réciproques à la charge de chaque partie et doivent être rangés dans la catégorie des procédures bilatérales. C'est le cas des stipulations qui combinent une procédure de renégociation à une procédure de résolution amiable du litige :

> « Si un changement de circonstances, imprévisible lors de la conclusion du contrat, rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant.
> En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties conviennent de recourir à une conciliation ou à une médiation conformément au 21.2 préalablement à toute action en justice ou procédure d'arbitrage »[789].

Deux procédures se trouvent ici incluses dans la même clause. Elles poursuivent la même finalité qui est l'adaptation du contrat au changement de circonstances. Il est possible de les séparer matériellement et intellectuellement. Mais leur assemblage forme une succession d'effets juridiques fidèles à la volonté des contractants qui font le choix de les imbriquer. En pratique, une telle imbrication ne procède pas d'une volonté de complexifier le mécanisme en cause. Il s'agit surtout de compléter le contrat sur un point particulier ou d'aménager les directives de comportement auxquelles sont tenues les parties.

241. - La spécificité de l'opération contractuelle explique aussi le choix de tels montages. Les clauses rencontrées dans la pratique sont parfois trop imprécises. On peut le démontrer à partir d'une clause insérée dans un contrat de sous-traitance relatif à la réalisation des travaux d'isolation pour la construction d'un navire. Les parties avaient prévu une procédure unilatérale de résiliation combinée à une procédure bilatérale de constat d'état des lieux s'énonçant ainsi :

> « La défaillance contractuelle dûment établie du sous-traitant peut entraîner de plein droit la résiliation du contrat après mise en demeure adressée par lettre recommandée avec AR. Cette mise en demeure comporte :
> - l'indication des manquements auxquels il doit être mis fin,
> - la référence aux dispositions du présent article,
> - éventuellement, les dispositions qui doivent être mises en œuvre par le sous-traitant.
> Lorsque la mise en œuvre est restée infructueuse à l'expiration d'un délai de huit jours, l'entreprise principale peut résilier le contrat dans sa totalité ou pour les seules obligations dont la carence du sous-traitant est établie.
> L'entreprise principale notifie au sous-traitant par LRAR, la décision de résiliation et la date à laquelle il sera procédé à un constat contradictoire d'état des lieux et avancement des travaux. En l'absence d'un représentant du sous-traitant, le constat d'état des lieux et avancement des travaux est réputé contradictoire et opposable au sous-traitant »[790].

Cette clause est inspirée des conditions générales du contrat de sous-traitance du BTP auxquelles renvoyaient expressément les parties dans leur contrat. La procédure unilatérale permet d'encadrer le pouvoir de résiliation conféré à l'entrepreneur principal. Les parties ont voulu aussi aménager les conséquences de la rupture du lien contractuel en prévoyant une

[789] Normes AFNOR P 03-001, version du 20 oct. 2017, art. 9.
[790] Clause traitée par CA Rouen, 26 oct. 2011, n° 11/00243.

procédure bilatérale de constat contradictoire d'état des lieux et d'avancement des travaux[791]. L'objectif est de faire le point sur les travaux déjà réalisés par le sous-traitant, les éventuelles malfaçons ou non-conformités qui ont été occasionnées, ce qui permettra de fixer de manière définitive les droits et obligations des parties. Le caractère contradictoire du constat protège le sous-traitant lui permettant de présenter ses observations à l'occasion des constatations à effectuer. La validité d'une telle clause n'est pas discutable. Par conséquent, un constat unilatéralement réalisé par l'entrepreneur ne peut valoir à l'égard du sous-traitant. Les modalités d'intervention de ce dernier doivent être mieux précisées (délai de comparution, notification relative aux cas d'empêchement légitime). L'efficacité du mécanisme en dépend.

242. - Dans certaines clauses relatives à la résiliation, les parties, plutôt que d'organiser les conséquences de la rupture du contrat, cherchent plutôt à prévenir sa réalisation. L'objectif poursuivi est de rapprocher les points de vue entre les parties de nature à conserver le lien contractuel. En pratique, cela conduit les concepteurs de l'acte à imbriquer une procédure de conciliation dans une procédure de résiliation du contrat de sorte qu'une négociation amiable précède la rupture du contrat pour faute. Tel était le mécanisme prévu dans un contrat relatif à la reproduction d'œuvres littéraires sur un CD Rom :

> « En cas de manquement par l'une des parties à l'une des obligations qui lui incombent en vertu du présent contrat non réparé dans un délai de 30 jours suivant notification par lettre recommandée adressée à la partie défaillante par l'autre partie, celle-ci pourra résilier le contrat aux torts de la partie défaillante.
> Néanmoins une conciliation entre les parties devra avoir lieu avant que la résiliation n'intervienne. Une telle résiliation interviendra de plein droit dès l'envoi d'une nouvelle lettre recommandée par la partie victime de la défaillance »[792].

Si l'objectif est louable, il achoppe sur le contenu de la clause. Sa rédaction pathologique est un frein à son efficacité. L'obligation faite aux parties de recourir à la conciliation avant la résiliation du contrat n'est assortie d'aucune modalité particulière de mise en œuvre. Il n'est pas prévu de recours à un conciliateur désigné, ni de délai de mise en œuvre du processus de conciliation. Cela est de nature à réduire immanquablement son efficacité[793]. Dans ce contexte, le juge saisi peut être amené à considérer que les relances infructueuses du demandeur manifestent sa volonté de mettre en œuvre le processus de conciliation préalable à la résiliation du contrat[794].

243. - La combinaison de procédures réalisées dans ces clauses va au-delà des seuls contrats d'affaires. Ainsi, dans un avenant au contrat de travail d'un salarié engagé en qualité de

[791] La procédure de constat prévue dans cette clause doit être distinguée de celle visant au contôle de l'état d'exécution des de la prestation contractuelle. Sur un exemple de clause prévoyant le respect d'une procédure de constat contradictoire dans un contrat de prestation de services, v. clause traitée par CA Aix-en-Provence, 10 sept. 2015, n° 12/22398, en l'espèce la procédure de constat était « instituée pour le contrôle de l'état de propreté » des lieux.

[792] CA Paris, 9 juin 2017, n° 16/00005 ; JAC 2017, n° 50, p. 13, obs. P. NOUAL.

[793] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et C. RODA, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, spéc. n° 296, qui considère qu'une telle formulation de la clause de conciliation « relève plus d'une obligation de nature comportementale que d'un véritable consentement » à engager un processus de conciliation contraignant.

[794] CA Paris, 9 juin 2017, n° 16/00005, préc., qui considère que l'envoi des courriers et l'échange subséquent ayant lieu entre les parties avaient pour finalité un règlement amiable de sorte que le demandeur ne peut se voir opposer une fin-recevoir.

secrétaire général d'une Chambre des artisans et des petites entreprises du bâtiment du Nord (CAPEB), il était convenu de précéder le licenciement ou la démission d'une procédure de conciliation préalable. L'accord stipulait :

> « Une commission paritaire mise en place par la CAPEB et l'APSEGA est chargée d'une mission de conciliation. Cette commission devra aider les présidents et secrétaires généraux à résoudre les différends graves qui peuvent les opposer et éviter ainsi la rupture du contrat de travail. Elle peut être saisie à tout moment par l'une des parties. Elle devra obligatoirement l'être au moins un mois avant que ne soit engagée l'une des procédures prévues aux articles 5 et 6 (démission et licenciement). À l'issue de ce délai d'un mois, il sera adressé un compte rendu écrit de cette mission communiqué au président, au secrétaire général et au Conseil d'Administration ainsi qu'au président confédéral et au président de l'APSEGA. Ce délai peut être rallongé d'un commun accord par les deux parties. Durant cette période, elles s'abstiendront d'engager l'une des procédures ci-dessus (démission ou licenciement) »[795].

Il résulte de cette clause que la saisine de la commission aux fins de conciliation est une modalité obligatoire avant d'engager une procédure de licenciement ou une démission. Le but de cette imbrication de procédures[796] est simple à déceler : favoriser le rapprochement des parties et faire en sorte que la rupture du contrat de travail ne soit envisagée comme un moyen ultime de régler le problème entre les parties. Il s'agit aussi d'un moyen permettant de limiter le « le pouvoir unilatéral de l'employeur en matière disciplinaire »[797] par l'obligation de saisir préalablement pour avis la Commission[798]. Dans le contexte d'un contrat de travail, ce type de combinaison était considéré par la jurisprudence comme instituant une garantie de fond pour le salarié en l'absence de précision de la clause[799]. La clause a une valeur normative, ses modalités de mise en œuvre étant suffisamment précises pour être contraignantes. Le juge doit en tenir compte notamment pour sanctionner la partie défaillante sauf à établir un obstacle légitime à la saisine de cet organisme préalablement à la mise en œuvre de la procédure de rupture du contrat.

La combinaison de procédures est un moyen visant à atteindre un objectif. Les procédures imbriquées, tout en conservant leur individualité, participent à une communauté de but. Leur imbrication forme une procédure mixte voulue par les parties, mais elle est sans incidence sur les caractéristiques des procédures concourant à l'ensemble. Ces dernières conservent leur nature bilatérale ou unilatérale et les obligations en découlant pour les parties. À cette classification fondée sur le contenu des diligences requises des parties dans la mise en œuvre d'une procédure contractuelle, il convient présenter une autre fondée sur l'objet de ces mécanismes.

---

[795] Sur l'efficacité de clause, v. CA Douai, 26 févr. 2016, n° 336/16. Sur pourvoi, Cass. soc., 30 nov. 2017, n° 16-16.083, inédit.

[796] Sur le cumul des procédures légales et conventionnelles en la matière, v. J. SAVATIER, « Droit disciplinaire conventionnel et droit disciplinaire légal », Dr. soc. 1992, p. 227, spéc. I. A.

[797] *Ibid*.

[798] La saisine peut être effectuée par le salarié *a postériori*, v. par ex. Convention collective de la banque du 10 janv. 2000, art. 27.

[799] Cass. soc., 30 nov. 2017, n° 16-16.083, inédit, qui approuve les juges du fond d'avoir retenu que cette clause « constitue une garantie de fond dont la méconnaissance prive le licenciement de cause réelle et sérieuse ». V. cependant, Cass. soc., 18 déc. 2019, n° 18-18.431 ; Cass. soc., 29 janv. 2020, n° 17-20.163, qui refusent de voir dans les dispositifs conventionnels similaires des garanties de fond en cas de rupture du contrat du travail pour inaptitude et impossibilité de reclassement.

Section 2 : Classification suivant l'objet des procédures contractuelles

244. - Les procédures contractuelles portent sur des aspects particuliers de la relation contractuelle qu'elles aménagent. Il s'agit de leur objet, c'est-à-dire ce sur quoi est tendu l'accord créant le dispositif en cause[800]. La prise en compte de cet objet a une incidence sur les modalités de la clause procédurale dans la mesure où elle participe à la détermination des diligences attendues des parties. C'est la raison pour laquelle, on peut concevoir une classification au regard de la chose relativement à laquelle une procédure est prévue au contrat. Une telle classification permet de caractériser la stipulation contractuelle « de manière stable »[801] et de « déjouer les manipulations parfois illégitimes de rédacteurs ingénieux »[802] en s'attachant à l'objet réel de la clause instituant une procédure.

Cette classification suivant l'objet favorise la construction d'un régime cohérent. De plus, le rattachement des dispositifs étudiés à une catégorie suivant leur objet permet de déterminer ceux qui ont vocation à survivre à l'anéantissement du contrat porteur. Dans cette perspective, il convient de distinguer, parmi les procédures contractuelles, celles qui tendent à aménager les prestations (**§. 1**), les prérogatives contractuelles (**§. 2**) ou encore la résolution des différends (**§. 3**).

§. 1. Procédures aménagement les prestations

245. - Par prestation, on entend ce qui est dû en vertu du contrat, c'est-à-dire les obligations convenues. Dans certains cas, la détermination des prestations ne nécessite pas de modalités particulières. Elle consiste en l'exécution d'une tâche précise aussitôt imposée à un débiteur. Mais les parties peuvent concevoir le rapport au temps autrement en inscrivant l'engagement contractuel dans un processus de réalisation. Il peut s'agir, soit de définir son contenu (**A**), soit de préciser ses modalités de mise en œuvre (**B**).

A. Procédures participant à la définition des engagements

246. - Il arrive qu'une partie s'engage à une prestation connue dès la conclusion du contrat mais dont la détermination précise s'opère au moyen d'une procédure convenue. La prestation contractuelle est considérée comme étant déterminable puisque les modalités procédurales ont pour objet cette détermination. On trouve aussi des processus dont l'objet est de modifier le contenu d'une prestation. Dans les deux cas, le mécanisme conventionnel participe à la définition des engagements dans la mesure où il s'agit d'une part, de déterminer ce qui est

[800] Comp., A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préc., spéc. n° 318 et s., qui propose une analyse de l'objet du contrat en tant que finalité estimant que « les volontés contractuelles ne s'accordent pas dans l'abstrait, elles s'accordent toujours dans un but et ce but est saisi par l'objet ».
[801] G. HELLERINGER, *Les clauses contractuelles*, th. préc., spéc. n° 36, p. 15.
[802] M. MEKKI, art. préc. spéc. I.

convenu (**1**) et, d'autre part, de modifier ce qui est dû, partant de préciser le contenu de la prestation pour le futur (**2**).

1. Procédure aménageant la détermination du contenu des engagements

247. - Les procédures tendant à la détermination précise du contenu des engagements concernent deux situations. Il peut s'agir, pour les contractants, de mettre en place un dispositif encadrant la détermination *a priori* du contenu d'une prestation. En d'autres termes, il s'agit de mécanisme dont la mise en œuvre conditionne la validité, sinon l'exécution même de l'engagement en cause. Tel est l'objet des clauses de prix à dire de tiers[803] ou d'expert qui reposent notamment sur la prise en compte d'une valeur dont les modalités de détermination « ne sont pas toujours totalement à la disposition des parties au contrat au moment où celui-ci est conclu »[804]. L'intérêt de ce mécanisme est de permettre aux parties qui ne sont pas en mesure d'apprécier la valeur exacte d'un bien d'investir un tiers de cette mission en particulier dans les contrats où la détermination du prix est une condition de validité. Dans cet esprit, la prévision d'une procédure de fixation du prix permet de ne pas retarder la conclusion du contrat et d'éviter une éventuelle contestation qui pourrait surgir lorsque le prix est laissé à un nouvel accord des parties.

Pour cela, les parties doivent définir les modalités d'application de la clause. En pratique, celles-ci concernent la désignation du tiers estimateur. Cette désignation peut être faite dans la clause génératrice ou laissée à l'arbitrage d'une autorité externe aux parties. Il est vivement conseillé aux rédacteurs de la clause de préciser les modalités de déclenchement et de déroulement de la procédure d'évaluation (saisine du tiers estimateur, caractère contradictoire de la procédure, délai de mise en œuvre etc.). On rencontre ces clauses dans les contrats de cession de droits sociaux, dans les contrats de distribution, mais aussi dans des contrats divers comme la promesse unilatérale de bail.

248. - La deuxième situation, qui est la plus courante, est celle dans laquelle les parties prévoient un processus de détermination *a posteriori* du contenu de leurs engagements. Cela vise les hypothèses où la détermination de la prestation se fait au moment de l'exécution du contrat. C'est le cas du processus de détermination du dommage ou d'évaluation de l'indemnité en matière d'assurance. L'objectif recherché est de mettre en place un mode d'estimation contraignant de la prestation. Il s'agit d'une question relevant des droits disponibles et donc de la liberté des parties[805] à condition que les modalités de mise en œuvre ne traduisent pas un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Les clauses instituant ce type de processus sont rédigées dans des termes sensiblement proches.

---

[803] J. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 388 et s., p. 147 et s.

[804] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et C. RODA, *op. cit.*, spéc. n° 1478, p. 687. *Adde*, W. DROSS, *Clausier*, *op. cit.*, p. 686 et s., spéc. p. 687.

[805] V. par ex., Cass. civ., 19 janv. 1942, Gaz. Pal. 1942, 1, 153 : « Attendu qu'en dehors des cas exceptionnels pour lesquels la loi prévoit l'expertise judiciaire comme moyen de preuve nécessaire, les parties contractantes peuvent, dès le moment où elles échangent leur consentement, confier à un tiers, soit désigné nommément, soit à désigner dans des conditions arrêtées par elles, la mission d'apprécier à telle ou telle époque, la valeur de la chose à propos de laquelle elles traitent, la liberté étant d'ailleurs laissée à ces parties d'attribuer aux appréciations du tiers choisi, la même force obligatoire qui s'attache à la convention ».

Pour ne citer qu'un exemple, on peut lire dans les conditions générales du contrat d'assurance habitation proposé par GENERALI la clause ci-dessous :

« Si les dommages ne peuvent être déterminés de gré à gré, ils doivent être obligatoirement évalués par la voie d'une expertise amiable et contradictoire, sous réserve de nos droits respectifs :
• Chacun de nous choisit son expert. Si ces experts ne sont pas d'accord entre eux, ils font appel à un troisième et tous trois opèrent en commun et à la majorité des voix.
• Faute par l'un de nous de nommer un expert ou par les deux experts de s'entendre sur le choix du troisième, la nomination est faite par le Président du Tribunal de Grande Instance du lieu où le sinistre s'est produit. Cette nomination est faite sur simple requête signée au moins par l'un d'entre nous, celui n'ayant pas signé étant convoqué à l'expertise par lettre recommandée […] ».

La stipulation d'une telle clause est un meilleur moyen d'anticiper les contestations que la détermination du dommage pourrait entraîner lorsqu'elle est abandonnée au pouvoir unilatéral de l'assureur ou encore à la libre négociation des parties. Par cette clause, un tiers se voit conférer le pouvoir de fixer suivant les modalités convenues le contenu d'une prestation qui aurait pu être déterminée par les parties elles-mêmes. En ce sens, l'appréciation de l'expert est, « contractuellement, considérée comme l'expression même de la volonté des parties et s'impose donc à elles et aux tribunaux »[806]. On trouve ce mécanisme dans les contrats d'assurance et en particulier dans les contrats d'assurance de dommages obligatoire qui relèvent des dispositions de l'article L. 242-1 du Code des assurances.

249. - Les procédures de détermination du contenu des engagements se trouvent également dans les contrats relatifs aux travaux de construction d'ouvrages immobiliers. Dans ce domaine, le mécanisme est organisé de manière différente. Certes, la finalité poursuivie est la même, mais le processus qui y mène ne se déroule pas de la même manière. En outre, le rôle du maître d'œuvre n'est pas assimilable à la mission d'estimation du tiers dans les cas précités. Le mode de détermination des décomptes mensuels choisi permet de s'en convaincre. Ainsi, dans un contrat de construction d'immeuble, les parties avaient institué le mécanisme suivant :

« Chaque mois, l'Entrepreneur établit le ou les états de situation […]
L'Entrepreneur remet cet état de situation le 25 de chaque mois. Passé ce délai, le maître d'ouvrage pourra faire constater les travaux exécutés, aux frais de l'Entrepreneur.
Le maître d'œuvre procède ensuite à la vérification des états de situation, établis par l'Entrepreneur, qui lui sont transmis par lettre recommandée avec avis de réception ou remis contre récépissé.
Au cours de sa vérification, le maître d'œuvre peut demander à l'Entrepreneur les rectifications qui lui paraissent nécessaires.
Après vérification, le maître d'œuvre donne son visa et établit le décompte mensuel des sommes dues pour l'ensemble des travaux à la date de l'état de situation, dans un délai de 15 jours à compter de la réception de l'état de situation, puis adresse ce décompte provisoire au maître d'ouvrage par lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé, avec duplicata à l'Entrepreneur.
Les décomptes mensuels devront être cumulatifs et faire apparaître le total des quantités exécutées depuis le début du chantier, les prix des unités composant le prix forfaitaire et les produits. Ils devront être établis en Euros HT, la TVA étant reprise en fin de décomposition ».

L'intervention du maître d'œuvre se limite à la vérification du décompte établi par le ou les entrepreneurs. L'objectif est de s'assurer de la réalisation effective des travaux dont le règlement est réclamé par les cocontractants du maître de l'ouvrage et de prévenir les contestations liées à la détermination de ces montants. L'instauration de ce mécanisme a un

[806] J. LENEVEU, note préc.

intérêt pour les deux parties même si le tiers impliqué est considéré comme mandataire du maître de l'ouvrage. Ce dernier a l'assurance que le paiement auquel il sera tenu correspond aux travaux effectivement réalisés. Par ailleurs, le décompte établi suite à l'intervention du maître d'œuvre pourra servir de preuve à l'entrepreneur pour faire valoir ses droits à paiement à l'égard du maître d'ouvrage. Ce processus conventionnel a donc une fonction diverse, mais son rattachement à cette famille se justifie par son objet principal qui est l'établissement du décompte mensuel servant de base à la détermination des obligations financières du maître de l'ouvrage.

250. - On constate que les procédures de détermination des engagements contractuels font généralement intervenir un tiers dont l'expertise peut aider les parties à compléter le contrat en précisant le contenu des engagements. Mais il n'est pas rare que les parties prévoient une procédure de détermination des engagements sans intervention d'un tiers. En général, dans une telle hypothèse, la clause est d'application automatique. C'est le cas dans le contrat de licence, de franchise où les rédacteurs prévoient des clauses de fixation des redevances à un certain pourcentage du chiffre d'affaires, en précisant les modalités de communication des documents servant de base à ce calcul et le délai imparti pour le paiement. Les praticiens y ont aussi recours pour la détermination du montant de la pénalité contractuelle[807].

Néanmoins, même si les parties sont en mesure de déterminer elle-même, le contenu d'un engagement, la tendance est de privilégier le recours à un tiers en cas de désaccord. Celui-ci peut survenir notamment à propos de l'appréciation des éléments servant de base à la détermination du contenu d'un engagement tel que la sincérité et l'exactitude du chiffre d'affaires que serait amené à communiquer le franchisé au franchiseur pour la détermination de la redevance. Les parties ne sont pas à l'abri d'une divergence de vues et l'instauration d'une procédure a justement pour objet d'y remédier en prévoyant les modalités de règlement du désaccord.

2. Procédures aménageant la modification du contenu des engagements

251. - Si le contenu du contrat est déterminé au moment de sa conclusion, il arrive que les parties envisagent l'éventualité de sa modification. Celle-ci peut s'opérer de façon automatique notamment lorsque la clause fait référence à une formule ou à un indice. Tel est le cas des clauses d'*earn out*[808] qui permettent d'adapter le prix restant à payer en fonction des performances futures de l'entreprise cédée ou encore des clauses d'indexation ou d'échelle mobile.

En marge de ces hypothèses, il existe des mécanismes de modification du contenu du contrat impliquant le respect d'un processus préalable. Le développement de clauses instituant une procédure de renégociation illustre en est une illustration. Ce mécanisme était conçu comme un moyen pour les contractants d'échapper à la rigueur du principe d'intangibilité des contrats[809]. La consécration légale de l'obligation de renégocier[810] ne remet pas en cause

[807] V. par ex., clause traitée par CA Paris, 8 janv. 2008, n° 06/17150.
[808] Sur cette clause, v. F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE, J.-C. RODA, *op. cit.*, spéc. n° 584 et s., p. 285 et s. ; W. DROSS, *Clausier*, *op. cit.*, spéc. p. 234 et s.,
[809] Cass. civ., 6 mars 1876, GAJC, n° 165, p. 172.

l'intérêt de stipuler de manière expresse une clause à cet égard. L'article 1195 du Code civil étant supplétif, il appartient aux parties de préciser le degré de contrainte qu'elles souhaitent conférer au mécanisme et les modalités concrètes de sa mise en œuvre[811]. Du reste, l'analyse de cette disposition montre que le souhait de ses rédacteurs est avant tout « que le remède à l'imprévision vienne des parties elles-mêmes »[812]. Néanmoins, cette liberté reconnue aux contractants n'est pas toujours suffisamment exploitée. Certaines clauses sont rédigées de façon sommaire :

> « Si un changement de circonstances, imprévisible lors de la conclusion du contrat, rend l'exécution excessivement onéreuse pour le sous-traitant, celui-ci peut demander une renégociation du contrat à l'entrepreneur principal. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties conviennent de recourir à une conciliation ou à une médiation »[813].

Le recours à la résolution amiable des différends est approprié en l'occurrence dans la mesure où il donne une chance supplémentaire à l'atteinte de l'objectif poursuivi. Hormis cette prévision, la clause n'apporte rien à ce qui est prévu par le législateur. L'efficacité du mécanisme nécessite que les parties organisent à l'avance les modalités contraignantes de mise en œuvre, spécialement en ce qui concerne la phase extrajudiciaire : délai de mise en œuvre, forme des notifications, négociations directes entre les parties, les modalités de constatation d'un accord, etc.

252. - Pour éviter la saisine du juge, il est possible de prévoir de manière subsidiaire que le contenu du contrat sera fixé par un tiers en cas de désaccord persistant dans un délai déterminé. Cette éventualité n'est pas toujours souhaitable. Elle ne met pas nécessairement à l'abri des contestations qui conduiraient *in fine* à saisir le juge. Dans ce cas, il peut être prévu que chaque contractant a la possibilité de résilier le contrat en cas d'échec du processus conventionnel. La stipulation est fréquente dans les contrats à long terme. Par exemple, dans un contrat de vente de bois conclu en 2010, lit-on :

> « Le prix de vente des rondins livrés par le vendeur est fixé à 22 € HT la tonne rendue. Ce prix est ferme et définitif pour toutes les livraisons effectuées jusqu'au 30 juin 2010.
> Etant donné les aléas sur l'évolution des conditions d'exploitation des chablis et sur les mises en marché de bois vert au-delà de cette période, les parties conviennent du principe d'une révision semestrielle du prix de vente au 1er janvier et au 1er juillet de chaque année civile. La première révision interviendra ainsi le 1er juillet 2010. Les parties se réuniront dans le mois précédant chaque échéance et décideront d'un commun accord de l'actualisation ou du maintien du prix de vente au vu des conditions de marché du moment et du mix produit entre chablis et bois vert dont disposera le vendeur en fonction de la ressource forestière à laquelle il prévoira d'accéder.

---

[810] C. civ., art. 1195.

[811] Rappr., R. LIBCHABER, « Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision », D. 2020, p. 1185, spéc. n° 2, sous la forme d'une interrogation, l'auteur écrit : « la tendance des contractants n'est-elle pas de préférer leurs prévisions à l'imprévision judiciaire, à tous les sens du terme ? ». L'auteur estime qu'il y a « une contradiction logique dans l'idée qu'il soit possible de renoncer à la révision pour imprévision » dans la mesure où cela conduit à exclure par avance ce qui ne se prévoit pas. Il prône la reconnaissance d'une impérativité raisonnée de l'article 1195 du Code civil : le principe de la révision aurait un caractère impératif tandis que les modalités du processus de révision seraient supplétives de volonté (n° 3 et s.).

[812] O. DESHAYES, T. GENICON et Y-M. LAITHIER, *op. cit*., p. 437.

[813] Conditions générales du contrat de sous-traitance du BTP, version 2018, art. 5-2.

Les nouvelles conditions sur lesquelles les parties se seront alors entendues donneront lieu à un avenant au présent contrat. À défaut d'accord contradictoire, chacune des parties sera libérée de ses engagements issus des présentes »[814].

253. - Cela étant, la crainte de la survenance d'un évènement imprévisible n'est pas la seule raison justifiant l'inclusion d'un tel dispositif. Le mécanisme peut avoir pour objet d'adapter le contenu du contrat en cas de survenance d'une circonstance de fait favorable à l'un des contractants. C'est dans ce sens que les parties ont recours aux clauses d'offre concurrente qui visent à faire aligner un élément du contrat, généralement le prix, sur celui du marché[815]. On peut aussi citer les clauses d'ajustement du prix en matière de cession de droits sociaux[816] ou des clauses de variation des prix[817]. Ces mécanismes tendant à la modification des engagements financiers sont généralement d'application automatique. Ils prévoient la variation du prix en fonction d'une formule convenue à l'avance et dont la mise en œuvre n'implique pas nécessairement une action des parties. L'instauration d'un processus permet de mieux encadrer la modification du contenu de l'accord. Il s'agit de fixer un cadre d'action au moyen de délais, d'un cadre formel des échanges, de mécanisme permettant de vérifier la sincérité et le sérieux des évènements déclenchant le jeu du processus de modification, etc.

En matière d'assurance, la clause d'ajustabilité a pour objet la régularisation de la cotisation de l'assuré. Plus précisément, on rencontre ce type de clause dans les polices d'assurance « multirisque entreprise ». L'ajustabilité de la prime et de la garantie concerne en général les pertes d'exploitation. La stipulation d'une telle clause permet de porter « le capital garanti à 120% du capital indiqué aux conditions particulières. La cotisation provisoire a pour assiette le capital indiqué aux conditions particulières. Après la clôture de chaque exercice comptable, le preneur doit déclarer, dans les meilleurs délais, le montant réel de la marge brute annuelle, résultant des comptes de l'exercice clos, multiplié par la durée maximale de la période d'indemnisation exprimée en années. Cette période est souvent fixée à un an. Dans ce cas, le montant réel de la marge brute annuelle résulte des comptes de l'exercice clos. Cette déclaration va permettre de régulariser la cotisation »[818]. À titre d'exemple, on peut citer une clause extraite du contrat d'assurance proposé par Inter Mutuelles Entreprises :

« Le montant de la garantie comprend 20 % d'ajustabilité représentant les prévisions normales de l'assuré pour l'exercice à venir, la cotisation perçue présentant de ce fait un caractère provisionnel.
Le souscripteur s'engage à faire connaître à Inter Mutuelles Entreprises, dans les 4 mois suivant la date d'expiration de son exercice annuel, le montant réel de la marge brute, tel qu'il résulte des comptes dudit exercice.
A - Si ce montant est inférieur à la somme sur laquelle a été calculée la cotisation provisionnelle, il sera procédé à une restitution de cotisation calculée sur la différence entre les deux sommes, sans toutefois que cette restitution puisse excéder 50 % de la cotisation provisionnelle perçue.
B - Si, au contraire, ce montant est supérieur, le souscripteur s'engage à verser à Inter Mutuelles Entreprises un rappel de cotisation calculé sur l'excédent, dans la limite de 20 % de la cotisation provisionnelle perçue.

[814] Sur cette clause, v. CA Pau, 9 nov. 2012, n° 11/03300 ; sur pourvoi : Cass. com., 13 mai 2014, n° 13-11.758.
[815] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et C. RODA, *op. cit.*, n° 1297, p. 601.
[816] V. par ex., clauses traitées par Cass. com., 17 nov. 1998, n° 96-16.145, inédit ; RTD com. 1999, p. 126, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; CA Rennes, 29 mars 2011, n° 10/04109 ; CA Douai, 3 sept. 2015, n° 468/2015 ; CA Paris, 1er févr. 2018, n° 16/10990.
[817] V. les clauses traitées par CA Poitiers, 29 oct. 2019, n° 18/00417.
[818] J. BIGOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX, *Traité de droit des assurances. Les assurances de dommages*, préf. G. DURRY, LGDJ 2017, n° 1074, p. 428. Pour un exemple, v. clause traitée par CA Aix-en-Provence, 26 juin 2008, n° 06/15254.

Inter Mutuelles Entreprises peut faire procéder à la vérification des déclarations du souscripteur. Celui-ci doit recevoir à cet effet tout délégué d'Inter Mutuelles Entreprises et justifier à l'aide de tous documents en sa possession de l'exactitude de ses déclarations »[819].

La clause peut être plus précise et plus contraignante en prévoyant la forme de la notification, un délai ainsi qu'une éventuelle pénalité en cas de retard.

254. - Dans les exemples précédents, le choix d'inclure une procédure de modification du contenu des engagements s'explique par la volonté d'aménager les évènements extérieurs à la volonté des parties. Mais il peut aussi s'agir d'encadrer la modification du contrat en raison des circonstances dépendant exclusivement de la volonté des parties. Cette dernière hypothèse renvoie à l'organisation conventionnelle du processus de conclusion d'un avenant modificatif. En général, les rédacteurs de contrats s'intéressent moins à cette question parce que les parties peuvent se mettre d'accord à tout moment pour modifier la teneur de leurs engagements. Néanmoins, le fait d'organiser la conclusion d'un avenant n'est pas dénué d'intérêt comme le montre une clause prévue dans un contrat de vente en l'état futur d'achèvement :

« Dans le cas où l'acquéreur, postérieurement au jour du présent acte, et avant l'achèvement des travaux désirerait que des modifications fussent apportées à son bien ou que des travaux fussent exécutés, il devra s'adresser au vendeur
Les travaux modificatifs demandés par l'acquéreur devront être conformes à la réglementation en vigueur en matière de construction, d'hygiène, de sécurité, d'ordre public (en particulier, la réglementation handicapés) et ne pas porter atteinte directement ou indirectement aux droits des autres copropriétaires.
Sur ces critères et en fonction de l'avancement du chantier, le vendeur demandera au Maître d'œuvre d'apprécier la recevabilité de la demande de travaux modificatifs de l'acquéreur.
Si les modifications demandées sont réalisables, et, le cas échéant, comme au cas de demande de travaux supplémentaires, le vendeur établira en accord avec l'acquéreur, par écrit préalable, la nature des modifications pour travaux supplémentaires, leur coût, leurs conditions de paiement et, le cas échéant, l'incidence desdits travaux sur le délai de livraison ci-dessus prévu.
L'acquéreur disposera d'un délai de 8 jours à compter de la réception du devis adressé par le vendeur pour confirmer sa demande par l'acceptation du devis. À défaut, la demande de travaux modificatifs sera considérée comme annulée ».

Par cette clause, les parties fixent à l'avance la procédure à suivre pour la conclusion d'un avenant relatif aux travaux modificatifs ou supplémentaires. Les modalités de mise en œuvre encadrent la liberté du vendeur de refuser la demande de l'acquéreur dans la mesure où il doit soumettre celle-ci au maître d'œuvre. La fixation d'un délai pour l'acceptation du devis est un gage d'efficacité en ce qu'elle permet de lever les incertitudes en fixant les parties sur le sort de l'avenant de sorte qu'en l'absence de réponse de l'acquéreur dans le délai de 8 jours imparti, la demande de modification sera considérée comme non avenue. Les mêmes exigences de clarté et de précision sont de mise s'agissant de la rédaction de clauses de renouvellement visant à « organiser la renégociation du contrat en cours dont le terme est proche »[820].

En marge des procédures contractuelles tendant à la définition et à la modification du contenu du contrat, il existe d'autres qui ont pour objet de préciser les modalités de mise en œuvre des engagements convenus.

[819] Conditions Générales du Contrat d'assurance « Pertes d'exploitation » proposé par Inter Mutuelles Entreprises, art. 10.
[820] W. DROSS, *Clausier*, *op. cit.*, p. 763.

B. Procédures relatives à la mise en œuvre des engagements

255. - Les procédures contractuelles en cause ici visent deux hypothèses : celle concernant les modalités de réalisation effective des engagements contractuels (**1**) et celle relative aux incidents affectant cette réalisation effective (**2**).

1. Procédures tendant à la réalisation effective des engagements

256. - Au stade de l'exécution du contrat, les procédures contractuelles participent à la réalisation effective des engagements en prévoyant les modalités concrètes de mise en œuvre. Outre le fait qu'ils assurent l'effectivité des engagements, les dispositifs en cause concrétisent l'exigence de bonne foi en imposant des normes comportementales aux contractants dans l'accomplissement de la prestation contractuelle.

Les clauses prévoyant les modalités de réalisation de l'engagement souscrit par le garant en matière de sûretés personnelles s'inscrivent dans cette perspective. Il s'agit de soumettre l'exécution de l'obligation du garant au respect préalable d'une procédure contractuelle. Par exemple, dans les contrats de cautionnement, une clause peut imposer au créancier d'adresser préalablement au débiteur principal une mise en demeure et, en l'absence de réaction de celui-ci, l'obligation de notifier cet incident au créancier dans un délai déterminé[821]. Les clauses instituant une procédure de mise en œuvre des garanties autonomes prévoient des modalités similaires. À titre d'illustration, une garantie à première demande souscrite par la société HSBC France prévoyait que cette dernière s'engage :

> « […] irrévocablement et inconditionnellement, par la présente, à payer au bénéficiaire toute somme dans la limite d'un montant maximum de 100 000 € à première demande de sa part, adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'agence susvisée [Argent Sur Sauldre], sans pouvoir soulever aucune objection ou contestation tant de sa part que de celle du donneur d'ordre ;
> […] à effectuer le paiement auquel elle est tenue en exécution de la présente garantie dès réception :
> - d'un courrier du bénéficiaire attestant que le donneur d'ordre n'a pas payé à bonne date toutes sommes dues en principal, intérêts, frais et accessoires au titre de ses engagements rappelés ci-dessus,
> - de la copie de la mise en demeure adressée au donneur d'ordre par le bénéficiaire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et restée infructueuse plus de huit jours »[822].

Les modalités procédurales prévues dans cette clause précisent les conditions de mise en œuvre de la garantie à première demande conformément à l'article 2321 du Code civil. Le but est de prévenir un appel abusif de la garantie ou une fraude manifeste en imposant au créancier l'accomplissement de diligences faute de quoi la banque pourrait ne pas verser la somme promise à première demande. C'est donc la réalisation effective de l'engagement souscrit par le garant qui est en cause, ce qui justifie le rattachement du mécanisme à cette catégorie.

257. - Les clauses précisant les modalités procédurales de mise en œuvre de la garantie de passif en matière de cession de droits sociaux rentrent également dans cette famille. L'idée est d'imposer au créancier l'obligation de notifier au garant les évènements déclenchant le jeu de

[821] Pour un exemple de ce type de mécanisme, v. CA Paris, 12 oct. 2007, n° 07/05018.
[822] Clause traitée par : CA Bourges, 1er févr. 2018, n° 17/00699.

la garantie de façon à ce que ce dernier puisse faire valoir ses observations en temps utile[823]. Ces mécanismes ne constituent pas une clause de style dépourvue de valeur contractuelle. Ils procèdent d'une volonté de lutter contre « les aléas inhérents à toute cession de contrôle »[824] qui a contribué à leur développement sous l'impulsion des praticiens[825]. Le cadre d'action qu'ils mettent en place doit être pris en compte par le juge lorsqu'il est amené à se prononcer sur la défaillance d'une partie dans l'exécution du contrat. On le constate à travers la formulation même de ces clauses.

Dans un contrat de concession commerciale portant sur la vente de machines, les parties avaient prévu les modalités de mise en œuvre de la garantie des produits par le concédant dans les termes suivants :

> « […] Les machines sont garanties par le concédant contre tout vice de fabrication ou défaut de matière dans les conditions normales d'utilisation, dans un délai de 2 années courant à compter de leur mise en service chez l'utilisateur final et dans les conditions visées aux articles 9. 3 et 9. 4, les parties convenant aussi que le délai entre la livraison chez le concessionnaire et la mise en service chez le client final serait limité à une année pour la prise en compte de cette garantie et qu'à cet effet une liste des dates de livraisons avec les numéros de série serait établie et transmise au concédant dans le délai d'un mois après chaque vente.
> […] En cas de réclamation relative à un produit de la marque entrant dans le champ d'application de la garantie, le concessionnaire devrait prévenir le concédant sous huitaine lequel effectuerait alors les réparations ou procéderait à l'échange de la machine ou de la partie de ladite machine défectueuse afin de satisfaire la clientèle, le concédant s'engageant à prendre intégralement à sa charge les pièces de rechange et des frais de main d'œuvre et de transport engagés par le concessionnaire. Pour toutes garanties engagées dans le délai d'une année à compter de la date de mise en service auprès du client final de la machine, le concédant s'engageait également à mettre gracieusement à disposition du concessionnaire une machine de prêt durant la durée d'immobilisation de la machine défectueuse […] »[826].

Conformément à cette clause, il appartient au concessionnaire de mettre en œuvre le dispositif conventionnel dans le délai imparti pour faire jouer la garantie du concédant notamment par la remise effective des documents demandés. Le respect de ce processus s'impose au distributeur s'il entend établir la preuve de la défaillance du concédant dans l'exécution de sa garantie des vices cachés. Si cette conséquence n'apparaît pas clairement dans les termes de la clause, elle peut s'induire de sa finalité qui doit être prise en compte. C'est ce qui résulte expressément de certaines clauses lorsque les parties prévoient une déchéance faute de respect de la procédure contractuelle. Ainsi, on trouve dans les clauses d'agréation de la livraison en matière de vente des mécanismes de vérification préalablement à la réception de la chose assortis d'une telle sanction. Par exemple, dans les conditions générales de vente d'un éditeur d'ouvrages juridiques, il est prévu :

---

[823] Pour un exemple de clause, v. CA Douai, 29 nov. 2012, n° 12/02066 ; CA Orléans, 3 juill. 2014, n°13/03274 ; CA Lyon, 13 avr. 2017, n° 16/04080.

[824] F.-D. POITRINAL, « Les mécanismes de réduction des risques de non-paiement dans le cadre des garanties de passif », Rev. sociétés 1995, p. 659. V. aussi, H.-L. DELSOL, « Rédiger et négocier les conditions de mise en œuvre d'une garantie d'actif et de passif », Dr. sociétés, n° 12, déc. 2011. Prat. 2, selon l'auteur, « la négociation d'une garantie d'actif et de passif est une des phases fondamentales de toute opération d'acquisition d'une société ».

[825] P. MOUSSERON, M. ZAVALICHINE, H.-L. DELSOL et G. VERMONT, « Les clauses de garantie d'actif et de passif », Act. Prat. et Ing. Soc., n° 125, sept. 2012, dossier 10, spéc., n° 5. *Adde*, T. ALLAIN, « Clauses de garantie dans les cessions de droits sociaux », Rép. Sociétés, Dalloz oct. 2018, n° 1 et les références citées, qui met en observe la prévision de ces clauses est « devenue systématique dans toute opération de cession de contrôle, quelle que soit sa taille ».

[826] CA Nîmes, 23 mars 2017, n° 16/00535.

« L'Editeur fera toute diligence pour livrer dans les meilleurs délais les commandes acceptées. Toute date de livraison figurant sur un bon de commande ou sur tout autre document n'aura qu'une valeur indicative. Toutes livraisons sont faites au lieu de destination mentionné sur le bon de commande. Il appartient au Client d'émettre, le cas échéant, toute réserve en cas d'avarie de transport. Les produits livrés sont réputés conformes à la commande, à défaut de réclamation écrite du Client dans un délai de 15 jours à compter de la livraison. L'obligation de l'Editeur est limitée au remplacement du produit défectueux. Le transfert des risques des produits livrés au Client s'opère lors de la prise de possession desdits produits »[827].

La procédure permet à l'acquéreur de contrôler l'exécution effective de l'engagement du vendeur et lui impose également de réceptionner la chose. Cette dernière obligation s'analyse en une reconnaissance que la chose est conforme et n'est pas affectée de vices apparents[828]. En acceptant la chose, l'acquéreur est considéré comme ayant apprécié la contenance, la quantité et les qualités de celle-ci. Cette acceptation en connaissance de cause libère donc le vendeur de son obligation de délivrance d'une chose conforme et de garantie des vices apparents[829]. Le non-respect de la clause par l'acquéreur fait obstacle à toute action en résolution pour défaut de conformité de la marchandise. Corrélativement, la clause peut prévoir la faculté pour l'acquéreur de résilier le contrat en l'absence de réaction du vendeur consécutive à la mise en œuvre du processus contractuel[830].

258. - Le processus d'agréation de la chose peut être beaucoup plus structuré en raison des circonstances de la réception ou de la complexité du bien[831]. Dans certains cas, l'acquéreur n'est pas en mesure de procéder à la vérification des caractéristiques du bien remis, soit qu'il n'a pas les compétences nécessaires pour le faire, soit parce que la mise en service ou le fonctionnement du bien nécessite des opérations préalables. C'est pourquoi en matière de vente d'équipement industriel, la réception de la chose est décomposée en plusieurs étapes. L'agréation définitive est généralement précédée d'une première phase de réception provisoire permettant de vérifier les résultats et le fonctionnement du bien (sur le site du constructeur) et d'apprécier la compatibilité du matériel livré avec son environnement d'accueil (sur le site d'arrivée). Puis intervient la phase de réception définitive dans le délai prévu par les parties[832].

Il en est de même en matière de contrat de construction d'ouvrage immobilier où la phase de réception peut se réaliser en deux étapes. Une première phase appelée "Opérations préalables à la réception" (OPR) peut être prévue par les contractants. Cette phase se déroule généralement entre l'entrepreneur et le maître d'œuvre permettant à ce dernier de formuler ses observations et d'indiquer les reprises devant être exécutées par l'entrepreneur avant la réception. Le procès-verbal établi à l'issue de cette phase est transmis au maître de l'ouvrage qui fixera la date de la réception définitive ou dans le cas contraire, il pourra refuser de

[827] Conditions générales de vente et d'abonnement LexisNexis SA, art. I. 8, al. 2.
[828] Cass. com., 22 févr. 1946, G.P. 1947. I. 18.
[829] Sur cette question, v. H. BOUCARD, *L'agréation de la livraison dans la vente. Essai d'une théorie*, préf. P. RÉMY, LGDJ 2005.
[830] V. la clause traitée par : CA Paris, 18 janv. 2012, n° 10/09646.
[831] V. par ex. Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-24.501, Bull. civ. IV, n° 33 ; RTD com. 2015, p. 341, obs. D. LEGEAIS ; *ibid.* p. 348, obs. B. BOULOC ; D. 2015, p. 1683, obs. T. ROUHETTE et C. TILLIARD, qui rappelle que « l'obligation de délivrance de machines complexes n'est pleinement exécutée qu'une fois réalisée la mise au point effective de la chose vendue ».
[832] Pour un exemple de clause, v. J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, spéc. n° 662, p. 222.

prendre livraison. Mais rien n'interdit aux parties de formuler le processus de constatation d'achèvement et de prise de possession des ouvrages en une seule étape. Tel est généralement le cas dans les contrats de vente d'immeuble en l'état futur d'achèvement :

> « […] le vendeur notifiera à l'acquéreur par LRAR le certificat de l'architecte attestant l'achèvement et l'invitera à constater la réalité de cet achèvement au minimum 8 jours après l'envoi de ce courrier, pour le jour où il sera procédé contradictoirement à cette constatation et à l'établissement d'un procès-verbal,
> L'acquéreur aura la faculté d'insérer au procès-verbal les réserves qu'il croira devoir formuler quant aux malfaçons et aux défauts de conformité avec les prévisions du contrat, la constatation de l'achèvement n'emportant par elle-même ni reconnaissance de la conformité aux prévisions du contrat ni renonciation aux droits résultant de l'article 1642-1 du Code civil,
> Les réserves de l'acquéreur seront acceptées ou contredites par le vendeur,
> Si les parties sont d'accord pour constater l'achèvement, que des réserves aient été ou non formulées, acceptées ou contredites, il sera procédé à la remise des clés à l'acquéreur pour valoir livraison et prise de possession et l'acquéreur procédera au versement du solde du prix payable lors de la mise des biens à sa disposition, la remise des clés ne pouvant intervenir que si l'acquéreur a payé l'intégralité du prix […]
> Si la prise de possession des lieux se trouve différée, faute par l'acquéreur de s'être rendu au rendez-vous fixé par le vendeur ou pour cause de non-paiement par l'acquéreur du solde du prix, le vendeur pourra sommer l'acquéreur par une seconde LRAR de se rendre dans les lieux afin de constater l'achèvement, de prendre les clés, de verser le solde du prix et d'établir le procès-verbal,
> Faute par l'acquéreur de satisfaire à cette demande sous huitaine, une sommation par voie d'huissier lui sera adressée par le vendeur avec mention d'être présent à une date fixée à l'avance avec mention que s'il ne défère pas à cette sommation, l'acquéreur ne pourra plus élever de contestation tant en ce qui concerne la conformité qu'en ce qui concerne les vices de construction apparents,
> Dans cette hypothèse, le procès-verbal de constatation d'état des lieux sera établi par le vendeur seul […] »[833].

259. - La diversité des procédures rend difficile l'établissement d'une liste exhaustive. Les exemples relevés démontrent l'utilité de ces mécanismes dans la régulation des rapports contractuels. Il ne suffit pas de créer une obligation par un accord de volonté, encore faut-il préciser le cheminement suivant lequel elle est mise en œuvre. Les procédures contractuelles complètent utilement l'opération projetée en précisant les modalités de détails de son exécution. Elles servent aussi à aménager les évènements qui affectent l'exécution du contrat.

2. Procédures relatives aux évènements affectant l'exécution

260. - Des évènements peuvent affecter l'exécution du contrat, soit qu'ils la rendent simplement difficile, soit qu'ils la rendent impossible. Il revient aux parties de définir à l'avance ces évènements et leurs conséquences.

Les parties peuvent se contenter d'une stipulation minimale régulant la force majeure telle qu'elle est définie par le droit positif. La clause de force majeure [834] est valable[835]. Néanmoins, elles doivent veiller à la clarté et à la précision de la clause, conditions nécessaires à son efficacité[836]. À cet égard, la CCI propose une clause-type en deux versions

[833] Clause traitée par CA Pau, 18 sept. 2018, n° 16/04436.
[834] R. IBARA, *L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée*, th. Poitiers, 2012 ; A.-S. LUCAS-PUGET, « La clause de force majeure » CCC 2015, Formules 2 ; M. POUMARÈDE, « Les clauses de force majeure dans les contrats de construction », RDI 2017, p. 456.
[835] V. P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, préf. B. TEYSSIÉ, LGDJ, 1992, n° 177 et s. ; G. DURRY, obs. sous Com., 8 juill. 1981, RTD civ. 1982, p. 426 ; S. GALLAGE-ALWIS et C. TILLIARD, « La force majeure, roue de secours des entreprises sous conditions », JCP E 2011, 1606.
[836] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et C. RODA, *op. cit*., n° 755, p. 361.

(longue et courte) que les parties peuvent adapter en fonction des particularités de leurs affaires[837]. Le Livre rouge FIDIC propose d'aménager la force majeure dans les termes suivants :

> « […] Si une Partie est ou sera empêchée d'exécuter ses obligations majeures découlant du Marché à cause de la Force Majeure, elle doit alors aviser l'autre Partie de l'évènement ou de la circonstance constituant la Force Majeure et doit spécifier les obligations dont l'exécution est ou sera empêchée. L'avis doit être transmis dans un délai de 14 jours après que la Partie a eu connaissance, ou aurait dû avoir connaissance de l'évènement ou de la circonstance qui constitue la Force Majeure.
> La Partie doit, après avoir communiqué l'avis, être exonérée de l'exécution de ses obligations pour la durée pendant laquelle la Force Majeure l'empêche de pouvoir exécuter ses obligations […]
> Chaque Partie doit toujours faire tous les efforts raisonnables pour minimiser les retards dus à la Force Majeure lors de l'exécution du Marché.
> Une Partie doit informer l'autre Partie lorsqu'elle cesse d'être affectée par la Force Majeure […] »[838].

La procédure incluse dans cette clause impose au débiteur une double obligation de notification, d'une part, de la survenance d'un cas de force majeure et, d'autre part, de la cessation de l'évènement. Elle participe à la régulation de l'exécution du contrat et peut servir à apprécier la responsabilité du débiteur « à raison du retard dans l'exécution »[839]. On sait, en effet, que la force majeure n'exonère le débiteur de son obligation que pendant le temps où elle l'empêche de l'exécuter[840]. La clause permet de déterminer ce délai de suspension du contrat par la double notification qu'elle impose au débiteur. Sa mise en œuvre n'a pas simplement une valeur informative, elle a une incidence substantielle car elle peut servir à éclairer le juge pour alléger ou accroître la responsabilité du débiteur.

261. - En pratique, les clauses de force majeure retiennent une définition large[841] des évènements susceptibles d'entraîner la suspension du contrat (grèves, intempéries, modification de la réglementation, le redressement ou la liquidation judiciaire d'une partie, les difficultés d'approvisionnement, la défaillance d'un fournisseur, etc.)[842]. Dans ce cas, l'aménagement conventionnel de ces incidents d'exécution est réalisé au moyen d'une "clause de prorogation du délai d'exécution"[843]. Dans cet esprit, les conditions générales du contrat de sous-traitance élaborées par les organisations professionnelles du bâtiment prévoient une clause intitulée "Prolongation du délai d'exécution" invitant les parties à préciser ces différents évènements dans leurs conditions particulières. On peut lire :

---

[837] Clause de Force Majeure, ICC 2020.
[838] Livre Rouge FIDIC, Conditions générales de contrat applicables aux marchés de travaux de génie civil, éd. 2017, art. 18.
[839] C. civ., art. 1231-1.
[840] Cass. 3e civ., 22 févr. 2006, n° 05-12.032 ; Bull. civ. III, n° 46, p. 37 ; D. 2006, p. 2972, note S. BEAUGENDRE ; *ibid*. 2007, p. 1827, obs. L. ROZES ; RDC 2006, p. 763, note J.-B. SEUBE ; *ibid*. p. 1087, obs. Y.-M. LAITHIER.
[841] En ce sens, v. P. LE TOURNEAU, *L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle*, *op. cit*., n° 174, p. 124, qui souligne que la définition retenue par les parties est généralement « beaucoup moins rigoureuse qu'en Droit français ».
[842] Les règles relatives à la force majeure n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent décider d'en retenir une définition plus large ou de ne retenir que certains évènements à condition que la clause ne vide pas de sa substance l'obligation d'exécuter le contrat dans le délai convenu, v. par ex., CA Versailles, 23 mars 2006, n° 05/01729 ; CA Pau, 16 févr. 2012, n° 10/01278.
[843] Pour un exemple de clause de prorogation du délai de livraison dans un bail réel solidaire, v. F. ROUSSEL, « Bail réel solidaire : première formule de « BRS-utilisateur » », JCP N, 2017. 1219.

« Le ou les délais ne sont prolongés que dans les cas prévus aux conditions particulières. Dès qu'il en a connaissance, l'entrepreneur principal doit informer le sous-traitant des retards non imputables à ce dernier, susceptibles d'affecter son délai d'exécution. Il doit établir un nouveau calendrier d'exécution reprenant le délai d'exécution initialement convenu, sauf accord entre les parties sur une modification dudit délai.
Le sous-traitant doit, sous peine de forclusion, signaler à l'entrepreneur principal les faits susceptibles de donner lieu à prolongation de délai, dans un délai de 4 jours ouvrables à dater du premier jour de leur manifestation, dans l'une des formes prévues à l'article 1-7 du présent contrat. Une décision de prolongation sera alors notifiée par l'entrepreneur principal »[844].

Les parties sont invitées à préciser les évènements assimilés à la force majeure. Cette possibilité est largement exploitée en pratique notamment dans les contrats de construction où l'acte prévoit de façon quasi-systématique diverses causes dites légitimes de suspension du contrat et les modalités de mise en œuvre[845]. La procédure contractuelle permet d'aménager le contrat au gré de la survenance des cas envisagés par les parties. Il a une force contraignante puisque sa méconnaissance entraîne la forclusion du droit pour le sous-traitant de demander une prorogation de délai.

262. - Les contractants complètent généralement la clause en indiquant les modalités de constatation des circonstances assimilées à la force majeure et leur conséquence sur le délai d'exécution du contrat. Tel est le cas dans un contrat de vente en l'état futur d'achèvement d'un ensemble immobilier soumis à la cour d'Aix-en-Provence[846] :

« Pour l'appréciation des évènements ci-dessus évoqués, les parties, d'un commun accord, déclarent s'en rapporter dès à présent à un certificat établi par le maître d'œuvre ayant la direction des travaux, sous sa responsabilité, auquel seront joints, le cas échéant, les justificatifs convenus ci-dessus. S'il survenait un cas de force majeure ou une cause légitime de suspension du délai de livraison, l'époque prévue pour l'achèvement serait différée d'un temps égal à celui pendant lequel l'évènement considéré aurait mis obstacle directement ou par ses répercussions à la poursuite des travaux, majoré d'un mois, pour tenir compte de leurs conséquences sur l'organisation générale du chantier ».

La conformité d'une telle clause au regard des dispositions protectrices du consommateur ou non-professionnel est admise par la Cour de cassation[847]. Néanmoins, afin d'assurer son efficacité, il convient de définir précisément la procédure d'intervention du maitre d'œuvre quant à sa saisine, aux modalités d'exécution de sa mission, à la communication du résultat de celle-ci et aux délais impartis pour l'accomplissement de ces diligences. Ces précautions contribuent à l'efficacité de l'aménagement conventionnel.

263. - La stipulation de procédures contractuelles est une manière de compléter le contrat en précisant les modalités d'exécution du rapport d'obligation. Les exigences comportementales qu'elles comportent expriment l'importance que les parties accordent à la manière dont leurs droits substantiels seront mis en œuvre. On éprouve le même sentiment à l'étude des procédures encadrant le jeu des prérogatives contractuelles.

---

[844] Conditions générales du contrat de sous-traitance du BTP 2018, art. 7-4.
[845] Sur ce type clause, v. par ex. CA Lyon, 19 févr. 2019, n° 17/0659; CA Aix-en-Provence, 7 mai 2019, n° 17/12310 ; CA Colmar, 11 oct. 2019, n° 443/2019.
[846] CA Aix-en-Provence, 7 mai 2019, n° 17/12310, préc.
[847] Cass. 3e civ., 24 oct. 2012, n° 11-17.800, Bull. civ. III, n° 152 ; D. 2013, p. 949, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; RDI 2013, p. 93, obs. O. TOURNAFOND ; Constr.-urb. 2012, comm. n° 182, note D. SIZAIRE ; JCP N 2013, n° 1093, obs. S. LAPORTE-LECONTE ; RTD com. 2013, p. 40, obs. J.-P. SÉNÉCHAL ; Defrénois 30 mai 2013, n° 112r6, obs. H. PÉRINET-MARQUET.

§. 2. Procédures aménageant les prérogatives

264. - On entend par prérogatives contractuelles, les possibilités d'agir au sens de pouvoir accordé à une partie accessoire à la prestation attendue ou promise[848]. Il n'y a plus de doute sur le fait que le contrat est un lieu d'exercice de pouvoir[849]. Ce constat, mis en lumière par la doctrine, s'amplifie à mesure que se développe l'unilatéralisme dans les rapports contractuels[850]. Les dangers de ce phénomène sont réels. Il soumet une situation contractuelle, issue de la volonté commune des parties, au bon vouloir d'un seul contractant. C'est pourquoi le législateur et le juge interviennent dans certains cas pour encadrer le jeu de prérogatives. Ces interventions ponctuelles ne suffisent pas à supprimer les risques inhérents à l'unilatéralisme.

L'analyse de la pratique contractuelle montre la volonté des rédacteurs de contrats de prendre les choses en main. La tendance est à la création des outils aptes à saisir les différentes manifestations de l'unilatéralisme dans les rapports contractuels. Dans ce contexte, les clauses imposant des processus se signalent notamment dans les contrats de longue durée. L'idée est d'aménager dans le temps l'exercice de pouvoir, de le soumettre à des conditions de forme, de délai ou encore d'imposer une obligation de motivation à son titulaire. Ces modalités procédurales sont variables, mais globalement on peut les regrouper au sein de deux familles suivant qu'elles régissent la mise en œuvre de prérogatives conférant un droit potestatif (**A**) ou celles conférant un pouvoir de sanction (**B**).

A. Procédures relatives aux prérogatives conférant un droit potestatif

265. - Si certaines prérogatives sont éloignées de toute idée de sanction, elles ne sont pas sans danger. Il s'agit des actes unilatéraux créateurs de situation juridique à laquelle le destinataire n'a pas nécessairement anticipé. Globalement, cela vise deux situations : celle dans laquelle un pouvoir de modulation de la force obligatoire du contrat est conféré à une partie (**1**) et celle relative à un pouvoir de modulation du contenu du contrat (**2**). L'instauration d'un processus est un moyen d'aménager l'exercice de ces prérogatives et de limiter les risques d'abus qui pourraient en découler.

1. Procédures aménageant le pouvoir de modulation de la force obligatoire du contrat

266. - Les clauses visées ici sont celles qui ont pour objet d'imposer un contrôle procédural de mise en œuvre du pouvoir de modulation de la force obligatoire du contrat. Les risques

---

[848] V. D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », art. préc., spéc. n°2, p. 644 et les références citées.
[849] Sur cette question, v. P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, th. préc.
[850] Pour l'étude des manifestations de l'unilatéralisme dans les rapports contractuels, v. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ 1996 ; D. MAZEAUD et C. JAMIN (dir.), *L'unilatéralisme et droit des obligations*, Économica 1999 ; S. VALORY, *La potestativité dans les rapports contractuels*, av.-p. I. NAJJAR, préf. J. MESTRE, PUAM 1999 ; P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, th. préc.* ; J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *in* Études offertes à J. GHESTIN, *Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ 2001, p. 747 et s.

inhérents à cette prérogative justifient amplement qu'elle soit encadrée par des mécanismes procéduraux.

Les situations dans lesquelles l'une des parties se voit conférer une faculté dont l'exercice a une incidence sur la force du contrat sont nombreuses. Il peut s'agir des mesures légales destinées à protéger une partie en lui accordant une option. C'est le cas du droit de rétraction reconnu, dans certains cas, à une partie au contrat. S'agissant d'une règle d'ordre public de faveur, les constructeurs de contrats peuvent prévoir des modalités favorables à la partie que la loi entend protéger. Cette possibilité est, cependant, loin d'être la plus courante. Les clauses instituant un contrôle procédural de ces prérogatives, rédigées par la partie forte, retiennent généralement le délai minimum prévu par la loi en précisant les modalités d'exercice. Ainsi, dans les conditions générales de contrat proposé par un établissement d'enseignement privé à ses étudiants, il est stipulé que :

« Toute inscription d'un étudiant est subordonnée à la signature, par lui, du contrat d'inscription, à l'acceptation expresse d'Z et au versement effectif du montant de l'acompte fixé pour l'inscription sur l'échéancier page 1.
L'envoi par Z de l'avis d'admission dont la preuve peut être rapportée par tout moyen ouvre au profit de l'étudiant un délai contractuel de rétractation de sept jours francs à compter de l'envoi.
Pendant ce délai, l'étudiant sera en droit d'annuler son inscription et d'obtenir le remboursement de l'acompte versé.
La rétractation doit nécessairement prendre la forme de l'envoi, dans le délai de sept jours précités, d'une lettre recommandée avec avis de réception par l'étudiant »[851].

L'intérêt de cette clause est de préciser les conditions temporelles et formelles de l'exercice de la faculté reconnue au cocontractant. Mais sa formulation n'est pas à l'abri de critique notamment son alinéa 2. C'est pourquoi, elle demeure sous le contrôle du juge s'agissant de son caractère abusif. En tout état de cause, elle ne saurait conduire à une inversion de la charge de la preuve. En cas de litige sur la détermination du point de départ du délai de rétractation commençant à courir à compter de l'avis d'admission, il appartient au professionnel d'établir la preuve de l'envoi de cet avis[852].

267. - Cela étant, on trouve des clauses beaucoup plus élaborées quant aux modalités procédurales de mise en œuvre des prérogatives contractuelles. L'objectif de sécurité juridique et de prévisibilité est sans doute celui qui détermine les rédacteurs de ce type de clause :

« Quel que soit le contrat d'assurance souscrit initialement, l'Assuré peut demander, dans un délai de douze mois à compter de la signature de l'offre de prêt, la substitution de ce contrat, par un autre contrat présentant un niveau de garantie équivalent au contrat d'assurance groupe proposé par le Prêteur. L'Assuré notifiera au Prêteur sa demande de substitution au plus tard quinze jours avant le terme de la période de douze mois susmentionnée.
L'Assuré dispose également, d'un droit de résiliation annuel du contrat d'assurance en envoyant une lettre recommandée à l'Assureur au moins de deux mois avant la date d'anniversaire dudit contrat (cachet de la Poste faisant foi). Lorsque l'assurance est exigée par le Prêteur dans les Conditions Financières et Particulières de la présente offre de prêt, l'Assuré devra alors proposer au Prêteur un nouveau contrat présentant un niveau de garantie équivalent au contrat d'assurance groupe proposé par le Prêteur.
Dans tous les cas de demande de résiliation ou de substitution, l'Assuré devra produire au Prêteur une proposition de nouveau contrat d'assurance comprenant la notice d'information (ou conditions générales)

[851] Sur cette clause, v. CA Colmar, 14 nov. 2019, n° 530/2019.
[852] *Ibid*.

avec ses références, les conditions particulières (ou tout autre document équivalent) indiquant les options souscrites et les éventuelles limites de garantie, le coût total des garanties exigées et le coût par période - selon la périodicité de paiement - de ce contrat (coûts exprimés en euros sur la durée totale du prêt). Le prêteur dispose d'un délai de dix jours ouvrés à partir de la réception de la proposition de contrat accompagnée de l'ensemble des éléments visés ci-dessus pour notifier à l'Assuré sa décision d'acception ou de refus.
En cas d'acceptation du nouveau contrat d'assurance par le Prêteur, la résiliation du contrat d'assurance prendra effet au plus tôt 10 jours après la réception par l'Assureur de la décision du Prêteur ou à la date de prise d'effet du nouveau contrat accepté en substitution par le Prêteur si elle est postérieure. Dans le cadre de l'exercice par l'Assuré de sa faculté de résiliation annuelle, la résiliation du contrat d'assurance prendra effet au plus tôt à la date anniversaire de son contrat d'assurance ».

Il s'agit d'une clause prévue dans les conditions générales d'un contrat de prêt souscrit par un acquéreur dans le cadre d'une opération de vente en l'état futur d'achèvement. Elle aménage l'exercice du droit de résiliation annuel et de la faculté de substitution reconnus à l'emprunteur en matière de crédit immobilier[853]. Cette clause ne doit pas être vue comme un simple rappel des prérogatives légales accordées au contractant. Elle contient une procédure qui prévoit le respect d'étapes successives pour la mise en œuvre des prérogatives concernées. Le cadre d'action contraignant fixé par la clause concrétise et renforce l'exigence de bonne foi en assortissant les prérogatives accordées au contractant des modalités temporelles et formelles qui préviennent les abus. La prévision d'un tel dispositif dans le contrat est utile singulièrement lorsque le législateur ne précise pas de modalités particulières de mise en œuvre ou renvoie à celles convenues entre les parties. C'est le cas de la faculté de résiliation reconnue à chaque partie dans les contrats à durée indéterminée[854]. Le mécanisme peut aussi avoir pour objet d'encadrer une faculté de résiliation prévue au contrat en dehors de cette hypothèse.

268. - En pratique, les procédures contractuelles de résiliation que l'on rencontre recèlent de nombreuses variantes. Par exemple, dans un contrat de mandat conclu entre deux sociétés portant sur la commercialisation des turbines équipant les plateformes de production d'électricité, lit-on :

« Le présent contrat deviendra définitif au terme d'une phase de 3 mois définie dans le protocole d'accord signé conjointement avec le présent mandat. Au terme de cette période, il est conclu pour le temps nécessaire à l'exécution de cette mission avec une première tranche irrévocable de 12 mois à compter de la signature. À l'issue de cette première période, l'une ou l'autre des parties pourra dénoncer le présent mandat par lettre recommandée avec accusé de réception motivée, en respectant un préavis de trois mois »[855].

La procédure incluse dans la clause (délai de trois mois, forme de la notification et motivation de la décision) a pour objet l'encadrement d'un pouvoir sur les effets du contrat. Le contrôle procédural de la résiliation qui est institué justifie le rattachement du dispositif dans la catégorie des procédures contractuelles aménageant les pouvoir de modulation de la force obligatoire. Il existe des mécanismes similaires visant à aménager dans le temps les effets de la rupture tout en cherchant à limiter les risques d'abus. On les trouve dans les clauses de renouvellement, de tacite reconduction ou encore dans les clauses de prorogation

[853] V. C. consom., art. L. 313-30 ; C. assur., art. L. 113-12-2, al. 1er ; *ibid*., L. 113-12.
[854] C. civ., art. 1211.
[855] CA Paris, 26 sept. 2013, n° 11/10437.

non automatique[856] qui confèrent à chaque partie la faculté de s'opposer au renouvellement du contrat en respectant les étapes successives qui sont prévues.

269. - Il peut également être inséré dans une clause de non-concurrence pour permettre à l'employeur de libérer le salarié de son engagement. Cette stipulation est fréquente dans les contrats de travail. Une clause traitée par la cour d'Aix-en-Provence[857] permet de l'illustrer :

> « […] La société se réserve toutefois la faculté de vous libérer de cette interdiction de non concurrence, et par là-même se dégager du paiement de l'indemnité prévue en contrepartie, soit à tout moment au cours de l'exécution du contrat, soit à l'occasion de sa cessation, sous réserve dans ce dernier cas de notifier sa décision par lettre recommandée au plus tard un mois suivant la notification de rupture du présent contrat de travail »

L'employeur est généralement à l'origine de ce type de stipulation. La faculté qu'il se réserve de moduler les effets de la clause de non-concurrence reste sous le contrôle du juge. La Cour de cassation énonce, en effet, que « le salarié ne pouvant être laissé dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler, la clause par laquelle l'employeur se réserve la faculté, après la rupture, de renoncer à la clause de non-concurrence à tout moment au cours de l'exécution de celle-ci doit être réputée non écrite »[858]. Cette solution ne condamne pas la faculté de renonciation unilatérale de l'employeur, elle conduit simplement à mettre « sous haute surveillance »[859] la possibilité offerte aux parties d'aménager les modalités de cette renonciation par une clause du contrat ou une disposition de la convention collective. Il ne peut être valablement stipulé dans cette clause que l'employeur a la faculté, après la rupture, d'y renoncer à tout moment au cours de son exécution. L'objectif est de permettre à ce que le salarié soit fixé rapidement sur son sort.

270. - L'encadrement du droit de préemption[860] ou de préférence[861] par le jeu d'une procédure s'inscrit dans une logique similaire. Les délais et formes imposés au bénéficiaire assurent une certaine prévisibilité de la mise en œuvre de la prérogative. Ainsi, lorsque la situation de fait régie par la clause se réalise, le débiteur ne sera pas laissé dans l'incertitude quant à l'exercice du droit conféré à son cocontractant. Encore faut-il que le dispositif ait un caractère contraignant pour obtenir ce résultat. La rédaction précise de la clause ne suffit pas toujours lorsque sa violation ne donne pas lieu à une sanction. Le cas de l'obligation de motiver le refus d'agrément que l'on retrouve dans certaines clauses[862] est assez symptomatique. Il revient donc aux parties de préciser les conséquences attachées à la méconnaissance des diligences prévues afin de garantir l'efficacité du dispositif. Parfois, la sanction la sanction se déduit logiquement du libellé de la clause notamment lorsqu'elle

---

[856] Pour des exemples, v. J. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, spéc. n° 481 et s.
[857] CA Aix-en-Provence, 11 juill. 2013, n° 15/04382.
[858] Cass. soc., 13 juill. 2010, n° 09-41.626 ; Bull. civ. V, n° 174 ; JCP G 2010, 877, obs. N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER ; D. 2010, p. 1885, obs. L. PERRIN ; *ibid*. p. 2540, obs. Y. SERRA ; Dr. soc. 2010, p. 1118, obs. J. MOULY ; JCP E 2010, 2134, n°11, obs. P. GRIGNON. V. aussi, Cass. soc., 11 mars 2015, n° 13-22.257, Bull. civ. V, n° 44 ; Dr. soc. 2015, p. 465, obs. J. MOULY ; Cass. soc., 2 déc. 2015, n° 14-19.029, Bull. civ. V, n° 841 ; Dr. soc. 2016, p. 187, obs. J. MOULY ; D. 2016, p. 807, obs. J. PORTA.
[859] J. MOULY, obs. préc.
[860] Par ex., v. clause traitée par Cass. com., 7 mai 2019, n° 17-31.733, inédit.
[861] Pour un exemple de clause aménageant la faculté pour le franchiseur (bénéficiaire du pacte de préférence) de se substituer au tiers, v. la clause traitée par : Cass. com., 30 mai 2018, n° 17-15.437, inédit.
[862] Par ex., clause traitée par : CA Orléans, 10 oct. 2019, n° 18/01112.

conditionne la régularité de la prérogative au respect de la procédure contractuelle. L'analyse des clauses encadrant le pouvoir de modification du contrat permet de le constater.

2. Procédures aménageant le pouvoir de modification du contenu du contrat

271. - Les situations en cause ici concernent l'hypothèse où une partie se voit conférer un pouvoir de fixer ou de modifier le contenu du contrat. Le phénomène est devenu si courant qu'il a nécessité l'intervention du législateur pour l'encadrer dans certains domaines. L'exemple relativement récent concerne la fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et dans les contrats de prestation de service[863]. Il est vrai que la méconnaissance de l'obligation de motivation en l'occurrence n'est assortie d'aucune sanction particulière. Néanmoins, même s'il s'agit d'une « mesure à visée prophylactique », le maître du prix est tenu par cette norme. Il doit motiver le montant en cas de contestation dans la mesure où cette obligation s'analyse « en une condition mise par le législateur » à l'exercice du pouvoir de fixation unilatérale du prix[864]. On verra que l'obligation de motivation n'est pas sans incidence notamment sur la charge de la preuve. Toutefois, son efficacité demeure largement dépendante de la sanction qui sera retenue par les tribunaux. Une sanction suffisamment dissuasive incitera les parties au respect du mécanisme. La position de la jurisprudence à l'égard des formalités procédurales encadrant la modification du contrat de travail permet de s'en convaincre. L'article L. 1222-6 du Code du travail prévoit le respect d'une procédure préalable à la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour motif économique : notification préalable au salarié par lettre recommandée avec avis de réception, délai d'un mois ou quinze jours suivant les cas. À défaut de réponse du salarié dans le délai imparti, son silence équivaut à une acceptation de la modification[865].

On trouve également à l'article L. 141-4 du Code des assurances relatif aux assurances de groupe l'obligation de respecter une procédure contractuelle en matière de modification du contrat. En vertu de ce texte, le souscripteur est tenu « d'informer par écrit les adhérents des modifications apportées à leurs droits et obligations, trois mois au minimum avant la date prévue de leur entrée en vigueur ». L'adhérent a la faculté de dénoncer le contrat en raison de cette modification[866] hormis le cas où le lien qui l'unit au souscripteur rend obligatoire l'adhésion au contrat. La jurisprudence en déduit logiquement que « seules sont opposables à l'adhérent les modifications ayant fait l'objet d'une information écrite avant la date de leur entrée en vigueur »[867]. Dans le même esprit, l'article L. 224-33 du Code de la consommation impose au prestataire l'obligation de notifier préalablement au consommateur tout projet de modification des conditions contractuelles de fourniture d'un service de communications électroniques au moins un mois avant son entrée en vigueur. Le consommateur peut librement

[863] C. civ., art. 1164 et 1165.
[864] J. MOURY, « La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre », AJC 2016, p. 123, spéc. 1.2.
[865] Sur cet article, v. par ex. Cass. soc., 23 sept. 2008, n°07-42.602, qui retient notamment « que l'employeur qui n'a pas respecté ces formalités ne peut se prévaloir ni d'un refus, ni d'une acceptation de la modification du contrat de travail par le salarié ».
[866] V. aussi, CMF, art. L. 312-1-1, IV, qui impose les exigences similaires pour la modification unilatérale de la convention de dépôt.
[867] Cass. 3e civ., 7 mars 2019, n° 18-10.735, inédit ; RCA 2019, n° 202; RGDA juill. 2019. 15, note A. PÉLISSIER.

résilier le contrat jusque dans un délai de quatre mois après l'entrée en vigueur de la modification tant qu'il n'a pas expressément accepté celle-ci. Le respect de ce processus s'impose au professionnel sous peine d'inopposabilité des modifications[868].

272. - Ces dispositions légales, qui ne sont pas d'ailleurs exhaustives[869], montrent que le législateur a pris la mesure des dangers du pouvoir de modification unilatérale du contrat en prévoyant un encadrement procédural outre le contrôle substantiel d'abus. La Commission d'examen des pratiques commerciales[870] et la jurisprudence[871] participent également à l'encadrement du pouvoir de modification unilatérale du contrat notamment sous l'angle du contrôle du déséquilibre significatif[872]. Les recommandations et décisions formulées sont prises en compte par les praticiens. Aussi, trouve-t-on ce mécanisme dans les contrats de longue durée notamment lorsqu'ils sont conclus entre un professionnel et un particulier comme les contrats d'abonnement téléphonique[873], d'énergie, dans les conventions entre les établissements de crédit et leurs clients, etc. L'objet de ces clauses porte aussi bien sur la modification du prix ou sur tout autre contenu du contrat en cours d'exécution. À titre d'illustration on peut citer la clause suivante, extraite d'un contrat d'assurance automobile :

> « L'assureur peut être amené à modifier le niveau tarifaire et éventuellement les franchises applicables au contrat en fonction de vos sinistres et/ou en fonction de circonstances techniques indépendantes de la variation du régime des taxes et des dispositions de la clause bonus-malus prévues en partie 5.3. La cotisation et les franchises sont alors modifiées à la première échéance principale qui suit cette modification.
> Le souscripteur en sera informé lors de l'envoi de l'avis d'échéance.
> Le souscripteur a alors la faculté de demander la résiliation du contrat, par lettre recommandée avec avis de réception, dans les quinze jours où vous avez eu connaissance de la majoration de votre cotisation ou de la Franchise.
> La résiliation prend effet trente jours après l'envoi de la lettre recommandée, le cachet de la poste faisant foi.
> Le souscripteur est alors redevable d'une fraction de cotisation calculée sur les bases de l'ancien tarif, pour la période écoulée entre la dernière échéance et la date d'effet de la résiliation.
> À défaut de résiliation, la nouvelle cotisation et éventuellement les nouveaux montants de Franchise sont considérés acceptés de la part du souscripteur »[874].

La clause traitée ici donne une certaine souplesse au devenir des relations contractuelles en envisageant la possibilité de modification comme un évènement susceptible de transformer

---

[868] Cass. 1re civ., 20 mai 2010, n° 09-10.913, inédit ; D. 2011, p. 974, obs. E. POILLOT.

[869] V. par ex., CMF, art. L. 312-1-1, IV, qui prévoit le respect d'un processus préalable à la modification de la convention de compte de dépôt par un établissement de crédit.

[870] CEPC, avis n° 14-06 du 19 juin 2014, qui relève que les stipulations conférant un pouvoir de modification unilatéral au constructeur sont susceptibles de révéler un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties dans en ce que « le constructeur, à sa discrétion, peut modifier les conditions contractuelles en matière de quantités et de fréquences de livraisons, la stipulation concernée ne prévoyant pas l'obligation de consentir un délai pour l'entrée en vigueur de ces modifications ». On gardera à l'esprit que l'appréciation de la licéité des clauses se fait au cas par cas, ce qui interdit de tirer une conclusion générale en la matière : v. en ce sens, CEPC, avis n° 17-11 du 21 sept. 2017.

[871] T. com. Paris, 2 sept. 2019, n° 2017050625, AJC 2019, p. 433, obs. F. BUY et C. RODA ; Dalloz IP/IT 2019, p. 710, obs. A. LECOURT ; RSC 2019, p. 833, obs. M.-C. SORDINO ; CCC 2019. Comm. 177, obs. N. MATHEY, au sujet d'une clause relative aux modifications contractuelles imposée aux vendeurs recourant aux services de la plateforme *Amazon*, le tribunal relève notamment « que la combinaison de modifications unilatérales à tous moments avec une entrée en vigueur immédiate, sans préavis et sans notification obligatoire individuelle à chacun des cocontractants est exorbitante du droit français et contraire à tous les usages ».

[872] Sur cette question, v. F. BUY, « La modification unilatérale à l'épreuve des pratiques commerciales déloyales », AJC 2020, p. 271.

[873] Par ex., v. la clause traitée par CA Paris, 30 mars 2018, n° 15/08688.

[874] L'Olivier assurance - Dispositions générales, références n° LOA007, art. 4.2.2

le contenu du contrat. Ainsi, lorsque les conditions sont remplies, l'assureur peut modifier le contrat sous réserve du respect de la formalité procédurale. L'objet de la procédure est de temporiser le pouvoir de modification unilatérale de façon à ce que l'assuré puisse envisager sa nouvelle situation en temps utile. Averti de la modification à venir suivant les modalités convenues, il peut y consentir en connaissance de cause ou s'y opposer en procédant à la résiliation du contrat. Dans cette logique, le processus a une force obligatoire à l'égard du titulaire du pouvoir qui peut, en cas de non-respect, se voir opposer l'inopposabilité de la modification unilatérale. De son côté, le cocontractant assujetti, informé régulièrement, a intérêt à se manifester en résiliant le contrat sinon il risque de se le voir imposer.

273. - Le contrôle procédural institué par les parties peut avoir pour objet la modification du territoire sur lequel les obligations doivent s'exécuter. C'est le cas des clauses de mobilité géographique qui sont généralement prévues dans les contrats de travail. Ce type de clause permet à l'employeur de modifier le lieu de travail, l'accord ultérieur du salarié n'étant pas nécessaire. On sait que, pour être valable, la clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application et ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée. Le processus inclus dans cette clause a pour but d'encadrer cette prérogative de l'employeur en imposant un délai de prévenance et l'information préalable du salarié. Par exemple, dans un contrat de travail du gérant d'un restaurant, il était prévu la clause suivante :

> « Au jour de son engagement, le salarié sera rattaché la direction régionale centre Est.
> Dans le cadre de ce rattachement le salarié s'engage à travailler sur les différents établissements actuels et futurs de l'entreprise.
> La zone géographique qui porte sur les départements couverts par la direction régionale centre Est, soit les départements de l'Isère, de la Savoie, et de la Haute Savoie.
> Il est expressément convenu entre les parties que la mobilité est une condition essentielle du contrat. En cas de changement relatif à l'affectation du collaborateur, les conditions de cette modification seront notifiées au salarié sept jours au moins avant la date à laquelle la modification doit prendre cet effet.
> Cette modification sera faite par lettre recommandée avec accusé de réception ou par lettre remise en main propre contre décharge »[875].

Le contrôle procédural de la prérogative de l'employeur peut être plus étendu. La clause peut, par exemple, prévoir un entretien individuel avec le salarié ou subordonner la décision de mutation à l'accord d'une commission paritaire[876]. Un tel dispositif vise à inciter l'employeur à examiner la situation du salarié notamment au regard des incidences de la mobilité sur sa situation familiale avant de prendre une décision. Il constitue une garantie procédurale particulièrement adaptée pour protéger l'employé contre une utilisation du droit de mutation à des fins sanctionnatrices.

B. Procédures relatives aux prérogatives conférant un pouvoir de sanction

274. - La sanction est entendue dans un sens singulier en ce qu'elle renvoie à la possibilité donnée à une partie de réagir face au non-respect de son engagement par le cocontractant. S'analysant en un pouvoir unilatéral, elle présente de réels dangers puisqu'elle consiste à se faire justice à soi-même. C'est pourquoi, elle fait l'objet d'une réglementation légale et d'une

[875] CA Chambéry, 12 déc. 2019, n° 19/00403.
[876] Sur cette disposition conventionnelle, v. Cass. soc., 7 déc. 1993, n° 89-40.150, n° 89-42.108.

intervention croissante de la jurisprudence. Les rédacteurs de contrats s'intéressent aussi davantage à l'aménagement de cette prérogative en prévoyant des mécanismes procéduraux encadrant sa mise en œuvre. Les modalités retenues en pratique dépendent de l'objet de la procédure et du contrat qui la contient. Il convient de distinguer deux situations. La première porte sur les sanctions de l'inexécution du contrat, régies pour la plupart par le droit commun. Elles sont souvent aménagées par des mécanismes procéduraux qui présentent des similitudes dans leur structure et dans leur mode opératoire. Pour cette raison, les procédures contractuelles qui les définissent les modalités de leur application peuvent être regroupées au sein d'une catégorie. La seconde situation concerne le pouvoir disciplinaire, reconnu notamment aux personnes morales de droit privé[877] ou à l'employeur[878]. Les procédures créées ont pour objet d'encadrer l'édiction de l'acte de sanction dans le cadre du pouvoir disciplinaire. Elles prévoient des garanties procédurales renforcées qui rappellent les règles régissant les droits de la défense. À ce titre, elles peuvent être regroupées au sein d'une catégorie à part.

L'exposé des procédures encadrant les sanctions de l'inexécution du contrat (**1**) sera suivi par celui des procédures aménageant le pouvoir disciplinaire (**2**).

1. Les procédures encadrant les sanctions de l'inexécution du contrat

275. - Le législateur a mis à la disposition des contractants divers moyens permettant de réagir face à une inexécution du contrat[879]. Cependant, ces prérogatives ne s'exercent pas de n'importe quelle manière notamment lorsqu'elles confèrent un pouvoir de sanction à une partie. C'est la raison pour laquelle la loi fixe un cadre d'action contraignant, dans certains cas, pour titulaire de la prérogative. L'article 1226 du Code civil encadrant la résolution unilatérale du contrat pour inexécution s'inscrit dans cette logique. De même, l'article L. 113-3 du Code des assurances régissant la résiliation du contrat par l'assureur en cas de non-paiement de la prime ou d'une fraction de prime par l'assuré manifeste cette volonté d'aménager procéduralement le droit de rupture du contrat.

Dans tous les cas, l'intervention du législateur ne prive pas d'intérêt un aménagement conventionnel des prérogatives concernées. Bien au contraire, il est même conseillé de compléter la loi en précisant les modalités concrètes de mise en œuvre. Tel est le cas, par exemple, du « délai raisonnable » qui doit être imparti au débiteur avant la décision de résolution unilatérale du contrat par le créancier. Il est fortement conseillé aux rédacteurs de contrats de « prévoir un délai contractuel pour éviter l'incertitude inhérente à l'utilisation du standard du raisonnable »[880]. Lorsque le mécanisme institué par le législateur constitue une

[877] M. GERMAIN et R. VATINET, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé », art. préc., n° 1 et s., qui mettent en exergue le fait que le droit disciplinaire s'inscrit « dans les courants conjoints de *contractualisation* et d'*autorégulation* des sociétés ».

[878] G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 34e éd., Dalloz 2021, spéc. n° 800 et s. qui montrent que le pouvoir disciplinaire de l'employeur constitue un mode d'exercice du pouvoir de direction qui a pour finalité de punir, de sanctionner. Le droit disciplinaire vise à encadrer cette édiction de sanction.

[879] C. civ., art. 1217.

[880] G. CHANTEPIE, « La rupture des contrats d'affaires (2) : la gestion contractuelle de la rupture », AJCA 2016, p. 130, spéc. 1.1.1, qui précise que, « dans des relations d'affaires, le délai raisonnable pourrait être

règle d'ordre public de protection, le contrat peut l'aménager dans un sens favorable à la partie que la loi entend protéger. Ainsi, en matière de rupture du contrat d'assurance, la jurisprudence reconnait la possibilité à l'assureur d'instituer une procédure de résiliation plus avantageuse pour l'assuré[881]. La doctrine est également en ce sens[882].

276. - L'aménagement des sanctions relatives à l'inexécution du contrat est la situation la plus fréquente. Les clauses instituant un contrôle procédural de mise en œuvre du pouvoir de sanction recèlent de nombreuses variantes. Qu'elles aient pour objet l'anéantissement du contrat ou sa suspension, ces clauses procèdent généralement de la volonté d'éviter la brusquerie ou de favoriser la stabilité lien contractuel. Les procédures qu'elles contiennent sont également stipulées en des termes proches. Elles consistent à impartir un délai au débiteur assorti d'un formalisme de notification, l'objectif étant d'exercer une pression sur ce dernier pour l'amener à exécuter ses engagements. En cela, le mécanisme a un caractère comminatoire dans la mesure où il renferme une menace de sanction pour son destinataire[883]. On un dispositif semblable dans les clauses d'exception d'inexécution[884], dans les clauses de résiliation unilatérale du contrat ou encore dans les clauses résolutoires. La rédaction de ce type de clause est généralement l'occasion pour la partie forte d'imposer ses conditions. Mais dans certains cas, le mode opératoire du mécanisme respecte l'équilibre des droits et obligations des parties, du moins en apparence. C'est le sentiment que l'on peut avoir à la lecture d'une clause résolutoire insérée dans un contrat de franchise :

> « […] en cas d'inexécution ou de manquement par le franchisé ou le franchiseur de l'une quelconque de leurs obligations ou en cas d'agissements du franchisé de nature à porter préjudice au franchiseur, l'une ou l'autre des parties pourra, après mise en demeure adressée par et visant la ou les obligations violées, lettres non suivies d'effet dans le délai de trente jours, résilier de plein droit le contrat par l'envoi d'une nouvelle lettre recommandée avec accusé de réception et ce sans formalité judiciaire. La résiliation prendra effet à la date de réception de cette lettre par la partie concernée »[885].

277. - La rédaction de cette clause illustre la singularité normative des dispositifs présentement étudiés. Le mécanisme créé n'identifie pas un débiteur précis qui serait tenu envers un créancier. Il constitue une norme procédurale qui s'adresse indifféremment à l'une ou l'autre partie. La clause met simplement au premier plan son objet, à savoir le pouvoir unilatéral de résiliation, qui doit s'exercer suivant les modalités qu'elle précise. L'objectif n'est pas seulement de compléter le contrat en précisant les conditions de mise en œuvre d'une prérogative, la procédure peut être prévue dans une perspective dérogatoire. La clause suivante qui aménage la révocation du mandat est à cet égard exemplaire :

> « […] les remarques et observations que pourrait formuler l'exploitant devront être adressées par écrit au mandataire […]

---

apprécié au regard du temps nécessaire au cocontractant pour amortir ses investissements ou réorienter sa stratégie ».

[881] Cass. 2e civ., 9 déc. 2010, n° 09-71.998, inédit ; RGDA 2011. 495, note A. PÉLISSIER.

[882] B. BEIGNIER et J.-M. DO CARMO SILVA (dir.), *Code des assurances 2019*, 13e éd., LexisNexis, 2019, ss art. L. 113-3, p. 112, qui considèrent que le « contrat d'assurance peut […] prévoir un dispositif plus favorable pour l'assuré ».

[883] V. N. CAYROL, « Réflexions sur le comminatoire », *in* Mélanges G. FOREST, 2014, Dalloz, p. 75, spéc. p. 76.

[884] Pour un exemple, v, J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 740., p. 243.

[885] Clause extraite d'un contrat soumis à la CA Paris, 15 janv. 2013, n° 12/10837.

En cas de manquement à l'une quelconque des obligations du présent contrat par l'exploitant ou par le mandataire, la partie qui aura à s'en plaindre avisera l'autre partie par écrit et par lettre recommandée, en précisant la nature du manquement. À défaut d'exécution de l'obligation dans un délai d'un mois, la partie lésée pourra signifier dans les mêmes formes sa décision de résilier le contrat dans un délai qui ne pourra être inférieur à 90 jours »[886].

En plus de la « bilatéralisation » de la prérogative, la procédure incluse dans cette clause constitue un moyen d'éviter la rupture du contrat dans les conditions du droit commun du mandat. C'est donc à juste titre que la cour de Chambéry retient « que les parties ont entendu ainsi renoncer au principe de la révocabilité *ad nutum* du mandataire […] en limitant les cas de révocation et en garantissant le mandataire contre une décision trop rapide par la mise en place d'une procédure précise »[887]. La finalité poursuivie est la recherche de la stabilité de la relation contractuelle.

278. - Toutefois, l'anéantissement du contrat est inévitable dans bien des cas en raison de la défaillance du débiteur. Une telle éventualité est également prise en compte par les praticiens. Ainsi, en matière de construction et de génie civil, les clauses instituant une procédure de résiliation envisagent les conséquences de la rupture du contrat[888]. Par exemple, dans les conditions générales d'un contrat de sous-traitance, il est prévu :

« Le non-respect par le sous-traitant de l'une quelconque des obligations du contrat constitue la défaillance au sens du présent article. Cette défaillance peut entraîner de plein droit la résiliation du contrat après mise en demeure par lettre recommandée avec AR.
Lorsque la mise en demeure est restée infructueuse à l'expiration d'un délai de 8 jours calendaires, l'entreprise principale notifie au sous-traitant par lettre recommandée avec AR la décision de résiliation et la date à laquelle il sera procédé à un constat contradictoire d'état des lieux et d'avancement des travaux.
En l'absence d'un représentant du sous-traitant, le constat d'état des lieux et d'avancement est réputé contradictoire et opposable à ce dernier »[889].

Cette clause a une double fonction d'anticipation. Elle permet, d'une part, de prévenir la résiliation en aménageant ses conditions de mise en œuvre et, d'autre part, d'anticiper la naissance de litige relative aux droits et obligations financiers des parties que permet le processus de constat contradictoire d'état des lieux.

279. - Les exemples de stipulations évoqués ici ne sont pas uniquement révélateurs d'un nouvel essor de la liberté contractuelle, ils témoignent aussi de l'aptitude des dispositifs créés à jouer un rôle de normalisation des comportements des contractants. Ils ajoutent en effet un contrôle procédural aux conditions de fond de mise en œuvre des sanctions de l'inexécution du contrat. Les prérogatives concernées ne seront plus jugées seulement sur le fond, leur régularité sera vérifiée à l'aune des règles procédurales qui les encadrent. Il en résulte une accentuation de l'intensité du contrôle de l'unilatéralisme et une protection supplémentaire au profit du contractant qui subit le jeu du pouvoir. Cette protection est renforcée dans les procédures qui aménagent le pouvoir disciplinaire.

[886] Clause traitée par CA Chambéry, 15 avr. 2014, n° 12/01899.
[887] CA Chambéry, 15 avr. 2014, n° 12/01899, préc.
[888] V. par ex., Conditions générales du contrat de sous-traitance du BTP 2018, art. 14-2.
[889] Clause examinée par CA Paris, 16 nov. 2018, n° 17/07186.

2. Les procédures encadrant le pouvoir disciplinaire

280. - Le pouvoir juridique était conçu à l'origine comme une prérogative de puissance publique. C'est pour cette raison que la reconnaissance du pouvoir juridique des personnes privées a été tardive et aussitôt encadrée par le droit. On s'intéresse ici au pouvoir juridique qui a pour finalité immédiate de punir, de sanctionner. En matière contractuelle, le pouvoir disciplinaire est reconnu à l'employeur[890] et aux personnes morales[891] dans les contrats de sociétés ou dans les contrats d'association. On pense notamment aux règles légales encadrant le pouvoir disciplinaire de l'employeur comme celle régissant le licenciement[892], aux règles imposant des garanties procédurales au profit de la personne visée par une mesure d'exclusion en droit des groupements. La spécificité des étapes de cette procédure réside dans l'organisation d'un débat contradictoire, ce qui n'est pas sans rappeler le principe de la contradiction et, plus généralement, les droits de la défense.

Les règles instituant des processus font l'objet d'aménagements conventionnels[893]. Le développement du contentieux relatif au non-respect des droits de la défense accentue ce phénomène de contractualisation et incite les contractants à une autorégulation du pouvoir disciplinaire. S'agissant de dispositions impératives, prévues dans le but de protéger une partie, elles ne peuvent être écartées en bloc. Le plus souvent, l'aménagement contractuel se fait dans un sens favorable à la partie que la loi entend protéger. C'est ainsi qu'on trouve dans certains contrats de travail ou dans les conventions collectives[894], l'obligation pour l'employeur de respecter une procédure plus protectrice que celle résultant de l'application du Code du travail. Une procédure contractuelle de licenciement insérée dans le contrat de travail du directeur d'une maison de retraite traitée par la cour de Rennes permet de montrer la réalité de cette pratique :

> « Avant toute décision de licenciement, il est prévu un entretien préalable de conciliation avec un comité composé du président du conseil d'administration, un délégué de l'union ou de la fédération représentant les associations du secteur sanitaire ou social et deux autres membres désignés l'un par le conseil d'administration et l'autre par le directeur concerné. L'association doit indiquer par écrit les fautes reprochées au directeur au moins quinze jours avant la réunion du comité de conciliation. Enfin, le conseil d'administration doit prendre une décision dans le mois qui suit la réunion du comité de conciliation et l'avis émis par celui-ci. À défaut de notification par lettre recommandée avec accusé de réception dans ce délai, le projet de licenciement sera considéré comme abandonné »[895].

Dans cette clause, il n'est pas précisé si l'avis rendu par le comité de conciliation a un caractère obligatoire pour l'organe décisionnaire. Néanmoins, ce manque de précision n'entame en rien le caractère obligatoire du processus contractuel. L'employeur est tenu au

[890] G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *op. cit.*, spéc. n° 648 et s. Sur la source de ce pouvoir et les controverses qu'elle a suscitées, v. not. A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ 2010, spéc. n° 6 et s., et les références citées.
[891] M. GERMAIN et R. VATINET, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé », art. préc., n° 1, qui mettent en exergue l'émergence d'un pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé.
[892] C. trav., art. L. 1232-2 et s. et L. 1233-11 et s.
[893] Pour un exemple d'aménagement conventionnel de la procédure de licenciement, v. clause traitées par CA Rennes, 14 nov. 2014, n° 13/00028. V. aussi une disposition similaire traitée par CA Lyon, 9 avr. 2015 / n° 13/04388.
[894] Par ex., convention collective nationale des réseaux de transports publics urbains de voyageurs du 11 avr. 1986, art. 54. Sur cette disposition, v. Cass. soc., 18 mai 2011, 09-72.787, Bull. civ. V, n° 115.
[895] CA Rennes, 14 nov. 2014, n° 13/00028, préc.

respect des différentes étapes qui jalonnent ce mécanisme sauf à démontrer une impossibilité de mise en œuvre du fait du salarié[896]. Dans le cas contraire, une irrégularité de procédure peut être sanctionnée[897].

281. - En dehors du droit du travail, des dispositions légales aménagent procéduralement les pouvoirs disciplinaires au sein de personnes morales de droit privé[898]. C'est le cas de l'article R. 4113-16 du Code de la santé publique sur l'exclusion d'un associé exerçant au sein d'une société d'exercice libéral médecins, de chirurgiens-dentistes ou de sages-femmes. L'existence de cette procédure légale ne remet pas en cause la liberté d'aménager ses modalités de mise en œuvre[899] notamment dans un sens favorable à l'associé dont l'exclusion est envisagée[900]. Dans certains cas, le législateur laisse expressément le soin aux parties de déterminer les étapes du processus préalable à l'application de la mesure disciplinaire[901]. Cette liberté reconnue aux parties s'exprime de manière variable. Certaines clauses d'exclusion d'un associé ne font que rappeler les principes gouvernant la procédure d'exclusion quand d'autres sont davantage élaborées :

> « L'exclusion ne peut être prononcée par le conseil d'administration ou par l'Assemblée Générale contre un adhérent associé sans avoir donné à celui-ci un délai raisonnable pour lui permettre de faire disparaître le motif d'exclusion et sans l'avoir au préalable entendu »[902].

> « […] La décision d'exclusion est prise par décision collective des actionnaires statuant à la majorité des deux tiers ; l'actionnaire dont l'exclusion est proposée participe au vote et ses actions sont prises en compte pour le calcul de cette majorité.
> Les actionnaires sont appelés à se prononcer à l'initiative du Président ou du Directeur Général de la Société.
> La décision d'exclusion ne peut intervenir sans que les griefs invoqués à l'encontre de l'actionnaire susceptible d'être exclu et la date de réunion des actionnaires devant statuer sur l'exclusion lui aient été préalablement communiqués au moyen d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée quinze (15) jours avant la date de la réunion de la collectivité des actionnaires, et ce afin qu'il puisse présenter au cours d'une réunion préalable des actionnaires ses observations, et faire valoir ses arguments en défense, lesquels doivent, en tout état de cause, être mentionnés dans la décision des actionnaires […] »[903].

282. - On voit bien que les contractants ne se désintéressent pas de la manière dont s'exerce le pouvoir disciplinaire dans leur rapport. La fréquence de clauses statutaires prévoyant le respect des droits de la défense en matière d'exclusion atteste de cette préoccupation. Cela est avéré d'autant que rien n'oblige les parties de formaliser ces garanties dans une clause. Ce qui importe, en effet, est que l'exclusion se déroule dans un cadre garantissant les droits de l'associé concerné. Il suffit qu'au moment où la décision est prise, celui-ci ait été en mesure de faire valoir ses observations. Mais le fait de prévoir à l'avance les modalités d'exercice des droits de la défense est le résultat de la prise de conscience de l'importance de garanties

[896] Ce qui était le cas dans l'affaire traitée par la cour de Rennes dans l'arrêt précité.
[897] C. trav., art. L. 1235-2, al. 5.
[898] Sur cette question, v. M. GERMAIN et R. VATINET, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé », *in Aspects actuels du droit des affaires*, Mélanges en l'honneur de Y. GUYON, Dalloz 2003, p. 397 et s.
[899] V. not., S. DARIOSECQ et N. METAIS, « Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », BJS 1998, n°9, p. 908, spéc. II. ; G. DURAND-LEPINE, « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », LPA 24 juill. 1995, n° 88, p. 7.
[900] V. clauses traitées par CA Paris, 14 déc. 2017, n° 16/02192 ; CA Reims, 4 juin 2019, n° 18/00999.
[901] V. C. com., art. L. 227-16.
[902] CA Paris, 10 avr. 2014, n° 12/01373.
[903] Clause extraite des statuts d'une SAS. Rappr, clause traitée par CA Reims, 17 mai 2016, n° 15/01424.

fondamentales qui doivent être accordées à une personne menacées dans ses droits indépendamment de tout cadre processuel. On le constate à la lecture de certaines clauses qui prévoient, outre l'organisation du caractère contradictoire de la procédure d'exclusion, un droit de recours au profit de l'associé exclu devant l'assemblée générale des associés[904].

En revanche, l'instauration de garanties procédurales est moins fréquente en matière de révocation de dirigeants sociaux. Certes, la jurisprudence décide que la procédure de révocation doit permettre au dirigeant social de prendre connaissance des motifs de sa révocation et considère que les conditions dans lesquelles la révocation a lieu ne doivent être ni abusives ni vexatoires[905]. Mais la préconisation ne concerne que la mise en œuvre de la prérogative et non la rédaction de la clause l'encadrant. En d'autres termes, le respect des droits de la défense s'impose à l'organe décisionnaire et non aux rédacteurs des statuts. Si certaines clauses statutaires rappellent l'obligation de respecter un minimum de contradiction préalablement à la révocation[906], cette situation est loin d'être la plus fréquente. La pratique contractuelle montre une nette préférence des parties pour le maintien du principe de révocabilité *ad nutum*. Les clauses statutaires relatives à la révocation des dirigeants sociaux se limitent généralement au rappel de ce principe et de ses conséquences[907].

283. - Toutefois, un encadrement de la révocation par une procédure peut sembler souhaitable. La stipulation d'une clause en ce sens permet de fixer un cadre d'action adapté à l'espèce. L'objectif n'est pas de protéger seulement le dirigeant, mais aussi de donner une certaine légitimité à l'acte dans la mesure où le respect des garanties procédurales favorise l'adoption d'une décision régulière en la forme et éclairée sur le fond.

L'étude des procédures disciplinaires met en lumière une prise en compte croissante d'exigences procédurales dans les rapports contractuels. Les droits de la défense en cause impliquent le respect d'étapes successives inspirées des règles processuelles avant la prise de décision. Considérés comme mieux adaptés à l'encadrement du pouvoir disciplinaire, ces mécanismes procéduraux renforcent le contrôle de sa mise en œuvre. En amont, ils permettent *a minima* de temporiser l'effet de la décision en laissant du temps à la personne visée par la mesure pour préparer sa défense et éventuellement pour envisager sa nouvelle situation sous réserve que la procédure soit respectée. En aval, ils servent à contrôler la régularité de l'acte. Il faut tenir compte, en outre, des insuffisances du droit de la responsabilité civile exclusivement centré sur sa seule fonction indemnitaire. Il s'agit là des facteurs, parmi tant d'autres, qui contribuent à donner « une nouvelle substance et une grande actualité » aux règles procédurales étudiées. Leur respect est, certes, imposé dans certains cas. Mais il est mieux assuré grâce à la convention qui précise les modalités concrètes répondant aux besoins des parties. L'analyse des clauses de différends corrobore cette idée.

---

[904] V. par ex., clause traitée par CA Paris, 29 juin 2017, n° 16/14653. V. aussi, CA Paris, 14 nov. 2018, n° 18/06396.

[905] Sur cette question, v. J.-F. BARBIERI, « L'obligation d'aviser des motifs, préalable à la révocation du directeur général », Rev. sociétés 2011, p. 563.

[906] V. par ex., Cass. 1re civ., 12 mai 2011, n° 10-11.813, Bull. civ. I, n° 85 ; Rev. sociétés 2011, p. 491, note A. COURET, les statuts prévoyaient une procédure de révocation des dirigeants sociaux « pour juste motif, dans le respect des droits de la défense ».

[907] Pour un exemple de clause, v. CA Paris, 6 juin 2019, n° 18/03313.

§. 3. Procédures aménageant le règlement des différends

284. - Si les clauses relatives au règlement des différends occupaient jusqu'alors une place marginale dans la pratique contractuelle, cette réalité n'a plus cours aujourd'hui compte tenu de l'intérêt des praticiens pour ces mécanismes. Il est difficile d'en faire une énumération exhaustive. On peut tenter une approche finaliste consistant à distinguer entre les clauses aménageant la résolution amiable du différend (**A**) et celles qui ont pour objet d'organiser le règlement contentieux du litige (**B**).

A. Les procédures aménageant le règlement non contentieux des différends

285. - La recherche d'une solution amiable peut être spontanée, cela dépendra du bon vouloir des parties de se rapprocher lors de la survenance d'un différend. Elle peut aussi être organisée par une clause afin de contraindre les contractants à entrer en discussion lorsque les conditions d'applications sont réunies. Les modes conventionnels de résolution des conflits sont essentiellement tendus vers cette finalité. Néanmoins il existe une différence, davantage de degré que de nature, entre les dispositifs concernés suivant le degré de contrainte qui est imposé aux parties dans la recherche d'une solution négociée. Si, dans la majorité des cas, le mécanisme vise simplement à imposer aux parties de négocier de bonne foi en vue de trouver une solution amiable, dans d'autres cas cette exigence est doublée de celle consistant à respecter un projet de solution faute de contestation dans le délai contractuel.

Deux situations peuvent donc être identifiées. Le dispositif peut être conçu comme un simple facilitateur, un moyen de parvenir à un règlement amiable du différend (**1**). Le processus peut aussi être conçu de façon plus optimiste en intégrant la solution amiable ou du moins un projet de solution amiable. Celle-ci apparaît alors comme une modalité de la procédure contractuelle (**2**). Entre les deux hypothèses, la différence est ténue, la finalité étant la même.

1. La procédure contractuelle, moyen tendant à la recherche d'une solution amiable

286. - Parmi les modes alternatifs de résolution des litiges, les clauses imposant aux parties d'entrer en négociation et de procéder à celle-ci de bonne foi sont les plus fréquentes. Certains analysent cette recherche d'une solution amiable comme une sorte d'obligation de moyens[908]. Ce qui est encadré par le processus contractuel, c'est la manière de conduire cette négociation et donc de parvenir à une solution négociée. La clause prévoyant ce mécanisme vise à fixer un cadre d'action contraignant pour les parties en cas survenance de différends.

Cette négociation peut être immédiate et implique une rencontre directe entre les parties contractantes en vue de trouver une solution amiable. C'est le cas d'une clause de conciliation prévue dans un contrat ayant pour objet l'installation et l'équipement d'antennes de télécommunications qui prévoit :

[908] V. *infra*, n° 304 et 305.

« En cas de litige relatif au présent contrat, les parties conviennent de se réunir dans les sept (7) jours à compter de la réception d'une lettre recommandée avec avis de réception notifiant le litige, envoyée par la partie la plus diligente à l'autre Partie, en vue de trouver une solution amiable. Si au terme d'un délai d'un (1) mois à compter de la date de la première réunion entre les parties, celles-ci ne parviennent pas à se mettre d'accord sur une solution amiable, le litige pourra alors être soumis par la partie la plus diligente aux tribunaux compétents de Paris auxquels les parties attribuent exclusivement compétence »[909].

La clause sous analyse a vocation à s'appliquer avant toute action en justice sauf conservatoire en dépit de l'absence de la mention en ce sens. Le processus qu'elle institue a un caractère obligatoire et préalable à la saisine du juge. Il ne pourra en être autrement sinon quel est l'intérêt de stipuler une telle clause « si ce n'est d'éviter un recours en justice »[910]. Incontestablement, la recherche d'une solution négociée en dehors d'un cadre juridictionnel motive le choix de prévoir ce mode de résolution des différends. C'est pourquoi sa mise en œuvre est nécessairement préalable à un règlement contentieux.

287. - Cela étant, le fait que la clause impose une négociation directe entre les parties ne garantit pas le succès du mécanisme[911]. Il peut être utile de prévoir le recours à un tiers dont la mission sera d'aider les parties à trouver une solution amiable. Tel est le cas des clauses de conciliation prévoyant le recours à des conciliateurs en dehors de toute instance judiciaire. Mais on rencontre davantage ce type de clause à propos de la médiation. Ainsi, dans un contrat de bail commercial en l'état futur d'achèvement, les parties avaient prévu une clause de médiation ci-après :

« Hors les différends portant sur la mise en jeu de la clause résolutoire et notamment le recouvrement des loyers charges et accessoires du bail, lesquels resteront soumis dès le constat de l'infraction aux dispositions sus visées aux articles 26,1 et 26,2 les parties entendent recourir, préalablement à toute instance judiciaire, à la médiation pour toutes les contestations qui viendraient à se produire à propos de la validité, l'interprétation, l'exécution ou l'inexécution, l'interruption ou la résiliation du présent contrat de bail […]
La partie qui entendra faire application de la présente clause en avertira l'autre par LRAR en visant expressément le présent article et en proposant une liste de trois personnes maximum susceptibles d'être retenues comme médiateurs ; les parties choisiront alors un médiateur d'un commun accord soit sur la liste proposée soit en dehors de celle-ci étant expressément convenu que ce médiateur devra être un professionnel reconnu du sujet traiter ;
Si au terme d'un délai de 8 jours ouvrables suivant l'envoi de la lettre susvisée les parties n'arrivaient pas à se mettre d'accord sur le choix du médiateur la partie la plus diligente saisira le président du tribunal de grande instance statuant en référé et du lieu de situation de l'immeuble qui nommera le médiateur en référence au critère de professionnalisme ci-dessus défini ;
Dès la consignation de ses honoraires le médiateur réunira les parties en vue de rechercher un accord ; la mission du médiateur ne pourra excéder un délai de 2 mois suivant la consignation de ses honoraires ; la proposition du médiateur ne sera ni obligatoire ni exécutoire […]
En cas d'échec de la médiation chacune des parties reprendra ses droits quant à l'exécution de l'une quelconque des clauses du présent bail et la partie la plus diligente saisira la juridiction compétente qui statuera sur le litige qui lui est soumis suivant les règles applicables en la matière »[912].

[909] Clause traitée par Cass. com., 14 nov. 2018, n° 17-16.577, inédit.
[910] CA Fort-de-France, 17 déc. 2019, n° 18/00397, à propos d'une clause de conciliation, la cour relève : « En effet, à quoi servirait-il que les parties s'engagent à saisir un conciliateur si ce n'est d'éviter un recours en justice […] ».
[911] V. en ce sens, M. DUBISSON, « La négociation d'une clause de règlement des litiges », DPCI 1981, p. 77, spéc. p. 79 : « on ne voit pas, en l'absence de tout élément nouveau, comment une rencontre entre les parties, fût-elle obligatoirement organisée à cet effet, pourrait aboutir à une conciliation ». *Adde*, L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », art. préc., spéc. n° 15.
[912] Clause traitée par Cass. 3e civ., 6 oct. 2016, n° 15-17.989 ; AJC 2016, p. 545, obs. N. FRICERO.

En dépit de la rédaction développée de la clause, la réussite du mécanisme dépend de la bonne foi des parties dans la mise en œuvre. Dans cette perspective, l'implication du médiateur est un facteur supplémentaire permettant d'assurer la bonne marche du processus conventionnel notamment grâce aux initiatives qu'il peut entreprendre en vue de la recherche d'une solution amiable. L'observation est généralisable à tous les processus de résolution des litiges avec intervention de tiers, qu'ils aient ou non un rôle actif. C'est le cas des procédures d'expertise préalables[913] à la saisine du juge impliquant un technicien chargé d'établir un rapport sur les différents aspects du différend. Il en est de même de la convention de procédure participative conclue en vue de la résolution amiable du différend. Cette dernière fait intervenir les avocats des parties qui sont à même de déterminer les chances de succès de leurs clients. La « vertu catalytique »[914] de ces mécanismes est indéniable. L'éclairage nouveau qui est apporté aux parties grâce à l'intervention de tiers est de nature à désamorcer le contentieux en les dissuadant éventuellement de s'engager dans la voie d'un procès.

288. - Ce trait est, en réalité, caractéristique de tous les processus de règlement amiable que l'on trouve dans les contrats. Les nuances qui s'observent portent sur la manière d'aboutir à une solution négociée qui est l'objectif recherché. Il convient de souligner à cet égard que si l'organisation d'un dialogue entre les parties crée un cadre propice à la conclusion d'un accord amiable, elle n'est pas suffisante. Aussi, est-il possible de mettre en place un processus dynamique intégrant la solution amiable comme modalité de mise en œuvre du dispositif contractuel.

2. La solution amiable, modalité particulière de la procédure contractuelle

289. - Pour maximiser les chances de succès du mécanisme, la clause peut envisager la solution amiable comme une modalité particulière de la procédure contractuelle. L'intérêt d'une telle stipulation est de prévenir les stratégies dilatoires et de stimuler le zèle procédural des parties en vue de la conclusion d'un accord. Le dispositif est conçu de telle sorte que sa mise en œuvre aboutisse à un projet de solution qui a un caractère obligatoire faute de contestation par l'une des parties[915]. Cela n'entame en rien le caractère conventionnel du règlement du différend qui reste dépendant de la bonne volonté des parties et se déroule dans un cadre non juridictionnel. Son intérêt réside dans le fait qu'il aboutit nécessairement à un projet de solution que les parties peuvent accepter ou refuser dans les conditions spécifiées par la clause qui l'institue.

On trouve ce mécanisme dans les conditions générales du contrat de construction de la Fédération internationale des ingénieurs conseils (FIDIC) qui prévoit la désignation d'un

[913] Pour un exemple de clause d'expertise aux fins de règlement amiable des différends, v. CA Paris, 10 juin 2011, n° 10/18289.
[914] L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », art. préc., spéc. n° 18.
[915] Comp. Cass. 1re civ., 20 juin 2006, n° 03-16.640, Gal. Pal. 2007, p. 20, qui approuve les juges du fond d'avoir tiré les conséquences de l'appréciation du conciliateur, en l'absence de contestation de celle-ci par les parties, pour trancher le litige.

comité de règlement des différends (CRD) chargé de trancher un différend de quelque nature qu'il soit survenant lors de l'exécution du contrat[916]. Il est prévu :

> « Si un différend (de quelque type que ce soit) naît entre les Parties relativement au ou survenant lors de l'exécution du Marché ou des Travaux, y compris tout différend concernant les certificats, les déterminations, les instructions, les opinions ou les évaluations du Maître d'œuvre, alors chaque Partie peut soumettre le différend par écrit au CRD pour qu'il le tranche, en en remettant des copies à l'autre Partie et au Maître d'œuvre. L'acte introductif doit mentionner qu'il est effectué conformément à cette Sous-clause.
> […]
> Dans un délai de 84 jours après avoir reçu l'acte introductif, ou pendant toute autre période qui a été proposée par le CRD ou approuvée par les deux Parties, le CRD doit rendre une décision, qui doit être motivée et dans laquelle doit être mentionné qu'elle a été rendue conformément à cette Sous-clause. La décision doit lier les deux Parties, qui doivent immédiatement l'appliquer, à moins et jusqu'à ce qu'elle ait été révisée dans un accord amiable ou une décision arbitrale, comme décrit ci-dessous. À moins que le Marché ne soit déjà abandonné, rejeté ou résilié, l'Entrepreneur doit continuer à procéder aux Travaux conformément au Marché.
> Si l´une des Parties n'est pas satisfaite avec la décision du CRD, elle doit alors notifier l'autre Partie de son désaccord et de son intention de démarrer un processus d'arbitrage dans un délai de 28 jours après réception de la décision. Si le CRD ne rend pas sa décision dans le délai de 84 jours (ou s'il en a été convenu autrement) après la réception d'un tel acte introductif, alors l'une des Parties peut, dans un délai de 28 jours après expiration de ce délai, informer l'autre Partie de son désaccord et de son intention de démarrer un processus d'arbitrage.
> […]
> Si le CRD a rendu sa décision quant à un litige entre les deux Parties, et qu'aucun avis de désaccord n'a été transmis par les Parties dans un délai de 28 jours après la réception de la décision du CRD, la décision deviendra alors définitive et obligatoire pour les deux Parties »[917].

La force contraignante du mécanisme de règlement des différends est très accentuée dans cette procédure. Elle vise à surmonter l'incapacité des parties à trouver un accord sur le règlement du différend en permettant au CRD, qui peut être composé d'un ou de trois personnes qualifiées, de proposer une solution qui devient obligatoire faute de contestation dans un délai de 28 jours. Il ne s'agit pas pour autant d'un arbitrage, l'issue de la procédure reste sous la dépendance des parties. Néanmoins, la marge de manœuvre dont elles disposent se trouve encadrée par l'affirmation du caractère obligatoire de la solution issue du processus conventionnel faute de manifestation de volonté contraire par l'une des parties dans le délai convenu. Les modalités de mise en œuvre du dispositif permettent d'optimiser le règlement des différends. La proposition qui sera faite par le CRD pourra jouer un rôle de catalyseur déclenchant l'adhésion des parties.

290. - Dans le même esprit, la convention de règlement de l'assurance construction (CRAC) signée par de nombreux assureurs prévoit un mécanisme proche afin de rationaliser la gestion des sinistres. Cet accord régit les rapports entre les assureurs Dommage Ouvrage (DO) et les assureurs décennaux. L'objectif est de lutter contre le phénomène consistant à se renvoyer la responsabilité d'un dommage, augmentant ainsi la durée d'indemnisation et les coûts de gestion du sinistre. Dans cette optique, la convention prévoit une opération d'expertise et de

[916] V. aussi, J.-F. BOURQUE, « L'expérience du centre international d'expertise de la CCI et le développement de l'expertise international », Rev. arb. 1995, p. 231 et s., spéc. 241-242, qui cite le contrat-type pour la construction d'usines de l'Association japonaise pour le développement de l'ingénierie qui prévoit une procédure d'expertise prévoyant des modalités similaires notamment en ce que l'avis de l'expert devient obligatoire faute de contestation par l'une des parties dans le délai imparti.
[917] Conditions générales du contrat de construction FIDIC, art. 21.4.

concertation beaucoup plus renforcée destinée à faire avancer la procédure et à obtenir un accord transactionnel :

« L'expert désigné par l'assureur de dommages convoque à une réunion d'expertise tous les constructeurs concernés, il informe les assureurs dès qu'il en a connaissance et au plus tard au moment de l'envoi du rapport préliminaire de l'estimation du coût des réparations dès lors qu'il y a dépassement par rapport au montant de sinistre visé par le présent chapitre.
L'expert adresse en recommandé dans les meilleurs délais le rapport préliminaire aux assureurs des constructeurs, locateurs d'ouvrage et sous-traitants connus. Il saisit, à cet effet, par télécopie les représentants des sociétés figurant sur la liste des personnes habilitées (annexe A à l'avenant). Il les renseigne également sur l'obtention d'un report de délai tel que prévu par l'article L. 242-1 du Code des assurances.
À compter de la réception du rapport préliminaire, les assureurs de responsabilité disposent d'un délai de 20 jours pour soulever une contestation et/ou pour informer par lettre recommandée l'assureur de dommages de leur décision de désigner leur propre expert.
À l'expiration du délai de 20 jours, l'assureur de dommages informe l'ensemble des assureurs de responsabilité des positions respectives des uns et des autres et des désignations éventuelles d'experts.
Si au moment du constat du dépassement de seuil, le délai de 20 jours est écoulé, les assureurs de responsabilité peuvent désigner un expert mais uniquement pour une discussion sur le quantum et les responsabilités avant le dépôt du rapport définitif de l'expert.
À l'expiration de ce délai, le silence d'un assureur de responsabilité vaut renonciation à contester le caractère décennal des désordres et à soulever un refus de garantie et marque la poursuite de l'expertise diligentée par l'expert désigné par l'assureur de dommages pour le compte de cet assureur de responsabilité.
Si une contestation est soulevée, une concertation peut être engagée à ce stade à l'initiative de l'assureur le plus intéressé (généralement l'assureur de dommages).
À l'issue de la réunion, les parties peuvent convenir d'un nouveau délai pour se concerter […].
Si la concertation sur la contestation nécessite d'avoir connaissance des rapports des experts désignés par les assureurs de responsabilité, la réunion est fixée après la date de dépôt des rapports ou au plus tard quinze jours avant la date à laquelle l'assureur de dommages doit faire son offre d'indemnité au maître de l'ouvrage »[918].

La procédure instituée par cette convention est mixte. Elle combine un processus de règlement amiable des différends et un processus d'expertise. La force d'impulsion de ce mécanisme marque sa spécificité par rapport à un processus de conciliation ou de médiation dans la mesure où le silence ou l'inertie d'une partie peut être considérée comme une acception, ou du moins, une renonciation à élever une contestation. En ce sens, ce processus peut être rapproché de celui visant à aménager l'établissement du décompte général et définitif dans le cadre de contrat de construction d'ouvrage immobilier.

291. - On le constate, selon la volonté des contractants de privilégier la recherche d'un accord amiable, il existe diverses modalités envisageables. Cependant, quelle que soit la précaution prise par les constructeurs de contrats, le risque que le différend dégénère en un véritable litige n'est pas à écarter. Il convient alors d'anticiper en aménageant la phase de règlement contentieux du différend.

B. Les procédures aménageant le règlement contentieux des différends

292. - La survenance de litige n'est pas qu'une simple éventualité, elle constitue une réalité de la pratique contractuelle. Après l'échec du processus de règlement amiable du différend, et hormis l'hypothèse d'une renonciation commune à agir, la procédure contentieuse reste la seule issue envisageable pour la résolution du litige. Celle-ci se réalise suivant deux

[918] Avenant n° 1 à la CRAC, art. 3.2.

modalités[919] possibles que les parties peuvent, dans la mesure de la liberté qui leur est reconnue, aménager[920]. D'où l'intérêt de convenir à l'avance des modalités de résolution du litige. Parmi les accords relatifs au règlement contentieux du litige, on peut distinguer entre ceux qui tendent à soustraire le règlement du litige à la juridiction étatique (**1**) et ceux qui visent à adapter le processus de résolution du litige devant cette juridiction (**2**).

1. Les procédures tendant à soustraire le règlement du litige au juge étatique

293. - Les accords visant à soustraire le règlement du litige à la juridiction étatique sont fréquents dans les contrats d'affaires. Il s'agit de faire trancher les litiges relatifs au contrat par un tribunal arbitral, juridiction privée composée de personnes choisies en raison de leurs qualités, compétences, expériences professionnelles et, plus généralement, en raison de leur autorité reconnue par les parties. L'une des particularités de ce mode de résolution des litiges réside dans sa nature duale : il s'agit d'un mécanisme à l'intersection entre le conventionnel et le juridictionnel. Il vise la recherche de la justice qui est, en principe, une prérogative régalienne. C'est la raison pour laquelle l'arbitrage est fortement encadré. En dépit de cet aspect contraignant, le mécanisme est largement dépendant de la volonté des parties. Il naît de la volonté des contractants[921] qui peuvent aménager les modalités de mise en œuvre sous réserve du respect des principes fondamentaux de procédure.

En réalité, l'étendue de la liberté d'aménager le processus arbitral dépend du mode d'arbitrage choisi par les parties. Dans le cadre d'un arbitrage *ad hoc*[922], il revient aux parties de déterminer les modalités de constitution du tribunal arbitral et de déroulement de l'instance arbitrale. Sur ce point, les clauses d'arbitrage que l'on trouve dans les contrats d'affaires sont variables dans leur contenu. S'il n'est pas rare de rencontrer des clauses pathologiques, certaines sont rédigées de manière satisfaisante. C'est le cas d'une clause compromissoire prévue dans un contrat d'enseigne alimentaire de la grande distribution :

> « Tous les litiges auxquels le contrat pourra donner lieu, notamment au sujet de sa validité, de son interprétation, de son exécution et de sa résiliation, seront résolus par voie d'arbitrage.
> Si les parties s'entendent sur la désignation d'un arbitre unique, elles s'en remettront à l'arbitrage de celui qu'elles auront désigné.
> Dans le cas contraire, il sera constitué un Tribunal Arbitral composé de trois arbitres. Les deux premiers arbitres seront nommés par les parties, chacune d'elles désignant le sien. Si l'une des parties s'abstient de désigner son arbitre, elle sera mise en demeure de le faire dans un délai de quinze jours par lettre recommandée avec demande d'accusé de réception, faisant connaître à l'autre partie le nom de l'arbitre choisi.
> À défaut par elle de procéder à cette désignation, dans ce délai, il y sera pourvu par Monsieur le Président du Tribunal de commerce du lieu du siège social […] statuant en référé.
> Avant tout examen du fond du litige, les arbitres ainsi nommés désigneront le troisième arbitre dans le délai de quinze jours à compter de la nomination du dernier d'entre eux. S'ils ne parviennent pas à s'entendre sur le nom du troisième arbitre, celui-ci sera désigné par Monsieur le Président du Tribunal de commerce du lieu du siège social […] statuant en référé à la requête de la partie la plus diligente.

[919] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 45, pour qui l' « appel à la justice étatique et le recours à l'arbitrage sont, en parallèle, les deux modes juridictionnels de solution du litige ».
[920] Sur l'aménagement du contentieux par la volonté commune, v. A. ZAGORI, *La volonté dans la gestion des conflits*, th. Université Paris-Saclay 2015, n° 381 et s., p. 280 et s.
[921] On précisera que la convention d'arbitrage, qu'elle résulte d'une clause compromissoire ou d'un compromis, doit être écrite à peine de nullité : CPC, art. 1443.
[922] R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, *op. cit.*, n° 42, p. 50 : l'arbitrage *ad hoc* est celui qui « est organisé à l'occasion d'un litige particulier sans recourir aux services d'une organisation ».

Le troisième arbitre siégera avec les autres et constituera avec eux un Tribunal Arbitral.
Le Tribunal Arbitral statuera à la majorité de ses Membres, après avoir entendu les parties. Le Tribunal devra prononcer la sentence dans un délai de trois mois à dater du jour de sa constitution définitive.
Il ne sera pas mis fin à l'instance arbitrale en cas de survenance d'un des évènements prévus à l'article [1473 du Code de Procédure Civile]. Il sera pourvu à la désignation du nouvel arbitre par Monsieur le Président du Tribunal de commerce du lieu du siège social […] statuant en référé à la requête de la partie la plus diligente.
Les arbitres ne seront tenus d'observer, ni les règles de procédure, ni les délais prescrits par le Code de Procédure civile.
Ils statueront en amiables compositeurs. Ils statueront en dernier ressort, par conséquent les parties s'interdisent de faire appel de leur sentence ou d'y faire opposition.
Les arbitres devront disposer de tous les documents utiles à l'accomplissement de leur mission et de tous les renseignements dont ils pourront avoir besoin. Ils pourront entendre tous sachants et désigner tous experts de leur choix. Les arbitres pourront se faire assister de toutes personnes compétentes de leur choix.
Chacune des parties s'oblige à se mettre à la disposition des arbitres pour donner tous renseignements, participer à toutes discussions et fournir tous documents utiles, y compris la personne physique désignée par le vocable "l'ADHERENT".
Ils auront toujours la possibilité de demander aux parties de proroger la durée de leur mission. Toutefois, pour que la prorogation soit admise, il faudra l'accord unanime des parties.
Les frais de la procédure, s'il y a lieu, et les honoraires des arbitres seront avancés par les parties en parts égales. La sentence dira à qui, en définitive, doivent incomber ces frais et honoraires ou dans quelles proportions ils doivent être définitivement supportés par l'une ou par toutes les parties ».

294. - La dispense, pour les arbitres, de suivre les règles de procédure établies pour les juridictions étatiques est fréquente dans les clauses instituant un arbitrage *ad hoc* comme on peut le constater dans cette clause. L'objectif est de conférer plus de souplesse au mécanisme[923] et de permettre au tribunal arbitral de déterminer une procédure arbitrale adaptée aux spécificités du litige à trancher. Cette possibilité est beaucoup plus réduite en présence d'une clause de référence à un règlement d'arbitrage. Ce type de clause permet d'éviter l'écueil d'une insuffisance de prévisions conventionnelles en matière d'arbitrage *ad hoc* dans la mesure où le choix de placer le processus arbitral sous l'égide d'une institution d'arbitrage emporte application du règlement de l'institution en cause[924]. L'un des avantages du recours à ces institutions est qu'elles sont dotées de règlement détaillé qui régit le processus arbitral[925]. La clause y faisant référence à ce type d'arbitrage ne nécessite pas de rédaction particulière dès lors qu'elle exprime la volonté des parties de recourir à l'arbitrage. On peut l'illustrer à travers une clause traitée par la cour d'appel de Paris[926] :

« Tout litige en relation ou né à l'occasion du présent Contrat et qui n'aurait pu être résolu amiablement dans les trois mois suivant la demande initiale de l'une des Parties peut alors être réglé de façon définitive selon les Règles d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale par un ou plusieurs arbitres désignés conformément auxdites Règles. L'Arbitrage aura lieu à Paris, France, et se tiendra en langue anglaise ».

295. - On trouve aussi des clauses où les parties font référence aux dispositions supplétives du Code de procédure civile régissant le processus arbitral. C'est le cas d'une clause compromissoire incluse dans un contrat de sous-traitance relatif à un marché de construction :

[923] Sur cette question, v. P. LALIVE, « Avantages et inconvénients de l'arbitrage ad hoc », *in* Études offertes à P. BELLET, Litec 1991, p. 301.
[924] V. notamment Cass. com., 19 mai 1987, Rev. arb. 1988, p. 142, note P. ANCEL.
[925] V. notamment, P. FOUCHARD, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », Rev. arb. 1987, p. 225 et s., spéc. n° 2. *Adde*, E. JOLIVET, « L'intérêt de recourir à une institution d'arbitrage. L'exemple de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI », *in Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, *Liber Amicorum in honour of R. BRINER*, ICC Publishing, 2005, p. 413.
[926] CA Paris, 5 déc. 2018, n° 18/18095.

« Tout litige, quelles qu'en soient la nature et la date de survenance, relatif à l'interprétation, à la validité, à l'exécution et notamment aux droits à paiement du sous-traitant ou à la résiliation du contrat, jusque et y compris réception des travaux, levée des réserves, garantie de parfait achèvement et apurement des comptes, sera soumis à une procédure d'arbitrage conformément aux dispositions du présent article et des articles 1442 et suivants du nouveau code de procédure civile.
L'arbitre unique constituant le Tribunal Arbitral est choisi par la partie demanderesse parmi les arbitres ci-dessous désignés :
- Monsieur Patrick B., […] 59130 LAMBERSART
- Monsieur André D., […] 62220 CARVIN […] »[927].

En pratique, il existe des variantes infinies de clauses compromissoires. Les contractants déterminent, à leur convenance, les modalités de l'instance arbitrale sous réserve du respect des exigences énoncées notamment aux alinéas 2 et 3 de l'article 1464 du Code de procédure civile[928]. Dans la majorité des cas, les parties préfèrent déterminer elles-mêmes (soit par référence au règlement d'une institution) les modalités de l'instance arbitrale ou laisser cette détermination à la prudence du tribunal arbitral. Cela étant, quelle que soit leur source (détermination initiale par les parties, fixation par le tribunal arbitral ou règlement d'une institution), les modalités de la procédure d'arbitrage ont la même valeur contractuelle et doivent être suivies par les parties. La force obligatoire du dispositif est renforcée en raison de sa nature juridictionnelle. Il en résulte notamment l'obligation pour les parties de faire preuve de diligence dans la mise en œuvre de la procédure. Le droit positif comporte de nombreux mécanismes ayant pour objet d'empêcher qu'une partie fasse obstacle au bon déroulement de l'arbitrage, que ce soit au stade de la constitution du tribunal arbitral[929] ou en cours d'instance[930].

296. - Le choix de recourir à l'arbitrage s'explique en partie par la volonté d'échapper aux spécificités procédurales du droit étatique et de définir les règles de procédure adaptées aux commodités de l'espèce. La liberté reconnue aux parties de déterminer ces règles assure dans une certaine mesure à l'arbitrage souplesse, rapidité et efficacité.

2. Les procédures aménageant le lien d'instance judiciaire

297. - Le procès civil étant conçu comme la chose des parties, celles-ci peuvent conclure un accord régissant l'instance judiciaire qui est introduite à leur initiative. Mais le pouvoir reconnu aux litigants, qui trouve sa matérialisation dans le principe dispositif[931], doit composer avec celui conféré au juge quant à la direction du procès[932]. C'est pourquoi, si la possibilité d'aménager conventionnellement la conduite de l'instance est admise de longue date (requête conjointe, demande conjointe de radiation, désistement accepté, accord prévu à

[927] Clause traitée par CA Douai, 7 juill. 2016, n° 16/00321.
[928] Sur cette question, v. not. C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *op. cit.*, n° 371 et s. (pour l'arbitrage interne) et n° 802 et s. (pour l'arbitrage international) ; J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n° 567, p. 380 ; R. PERROT, « L'application à l'arbitrage des règles du Code de procédure civile », Rev. arb. 1980, p. 642 et s., spéc. n° 3 et s., qui montre qu'en matière de détermination de la procédure arbitrale, la volonté des parties prévaut sur la mission juridictionnelle de l'arbitre ; L. WEILLER, « Retour sur la liberté de choix des parties à l'épreuve de l'office de l'arbitre », Cah. arb. 2018, p. 205, spéc. 23 et s. ; É. LOQUIN, « Arbitrage. Instance arbitrale. Procédure devant les arbitres », J.-Cl. Proc. civ. 2015, fasc. 1036, spéc. n° 12.
[929] Sur ce point, v. C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *op. cit.*, n° 265 et s.
[930] *Ibid.*, n° 163.
[931] V. not. CPC, art. 1 et 2.
[932] V. not. CPC, art. 3.

l'article 12 CPC, amiable composition), elle reste fortement encadrée et limitée en ce qu'elle touche le fonctionnement du service public de la justice. Spécialement, la validité de ce type d'accord suppose qu'il ne porte pas atteinte au principe de direction du procès par le juge[933].

Cette exigence est également celle qui encadre la stipulation de processus conventionnels relatifs au lien d'instance. Ces mécanismes ont principalement pour objet d'instituer une coopération judiciaire entre les parties relativement à l'introduction ou à la conduite de l'instance. Ils puisent leur source dans les clauses d'appellation variable. On rencontre des clauses dites de révélation d'instance qui tendent à imposer une obligation d'information relative à l'introduction d'une instance[934]. On trouve également des clauses de concours à l'instance imposant l'intervention d'une partie dans une instance introduite par ou contre l'autre partie au contrat[935]. Dans les deux cas, la finalité est de permettre l'intervention d'une partie dans l'instance impliquant l'autre. La différence se situant dans le fait que cette intervention est facultative dans le premier cas tandis qu'elle est obligatoire dans le second cas. Les clauses en cause sont généralement stipulées dans les contrats de distribution, de transfert de technologie, mais aussi dans les contrats de cession de droits où elles prennent la forme de clause de garantie de passif. Il existe des mécanismes similaires en matière d'assurance, en particulier dans les contrats de protection juridique[936] où l'assureur débiteur de l'intervention peut s'arroger le pouvoir de direction du procès[937].

La validité de ces conventions n'appelle pas de remarques particulières. On peut néanmoins signaler que lorsqu'elles ont pour objet de permettre à un contractant d'intervenir volontairement à l'instance, une telle intervention devra satisfaire aux exigences posées aux articles 66 et 328 à 330 du CPC. La remarque vaut en particulier s'agissant de la recevabilité et de la régularité de l'intervention du contractant qui en est tenu[938].

Les clauses étudiées se distinguent d'autres mécanismes procéduraux impliquant une coopération judiciaire entre les parties. Tel est l'objet des conventions de procédure participative aux fins de mise en état[939]. Elles permettent « une mise en état contractualisée par les avocats »[940]. Concrètement, elles donnent naissance à un processus encadré permettant aux parties de s'approprier davantage leur procès et leur offrent la possibilité de trouver un accord à leur litige à toute hauteur du processus conventionnel.

298. - Régi par les articles 2062 et suivants du Code civil et 1546-1 et suivants du CPC, ce mode de régulation du lien d'instance peut comprendre plusieurs phases dont les conditions et les modalités sont définies par les parties. En substance, le processus vise à mettre en place

[933] L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », art. préc., spéc. n° 71.
[934] Pour un ex., v. J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit*., n° 1305.
[935] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et C. RODA, *op. cit*., v° « Clause de direction du procès », n° 490 et s. ; H. DUBOUT, « La gestion des réclamations de tiers dans les garanties de passif », Bull. Joly 2003, p. 599, spéc. I.A.1.
[936] V. *supra*, n° 261.
[937] H. GROUTEL, « La direction du procès par l'assureur », RCA 1997, chron. 24.
[938] L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit*., n° 453-454.
[939] Issues de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{e} siècle et du décret n° 2017-892 du 6 mai 2017.
[940] S. AMRANI-MEKKI, « Chantier de l'amiable : concevoir avant de construire », JCP G suppl. n° 13, 26 mars 2018, spéc. n° 12.

une phase conventionnelle participative avec mise en état de l'affaire, et, le cas échéant, l'organisation d'une expertise. Les conditions de validité et les effets de cette convention sont prévus par la loi. S'agissant des modalités d'instruction du litige, les parties ont une marge de manœuvre beaucoup plus large. Par exemple, pour ce qui est du calendrier et de l'organisation des réunions il peut être stipulé :

> « Les avocats, le cas échéant hors la présence des parties, conviennent de se réunir XXX (fréquence)
> La première réunion aura lieu à XXX et se tiendra le XXX à XXX heures.
> Avant chaque réunion, les avocats établiront en accord avec les parties l'ordre du jour et décideront des communications de pièces utiles au plus tard X jours avant la réunion à venir.
> À l'issue de chaque réunion il sera décidé de la date et des étapes suivantes »[941].

Il revient aux parties de déterminer les informations nécessaires à la mise en état de leur affaire, spécialement en ce qui concerne les pièces à communiquer dans les délais impartis. La convention doit préciser, en outre, d'autres aspects du processus notamment son caractère confidentiel. À défaut de précision, les pièces et informations nécessaires à la mise en état de l'affaire ne semblent pas être couvertes par la confidentialité. En revanche, les négociations et échanges entre avocats sont censés être confidentiels[942]. De plus, les parties peuvent décider de couvrir par la confidentialité les engagements pris par elles et les accords intervenus en cours de procédure participative. Il est également souhaitable que la forme et le contenu des écritures soient précisés par les rédacteurs de l'acte. Ce type de précaution permet de prévenir d'éventuels risques de désaccord sur les modalités accessoires du processus participatif.

Conclusion du chapitre

299. - Il ressort de cette typologie que les procédures contractuelles peuvent servir à aménager les différents aspects des rapports qui lient les parties à une convention. Que ce soit la dimension échange qui s'évince de l'opération économique portée par le contrat ou la dimension relationnelle qui se noue entre les contractants, la procéduralisation apparaît comme un moyen de régulation institué par les parties hors du prétoire. Cela montre que la procédure n'est pas exclusivement affiliée au procès.

La diversité qui caractérise les mécanismes objet de la présente étude ressort non seulement de leur objet, mais aussi des nuances existant dans la formulation des clauses. Il faut y voir une forme d'expression de la liberté reconnue aux parties dans l'organisation de leur rapport. De ce fait, il est impossible de procéder à une énumération exhaustive de ces mécanismes dans leurs variantes. On a tenté de résumer les principales manifestations dans le cadre de cette typologie qui reste à parfaire compte tenu notamment de la diversité des charges qui sont imposées aux parties.

On constate enfin que si elles ne sont pas indispensables à la réalisation de la fonction économique du contrat, les clauses instituant des processus permettent de compléter celui-ci

[941] Modèle de convention de procédure participative de mise en état proposé par le Conseil national des barreaux consultable sur https://www.cnb.avocat.fr/sites/default/files/documents/modeles_ppme.pdf
[942] Règlement Intérieur National des avocats, art. 3-1.

en précisant les modalités de réalisation de l'opération projetée. Il reste que la logique économique n'est pas de l'essence de ces mécanismes qui ne tendent pas à la recherche de profit. Ils présentent davantage une facette morale notamment lorsqu'ils visent à instaurer sous une forme diluée un devoir de tempérance des contractants dans l'exercice de leurs droits en imposant des délais d'attente, une obligation de concertation préalable ou encore la motivation des décisions unilatérales. Ce faisant, les clauses génératrices ne font que traduire des exigences élémentaires de courtoisie, de civilité, de responsabilité dans l'exécution du contrat. Ces traits spécifiques aux procédures contractuelles invitent à s'interroger sur leur nature juridique.

CHAPITRE 2 : NATURE JURIDIQUE DES PROCÉDURES CONTRACTUELLES

300. - La nature juridique des procédures contractuelles ne fait pas l'objet d'un consensus au sein de la doctrine. L'explication est sans doute liée aux spécificités des mécanismes en cause. De source conventionnelle, ils ont un objet procédural. Ils remplissent en outre des fonctions particulières au sein de l'opération contractuelle distinctes de celle poursuivie par le contrat d'échange classique. Il faut tenir compte enfin de leur structure particulière qui les distingue des autres stipulations du contrat porteur. Constituées d'opérations successives, les procédures contractuelles visent des éventualités qui déclenchent leur mise en œuvre. Il arrive que leur présupposé ne se réalise pas, ce qui entraine *de facto* la caducité du dispositif concerné. Mais une fois ses conditions d'application réunies, la clause instituant une procédure se traduit par l'obligation d'accomplir une ou plusieurs diligences à la charge des parties. Voilà autant de spécificités qui contribuent à provoquer des débats sur l'identification de la nature des mécanismes étudiés.

Si certains auteurs les analysent comme des obligations contractuelles, d'autres les considèrent comme des devoirs juridiques. L'exposé de cette discussion (**Section 1**) sera suivi par la position retenue (**Section 2**).

Section 1 : Discussion de la nature juridique des procédures contractuelles

301. - Bien qu'elles résultent d'un accord de volontés, les procédures contractuelles ne s'analysent ni en termes d'obligation contractuelle **(§. 1**) ni en termes de devoir imposé aux contractants (**§. 2**). La démonstration des insuffisances de ces qualifications permettra de proposer une autre explication.

§. 1. L'assimilation des procédures contractuelles aux obligations contractuelles

302. - Le développement des procédures contractuelles a conduit la doctrine à chercher à faire rentrer ces mécanismes dans le moule de la conception classique du contrat. Celui-ci est habituellement présenté comme créant des obligations pour les parties[943]. Si tous les auteurs contemporains n'adhèrent pas à cette idée[944], elle trouve un écho favorable dans les habitudes de langage. En effet, on s'emploie communément à « dire qu'une norme obligeant les contractants est une obligation contractuelle »[945]. C'est ainsi qu'une partie de la doctrine a cédé à la tentation de ramener à la qualification d'obligation contractuelle les procédures créées par les contractants. Il convient d'exposer cette position (**A**) avant de relever ses insuffisances qui permettront de la réfuter (**B**).

A. L'explication de l'analyse en termes d'obligations contractuelles

303. - Les procédures contractuelles ont été présentées, à l'instar des autres effets du contrat, comme constituant des obligations. Les auteurs qui procèdent à une telle analyse considèrent, en effet, que les clauses procédurales imposent, soit une obligation de faire (**1**), soit une obligation de ne pas faire (**2**). On remarquera au passage que si cette distinction n'apparait pas formellement dans le Code civil depuis la réforme de 2016, elle ne semble pas pour autant remise en cause[946].

1. Procédures contractuelles comme obligations positives

304. - La doctrine s'est d'abord intéressée aux clauses instituant une procédure de renégociation. Selon l'analyse proposée, ce type de clause fait naître à la charge des parties une obligation positive : renégocier le contrat à la survenance d'un évènement imprévisible[947], exigence présentée comme un usage du commerce international[948]. En quoi consiste donc

---

[943] V. par ex., J. CARBONNIER, *Droit civil,* t.2, *Les biens, Les obligations*, *op. cit*., n° 930, p. 1942 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil. Les obligations,* 2*. Le contrat*, 6e éd., Litec 1998, n° 1, p. 3 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit*., n° 237, p. 225 ; P. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, *op. cit*., n° 71, p. 69. *Adde*, J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit*., n° 503, pour qui, la création d'obligations est « l'effet ordinaire et même permanent du contrat ».

[944] V. par ex. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1, *op. cit*., n° 62 et s., p. 49 et s. ; T. REVET, « La prise d'effets du contrat », art. préc. ; P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », art. préc.

[945] P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, *op. cit*., n° 116, p. 108.

[946] V. P. JOURDAIN, « Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ? », JCP 2016. 909.

[947] G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat*, *op. cit*., n° 122, p. 73 qui précise que la clause relative à la renégociation « crée une obligation d'entamer la discussion » ; R. FABRE, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », RTD civ. 1983, p. 1, spéc. n° 44 et s. qui parle d'« obligation de négocier l'adaptation » ; C. JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », art. préc., spéc. n° 25, p. 149 ; J. CEDRAS, « L'obligation de négocier », RTD com. 1985, p. 265, spéc. p. 284 et s. ; B. GROSS, J.-Cl. Com., contrats-distribution, fasc. 20, n° 18. *Adde*, G. BOLARD, « L'obligation de négocier préalable au procès », Gaz. Pal. 1997, p. 1125.

[948] V. par ex., E. LOQUIN, « La réalité des usages du commerce international », Rev. int. dr. éco. 1989, p. 163, spéc. p. 177.

cette obligation ? Selon certains auteurs, elle se scinde en deux. À l'appui de leur démonstration, ils mettent en avant l'obligation de négocier[949].

D'une part, la clause de renégociation du contrat impose aux parties de mettre effectivement en œuvre la procédure convenue, du moins à la réalisation de son présupposé. Concrètement, les contractants sont tenus d'entrer en discussion [950] sur un éventuel réaménagement du contenu du contrat. Cette obligation est considérée comme étant de *résultat*[951]. Sa violation est facile à établir. Elle résultera de la simple constatation du refus ou de l'abstention d'une partie de participer à la renégociation contrat en cas survenance de l'évènement imprévisible. L'intérêt principal de la qualification d'obligation de résultat réside en l'occurrence dans l'allègement de la tâche probatoire incombant au demandeur. Mais comme on le verra plus loin, elle ne préjuge en rien de l'efficacité de l'obligation en cause qui est insusceptible d'exécution forcée. En cas de violation du dispositif, la victime ne pourra prétendre qu'à des dommages et intérêts[952].

D'autre part, la seconde obligation qui résulte de la clause consiste à rechercher de bonne foi l'adaptation du contrat. Elle consiste à s'abstenir de faire des « propositions aberrantes dans le but de faire échouer la renégociation »[953]. Toutefois, si les parties doivent faire notamment des propositions raisonnables, on s'accorde à dire qu'elles ne sont pas tenues de parvenir à un accord. Certains auteurs considèrent qu'elles ont une *obligation de moyens*[954] dont la preuve de la violation sera beaucoup plus difficile à rapporter.

305. - La doctrine adopte un raisonnement similaire à propos des accords de principe ou encore des clauses de règlement amiable des différends. On fait valoir, par exemple, que les clauses de conciliation et de médiation imposent aux parties une double prestation[955]. La première consiste à enclencher le processus conventionnel à la survenance d'un différend par des actes concrets : invitation de son partenaire à entrer en pourparlers, prendre attache, choisir le tiers conciliateur ou médiateur le cas échéant…. L'accomplissement de ces diligences constitue une *obligation de résultat*. La seconde consiste à conduire la procédure de règlement amiable de bonne foi dans la recherche d'une solution amiable. Cette exigence est qualifiée d'*obligation de moyens*[956].

---

[949] C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, *op. cit.*, n° 457, p. 425 : « Toutes les obligations de négocier se divisent en deux parties : il faut d'abord entrer en discussion, l'obligation est de résultat ; puis il faut négocier de bonne foi, l'obligation est de moyens » ; J. SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz 1982, n° 379, p. 206 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Les accords précontractuels en droit français », *in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, J. MESTRE (dir.), PUAM 1990, p. 9 et s., spéc. p. 10, selon l'auteur, l'obligation « de négocier ou de renégocier porte sur deux prestations : entreprendre la discusion (obligation de résultat) et la conduire de bonne foi (obligation de moyen) ».

[950] C. JARROSSON, art. préc., spéc. n° 26, p. 150.

[951] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et C. RODA, *op. cit.*, n° 915, p. 431.

[952] B. GROSS, *op. cit.*, n° 49 ; C. JARROSSON, art. préc., spéc. n° 26, p. 150.

[953] C. JARROSSON, art. préc., spéc. n° 27, p. 150.

[954] L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. AYNÈS, Economica 2011, spéc. 66, p. 40 ; C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, *op.* et *loc. cit.* ; B. FAUVARQUE-CAUSSON, « Le changement de circonstance », art. préc., spéc. n° 37 ; C. JARROSSON, art. préc., spéc. n° 26, p. 150.

[955] C. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », RIDC 1997, p. 325 et s., qui considère que ces modes créent à la charge des parties « deux obligations qui relèvent de qualifications différentes » : une obligation de résultat résidant « dans le devoir de chacune de parties de discuter avec l'autre » (n°32) et une obligation de moyens consistant à « tout faire pour aboutir de bonne foi à un accord » (n° 33).

[956] L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », art. préc., n° 23 ; W. DROSS, *Clausier*, *op. cit.*, spéc. p. 487.

La distinction des obligations induites par ces clauses a permis d'affirmer que seule la première obligation (obligation de mettre effectivement en œuvre la procédure contractuelle) peut être mise à la charge d'une seule partie, la seconde (obligation de conduire la procédure de bonne foi) pèse nécessairement sur les deux partenaires[957]. Outre le fait qu'elle n'éclaire pas sur la nature juridique de ces mécanismes, cette dernière précision semble par ailleurs superflue. En effet, l'obligation de moyens prétendument décelée dans le jeu du processus conventionnel n'est rien d'autre que l'expression de la norme légale imposant aux parties de se comporter de bonne foi[958]. Nul ne saurait prétendre se dégager de cette exigence comportementale dans l'exécution d'un engagement contractuel[959]. À vrai dire, l'intérêt de la distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens produites par des clauses procédurales se situe essentiellement sur le terrain probatoire. Il s'agissait à l'origine de mettre en évidence le fait que la force obligatoire de ces mécanismes porte non pas sur le consentement des parties contractantes mais sur les processus conventionnels qu'ils instaurent[960]. En d'autres termes, l'insertion d'une clause imposant un processus de renégociation du contrat ne vaut pas, d'ores et déjà, acceptation des parties à la modification du contrat. La possibilité de refuser ou d'accepter les termes d'un nouvel accord demeure.

306. - La question cruciale que posent les mécanismes étudiés concerne l'adéquation de la sanction à la violation de la clause qui les prévoit. Pour parvenir à ce résultat, il n'est pas nécessaire de scinder les procédures contractuelles en obligation de résultat et en obligation de moyens. On sait, en effet, que l'identification de la qualité de l'obligation (moyens ou résultat) ne repose pas nécessairement sur de critères objectifs. La volonté des parties y prend une part active[961]. C'est le cas notamment en matière de clause de renégociation où le réaménagement du contrat peut être contractuellement imposé comme la seule issue du processus du moins dans les contrats à durée déterminée[962]. Par ailleurs, s'agissant d'un mécanisme où l'on peine à identifier débiteur et créancier de l'obligation que l'on prétend découvrir, le centre de gravité de l'analyse devrait reposer non pas sur la charge de la preuve, dans la mesure où l'une et l'autre des parties peut être amenée à invoquer la violation de la clause à son égard, mais plutôt sur le contenu de la preuve. On comprend dès lors le scepticisme de certains à l'égard de l'analyse consistant à associer « obligation de négocier et obligation de moyens » pour son « manque de subtilité » et sa méconnaissance de l'intérêt[963] de la distinction entre obligation de résultat et obligation de moyens.

---

[957] J. SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats*, *op*. et. *loc. cit*.

[958] C. civ. art. 1134, al. 3 anc. ; art. 1104, al. 1, nouv.

[959] P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, *op. cit*., spéc. n° 114, p. 105, pour qui si les contractants sont en toute hypothèse tenus à une obligation de foi, c'est parce que la source de cette exigence ne se situe pas dans le contrat, mais résulte d'un devoir général de civilité.

[960] V. en matière d'accord de principe prévoyant un processus de renégociation, Cass. soc., 24 mars 1958, JCP G 1958, II, 10868, note J. CARBONNIER ; Cass. soc., 19 déc. 1989, D. 1991, p. 62, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI ; JCP E 1991, n° 51, 104, obs. J. M. MOUSSERON et J. RAYNARD. *Adde*, I. NAJJAR, « L'accord de principe », D. 1991, chron. XIII, p. 57.

[961] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, et É. SAVAUX, *op. cit., t.* 3, n° 204 ; Y. PICOD, « Obligations », Rép. civ. Dalloz 2016, n° 48 ; J. M. MOUSSERON et J. RAYNARD, obs. préc.

[962] Dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation unilatérale reste en tout état de cause une porte de sortie pour chaque contractant qui souhaite sortir du lien contractuel moyennant l'octroi d'un délai de préavis suffisant.

[963] J. M. MOUSSERON et J. RAYNARD, obs. préc. V. aussi les auteurs qui considèrent que cette distinction est devenue *diabolica divisio* et qui suggèrent sa suppression, P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats - Régimes d'indemnisation*, 12e éd., coll. Dalloz action 2021/2022, n° 3123.111 et s. ; P. RÉMY,

Par ailleurs, la qualification d'obligation de faire implique d'appliquer le régime correspondant, prévu notamment par l'ancien article 1142 du Code civil. Considérant qu'une interprétation littérale de ce texte n'était plus de mise[964], on estime que le créancier devrait pouvoir obtenir par préférence l'exécution forcée[965]. C'est d'ailleurs ce que prévoit désormais le nouvel article 1221 du Code civil qui « érige le droit à l'exécution forcée en nature en règle de principe »[966]. On verra que ce remède à l'inexécution des obligations contractuelles est inadapté à la sanction de la méconnaissance des clauses instituant des procédures. Il reste à se demander si la qualification d'obligation de ne pas faire suscite les mêmes réserves.

2. Procédures contractuelles comme obligations négatives

307. - Le caractère contraignant d'une clause instituant une procédure contractuelle suppose que les parties y soient tenues dès lors que les conditions de sa mise en œuvre se trouvent réunies. L'exigence s'impose avec une acuité particulière s'agissant des clauses de règlement amiable des litiges. En ce qu'elles visent à éviter la solution judiciaire du litige, la doctrine analyse ces mécanismes comme des instruments créateurs d'une obligation contractuelle de ne pas agir en justice[967]. Ainsi, considère-t-on comme tels les clauses « d'arrangement amiable », de « conciliation »[968] ou de « médiation »[969]. On estime que les clauses génératrices de ces mécanismes n'obligent que de façon temporaire leur « débiteur à ne pas agir devant la juridiction étatique ou arbitrale »[970].

Concrètement, cette obligation négative trouve sa consistance, selon un auteur, dans « la charge d'une abstention » qui est imposée « à la personne qui a contracté l'obligation »[971]. En d'autres termes, l'assujettissement du débiteur en vertu de la clause procédurale consiste en une « renonciation à sa faculté de soumettre le litige à un juge »[972]. On n'a pas manqué de souligner le caractère paradoxal de la situation. En principe, le juge n'a pas à être saisi, du moins dans un premier temps, compte tenu de l'existence de l'« obligation de ne pas agir »

« La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », RTD civ. 1997, p. 323 ; J.-P. CHAZAL et Y. REINHARD, obs. sous CA Paris, 3 maris 2000, RTD com. 2000, p. 672.

[964] V. not. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil – Les effets de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ 2017, n° 34 et s., p. 55 et s.

[965] P. GRIGNON, art. préc., spéc. n° 24, p. 129-130. V. aussi, Cass. 3e civ., 23 juin 2021, n° 20-17.554, spéc. § 10.

[966] 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*, *op. cit.*, spéc. p. 547. V. aussi, C. civ., art. 1341.

[967] P. GRIGNON, « L'obligation de ne pas agir en justice », *in* Mélanges C. MOULY, t. 2, p. 115 et s ; C. BOILLOT, « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », RTD com. 2010, p. 243, spéc. n° 3 et 24 ; L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », préc., n° 23 ; G. VIRASSAMY, « Les collèges et les commissions dans le règlement des litiges contractuels », *in* Mélanges J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 949 et s., spéc. n° 7 ; P. ANCEL et M. COTTIN, « L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation », D. 2003, p. 1386. *Contra*, P. ANCEL, « L'encadrement de la juridiction par le contrat », *in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, P. ANCEL et M.-C. RIVIER (dir.), Economica, 2001, p. 6, spéc. p. 10, qui affirme que ces clauses ne créent aucune obligation de ne pas faire dont l'inobservation serait sanctionnée par des dommages et intérêts. Il ajoute qu'une partie peut saisir le juge d'une action en contestation de leur validité ou prétendre que leurs conditions de mise ne sont pas réunies.

[968] V. par ex., S. AMRANI-MEKKI, « La clause de conciliation », *op. cit.*, n° 24, p. 40.

[969] L. WEILLER, « Le développement des clauses de médiation et leur réception par la Cour de cassation », art. préc., p. 32 ; P. GRIGNON, « L'obligation de ne pas agir en justice », art. préc., spéc. n° 7, p. 120.

[970] *Ibid.* ; L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », préc., n° 23. *Contra* X. LAGARDE, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », Rev. arb. 2000, p. 377 et s., spéc. n° 5, p. 386-387.

[971] P. GRIGNON, art. préc., spéc. n° 23, p. 128.

[972] *Ibid.*, spéc. n° 23, p. 129.

portée par la clause procédurale. Cependant, la violation du dispositif conduit le juge judiciaire à statuer d'abord sur la demande d'exécution de cette obligation si le « créancier » en fait la demande[973]. Dit autrement, la qualification d'obligation de ne pas agir n'apporte rien à l'efficacité du mécanisme. Elle ne contient pas un élément de contrainte supplémentaire permettant de garantir l'exécution des engagements convenus.

Une analyse similaire a été adoptée en matière de clauses de renégociation. Il y aurait des obligations négatives dans le processus bilatéral de renégociation du contrat. On a fait valoir, à ce titre, que chacune des parties est tenue de ne « pas faire d'offre hâtive susceptible de surprendre le partenaire »[974]. Une telle abstention est-elle réellement spécifique à ce type de clause ? Lorsqu'une règle impose d'adopter comportement positif, ne faut-il pas analyser cette norme comme interdisant une attitude contraire ? Aussi, comprend-on toute la difficulté à appréhender la nature de ces mécanismes dans la mesure où ceux-ci tendent à « réintroduire, dans le cours de l'exécution, des éléments de subjectivité là où l'accord initial aurait dû tout régler objectivement »[975].

308. - Il reste que la découverte prétendue d'une obligation négative dans les clauses instituant une procédure contractuelle suppose d'en tirer toutes les conséquences notamment sur le plan pratique. C'est ce que fait la doctrine qui en déduit naturellement que le régime applicable est celui de l'obligation contractuelle de ne pas faire. Or, avant la réforme de 2016, la sanction de la violation d'une telle obligation consistait principalement au droit pour le créancier d'obtenir des dommages et intérêts[976] ou de demander la destruction de ce qui a été fait par contravention à l'engagement[977]. On verra que ces sanctions sont inadaptées à l'objet de la présente étude. Du reste, la qualification d'obligation contractuelle postule l'existence de droit subjectif au profit d'un créancier par rapport à un débiteur au sens où le premier a le pouvoir d'exiger l'exécution d'une prestation au second. C'est là où on peut aisément mesurer la faiblesse de cette analyse en ce qu'elle semble situer sur un plan identique les normes contractuelles imposant l'exécution d'une prestation à caractère économique et celles qui n'en ordonnent pas.

B. La réfutation de l'analyse en termes d'obligation contractuelle

309. - Il est difficile de ramener à la qualification d'obligation les clauses instituant des procédures. Il n'est guère question ici de remettre en cause la conception du contrat en tant qu'acte créateur d'obligations. On sait, en effet, que « l'essentiel des normes contractuelles consiste en des obligations, autrement dit en l'engagement qui s'impose à l'un des contractants de fournir quelque chose à l'autre »[978]. Il faut cependant reconnaître que l'effet du contrat ne s'épuise pas dans cette fonction. Les procédures contractuelles constituent des illustrations de la diversité du contenu possible d'un contrat.

---

[973] G. VIRASSAMY, « Les collèges et les commissions dans le règlement des litiges contractuels », art. préc., spéc. n° 7, p. 596 ; P. GRIGNON, art. préc., spéc. n° 24, p. 130.
[974] J. CADRAS, « L'obligation de négocier », RTD com. 1985, p. 265 et s., spéc. p. 286, note 73.
[975] *Ibid*., spéc. p. 287.
[976] C. civ., art. 1145, anc.
[977] C. civ., art. 1143, anc.
[978] T. REVET, « La prise d'effet du contrat », art. préc., spéc. n° 1, p. 29. *Adde*, R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », art. préc., spéc. n° 24, p. 232 : « le contrat est effectivement, par excellence, l'acte générateur d'obligations ».

Pour le démontrer, on procédera dans un premier temps à une analyse formelle de la notion d'obligation en la comparant aux procédures contractuelles (**1**). Puis on portera l'analyse au niveau des mécanismes de sanction propres à l'obligation contractuelle (**2**). Ce qui permettra de rendre compte de leur inadéquation aux dispositifs étudiés.

1. Sur le plan formel

310. - Une analyse simplement formelle de la notion juridique d'obligation permet de montrer qu'elle n'appartient pas au même registre que les procédures contractuelles. Il suffit, pour s'en convaincre, d'analyser la structure (**a**) et la substance (**b**) de l'obligation. On verra que le mécanisme des clauses procédurales ne s'identifie pas véritablement à la définition de l'obligation contractuelle.

a. Structure

311. - Étymologiquement le terme « obligation » renvoie à l'idée de « lien »[979]. La doctrine a mis en lumière les traits caractéristiques de cette notion. On considère que l'« obligation suppose nécessairement deux personnes au moins : l'une qui est liée, c'est le sujet passif de l'obligation, le débiteur ; l'autre au profit de laquelle le lien existe, c'est le sujet actif de l'obligation, le créancier »[980]. L'idée de lien renvoie à une relation de sujétion dans laquelle se trouve une personne (le débiteur) à l'égard d'une autre (le créancier). Cela conduit à distinguer dans le rapport juridique d'obligation deux faces selon le point de vue auquel on se place. Si l'on envisage par rapport au créancier, l'obligation constitue un droit (droit de créance, droit personnel). Mais vue du côté du débiteur, l'obligation constitue une charge, une restriction à sa liberté[981]. Les auteurs contemporains adoptent une approche identique. L'obligation implique toujours un rapport de droit entre un créancier et un débiteur[982].

312. - Appliquée aux procédures contractuelles, cette analyse conduit à voir ces mécanismes comme instituant un rapport juridique liant un débiteur à un créancier. Certains processus conventionnels paraissent inciter à adopter une telle approche. On peut citer, par exemple, le cas des procédures aménageant l'exercice de prérogatives contractuelles. Dans cette hypothèse, en effet, l'obligation de mettre en œuvre la procédure incombe à une seule partie. Ainsi, le respect des termes de la procédure conventionnelle de licenciement échoit à l'employeur. De même, l'obligation d'accomplir les formalités procédurales d'une clause résolutoire s'impose au seul créancier. Ce dernier apparaît comme le débiteur de l'exécution de la clause instituant cette garantie procédurale au profit de son cocontractant.

Une telle analyse reste cependant hâtive. Outre le fait qu'elle méconnaît leur diversité, elle ne permet pas d'expliquer la consistance des mécanismes concernés. Il existe des

---

[979] Sur cette notion, v. E. JEULAND, « L'énigme du lien de droit », RTD civ. 2003, p. 455.
[980] G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. 1, Libr. de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1897, n° 2, p. 2.
[981] V. not. C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. 8, 2e éd., Rousseau 1953, n° 2, p.2 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. 1, *op*. et *loc*. *cit*. *Adde*, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6e éd., Montchrestien 1965, n° 103-9 : « L'obligation est, par définition même, un lien de droit ; elle comporte un créancier et un débiteur ».
[982] V. par ex., C. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil,* t. 3, *Les obligations – Le contrat*, *op*. *cit*., n° 1, p. 3 ; P. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, *op*. *cit*., n° 7, p. 4 ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, *op*. *cit*., n° 118, p. 55.

hypothèses où les pouvoirs unilatéraux appartiennent à l'un ou l'autre des contractants. Par exemple, en matière de faculté de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée appartient à chaque partie au contrat. La procédure de résiliation vise à préciser la marche à suivre pour mettre en œuvre cette prérogative indifféremment de la position contractuelle de l'une ou l'autre partie. Le caractère obligatoire du dispositif conventionnel s'analyse davantage en une diligence imposée au titulaire de la prérogative et qui vient contrebalancer le pouvoir particulier qu'il détient dans le cadre de la relation contractuelle. La clause instituant un contrôle procédural du jeu de la résiliation ne vient ni en diminution du patrimoine du contractant tenu de l'observer ni en augmentation de celui de son cocontractant au profit duquel elle est stipulée. Elle constitue simplement une norme comportementale, en réserve d'emploi, qui a vocation à s'appliquer à la survenance de la situation de fait qu'elle régit.

Cette constatation se vérifie avec plus de netteté s'agissant des procédures contractuelles bilatérales[983]. Qu'elles organisent le rapport d'obligation ou le droit d'agir des contractants, la force obligatoire de ces dispositifs s'impose indifféremment à l'une ou à l'autre partie au contrat générateur en des termes identiques. Par exemple, la stipulation d'une clause instituant une procédure de renégociation n'induit pas nécessairement création d'une obligation au sens technique du terme. Certes, la clause peut imposer l'initiative de sa mise en œuvre à l'une des parties, mais cela ne change rien à la nature des mécanismes en cause dans la mesure où cette charge supplémentaire n'est qu'un aspect des contenus possibles du mécanisme des procédures contractuelles qui varie suivant les besoins des parties. On ne saurait en déduire qu'elle instaure un rapport juridique de nature patrimoniale en vertu duquel un débiteur est tenu d'exécuter une prestation envers un créancier. De même sens, on aura du mal à identifier un débiteur et un créancier à une clause instituant une procédure d'expertise, de conciliation, d'arbitrage, d'établissement du décompte définitif, de constat contradictoire, etc. Le rapport qui s'établit entre contractants dans ces différentes hypothèses n'est pas réductible à une relation de créancier/débiteur en raison de l'absence du lien caractéristique de l'obligation[984]. Il s'agit plus simplement de contraintes comportementales dont le respect ne tend pas à la satisfaction du seul besoin d'une partie, mais aussi au bénéfice de l'avantage juridique attaché au respect de la norme en cause.

Distinctes de l'obligation quant à la structure, les procédures contractuelles s'en différencient aussi relativement à la substance de celle-ci.

b. Substance

313. - Le vocable d'obligation, issu de la terminologie juridique, plus précisément du droit romain [985] se caractérise principalement par la matérialité de son objet. L'obligation

[983] Rappr., C. JARROSSON, « Débats », *in* « L'arbitrage et les tiers – Le droit des contrats », J.-L. GOUTAL (dir.), Rev. arb. 1988, p. 467 et s., spéc. p. 468 : « la clause compromissoire n'est ni un droit, ni une obligation ; elle ne profite ni ne pèse a priori : en soi elle est neutre ». *Adde*, C. JUILLET, th. préc., spéc. n° 72, p. 46, qui considère que la clause compromissoire n'a pas un effet créateur, elle « ne fait que fixer un élément objectif de la relation qui unit les parties au contrat ».

[984] Sur cette absence de lien caractéristique de l'obligation dans les conventions non créatrices d'obligations, v. R. LOIR, *Les conventions non créatrices d'obligations*, th. Université Lille II, 2007, n° 45 et s., p. 39 et s.

[985] M. VILLEY, « Métamorphoses de l'obligation », APD, t. 15, Sirey 1970, p. 287.

contractuelle désigne, en effet, une prestation économique [986] là où les processus conventionnels revoient à des mécanismes et principes procéduraux imposant l'accomplissement d'actes et de formalités ordonnés autour d'un système de valeur. Ces normes contractuelles ne génèrent pas une attente patrimoniale dans la personne de l'une ou l'autre partie au contrat même si des considérations d'ordre économique ne sont pas bien loin.

Quand on consulte les traités et manuels consacrés à l'étude des obligations, on constate que les auteurs adoptent de façon générale une conception économique de l'obligation contractuelle[987]. Certes, celle-ci est considérée aussi comme un lien entre un créancier et un débiteur, mais son objet porte soit sur un bien, soit sur une prestation ayant une valeur patrimoniale[988]. La réforme du droit des contrats n'a fait qu'amplifier le phénomène de réification de l'obligation [989]. La notion d'obligation contractuelle s'inscrit dans une perspective économique alors que les clauses génératrices de procédures s'analysent davantage comme des normes de nature fonctionnelle, des diligences qui doivent faire l'objet de sanctions spécifiques[990]. Certes, on dira que l'obligation est également un processus finalisé[991] dans la mesure où l'activité du débiteur tend à la satisfaction du créancier[992]. Cependant, à la différence de l'obligation, les procédures contractuelles n'impliquent pas l'accomplissement d'une prestation évaluable en argent du moins tel n'est pas leur objet direct et immédiat. Elles n'ont pas, en elles-mêmes, une valeur économique. On est bien en présence d'un lien juridique entre deux ou plusieurs personnes dans les deux cas, mais la différence se situe au niveau de sa substance : mécanismes fonctionnels d'un côté et valeur patrimoniale de l'autre[993].

L'obligation est conçue comme génératrice de droit personnel, dit autrement droit de créance[994]. Or, on observe que ce droit renvoie à « une attente d'appropriation qu'il est

---

[986] E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, *op. cit.*, spéc. 12 : l'obligation implique « un droit sur les biens du débiteur. En effet, elle tend à l'exécution d'une prestation, fait ou abstention, représentant une valeur, et elle est garantie par le droit de gage général […]. Donc, elle est elle-même une valeur » ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n° 916, p. 1907 : ce qui caractérise les obligations avant tout, « c'est qu'elles portent sur une activité, un service de la personne ».

[987] V. par ex., P. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *op. cit.*, n° 868, selon lesquels « tout contrat comporte par définition même des obligations […] qui ont une valeur économique et comptable ».

[988] J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, « La théorie de la responsabilité en droit pénal et en droit civil », Revue générale du droit 1928, p. 193, qui définit l'obligation comme « un lien de droit entre deux (ou plusieurs) personnes déterminées, qui astreint l'une à fournir à l'autre une prestation appréciable en argent » ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, préf. D. DEROUSSIN, rééd. Dalloz 2005, n° 13, p. 99 : les « relations de créancier à débiteur […] s'inscrivent autour d'une prestation déterminée d'objet ou de services, qui constitue une charge patrimoniale définie ». *Adde*, E. GAUDEMET, *op.* et *loc. cit.*, qui affirme que « toute l'histoire de l'obligation est l'histoire du progrès » de sa nature patrimoniale sur son aspect de lien entre un créancier et un débiteur.

[989] B. MOORE, « Libres propos d'un juriste québecois concernant le projet de réforme des contrats », art. préc., spéc. p. 731, qui met en exergue l'existence d'une évolution « continue vers la consécration de l'« obligation-valeur », susceptible de circulation et de spéculation, phénomènes que la pratique, juridique et financière, a amplement usés ».

[990] Rappr. H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 3, *Procédure de première instance*, Sirey 1991, n° 6, p. 7.

[991] M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. AYNÈS, Economica 2002, n° 111 et s.

[992] A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, *op. cit.*, n° 254 et s.

[993] Comp. Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 139, p. 61, qui met en exergue la conception moderne analysant l'obligation comme « une valeur économique ».

[994] J. GHESTIN, H. BARBIER et J.-S. BERGÉ, *Traité de droit civil,* t. 1, *Introduction générale*, 5e éd., LGDJ 2018, n° 287, p. 225 : le droit de créance constitue « une anticipation sur un nouveau partage : lorsque la

possible de s'attribuer et dont le titulaire peut disposer librement »[995]. En d'autres termes, c'est l'exécution d'une prestation qui constitue le droit du créancier et qui est protégé par le droit objectif. Comme tout droit subjectif, il se caractérise par une relation « d'appartenance-maîtrise » entre le sujet-personne et le bien ou valeur objet du droit[996]. C'est précisément cette idée d'appropriation privative du résultat de l'exécution de l'obligation qui marque un clivage avec les procédures contractuelles. Car ces dernières indiquent davantage la manière de parvenir à un résultat plus que le résultat lui-même. L'objectif principal n'est pas de demander un sacrifice à une partie en vue de procurer un avantage à son partenaire. Les mécanismes étudiés relèvent d'exigences comportementales[997] en vue d'un certain résultat le tout ordonné autour de valeurs transcendant la finalité économique de l'opération contractuelle.

314. - On estime du reste que la prestation, objet de l'obligation comprend deux aspects : « une dette d'activité et une créance de résultat »[998]. Dans cette vue, l'exécution de l'obligation implique à la fois l'activité du débiteur et le résultat attendu par le créancier. Ces deux aspects ne rentrent pas dans la composition des procédures contractuelles. Si les opérations successives à accomplir sont ordonnées vers un but, celui-ci n'est pas essentiel dans l'objet des normes instituant des processus dans les rapports contractuels[999]. Les étapes d'une procédure contractuelle constituent un guide pour les parties qui sont néanmoins tenues de suivre pour la mise en œuvre des mécanismes concernés. L'effet principal de la clause instituant une procédure s'épuise dans l'accomplissement des formalités qu'elle prévoit indépendamment du résultat.

Après avoir montré que les procédures contractuelles ne conviennent pas à l'analyse conduisant à les identifier à l'obligation relativement à la structure et à la substance de celle-ci, il convient de compléter l'analyse afin de se rendre compte que cette différence se prolonge sur le plan des sanctions applicables.

2. Sur le plan des sanctions applicables

315. - Qualifier les procédures instituées par les contractants d'obligation contractuelle suppose que le régime applicable à celle-ci puisse être transposé à celles-là. Or, quand on analyse les sanctions propres à l'obligation on s'aperçoit de leur inaptitude à appréhender, du moins efficacement, la méconnaissance des procédures contractuelles.

---

prestation sera exécutée, le créancier aura plus et le débiteur aura moins ; un transfert de droit aura eu lieu […], un service aura été rendu […], une inaction du débiteur profitera spécialement au créancier […] ».

[995] *Contra*, G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. LEDUC, Dalloz 2012, n° 282 et s., p. 202 et s. qui critique cette position en estimant que l'objet du droit subjectif du créancier ne porte ni sur le débiteur ni sur son patrimoine ni encore directement sur la prestation, mais sur « l'exécution de cette norme de comportement » que constitue la dette.

[996] J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris 1952, réimpr. Dalloz 2007, préf. C. ATIAS, p. 80 et s.

[997] Comp. P. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, préf. F. CHABAS, Dalloz 2005, spéc. n° 168, qui met en avant l'idée selon laquelle « un comportement ne saurait donner matière à une obligation *stricto sensu* ».

[998] A.-S. LUCAS-PUGET, th. préc., n° 236. V. aussi, M.-E. ANCEL, th. préc., n° 117, qui considère prestation contractuelle comme l'« union infrangible d'une prestation subjective et d'une prestation objective ».

[999] Rappr., N. BALAT, art. préc., spéc. p. 899, qui affirme qu'à la réunion des conditions posées par les règles instituant des processus en droit des contrats, « le résultat "final" ne peut être atteint qu'au bout du processus institué : il est subsidiaire ».

Certaines des sanctions de l'inexécution de l'obligation paraissent inapplicables (**a**) tandis que d'autres, tout en étant applicables, se révèlent inappropriées (**b**).

a. Les sanctions inapplicables

316. - L'exécution forcée est considérée comme la sanction normale de l'obligation[1000]. Le Code des procédures civiles d'exécution donne, en effet, la possibilité à tout créancier de faire « contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard »[1001]. On sait qu'il existe des obligations non assorties de cette sanction[1002] au nombre desquelles, pourrait-on dire, figurent les clauses instituant une procédure contractuelle. Il reste que les justifications avancées à l'inapplicabilité de cette contrainte corroborent l'idée que la qualification d'obligation ne sied pas aux procédures contractuelles. La doctrine explique la mise à l'écart de l'exécution forcée en nature comme sanction d'une obligation contractuelle[1003] par la nécessité de protéger « la liberté individuelle » du débiteur[1004]. Cette règle ne vaut, toutefois, que pour les obligations ayant notamment un caractère strictement personnel[1005]. On vise les hypothèses où « le degré de l'*intuitu personae* [est] tel qu'il prolonge son effet pendant toute la durée du contrat, qu'il exclut toute possibilité d'exécution par un tiers, enfin et surtout qu'il interdise, en raison du caractère strictement personnel de la prestation, toute contrainte, même indirecte, sur le débiteur »[1006]. Or, aucune de ces considérations ne semble véritablement constituer un obstacle au recours à l'exécution forcée en matière de clauses instituant des procédures[1007]. Certes, l'obligation de mettre en œuvre une procédure contractuelle incombe aux parties. Mais les formalités prévues par une clause procédurale n'ont pas, en principe, un caractère strictement personnel sauf si les parties en stipulent autrement. Autrement dit, pour atteindre le résultat poursuivi, une participation personnelle du contractant récalcitrant n'est pas toujours nécessaire. En outre, il faut tenir compte de l'aptitude de ces clauses à déployer leurs effets à l'égard du tiers venant à la position contractuelle de l'une des parties[1008].

Faut-il en déduire pour autant que les clauses instituant des procédures doivent faire l'objet d'exécution forcée lorsque le « créancier » le requiert ? On pourrait répondre par la négative si l'on estime que le résultat attendu relativement à l'application d'une telle clause

---

[1000] F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil*, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 776, p. 833 ; W. JEANDIDIER, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », RTD civ. 1976, p. 700, spéc. n° 3. *Adde*, D. TALLON, « L'inexécution du contrat, pour une autre présentation », RTD civ. 1994, p. 223, spéc. n° 6.

[1001] C. P. Ex., art. L. 111-1.

[1002] V. l'exemple classique de l'obligation pour le peintre de réaliser un tableau.

[1003] Sur cette question, v. J. MESTRE, « Le juge face aux difficultés d'exécution du contrat », *in Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM 1993, p. 91 et s. ; W. JEANDIDIER, art. préc.

[1004] TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *op. cit.,* n° 777, p. 834 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.,* n° 160 ; P. STOFFEL-MUNCK, th. préc., n° 159, p. 144 ; J. MESTRE, obs. sous. Cass. 2e civ., 21 nov. 1990, RTD civ. 1991, p. 536.

[1005] V. A. LEBOIS, « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », JCP 2008, I, 210 ; Y. PICOD, « Obligations », art. préc., spéc. n° 38.

[1006] P. SIMLER, « Contrats et obligations. – Classifications des obligations. – Distinction des obligations de donner, de faire ou de ne pas faire », J.-Cl. Civ., art. 1136 à 1145, fasc. 10, 2004, n° 85. *Adde*, J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *Les biens*, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 1288, p. 2540 ; A. LEBOIS, « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », art. préc., spéc. n° 3 à 7.

[1007] X. LAGARDE, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », Rev. arb. 2000, p. 377 s., spéc. n° 9, p. 397, qui considère que les considérations tenant à l'inapplicabilité de la contrainte par corps pour forcer l'exécution d'une obligation d'intérêt privé sont inopérantes pour justifier la mise à l'écart de l'exécution forcée des clauses instituant une procédure contractuelle de conciliation ou de médiation.

[1008] V. *supra* n° 153 et s.

n'est pas économique[1009]. Certes, les procédures contractuelles ne sont pas une chose entendue dans leur matérialité, mais elles n'expriment pas non plus uniquement un état. En d'autres termes, si elles ne relèvent pas du domaine de l'avoir, elles ne relèvent pas exclusivement du domaine de l'être. Elles sont inspirées de valeurs transcendant la recherche du profit, mais elles se concrétisent par des actes qui sont imposés aux contractants (notification, concertation, motivation…) susceptibles de faire l'objet d'une mesure de contrainte notamment par la voie de l'astreinte. L'inapplicabilité de l'exécution forcée en la matière relève du bon sens. Va-t-on obliger un contractant à engager un processus de renégociation du contrat s'il n'en a pas envie ? Peut-on forcer les parties à s'entendre ? Il ne faut pas aller loin pour s'en convaincre, la « bonne entente ne se force pas »[1010]. À vouloir forcer les choses, on méconnaîtrait la volonté originelle des parties qui « ont cru que le relâchement des contraintes constituait la meilleure voie d'accès à une solution d'équilibre »[1011]. Hormis de rares hypothèses, l'exécution forcée en nature, entendue comme celle visant à faire obtenir par le contractant qui demande ce à quoi il s'attendait, ne paraît pas raisonnable en matière de clause instituant une procédure contractuelle[1012]. S'il existe des moyens de pression pour forcer à l'exécution, le recours à ceux-ci aurait la fâcheuse conséquence de faire prévaloir la lettre du texte conventionnel instituant le processus du même qualificatif sur son esprit.

317. - Face à l'inanité de l'exécution forcée en nature en la matière, on peut envisager le recours à la faculté de remplacement. Selon le nouvel article 1222 du Code civil, le créancier peut, après mise en demeure, « dans un délai et à un coût raisonnable, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci […] ». On voit bien que cette sanction est propre à l'obligation entendue comme une prestation matérielle. On n'imagine pas un contractant vouloir faire mettre en œuvre de façon unilatérale une clause instituant une procédure contractuelle[1013]. Cela est vrai non seulement pour les procédures contractuelles unilatérales mais aussi pour les procédures bilatérales.

Mais on pourrait se demander si la possibilité de détruire, sur autorisation du juge, ce qui a été fait en violation de l'obligation n'est pas envisageable. Ainsi, par exemple, l'annulation d'une sanction disciplinaire prononcée en méconnaissance du caractère contradictoire de la procédure constituerait la destruction de ce qui a été fait en méconnaissance du processus conventionnel. Il n'en est rien car, en réalité, cette hypothèse

---

[1009] Rappr. P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, préf. I. MOREAU-MARGRÈVE, Kluwer 1993, spéc. n° 252.1, p. 343 qui considère que les obligations ont un résultat économique pour le créancier dans la majorité des cas, de sorte que rien ne s'oppose à ce qu' « une personne autre que le débiteur [soit] parfaitement en mesure de lui procurer ».

[1010] X. LAGARDE, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », art. préc., spéc. n° 3, p. 385.

[1011] *Ibid*., spéc., n° 8, p. 396. *Adde*, P. STOFFEL-MUNCK, « Le juge et la stabilité du contrat », *in Le renouveau des sanctions contractuelles*, F. COLLART-DUTILLEUL et C. COULON (dir.), Economica 2007, p. 121 et s., spéc. p. 128 : « La contrainte ne dispose pas l'esprit à l'entente ».

[1012] V. déjà ce sens, J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Les accords précontractuels en droit français », art. préc., spéc. p. 14. Comp. J.-C. HALLOUIN, « Sur le refus d'agrément… », *in* Mélanges J. PAILLUSSEAU, Dalloz 2003, p. 313 et s., spéc. p. 318, constatant que « le refus d'agrément fait naître une obligation d'acheter les droits sociaux, si le cédant maintient son intention de céder », l'auteur considère qu'il ne s'agit pas d'une « obligation au sens technique » dans la mesure où elle ne donne pas lieu à une mesure d'exécution forcée ni d'exécution par équivalent.

[1013] Sauf, bien évidemment, en matière d'arbitrage où une partie a la possibilité d'obtenir du juge la désignation d'un arbitre en lieu et place du cocontractant défaillant.

vise les obligations de ne pas faire ayant une consistance matérielle[1014]. Il suffit de se référer à ses applications classiques pour s'en convaincre[1015]. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence ne se s'est pas engagée dans cette voie. Elle ordonne rarement l'anéantissement d'une prérogative exercée en violation d'une procédure contractuelle sous réserve des cas dans lesquels la loi prévoit la nullité de l'acte comme en droit du travail[1016] ou en droit des sociétés[1017].

318. - L'article 1223 du Code civil dispose que « le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix […] ». Une telle disposition concerne l'exécution des prestations évaluables en argent. Lorsque les parties conviennent de l'insertion d'une clause instituant une procédure contractuelle, les données économiques ne sont pas indifférentes, mais il ne s'agit pas de faire exécuter une prestation ayant une valeur économique et susceptible de réduction. Au mieux, le cocontractant peut demander l'allocation de dommages et intérêts lorsque son partenaire n'a pas parfaitement respecté le processus conventionnel.

Conçues pour l'obligation ayant une valeur patrimoniale, les sanctions précédemment évoquées se révèlent inapplicables aux procédures contractuelles. Il existe d'autres sanctions dont l'application pourrait être envisagée mais qui paraissent cependant inappropriées.

b. Les sanctions inappropriées

319. - Certaines sanctions, tout en étant théoriquement concevables, se révèlent en pratique inadaptées au besoin des parties. C'est le cas de l'exception d'inexécution. On pourrait prétendre que ce remède aurait vocation à s'appliquer aux procédures contractuelles aménageant la prestation[1018]. Cependant, quand on analyse les conditions d'application de cette sanction on se rend compte qu'elle se réduit à une peau de chagrin en matière de clauses instituant une procédure contractuelle. En effet, l'exception d'inexécution[1019] dont on tire son fondement sur l'idée de cause[1020], de respect des prévisions des parties ou de la force obligatoire[1021], s'applique aux « obligations de même importance »[1022]. Autrement dit, il doit exister une corrélation entre les obligations. Si tel n'est pas le cas, l'exception d'inexécution ne peut être utilement invoquée. Appliquée aux normes instituant des procédures contractuelles, le résultat s'avère insatisfaisant.

Par exemple, la clause imposant un contrôle procédural préalable à la mise en œuvre d'une pénalité conventionnelle ne saurait être considérée comme étant d'un poids comparable à celle relative à l'objet du contrat de base. En d'autres termes, le non-respect d'une procédure

---

[1014] P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, *op. cit.*, n° 160, p. 145.
[1015] B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil. Les obligations,* t. 2. *Contrat*, 6e éd., Litec 1998, n° 1643, p. 570.
[1016] V. par ex., C. trav., art. L. 1235-3-1, L. 1333-2.
[1017] V. par ex., C. com., art. L. 235-1.
[1018] V. *supra*, n° 245 et s.
[1019] C. civ., art. 1219.
[1020] A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, 2e éd., PUF 2014, n° 79, p. 113.
[1021] H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations, théorie générale*, 9e éd., Montchrestien 1998, n° 1126 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil. Les obligations,* vol. 2. *Contrat*, *op. cit.*, n° 1973, p. 689.
[1022] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 2, *Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1110, p. 2246.

contractuelle ne devrait pas conduire une partie à suspendre l'exécution de la prestation caractéristique qui lui incombe en vertu du contrat porteur. La condition de gravité qui conditionne l'exception d'inexécution[1023] risque de ne pas être remplie. Par ailleurs, cette technique est généralement utilisée comme moyen de pression [1024] afin d'inciter le cocontractant à s'exécuter. Cela suppose que le contractant qui en invoque soit véritablement en mesure de faire pression sur son partenaire, ce qui n'est pas généralement le cas en matière de mise en œuvre des clauses instituant des processus. La partie qui pourrait se trouver éventuellement en situation d'invoquer une telle sanction est celle qui, en réalité, a non seulement intérêt à l'application de la clause mais aussi à l'exécution du contrat.

320. - Des préoccupations similaires concernent l'applicabilité de la résolution du contrat en cas de méconnaissance d'une procédure contractuellement organisée par les parties. Selon l'explication donnée par une partie de la doctrine[1025], aujourd'hui fragilisée par la réforme de 2016, la résolution trouve sa justification dans l'idée de cause, de contrepartie[1026]. Ainsi, dans un contrat synallagmatique, l'engagement de chaque partie a pour cause la contre-prestation de l'autre. De sorte que, « si l'un des contractants ne remplit pas ses engagements, le but poursuivi par l'autre ne peut plus être atteint » [1027]. En d'autres termes, la résolution interviendrait lorsque le manquement reproché conduit à priver de tout intérêt la poursuite de l'opération contractuelle pour le contractant qui requiert cette sanction.

Appliquée de manière générale aux clauses instituant des procédures contractuelles, la solution conduirait à des conséquences fâcheuses, contraires à l'esprit du mécanisme même de la résolution. Lorsque les parties prévoient, par exemple, une procédure de conciliation préalable, la résolution du contrat tout entier n'apparaît pas comme le moyen le plus approprié pour sanctionner le refus d'une partie de s'y soumettre. Car elle interviendrait à un moment où un accord sur le désaccord est recherché pour maintenir les relations d'affaires liant les parties. De plus, la clause de conciliation n'est pas la contrepartie de l'obligation qu'elle tend à aménager. Si le but de la résolution est d'éviter qu'une partie soit « tenue d'accomplir sa propre prestation, tandis que la contre-prestation escomptée demeurerait inexécutée »[1028], elle n'aurait pas vocation à anéantir le contrat de base pour sanctionner la méconnaissance d'un processus de règlement amiable de litige s'y rapportant. On pourra certes affirmer en affirmant que la résolution sanctionne aussi des obligations accessoires[1029] et qu'à ce titre elle

---

[1023] B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil. Les obligations,* t. 2., *op. cit*., n° 1985 et s., p. 692-693.

[1024] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, 1 – *Contrat et engagement unilatéral*, 6e éd., Thémis droit – PUF 2021, n° 1002, p. 780.

[1025] Il existe d'autres théories proposées par la doctrine reposant toutes sur l'idée d'interdépendance entre les obligations nées du contrat, v. M. STORCK, « Contrats et obligations. Obligations conditionnelles. Résolution judiciaire », J.-Cl. Civ. code, art. 1184, fasc. 10, n° 3 s. ; C. CHABAS, « Résolution – Résiliation », Dalloz Rép. civ., n° 9 s.

[1026] F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *op. cit*., n° 794, p. 852 ; H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Dalloz 1927, n° 147 s., pour qui la résolution est une application de la théorie de la cause ; M. STORCK, « Contrats et obligations. Obligations conditionnelles. Résolution judiciaire », art. préc., n° 5. *Contra*, H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations, théorie générale*, 9e éd., *op. cit*., n° 1089 : qui relèvent que « si cette était exacte, elle conduirait à admettre la nullité et non la résolution du contrat ; en outre, tout pouvoir devrait être refusé au juge, dont le rôle devrait se borner à constater l'absence de cause ».

[1027] M. STORCK, « Contrats et obligations. Obligations conditionnelles. Résolution judiciaire », art. préc., n° 5.

[1028] *Ibid*.

[1029] C. CHABAS, art. préc., spéc. n° 33 et 60.

pourrait s'appliquer en cas de manquement d'une partie dans la mise en œuvre d'une procédure contractuelle. Cependant, dans les hypothèses où la jurisprudence sanctionne une obligation accessoire par la résolution du contrat, le manquement relevé paraît d'une certaine gravité de nature à compromettre la poursuite même du contrat. Il reste alors à établir que le manquement d'une partie au jeu d'un processus contractuel revêt une gravité suffisante de nature à compromettre la poursuite des relations contractuelles. Cela est rare en pratique notamment lorsque les procédures contractuelles ne visent pas directement à mettre en œuvre les modalités d'exécution du contrat porteur.

321. - Par ailleurs, l'extension de la qualification d'obligation contractuelle aux procédures contractuelles suppose qu'on puisse appliquer en la matière les clauses limitatives de responsabilité. En vertu de la liberté contractuelle, ce type de clause est valable dès lors qu'il ne prive pas « de sa substance l'obligation essentielle »[1030]. Faut-il entendre cette dernière expression comme visant la prestation caractéristique du contrat ? Il semble qu'il faille répondre par l'affirmative. En effet, on estime qu'une telle clause prive de sa substance l'obligation essentielle lorsqu'elle fait perdre toute utilité au contrat qui, de ce fait, se trouve privé de cause[1031]. On pourrait considérer qu'avec la suppression de la notion de cause par l'ordonnance du 10 février 2016, c'est la cohérence du comportement qui paraît constituer une limite à la stipulation de ces clauses. De sorte qu'on « ne peut pas à la fois s'engager et ne pas répondre de l'inexécution de son engagement »[1032].

L'admission du recours aux clauses limitatives de responsabilité en matière de procédures contractuelles conduit au résultat malencontreux qu'on cherche à éviter. Les partenaires ayant « la maîtrise de la sanction » d'une procédure contractuellement prévue sont moins enclins à déployer leurs meilleurs efforts notamment lorsque l'issue du processus leur est défavorable. C'est particulièrement le cas lorsque la clause instituant le processus est unilatéralement rédigée par une partie en position dominante. La stipulation d'une clause limitative constituerait un moyen pour cette dernière de se manager une porte de sortie pour ne pas exécuter son engagement.

322. - Ce qui précède montre que la qualification d'obligation correspond mal à la notion de procédures contractuelles. Si les deux procèdent de l'accord de volontés, elles n'ont ni la même structure, ni le même contenu et relèvent de régimes différents. On a donc proposé le recours à la notion de devoir pour qualifier ces mécanismes.

§. 2. L'assimilation des procédures contractuelles aux devoirs

323. - On présente parfois les procédures contractuelles comme les devoirs que se seraient imposés les contractants dans le cadre de leurs relations. Cette analyse (**A**) est intéressante en ce qu'elle a le mérite de mettre en exergue le caractère contraignant des dispositifs étudiés. Toutefois, la comparaison des deux notions permet de faire justice de cette assimilation (**B**). Elle sera l'occasion de montrer que les particularités qui sont propres aux devoirs généraux sont inadaptées à ces mécanismes.

[1030] C. civ. art. 1170, nouv.

[1031] P. JESTAZ, « L'obligation et sa sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », *in* Mélanges P. RAYNAUD, Dalloz 1985, p. 273.

[1032] P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 621, p. 566.

A. L'explication de l'analyse en termes de devoirs

324. - Dans le sillage de la prolifération de « nouveaux devoirs des contractants »[1033], la doctrine a tenté d'analyser les procédures contractuelles comme relevant de cette qualification. Plus précisément, la notion de devoir est utilisée pour démontrer la force contraignante de ces mécanismes. Les débats sont cristallisés principalement sur les clauses instituant des processus de renégociation du contrat.

Ainsi, après avoir fait état de la difficulté à concevoir ce type de processus comme une obligation contractuelle, il a été proposé de qualifier l'engagement des parties comme un devoir[1034]. Ce dernier constitue « une norme comportementale dont l'accomplissement suppose l'exécution » de diverses obligations[1035]. L'accomplissement d'un devoir consiste à « émettre et recevoir des propositions, faire connaître sa réaction et l'expliquer, informer » et à adopter une attitude consistant à « se prêter loyalement à ce dialogue, c'est-à-dire sans duplicité et sans tactique dilatoire, avec l'intention d'aboutir à un accord »[1036]. On pourrait être conduit à étendre cette analyse aux clauses de conciliation car le processus conventionnel qu'elles instaurent est mis en œuvre selon un schéma identique et implique l'exécution des mêmes actes et l'adoption d'une attitude similaire propice à la conciliation.

325. - On s'est interrogé afin de savoir quel est le fondement de ce « devoir » de renégocier. Pour un auteur, il repose sur « l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi » tant en droit du commerce international qu'en droit interne[1037]. L'explication vise en réalité à justifier l'intervention des tribunaux étatiques ou arbitraux pour imposer la renégociation du contrat en l'absence de stipulation contractuelle[1038]. On n'ignore pas cependant les dangers liés à l'utilisation de ce concept flou et malléable comme fondement d'un devoir de renégocier. En tout état, la consécration de l'obligation de renégocier par l'ordonnance de 2016[1039] prive en partie ce raisonnement de son intérêt puisqu'il n'est plus nécessaire de recourir à la bonne foi pour imposer la renégociation du contrat dans le cadre prévu par le législateur. Toutefois, l'admission de la possibilité de renégocier laisse entière la question de la détermination de la nature juridique de l'engagement des parties qui prendraient soin de stipuler une clause dont les modalités procédurales seraient différentes de celle qui est prévue par le législateur. Il en

---

[1033] J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », *in La nouvelle crise du contrat*, C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Dalloz 2003, p. 99 et s.

[1034] L. AYNÈS, « Le devoir de renégocier », art. préc., spéc. n° 3 qui procède à un rapprochement entre « le devoir de renégocier et les devoirs conjugaux qui appellent un comportement – fidélité, secours, assistance -, débouchant sur des prestations indéterminées et variables qui seules, sont objet d'obligation ». *Adde*, P. STOFFEL-MUNCK, note sous CA Angers, 27 janv. 2004, CCE 2004, n° 145 ; S. PELLET, *L'avenant au contrat*, préf. P. STOFFEL-MUNCK, IRJS éditions 2010, spéc. n° 241 et s., p. 243 et s.

[1035] S. PELLET, *L'avenant au contrat*, *op. cit.*, n° 241, p. 244.

[1036] L. AYNÈS, « Le devoir de renégocier », art. préc., spéc. n° 24.

[1037] C. JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat, ou de la double philosophie de l'article 1134, alinéa 1, du Code civil », Dr. et patr., mars 1998, p. 46, spéc. note 4 ; L. AYNÈS, « Le devoir de renégocier », art. préc., spéc. n° 17. V. aussi, D. JUTRAS, « La bonne foi, l'imprévision, et le rapport entre le général et le particulier », RTD civ. 2017, p. 138, qui considère que le principe général de bonne foi pourrait constituer un fondement à l'obligation de renégocier en dehors du domaine strict de l'article 1195 du Code civil.

[1038] D. JUTRAS, art. préc., spéc. p. 138, qui affirme : « la généralité du principe de bonne foi serait porteuse d'un potentiel normatif évolutif, autorisant le juge chargé d'en assurer la fécondité à doubler sur sa gauche un législateur trop timoré. ». Comp. J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on est allé trop loin ? », art. préc., spéc. p. 100, qui évoque « l'obligation d'adaptation » comme une manifestation du phénomène de prolifération des « nouveaux » devoirs contractuels d'origine judiciaire.

[1039] C. civ., art. 1195, nouv.

est ainsi, en particulier, lorsque les parties prévoient le recours à un tiers pour adapter le contrat, excluent tout recours à un juge ou conviennent de la suspension du contrat pendant le processus de renégociation.

326. - Procédant de la volonté des contractants d'imposer des exigences procédurales dans leurs relations, ces mécanismes ne peuvent être confondus à des devoirs dont le premier trait caractéristique réside dans leur généralité. Une étude approfondie de la notion de devoir mise en perspective avec les spécificités des procédures contractuelles permet de montrer l'inadéquation de l'assimilation qui est opérée entre les deux.

B. La réfutation de l'analyse en termes de devoirs

327. - Il paraît difficile d'assimiler les procédures contractuelles aux devoirs généraux. On pourrait s'en convaincre en procédant à une analyse sur un plan sémantique (**1**) et, au-delà, en procédant à une étude sur le plan technique (**2**) de la notion de devoir.

1. Sur le plan sémantique

328. - L'analyse sémantique de la notion de « devoir » permet de corroborer l'idée que l'engagement des parties à une procédure contractuelle ne se réduit à pas cette qualification. Le « devoir » est un terme polysémique. Dans un sens premier, il est utilisé comme synonyme de l'obligation[1040] avant de renvoyer à l'idée de normes générales « qui dérivent seulement des lois ou des usages »[1041]. On peut noter déjà que si les deux termes (devoir et obligation) sont synonymes, cela rendrait inutile l'approche doctrinale construite sur la réfutation de l'idée de la qualification d'obligation contractuelle et consistant à analyser les procédures du même adjectif comme des devoirs imposés aux contractants. De même, la définition du terme devoir au sens de norme générale imposée par les pouvoirs publics aurait pour conséquence de dénier compétence à la responsabilité contractuelle pour sanctionner le manquement à une telle norme[1042].

[1040] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Devoir » ; J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on est allé trop loin ? », art. préc., spéc. p. 103. *Adde*, W. YUNG, « Devoirs généraux et obligations », *in* Mélanges en l'honneur de W. SCHONENBERGER, Fribourg 1968, p. 163 qui considère que les obligations « sont des devoirs particuliers » par opposition aux « devoirs universels ou devoirs généraux » ; H. TANDOGAN, *Notions préliminaires à la théorie générale des obligations*, Georg, Genève 1972, p. 26 et s. qui, après avoir affirmé que « Chaque obligation est une espèce de devoir juridique », estime toutefois que la « notion de devoir juridique est plus étendue que celle d'obligation ». *Contra*, F. GÉNY, « Risques et responsabilité », RTD civ. 1912, p. 812 et s., spéc. note 1, p. 816 : assimilé un simple devoir avec une véritable obligation, ce serait « confondre les notions les mieux établies, que de considérer, comme une obligation, au sens juridique du mot, la nécessité qui s'impose à chacun de respecter les droits d'autrui » ; V. MARCADÉ, *Explications théoriques et pratiques du Code Napoléon*, t. 4, 5e éd., Paris 1859, n° 387, p. 335 : « Il n'y a d'obligation proprement dite que dans la nécessité qui se trouve imposée à telle ou telle personne spécialement, et non dans celle qui serait commune à toutes personnes » ; A.-M. DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon*, t. 5, par COLMET DE SANTERRE, Paris, Éd. Plon 1865, n° 1, p. 1 : « L'obligation, qu'il ne faut pas confondre avec le simple devoir, consiste dans l'engagement particulier d'une personne envers une autre » ; J.-C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, Durand et Hachette, 1870, n° 4, p. 5.

[1041] P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 13, p. 102.

[1042] P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, *op. cit.*, n° 148 et s., p. 134 et s.

D'autres auteurs mettent aussi en avant l'idée que le devoir, terme moins précis que celui d'obligation, a une connotation plus morale que juridique[1043]. Ainsi, lit-on chez un auteur : « Pour être, au sens technique, une obligation il faut que le devoir soit un lien *de droit*, ce qui implique la *sanction étatique*, et qu'il lie spécialement une personne à une *autre*, ce qui postule *l'existence d'un créancier* déterminé »[1044]. On en déduit que l'obligation naturelle dépourvue de sanction étatique constitue un « devoir qui s'efforce de devenir obligation »[1045]. On sait qu'en matière de procédure bilatérale de renégociation du contrat, la clause génératrice peut être stipulée indifféremment à la faveur de l'un ou l'autre contractant de sorte qu'on ne s'inscrit pas dans un rapport de créancier à débiteur à proprement parler. En outre, s'agissant du degré de contrainte que les parties entendent s'imposer quant au jeu de ce processus conventionnel, il est clair que celles-ci y voit dans ce mécanisme plus qu'une simple exigence morale.

329. - De façon générale, l'idée de devoir semble imposer une certaine généralité de la norme qui pèse sur tous. En revanche, ce qui a été envisagé par les parties constitue un élément du « contrat en dehors duquel n'existent que des devoirs »[1046]. Évoquant cette dialectique classique entre devoirs généraux et obligations spéciales, un auteur observe que les « devoirs universels existent, soit à la charge de tout le monde, ou du moins d'un nombre indéterminé de personnes, soit envers tout le monde. Ils prennent toujours leur source dans le droit objectif, écrit ou non écrit ; ils ne peuvent pas être créés par convention, car deux personnes privées ne sauraient obliger les tiers ni avoir le même pouvoir que le législateur »[1047]. Ainsi, à la différence des clauses instituant des procédures, les devoirs n'existent pas en principe dans l'intérêt d'une personne déterminée, de sorte que les « bénéficiaires » n'ont jamais d'action pour en exiger le respect[1048]. Par exemple, la victime d'un délit ne peut agir pour contraindre l'auteur à adopter un comportement positif de nature à ne pas à causer un dommage à autrui ; elle dispose simplement du droit de l'assigner en responsabilité pour manquement à un devoir. Il en résulte que, contrairement aux processus d'origine contractuelle, « les devoirs ne sont jamais, en eux-mêmes et à titre principal, des rapports de droit »[1049]. Ce critère de distinction montre que la qualification de devoir correspond mal à la nature juridique de ces mécanismes qui ne s'imposent, en principe, qu'aux parties. Puisant leur force et leur cause dans le contrat créateur, les procédures qui en sont issues ne peuvent être destinées à régir le comportement de tiers à cette relation.

Par ailleurs, la généralité qui caractérise les devoirs sociaux a des implications sur le contenu de la norme qu'ils génèrent. En substance, « le devoir se limite à induire des

---

[1043] M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats : Essai d'une théorie*, préf. J. GHESTIN, LGDJ 1992, n° 7 ; L. AYNÈS, « L'obligation de loyauté », APD 2000, t. 44, p. 198 : « Faut-il d'ailleurs parler d' "obligation" de loyauté, là où ne semble exister plus vaguement qu'un devoir ? ».
[1044] J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n° 922, p. 1917.
[1045] G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., LGDJ 1949, n° 186.
[1046] P. JOURDAIN, note sous Cass. 1re civ., 17 janv. 1995, D. 1995, jur., p. 353.
[1047] W. YUNG, « Devoirs généraux et obligations », art. préc. spéc. p. 164. *Adde*, P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, op. cit., n° 148 et s., p. 134 et s. *Contra*, J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », art. préc., spéc. p. 103-104, pour qui cette distinction suivant la source n'est pas pertinente dans la mesure où des obligations légales ou prétoriennes imposées aux contractants s'incorporent au contrat et se métamorphosent en stipulation contractuelle.
[1048] H. TANDOGAN, *Notions préliminaires à la théorie générale des obligations*, *op. cit.*, p. 27 ; W. YUNG, « Devoirs généraux et obligations », art. préc. spéc. p. 165.
[1049] G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th. préc., n° 260, p. 180.

comportements, par nature flous »[1050], quand les actes et formalités requises dans le cadre de la mise en œuvre d'une procédure contractuelle sont suffisamment précis. Il y a donc une différence dans le « tranchant de la norme ».

330. - L'analyse peut être prolongée sur le terrain des sources. Dans cette perspective, le devoir en tant que norme générale de comportement et poursuivant l'intérêt général est du ressort de la loi, du règlement ou de la jurisprudence. Il apparaît en ce sens comme un élément d'extranéité par rapport aux contractants qui sont alors dans la situation de sujets de norme qui leur est extérieure. En revanche, on admet que le contrat poursuit un but différent en ce que les engagements qui en résultent sont destinés à aménager les intérêts particuliers des partenaires en cause[1051]. Dans cette optique, les procédures contractuelles qui visent à régir les relations des parties intéressées ne peuvent s'imposer qu'à ces dernières. Elles constituent une composante du contrat, la relation qu'elles créent entre les parties est non seulement un élément du contrat générateur mais aussi constitutive de celui-ci[1052]. La dualité de sources entre devoir émanant des pouvoirs publics et norme contractuelle incluant une procédure du même adjectif implique une dualité de nature[1053] avec toutes les conséquences qui devraient en résulter notamment sur le régime applicable.

Cette démonstration trouve un appui sur le terrain des sanctions applicables aux devoirs généraux, qui s'avèrent inadaptées ou inapplicables aux procédures contractuelles.

2. Sur le plan technique

331. - Il convient d'analyser quelques éléments caractéristiques du régime applicable aux devoirs généraux afin de démontrer que cette qualification ne sied pas aux procédures contractuellement prévues par les parties.

Le devoir est connu comme appartenant au droit objectif[1054]. L'ordre qu'il prescrit a vocation à s'appliquer dès lors que les conditions légales en sont réunies. La volonté humaine ne joue aucun rôle dans l'application des devoirs. Par conséquent, ils ne peuvent faire l'objet de transmission entre sujets de droit. L'explication est simple : lorsqu'un devoir touche successivement deux personnes, le devoir de la seconde « ne dépend en aucune manière, pour

---

[1050] R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », art. préc., n° 20, p. 228.
[1051] P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, th. préc., n° 151, p. 136 ; W. YUNG, « Devoirs généraux et obligations », art. préc., p. 164.
[1052] Rappr. N. M. K. GOMAA, *Théorie des sources de l'obligation*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ 1968, spéc. n° 229, p. 199 : « le contrat et la loi ne font pas partie du même ordre […] La loi est une source de règles objectives et non et non du lien individuel entre telle et telle personne, à propos de telle prestation » ; A. BRUN, *Rapports et domaine des responsabilités contractuelle et délictuelle*, th. Lyon 1931, n° 6, pour qui loi et contrat relèvent de préoccupations différentes : « dans un cas, c'est l'ordre public qui est en jeu ; dans l'autre, des intérêts privés sont seules en cause ».
[1053] P. STOFFEL-MUNCK, th. préc., n° 151, p. 136. Il convient toutefois de relativiser le critère tiré de la source du fait de l'intervention croissante du législateur et du juge en matière contractuelle remettant en cause l'exclusivité du lien entre norme contractuelle et volonté des parties (cf. J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », art. préc., spéc. p. 103-104). À ce constat s'ajoute le fait que certains processus conventionnels traduisent des préoccupations identiques à celle d'une norme générale de comportement : tel est le cas des clauses procédurales garantissant le caractère contradictoire de l'exclusion d'un associé. Bien que ce dernier en soit le bénéficiaire direct, ce mécanisme contractuel procède de l'exigence d'ordre public du respect des droits de la défense inspiré du droit processuel. Il convient, toutefois, de relever aussi que les règles légales ou jurisprudentielles applicables en dépit de la volonté contraire des parties trouvent leur cause dans le contrat et n'ont de raison d'être que par rapport aux contractants.
[1054] W. YUNG, « Devoirs généraux et obligations », art. préc., p. 164 ; G. FOREST, th. préc., n° 257, p. 175.

son existence et pour son contenu, du devoir de la personne qui l'a précédée »[1055]. Ceci constitue une différence importante entre les règles gouvernant les devoirs et celles régissant les processus contractuels. Contrairement aux premiers, les seconds peuvent faire l'objet de « transmission » lorsqu'ils touchent successivement deux personnes. Ainsi, par exemple, après une cession de contrat, le tiers intervenant à la position contractuelle de l'une des parties recueille, en principe, les droits et obligations de celui-ci. Ce qui implique que les stipulations du contrat principal incluant les clauses procédurales ont vocation à s'appliquer dans les rapports entre cessionnaire et cédé selon les mêmes termes. Du reste, en raison de leur caractère objectif, les devoirs ne sont pas susceptibles de prescription, ni sujets à renonciation[1056]. Ce qui n'est pas le cas des mécanismes conventionnels qui, en tant qu'élément constitutif du contrat générateur, ont vocation à disparaître avec celui-ci par prescription ou à la suite d'une renonciation.

332. - Par ailleurs, le principal effet de tout devoir réside dans le fait que la violation de l'ordre qu'il prescrit « constitue un acte illicite à l'égard de toute personne comprise dans le cercle des personnes protégées par la prescription »[1057]. La sanction est donc une caractéristique essentielle de la notion de devoir. La question se pose alors de savoir si les sanctions établies en cas de violation d'un devoir général sont aptes à saisir le jeu des procédures contractuelles. Il faut remarquer à titre liminaire que l'assimilation du « devoir » et « obligation » conduit *de facto* à rejeter la première qualification pour traduire la nature des procédures contractuelles. En effet, si le devoir est synonyme de l'obligation, la qualification de devoir pour désigner les engagements des parties à une clause procédurale est sujette aux mêmes critiques[1058]. De même, l'analyse consistant à voir dans les clauses instituant une procédure d'adaptation comme imposant un « devoir de renégocier » génératrices d'un certain nombre d'obligations de faire[1059] ne paraît pas être de nature à résoudre la question de la détermination de la nature juridique de l'engagement des parties à une procédure contractuelle.

333. - Sur le terrain de la sanction applicable, le devoir qui traduit une norme de comportement à vocation sociale et de portée générale relève du régime délictuel[1060]. La violation d'une telle norme constitue une faute obligeant celui par le fait duquel il est arrivé à réparer, à tout le moins s'il en résulte un préjudice pour la victime. C'est en ce sens qu'on a affirmé que le refus de renégocier constitue une faute obligeant le responsable à réparer[1061].

[1055] W. YUNG, « Devoirs généraux et obligations », art. préc., p. 166 ; G. FOREST, th. préc., n° 261, p. 180 : « Lorsqu'un conducteur cède le volant, l'ensemble des devoirs imposés par le Code de la route s'applique au nouveau chauffeur. Mais on ne peut pas dire, pour autant, que le premier conducteur a transmis ses devoirs au second. Si le second est tenu d'observer les règles du Code de la route, c'est seulement parce que sa nouvelle condition légale lui impose de les suivre ».

[1056] W. YUNG, « Devoirs généraux et obligations », *op*. et *loc*. *cit*. ; G. FOREST, th. préc., n° 261, p. 181.

[1057] W. YUNG, « Devoirs généraux et obligations », *op*. *cit*.. p. 164.

[1058] Sur ce point, v. *supra*, n° 309 et s.

[1059] S. PELLET, *L'avenant au contrat*, *op*. *cit*., n° 243 et s., p. 245 et s.

[1060] V. W. YUNG, art. préc., p. 163 qui précise que « la distinction entre les devoirs universels et les obligations stricto sensu est fondamentale. C'est sur elle notamment qu'est fondée cette autre distinction que font les codes civils entre la responsabilité délictuelle (ou quasi-délictuelle) et la responsabilité contractuelle ».

[1061] L. AYNÈS, « Le devoir de renégocier », art. préc., spéc. n° 21, qui indique aussi que le refus de renégocier « peut rendre illégitime la résiliation unilatérale, imputable dès lors à la partie récalcitrante ». Mais l'auteur ne semble pas situer la violation du devoir de renégocier dans l'ordre de la responsabilité contractuelle dans la mesure où il se réfère au terme « devoir » en ce qu'il « évoque plutôt une norme de comportement s'ajoutant aux obligations contractuelles à proprement parler » (spéc. n° 3).

On sait que l'engagement de la responsabilité délictuelle suppose d'établir une faute, un dommage et le lien de causalité entre les deux. Le problème qui en résulte se situe dans la difficulté à établir une faute notamment dans le fait de ne pas parvenir à un accord renégocié. La liberté de conclure ou de ne pas conclure un accord constitue une liberté fondamentale et, on ne saurait reprocher à une partie de ne pas vouloir conclure un accord qu'elle juge contraire à ses intérêts. Si faute il y a, celle-ci résidera généralement non pas de la violation du processus conventionnel en tant devoir imposé, mais de la méconnaissance d'une autre norme générale imposant aux parties de se comporter de bonne foi[1062]. Au surplus, à supposer qu'on arrive à établir une faute dans la mise en œuvre d'une procédure contractuelle, le cocontractant qui s'en prévaut doit démontrer le préjudice subi. Or, lorsque le régime délictuel devrait s'appliquer, il va être difficile d'établir de manière certaine le lien de causalité et l'indemnité à laquelle pourrait prétendre la partie victime paraît bien mince et de loin moins dissuasive[1063].

334. - En conclusion, les procédures contractuellement organisées par les parties s'inspirent d'exigences de civilité, de bonne foi[1064], de loyauté[1065] ou de solidarité. Elles visent, dans la majorité des cas, à régir les évènements susceptibles d'affecter le contrat en prévoyant une suite d'opérations à accomplir. Leur mise en œuvre peut avoir pour effet de modifier le contenu du contrat en l'adaptant aux incertitudes de l'avenir. Cela les rend irréductibles à la qualification d'obligation contractuelle déterminée à l'avance, figée du fait de l'échange des consentements. Mais elles ne peuvent pas, pour autant, être qualifiées de devoir au sens de norme générale de comportement. Prévues dans le contrat en vue de la satisfaction des besoins de leurs auteurs, elles ne peuvent avoir leur sanction réglée par le régime de la responsabilité délictuelle.

N'étant ni des obligations contractuelles ni des devoirs généraux de comportement, les clauses instituant des procédures servent de référence pour organiser les relations des parties. Elles introduisent des éléments procéduraux dans les rapports contractuels. Il convient à présent d'en tenir compte pour déterminer la nature juridique de ces mécanismes.

[1062] V. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, *op. cit.*, n° 115 et s., p. 106 et s. qui montre que le manquement à la bonne foi constitue une faute de nature délictuelle.

[1063] Comp. Pour l'indemnisation de la rupture des pourparlers, v. C. civ., art. 1112, al. 2 : « En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu » ; Cass. Com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243, n° 00-10.949 ; RTD civ. 2004, p. 80 et 85, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; D. 2004, p. 869, note A.-S. DUPRÉ-DALLEMAGNE ; *ibid*. p. 2922, obs. A. LAMAZEROLLES ; Rev. sociétés 2004, p. 325, note N. MATHEY.

[1064] J.-J. ANSAULT, « Les clauses statutaires d'exclusion à l'aune de la liberté contractuelle », art. préc., spéc. p. 35, qui considère que le principe de la contradiction, en droit des sociétés, « traduit l'exigence selon laquelle le contrat de société doit s'exécuter de bonne foi, y compris dans les dispositions statutaires relatives à l'exclusion » ; A. SONET, *Le préavis en droit privé*, th. préc., spéc. n° 450 et s., qui fait de la bonne foi le fondement de l'obligation de respecter un délai de préavis ; L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, th. préc., spéc. n° 409 et 447 qui analyse les formalités procédurales encadrant l'exercice des prérogatives contractuelles comme « des émanations du principe directeur de bonne foi dans l'exécution du contrat, en ce qu'elles ont vocation à injecter de la prévisibilité ».

[1065] Comp. M.-A. FRISON-ROCHE, « Va-t-on vers une acception unitaire de l'abus dans la fixation du prix ? », Rev. conc. consom. 1996, n° 92, p. 13, spéc. p. 16, qui affirme : « la loyauté est une notion procédurale, c'est-à-dire la bonne foi et la transparence dans le comportement d'une partie par rapport à l'autre ».

Section 2 : Exposé de la position retenue

335. - Les procédures contractuelles ont une nature spécifique. Ne se ramenant pas à la création de rapport d'obligation *stricto sensu* ni à l'instauration de devoirs généraux, les clauses qui les instituent se situent à mi-chemin. Puisant leur source dans le contrat, elles empruntent aux obligations la relativité qui les caractérise. Les diligences qu'elles imposent aux contractants sont comparables aux devoirs entendus comme contraintes visant le comportement des sujets de droit.

Les procédures contractuelles apparaissent davantage comme des normes non créatrices d'obligation organisant les relations des parties (**§. 1**). L'intérêt de cette qualification normative réside dans son aptitude à saisir les diverses manifestations de ces mécanismes et à expliquer leur force contraignante. Mais elle ne permet pas de régler toutes les difficultés relatives à leurs effets. Aussi, on peut intégrer ces sujétions qui sont imposées aux contractants dans la catégorie des incombances (**§. 2**). Si cette dernière qualification est de nature à soulever certaines interrogations, elle peut néanmoins servir de base dans la construction d'un régime cohérent de ces mécanismes.

§. 1. Les procédures contractuelles, normes juridiques non créatrices d'obligation

336. - Dans le débat relatif à l'aptitude du contrat à créer des normes[1066], les procédures contractuelles peuvent être invoquées comme une manifestation de ce pouvoir créateur. Pour

[1066] Contre la reconnaissance de l'idée de norme conventionnelle, v. P. JESTAZ, « Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts, éléments de Métajuridique amusante », RTD civ. 1979, p. 480, spéc. p. 485-486, qui considère que le contrat n'est pas une norme du fait de l'absence du caractère de généralité ; F. TERRÉ, « Force et faiblesse de la norme », *in La force normative, naissance d'un concept*, C. THIBIERGE et *alii* (dir.), LGDJ et Bruylant 2009, p. 19 et s., spéc. p. 21 pour qui « il n'y a point de normes individuelles découlant du contrat d'actes juridiques tels que des contrats […] » ; N. MARTIAL-BRAZ, « Propos introductifs », *in Les mutations de la norme, Le renouvellement des sources du droit*, N. MARTIAL-BRAZ, J-F. RIFFARD et M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), Economica 2011, p. 1 et s., spéc. n°14 et 15, p. 7. Pour une reconnaissance de la norme contractuelle, v. J. GHESTIN G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1, *op. cit*., spéc. n° 63 et s., p. 49 et s. ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2e éd., PUF 2013, n° 13, p. 436, qui emploie toutefois le conditionnel pour décrire la création de normes par le contrat ; D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit*., p. 274 : le contrat « se conçoit […] comme un acte "normateur" » ; du même auteur, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », RFDA 1992, p. 15 et s. ; O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat. Contribution à l'étude du contrat, acte de prévision*, préface Y. LEQUETTE, LGDJ 2012, spéc. n° 818 et 846 ; D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie*, th. préc., spéc. n° 683 et s. ; J. GHESTIN, « La notion de contrat », D. 1990, p. 147, spéc. I. B. 2. a ; P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc. ; T. REVET, « La prise d'effets du contrat », art. préc., spéc. I. B. 1. ; G. CHANTEPIE et G. PIGNARRE, « Théorie du contrat. L'exigence de clarté dans la rédaction du contrat », RDC 2012, p. 989 et s., spéc. p. 1007 ; P. AMSELEK, « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes selon Hans Kelsen », RRJ 1991-1, p. 48 et 49 ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Kelsen et la théorie générale du contrat », art. préc., n° 2 ; S. LEQUETTE, « La notion de contrat », art. préc., spéc., n° 17 et s., selon l'auteur, le contrat est « *la norme juridique qui opère la rencontre des intérêts des parties* » (n° 29).

le démontrer, il convient de partir d'un constat : « le contrat, pour réaliser son objet, c'est-à-dire l'opération juridique spécialement envisagée par les parties, crée directement des obligations ou un rapport d'obligation. À la périphérie de son objet, il peut, dans le même temps, créer d'autres normes dont l'objet sera de régir la conduite des parties dans le déroulement de leur relation »[1067]. Les procédures contractuelles relèvent de cette catégorie de normes prévues par le contrat. Elles se caractérisent, en effet, par l'absence de l'objet caractéristique de l'obligation à savoir une prestation représentant une valeur économique. Elles imposent des contraintes portant sur le comportement des parties et qui relèvent de la qualification normative. Il convient d'exposer d'abord la consistance (**1**) avant de livrer une appréciation (**2**) de cette affirmation.

A. La qualification normative des procédures contractuelles

337. - Les procédures contractuelles sont constituées de charges, de diligences qui ne visent pas directement la réalisation d'une opération économique, mais tendent à régir le comportement des contractants. Ces contraintes qui sont imposées aux parties peuvent être qualifiées de normes [1068] qui ont pour objet une prescription sur la conduite (**A**). La qualification normative se justifie aussi au regard du mode opératoire des dispositifs contractuels étudiés (**B**).

1. Une norme impliquant une exigence comportementale

338. - De par les contraintes qu'elles imposent aux parties, les procédures contractuelles relèvent de l'ordre comportemental [1069]. Elles peuvent être analysées comme des normes individuelles [1070] qui sont « la concrétisation du principe légal selon lequel les contrats

---

[1067] C. RIGALLE-DUMETZ, th. préc., n° 290, p. 173, qui considère ces normes comme étant « secondaires parce que posées par la norme contrat, [elles] ne créent d'obligation à la charge des parties qu'au stade de leur mise en œuvre ».

[1068] V. en ce sens, P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », art. préc., qui estime que la création d'obligation n'est qu'un des contenus possibles du contrat (n°4) et la force obligatoire résulte de la création par le contrat d'une norme juridique s'imposant aux parties (n° 25 et s.) ; J. GHESTIN G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1, *op. cit*., spéc. n° 111 et s., p. 92 et s., ces auteurs considèrent que les effets du contrat consistent non seulement à la création d'obligation, mais aussi des normes juridiques ; T. REVET, « La prise d'effets du contrat », *op*. et *loc*. *cit*. ; G. CHANTEPIE et G. PIGNARRE, « Théorie du contrat. L'exigence de clarté dans la rédaction du contrat », RDC 2012, p. 989 et s., spéc. p. 1007. *Contra*, F. TERRÉ, « Force et faiblesse de la norme », *in La force normative, naissance d'un concept*, C. THIBIERGE et *alii* (dir.), LGDJ et Bruylant 2009, p. 19 et s., spéc. p. 21 pour qui « il n'y a point de normes individuelles découlant du contrat d'actes juridiques tels que des contrats […] » ; N. MARTIAL-BRAZ, « Propos introductifs », *in Les mutations de la norme, Le renouvellement des sources du droit*, N. MARTIAL-BRAZ, J-F. RIFFARD et M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), Economica 2011, p. 1 et s., spéc. n°14 et 15, p. 7.

[1069] En ce sens, v. not. P. STOFFEL-MUNCK, « Le juge et la stabilité du contrat », *op*. et *loc*. *cit*, qui propose d'analyser la clause instituant une procédure de renégociation « comme un engagement d'adopter une certaine qualité de comportement » ; N. BALAT, « Les règles instituant des processus en droit des contrats : observations sur le "formalisme méthodique" », art. préc., spéc. p. 898, qui considère les règles instituant des processus comme « un guide de comportement » pour les parties.

[1070] Sur l'idée qu'une norme puisse être individuelle sans pourtant perdre de sa juridicité, v. not. J.-F. PERRIN, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Libraire Droz, Génève – Paris 1979, p. 45 qui distingue entre les normes générales (ou règles) et les normes individuelles. Qui explique comment on passe de la norme individuelle à la norme générale par la technique de rationalisation de la technique normative notamment par « l'introduction de l'indétermination dans le temps » et/ou de « l'indétermination quant au sujet » (p. 46) ; G. FOREST, th. préc., n° 251 et s., p. 173 et s., analysant l'obligation comme ayant une structure binaire c'est-à-

légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits »[1071] et visant la conduite des contractants. Cela ne signifie pas qu'elles portent directement sur la conduite humaine. Elles ont d'abord pour objet des actes (juridiques ou matériels) dont l'observance a nécessairement pour effet d'influer sur la conduite des contractants[1072]. On pense notamment aux diligences qui émaillent la mise en œuvre des procédures contractuelles. Lorsque des procédures de renégociation du contrat, d'établissement du décompte définitif ou encore de résiliation sont prévues, elles ne renvoient pas en tant que telles à des modèles de conduite. Elles ont avant tout pour objet d'imposer aux parties l'accomplissement d'actes positifs (notification de la survenance d'un évènement, mise en demeure, discussion directe entre les parties, etc.) en vue d'un certain résultat. Pour atteindre le résultat souhaité, dont la réalisation est incertaine[1073], une certaine attitude est attendue des parties et qui est indispensable à cette fin.

En effet, il est possible d'accomplir les formalités procédurales dans le seul but de se conformer à la lettre de la clause créatrice. Dans ces conditions, il y a peu de chance que la mise en œuvre de la procédure contractuelle puisse aboutir au résultat souhaité. Par exemple, le jeu d'une procédure de renégociation sans réelle volonté de faire des concessions en vue d'un réaménagement des obligations est une entreprise vaine. De même, le processus inclus dans une clause d'offre concurrente ne peut véritablement atteindre son objectif que lorsqu'il est mis en œuvre de bonne foi. Enfin, le respect de l'esprit d'une procédure d'exclusion implique que l'associé visé soit effectivement en mesure de faire valoir ses intérêts et que l'organe décisionnaire fasse preuve d'un minimum de neutralité. On peut multiplier les exemples. Les actes imposés pour la mise en œuvre des procédures contractuelles ne constituent pas une fin en soi. Ils servent des objectifs dont la réalisation dépend de la qualité du comportement adopté par les parties. Cela confère aux clauses instituant des procédures la nature de directive comportementale éloignée de l'idée d'une prestation ayant une valeur monétaire.

339. - À cet égard, une précision s'impose. Sans doute, parmi les « deux ensembles normatifs » que compose le contrat à savoir l' « ordre éthique » et l' « ordre économique »

---

dire comportant deux éléments indissociables à savoir la dette et la créance, il définit la première comme une norme individuelle visant le débiteur (n° 262, p. 181) ; P. MAYER, « Existe-t-il des normes individuelles ? », *in* Mélanges en l'honneur de M. TROPER, Economica 2006, p. 679 et s., l'auteur adopte finalement une réponse affirmative à cette question qu'il annonce à ses propos introductifs (n° 2, p. 680). *Adde*, D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, éd. Odile Jacob 1997, p. 36 et s. ; P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 6e éd., LGDJ 2021, n° 17 et s., p. 27 et s.

[1071] S. LEQUETTE, « La notion de contrat », art. préc., spéc. n° 23, qui souligne que « le contrat est une norme dont le contenu a été non pas prédéfini par le législateur comme le laissent à penser les courants normativistes, mais convenu par les parties au regard de certaines données de fait et de droit ».

[1072] Rappr. A. JEAMMAUD, « Les règles juridiques et l'action », D. 1993, p. 207, spéc. I. A. a) qui observe qu'en dépit de la diversité des règles, celles-ci tendant à « à peser sur les actions à travers une application, qui s'entend d'abord d'une référence aux normes pertinentes dans une opération de jugement au sens logique et psychologique ».

[1073] Ainsi, pour reprendre les trois exemples cités, il n'est pas certain en effet que la mise en œuvre d'un processus de renégociation débouche sur un accord renégocié tenant comptes de nouvelles circonstances. Il en est de même pour le processus d'établissement du décompte définitif dont l'application peut ne peut conduire à un accord sur le montant du décompte définitif. Enfin, le jeu d'une clause instituant une procédure de résiliation du contrat peut s'avérer insuffisant à éviter la rupture du contrat lorsque tel objectif était assigné à ce mécanisme.

[1074], les procédures contractuelles relèvent davantage du premier[1075]. Mais au sein de cet ordre, ils présentent un trait particulier qui les distingue d'autres valeurs comportementales. Ce sont, en effet, des exigences formulées non pas de manière passive, mais dans une perspective dynamique. Plus précisément, ces mécanismes n'expriment pas un état des choses telles qu'elles doivent être, ils constituent la manière de procéder pour que les « choses » envisagées soient. Les sujétions imposées aux contractants dans le jeu de procédures contractuelles permettent de concrétiser les exigences morales qui pèsent sur les parties. En instituant une procédure contractuelle, les auteurs de cette norme ont voulu subordonner l'obtention d'un résultat probable et plausible à l'adoption d'une certaine conduite qui se matérialise par la réalisation d'étapes successives.

En somme, les procédures étudiées constituent des normes contractuelles de bon comportement[1076] qui sont créées dans la perspective de la réalisation d'opérations à venir dont on attend un certain résultat. Elles tendent à guider la conduite des contractants en leur imposant une attitude propre à améliorer le déroulement du contrat. Outre la particularité résultant de leur objet (prescription sur la conduite), ces dispositifs présentent une autre singularité normative tenant leur mode opératoire.

2. Le mode opératoire des procédures contractuelles

340. - La singularité opératoire des procédures contractuelles est liée à leur structure particulière[1077]. On enseigne traditionnellement que la règle de droit se compose de manière indissociable de deux éléments : « une présupposition » et « un effet juridique » que l'on traduit par l'articulation « si… alors ». Dans cette perspective, constitue une règle de droit la structure qui rattache un effet juridique à une présupposition[1078]. À titre d'exemple (C. civ., art. 1163), si le contrat porte sur un contenu illicite (présupposition), sa nullité doit être prononcée (effet juridique)[1079]. En revanche, les clauses instituant des procédures ont un mode opératoire différent. Leur particularité réside dans « l'effet juridique » qui compose leur structure. Il ne se présente pas sous la forme d'une « sanction » attachée par l'ordre juridique à une présupposition, mais prévoit un enchaînement d'actes à accomplir, des « étapes successives à respecter »[1080].

[1074] D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », RDC 2003, n° 1, p. 295, spéc. n° 6 : « le contrat se compose de deux ensembles normatifs : l'un, d'ordre éthique, qui incarne le devoir-être contractuel ; l'autre, d'ordre économique, qui s'insère dans la prestation promise ».

[1075] Comp. B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th. préc., spéc. n° 32, qui décèle dans le contrat une « dimension éthique » impliquant des exigences comportementales et une « composante économique » relative aux obligations qui sont créées. V. aussi, X. LAGARDE, « Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », Dr. soc. 1998, p. 890, spéc. n° 15, pour l'auteur, le respect d'une procédure constitue « un effort diplomatique de civilité ou de bienséance à l'intention de celui que la décision à venir affectera. En un mot, il s'agit de considérer le salarié licencié avec dignité ».

[1076] Sur la généralisation de ces normes dans les rapports contractuels, v. déjà, B. FAGES, *Le comportement du contractant*, préf. J. MESTRE, PUAM 1997, n° 491 et s., spéc. n° 507, p. 273-274.

[1077] Rappr. N. BALAT, art. préc., spéc. p. 897 et 898.

[1078] H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs, op. cit*., spéc. n° 16, p. 18 ; P. MAYER, « La classification des normes en règles et décisions », *in Choix d'articles*, LGDJ Lextenso éditions 2015, p. 3 et s., spéc. n° 59 et s.

[1079] L'exemple est donné par l'auteur lui-même à partir de la cause illicite, notion qui a disparu avec la réforme.

[1080] N. BALAT, art. préc., spéc. p. 898.

L'effet juridique attaché à la présupposition des normes procédurales constitue, en réalité, une manière d'agir qui est inscrite dans une chronologie [1081]. Il s'agit d'une caractéristique révélatrice de la nature purement comportementale des procédures contractuelles. Le fait que les contraintes résultant de ces normes prennent place dans une chronologie linéaire a nécessairement pour effet d'influer la conduite des parties. Celles-ci doivent avoir un comportement diligent en accomplissant les charges qui les incombent dans les délais impartis. Selon le mécanisme concerné, la procédure contractuelle comprend une série d'étapes, d'opérations successives ordonnées vers un but.

Ainsi, par exemple, la mise en œuvre d'une clause relative à la garantie des vices apparents [1082] implique que l'acquéreur fasse preuve de promptitude en informant son cocontractant du défaut constaté dans le délai imparti à compter de la livraison de la chose. Cette exigence d'information a principalement pour but de permettre la réalisation effective de l'engagement du débiteur de la garantie. De même, le jeu d'une clause instituant une procédure d'exclusion implique le respect de formalités et d'opérations préalables qui prennent place dans une chronologie linéaire [1083] : communication des griefs à l'associé, convocation à l'assemblée générale, modalités d'exercice des droits de la défense, décision de l'organe compétent, etc. Les garanties procédurales qui encadrent la conduite des parties dans cette situation sont ordonnées à une fin, celle de protéger l'associé visé. On peut étendre ce raisonnement à tous les processus institués par les contractants.

341. - Le particularisme de ces mécanismes réside dans leur propension à mettre en place un enchainement ordonné d'opérations, d'actes censés aboutir à quelque chose. Néanmoins, le résultat poursuivi ne présente pas de certitude quant à sa réalisation. Pour cette raison, les procédures contractuelles, dans les éléments qui les composent, présentent une autonomie par rapport à l'acte final (accord transactionnel, décision d'exclusion, résiliation du contrat etc.). Les diligences qui sont imposées aux parties peuvent être saisies indépendamment de l'acte ou du résultat final à l'élaboration duquel elles participent. Par exemple, en matière de clause de conciliation lorsqu'une partie procède régulièrement à sa mise en œuvre en invitant, au besoin par une mise en demeure, son partenaire d'entrer en discussion, cela a pour effet de constituer une décharge au profit de cette partie. Dès lors, celle-ci ne peut se voir opposer une fin de non-recevoir à une action en justice subséquente pour défaut de mise en œuvre de la procédure contractuelle[1084]. De même, on ne peut reprocher à un créancier son excès de zèle lorsqu'il a régulièrement mis en œuvre la procédure de résiliation du contrat (mise en demeure, respect du délai imparti, notification de la résiliation)[1085].

On le voit, les clauses procédurales permettent de réaliser un mode d'organisation juridique complexe qui se distingue des obligations par son *modus operandi*. Elles reposent sur un fonctionnement plus élaboré. Les éventualités qui conditionnent leur mise en œuvre peuvent ne pas se réaliser. Cela aura pour conséquence la caducité de fait de la clause en

[1081] V. i*nfra*, n° 488 et s.
[1082] Pour un exemple, v. *supra*, n° 257.
[1083] Pour un exemple, v. *supra*, n° 281.
[1084] Rappr. Cass. com., 3 juin 2014, n° 12-17.089 ; RDC 2015, p. 86, obs. C. PELLETIER.
[1085] Rappr. Cass. com., 20 mars 2007, n° 05-11.171.

cause, du moins dans l'effet juridique qu'elle devrait produire. Cependant, lorsque ses conditions d'application sont réunies, la conséquence est l'obligation pour chaque partie d'accomplir une ou plusieurs charges procédurales. Il en est ainsi parce que l'effet juridique d'une clause procédurale est susceptible de toucher toutes les parties. Il suffit que le contractant concerné réunisse les conditions d'application pour que la clause produise effet à son égard. Tel est le cas d'une clause résolutoire prévoyant la possibilité pour chaque partie de rompre le contrat dans le respect des conditions procédurales précises. L'effet juridique de la clause peut concerner n'importe laquelle des parties dès lors qu'elle remplisse les conditions. Le fait que le respect des formalités procédurales n'incombe, *in fine*, à une seule partie ne remet pas en cause la singularité normative des mécanismes étudiés qui ne visent à pas à définir une obligation incombant à un débiteur. Le constat peut être étendu à toutes les clauses instituant des procédures. Qu'elle ait un caractère unilatéral ou bilatéral, la mise en œuvre d'une procédure produit des effets juridiques à l'égard des parties. Dans le cas de la clause résolutoire, par exemple, la réalisation de l'éventualité (inexécution) implique le respect de la procédure par celui qui entend rompre le contrat. Mais la mise en œuvre de la procédure n'est pas neutre à l'égard de l'autre contractant qui, une fois mis en demeure, doit faire preuve de diligence pour s'exécuter dans le temps imparti.

Au total, le *modus operandi* des procédures contractuelles révèle des particularités irréductibles à la qualification d'obligation. Elles prévoient des règles hypothétiques dont la réalisation dépend de la concrétisation des circonstances prévues. Les diligences successives qui composent une procédure contractuelle ont un effet juridique sur chaque partie au contrat. Le concept de norme peut servir opportunément à qualifier cet enchainement de contraintes s'imposant aux contractants sans étendre à l'excès la catégorie des obligations contractuelles. Il reste à savoir si une telle qualification résiste à un examen critique.

B. L'appréciation de la qualification normative des procédures contractuelles

342. - La présentation des procédures instituées par les contractants comme des énoncés normatifs du contrat est *a priori* séduisante. Elle paraît à certains égards comme la qualification adéquate, du moins si l'on adhère à l'idée que le contrat puisse être créateur de normes individuelles. Il est vrai que la qualification normative présente de nombreux avantages en ce qu'elle est ajustée à la notion de procédures contractuelles (**1**). Mais elles comportent aussi de nombreuses insuffisances (**2**) qui appellent à préciser l'analyse en termes de normes.

1. Avantages de la qualification normative

343. - Le principal avantage de la qualification normative des procédures contractuelles réside dans son aptitude à rendre compte de leur force obligatoire[1086]. Le contrat étant la loi des parties, il est normal qu'elles soient tenues au respect de tous les engagements convenus y compris les clauses instituant des procédures.

[1086] En ce sens, v. P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc., spéc. n° 5 : « Dire que le contrat a force obligatoire c'est dire que l'accord des parties crée une nouvelle norme juridique. Cette norme contractuelle peut avoir divers objets, divers contenus […] ».

En effet, les mécanismes étudiés ne peuvent être considérés comme étant dépourvus de portée contraignante du seul fait qu'ils constituent des modalités de détail. Au regard du principe de la force obligatoire, il n'y a pas lieu de les traiter différemment des obligations résultant du contrat. Cela s'explique d'abord par une considération tenant à la volonté des contractants. En instituant des procédures, les parties entendent imposer des contraintes qui ont la même valeur contractuelle que les autres stipulations. Ensuite, du point de vue de la politique juridique, il serait anormal de refuser la possibilité à un contractant de se prévaloir du caractère obligatoire de ces mécanismes[1087] sous prétexte qu'ils ne sont pas pourvus de sanction particulière. Sauf stipulation contraire, l'inclusion de clauses procédurales dans le contrat a pour effet de modifier la situation juridique des parties qui ne peuvent l'ignorer. Lorsque les conditions de leur application se trouvent réunies, une partie ne peut unilatéralement décider de méconnaître les étapes successives qui sont imposées. De même, dans le contentieux afférent à ces normes, celles-ci doivent servir de référence pour le juge pour trancher le litige entre les parties[1088].

344. - L'apport de la qualification normative tient aussi au fait qu'elle permet de saisir les différentes manifestations des procédures contractuelles. La diversité qui les caractérise a été soulignée. Aussi, pour pouvoir saisir ces mécanismes dans leur diversité, le choix d'un concept fédérateur s'impose. À cet égard, la catégorie de norme apparaît bien indiquée. On sait, en effet, que cette dernière notion peut avoir des objets variables sans que cela n'affecte la normativité de l'énoncé[1089]. Le recours au concept de norme permet de qualifier opportunément les procédures contractuelles sans obérer la catégorie des obligations ou celle des devoirs. Ces mécanismes pourraient donc être conçus comme des normes imposant des sujétions comportementales en sus d'autres exigences qui s'imposent aux parties contractantes. En d'autres termes, il s'agit des effets contraignants du contrat au-delà de son contenu obligationnel.

Du reste, le recours au concept de norme permet de rendre compte de la pratique contractuelle qui considère ces mécanismes comme des instruments juridiques au service des contractants. Il sert en particulier à définir leur fondement et à mesurer leur solidité. Ainsi, on comprend mieux pourquoi les parties sont tenues, au-delà de l'accomplissement de la prestation, d'observer des diligences procédurales à l'occasion de l'exécution du contrat. Dans la mesure où elles se sont volontairement engagées, elles se trouvent assujetties à cette norme qui emporte une restriction de leur autonomie. Le respect des étapes successives qu'elles ont instituées devient une norme juridique qui revêt un caractère obligatoire sauf volonté contraire. Car une fois admise la qualification de norme, cela implique l'idée de soumission, de « subordination juridique » des destinataires de cette norme. Le concept de norme apparaît, en effet, comme une notion « explicative du contenu du contrat, et la force obligatoire

[1087] Comp. N. BALAT, art. préc., spéc. p. 899, selon l'auteur, si l'on devait considérer que le respect des règles instituant des processus n'ont pas un caractère obligatoire, cela reviendrait « à priver de sens les articles » concernés.

[1088] P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc., spéc. n° 25 et s.

[1089] A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », D. 1990, p. 199, spéc. n° 9 et s., qui considère que la normativité est liée à « la fonction d'instrument de mesure assignée » à un énoncé « indépendamment de son objet (une conduite ou autre chose) ».

implique que les parties sont tenues au respect de ce contenu »[1090]. Dans cette logique, l'assujettissement des contractants « est lié à l'engagement, c'est-à-dire à la norme »[1091] quel que soit son objet (obligation, contrainte comportementale). Prolongeant ce raisonnement relativement aux clauses instituant des procédures, on peut considérer que la valeur normative de ces mécanismes constitue l'expression de leur force obligatoire en l'absence de contenu obligationnel[1092].

Le recours au concept de norme pour qualifier les procédures contractuelles sert à expliquer l'impératif de respect de ces exigences pesant sur les contractants. Mais il ne résout pas toutes les difficultés en la matière, en particulier celle de la détermination d'un régime juridique applicable à ces mécanismes.

2. Insuffisances de la qualification normative

345. - Si l'on part du postulat que c'est la nature d'un phénomène qui commande le régime juridique qui lui est applicable[1093], il faut bien reconnaître que la qualification normative est insuffisante. En effet, le fait de qualifier les procédures contractuelles comme des normes consiste à les ramener dans le giron des règles de droit pouvant donner lieu à une contrainte étatique[1094]. Il s'agit d'une reconnaissance de la force contraignante des dispositifs étudiés, de leur effet normateur. Le contrat étant un instrument créateur de normes[1095], les procédures contractuelles constitueraient des normes au même titre que tout énoncé normatif dérivant de cet acte. En procédant ainsi, on adopterait une analyse globalisante qui consiste à mettre sur le même plan des contenus différents du contrat. Or, l'objet de la présente étude est de rendre compte du particularisme des clauses instituant des procédures par rapport aux autres composantes du contrat[1096]. Si cette entreprise devait conduire au rattachement de ces mécanismes à la même catégorie que les autres contenus du contrat, le raisonnement pécherait par sa circularité. Car cela reviendrait encore à déterminer la nature spécifique des procédures (en tant que normes) au sein de l'ordre contractuel (constitué d'un ensemble de normes) et à déterminer le régime tenant compte de leur particularité.

346. - Par ailleurs, la reconnaissance de ces mécanismes comme normes dérivant du contrat s'articule autour d'une idée centrale, celle consistant à considérer que les étapes successives

---

[1090] B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, préf. L. SAUTONIE-LAGUIONIE, LGDJ 2017, spéc. n° 104, p. 86.

[1091] *Ibid*., n° 109, p. 114 : l'assujettissement « est plus généralement lié à la qualité de sujet soumis au respect d'une norme juridique ».

[1092] Sur cette question, P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel » ; art. préc., spéc. n° 25.

[1093] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit*., spéc., n° 181 : « Il faut poser en principe que toute identité de nature implique une identité de régime et que toute différence de nature implique une différence de régime » ; du même auteur, « Différence de nature (égale) différence de régime », RTD civ. 1984, p. 255 et s., spéc. n° 3 ; T. IVAINER, « L'interprétation des faits en droit », JCP 1986, I, 3235.

[1094] V. par ex. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles,* LGDJ, 4e éd., 1949, n° 6.

[1095] V. en ce sens, P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », art. préc.

[1096] Comp. P. ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », *in* Mélanges D. TRICOT, Dalloz 2011, p. 61 et s., spéc. n° 15, p. 77, après avoir relevé que le concept de force obligatoire, « si on veut lui donner une portée autonome, vise seulement à expliquer que les effets du contrat ne se ramènent pas à la création d'obligations […] », l'auteur ajoute que ce concept « ne peut pas permettre en lui-même de rendre compte de tel ou tel contenu particulier du contrat ».

qui sont imposées aux contractants revêtent un caractère juridiquement contraignant[1097]. Une fois reconnue leur force obligatoire, se pose la question de leurs effets, spécialement celle relative à la sanction de leur méconnaissance par l'une des parties. La qualification de norme contractuelle étant retenue, la réponse qui s'impose dans une telle hypothèse consiste à rendre applicables les sanctions prévues pour la violation de ce type de règle. L'identité de nature justifie le même régime juridique applicable. Or, comme il a été montré précédemment, les procédures contractuelles se caractérisent par l'inapplicabilité des sanctions prévues pour la violation des obligations contractuelles[1098].

347. - Ainsi, définir ces mécanismes comme des normes n'est pas de nature à rendre compte de leur spécificité vis-à-vis des autres normes qui puisent leur source dans le contrat. Or, en analysant les procédures contractuelles, on se rend compte de l'existence d'exigences juridiques spécifiques portant sur la conduite des contractants, mais qui ne peuvent être assimilées ni à une obligation, ni à un devoir. Les dispositifs concernés ont en commun d'inscrire les diligences (attendues des parties) dans le temps, dans une chronologie précise. Le particularisme de ce phénomène implique qu'il soit identifié sous un autre vocable. Cependant, le concept de norme parait large et extensible pour marquer la singularité de ces mécanismes

§. 2. Les procédures contractuelles comme incombances

348. - La qualification des procédures contractuelles comme des incombances postule la reconnaissance préalable de cette dernière notion comme catégorie juridique. Connue en droit étranger[1099], l'incombance ne fait pas l'objet d'une reconnaissance unanime en droit français[1100]. Pourtant, plusieurs auteurs ont mené des études sur le sujet[1101]. Partant du constat que la notion d'obligation résume imparfaitement certaines sujétions imposées aux contractants, des auteurs ont préféré la qualification « d'incombance ». Cette dernière désigne une contrainte dont la méconnaissance est sanctionnée non pas par l'exécution forcée, mais par la perte d'un avantage juridique. Elle est définie par la doctrine française comme une «

[1097] En ce sens, v. G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », *in* Études à la mémoire du Professeur B. OPPETIT, Paris, Litec 2009, p. 691 et s., spéc. n° 37 : « la portée de l'effet obligatoire du contrat est […] large, car il s'applique à tous les éléments composant la situation contractuelle ».
[1098] V. *supra*, n° 316 et s.
[1099] F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles*, préf. A. GHOZI, Panthéon-Assas, DL Paris 2008, spéc., n° 99 et s., p. 59 et s., et les références citées.
[1100] Sur cette question, S. LICARI, « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », RRJ 2002 p. 703. *Contra*, B. LABBÉ, « L'incombance, un faux concept », *RRJ* 2005, p. 183.
[1101] V. par ex., E. LAMAZEROLLES, *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, préf. P. RÉMY, LGDJ, coll. de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers 2003, spéc. n° 322 et s. ; H. BOUCARD, *L'agréation de la livraison dans la vente. Essai de théorie générale*, th. préc., spéc. n° 148 et s. et 492 ; G. WICKER, « La légitimité de l'intérêt à agir », *in Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Mélanges en l'honneur d'Y. SERRA, Dalloz 2007, p. 455 et s., spéc. n° 29 et s. ; F. LUXEMBOURG, th. préc. spéc. n° 128 et s. ; M. SÉJEAN, *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, préf. D. HOUTCIEFF, LGDJ 2011, spéc. n° 271 et s. ; B. FRELETEAU, th. préc., *passim.*

charge, [un] devoir dont l'inobservation expose son auteur non à une condamnation, mais la perte des avantages attachés à l'accomplissement du devoir »[1102].

Les traits identificateurs de la notion d'incombance sont ajustés aux procédures contractuelles. On peut le démontrer en procédant à une appréciation (**B**) du choix de cette qualification (**A**).

A. Le choix de la qualification d'incombance

349. - Si l'on estime qu'il convient de substituer la qualification d'incombance à celle d'obligation pour identifier les normes instituant des processus, c'est parce qu'elle résume de manière satisfaisante l'assujettissement des contractants à ces normes. L'étude de la consistance de la notion d'incombance (**1**) permet de rendre compte de son aptitude à désigner les procédures instituées au contrat (**2**).

1. La notion d'incombance

350. - La notion d'incombance renvoie toujours à des diligences attendues des parties qui ne tendent pas à la réalisation d'un transfert de valeurs. Elle est utilisée par exemple pour qualifier les charges incombant à l'assuré relativement à la déclaration d'un sinistre ou à la notification de l'aggravation du risque à son assureur[1103]. L'assuré doit faire preuve de diligence en fournissant en temps utile à son cocontractant les informations susceptibles d'avoir une influence sur l'exécution du contrat[1104]. De même, en matière de cautionnement, on a recours à la notion d'incombance pour caractériser les sujétions pesant sur le créancier. C'est ainsi qu'elle sert à qualifier l'exigence d'information de la caution selon diverses modalités[1105].

L'incombance renvoie à des contraintes comportementales variables qui pèsent sur un individu. On affirme qu'elle « désigne une exigence de diligence ou de probité imposée pour conserver le bénéfice d'un droit, dont le seul non-respect – bien que ne pouvant faire l'objet ni d'une exécution forcée ni d'une action en réparation – est toutefois juridiquement sanctionné »[1106]. Selon cette présentation, l'incombance correspond à deux séries de contraintes comportementales. D'une part, elle exprime une exigence de comportement diligent (agir rapidement dans un délai et selon des modalités définies par exemple)[1107]. D'autre part, elle renvoie à une exigence consistant à imposer à un individu d'exercer un droit avec probité, c'est-à-dire de manière honnête et de bonne foi[1108]. Dans ce sens, le concept

[1102] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Incombance » (terme apparu pour la première fois dans la 6e édition de l'ouvrage en 2004).
[1103] F. LUXEMBOURG, th. préc., n° 143 et s.
[1104] C. assur., art. L. 113-2.
[1105] G. WICKER, « La légitimité de l'intérêt à agir », art. préc., n°29, p. 475 ; M. SEJEAN, th. préc., n° 280 et s.
[1106] F. LUXEMBOURG, th. préc., n° 256. *Adde*, M. FROMONT, J. KNETSCH, *Droit privé allemand*, 2e éd., LGDJ 2017, spéc. n° 156, qui définissent l'incombance comme un « devoir de comportement d'une portée moindre […] insusceptible d'exécution forcée et son non-respect pouvant tout au plus conduire à la perte d'un droit ».
[1107] S. LICARI, « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », art. préc., p. 703 et s. ; F. LUXEMBOURG, th. préc., n° 142 et s.
[1108] F. LUXEMBOURG, th. préc., n° 167 et s.

paraît couvrir un domaine large qui va donc au-delà du champ contractuel. On ne reprendra pas ici toutes les hypothèses d'incombances recensées par la doctrine. On se contentera de mettre en perspective celles présentant des caractéristiques communes avec le mécanisme des processus contractuels.

351. - À cet égard, une corrélation peut être établie entre les normes instituant des procédures et les incombances de diligence. Celles-ci renvoient généralement à l'accomplissement d'actes, de formalités, parfois imposés dans un délai précis. On verra que c'est bien de cela qu'il s'agit dans le jeu des processus contractuels. Il y a dans la notion d'incombance, l'idée « que l'accomplissement du devoir qui pèse sur le débiteur constitue un élément préalable, une condition préalable, à l'exigibilité, soit de son propre engagement, soit de l'obligation de son cocontractant »[1109]. On explique également cette spécificité par l'idée de mérite. En ce sens, on estime que l'incombance exprime le fait que la conservation d'un droit accordé par la loi, par une convention ou par le juge dépend du comportement de celui sur qui pèse cette charge[1110].

L'incombance s'analyse comme une sujétion « encadrant l'exercice d'une prérogative par son titulaire » et « correspond à l'hypothèse où un comportement spécifique va être exigé de la part du bénéficiaire d'un avantage juridique, s'il veut pouvoir effectivement en bénéficier »[1111]. Elle ne constitue pas une dette, une prestation de nature pécuniaire qui pèse sur un débiteur à l'égard d'un créancier. Lorsqu'un contractant se voit imposer une incombance, ce n'est pas en raison de sa qualité de débiteur ou de créancier relativement à un rapport d'obligation. Ce phénomène constitue un effet contraignant du contrat au-delà des obligations qu'il crée, il s'agit d'une diligence comportementale attendue du contractant indépendamment de sa qualité dans la relation contractuelle[1112]. Par ailleurs, l'analyse des comportements constitutifs d'incombances montre « qu'ils sont toujours exigés dans l'*exercice* d'un droit et non pas dans son *existence* »[1113]. Les droits qui sont affectés par une incombance sont ceux qui procurent à leur titulaire un avantage ou ceux qui impliquent autrui[1114]. Contrairement au devoir et à l'obligation, l'accomplissement d'une incombance n'est pas « une fin en soi », mais plutôt « un moyen pour arriver à une fin »[1115]. Celui sur celui qui pèse une incombance a le choix de l'accomplir ou pas ne pas l'accomplir et « supporte les

---

[1109] G. WICKER, « La légitimité de l'intérêt à agir », art. préc., spéc. n° 29, p. 475
[1110] F. LUXEMBOURG, th. préc., n° 84.
[1111] B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th. préc., spéc. n° 53.
[1112] V. not., D. BEN ABDERRAHMANE, *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*, préf. M. PÉDAMON, LGDJ 1985, n° 385 ; P. TERCIER, *La partie spéciale du Code des obligations*, Schulthess, Zurich, 1988, n° 306, cité par B. FRELETEAU, *op.* et *loc. cit.* ; M. FONTAINE, « Obliegenheit, incombance ? » *in Liber amicorum Hubert Claassens,* Anvers- Louvain-La Neuve, Maklu-Academia Bruylant, 1998, p. 151 et s., spéc. p. 154 cité par S. LICARI, « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », art. préc., spéc. p. 704 ; F. LUXEMBOURG, th. préc., n° 136 : « L'incombance désigne une exigence de comportement » ; M. SÉJEAN, th. préc., spéc. n° 275, qui souligne le « caractère comportemental » des incombances.
[1113] F. LUXEMBOURG, th. préc., n° 181.
[1114] *Ibid*., n° 182 et s.
[1115] N. HAGE-CHAHINE, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, éd. Panthéon-Assas 2017, n° 23, selon l'auteur, « l'accomplissement de l'incombance est un moyen pour arriver à une fin qui est "l'obtention d'un avantage juridique nouveau" ou "la conservation d'un avantage juridique préexistant" […]. En revanche, l'accomplissement de l'obligation ou du devoir est une fin en soi » c'est-à-dire qu'il est nécessaire en lui-même, « sans considération d'un autre objectif ».

conséquences juridiques de son choix »[1116]. Ce constat se vérifie à l'étude des processus conventionnels.

2. L'application de la qualification d'incombance aux procédures contractuelles

352. - Pour qualifier les actes et formalités imposés à une partie dans un certain délai sous peine de déchéance, un auteur a parlé du caractère inapproprié du terme « obligation »[1117]. On perçoit dans le raisonnement un certain nombre de traits caractéristique des procédures contractuelles. Elles ne se réfèrent à l'exécution d'une quelconque prestation patrimoniale, elles constituent en réalité une sorte de « préalable » à la mise en œuvre d'un droit ou de mécanismes qu'ils concernent.

Ainsi, dans l'exemple relevé précédemment d'une clause aménageant le droit de préemption[1118], le processus contractuel qui y est inclus comprend deux étapes successives imposant chacune des diligences à la charge des contractants. Si les conditions posées par la clause se trouvent réunies (à savoir la survenance de l'expiration du contrat), s'ouvre alors une première étape imposant au concessionnaire l'accomplissement d'une formalité de notification s'il veut bénéficier de l'avantage conféré par le contrat (droit de préemption). S'ensuit une seconde étape constituée par la phase de négociation et de recherche d'un commun accord entre les parties « en vue de la signature d'un contrat pour un nouveau délai ». Chacune de ces deux étapes est juridiquement sanctionnée : déchéance du droit de préemption (étape 1), faculté de substitution ou pénalité au profit du concessionnaire (étape 2). Ce qui caractérise cette procédure, ce n'est pas l'exécution d'une prestation économique, mais des diligences attendues des parties et qui peuvent tout au plus être conçues comme un préalable à l'exécution d'une obligation réalisant un transfert de valeurs.

353. - On peut faire des observations similaires à propos d'une autre clause relative à la garantie annale de parfait achèvement[1119]. Lorsque les conditions prévues par la clause se trouvent réunies (à savoir l'apparition de désordres dans le délai d'un an à compter de la réception de l'ouvrage), il y a trois étapes successives inscrites dans une chronologie bien précise. Le maître de l'ouvrage est tenu de notifier les désordres à l'entrepreneur (étape 1). À défaut pour ce dernier d'effectuer les travaux de reprise dans les 15 jours suivant cette notification, son cocontractant procède à une mise en demeure (étape 2). Ce n'est qu'en cas d'échec de la mise en demeure, c'est-à-dire lorsque l'inexécution persiste au-delà de 15 jours à compter de la notification que le maître de l'ouvrage peut procéder à la mise en œuvre de la faculté de remplacement (étape 3). On voit bien que les charges imposées au maître d'ouvrage ne se résument pas à l'accomplissement de prestations évaluables en argent, mais s'identifient plutôt à des contraintes qui aménagent l'exercice d'une prérogative. L'étude de cette clause laisse apparaître également l'idée de « préalable » qui caractérise l'incombance en ce qu'elle

[1116] G. FOREST, th. préc. n° 494 ; N. HAGE-CHAHINE, *op*. et *loc*. *cit*.
[1117] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t.2, *Les biens*, *Les obligations, op. cit.,* n° 922, p. 1920. *Adde*, N. CAYROL, *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, préf. F. GRUA, Economica 2001, n° 420 et s., spéc. n° 441 qui met en doute le fait que les clauses de règlement amiable des litiges puissent faire l'objet d'une véritable obligation.
[1118] V. *supra*, n° 219.
[1119] V. *supra*, n° 207.

permette ou facilite l'exécution de la prestation contractuelle[1120]. En effet, pour bénéficier de la garantie annale de parfait achèvement, le maître de l'ouvrage doit au préalable accomplir certaines diligences pour que l'entrepreneur s'exécute correctement. Ce n'est qu'en cas d'échec du jeu du processus que le maître de l'ouvrage peut mettre en œuvre la faculté de remplacement.

Les mêmes caractéristiques peuvent être identifiées dans les autres procédures contractuelles. Tel est le cas des étapes successives requises dans la mise en œuvre d'une procédure de résolution du contrat. La prérogative conférée au créancier par l'article 1226 du Code civil s'exerce « normalement en trois temps »[1121] : mise en demeure, respect du délai d'attente, puis notification de la rupture si la mise en demeure s'avère infructueuse. Il en est de même de la procédure d'établissement du décompté général et définitif en matière de construction d'ouvrage immobilier, de la procédure de conciliation ou encore de la procédure de renégociation du contrat[1122] qui peuvent comprendre plusieurs étapes dont le nombre exact dépend des rédacteurs du contrat. Bref, l'analyse est généralisable à toutes les procédures contractuelles. Elles ont en commun le fait d'imposer aux parties des diligences que l'on ne saurait qualifier de prestation ayant une valeur marchande. Elles ne représentent pas véritablement une dimension substantielle dans le contrat et les contraintes qu'elles imposent aux contractants ne produisent pas les mêmes effets que les obligations contractuelles classiques. Il en est ainsi singulièrement de la sanction de leur méconnaissance qui ne peut donner lieu à une mesure d'exécution forcée ni, en principe, à une action en responsabilité civile.

354. - Les clauses instituant des procédures requièrent des comportements qui sont caractéristiques des incombances de diligence[1123]. Elles sont constituées d'opérations successives qui manifestent une impulsion procédurale, c'est-à-dire qu'elles sont « de nature à faire avancer la procédure pour la conduire à son terme »[1124]. Il convient à présent de porter une appréciation sur l'adéquation de cette qualification aux processus contractuels.

B. L'appréciation de la qualification d'incombance

355. - Si la qualification d'incombance peut susciter des réserves (**1**), elle est opportune pour qualifier les procédures contractuelles (**2**).

[1120] S. LICARI, art. préc., spéc. p. 711 ; G. WICKER, « La légitimité de l'intérêt à agir », art. prév., n° 29, p. 475 ; M. SEJEAN, th. préc., spéc. n° 275, p. 251.

[1121] D. HOUTCIEFF, « La réactivité en droit contemporain des contrats : des réactions unilatérales au smart contract », Gaz. Pal. 19 juin 2019, p. 9, spéc. II. A, 2e §.

[1122] V. F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, *op. cit.*, n° 125.71, p. 119, qui compare la procédure de renégociation à une « pièce » qui se joue « en trois actes ».

[1123] V. en ce sens, L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, th. préc., spéc. n° 444, qui affirme que « l'incombance est conforme aux conditions formelles d'exercice des prérogatives contractuelles ». L'auteur considère cependant que la sanction de la déchéance est inadaptée à la méconnaissance des modalités d'exercice des prérogatives contractuelles (n° 445).

[1124] R. PERROT, « Péremption d'instance : la notion de diligences interruptives de péremption », obs. sous Cass. 3e civ., 20 déc. 1994, RTD civ. 1995, p. 683.

1. Une qualification suscitant des réserves

356. - Une analyse rationnelle de la qualification d'incombance suppose de mesurer l'étendue des réserves qu'elle suscite.

Le concept d'incombance présenterait le défaut de ne pas être pris en compte par un droit européen[1125], son analyse restant exclusivement doctrinale. Par ailleurs, partant du constat que les incombances recouvrent des réalités diverses, on a conclu qu'elles ne présentent « pas une véritable unité, qui permettrait d'en faire une notion ferme »[1126]. On reproche également aux incombances l'absence de sanction uniforme et le fait que certaines sanctions propres aux obligations sont susceptibles de leur être appliquées et spécialement la résolution du contrat pour inexécution[1127]. Pour désigner les formalités que doit accomplir une personne « pour obtenir la création ou le maintien d'une prérogative qui lui est favorable », des auteurs rejettent la notion d'incombance au profit de celle de charge[1128].

357. - Ces arguments ne paraissent pas pourtant constituer un obstacle décisif à la réception du concept d'incombance en droit français.

D'abord, la reconnaissance d'une notion en droit interne ne dépend pas nécessairement de sa consécration en droit étranger. Il existe de nombreux concepts en droit français qui sont inconnus des droits étrangers et inversement[1129]. La prise en compte d'un concept est liée à la réalité des phénomènes qu'elle identifie et à son aptitude à saisir leurs traits caractéristiques. Du reste, la démarche de conceptualisation est l'œuvre de la doctrine afin de convaincre de l'utilité d'une notion dans la science du droit. Or, on l'a constaté, les procédures instituées au contrat ne sont ni réductibles aux obligations contractuelles *stricto sensu*, ni aux devoirs généraux pesant sur l'individu et sanctionnés par les pouvoirs publics. Elles renvoient davantage à des exigences comportementales présentant les caractéristiques d'une incombance.

Du reste, sans y faire expressément référence, le droit allemand n'ignore pas pour autant la notion d'incombance. Il fait une distinction entre les *Rechtspflichten* (correspondant à la notion d'obligation au sens technique du terme) et l'*Obliegenheit* qui renvoie à une exigence de comportement dont la méconnaissance n'est pas sanctionnée par une exécution forcée ou l'indemnisation du dommage, mais par la perte d'une situation juridique favorable ou d'un

---

[1125] B. LABBE, art. préc., spéc. n° 3, p. 184.
[1126] T. GENICON, th. préc., spéc. n° 306, p. 224. *Adde*, G. FOREST, th. préc., spéc. n° 474 et s., p. 344 et s.
[1127] T. GENICON, th. préc., spéc. n° 306, p. 225.
[1128] B. LABBE, art. préc., spéc. n° 17 et s., p. 195 et s. ; G. FOREST, th. préc., spéc. n° 491 et s., p. 356 et s. Comp., F.-K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, préf. A. TUNC, Dalloz 1963, n° 15, pour traduire l'hypothèse où une formalité est imposée à un individu, l'auteur estime qu'il convient d'appeler « ce type de nécessité juridique charge ». V. aussi, N. CAYROL, « Observations sur l'amélioration et la simplification de la procédure civile », *in Réformer la justice civile*. Séminaire de droit processuel - Actes du colloque du 6 février 2018, JCP G suppl. au n° 13, 26 mars 2018, p. 41 ; du même auteur, « Action en justice », Rép. dr. civ., Dalloz 2019, spéc. n° 316, qui propose de voir dans les processus de règlement amiable des litiges « comme imposant une simple charge ».
[1129] V. par ex., P. RÉMY, « Ouverture », *in Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, P. RÉMY-CARLAY et D. FENOUILLET (dir.), Dalloz, coll. Thémis et commentaires, p. 3 et s., spéc. n° 3 et 4.

désavantage juridique[1130]. Les premières applications de cette notion concernent le droit des assurances s'agissant des déclarations et démarches qui doivent être accomplies par un assuré à peine de déchéance de son droit à indemnisation. Puis la doctrine allemande a procédé à une conceptualisation de l'incombance en recensant ses diverses applications. Elle a été suivie par la doctrine suisse et belge[1131]. Partant du constat de la conception de l'incombance en droit étranger et surtout de la réalité de ses applications en droit interne, la doctrine française s'est intéressée à cette notion. Si sa découverte est relativement récente[1132], plusieurs auteurs plaident pour sa réception en droit français[1133].

358. - Ensuite, il n'est pas contestable que les incombances renvoient à des phénomènes assez divers. Mais ce qui importe pour la construction d'une notion opératoire réside dans son aptitude à « rattacher les divers éléments à un ensemble cohérent »[1134]. Or nul ne conteste que les mécanismes identifiés comme tels ne se réduisent pas à l'exécution d'une prestation de nature patrimoniale. Ce qui les caractérise se manifeste dans leur nature comportementale et l'inadéquation de certains remèdes contractuels traditionnels à leur défaut de mise en œuvre[1135].

Il convient d'ajouter que la possibilité de voir appliquer des sanctions de l'inexécution d'une obligation contractuelle à certaines incombances ne suffit pas à rejeter le concept. Car cela reviendrait à confondre le contrat et les obligations qu'il est susceptible de créer. L'exemple de la résolution pour inexécution n'est pas déterminant. En effet, la résolution ne sanctionne pas uniquement la violation du seul contenu obligationnel du contrat. Si la première est applicable au second, c'est parce qu'il constitue un engagement contractuel. Dans cette perspective, rien n'interdit à ce que les incombances découlant du contrat fasse l'objet de l'une des sanctions relatives l'inexécution du contrat dans la mesure où elle permet de rétablir l'équilibre rompu par la méconnaissance en cause.

Par ailleurs, le fait qu'une sanction soit principalement utilisée pour la violation d'une norme particulière ne fait pas obstacle à son utilisation pour la violation d'une autre norme. Par exemple, si les dommages et intérêts sanctionnent principalement la violation de règles substantielles, on y a ponctuellement recours pour la sanction des règles de procédure sans que la nature procédurale de celles-ci en soit affectée[1136]. Au demeurant, la qualification

---

[1130] M. FROMONT, J. KNETSCH, *Droit privé allemand*, *op*. et *loc*. *cit*., pour qui, « la notion d'*Obliegenheit* » peut être traduite « par le mot incombance » ; C. WITZ, *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, Paris 1992, n° 579. *Adde*, F. LUXEMBOURG, th. préc., spéc. n° 102 et s. ; B. FRLETEAU, th. préc., spéc. n° 10, et les références citées.

[1131] F. LUXEMBOURG, th. préc., spéc. n° 109 et s. et les références citées.

[1132] H. BOUCARD, *L'agréation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, *op*. *cit*., n° 492 : « Jusqu'à une époque très récente, le concept d'incombance n'a pas eu droit de cité en France ».

[1133] S. LICARI, « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », art. préc. ; H. BOUCARD, *op*. et *loc*. *cit*. ; F. LUXEMBOURG, th. préc., spéc. n° 128 et s. ; M. SÉJEAN, th. préc., spéc. n° 275 et s. ; B. FRELETEAU, th. préc., spéc. n° 153 et s. ; C. JUILLET, obs. sous Cass. com., 8 avr. 2015, RLDC 1er juill. 2015, n° 128 ; C. MANGEMATIN, « L'action interrogatoire en matière de pacte de préférence : une incombance ? », Dr. et patr. sept. 2016, p. 38 et s.

[1134] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5e éd., Dalloz 2012, spéc. n° 169.

[1135] S. LICARI, art. préc., spéc. p. 708 et s. ; H. BOUCARD, *op*. et *loc*. *cit*. ; F. LUXEMBOURG, th. préc., spéc. n° 26 et n° 218 et s. ; B. FRELETEAU, th. préc., spéc. n° 51 et s. et 485 et s.

[1136] Par ex., CPC, art. 118 et 123.

d'incombance appliquée aux procédures contractuelles vise non pas la « décontractualisaion » de ces mécanismes, mais plutôt leur « désobligationalisation »[1137]. Dès lors, la déchéance de droit sanctionnant en général l'inaccomplissement d'une incombance contractuelle n'est pas exclusive de l'application d'autres remèdes à l'inexécution du contrat lorsque les conditions sont réunies[1138].

359. - Enfin, le fait de recourir à la notion de charge pour désigner certaines contraintes imposées à une partie contractante démontre la réalité de l'existence de phénomènes juridiques qui ne sont pas réductibles à la qualification d'obligation contractuelle et qui « nécessitent d'être [identifiés] sous un autre vocable »[1139]. S'agissant particulièrement des procédures contractuelles sanctionnées par la déchéance ou par la forclusion, la qualification de charge paraît *a priori* intéressante « en ce que son non-accomplissement constitue non un fait illicite, mais un fait dommageable que sa propre carence inflige, comme une sorte d'auto-sanction, à celui qui ne l'assume pas »[1140]. Faut-il pour autant accorder la préférence à la notion de charge par rapport à celle d'incombance pour qualifier l'ensemble des dispositifs étudiés ? La prudence commande de ne pas aller dans cette direction sauf si l'on tient les deux notions pour synonyme[1141]. De l'aveu même des auteurs prônant la qualification de charge, il résulte que le terme a des acceptions les plus diverses en droit[1142]. Les exemples constitutifs de charge ne reflètent pas une réalité unitaire quand les procédures contractuelles (que l'on qualifie d'incombances) présentent une particularité commune résidant dans leur nature purement comportementale.

Cela étant, des rapprochements sont possibles entre des clauses instituant des procédures et la notion de charge même si l'hypothèse n'est pas généralisable à toutes les procédures contractuelles. Tel est le cas des clauses relatives à la livraison de la chose ou encore de celles organisant une procédure d'établissement du décompte définitif. La forclusion qui est censée accompagnée le non-accomplissement d'une charge[1143] est aussi retenue dans la sanction de la méconnaissance de ces dispositifs. Dans ce dernier cas, on verra que rien n'interdit aux parties d'assortir le mécanisme qu'elles instituent d'une sanction conventionnelle (d'une autre nature) dans le respect des règles d'ordre public.

[1137] E. LAMAZEROLLES, *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, th. préc., spéc. n° 324, p. 305.
[1138] F. LUXEMBOURG, th. préc., spéc. n° 939 et s.
[1139] B. FRELETEAU, th. préc., spéc. n° 52, p. 47.
[1140] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Charge ».
[1141] En ce sens, N. CAYROL, *Procédure civile*, 3e éd., Dalloz 2020, n° 561, p. 274, après avoir définie la « charge » comme une « nécessité imposée par la loi au titulaire d'un droit dans la mise en œuvre de celui-ci », l'auteur affirme qu'on « peut la notion d'« incombance » pour synonyme ».
[1142] G. FOREST, th. préc., spéc. n° 492, p. 357, qui affirme que le terme « charge » désigne, de façon non exhaustive, « une fonction professionnelle, une dépense pesant sur une personne, une preuve tendant à démontrer la culpabilité pénale, ou même l'obligation de payer une somme d'argent » ; L. MOLINA, th. préc., spéc. n° 446 ; S. LICARI, art. préc., spéc. p. 706 et 707. V. déjà, J. BECQUART, *Les mots à sens multiples en droit civil français*, préf. R. CASSIN, PUF 1928, spéc. p. 76-77 ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 24 et s., p. 202 et s. ; V. BOUCHARD, « Pour une définition de la notion de charge en droit privé », LPA 2002, p. 4, qui affirme : « il paraît difficile, voire impossible, de retenir une définition univoque de la notion de charge en ce que ce terme serait propre à un domaine juridique particulier ».
[1143] G. FOREST, th. préc., spéc. n° 511, p. 374, pour qui, « la déchéance est la sanction d'un *devoir* tandis que la forclusion est la sanction d'une *charge* ».

Les réserves étant écartées, il reste à se convaincre de l'adéquation de la qualification d'incombance aux procédures contractuelles.

2. Une qualification convenant aux procédures contractuelles

360. - Les procédures contractuelles appartiennent à la catégorie des normes adressant un ordre conditionnel[1144] aux contractants. Ces derniers doivent accomplir les actes et formalités qui sont imposés s'ils souhaitent bénéficier des avantages juridiques qui leur sont attachés. Concrètement, une partie ne peut exiger de son cocontractant qu'il mette en œuvre le dispositif contractuel. En revanche, s'il ne le fait pas, il ne saurait bénéficier de l'avantage juridique recherché. Par exemple, le jeu de la garantie autonome suppose que le bénéficiaire mette en œuvre la clause procédurale lui imposant des diligences préalables[1145]. De même en matière de clause de reconduction tacite du contrat, il appartient à la partie qui entend faire obstacle au renouvellement du contrat d'accomplir les diligences qui lui incombent dans le délai prévu. Enfin, pour l'application de la clause d'offre concurrente, le contractant bénéficiaire doit accomplir les formalités prévues pour pouvoir prétendre au bénéfice d'un alignement du prix sur la concurrence[1146]. On peut étendre l'analyse à toutes les procédures instituées au contrat et qui apparaissent comme des conditions posées à l'exercice d'un droit ou plus généralement à l'obtention d'un avantage juridique.

361. - Sous un autre angle de vue, la méconnaissance de clauses instituant des procédures apparaît comme une éventualité qui est admise mais qui est sujette à une conséquence juridique déterminée. Cette situation est particulièrement remarquable dans les procédures contractuelles unilatérales. Plus précisément, le contractant qui en est tenu se trouve placé devant une alternative dont chacune des branches est juridiquement admissible : accomplir ou ne pas accomplir les diligences qui lui sont imposées en vertu de la norme instituant la procédure[1147]. Dans la dernière hypothèse, le non-accomplissement des diligences implique seulement la perte de l'avantage juridique visé ou la survenance d'une conséquence juridique défavorable. Ainsi, le contractant qui n'accomplit pas les formalités de notification préalable dans le délai convenu voit son droit au refus de renouvellement du contrat compromis[1148]. Le bénéficiaire qui s'abstient de mettre en œuvre la clause d'offre concurrente ne peut prétendre à l'alignement du prix sur la concurrence.

Cette observation est valable aussi pour les procédures contractuelles bilatérales. Par exemple, l'entrepreneur qui ne met pas en œuvre le processus d'établissement du décompte définitif est déclaré irrecevable en sa demande de paiement. De même, le maître de l'ouvrage

---

[1144] Comp. D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 192.
[1145] V. l'exemple de clause citée *supra* n° 256.
[1146] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et C. RODA, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, spéc. n° 1297, qui affirment que l'information attendue du bénéficiaire « conditionne l'éventuel alignement du vendeur » sur la concurrence.
[1147] Comp. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C. EISENMANN, 2e éd., Bruylant/LGDJ 2010, spéc., p. 19, selon l'auteur, « pour qu'il s'agisse véritablement d'une norme, il faut qu'existe la possibilité d'une conduite non-conforme ». *Adde*., D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, spéc. p. 188 : « le propre de la norme, c'est précisément de pouvoir être violée ».
[1148] Cass. com., 17 janv. 2012, n° 10-28.783. V. aussi, les modèles de clauses proposées en ce sens, W. DROSS, *Clausier*, *op. cit.*, spéc., p. 741 ; F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et C. RODA, *op. cit.*, spéc. n° 1552.

qui néglige de répondre à la sollicitation de l'entrepreneur dans le délai imparti ne peut se prévaloir de son droit de contester le montant de la somme figurant sur le décompte définitif. La procédure de réception de l'ouvrage dans les marchés privés de travaux est une autre illustration de ce phénomène. Si cette procédure a un caractère contradictoire, une partie peut s'abstenir d'y participer. Son cocontractant ne dispose pas d'action en justice pour l'y contraindre, mais son refus « ne saurait priver [le] procès-verbal de son caractère contradictoire »[1149]. On voit que des conséquences juridiques sont attachées à la violation des procédures contractuelles, mais elles n'ont pas en premier lieu pour objet de sanctionner une faute ou de réparer un dommage. Elles apparaissent davantage comme des mécanismes de régulation de l'accès à des droits conditionnels. L'idée étant que le contractant, qui veut bénéficier du droit ou de la prérogative affectée par une procédure contractuelle, doit respecter les étapes successives qui sont imposées.

362. - Prolongeant ce raisonnement, on peut remarquer que l'accomplissement des diligences résultant d'une procédure contractuelle constitue une contrainte qui pèse en tout premier lieu sur la partie qui entend se prévaloir de la prérogative juridique en cause. En l'absence de mise en œuvre, seule cette partie est concernée[1150]. Par comparaison avec la procédure judiciaire, la mise en œuvre d'une procédure contractuelle crée un « lien », entre les parties, distinct de celui qui est créé par le contrat porteur. L'activation de ce lien implique de la part de celui qui souhaite bénéficier d'un avantage juridique d'adopter le comportement requis. Avant la mise en œuvre du processus, seul ce contractant est concerné, son inaction n'a pas de conséquence juridique pour son partenaire. Dans la majorité des cas, si une partie viole une procédure contractuelle, elle ne cause pas nécessairement un préjudice à son cocontractant. Elle s'expose, cependant, à supporter les conséquences juridiques résultant de tel comportement. Cela n'enlève rien au caractère contraignant des normes instituant des processus. Bien au contraire, elles ont une force obligatoire à l'égard des parties et plus précisément à l'égard du contractant qui souhaite tirer profit de la prérogative dont elles tendent à aménager. D'ailleurs, le fait que le comportement requis dans le jeu d'un processus « conditionne le droit attendu par celui qui s'y soumet constitue en soi une contrainte »[1151]. En ce sens, on peut parfaitement opérer un rapprochement entre les procédures contractuelles et la notion d'incombance.

Cette qualification participe au raffinement de l'étude des normes contractuelles en ce qu'elle consacre l'abandon d'une « analyse globalisante et appauvrissante des effets du contrat qui consiste à les assimiler systématiquement à des obligations »[1152]. Sa réception en

[1149] Cass. 3e civ., 3 juin 2014, n° 14-17.744 ; JCP Contr.-Urb., obs. M.-L. PAGES-DE VARENNE ; Gaz. Pal. 2015, n° 249, p. 28, obs. F.-X. AJACCIO, A. CASTON et R. PORTE. V. aussi, Cass. 3e civ., 7 mars 2019, n° 18-12.221, obs. M.-L. PAGES-DE VARENNE.

[1150] C'est dans ce sens qu'en matière d'incombance, on a parlé d'obligation vis-à-vis de soi-même : C. WITZ, *Droit privé allemand*, *op. cit.*, n° 579, p. 456.

[1151] B. FRELETEAU, th. préc., spéc. n° 52.

[1152] E. LAMAZEROLLES, th. préc., spéc. n° 292, p. 276 ; H. BOUCARD, th. préc., n° 492 : « l'incombance permet d'affiner l'analyse des effets du contrat ». *Adde*, M. FONTAINE, « *Obliegenheit*, incombance ? », art. préc., spéc. p. 159 pour qui, la notion d'incombance permet « de regrouper sous un concept fédérateur de nombreuses situations issues de différentes branches du droit, et d'écarter l'évidente impropriété de l'application du concept d' « obligation » à des hypothèses qui n'en présentent pas toutes les caractéristiques » ; S. LICARI, art. préc.., p. 704

droit positif[1153] contribuerait à une « remise en ordre » des remèdes à l'inexécution du contrat en appliquant à chaque norme découlant de cet acte un régime d'inexécution adapté.

363. - Toutefois, la catégorisation des procédures contractuelles parmi les incombances nécessitent certaines précisions. On ne peut véritablement refuser de retenir cette qualification au motif que le sujet de l'incombance n'est pas toujours tenu d'agir dans son intérêt exclusif[1154]. Le fait que le comportement attendu dans le jeu d'une procédure contractuelle soit dans l'intérêt commun des parties ne suffit pas à rejeter la qualification d'incombance[1155]. D'ailleurs, certaines hypothèses originelles d'incombance ne requièrent pas nécessairement un comportement dans l'intérêt exclusif de celui qui agit. C'est le cas, par exemple, des obligations déclaratives de l'assuré qui sont conçues comme étant requises aussi dans l'intérêt de l'assureur[1156]. Par conséquent, même si la mise en œuvre d'une procédure contractuelle profite aux cocontractants, cela ne suffit pas à le disqualifier de la catégorie d'incombance[1157].

Dans le même ordre d'idées, le fait que la sanction de certaines procédures ne consiste pas en la déchéance des droits est également indifférent[1158]. En effet, on admet que la déchéance constitue seulement « une des formes que peut revêtir la sanction du non-respect d'une incombance, mais elle n'est pas la seule »[1159]. D'autres sanctions sont envisageables comme la fin de non-recevoir[1160], la résolution du contrat[1161] ou encore l'allocation de dommages et intérêts du fait de la méconnaissance de l'incombance. On verra que le point commun à toutes ces sanctions réside dans le fait qu'elles visent un défaut de diligence. Elles tendent moins à rétablir l'équilibre détruit par un acte dommageable qu'à sanctionner le comportement du contractant ayant méconnu la norme procédurale.

[1153] On trouve les traces de la notion d'incombance dans la jurisprudence en la matière, v. par ex. Cass. com., 15 nov. 1976, n° 75-11.951, Bull. civ. IV, n° 288 : « Qu'ayant ainsi fait ressortir la société n'avait pas accompli les diligences qui lui incombaient normalement pour mettre Hoffner en mesure de préparer, puis de présenter sa défense en pleine connaissance de cause, la cour d'appel n'a pas tiré de ses constatations les conséquences qu'imposait le respect des droits de la défense et le principe du caractère contradictoire des débats préalables à une mesure d'exclusion […] ».

[1154] *Contra*, B. FRELETEAU, th. préc., spéc. n° 524, qui rejette la catégorisation des processus de conciliation parmi les incombances au motif que le comportement requis du contractant demandeur ne peut être considéré comme étant dans son intérêt exclusif.

[1155] Rappr. F. LUXEMBOURG, th. préc., qui n'évoque pas un comportement requis dans « l'intérêt exclusif » du sujet de l'incombance, mais affirme plutôt que « dans la plupart des hypothèses » d'incombance, les comportements en cause « sont imposés à celui qui bénéficie d'un avantage, d'un bénéfice, d'un droit particulièrement favorable » (n° 181). Ce qui implique que, dans d'autres hypothèses d'incombance, le comportement peut être exigé dans un intérêt au moins partiellement distinct du sujet d'incombance.

[1156] V. en ce sens, G. FOREST, th. préc., spéc. n° 486, et les références citées.

[1157] F. LUXEMBOURG, th. préc., spéc. n° 209 : « L'incombance ne concerne pas seulement les droits qui procurent un avantage à leur titulaire ; elle concerne également des droits dont l'exercice implique autrui ».

[1158] *Contra*, B. FRELETEAU, th. préc., n° 414 et s., et n° 524, pour qui la déchéance est « une sanction […] indissociable de l'incombance ». V. aussi, K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, th. préc., spéc. n° 15, p. 26 ; H. BOUCARD, *L'agréation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, th. préc., spéc. n° 480 et s. ; M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat),* th. préc., spéc. n° 67.

[1159] S. LICARI, art. préc., spéc. p. 708. V. aussi, F. LUXEMBOURG, th. préc., spéc. n° 246 : « Le même fait générateur – la méconnaissance d'une incombance – peut […] donner lieu à plusieurs sanctions. C'est en cela que la déchéance est une sanction cumulative […] ».

[1160] B. FRELETEAU, th. préc., spéc. n° 507 et s.

[1161] *Ibid*., n° 570 et s.

Conclusion du chapitre

364. - Les contraintes comportementales qui résultent des procédures contractuelles confèrent à celles-ci une nature irréductible à la qualification d'obligation contractuelle au sens strict du terme. Elles mettent en œuvre un modèle obligatoire qui concerne le comportement personnel, distinct de l'obligation principale, qui attendu des parties dans l'exécution du contrat. Cela corrobore l'idée que le contrat peut avoir pour objet autre chose que la création d'obligations.

Pour autant, ce n'est pas la notion de « devoir » qu'il faille recourir pour procéder à la qualification de ces mécanismes, du moins si l'on entend ce terme comme l'expression d'une norme générale de comportement. Ce qui a été convenu dans le contrat est, en tout premier lieu, adressé aux parties. En ce sens, les procédures contractuelles demeurent des prescriptions particulières aux contractants qui en sont les créateurs et/ou destinataires. C'est donc en termes de norme entendue comme modèle de conduite obligatoire qu'il faut recourir pour déterminer la nature des mécanismes étudiés.

Il n'y a pas là matière à surprise quand on sait que l'univers dans lequel évoluent les contractants est régi à la fois par des valeurs économiques et des valeurs morales. Les procédures contractuelles, inspirées du modèle de la procédure judiciaire, semblent se rattacher aux secondes. Car, la méconnaissance des stipulations créatrices ne peut être comprise comme la frustration d'une créance patrimoniale promise, elle s'entend davantage comme la violation d'une norme (dont la portée varie suivant le nombre de parties contractantes) imposant une conduite obligatoire.

365. - Ainsi comprises, les procédures contractuelles apparaissent comme des normes s'imposant aux parties au même titre que tout autre contenu du contrat. Cependant, si la qualification normative est nécessaire, elle ne suffit pas à rendre compte de la singularité de ces dispositifs notamment au regard du régime juridique applicable. Leur contenu et leur structure particulière conduisent à y voir de véritables incombances de diligence telles qu'elles ont été identifiées par la doctrine dont le non-accomplissement répond à un régime précis. On sait que cette qualification n'est pas encore retenue par le droit positif, mais la réalité des phénomènes qu'elle désigne n'est pas discutable. Les clauses instituant des procédures constituent une manifestation de ce concept dans les rapports contractuels. On ne peut nier leur spécificité par rapport aux autres contenus du contrat. Les difficultés existant quant à la détermination d'un régime adapté pourraient être résolues à travers la conceptualisation de ces mécanismes dans la notion d'incombance qui correspond à leur véritable nature.

Conclusion du Titre

366. - Le point semble désormais acquis : les procédures contractuelles sont des mécanismes dont l'originalité tient à la fois d'un mélange du contractuel et du procédural. Elles constituent

plus précisément une manifestation de mécanismes procéduraux dans le droit des contrats. De par leur origine (contractuel), de par leur objet (procédural) et de par leur fonction (de direction de la conduite des parties contractantes), elles ont une nature qui paraît pleinement relever du normatif.

Elles tendent à modeler le comportement des parties qui, par adhésion ou parfois par défiance à l'égard du modèle de la procédure judiciaire, font œuvre créatrice en imposant des mécanismes novateurs dans leurs relations. La diversité des procédures contractuelles que l'on rencontre en pratique constitue un témoignage éclairant. Les préoccupations qui inspirent les contractants ne sont plus tournées uniquement vers la recherche du profit, mais aussi vers la manière d'y parvenir consistant désormais à prendre en considération les intérêts de son cocontractant[1162]. Au regard des exigences que ces mécanismes impriment au comportement des parties (droiture, bonne foi, loyauté…) dont elles sont elles-mêmes à l'initiative, il ne paraît plus exact d'affirmer désormais que « les valeurs économiques se fichent de la morale »[1163].

367. - Ceci manifeste la complexité des relations contractuelles où se côtoient à la fois des normes inspirées d'exigences économiques et morales. Ces deux ordres de valeur ne sont pas pour autant antimoniques, ils se complètent bien qu'ils aient un objet et une structure différents. Ils ont pu déterminer le consentement des parties puisqu'elles sont souvent à l'initiative de leur création. De sorte que le contrat n'est en équilibre, du moins subjectivement, que s'il repose sur les deux. Les procédures contractuelles ne portent pas directement sur la réalisation d'une prestation évaluable en argent, mais les sujétions qu'elles imposent aux parties participent de la régulation du contrat. En ce sens, elles complètent le contrat et font corps avec lui. Cependant, leur particularité doit être mise en exergue dans le cadre d'une démarche de conceptualisation.

Inspirées du modèle du procès dans ses diverses variantes, les procédures instituées au contrat relèvent immanquablement du normativisme. Elles témoignent de la présence d'exigence de civilité dans l'ordre économique. Leur inclusion dans les rapports contractuels a une signification particulière en ce sens où, pour les initiateurs, la fin ne justifie pas tous les moyens. Autrement dit, l'obtention d'un résultat déterminé, d'un effet juridique précis n'est pas la seule qui vaille, la manière d'y parvenir a également son importance. Celle-ci s'incarne dans les diligences qui sont attendues des contractants et qui paraissent conditionner l'effectivité d'un droit ou d'un avantage juridique. Dans cette perspective, lorsqu'une procédure contractuelle encadre par exemple le jeu d'une prérogative, il incombe à son titulaire d'observer le cheminement qui y mène s'il entend bénéficier de l'avantage juridique attaché à cette prérogative. Dans le cas contraire, il s'expose à des conséquences juridiques défavorables, en particulier à la perte de l'avantage juridique que confère la prérogative en cause. C'est en cela que la notion d'incombance paraît adapter à la qualification des processus contractuels. Cette affirmation est fondée sur le fait que les seconds présentent les traits caractéristiques de la première. La reconnaissance de cette catégorie est opportune en ce qu'elle désigne des phénomènes dont la particulière implique un régime adapté.

[1162] Comp. T. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », RDC 2004, n°2, p. 579.

[1163] P. LE TOURNEAU, « Existe-t-il une morale des affaires ? », *in La morale en droit des affaires*, Colloque Toulouse, Montchrestien 1996, p. 7, n° 5.

Conclusion de la première partie

368. - Il résulte de ce qui précède que les besoins des contractants ont donné naissance à un phénomène de procéduralisation voire de processualisation, compris comme l'avènement d'exigences et d'outils de procédure dans le contrat. Issues de la pratique, les procédures contractuelles se signalent par leur relative discrétion. La raison tient peut-être au fait qu'elles ne portent pas sur le cœur de l'opération économique projetée par les parties au contrat. Mais l'évolution des relations contractuelles contemporaines marquée par la complexité dans le temps et dans l'espace a contribué à faire évoluer la perception de ces mécanismes qui semblaient jusqu'à une époque récente relégués à un second plan.

C'est dans ce contexte que législateur et juge ont progressivement et favorablement accueilli ces mécanismes. Des dispositions légales disparates incitent les parties à l'insertion de procédures contractuelles. La jurisprudence accompagne cette évolution de la pratique contractuelle en tirant les conséquences légales qui s'évincent de l'insertion de tels mécanismes. Leur spécificité a conduit à la reconnaissance de leur séparabilité par rapport à l'opération économique portée par le contrat. Ce qui veut dire qu'ils ne sont pas complètement autonomes par rapport à celle-ci, mais pourraient en fonction de leur utilité survivre à l'anéantissement du rapport d'obligation qu'ils aménagent.

369. - L'approche conduisant à assimiler ces mécanismes aux obligations contractuelles ou encore aux devoirs juridiques est insatisfaisante. Inspirées à la fois de préoccupations contractualistes et processualistes, les procédures contractuelles n'établissent pas un rapport d'obligation entre les parties. De plus, parce qu'elles procèdent plus ou moins de la volonté des parties, elles ne peuvent être analysées comme instituant des devoirs généraux. C'est donc en termes de normes entendues comme des modèles de comportement obligatoires qu'il faut recourir pour déterminer la nature de ces mécanismes.

De cette qualification normative, on en déduit logiquement la force obligatoire des clauses procédurales non seulement dans les rapports entre les parties contractantes, mais aussi à l'égard du juge. Mais la singularité des normes instituant des procédures conduit à affiner davantage l'analyse de leur nature juridique. Les contraintes purement comportementales qu'elles imposent aux parties implique de les catégoriser parmi les incombances. Le recours à ce dernier concept semble être la voie qui puisse être suivie pour progresser dans la connaissance de la nature juridique des dispositifs contractuels étudiés. Il reflète mieux leur structure particulière et permet de décrire avec précision quel est leur fonctionnement.

En définitive, les procédures contractuelles n'entrent pas dans les catégories des contenus qui sont censés traditionnellement constituer les contrats. De deux choses l'une : soit on élargit la catégorie des obligations contractuelles pour les accueillir, soit on admet que le contrat peut contenir d'autres normes que les obligations. Les dispositifs étudiés permettent de se rendre compte que la vocation normative du contrat est plus étendue. Ils participent à l'organisation juridique des relations entre les parties contractantes sur le plan procédural. Leur singularité étant soulignée, il reste à compléter leur étude afin de voir qu'il s'agit non

seulement de mécanismes relevant de la qualification de norme contractuelle non obligationnelle mais aussi ayant un régime juridique déterminé.

PARTIE II : LE RÉGIME DES PROCÉDURES CONTRACTUELLES

370. - Le régime des procédures contractuelles n'a pas véritablement suscité un enthousiasme au sein de la doctrine en dépit de la généralisation continue du phénomène. Si des auteurs se sont intéressés à la question, leur approche ne parait pas totalement suffisante à faire émerger un corps de règles spécifiques. Elle est soit trop restrictive[1164] (en ce qu'elle porte sur une catégorie de clauses) pour que soit dégagée une tendance générale, soit trop étendue[1165] (en ce qu'elle s'étend à des clauses non procédurales) pour prendre en compte de la singularité des procédures instituées au contrat. Pourtant l'originalité de ces mécanismes mérite qu'on s'y intéresse davantage en approfondissant l'étude de leur régime.

Dans la loi, il n'y a pas de réponse ferme et généralisable sur la question de l'identification d'un régime adapté aux procédures contractuelles et la jurisprudence est incertaine. On pourrait l'expliquer par le fait que, dans un passé proche, la mise en œuvre de ces dispositifs contractuels n'avait pas de prolongement sur un plan contentieux mise à part la procédure d'arbitrage. Les choses ont cependant évolué dans la pratique contractuelle contemporaine. L'actualité juridique est marquée par la multiplication de litiges autour de la question du non-respect de clauses instituant des procédures. Une ébauche de régime se dessine grâce à l'intervention croissante du juge qui tente de dégager les règles applicables à

[1164] V. par ex., P. LE CANNU, « Le principe de contradiction et la protection des dirigeants », art. préc. ; N. BALAT, « Les règles instituant des processus en droit des contrats : observations sur le "formalisme méthodique" », art. préc. ; P. MOUSSERON, « Les clauses d'agrément et la procédure contractuelles », LPA 28 oct. 2002, n° 215, p. 15 ; S. FROSSARD, « La sanction de la violation d'une procédure disciplinaire conventionnelle, signe de la procéduralisation du droit du travail », D. 2001, p. 417 ; T. GENICON, « Sanction de la violation de la procédure contractuelle de résiliation », RDC 2012, p. 787 ; C. BOILLOT, « Le régime des clauses relatives aux litiges », art. préc.

[1165] V. par ex., J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.* ; F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et C. RODA, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.* ; W. DROSS, *Claussier : Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, *op. cit.* ; G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat*, th. préc. ; N. GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, th. préc. ; M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », art. préc. (partie 1 et 2).

partir du droit des contrats et du droit de la procédure civile. Néanmoins, la jurisprudence n'a pas encore résolu toutes les difficultés relatives au régime des procédures contractuelles. La question se pose, en particulier, de la détermination des sanctions propres à garantir le respect de ces règles procédurales.

371. - On a vu que le fait de raisonner en termes d'obligation ne permet de déterminer la nature juridique ni de résoudre le problème de l'efficacité des procédures contractuelles. Or, c'est le raisonnement qui est retenu par la jurisprudence à l'égard de certaines clauses, à l'image de celles instituant des procédures contractuelles de résiliation et de mise en œuvre des garanties de passif, lorsqu'elle leur applique le régime de la responsabilité contractuelle. Il en résulte que, faute de préjudice, la méconnaissance de ces clauses est sans conséquence pour son auteur quand bien même leur validité n'est pas en cause. Une telle position tend à affaiblir la force obligatoire des stipulations concernées et l'intérêt de reconnaitre aux parties une liberté de création de procédures. Par ailleurs, dans l'hypothèse où elle est retenue, la responsabilité contractuelle du seul fait de la violation d'une procédure pose un certain nombre de difficultés relatives à la caractérisation du lien de causalité et à la détermination du préjudice. En effet, dans la mesure où le respect d'une procédure contractuelle ne garantit pas l'obtention du résultat souhaité (par exemple, le fait d'éviter la résiliation du contrat), on peut se demander s'il y a véritablement un lien de causalité entre sa violation et le dommage invoqué. Suivant quelles modalités doit-on évaluer les dommages et intérêts ? Sont-ils de nature à dissuader de la violation des procédures ? Si la jurisprudence n'a pu apporter de réponse claire à ces interrogations, c'est parce qu'elle a une tendance à vouloir intégrer les mécanismes qui se veulent novateurs dans le moule d'institutions anciennes.

De toute évidence le régime actuel des procédures contractuelles (**Titre 1**) doit être amélioré en tenant compte de leur originalité. Dans cette perspective, on peut lancer des pistes de réflexion sur une évolution du droit positif et proposer de manière prospective les éléments de régime applicable (**Titre 2**).

TITRE 1 - LE RÉGIME APPLICABLE *DE LEGE LATA*

372. - En l'état du droit positif, les procédures contractuelles n'apparaissent pas comme une catégorie à laquelle on associe un régime juridique particulier. Elles sont appréhendées de façon globale à travers les clauses qui les comportent et on met moins l'accent sur le contenu procédural. Cette approche « clausaliste »[1166] n'est pas pleinement satisfaisante dans la mesure où elle s'intéresse plus au contenant qu'au contenu. On doit lui concéder cependant un certain nombre de mérites. Ils sont liés à l'existence même de ces clauses : conditions de validité, survie ou non de celles-ci en dépit de l'anéantissement du contrat principal. Ces questions ont été traitées[1167]. On s'intéressera uniquement à l'application concrète des clauses instituant des procédures, c'est-à-dire à la mise en œuvre des diligences qu'elles imposent aux parties, et les interrogations qu'elles soulèvent en pratique.

À l'analyse, une dualité de régimes gouverne la mise en œuvre des procédures contractuelles. Si l'application des règles issues du droit des contrats a paru incontestable au regard l'origine contractuelle de ces mécanismes, leur objet procédural a contribué à relativiser la force de cette évidence. Les dispositifs étudiés ont des implications à la fois sur le terrain contractuel, en ce qu'ils procèdent de la volonté des parties, et sur le terrain procédural au regard de leur objet et/ou de leur effet. Partant de ce constat, la jurisprudence et la doctrine ont progressivement admis l'application concurrente des règles substantielles et procédurales en la matière.

On analysera dans un premier temps le régime substantiel (**chapitre 1**), et dans un second temps le régime procédural (**chapitre 2**) applicables aux procédures contractuelles.

[1166] Expression empruntée à C. BOILLOT, « Le régime des clauses relatives aux litiges », art. préc., n° 2, l'auteur utilise le terme pour désigner le phénomène consistant à analyser les clauses comme des « sous-contrats » au sein du contrat « ou de contrats accessoires, au sort dans une certaine mesure autonome, ou séparable, de celui du contrat auquel elles s'agrègent formellement ».
[1167] V. *supra*, n° 19 et s.

CHAPITRE 1 : LE RÉGIME SUBSTANTIEL

373. - Par régime substantiel, on entend les règles tirées du droit des obligations et qui sont appliquées à l'objet de l'étude par opposition aux règles régissant la procédure civile. Les procédures contractuelles puisent leur force de la volonté des parties. Prévues au contrat, il n'est pas étonnant que l'on songe en premier lieu à leur appliquer le régime contractuel. En effet, ce sont les parties qui déterminent dans leur accord les contours et les modalités des procédures qu'elles instituent.

La rédaction du contrat est donc primordiale dans la définition du régime des procédures contractuelles. Cependant, si certaines clauses sont mûrement réfléchies, il n'en va pas de même pour d'autres qui se signalent par leur caractère pathologique résultant notamment de leur rédaction imprécise. Les contractants n'utilisent pas toujours les ressorts de la liberté contractuelle pour organiser soigneusement les dispositifs qui les concernent. Dans ce contexte, la jurisprudence, aidée par la doctrine, élabore progressivement des règles relatives à l'application (**Section 1**) et à la sanction de la méconnaissance (**Section 2**) des clauses instituant des procédures à partir du droit commun et de textes spécifiques.

Section 1 : L'application des clauses instituant des procédures

374. - Lorsque les parties prévoient le jeu d'une procédure, elles le stipulent généralement dans une clause du contrat pour permettre la réalisation de l'une des finalités de celle-ci. Par exemple, dans le cas d'un accord organisant le constat contradictoire d'état des lieux, la procédure contractuelle qui y est incluse apparaît alors comme un moyen de parvenir à l'objet de la clause c'est-à-dire à un procès-verbal de constat établi de manière contradictoire. En d'autres termes, les étapes successives qui composent la procédure concrétisent la mise en œuvre de l'objet de la clause qui la prévoit. Cela invite à s'interroger sur le rôle de ces formalités procédurales dans l'ingénierie contractuelle. Constituent-elles de simples modalités ou des éléments essentiels des clauses qui les contiennent ? Quelles incidences ont-elles sur la situation juridique des parties ? On verra que si ces dispositifs ne font pas partie du cœur de l'opération contractuelle, ils constituent néanmoins des fragments qui concourent au processus d'ensemble.

Il convient de rappeler que l'application des clauses instituant des procédures n'est pas systématique. Leur emploi est soumis à des conditions ou à des éventualités dont la survenance servira de facteur déclenchant à l'accomplissement des formalités procédurales. Dans le cas contraire, lorsque la situation de fait régie par les clauses procédurales ne s'est pas réalisée, celles-ci ont tout de même joué leur rôle de prévisions de par leur existence. Autant dire que la force obligatoire des procédures contractuelles (**§. 1**) ne se limite pas seulement à la mise en œuvre effective des diligences prescrites. Elles produisent effet (**§. 2**) en assumant des prévisions qui ne se réalisent pas nécessairement dans la pratique.

§. 1. La force obligatoire des procédures contractuelles

375. - On l'a vu précédemment, les clauses procédurales se caractérisent par l'absence d'automaticité de leur application. Une fois valablement créées, elles constituent des normes qui vont servir de référence pour organiser les relations des parties en cas de réalisation de leurs présupposés. Cela signifie qu'elles peuvent ne pas être appliquées lorsque la condition ou l'éventualité qui conditionne leur mise en œuvre ne se réalise pas. Une clause de conciliation, par exemple, ne suscite pas de problème particulier lorsque le contrat s'exécute parfaitement et qu'aucun litige n'oppose les parties. Mais le plus souvent, la question de la force obligatoire des procédures contractuelles se pose au stade de leur mise en œuvre (**A**). Si la clause génératrice est claire et précise, son application est facilitée à moins qu'elle ne se heurte à des obstacles s'imposant comme des restrictions de sa force obligatoire (**B**).

A. La mise en œuvre des procédures contractuelles

376. - Les procédures contractuelles s'inscrivent dans une perspective dynamique. Elles impliquent une action positive des contractants en leur imposant des diligences à accomplir. Elles se distinguent en cela des mécanismes qui se caractérisent par l'automaticité de leur application [1168]. Concrètement l'aspect dynamique des dispositifs présentement étudiés apparaît dans leurs principales étapes que sont le déclenchement (**1**), le déroulement (**2**) et le dénouement (**3**) du processus conventionnel. La liberté contractuelle tient une place importante dans l'aménagement de chacune de ces étapes.

1. Le déclenchement de la procédure

377. - Le déclenchement des procédures contractuelles suppose que des conditions soient réunies. On peut établir une distinction entre les conditions de fond (**a**) et de forme (**b**) régissant cette phase de la mise en œuvre des mécanismes étudiés.

a. Conditions de fond

378. - L'activation d'une procédure contractuelle suppose que soient réunies des conditions objectives et subjectives.

[1168] V. *supra*, n° 185 et s.

Les conditions objectives sont celles qui sont relatives aux circonstances conditionnant le mécanisme. Elles sont variables, mais on peut opérer un regroupement selon qu'elles sont internes ou externes aux parties.

Les circonstances internes aux contractants peuvent tenir en la survenance de faits fautifs. Nombreuses sont les clauses qui visent une telle circonstance. Tel est le cas des clauses résolutoires[1169] ou de résiliation pour inexécution. Il en est de même des clauses aménageant la faculté de remplacement[1170] ou encore celles qui organisent selon les mêmes modalités le jeu de l'exception d'inexécution[1171]. Le dénominateur commun des clauses précitées réside dans le fait générateur de leur application, c'est-à-dire un manquement du débiteur dans l'exécution de son obligation. Il incombe aux rédacteurs de l'acte de préciser les obligations dont la violation constitue un facteur déclenchant de la procédure[1172]. Car le caractère dérogatoire des prérogatives contenues dans ces clauses conduit les tribunaux à retenir une interprétation étroite. On trouve des clauses bien précises en ce sens. Ainsi, dans les conditions générales de contrats d'assurance, les assureurs prennent généralement la précaution de définir le champ de la clause de résiliation c'est-à-dire les hypothèses dans lesquelles elle a vocation à jouer :

« […] RÉSILIATION PAR L'ASSUREUR
Chaque année, le contrat est résiliable par l'assureur quelle qu'en soit la cause à condition d'en aviser le souscripteur au moins deux mois avant l'échéance principale.
Ou encore :
a. en cas de survenance de l'un des événements suivants :
changement de domicile ;
changement de situation ou de régime matrimonial ;
changement de profession ;
de retraite professionnelle ou de cessation définitive d'activité professionnelle.
Dès que l'assureur a connaissance de l'un de ces événements, il peut mettre fin au contrat dans les trois mois. La résiliation prend effet un mois après sa notification.
b. en cas de cession du véhicule assuré ;
c. en cas de non-paiement de la cotisation ;
d. en cas d'aggravation du risque ;
e. en cas d'omission ou d'inexactitude dans la déclaration du risque à la souscription ou en cours de contrat ;
f. après un sinistre, si l'accident a été causé sous l'empire de l'alcool ou de stupéfiants ou à la suite d'une infraction au Code de la Route entraînant une décision judiciaire ou administrative de suspension du permis de conduire de plus d'un mois, soit une décision d'annulation de ce permis […] »[1173].

379. - Cette clause montre que les circonstances internes aux parties ne sont pas toujours fautives. Elles peuvent aussi concerner l'exercice de droit reconnu aux parties. Tel est l'objet de clauses aménageant la faculté de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée. On citera également le cas des clauses de préférence, de préemption ou

[1169] Pour un ex., v. *supra*, n° 276. Les conditions d'application de cette clause sont strictement encadrées : C. PAULIN, *La clause résolutoire*, th. préc.
[1170] Pour un ex., v. *supra*, n° 207.
[1171] J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 740., p. 243.
[1172] Le manquement visé doit non seulement être prévu au contrat, mais aussi être stipulé de manière précise pour permettre la mise en œuvre de la clause, v. par ex., Cass. 3e civ., 13 déc. 2006, n° 06-12.323 Bull. civ. III, n° 248 ; D. 2007, AJ, p. 158, obs. Y. ROUQUET ; Loyers et copr. 2007, n° 28, obs. P.-H. BRAULT ; CA Paris, 10 janv. 1989, D. 1989, IR, p. 50.
[1173] L'Olivier assurance auto, Dispositions générales automobiles, Référence n° L OA013, art. 4.3.3.2.

d'agrément. Elles instituent des processus dont la volonté du titulaire de la prérogative constitue le facteur déclenchant. C'est pourquoi, les parties ont intérêt à préciser le champ d'application de ces clauses[1174]. L'objectif est de contrôler les effets de l'unilatéralisme dans les rapports contractuels soit en élargissant, soit en rétrécissant son domaine. Dans tous les cas, la précision des termes de l'acte s'impose. La jurisprudence se montre exigeante en la matière. Par exemple, s'agissant des modes conventionnels de résolution des différends, le fait générateur de la clause doit être précisé relativement aux litiges [1175] et à l'instance judiciaire[1176] en cause. S'il est « parfaitement loisible aux parties d'élargir le champ »[1177] du processus, elles doivent le préciser dans leur accord.

380. - En ce qui concerne les circonstances externes aux parties, elles visent les situations les plus diverses. L'exemple caractéristique est celui de la survenance de cas de force majeure qui fait parfois l'objet d'un élargissement contractuel. On trouve, en effet, dans certains contrats des clauses de force de majeure qui étendent leur champ à des évènements qui ne présentent pas toutes les caractéristiques de cette notion [1178]. La détermination des évènements susceptibles de faire jouer la procédure contractuelle est une précaution très utile si les parties veulent s'assurer de l'efficacité du mécanisme. Le constat est identique pour ce qui concerne la mise en œuvre des clauses d'imprévision[1179]. La question est imparfaitement réglée par le législateur à l'article 1195 du Code civil. Le texte subordonne la révision ou la résolution pour imprévision à trois conditions à savoir un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat provoquant l'excessive onérosité de l'exécution pour le débiteur qui n'a pas accepté ce risque lors de la conclusion du contrat [1180]. S'agissant d'une disposition supplétive de volonté[1181], il appartient aux parties de préciser suffisamment le contenu de la procédure notamment quant à ses conditions de mise en œuvre.

Le but recherché par les parties détermine souvent son contenu. Ainsi, pour éviter que la clause d'imprévision « ne soit invoquée de manière intempestive » [1182], le contrat peut limitativement énumérer les évènements déclenchant le processus[1183]. L'inconvénient majeur d'une telle stipulation est de ne pas viser tous les évènements susceptibles de bouleverser l'équilibre du contrat. Aussi, les parties peuvent définir de manière générale les circonstances

[1174] V. par ex., CA Rouen, 9 juin 2011, n° 10/05530, qui rappelle « le principe de libre négociabilité des titres d'une société amène à interpréter strictement les clauses d'agrément et ne peut permettre d'étendre leurs effets au-delà des conditions et hypothèses qui y sont clairement explicitées ».
[1175] V. par ex., Cass. 2e civ., 21 mars 2019, n° 18-14.773, inédit, AJDI 2019, p. 381 ; D. 2019, p. 1306, obs. A. LEBORGNE ; RTD civ. 2019, p. 578, obs. H. BARBIER.
[1176] Cass. 3e civ., 23 mai 2019, n° 18-15.286; D. 2019, p. 1172 ; RTD civ. 2019, p. 578, obs. H. BARBIER.
[1177] H. BARBIER, obs. préc.
[1178] V. *supra*, n° 260 et s.
[1179] V. par ex., Cass. com., 28 janv. 2008, n° 06-17.748 ; Gal. Pal. 2008, p. 17, qui approuve les juges du fond d'avoir écarté l'application de la clause d'adaptation au motif que le fait générateur de celle-ci était la nullité d'une clause et non la modification de l'objet même du contrat « du fait de l'existence de nouvelles règles ».
[1180] O. DESHAYES, T. GENICON et Y-M. LAITHIER, *op. cit*., p. 443 et s.
[1181] V. par ex., B. FAUVARQUE-COSSON, « La révision pour imprévision, une atteinte au principe de la force obligatoire des contrats ? », *in La réécriture du code civil. Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, J. CARTWRIGHT, B. FAUVARQUE-COSSON et S. WHITTAKER (dir.), SLC 2018, p. 195 et s., spéc. p. 208 : « Le caractère supplétif de l'article 1995 […] permet aux parties d'aménager ou d'exclure l'application du dispositif légal ».
[1182] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et C. RODA, *op. cit*., spéc. n° 910, p. 428.
[1183] C'était le cas dans l'affaire EDF-Shell : CA Paris, 28 sept. 1976, JCP 1978, II, 18810, note J. ROBERT.

propres à déclencher le processus de renégociation. Une telle définition générique convient à toutes sortes de conventions[1184]. Mais son inconvénient réside dans son caractère imprévisible dans la mesure où elle peut être invoquée de façon intempestive. Dans tous les cas, les rédacteurs doivent veiller à ne pas trop étendre le champ de la clause au risque de compromettre « la sécurité juridique et la nature obligatoire du contrat »[1185]. À cet égard, ils peuvent procéder à une combinaison des deux méthodes en optant pour une définition générique tout en énumérant des cas d'évènements de nature à faire jouer la clause[1186]. Il est souhaitable que les parties précisent les autres conditions de mise en œuvre de la clause spécialement en ce qui concerne l'effet de l'imprévision sur l'équilibre du contrat. En pratique, elles ont recours soit à des critères objectifs (par exemple, le bouleversement de l'économie du contrat) soit à des critères subjectifs (par exemple « conséquences inéquitables pour l'une ou l'autre partie »)[1187]. Le dispositif pourra être complété par renvoi à dire d'expert en cas de désaccord portant notamment sur « des problématiques dont la résolution se heurte à un manque de technicité des parties sur un point spécifique »[1188].

381. - Les conditions subjectives sont relatives aux parties. S'agissant d'une norme contractuelle, les parties sont en même temps auteurs et destinataires. La mise en œuvre des procédures contractuelles leur incombe en premier lieu. Mais rien n'interdit de recourir à un tiers dès lors que celui-ci agit au nom et pour le compte des parties sous réserve qu'il ait véritablement qualité pour agir à cette fin[1189]. Il reste que la faculté de déclenchement de la procédure constitue une prérogative bilatérale dans la majorité des cas. On peut le constater dans les procédures contractuelles bilatérales[1190]. Ainsi, en matière de conciliation, chacune des parties dispose d'un pouvoir d'initiative de l'application du dispositif. Mais il appartient opportunément à celle qui entend saisir le juge de déclencher le jeu du dispositif contractuel. Dans les procédures contractuelles unilatérales, la partie qui prend l'initiative correspond généralement au titulaire d'une prérogative.

Cette présentation ne correspond cependant pas toujours à la réalité du mécanisme des procédures contractuelles. Il existe des procédures bilatérales où l'auteur du déclenchement est précisément désigné dans la clause. Tel est le cas de clauses de renégociation stipulées dans l'intérêt et à l'initiative du débiteur qui sera tenu de notifier au créancier la survenance des conditions déclenchant l'application du dispositif. Dans les procédures unilatérales, le contrat peut mettre à la charge de l'une ou des deux parties la faculté d'activation. On le constate à propos de clauses de résiliation qui diffèrent dans leur contenu selon qu'elles visent

[1184] J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, spéc. n° 1201.
[1185] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et C. RODA, *op. cit.*, n° 910, p. 429.
[1186] M. FONTAINE et F. DE LY, *Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de clauses*, *op. cit.*, p. 507 et 508 ; J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, spéc. n° 1204.
[1187] M. FONTAINE et F. DE LY, *op.* et *loc. cit.* ; J. M. MOUSSERON, , *op. cit.*, n° 1205 ; F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et C. RODA, *op. cit.*, n° 911, p. 429.
[1188] F. MAGAR, art. préc., spéc. II, 10e §. *Adde*, J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 1212.
[1189] Ce qui n'est pas le cas lorsque le tiers agit au nom d'une partie sans mandat : Cass. com., 2 mars 1999, inédit, n° 96-19.692. Rappr. L'irrégularité de la notification effectuée par un tiers n'ayant pas qualité pour agir au nom d'une partie : Cass. com., 13 juin 2018, n° 16-20.910.
[1190] V. par ex. CA Paris, 8 janv. 2008, n° 06/17150, s'agissant d'une procédure bilatérale de fixation de l'indemnité, la cour relève « qu'il importe peu de déterminer qui avait la charge de prendre l'initiative d'engager la procédure de concertation, laquelle en l'absence de mention du contrat, pouvait l'être indifféremment par l'une ou l'autre des parties, et, plus précisément par celle qui avait intérêt à le faire ».

à sanctionner un comportement ou à sauvegarder les intérêts des contractants. Le créancier est le plus souvent désigné comme étant le bénéficiaire et l'initiateur du déclenchement, mais le contrat peut prévoir la faculté d'activation au profit de chaque contractant.

b. Conditions de forme

382. - Le déclenchement de la procédure contractuelle est soumis au respect d'une modalité formelle qui consiste à informer l'autre partie. La notification en cause se présente sous deux aspects différents.

Dans un cas, il peut s'agir d'une notification qui se limite simplement à porter à la connaissance de l'autre partie la survenance de l'évènement visé par la clause. Tel est précisément l'objet des procédures informatives[1191]. Dans l'autre cas, la mise en demeure constitue l'élément enclenchant le dispositif prévu par les parties. Cette situation est fréquente dans les clauses instituant une procédure incitative[1192] c'est-à-dire celles visant à susciter la réaction du cocontractant dans le sens de l'exécution de son engagement. Dans les deux cas, l'information du cocontractant peut être faite suivant des modalités diverses. En pratique, la lettre recommandée avec accusé de réception est la plus usitée compte tenu de la relative sécurité qu'elle offre et de son coût modéré. Parfois le contrat prévoit d'autres modalités comme le recours à un exploit d'huissier[1193] notamment en matière de résiliation du bail, une lettre de recommandée sans avis de réception[1194], fax, voire par mail. Quel que soit le mode de notification choisi, il appartient à la partie qui en est tenue de rapporter la preuve d'une notification régulière en cas de litige[1195].

Le contenu de l'acte de notification est déterminé par les contractants. Il comporte en principe les circonstances propres à justifier le déclenchement de la procédure contractuelle. La précision est importante car elle permet au destinataire de vérifier que les conditions de mise en œuvre sont réunies et d'éviter une invocation abusive de la clause. La notification peut être accompagnée de la communication des pièces justificatives[1196]. Pour éviter que le jeu du dispositif contractuel ne soit laissé à la discrétion d'une partie, le contrat peut prévoir le recours à un tiers chargé de déterminer si les conditions de mise en œuvre du dispositif sont

---

[1191] V. *supra*, n° 196 et s.
[1192] V. *supra*, n° 203 et s.
[1193] V. par ex., *supra*, n° 277. V. aussi, J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », RDC 2018, p. 514 et s., p. 516, qui souligne le fait que les parties ont la possibilité d'aménager l'exigence d'une mise en demeure dans le but « de renforcer le formalisme de celle-ci », notamment en stipulant « que seule une sommation par acte extrajudiciaire vaut mise en demeure ».
[1194] V. par ex., sur la notion du retrait d'un adhérent prévu par les dispositions statutaires : Cass. com., 9 juill. 2002, n° 99-13.072, JCP E, 2003, p. 543, obs. M.-E. ANDRE.
[1195] V. par ex., Cass. com., 7 juill. 2004, n° 00-22.411 ; Dr. sociétés oct. 2004, n° 173, obs. J. MONNET, qui juge la procédure d'agrément irrégulière faute pour le cédant de rapporter la preuve d'une notification à chacun des associés.
[1196] V. par ex., Cass. com., 21 oct. 2014, n° 13-11805, Bull. civ. IV, n° 153 ; BJS déc. 2014, n° 122v2, p. 709, note A. COURET, l'arrêt porte sur la sanction de l'inertie du bénéficiaire s'agissant de la communication de pièces en application de la clause de garantie de passif.

réunies. Par exemple, en matière de clause de renégociation les parties peuvent envisager le recours à un expert ou à un arbitre[1197] pour apprécier la réalisation de l'hypothèse visée par la clause. La même prévision peut être incluse dans la clause de force majeure où les parties peuvent s'en référer à un tiers pour l'appréciation des évènements déclenchant la mise en œuvre[1198].

383. - Il arrive que l'activation de la procédure contractuelle s'opère sans formalité particulière. Ainsi, dans les marchés de travaux privés, les réunions de chantier sont généralement fixées par le maître d'œuvre en cours de chantier et le déclenchement n'est pas soumis à un formalisme particulier. Les parties prévoient généralement dans le contrat le principe de de la tenue de ces réunions et les modalités sommaires de mise en œuvre[1199]. Hormis cette hypothèse, la précision des modalités formelles d'application est évidemment souhaitable en raison de la sécurité qu'elle offre aux parties.

Au final, les parties ont une marge de manœuvre assez large dans la détermination des conditions d'activation des procédures qu'elles instituent. La même liberté leur est reconnue dans la définition des règles gouvernant le déroulement des procédures contractuelles.

2. Le déroulement de la procédure

384. - Lorsque les conditions posées par la clause sont réunies, le respect de sa force obligatoire implique que la procédure soit effectivement mise en œuvre[1200]. Certains auteurs ont recours à la notion d'obligation de résultat[1201] pour exprimer cette force obligatoire du dispositif contractuel quand il s'agit simplement d'une incombance de diligence à la charge des parties. Quoi qu'il en soit, la procédure contractuelle doit en principe se dérouler selon les étapes successives qui sont inscrites dans une chronologie bien précise. Il convient de distinguer selon qu'elle est mise en œuvre et conduite par les parties (**1**) ou que son déroulement implique un tiers (**2**).

a. La conduite de la procédure par les parties

385. - Le déroulement des procédures contractuelles est régi par les exigences de coopération, de bonne foi, de loyauté voire de droiture ou de civilité. L'explication tient au fonctionnement même de ces mécanismes qui n'ont pas un caractère automatique[1202]. Les parties doivent adopter une attitude positive dans le but de faire progresser la procédure vers le résultat final. L'absence d'automaticité accroît donc les exigences relatives à la qualité du comportement requis. En outre, la plupart des procédures contractuelles vise à instaurer une voie négociée entre les parties. Ainsi, s'agissant des clauses résolutoires[1203], de

[1197] Pour un ex. de clause, v. M. FONTAINE et F. DE LY, *op. cit.*, p. 510.
[1198] Pour un ex. de clause v. *supra*, n° 262.
[1199] Pour un ex., v. *supra*, n° 212 et 213.
[1200] Comp. C. JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », art. préc., spéc. n° 26 : une fois les conditions d'activation réunies, « les parties doivent effectivement entrer en discussion ».
[1201] V. *supra*, n° 304.
[1202] V. *supra*, n° 180 et s.
[1203] V. par ex., Cass. 3e civ., 1er févr. 2018, n° 16-28.684 ; Cass. 3e civ., 14 sept. 2017, n° 16-18.840 ; RTD civ. 2017, p. 858, obs. H. BARBIER ; D. 2018, p. 371, obs. M. MEKKI, qui énonce que « l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du locataire n'a pas pour effet de dispenser le bailleur de mettre en œuvre, de

renégociation[1204], de résolution conventionnelle des litiges, l'exigence de bonne foi est beaucoup plus forte. La nécessité de coopérer ne s'impose pas avec la même vigueur dans tous les cas notamment lorsque la procédure n'implique pas une concertation entre les parties. On peut le constater dans le jeu des procédures contractuelles unilatérales, mais aussi dans l'application de certaines procédures bilatérales[1205]. En toute hypothèse, l'attitude des parties dans la conduite des procédures reste sous la vigilance des tribunaux qui prennent en compte la bonne foi ou la cohérence du comportement[1206].

Au-delà des exigences générales qui s'imposent aux parties, le déroulement de la procédure contractuelle implique des exigences particulières. Elles doivent spécialement accomplir les diligences qui les incombent[1207]. Celles-ci sont principalement constituées d'actes juridiques : notification, mise en demeure[1208], préavis[1209], communication de pièces, établissement contradictoire d'un document contractuel, la motivation de décision unilatérale, etc. Les conditions générales de formation des actes juridiques demeurent applicables. Outre le fait qu'elles peuvent faire l'objet d'un aménagement conventionnel, ces conditions s'écartent des principes généraux énoncés au Code civil notamment celui relatif au consensualisme. Cela s'explique par le caractère unilatéral de la majorité des actes devant être accomplis dans le cadre de la mise en œuvre d'une procédure contractuelle.

Il en résulte que les actes (qui concrétisent la mise en œuvre des procédures étudiées) doivent être portés à la connaissance de l'autre lorsqu'ils émanent d'une seule partie.

---

bonne foi, la clause résolutoire ». V. aussi, Cass. 3e civ., 26 mars 2014, n° 12-22.092, inédit ; Cass. com. 15 mai 2012, n° 10-26.391 et n° 11-13.972, inédit ; RTD civ. 2012, p. 727, obs. B. FAGES. Sur cette question, v. C. PAULIN, th. préc., n° 177 et s. , p. 190 et s. ; V. C. CHABAS, « Résiliation, Résolution », art. préc., spéc. n° 136 et s.

[1204] Comp., B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement des circonstances », art. préc., spéc. n° 37 : « L'exigence de bonne foi ainsi que l'interprétation de l'intention des parties (manifestée par l'existence même de la clause de *hardship*) conduisent à considérer qu'elles doivent émettre et accepter des propositions raisonnables ». V. déjà en ce sens, B. OPPETIT, art. préc., p. 806-807 ; L. AYNÈS, « Le devoir de renégocier », art., spéc. n° 23-24, p. 18, pour qui, renégocier implique « une attitude : se prêter loyalementà ce dialogue, c'est-à-dire sans duplicité et sans tactique dilatoire, avec l'intention d'aboutir à un accord ».

[1205] V. *supra*, n° 211 et s.

[1206] V. par ex., Cass. com., 3 juin 2014, n° 12-17.089. V. aussi, Cass. com., 15 mars 2017, n° 15-16.406 ; RDC 2018, p. 21 ; Gaz. Pal. 2017, n° 32, p. 31, note D. HOUTCIEFF ; Cass. com., 21 févr. 2006, n° 02-21.240 ; CCC 2006, comm. n° 99, obs. L. LEVENEUR ; RTD civ. 2006, p. 314, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RDC 2006, p. 704, obs. D. MAZEAUD ; RDSS 2006, p. 751, obs. F. ARHAB ; D. 2006, p. 2638, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; et 2007, p. 1453, obs. J. PENNEAU ; JCP E 2007, 1348, n° 5, obs. D. MAINGUY, s'agissant de la procédure contractuelle de résiliation, la Cour énonce en principe que, « si la partie qui met fin à un contrat de durée indéterminée dans le respect des modalités prévues n'a pas à justifier d'un quelconque motif, le juge peut néanmoins, à partir de l'examen de circonstances établies, retenir la faute faisant dégénérer en abus l'exercice du droit de rompre ».

[1207] En matière de clause de renégociation par ex., v. L. AYNÈS, « Le devoir de renégocier », *op*. et *loc*. *cit*., selon l'auteur, renégocier implique « des actes : émettre et recevoir des propositions, faire connaître sa réaction et l'expliquer, informer ».

[1208] X. LAGARDE, « Remarques sur l'actualité de la mise en demeure », JCP 1996. I. 3174, spéc. n°4, qui adopte une conception procédurale de la mise en demeure conçue comme « l'obligation de suivre une certaine procédure lorsque la discorde succède à la concorde ». *Adde*, D. ALLIX, « Réflexions sur la mise en demeure », JCP 1977. I. 2844 ; R. LIBCHABER, « Demeure et mise en demeure en droit français, Rapport français », *in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Paris, LGDJ, Bruylant 2001, p. 125 ; B. GRIMONPREZ, « Mise en demeure », Rép. dr. civ., Dalloz 2021.

[1209] Sur la question, v. A. SONET, *Le préavis en droit privé*, op. cit., spéc. n° 437 et s. qui considère que l'obligation de respecter un délai de préavis a pour fondement la bonne foi.

Certaines clauses rencontrées dans la pratique sont moins prolixes s'agissant des détails du contenu des actes unilatéraux. Il arrive aussi que la clause soit suffisamment détaillée. Dans tous les cas, le destinataire doit non seulement en avoir connaissance, mais aussi y trouver les éléments d'information nécessaires. Toujours est-il que les parties doivent être en mesure d'établir la réalité de l'accomplissement des formalités procédurales. L'établissement d'un écrit s'imposera pour des besoins de preuve notamment lorsque les diligences en cause sont constituées d'opérations matérielles : discussions informelles directes entre les parties dans le cadre de procédures bilatérales, opération de constatation contradictoire d'état des lieux, examen de la chose par l'acheteur au moment de la livraison en application de la clause d'agréation... En l'absence de définition de modalités probatoires, il est possible de dresser un procès-verbal, d'enregistrer les échanges ou encore d'établir un compte-rendu[1210]. Dans le jeu de clauses de rencontre et de renégociation, il est vivement conseillé aux parties « d'acter par écrit » les opérations successives accomplies telles que leurs propositions et contre-propositions, les points de blocage, les avancées et toute chose qui permettra de « caractériser leur réactivité et leur pro-activité »[1211].

386. - En somme, la mise en œuvre d'une procédure contractuelle implique des échanges et de la communication entre les parties pour la faire avancer vers l'objectif recherché. Il appartient aux parties de définir à l'avance les modes ainsi que le contenu des notifications et échanges exigées. De sorte qu'elles ont intérêt à faire preuve de précision lors de la rédaction du contrat afin de prévenir les difficultés d'interprétation. Elles peuvent autoriser, par exemple, le caractère verbal des échanges. Ainsi, dans le jeu de clauses de conciliation ou de renégociation, il peut être convenu que les propositions et contre-propositions se font de façon verbale lors de discussions directes entre les parties. Mais pour des raisons évidentes de preuve, l'établissement d'un écrit est préférable. Cela permettra éventuellement de situer les responsabilités notamment en cas d'échec du processus. Il peut servir à établir le caractère futile d'une proposition, faite simplement dans le cadre d'une application purement formelle de la clause.

Si les parties peuvent se montrer plus souples quant à l'exigence d'un écrit, celui-ci est néanmoins fortement recommandé. Il en est de même de l'identification des acteurs de la procédure. Dans certaines hypothèses, la réussite du processus contractuel dépend en partie de la qualité des personnes impliquées dans sa mise en œuvre. Par exemple, en matière de renégociation et de conciliation, l'implication des vrais décideurs est gage de son succès. L'intervention d'un tiers s'inscrit également dans cet objectif.

b. L'implication d'un tiers dans la procédure

387. - Les procédures contractuelles peuvent impliquer, à des degrés divers, des tiers dans leur mise en œuvre. La mission de ces derniers varie d'un processus à un autre. Mis à part l'arbitrage qui a une nature contractuelle et juridictionnelle, l'intervention du tiers s'effectue

[1210] B. GAURIAU et M. MINÉ, *Droit du travail*, *op. cit*., n° 486, p. 253.
[1211] F. MAGAR, « Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et de renégociation », art. préc., spéc. II, 3e §, qui souligne que la mise en œuvre de ce type de clause implique de la part des partie d'agir de bonne foi en collaborant activement « à la recherche d'une solution ».

dans un cadre non-processuel. Il en résulte des questionnements portant sur la qualification (**α**) et la nature de la décision (**β**) de ce tiers.

α) La qualification du tiers

388. - La notion de « tiers » ne vise pas le représentant d'une partie dans l'accomplissement des actes du processus contractuel. Il s'agit d'une personne choisie en raison de son autorité, de sa compétence ou de son savoir-faire dans le domaine concerné. Le tiers doit être désigné dans la clause qui peut aussi se limiter à prévoir les modalités de sa désignation.

La qualification du tiers dépend de la nature de la mission qui lui est confiée[1212]. En matière d'arbitrage, les parties confient en principe à l'arbitre le pouvoir de trancher le litige par application de la règle de droit. L'arbitre est donc un juge et la sentence qu'il rend est considérée comme un jugement[1213]. Il arrive aussi que, sans être investi du pouvoir de trancher un litige[1214], le tiers soit amené à imposer une solution aux parties[1215]. Se pose alors la question de savoir en quelle qualité il intervient. On trouve un début d'explication chez un auteur qui affirme : « Lorsqu'il s'agit, non pas de trancher un litige ni d'aplanir un différend menaçant ou d'ores et déjà né, mais d'accomplir un acte créateur d'une situation contractuelle à partir d'un problème dont les parties savent qu'elles n'ont ni la compétence ni l'indépendance nécessaires pour le résoudre elles-mêmes, le recours aux mandataires communs s'impose »[1216]. Mais la question de la détermination de la qualité juridique du tiers intervenant dans une procédure contractuelle est beaucoup plus compliquée qu'elle n'y paraît. Les incertitudes qui entourent la question résultent des hésitations entre la qualification d'arbitre, d'expert ou celle de mandataire commun.

La distinction entre ces trois notions n'a pas seulement un enjeu théorique, elle a des intérêts pratiques évidents. En effet, les conditions de fond et de forme de l'arbitrage sont beaucoup plus strictes que celles de l'expertise ou de mandat commun. Lorsqu'on considère le tiers comme un arbitre, sa décision doit satisfaire à toutes les exigences formulées pour une sentence arbitrale qui a les caractères d'un jugement[1217]. Elle s'impose aux parties et est susceptible d'exécution en tant que tel sous réserve du respect d'une procédure préalable de reconnaissance ou d'exequatur. S'il s'agit d'un expert au sens des articles 263 et suivants du Code de procédure civile, il est tenu de prendre en considération les observations ou réclamations des parties[1218] avant de rendre sa décision, laquelle a la valeur d'un avis qui ne lie pas le juge. Dans le cas d'un mandataire commun, son estimation a la même valeur que le

[1212] V. par ex., CA Versailles, 18 sept. 1998, n° 1996-1991, qui relève « que la qualification de la clause litigieuse ne dépend pas des termes employés dans la convention, mais de la mission confiée aux » et ajoute que « l'arbitrage suppose que les parties aient entendu confier aux tiers un pouvoir juridictionnel ».
[1213] CPC, art. 1484. V. L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, spéc. n° 91, 196.
[1214] L. CADIET, J. NORMAND et S. A. MEKKI, *op. cit.*, spéc. n° 134, p. 285, qui considèrent que le litige a une connotation juridique en ce qu'il porte sur l'application des « règles de droit pertinentes, ce que seul peut juger un tiers impartial investi du pouvoir de dire le droit dans un acte d'autorité qui ne peut être contesté que devant un autre juge ».
[1215] V. *supra*, n° 230 et s.
[1216] H. MOTULSKY, *Ecrits, t. II : Etudes et notes sur l'arbitrage*, préf. C. RAYMOND, Dalloz 2010, p. 42.
[1217] C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *op. cit.*, n° 913 et s.
[1218] CPC, art. 276, al. 1er.

contrat et les parties peuvent saisir les tribunaux d'une action en exécution forcée de sa décision. On s'interroge alors afin de savoir quels sont les critères distinctifs entre les trois notions.

389. - Contrairement à l'arbitre, l'expert ne tranche pas un litige. Il se contente de formuler un avis, une opinion sur une question technique qui n'oblige ni les parties ni le juge. On estime que « son appréciation est soumise à la vérification judiciaire et peut se trouver en définitive, complètement écartée »[1219]. Il en va de même du travail du mandataire commun qui ne consiste pas à trancher un litige, mais plutôt à parfaire une convention[1220]. Sa mission possède la « même force obligatoire qui s'attache à la convention »[1221]. *A priori*, il n'y a aucune raison de confondre entre les trois notions. Cependant, la simplicité qui paraît ressortir de ces définitions est plus apparente que réelle. Les difficultés résident principalement dans les critères de distinction retenus qui aboutissent en pratique à des résultats flous[1222]. En effet, l'analyse classique de la distinction entre arbitre, expert et mandataire commun montre que les critères sur lesquels elle repose consistent à faire dépendre la qualité juridique retenue de la mission confiée au tiers[1223]. Ainsi, la cour d'appel de Paris énonce que « la qualification de sentence ne dépend pas des termes retenus par les parties dans leur convention ou par un tribunal arbitral, mais dépend étroitement de la mission confiée par ces parties à un tiers »[1224]. Or, la mission confiée au tiers est déterminée « en fonction de l'intention profonde […] des parties et des circonstances de l'espèce »[1225]. Cette place essentielle accordée à l'intention des parties pour la détermination de la nature des pouvoirs attribués au tiers revient à abandonner la qualification de celui-ci à un critère subjectif que l'on ne saurait préciser en toute certitude. La difficulté est encore plus grande quand on sait qu'en pratique, « les parties ne savent pas toujours ce qu'elles choisissent, ignorant généralement la différence entre les diverses institutions, et n'étant d'ailleurs pas très fixées sur leurs propres intentions »[1226].

Pour résoudre le problème de la qualification juridique à donner au tiers, un auteur plaide pour l'adoption d'un concept large et unitaire d'arbitrage de façon à inclure dans cette notion la multiplicité des finalités et des formes qu'elle recouvre[1227]. Mais il semble plus pratique de partir sur des critères classiques en déterminant la qualité juridique du tiers au cas par cas. Ainsi, on considérera que l'arbitre est celui qui est investi par les parties de la mission

---

[1219] *Ibid*.

[1220] D. COHEN, *Arbitrage et sociétés*, préf. B. OPPETIT, LGDJ 1993, spéc. n° 344, p. 169 ; L. CADIET, « *Arbiter*, *arbitrator*. Gloses et post-gloses sous l'article 1843-4 du Code civil », *in* Mélanges Y. GUYON, Dalloz 2003, p. 153 et s., spéc. p. 161 et s.

[1221] Cass. civ.,, 19 janv. 1942, J.C.P. 1942, II, 1818 ; S. 1942, I, 62, Gaz. Pal. 1942, I, 153 ; Cass. com., 6 déc. 1950, Bull. civ., n° 205, p. 141.

[1222] V. en ce sens, B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1re éd. 1998, p. 42 et s. ; C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, préf. B. OPPETIT, LGDJ 1987, n° 228 et s., p. 123 et s.

[1223] H. MOTULSKY, « La nature juridique de "l'arbitrage" prévu pour la fixation des prix de vente ou de loyer », *in Études et notes sur l'arbitrage*, préf. C. REYMOND, Dalloz, 2010, p. 44, spéc. n° 3 et s.

[1224] CA Paris, 4 déc. 2008, RTD com. 2009, p. 537, obs. E. LOQUIN. *Adde*, Cass. req., 31 mars 1862, D.P. 1862, I, 242 ; S. 1862, I, 362 : « la qualité des tiers chargés d'une mission par les parties à un contrat ne saurait dépendre des termes ou de la qualification employés par celle-ci, mais ressort de la nature de la mission à eux confiée ».

[1225] B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, *op. cit*., p. 42.

[1226] E. LOQUIN, obs. préc. *Adde*, B. OPPETIT, « Sur le concept d'arbitrage », *in Le droit des relations économiques internationales*, Etudes offertes à B. GOLDMAN, Litec 1982, p. 229 et s., spéc., p. 2235.

[1227] R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, *op. cit*., n° 28 et 452.

de trancher un litige relatif à une prétention juridique. À l'opposé, la mission de l'expert et du mandataire commun porte sur une question factuelle. L'expert émet un avis non contraignant alors que la décision du second a une force obligatoire pour les parties. Mais suivant les cas, le jeu combiné des volontés individuelles et des circonstances de l'espèce va avoir une influence sur la nature de la mission du tiers[1228]. La conséquence est de rendre plus difficile la qualification du tiers.

390. - On peut, tout de même avancer quelques pistes de réflexion. Indéniablement, la dénomination du tiers par les parties ne devrait pas avoir d'incidence sur la qualification à retenir [1229] . Deux éléments paraissent déterminants à savoir l'objet de la procédure contractuelle (litige portant sur une prétention juridique ou sur un simple problème de fait)[1230] et le résultat (sentence ou avis facultatif). Il reste alors les difficultés résultant des diverses combinaisons opérées par les parties. Il peut être prévu que l'expert désigné (un juriste par exemple) donnera un avis sur la prétention juridique ou l'arbitre tranchera un problème factuel [1231] . Pour résoudre cette difficulté, il semble opportun d'isoler l'hypothèse dans laquelle les parties prévoient la désignation du tiers pour trancher tous les litiges nés de leur contrat. Dans ce cas, il convient de retenir la qualification d'arbitre[1232] sous réserve de la réunion des conditions de validité de forme et de fond. Le tiers ainsi désigné aura compétence pour se prononcer sur les prétentions juridiques et sur les questions factuelles.

En revanche, lorsque le tiers désigné a une compétence réduite, il ne devrait recevoir la qualification d'arbitre que s'il est investi du pouvoir de trancher une prétention juridique. Dans le cas où il doit donner un avis facultatif (sur une prétention juridique ou sur une question de fait), il doit être considéré comme un expert[1233]. Enfin, lorsqu'il est amené à émettre une décision irrévocable et obligatoire pour les parties sur un problème de fait, il doit être considéré comme un mandataire commun des parties[1234]. Tel est le cas du tiers chargé de

---

[1228] V. déjà en ce sens, H. MOTULSKY, « La nature juridique de "l'arbitrage" prévu pour la fixation des prix de vente ou de loyer », art. préc., spéc. n° 8, p.48, qui souligne la difficulté à retenir une « règle absolue » en la matière : il faut « réserver le cas où l'interprétation de la clause imposerait une solution différente. Des prétentions au sens technique peuvent être formulées ; ou la volonté des parties d'attribuer aux « tiers » un rôle de juge peut s'être manifestée […] ».

[1229] CPC, art. 12, al. 2.

[1230] Il s'agit d'une condition nécessaire, mais insuffisante, v. en ce sens, CA Paris, 25 avr. 2013, n° 12/20318, s'agissant de l'application d'une clause prévoyant un processus de révision du prix par un tiers, la cour relève à juste titre que « le seul fait de l'existence d'un litige entre les parties ne fait pas [du tiers] un arbitre au sens des articles 1442 et suivants du code de procédure civile ».

[1231] Par ex. une clause accordant le pouvoir d'estimer le prix de cession à l'arbitre, v. Cass. com., 10 oct. 2018, n° 16-22.215 ; D. 2019, p. 235, note J. MOURY ; AJC 2018, p. 541, obs. J.-B. TAP ; RTD civ. 2018, p. 886, obs. H. BARIER ; RTD com. 2018, p. 940, obs. A. LECOURT ; *ibid.* p. 959, obs. J. MOURY ; JCP 2018, n° 1303, note LAROCHE ; RDC 2019, p. 92, note X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET.

[1232] V. D. COHEN, *Arbitrage et sociétés*, th. préc., spéc. n° 357, p. 177, qui propose de retenir une conception large de la notion de litige qui doit « entraîner la qualification d'arbitrage dans toutes les hypothèses où les parties sont en désaccord certain sur le prix […] et qu'elles entendent faire fixer le prix par un tiers ». Sur les critères de l'arbitrage, v. C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, *op. cit.*, n° 498 et s., p. 244 et s.

[1233] Cass. civ., 12 mars 1894, S. 1898, I, 340 ; CA Paris, 4 mai 1981, Gaz. Pal. 1981, II, 733, note J. LENEVEU.

[1234] L. SIMONT, « Contribution à l'étude de l'article 1592 du Code civil», *in* Mélanges offertes P. VAN OMMESLAGHE, Bruylant 2000, p. 261 et s., spec. n° 7, p. 269-270 ; L. CADIET, « *Arbiter*, *arbitrator*. Gloses et post-gloses sous l'article 1843-4 du Code civil », art. préc., spéc. n° 2, p. 162 ; du même auteur, « Le juge et l'évaluation d'un prix de cession par un tiers », RDC 2004, p. 750 : « Non pas *arbiter*, mais *arbitrator*, le tiers estimateur de l'article 1843-4, comme celui de l'article 1592, n'est que le mandataire commun (plutôt que

fixer le prix de vente ou des loyers. La justification tient au fait qu'il « se substitue aux parties à la convention initiale pour accomplir un acte destiné à faire corps avec elle, acte dont les effets vont se produire sur la tête de ces parties pour les engager dans les termes »[1235] de l'article 1103 du Code civil.

En somme, malgré les difficultés qu'elle peut soulever, la qualification du tiers intervenant dans le déroulement d'une procédure contractuelle s'impose. Car elle conditionne le régime applicable à la mise en œuvre de la décision du tiers.

β) La décision du tiers

391. - Une fois déterminée la qualité juridique du tiers intervenant dans le processus contractuel, il faut identifier le régime applicable à sa décision. Pour la procédure d'arbitrage, la question est régie par les articles 1478 et suivants du Code de procédure civile. S'agissant de la médiation et de la conciliation, le tiers n'a pas de pouvoir décisionnel, il a simplement pour rôle d'aider les parties à trouver une solution amiable. Ses décisions éventuelles n'ont valeur que d'une proposition ou d'une recommandation. Elles ne seront pas obligatoires pour les parties qui sont libres d'en tenir compte ou non.

En matière d'expertise, le tiers n'émet en principe qu'un avis technique. Mais il est courant que les parties confient au tiers expert le pouvoir de trancher la question technique[1236]. Le caractère irrévocable et obligatoire de la décision entraîne des hésitations sur la qualification à retenir. Globalement, la tendance a été de ramener cette situation à l'arbitrage qui est connu des juges et réglementé par des textes. La volonté de protéger l'une des parties au contrat explique une telle solution. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle pu disqualifier en arbitrage la clause d'un contrat d'assurance par laquelle un expert devait évaluer le préjudice subi par l'assuré[1237]. Objectivement, on se trouve en présence d'une clause d'expertise. La disqualification en compromis afin de l'annuler ensuite apparaissait comme un moyen de protéger l'assuré qui se trouvait définitivement lié par la décision du tiers. Aujourd'hui, cette jurisprudence ne devrait plus prospérer avec l'avènement des dispositions consuméristes[1238] qui interdisent d'obliger le consommateur à passer exclusivement par un mode de résolution alternatif des litiges[1239].

---

d'intérêt commun, à défaut d'intérêt commun à la réalisation de l'opération entre le mandataire et ses mandants) des parties, chargé de parfaire un élément nécessaire à la formation du contrat ». V. cependant, W. DROSS, *Clausier*, *op. cit*., p. 690, qui considère la mission du tiers dans la fixation du prix intervient dans le cadre d'un contrat d'entreprise et non d'un mandat ; J. MOURY, « Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers » ; Rev. sociétés 1997, p. 455, qui fait une application distributive des qualifications de mandat et d'entreprise ;Y. REINHARD, « La fixation du prix par expert (C. civ., article 1592 et 1843-4) », Gaz. Pal. 2010, n° 140, p. 33, qui semble opter en faveur de la qualification d'une « véritable autorité juridictionnelle indépendante » ; P. STOFFEL-MUNCK, « La force de la décision de l'expert contractuel », *in* « L'expertise dans le contrat », RDC n° 2, 2014, p. 304 et s., spéc. n° 3, qui considère que les qualifications de mandat et de contrat d'entreprise sont inadaptées à la mission du tiers-estimateur et affirme « qu'il existe en réalité un contrat *sui generis* de tiers-estimateur ».

[1235] J. MOULY, « Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers », art. préc., spéc. n° 11.

[1236] V. les exemples cités *supra*, n° 232 et 233.

[1237] Cass. req., 7 mars 1888, D. 1889, I, 32. V. aussi, Cass. req., 31 mars 1862, préc.

[1238] V. C. consom., art. R. 212-2, 10°.

[1239] V. *supra*, n° 74.

392. - Quelle que soit sa dénomination (expert, sachant, personnalité qualifiée…), la décision du tiers a une valeur contractuelle du fait qu'il a reçu des parties la mission d'intervenir dans la procédure. Du moins, lorsque son intervention porte sur une question factuelle. Ainsi, en matière de clause de renégociation[1240], le tiers peut être chargé par les parties, outre sa mission d'expertise, de se prononcer sur l'adaptation du contrat à l'évolution des circonstances[1241]. De même, dans les procédures de constatation et d'évaluation du sinistre, le tiers peut être chargé de fixer définitivement l'indemnité à laquelle la partie victime peut prétendre. On trouve aussi dans les contrats à long terme, tels que les contrats de construction d'un ouvrage immobilier ou d'un ensemble industriel, la désignation d'un expert ou d'un collège d'experts ayant pour rôle de régler rapidement les premières difficultés de fait posées dans l'évolution du chantier[1242]. Dans ces différents cas, la décision du tiers n'est pas assimilable à un acte juridictionnel, elle « s'incorpore purement et simplement à la convention, et ne s'impose aux parties qu'au titre de l'effet obligatoire du contrat, si bien que, à défaut d'exécution volontaire, elle ne pourra être exécutée que comme la convention elle-même par les voies judiciaires habituelles »[1243].

Si la décision du tiers, mandataire commun des parties, est dotée de la même force obligatoire que le contrat lui-même, elle peut tout de même se heurter à la résistance d'une des parties. Il faut alors soumettre le litige à un juge ou à un arbitre. Ce qui est contraire à l'objectif de rapidité recherché par les parties[1244]. En pratique, les parties se conforment dans la majorité des cas à la décision du tiers qui est choisi en raison de ses qualités personnelles, auquel cas la procédure contractuelle aura atteint son objectif.

3. Le dénouement de la procédure

393. - La particularité des procédures contractuelles réside aussi dans leur dénouement. Les opérations successives qui doivent être accomplies poursuivent un but déterminé. Ce dernier constitue une éventualité qui ne se réalise pas forcément car il a un caractère subsidiaire voire incertain. En effet, il n'est pas certain que l'objectif final puisse être atteint au bout de la procédure. Par exemple, le respect de la procédure d'agrément ne conduit pas toujours à une

---

[1240] Sur la difficulté de la qualification du tiers en matière de mise en œuvre du processus d'adaptation du contrat, v. B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstance : la clause de *hardship* », art. préc., spéc. n° 17.

[1241] V. P. FOUCHARD, note sous CA Paris, 13 janv. 1971, Rev. arb. 1973, p. 69, qui observe que la mission impartie à un tiers par les parties consistant à dire si les conditions d'application d'une clause d'adaptation étaient réunies diffère sensiblement de la fonction juridictionnelle classique.

[1242] V. not., J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 1270 ; S. ZARKALAM, « "*Dispute review board*" et "*Adjudication*" : les modes alternatifs de règlement des litiges dans le domaine de la construction internationale », Justices n° 6, 1996, p. 159 ; P. MALINVAUD, « Réflexions sur le *Dispute adjudication board* », *in Le droit privé français à la fin du XX^e^ siècle*, Mélanges P. CATALA, Litec 2001, p. 241.

[1243] B. OPPETIT, art. préc., n° 17 ; L. SIMONT, « Contribution à l'étude de l'article 1592 du Code civil », art. préc. n° 9, p. 272. *Adde*, J. MOULY, art. préc., n° 11 ; L. CADIET, « *Arbiter*, *arbitrator*. Gloses et post-gloses sous l'article 1843-4 du Code civil », art. préc., spéc. p. 157-158 ; P. STOFFEL-MUNCK, « La force de la décision de l'expert contractuel », art. préc., n° 6.

[1244] C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, *op. cit.*, n° 291, p. 153 qui, pour cette raison, propose d'intégrer l'expertise dans la qualification d'arbitrage lorsqu'elle est stipulée irrévocable. On observera simplement que, même dans cette hypothèse, le mécanisme n'est pas à l'abri d'un éventuel recours procédant d'une manœuvre dilatoire.

décision d'acceptation du titulaire de la prérogative. De même, la mise en œuvre d'une clause de renégociation n'aboutit pas toujours à une révision conventionnelle. Le respect d'une procédure de résolution n'empêche pas toujours la rupture du contrat.

En pratique, pour des raisons de preuve, un acte doit normalement permettre de constater le dénouement de la procédure quelle que soit son issue. Dans le cas de l'arbitrage, la procédure conduit à une sentence ayant autorité de la chose jugée. Les parties peuvent prévoir que la décision du tribunal arbitral n'est pas susceptible de recours en annulation[1245]. La notification de la sentence correspond alors à la dernière étape de la mise en œuvre de la procédure contractuelle[1246]. Pour les modes de résolution amiables, le dénouement s'opérera dans le meilleur des cas par une transaction sinon le désaccord peut persister à l'issue du processus auquel cas un procès-verbal constatant le ce désaccord peut être établi. En tout état de cause, la fin de la procédure peut faire l'objet d'un aménagement conventionnel. Le contrat peut prévoir, par exemple, que la non-contestation du projet de conciliation dans un certain délai vaudra acceptation de celle-ci[1247].

394. - Cette liberté dans l'aménagement de l'issue du processus contractuel est plus étendue dans d'autres cas. Il est admis par exemple qu'en matière d'imprévision, les parties peuvent exclure le recours au juge[1248]. Le dénouement de la procédure s'opère dans ce cas soit par un accord sur le réaménagement du contrat, soit par la résiliation par l'une des parties, à moins que cette hypothèse ne soit conventionnellement écartée. De même, en matière de clause d'agrément[1249], de clause priorité[1250], il peut être convenu que le silence du titulaire de la prérogative dans un délai imparti vaut refus ou acceptation tacite de l'opération concernée. La précision est utile car elle permet de lever l'incertitude dans laquelle pourrait se trouver le demandeur à l'agrément.

Cependant, force est de reconnaître que les parties n'utilisent pas pleinement la liberté qui leur est reconnue quant à l'organisation de l'issue du processus contractuel. Elles se contentent de prévoir qu'à la réunion de telles conditions, telles formalités doivent être accomplies sans préciser les modalités subséquentes. Ainsi, dans l'affaire EDF-Shell traitée par la cour d'appel de Paris[1251] la clause d'imprévision prévue dans le contrat était rédigée en ces termes :

> « Si le fuel-oil ordinaire rendu à destination vient à subir une hausse de plus de 6 FF la tonne par rapport à la valeur initiale, les parties se rapprocheront pour examiner éventuellement les modifications à apporter au contrat (prix ou autre clause) ».

[1245] Pour l'arbitrage interne, la sentence est signifiée, mais les parties peuvent en convenir autrement : CPC, art. 1484.
[1246] En matière d'arbitrage interne, si une clause compromissoire ne stipule aucun délai, la sentence arbitrale doit intervenir dans les six mois de la constitution du tribunal, sauf prorogation conventionnelle ou judiciaire : CPC, art. 1464. V. par ex. Cass. 1re civ., 22 sept. 2010, n° 09-17.410 ; D. 2010, p. 2933, obs. T. CLAY.
[1247] V. *supra*, n° 289.
[1248] V. par ex., O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 469. Pour un exemple de stipulation prévoyant le recours à un tiers, v. la clause examinée par CA Paris, 25 avr. 2013, n° 12/20318.
[1249] V. un ex. de clause proposée par J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 949.
[1250] V. par ex., clause traitée par Cass. com., 24 juin 2020, n° 18-18.692 : après avoir détaillé les modalités du processus, le contrait prévoyait « […] À défaut de réponse dans ce délai, le concédant retrouvera son entière liberté pour proposer le nouveau site à un autre adhérent […] ».
[1251] CA Paris, 28 sept. 1976, préc.

L'imprécision de la clause instituant une procédure s'observe également en matière d'agrément[1252], de conciliation[1253] ou de médiation. Le problème d'interprétation qu'elle soulève constitue une source d'affaiblissement de la force obligatoire du dispositif contractuel concerné. Par exemple, dans la clause de référence à un déontologue précitée[1254], rien n'est indiqué sur la réponse du déontologue. Or, une telle précision est éminemment souhaitable dans la mesure où le salarié ne peut rester indéfiniment dans l'attente d'une réponse au regard de sa liberté de travail et d'entreprendre. L'efficacité du mécanisme est en cause. En l'absence de précision de délai de réponse, il revient au juge de le déterminer au cas par cas en référence au standard du délai raisonnable[1255].

Il est vrai que, de manière générale, l'effet principal des procédures contractuelles s'épuise dans leur mise en œuvre. En d'autres termes, la principale obligation qui en résulte pour les parties est d'observer les étapes successives exigées indépendamment du résultat. Dans cette perspective, ces dispositifs conventionnels apparaissent comme un préalable nécessaire à l'atteinte d'un objectif lequel est subsidiaire et incertain. En instituant un processus, les parties mettent l'accent sur la méthode, la manière de mettre en œuvre les droits et obligations concernés. Si le respect des diligences imposées ne garantit pas le résultat recherché, il est tout de même conçu comme un préalable obligatoire. Toujours est-il que l'efficacité du processus dépend de la clarté et de la précision du contenu de la clause l'instituant. L'exigence est valable s'agissant de la détermination des modalités du dénouement. Les parties doivent faire en sorte d'avoir une emprise sur le contexte de la mise en œuvre du dispositif y compris sur les incidents susceptibles de l'affecter.

B. Les obstacles à la mise en œuvre des procédures contractuelles

395. - L'application des normes instituant des procédures peut se heurter à de nombreux obstacles. On peut établir une différence suivant que la cause de l'obstacle est (**1**) ou non voulue (**2**) par les contractants.

1. Les obstacles d'origine volontaire

396. - Les parties peuvent être à l'origine d'entraves à la mise en œuvre des procédures contractuelles. Il convient de faire une distinction entre deux situations. La première concerne l'hypothèse dans laquelle l'attitude des contractants est constitutive d'un empêchement à la mise en œuvre de la procédure contractuelle (**a**). La seconde est relative à l'attitude des parties dans la mise en œuvre qui conduit à l'échec du processus (**b**).

a. Les obstacles à l'application de la clause

397. - Le premier obstacle volontaire au déclenchement des procédures contractuelles est la renonciation des parties. Rien n'empêche, en effet, les contractants de renoncer à l'application

[1252] V. par ex., clause traitée par CA Paris, 6 mars 2019, n° 17/18551.
[1253] En ce sens, v. les clauses traitées par Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27.004, préc. et Cass. 3e civ., 19 mai 2016, n° 15-14.464, préc.
[1254] V. *supra*, n° 197.
[1255] Dans les rapports inégalitaires, il est fort à parier que l'appréciation judiciaire se fera en faveur de la partie faible.

de ces mécanismes quand bien même les conditions de leur mise en œuvre seraient réunies. Dans cette hypothèse, la renonciation ne suscite guère de remarque particulière lorsqu'elle émane des deux parties[1256]. Il convient toutefois de nuancer car en la matière, la renonciation peut être unilatérale lorsque la procédure est prévue en faveur d'une partie. Mais elle est le plus souvent bilatérale et résulte d'une décision commune des contractants de priver d'effet le mécanisme qu'ils ont institué[1257]. Dans les deux cas, le droit commun de la renonciation a vocation à s'appliquer[1258]. Il faut tenir compte de la jurisprudence qui se montre en général particulièrement stricte quant à l'appréciation de l'absence d'équivocité du consentement des parties[1259]. Elle retient notamment que la « renonciation ne se présume pas et doit résulter d'actes qui l'impliquent nécessairement et qui, accomplis volontairement et en connaissance de cause, manifestent de façon non équivoque l'intention de renoncer de leur auteur »[1260]. Partant de ce principe, la volonté d'une partie de renoncer à une procédure contractuelle ne peut se déduire du seul fait qu'elle ne l'a pas mise en œuvre avant d'agir en justice[1261].

Sur la question de la renonciation tacite[1262], la jurisprudence retient une solution différente suivant la procédure en cause. Par exemple, en matière de clause compromissoire, elle considère qu'il y a renonciation tacite lorsque l'une des parties refusant de participer à la procédure d'arbitrage, l'autre prenant acte de ce refus, saisit la juridiction étatique[1263]. Elle a jugé dans le même sens lorsque l'une des parties saisit la juridiction étatique en lieu et place du tribunal arbitral et que l'autre partie s'abstient de contester la compétence du juge

[1256] C. civ., art. 1193. V. par ex., Cass. com., 5 janv. 1959, Bull. civ. III, n° 1, qui énonce que « les parties peuvent toujours d'un commun accord renoncer à la clause compromissoire ».
[1257] V. par ex. Cass. 1re civ., 18 juin 1994, Bull. civ. I, n° 175, p. 130, RTD civ. 1995 p.108, obs. J. MESTRE, qui reconnaît la renonciation tacite des parties à la clause instituant une procédure de résiliation du contrat par la rupture du contrat d'un commun accord.
[1258] V. par ex., F. DREIFUSS-NETTER, *Les manifestations de volontés abdicatives*, LGDJ 1985, préf. P. TERCIER, n° 178 et s., p. 155 ; D. HOUTCIEFF, « Renonciation », Rép. dr. civ., Dalloz 2017, spéc., n° 15 et s.
[1259] V. par ex., Cass. 3e civ., 17 nov. 2016, n° 13-16.636 : le fait pour une bailleresse d'avoir « encaissé des loyers versés par la cessionnaire pendant quatre mois, ne permettaient d'établir ni sa renonciation tacite à la clause d'agrément ni son acceptation tacite de la cession » de bail opérée en violation de cette clause. Comp., Cass. 1re civ., 23 sept. 2003, n° 00-12.781, Bull. civ. I, n° 184 ; D. 2003, IR p. 2545 ; RCA 2003, n° 337, note H. GROUTEL ; RGDA 2003, p. 708, note J. KULLMANN ; Gaz. Pal. 2004, p. 503, note A. FAVRE ROCHEX ; Cass. 2e civ., 2 oct. 2008, n° 07-18.327 ; RDI 2009, p. 187, obs. D. NOGUÉRO, qui énonce que l'accord des parties sur la résiliation du contrat ne pouvait résulter du seul défaut du paiement des primes, même non réclamées de sorte que la procédure de résiliation du contrat du contrat d'assurance s'impose.
[1260] Cass. 3e civ., 18 nov. 1965, Bull. civ. 1965, III, n° 587, p. 528.
[1261] V. par ex., Cass. 3e civ., 12 oct. 2010, n° 09-16.989, AJDI 2011, p. 290, obs. J.-P. BLATTER ; Cass. 3e civ., 17 nov. 2016, n° 13-16.636 (clause d'agrément) ; Cass. 3e civ., 23 mars 1999, n° 97-15.048 ; Cass. 3e civ., 13 sept. 2018, n° 17-24.142 (clause résolutoire) ; Cass. 2e civ., 18 févr. 1999, n° 97-11.489 ; Rev. arb. 1999, p. 299, note P. PINSOLLE ; Cass. 1re civ., 4 juin 2009, n° 08-13.983 ; D. 2009, p. 2959, obs. T. CLAY (en matière de clause compromissoire) ; Cass. com., 28 nov. 1995, n° 94-12.285 ; Cass. 1re civ., 11 sept. 2013, n° 11-26.744 (en matière de clause de conciliation) ; Cass. 3e civ., 10 févr. 2010, n°09-65.186 ; RDI 2010, p. 273, obs. D. NOGUÉRO ; Cass. Com., 6 févr. 2019, n° 17-20.896 ; Rev. societies 2019, p. 315, obs. P. PISONI, qui approuve les juges du fond d'avoir retenu « que la seule présence des garants aux opérations d'expertise ne valait pas renonciation non équivoque de leur part à se prévaloir » de la procédure de mise en œuvre de la garantie de passif.
[1262] Sur ce point, v. not., P. GODÉ, *Volonté et manifestations tacites*, Travaux et recherches de l'Université du droit et de la santé de Lille, préf. J. PATARIN, PUF 1977, spéc., n° 90 et s., p. 96 et s., qui souligne que le contrat fait naître toutes sortes d'effets qu'il est possible de renoncer par une manifestation indirecte de volonté.
[1263] Cass. 1re civ., 7 juin 2006, n° 04-19.290 ; Bull. civ. I, n° 283 ; D. 2006, IR, p. 1769 ; JCP 2006. I. 187, obs. J. ORTSCHEIDT ; Rev. arb. 2006, p. 983, obs. J.-Y. GARAUD et C.-H. DE TAFFIN.

étatique[1264]. En revanche, elle refuse de reconnaître que la révocation des clauses instituant une procédure de conciliation[1265] puisse résulter de deux renonciations unilatérales non simultanées[1266]. Ainsi, le fait pour un contractant, assigné devant les tribunaux en violation d'une clause de conciliation, de proposer un moyen de défense au fond ne caractérise pas une renonciation non équivoque à se prévaloir du bénéfice de cette clause[1267]. La solution est contraire à celle retenue en matière d'arbitrage[1268], de faculté conventionnelle de rétractation[1269] ou encore en matière de prescription biennale des actions découlant du contrat d'assurance[1270]. Certains auteurs la considèrent comme « inopportune et juridiquement discutable »[1271]. Elle ne tient pas compte, en effet, de la nature conventionnelle de la procédure de conciliation (qui justifie que les parties puissent révoquer d'un commun accord) et de sa finalité qui est la recherche d'une solution amiable (la clause ne joue plus son rôle de préalable lorsque les parties ont déjà engagé, en toute connaissance de cause, des discussions au fond devant les tribunaux). Sur le terrain procédural, le fait pour une partie de se prévaloir d'une clause de résolution amiable du litige, après avoir proposé un moyen de défense au fond, relève de comportements procéduraux incompatibles constitutifs d'estoppel[1272]. Pour l'heure, la jurisprudence n'est pas en ce sens. Néanmoins la possibilité de condamner l'auteur

[1264] Cass. 1re civ., 15 juin 1975, Rev. arb. 1976, p. 189, note E. LOQUIN ; Cass. 1re civ., 20 avr. 2017, n° 16-11.413 ; AJC 2017, p. 343, obs. M. DE FONTMICHEL ; JCP 2017. 694, note D. MOURALIS ; RDC 2017, p. 441, obs. R. LIBCHABER ; Procédures 2017, p. 163, note L. W EILLER ; D. 2017, p. 2559, obs. T. CLAY.

[1265] V. cependant, pour une admission implicite de la renonciation bilatérale à la mise en œuvre d'une clause d'expertise amiable en matière d'assurance : Cass. 2e civ., 20 mai 2020, n° 19-10.723.

[1266] Cass. 1re civ., 11 mars 2020, n° 18-26.789 ; LEDC mai 2020, n° 113b8, p. 3, obs. G. GUERLIN ; RTD civ. 2020, p. 383, obs. H. BARBIER ; *ibid*. p. 462, obs. N. CAYROL ; AJDA 2019, p. L. RICHER ; AJCT 2020, p. 48, obs. G. LE CHATELIER ; JCP A 2020, 2024, n° 7, obs. N. GABAYET, en l'espèce la clause de conciliation est jugée applicable en dépit de l'émission d'un titre exécutoire par une partie, l'autre ayant contestée le bien-fondé.

[1267] V. par ex. : Cass. 2e civ., avis, 8 oct. 2015, n° 14-17.952 ; Cass. 3e civ., 25 nov. 2014, n° 13-23.784, AJDI 2015, p. 215

[1268] R. PERROT, obs. sous Cass. com., 22 févr. 2005, RTD civ. 2005, p. 450. Rappr. C. JARROSSON, note sous Cass. ch. mixte 14 févr. 2003 et CA Paris 23 mai 2001, Rev. arb. 2003, p. 405 et s., spéc. n° 9, p. 410 ; S. AMRANI-MEKKI, « La clause de conciliation », art. préc., n° 28, p. 42.

[1269] V. par ex., Cass. 1re civ., 1er juill. 2020, n° 19-12.855, AJC 2020, p. 442, obs. D. OUTCIEFF ; RTD civ. 2020, p. 611, obs. H. BARBIER, qui affirme : « la partie qui, faisant usage de la faculté contractuellement stipulée, a exercé son droit de rétractation, peut y renoncer en poursuivant l'exécution du contrat et en effectuant des actes d'exécution incompatibles avec cette faculté de rétractation ». Commentant cet arrêt, un auteur relève à juste que « l'admission de l'anéantissement du contrat eût confiné à une prime à la mauvaise foi ».

[1270] Cass. 2e civ., 24 mai 2018, n° 17-18.855 ; RDI 2018, p. 609, obs. P. DESSUET ; AJDI 2018, p.850, note F. DE LA VASSIÈRE, qui approuve les juges du fond ayant retenu notamment, pour rejeter la fin de non-recevoir soulevée par l'assureur, l'absence dès le début de la procédure au fond de conclusions sur la fin de non-recevoir.

[1271] L. VEYRE, « La clause de conciliation : un régime à perfectionner ! », D. 2020, p. 1046, spéc. I, B. Rappr., L. WEILLER, « Le développement des clauses de médiation et leur réception par la Cour de cassation », art. préc., spéc. p. 39 et s.

[1272] Comp., Cass. 1re civ., 26 oct. 2011, n° 10-17.708 ; Rev. dr. et proc. 2011, p. 310, obs. G. MECARELLI ; R. PERROT, obs. sous Cass. com., 22 févr. 2005, RTD civ. 2005, p. 450 ; X. LAGARDE, obs. sous Cass. com., 22 févr. 2005, RDC 2005, p. 1141 : « admettre [la clause de conciliation] au rang des fins de non-recevoir opposables en tout état de cause, c'est en faire le possible outil d'une stratégie dilatoire, ce au mépris du devoir de loyauté processuelle ». *Contra*, C.PELLETIER, obs. sous Cass. 3e 25 nov. 2014 et Cass. com., 20 janv. 2015, RDC 2015, p. 311, qui considère qu'il est moins anormal que le contractant à l'origine de la saisine du juge, « qui a cru pouvoir se dispenser du respect des termes contractuels, s'expose à en subir toutes les conséquences procédurales, y compris les plus rigoureuses ».

à des dommages et intérêts en cas d'invocation tardive de cette fin de non-recevoir conventionnelle peut s'avérer particulièrement dissuasive[1273].

398. - S'agissant du moment de la renonciation, celui-ci dépend de son caractère unilatéral ou bilatéral. Pour les clauses portant sur les droits disponibles, la renonciation bilatérale peut, en principe, intervenir à tout moment. Ainsi, en matière de clauses résolutoires[1274], d'agrément, d'établissement du décompte définitif, d'arbitrage[1275], de conciliation ou en matière de médiation, les parties ont le droit de les révoquer à tout moment par l'expression d'un consentement mutuel[1276]. La renonciation unilatérale fait quant à elle l'objet d'un encadrement strict pour ce concerne le moment où elle intervient. La Cour de cassation décide en effet qu'une partie ne peut, par avance, refuser une procédure contractuelle de médiation qui n'avait pas encore été mise en œuvre[1277]. La solution doit être approuvée dans la mesure où les parties ne sont pas en mesure de se faire une idée sur les chances de succès de la médiation qu'une fois qu'elles connaissent toutes les circonstances de la mise en œuvre. Lorsque l'objet de la procédure porte sur des droits non disponibles, la renonciation est fortement encadrée. Elle ne peut intervenir qu'une fois que les conditions de mise en œuvre du dispositif contractuel se trouvent remplies et son invocation appartient à la personne que la loi entend protéger. Par exemple, en matière de procédure de licenciement[1278], d'exclusion d'un associé[1279], seule la personne visée par la mesure disciplinaire a le droit de renoncer en refusant de se présenter à l'entretien préalable.

Il existe un autre obstacle d'origine volontaire qui peut mettre en échec la clause procédurale. Il résulte de l'usage par un contractant d'une faculté ayant le même objet que le dispositif contractuel concerné. Ainsi, en matière de résolution du contrat, la jurisprudence admet que le créancier peut demander la résolution en justice[1280] ou procéder à la résolution

---

[1273] Cass. com., 24 juin 2020, n° 18-15.249, LEDC 1er oct. 2020, p. 4, obs. G. GUERLIN ; D. 2020, p. 2484, obs. T. CLAY, selon la Cour, en alléguant la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'une clause de conciliation pour la première fois en cause d'appel, « le caractère dilatoire d'un moyen de procédure soulevé au bout de cinq ans est manifeste et doit être sanctionné par la condamnation à 200 000 € à titre de dommages-intérêts ».

[1274] Comp., Cass. com., 8 oct. 2002, n° 01-01.200, Bull. civ. IV, n° 138 ; RTD civ. 2003, p. 503, obs. J. MESTRE et B. FAGES, qui casse l'arrêt d'appel pour ne pas avoir recherché si la renonciation tacite des parties à l'exigence d'une mise en demeure ne pouvait pas résulter notamment de la nature des engagements souscrits, du caractère strict des délais négociés en cours de contrat.

[1275] C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *op. cit.*, n° 696 et s.

[1276] En application de l'article 1193 du Code civil. Comp. A. SIRI, *Le mutuus dissensus : notion, domaine, régime*, av.-p., P. STOFFEL-MUNCK, préf. R. BOUT, PUAM 2015, spéc. n° 217 et s., après avoir montré que l'acceptation peut être tacite, l'auteur souligne que l'échange des consentements est l'élément décisif de la convention de *mutuus dissensus*.

[1277] S'agissant d'une procédure de médiation, v. Cass. 1re civ., 8 avr. 2009, n° 08-10.866 ; Bull. civ. 2009, I, n° 78.

[1278] Cass. soc., 15 mai 1991, préc.

[1279] Rappr. Cass. 7 mai 2019, n° 17-28.229, admettant qu'un associé puisse refuser de comparaître. En revanche, il ne peut invoquer la violation de ses droits de la défense dès lors « que c'est de son seul fait qu'[il] n'a pas été à même de présenter ses explications sur les faits susceptibles de [le] mettre en cause ».

[1280] Cass. 3e civ., 29 avr. 1985, n° 83-14.916, Bull. civ. III, n° 70 : « l'insertion dans le contrat d'une clause résolutoire de plein droit ne prive pas le créancier du droit d'agir en résolution judiciaire pour le même manquement » ; Cass. 3e civ., 12 oct. 1988, n° 87-14.228 ; Loyers et copr. 1988, comm. 532. La solution n'est pas remise en cause, v. C. civ., art. 1227 : « La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice ».

par notification[1281] en dépit de l'existence dans le contrat d'une clause instituant un contrôle procédural de cette prérogative. Certains expliquent la solution par le fait que plusieurs voies étant ouvertes au créancier, il n'y pas de raison de le priver d'une possibilité qui lui est offerte par la loi[1282]. Il est permis de ne pas adhérer à cette opinion. En effet, la plupart des remèdes à l'inexécution du contrat fait partie de la catégorie des droits disponibles. Les parties peuvent conventionnellement organiser la manière de sortie du contrat. La stipulation expresse d'une clause aménageant la résolution pour inexécution du contrat doit s'analyser comme une renonciation à mettre en œuvre les autres remèdes ayant le même objet[1283]. Il devrait en être ainsi d'autant que la réforme récente du droit des contrats a opéré un changement de perspective avec la résolution unilatérale. Celle-ci n'est plus conçue comme « une solution exceptionnelle justifiée par l'urgence ou la particulière gravité du comportement d'une partie »[1284]. À cet égard, on peut critiquer la solution qui donne effet à la résiliation intervenue en violation des formalités convenues au motif tiré de la gravité de l'inexécution[1285] . Seuls le dol et la faute lourde devraient justifier le fait que le créancier puisse passer outre les formalités procédurales convenues. Il dispose, en cours de procédure contractuelle, des moyens qui sont de nature à préserver ses droits : exception d'inexécution[1286], exception pour risque d'inexécution[1287], faculté de remplacement[1288] outre la possibilité de déclencher la mise en jeu de la responsabilité du débiteur. Dans une perspective comparative, on peut relever que la gravité du comportement ne peut priver d'effet une clause limitative de responsabilité[1289]. Il devrait en être de même pour les clauses instituant une procédure de sortie du contrat.

[1281] V. par ex., Cass. com., 9 juill. 2019, n° 18-14.029, inédit ; JCP E 2019, 1486, note N. DISSAUX ; Cass. com., 20 oct. 2015, n° 14-20.416, CCC 2016, comm. 3, obs. L. LEVENEUR. *Adde*, Cass. 3e civ., 8 févr. 2018, n° 16-24.641 ; RTD civ. 2018, p. 404, obs. H. BARBIER ; Cass. com., 1er oct. 2013, n° 12-20.830. *Contra*, Cass. 3e civ., 9 oct. 2013, n° 12-23.379 ; Bull. civ. III, n° 122 ; Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-27.838, inédit ; RDC 2012, p. 787, T. GENICON.

[1282] V. par ex., C. GRIMALDI, obs. sous CA Versailles, 28 nov. 2017, RDC 2018, p. 71.

[1283] La jurisprudence admet déjà la renonciation à la résolution judiciaire du contrat : Cass. 3e civ., 3 nov. 2011, n° 10-26.203, D. 2011, p. 2795 ; *ibid*. 2012, p. 459, obs. S. AMRANI MEKKI et M. MEKKI ; AJDI 2012, p. 780, obs. F. COHET-CORDET ; RTD civ. 2012, p. 114, obs. B. FAGES.

[1284] O. DESHAYES, T. GENICON et Y-M. LAITHIER, *op. cit*., p. 573.

[1285] F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 800, p. 859 : « L'opportunité de cette jurisprudence apparaît peu évidente, tant elle offre à l'une des parties le moyen commode de ne pas respecter les termes du contrat et de déjouer les prévisions légitimes de son cocontractant ». V. aussi, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations*, 3. *Le rapport d'obligation*, *op. cit*., n° 278, p. 287, qui observent que le risque d'une telle solution est qu'elle peut être « un moyen pour le créancier de se libérer des conditions mises par les parties elles-mêmes à la résolution, méconnaissant ainsi la force obligatoire du contrat ».

[1286] C. civ., art. 1219. V. cependant, T. GENICON, th. préc., n° 579 : « certes l'exception d'inexécution lui permet d'éviter le préjudice qui pourrait résulter d'une exécution à découvert, mais elle ne lui permet guère d'éviter celui qui résulte de l'attente de la prestation due » ; C. PELLETIER, obs. sous Cass. 1re civ., 24 sept. 2009, RDC 2010, p. 690, spéc. n° 3, qui considère qu'en présence d'une inexécution grave, il est difficilement imaginable « que le créancier soit obligé de satisfaire à l'exigence d'une mise en demeure préalable, qui repousserait d'autant la prise d'effet de la résolution unilatérale et la priverait d'une partie de son efficacité et donc de son intérêt. Une solution contraire viderait de substance ce mode de résolution du contrat qui constitue une réponse adéquate à des situations dans lesquelles la gravité des manquements du débiteur impose une réaction rapide de celui qui les subit ».

[1287] C. civ., art. 1220.

[1288] C. civ. art. 1222.

[1289] V. par ex. H. BARBIER, « L'exécution et la sortie du contrat », RDC 2018, n° hors-série, p. 40, spéc. II, B.

b. Les obstacles à l'efficacité de la procédure

399. - La volonté des parties peut être un obstacle non pas à l'application de la clause instituant une procédure mais à son efficacité. Par ce dernier terme on veut renvoyer à ce qui permet d'atteindre l'effet recherché [1290]. Il ne suffit pas, en effet, que la procédure contractuellement soit formellement mise en œuvre pour aboutir au résultat voulu par les parties. L'efficacité du mécanisme dépend de leur bonne foi dans l'accomplissement des formalités procédurales.

À titre d'exemple, un contractant qui participe à la procédure de renégociation du contrat sans réelle intention de négocier se conforme à la clause l'instituant mais ne respecte pas son esprit. Par son objet même (la négociation), l'application d'un tel mécanisme n'impose en rien l'adaptation du contrat comme l'a affirmé un arrêt de la Cour de la cassation [1291]. Le contractant bénéficiant du déséquilibre pourra donner l'impression de participer à la procédure de renégociation sans véritable intention d'aboutir. Le risque est d'autant plus élevé que les parties n'ont pas, l'obligation de conclure un accord sur la modification du contrat[1292]. Une difficulté similaire s'observe à propos de la mise en œuvre des procédures de conciliation ou de médiation[1293]. Pour justifier le caractère contraignant de ces mécanismes, on a fait valoir qu'ils créent une « obligation de négocier » de bonne foi[1294]. La jurisprudence utilise tantôt l'exigence de bonne foi tantôt l'absence d'abus dans l'appréciation du comportement des parties dans l'application des clauses instituant des procédures. Ainsi, considère-t-elle que les clauses résolutoires doivent être mise en œuvre de bonne foi ou que le refus de renégocier le contrat ne doit pas découler d'un « comportement abusif »[1295]. Il en est de même en matière de clause instituant une procédure d'agrément[1296] ou de fixation unilatérale du prix[1297]. Le recours à la notion de bonne foi, « fondement essentiel du contrôle de la loyauté des comportements dans les relations contractuelles »[1298], n'est pas totalement satisfaisant. Il suscite les mêmes observations effectuées à propos de la notion d'équité. Ce sont certes « des unités de mesures réconfortantes et fondamentales », mais elles présentent l'écueil d'être « peu précises »[1299].

[1290] Le ROBERT, V° Efficacité : il s'agit de ce « qui produit l'effet qu'on en attend ».
[1291] Cass. com., 3 oct. 2006, n° 04-13.214 ; D. 2007, p. 765, note D. MAZEAUD ; RTD civ. 2007, p. 340, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RJDA 2007, n° 129, p. 126. V. aussi, Cass. 3e civ., 10 sept. 2013, n° 12-22.195.
[1292] V. en ce sens, Cass. com., 3 oct. 2006, n° 04-13.214, préc. ; CA Angers, 27 janv. 2004, CCE 2004, comm. 145, obs. P. STOFFEL-MUNCK.
[1293] M. DUBISSON, « La négociation d'une clause de règlement de litiges », art. préc., p. 79 ; C. JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », art. préc., spéc. n° 34, p. 152 ; L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », art. préc., n° 15.
[1294] L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 384 ; L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », art. préc., n° 14-15.
[1295] Cass. com., 3 oct. 2006, préc. ; CA Angers, 27 janv. 2004, préc.
[1296] Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-16.052. La mise en œuvre de la clause d'agrément fait davantage l'objet d'un contrôle d'abus : v. par ex. CA Versailles, 26 nov. 2019, n° 18/03399.
[1297] V. par ex. Cass. com., 4 nov. 2014, n° 11-14026 ; JCP G 2014, 1310, note A.-S. CHONE-GRIMALDI ; D. 2015, p. 183, note J. GHESTIN ; RDC 2015, p. 293, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS.
[1298] J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1, *op. cit.*, n° 457, p. 340.
[1299] C. JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », art. préc., spéc. n° 34, p. 152.

400. - Il y a tout de même des éléments permettant d'apprécier le comportement des parties lors de la mise en œuvre de la procédure bilatérale impliquant des concessions réciproques. La participation à celui-ci implique, en effet, l'obligation de formuler des propositions qui doivent être « réelles et sérieuses »[1300]. Le caractère réel des propositions suppose qu'elles soient exprimées de façon claire et non équivoque. Il s'agit d'une exigence permettant de vérifier la volonté de l'auteur de participer réellement à la procédure et de se prémunir contre les manœuvres dilatoires destinées à faire gagner du temps ou à aboutir à une « application purement formelle » de la clause [1301]. Quant au caractère sérieux des propositions et contre-propositions, il est difficile à apprécier. Il s'apprécie à l'aune de leur probabilité à être acceptées. S'agissant notamment des procédures de renégociation du contrat, le caractère sérieux des propositions implique qu'elles soient « en rapport avec le contrat passé, les circonstances actuelles et l'économie du contrat, c'est-à-dire des propositions qui ne soient ni dérisoires ni disproportionnées »[1302]. De même, une partie qui fait « preuve d'atermoiements » lors de la mise en œuvre de la procédure de conciliation avant de formuler « des propositions restrictives inacceptables » pour son destinataire commet une faute engageant sa responsabilité à l'égard du partenaire victime[1303].

En somme, il n'existe pas de critères d'appréciation qui puissent être généralisés. La détermination de la responsabilité respective des parties se fait au cas par cas. Ainsi, lorsque le prix équitable se situe « aux environs de 100, le vendeur ne peut pas se présenter à la négociation en proposant 1 000, ni l'acheteur en proposant 10 »[1304] sous peine d'engager leur responsabilité contractuelle. De même, la mise en œuvre de bonne foi d'une procédure amiable de résolution des différends suppose que les contractants y participent réellement en faisant des concessions sérieuses susceptibles de conduire à la conclusion d'une transaction[1305]. Il convient, néanmoins, de relativiser l'impact de ces critères sur l'efficacité d'une procédure contractuelle. Ils constituent en réalité des indices participant à l'identification des comportements fautifs se dissimulant derrière une application purement formelle de la clause. Mais ils ne suffisent pas toujours à établir la responsabilité des parties[1306]. Il arrive que les tribunaux écartent purement et simplement le grief tiré du non-

[1300] R. FABRE, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », art. préc., n° 46, p. 19. V. aussi, V. aussi, Cass. com., 15 mars 2017, n° 15-16.406, préc. qui approuve la cour d'appel d'avoir retenu « que la loyauté imposait de négocier, si le protocole d'accord s'avérait difficilement réalisable, et de proposer des conditions acceptables ».
[1301] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J.-C. RODA, *op. cit.*, spéc. n° 915, pour qui, le comportement des parties durant le processus de renégociation peut être apprécié à l'aune des éléments tels que « l'émission de propositions, la réaction aux propositions du partenaire, la bonne circulation des informations nécessaires à la négociation, l'absence de stratégie dilatoire ou trompeuse et l'intention de parvenir à un accord ».
[1302] R. FABRE, art. préc., n° 46, p. 19.
[1303] Cass. com., 21 févr. 2006, n° 02-21.240 , préc.
[1304] R. FABRE, art. préc., *op.* et *loc. cit*.
[1305] Cependant, les parties ne sont pas obligées de trouver un accord transactionnel. V. en ces, W. DROSS, *Clausier*, *op. cit.*, p. 360, qui souligne que toutefois que « l'efficacité de la clause de *hardship* dépend de la manière dont elle est rédigée » ; L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », art. préc., spéc. n° 15 ; X. LAGARDE, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », art. préc., spéc. n° 6, p. 390 pour qui, la mise en œuvre de bonne foi de ces processus implique de faire des propositions et contre-propositions « porteuses de concessions réciproques ».
[1306] Sur la difficulté d'établir une responsabilité pour violation du processus conventionnel, v. X. LAGARDE, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », art. préc. p. 392 et s.

respect de la procédure contractuelle notamment en matière de résiliation du contrat[1307]. La solution s'explique le plus souvent par l'absence de préjudice. En tout état de cause, les dommages et intérêts susceptibles d'être accordés au titre de la violation d'une procédure contractuelle ne sont pas de nature à assurer sa force contraignante[1308]. L'absence de sanction, du moins le caractère non-dissuasif de celle-ci n'incite guère au respect du dispositif.

401. - La solution est pour le moins paradoxale. La jurisprudence exige des contractants qu'ils se comportent de bonne foi dans la mise en œuvre des procédures contractuelle tout en faisant preuve de complaisance dans la sanction des manquements à une telle obligation. En effet, la mise en œuvre des mécanismes étudiés implique une coopération loyale renforcée des parties. La qualité de leur comportement est une clé de succès du dispositif conventionnel. Lorsque la sanction de la violation de la clause n'est pas à la hauteur du manquement, son efficacité se réduit à une peau de chagrin. Néanmoins, s'agissant d'un aspect relevant largement de la liberté contractuelle, il appartient aux parties de définir clairement les modalités précises et contraignantes de la procédure qu'elles instituent.

Il existe des obstacles à l'application de clauses instituant des procédures qui, sans être totalement extérieurs aux parties, ne sont pas volontaires.

2. Les obstacles d'origine involontaire

402. - Les obstacles involontaires visent, en pratique, deux situations : celle résultant d'un concours de procédures (**a**) et celle résultant d'une interprétation restrictive des clauses qui les portent (**b**).

a. Le concours de procédures

403. - Le concours de procédures concerne la situation dans laquelle les stipulations d'un même contrat ou de plusieurs documents contractuels impliquant les mêmes parties prévoient, dans des conditions identiques, des modalités procédurales différentes voire contradictoires[1309]. Cette hypothèse est fréquente en droit des sociétés[1310], dans les contrats relatifs à la construction d'un ouvrage immobilier[1311] et, plus généralement, dans les contrats

[1307] V. *infra*, n° 444.

[1308] Comp., C. civ., art. 1112, al. 2 nouv. : « En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu ». Cette règle inspirée de la jurisprudence Manoukian devrait trouver à s'appliquer en matière de renégociation ou de conciliation. De sorte qu'une application purement formelle de la clause génératrice ne devrait emporter une sanction assez dissuasive pour son auteur.

[1309] Sur les remèdes à l'incompatibilité des clauses, v. N. GRAS, th. préc., spéc. n° 414 et s., p. 316 et s.

[1310] Le concours entre les dispositions statutaires et les pactes extrastatutaires ou encore entre les pactes et sous-pactes est fréquent : v. par ex. CA Lyon, 29 mai 2008, JurisData n° 2008-368194 ; JCP G 2008, I, 222, n° 1, obs. J. BÉGUIN, qui traite d'une clause de médiation et d'arbitrage stipulée dans un pacte d'associé en conflit avec une disposition statuaire ayant le même objet ; CA Chambéry, 26 nov. 2002, n° [XCHAM261102X], portant sur le concurrence entre la clause de préemption (pacte de préférence) prévue dans un pacte d'actionnaires et la clause d'agrément statutaire. V. aussi, CA Paris, 4 déc. 2012, BJS 2013, p. 334, note B. DONDERO.

[1311] V. pour un ex. de concours entre une procédure de constatation d'achèvement des travaux et une procédure relative au paiement du solde du prix dans un contrat de vente en l'état futur d'achèvement : v. Cass. 3e civ., 1er oct. 2020, n° 19-16.763.

d'affaires où les parties[1312], en situation de se prévaloir de leurs conditions générales respectives, vont être amenées à conclure plusieurs contrats.

Il convient d'écarter une situation qui est, à vrai dire, moins conflictuelle. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle les parties concluent plusieurs contrats dont l'un seulement comporte une procédure contractuelle. Dans ce cas, la procédure contractuelle ne vaut que pour le seul contrat dans lequel elle est stipulée[1313] sauf précision contraire des parties. La difficulté résulte du fait qu'une clause stipulée dans un contrat, faisant partie d'un ensemble contractuel, vient contrarier la procédure instituée dans un autre contrat du même ensemble. Il arrive que les parties stipulent une clause de préséance dite aussi de hiérarchie contractuelle[1314] qui détermine l'ordre de prévalence des dispositions contractuelles les unes par rapport aux autres. Dans une telle hypothèse, la clause a vocation à s'appliquer à une éventuelle contradiction ou incompatibilité entre les clauses[1315]. En l'absence de stipulation tranchant la question, les tribunaux prennent en compte l'objet des contrats en cause et la contrariété des clauses pour déduire la volonté des parties de ne pas appliquer le processus institué dans un contrat à un autre dès lorsqu'ils ne font pas partie d'« un ensemble contractuel unique et indivisible »[1316].

404. - Mais le plus souvent le concours de procédures contractuelles résulte de l'existence d'une pluralité de contrats ou de clauses prévoyant des procédures différentes. La solution au conflit de procédures est plus aisée à trouver lorsque ces dernières n'ont pas le même objet. Il conviendra alors d'appliquer le principe de spécialité. En ce sens, chaque clause instituant une procédure contractuelle aura vocation à s'appliquer « dans toute la mesure de l'objet qui est le sien »[1317]. Tel est le cas lorsqu'il y a concours entre une clause prévoyant une procédure de renégociation du contrat et celle instituant une procédure de fixation unilatérale du prix. Le processus de renégociation n'aura lieu que si les conditions prévues en sont réunies notamment celles tenant au changement de circonstances. La situation de conflit est plus subtile lors que les deux procédures, bien que n'ayant pas un objet identique, poursuivent une finalité similaire. On trouve une illustration dans les contrats de vente en l'état futur d'achèvement où il est courant de prévoir une procédure de constatation de l'achèvement de

[1312] V. par ex., CA Montpellier, 4 nov. 2020, n° 19/02066, qui traite d'un contrat comportant une clause conciliation, d'expertise (pour la fixation du prix) et d'arbitrage.
[1313] V. en ce sens, Cass.1re civ., 4 juill. 2006, n° 05-11.591 ; RTD com. 2006, p. 764, obs. E. LOQUIN, qui affirme : « qu'en présence de deux contrats qui n'ont pas le même objet, dont l'un contient une clause compromissoire et l'autre une clause attributive de compétence, la cour d'appel, qui a constaté que l'arbitre ne pouvait étendre sa compétence à un contrat autre que celui qui contenait la clause d'arbitrage alors que les parties avaient voulu distinguer les contrats par des clauses contraires, a pu en déduire que la clause stipulée dans le contrat de gage dont l'exécution était poursuivie excluait la compétence du tribunal arbitral de laquelle seul le contrat d'approvisionnement ressortissait, de sorte que la convention d'arbitrage stipulée au contrat d'approvisionnement était manifestement inapplicable au litige ».
[1314] M. MARTIN, « Pratique contractuelle. Contrats de l'informatique. Les clauses de hiérarchie contractuelle », CCE 2018. Fiche pratique 4.
[1315] V. par ex., CA Angers, 8 nov. 2011, n° 10/02020, qui été amenée à se prononcer sur un conflit entre un processus d'établissement du DGD dans les conditions générales et particulières et déduit de la clause de préséance « qu'en cas de simple silence des documents particuliers, les documents généraux conservent une valeur supplétive ».
[1316] Cass. 1re civ., 4 déc. 2019, n° 18-23.395, Gaz. Pal. 2020, p. 30, obs. D. BENSAUDE ; Cass.1re civ., 4 juill. 2006, n° 05-11.591, préc.
[1317] L. CADIET, « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », art. préc., n° 23.

l'ouvrage et une procédure impliquant des diligences à la charge du vendeur pour pouvoir exiger le paiement du solde du prix à la livraison du bien. Dans la mesure où il s'agit de deux procédures indépendantes et non alternatives, l'application de l'une ne fait pas obstacle à la mise en œuvre de l'autre sauf clause contraire[1318].

Le dénouement du concours de procédures est moins facile lorsque celles-ci ont le même objet. L'hypothèse n'est pas simplement théorique. Il existe de nombreuses clauses dont le domaine se recoupe : clauses de renégociation et d'offre concurrente ou du client le plus favorisé, clauses d'agrément et de préemption[1319], clauses résolutoire et de résiliation unilatérale pour inexécution, clause de révision du prix et clause de garantie de passif[1320], etc. Il y a lieu de distinguer ici deux situations.

D'une part, il peut exister plusieurs clauses entre les mêmes parties dont l'objet est identique. Tel est le cas lorsque deux clauses relatives à l'établissement du décompte définitif prévoient des modalités de mise en œuvre différentes. Il faut recourir, dans ce cas, au critère chronologique pour résoudre la difficulté : la clause la plus récente doit primer sur la plus ancienne. À supposer que les clauses ont la même date, mais que l'une se trouve dans les conditions générales et l'autre dans les conditions particulières, il convient de trancher en faveur de cette dernière[1321]. Il arrive que les clauses, prévoyant des modalités procédurales différentes, soient prévues dans les documents contractuels unilatéralement élaborés par chacune des parties. Il en est ainsi lorsque les conditions générales établies par chacune des parties prévoient des délais différents et des modalités de notification différents pour la résiliation du contrat. Le conflit de procédures doit se résoudre par l'éviction des deux clauses à défaut d'accord entre les parties[1322], le régime légal de la résiliation demeurant applicable[1323]. Plus généralement, cette situation d'inconciliabilité apparaît dans la période de formation du contrat lorsque l'offre et l'acceptation contiennent des procédures contractuelles incompatibles. C'est alors le régime de l'offre et de l'acceptation qu'il convient d'appliquer.

[1318] Cass. 3e civ., 1er oct. 2020, n° 19-16.763, préc.

[1319] F. X. TESTU, *Contrats d'affaires*, *op. cit.*, n° 85.05, l'auteur souligne que les parties doivent rationnellement aménager ces deux mécanismes « de façon subsidiaire l'un par rapport à l'autre ». Il ajoute qu'à défaut de précision, « il y a une certaine logique à considérer que c'est la clause de préemption qui doit fonctionner d'abord ».

[1320] Cass. com., 19 nov. 2000, n° 97-22.002, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir refusé de faire application de la clause de garantie de passif, la clause de révision du prix ayant déjà assuré la réparation du préjudice subi par le cessionnaire. Sur la distinction entre les deux clauses, v. W. DROSS, *Clausier*, *op. cit.*, p. 333.

[1321] *Specialia generalibus derogant* : en ce sens, v. Cass. 1re civ., 9 févr. 1999, Bull. civ. I, n° 44 ; RTD civ. 1999, p. 836, obs. J. MESTRE.

[1322] On enseigne généralement que les clauses contradictoires s'annulent : v. par ex. J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat,* préf. J. FLOUR, LGDJ, 1970, n° 289, p. 264 ; F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, th. préc., n° 37, p. 29 ; J. MESTRE, « Les documents contractuels », RTD civ. 1997, p. 121. *Contra*, D. HOUTCIEFF, obs. sous CA Versailles, 5 janv. 2016, Gaz. Pal. 2016, n° 16, p. 23, qui considère qu'en présence de clauses contradictoires, les règles d'interprétation ont vocation à s'application, leur disparition n'intervenant que dans des cas limités.

[1323] Comp. Cass. com., 20 nov. 1984, JCP 1984, II, 20832, note A. BLAISE, qui évince les deux clauses de compétence différentes au profit de la règle légale de compétence. V. aussi, CA Versailles, 5 janv. 2016, Gaz. Pal. 2016, n° 16, p. 23, obs. D. HOUTCIEFF, à propos de clauses de compétence prévues dans les conditions générales de vente et d'achat, la cour décide : « les clauses attributives de compétence insérées par chacune des parties dans leurs documents étant contraires et non acceptées par l'autre partie, il y a lieu de se référer aux règles de compétence de droit commun, c'est-à-dire à l'article 42 et à l'article 46 du Code de procédure civile ».

La jurisprudence considère, en effet, qu'« une réponse qui tend à l'acceptation d'une offre mais [qui] contient des éléments différents altérant substantiellement les termes de l'offre, telle […] une stipulation divergente sur le règlement des différends, ne vaut pas acceptation »[1324]. La sanction n'est pas l'annulation des clauses incohérentes, mais la neutralisation de ces dernières par une privation d'effet[1325].

405. - D'autre part, il peut arriver que les procédures prévues dans les documents contractuels de chacune des parties aient le même objet à ceci près qu'elles prévoient des degrés de contrainte différents. Par exemple, en cas de concours entre deux clauses de conciliation dont l'une est facultative et l'autre obligatoire ou encore entre deux clauses d'expertise dont l'une prévoyant un simple avis technique et l'autre stipulant un avis contraignant. En principe, le critère chronologique doit toujours servir à résoudre ce type de conflit notamment s'agissant de la dernière hypothèse. La situation est différente lorsque le conflit met en cause une clause de conciliation et d'arbitrage[1326]. Bien qu'ayant le même objet, il s'agit de mécanismes distincts. En dépit de sa nature conventionnelle, l'arbitrage reste un mode juridictionnel de résolution des litiges. La priorité sera donc accordée aux processus amiables de résolution du litige (conciliation, médiation) qui constituent traditionnellement des préalables aux modes contentieux. Partant, on donne une chance supplémentaire à l'obtention d'un accord amiable qui est le plus souvent recherché en pratique. L'évolution du droit positif est en ce sens[1327].

Il est toujours préférable que les parties règlent en amont les difficultés relatives à l'articulation des clauses ayant le même objet. Car dans la situation de concours de procédures avec un mécanisme concurrent, la difficulté est résolue par le juge chargé d'interpréter la volonté des parties.

b. L'interprétation restrictive des clauses

406. - Les clauses instituant des procédures font l'objet d'une application stricte par les tribunaux qui contribuent à l'affaiblissement de leur force obligatoire. L'explication de l'approche restrictive du champ de ces mécanismes par la jurisprudence est double. Elle tient d'abord à la rédaction imprécise de la clause en cause. Elle s'explique ensuite par le caractère exorbitant du droit, de la prérogative qui en est l'objet et qui conduit le juge à interpréter de manière stricte le dispositif conventionnel.

[1324] Cass. 1re civ., 16 juill. 1998, Bull. civ. I, n° 252 ; D. 1999, p. 117, note C. WITZ ; Gaz. Pal., 19-20 nov. 1999, p. 31, note C. MAURO ; Rev. crit. 1999, p. 122, note P. ANCEL et H. MUIR-WATT.

[1325] V. C. civ., art. 1119, al. 2.

[1326] Néanmoins, l'existence d'une clause de conciliation et d'arbitrage dans le même contrat pose un problème de compétence juridictionnelle relative à la recevabilité de la demande d'arbitrage en cas de non-respect du processus amiable : v. par ex., CA Paris, 6 juin 2019, n° 18/27939, D. actu. 23 juill. 2019, obs. J. JOURDAN-MARQUES, qui se prononce en faveur du défaut de pouvoir du juge d'appui pour connaître de la fin de la fin de non-recevoir tirée de la violation du processus amiable.

[1327] V. le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 qui renforce le recours à la conciliation et à la médiation comme préalable à l'action en justice. Sur cette question, v. C. BLÉRY et J.-P. TEBOUL, « Une nouvelle ère pour la procédure civile », Gaz. Pal. 2015, p. n° 87, p. 6 ; H. CROZE, « Choc de simplification procédurale ? À propos du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 », JCP G 2015, act. 356.

Face à des clauses mal rédigées, la jurisprudence se montre plus exigeante dans leur application. À titre d'illustration, en matière de clause de résolution amiable, l'existence d'un doute sur la portée du mécanisme conduit les tribunaux à lui dénier tout caractère contraignant. Ainsi, dans une affaire où les parties avaient fait référence à une clause type qui stipulait que « pour le règlement des contestations qui peuvent s'élever à l'occasion de l'exécution ou du règlement du marché, les parties contractantes doivent se consulter pour soumettre leur différend à un arbitrage, ou pour refuser l'arbitrage », la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir décidé que la stipulation en cause « n'instituait pas une procédure de conciliation obligatoire, préalable à la saisine du juge, dont le non-respect, [est] invoqué par le défendeur »[1328]. Si la solution est compréhensible au regard du caractère pathologique de la clause, il n'en va pas de même dans d'autres situations où le dispositif conventionnel en cause aurait pu se voir reconnaître une force contraignante.

Une solution identique a été retenue s'agissant d'une clause prévoyant qu'« en cas de litige, les parties conviennent, préalablement à toute instance judiciaire, de soumettre leurs différends à un conciliateur désigné qui sera missionné par le président de la Chambre des notaires ». L'arrêt d'appel a été approuvé au motif que les juges du fond ont « relevé, par une interprétation souveraine exclusive de dénaturation que l'ambiguïté des termes de l'acte de vente rendait nécessaire »[1329] que les parties n'avaient pas entendu faire du dispositif un préalable obligatoire. L'interprétation ici retenue de la clause litigieuse ne paraît pas convaincante. On remarquera que c'est moins l'exigence de modalités particulières de mise en œuvre que l'absence de mention du mot « obligatoire » qui a motivé cette décision de rejet. Or, le caractère obligatoire d'une norme ne résulte pas nécessairement de sa formulation impérative. L'emploi du présent de l'indicatif paraît largement suffisant[1330]. En l'occurrence, l'intention première des parties était de faire régler leur différend à l'amiable par le biais de la procédure qu'elles ont prévue. La précision dans la clause de « l'obligation de ne pas agir »[1331] pendant la procédure de conciliation corrobore cette assertion. La volonté commune des parties était d'éviter "tout contentieux". En l'absence de doute sur la volonté clairement exprimée des parties, il convenait de faire respecter la force obligatoire de leur accord[1332].

407. - Les parties laissent parfois la possibilité à l'une d'elles d'activer la procédure de résolution des litiges[1333]. Une telle formulation n'est pas toujours bien accueillie par la

[1328] Cass. 1re civ., 6 févr. 2007, n° 05-17.573 ; Procédures 2007, comm. 76, note R. PERROT.
[1329] Cass. 3e civ., 23 mai 2012, n° 10-27.596 ; RDC 2013, p. 192, obs. C. PELLETIER. V. aussi, Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 08-18.202, Bull. civ. V, n° 10 ; RTD civ. 2010, p. 780, obs. B. FAGES.
[1330] V. en ce sens, Cons. Cons., 17 janv. 2008, n° 2007-561 DC ; Dr. soc. 2008, p. 424, note V. BERNAUD ; Rev. adm. 2008, n° 366, p. 602, note S. DE CHARENTENAY ; AJDA 2008, n° 16, p. 851, note D. LABETOULLE ; RFDC 2008, n° 75, p. 601, note A. LE QUINIO : « l'emploi du présent de l'indicatif ayant valeur impérative, la substitution du présent de l'indicatif à une rédaction formulée en termes d'obligation ne retire pas aux dispositions du nouveau code du travail leur caractère impératif ». Rappr., CA Nancy, 7 avr. 2015, n° 14/01965 : « Les termes employés et l'utilisation du futur suffisent à établir le caractère obligatoire de cette clause et du recours à un troisième expert ».
[1331] La précision était contenue dans la clause traitée par Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 08-18.202, préc.
[1332] C. PELLETIER, « Quand la Cour de cassation prive la clause de conciliation de toute portée », RDC 2013, p. 192, spéc. n° 2, qui souligne à juste titre que le fait d'exiger que la clause prévoit son caractère obligatoire constitue une rédondance par rapport au principe de la force obligatoire du contrat.
[1333] V. en ce sens, S. BERNHEIM-DESVAUX, « La clause de résolution de litiges optionnelle », CCC 2013, form. 12.

jurisprudence. Ainsi, dans un arrêt rendu en 2013, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'« avoir constaté que la clause litigieuse de résolution des différends stipulait que chaque partie pourrait choisir de recourir à l'arbitrage ou à une action devant la cour du lieu du siège de l'acheteur, en retenant que deux voies alternatives s'offraient aux parties et que la faculté de ce choix était ouverte à chacune d'elles, les références faites à un centre d'arbitrage n'étant pas de nature à remettre en cause le caractère purement optionnel du recours à l'arbitrage » et d'avoir « exactement déduit que cette clause n'obligeait pas les parties à se soumettre à un arbitrage en cas de différend, de sorte que le tribunal de commerce était compétent »[1334]. À l'analyse, la solution n'est pas contestable. La clause litigieuse rendait le recours à l'arbitrage facultatif[1335] en ce qu'elle fait référence alternativement au recours au processus arbitral et au processus juridictionnel[1336]. On pourrait même se demander s'il y avait une volonté réelle de conclure une convention d'arbitrage. Il est donc important de rédiger la clause de manière à faire apparaître clairement l'intention commune des parties à la fois sur le contenu procédural et sur les modalités d'exercice de l'option.

Cela étant, dans la majorité des cas, l'interprétation restrictive porte sur le champ d'application des clauses. Il ne faut pas y voir nécessairement l'hostilité du juge envers les dispositifs concernés. Par exemple, en matière de clause résolutoire, la défiance des tribunaux vise moins la procédure que la prérogative qu'elle tend à encadrer[1337]. Dans d'autres cas, l'effet de la procédure conduit la jurisprudence à adopter une approche restrictive. Ainsi, au nom de la liberté contractuelle, singulièrement de la libre cessibilité des actions[1338], la jurisprudence fait une application stricte de la clause d'agrément[1339]. Elle considère, par exemple, que la procédure d'agrément ne s'applique pas à « la cession des parts ou actions composant le capital » des personnes morales associées de la société dont les statuts prévoient l'agrément[1340]. Elle refuse également d'appliquer la clause d'agrément, en cas de fusion ou de scission[1341], à la société absorbante. De son côté, le législateur prévoit que la clause

[1334] Cass. 1re civ., 12 juin 2013, n° 12-22.656 ; RDC 2013, n° 4, p. 1473, obs. Y.-M. SERINET et X. BOUCOBZA ; Procédures 2013, comm. 244, WEILLER ; JCP E 2013, n° 39, p. 1522, note C. ASFAR CAZENAVE ; RGDA 2013, p. 1015, note R. SCHULZ.

[1335] V. aussi, CA Aix-en-Provence, 13 juin 2019, n° 18/18352, à propos d'une clause similaire, la cour énonce : « le recours à l'arbitrage ne revêt pas, aux termes de [cette clause], un caractère obligatoire mais facultatif, et suppose le commun accord des parties ».

[1336] V. Y.-M. SERINET et X. BOUCOBZA, obs. préc. ; C. ASFAR CAZENAVE, note préc.

[1337] C. CHABAS, « Résiliation, Résolution », *op. cit*., spéc. n° 133. *Adde*, J.-L. AUBERT, « Interprétation stricte des clauses résolutoires », D. 1991, p. 327 ; J.-P. BLATTER, « De l'interprétation stricte d'une clause résolutoire », AJDI 2001, p. 983.

[1338] Sur cette question, v. par ex., P. CORDONNIER, « Remarques sur la licéité des clauses restreignant la libre cessibilité des actions entre actionnaires », Journ. sociétés 1955, p. 193 ; J. MOURY, « Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions », RTD com. 1989, p. 187 ; Y. REINHARD, « Les clauses de préférence et de préemption en cas de cession entre actionnaires », RJ com. 1990, p. 88.

[1339] Elle retient également une lecture restrictive de la clause de préemption, v. par ex., Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-21.037 ; D. 2010, AJ, p. 148, obs. A. LIENHARD ; RTD com. 2010, p. 140, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; Rev. sociétés 2010, p. 291, note H. LE NABASQUE ; RJDA 2010, n° 377; Dr. sociétés 2010, n° 64, obs. M.-L. COQUELET ; BJS 2010, p. 486, note D. PORACCHIA, une clause de préemption visant le cas de cession des titres est jugée inapplicable à un apport en société de titres.

[1340] Cass. com., 13 déc. 1994, n° 93-11.569 et 93-12.349 ; Bull. civ. IV, n° 384 ; RTD civ. 1995, p. 644, obs. P.-Y. GAUTIER.

[1341] V. par ex., CA Chambéry, 26 nov. 2002, n° [XCHAM261102X], qui énonce « s'agissant de dérogation à un principe de liberté, ces clauses sont d'interprétation stricte ». V. B. ESPESSON-VERGEAT, « Le jeu des clauses d'agrément et de préemption lors de la transmission universelle du patrimoine de la société », D. 2003, p. 1216.

d'agrément ne s'applique pas à certains cessionnaires[1342]. Toutefois, il est permis aux parties d'étendre le champ de leurs clauses à des hypothèses exclues par la jurisprudence[1343] voire par la loi[1344]. Il reste que ces aménagements conventionnels sont à leur tour interprétés restrictivement car ils « constituent des exceptions au principe de libre disposition des titres »[1345].

408. - Dans la même logique, parce qu'elles aménagent conventionnellement le droit d'accès au juge, les clauses instituant des procédures de résolution amiable des litiges sont interprétées de manière stricte[1346]. À titre d'illustration, le jeu de la clause de conciliation a été écarté au motif qu'elle visait « les difficultés soulevées par l'exécution ou l'interprétation du contrat et non pas le litige né de sa rupture »[1347]. Dans une perspective similaire, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir jugé inapplicable une clause de médiation à la rupture brutale des relations commerciales établies quand bien même un contrat conclu entre les parties prévoyait le jeu du dispositif contractuel[1348]. La lecture restrictive du champ de la clause est dictée tantôt par la nature de l'obligation[1349], tantôt par celle de l'instance judiciaire visée[1350]. Il n'en reste pas moins que la jurisprudence réserve la possibilité d'une stipulation contraire expresse[1351]. Les contractants sont donc avisés de l'attention qu'il convient d'accorder à la définition des contours de telles clauses.

En définitive, on voit bien que la mise en œuvre des procédures contractuelles n'est pas forcément une chose acquise. Elle peut se heurter à de nombreux obstacles, la recension opérée ici n'étant pas exhaustive. Il s'agit de difficultés qui peuvent être réglées, du moins pour la plupart, lors de la rédaction du contrat. La qualité rédactionnelle de la clause instituant

---

[1342] V. par ex., C. com., art. L. 228-23.

[1343] V. par ex., Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-12567 ; Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-13484. V. déjà, Cass. com., 3 juin 1986, n° 85-12657, Rev. sociétés 1987, p. 52, note Y. REINHARD.

[1344] Par ex., en matière de SARL, C. com., art. L. 223-13, al. 2 et L. 223-16.

[1345] S. SCHILLER, « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires », Rép. sociétés, Dalloz 2009, n° 34.

[1346] V. LASSERRE, « Validité et portée des clauses de conciliation ou de médiation », art. préc., spéc. n° 9.

[1347] Cass. soc., 7 mars 2007, n° 05-45.157.

[1348] Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-18.852 ; CCC 2012, comm. 231, obs. N. MATHEY ; RDC 2013, p. 192, obs. C. PELLETIER ; JCP E 2012, n° 40, p. 1585, obs. D. DE LAMMERVILLE et L. WYNAENDTS

[1349] Cass. 3e civ., 23 mai 2019, n° 18-15.286, D. 2019, p. 1172 ; RDI 2019, p. 397, obs. C.-E. BUCHER ; Cass. 3e civ., 26 nov. 2020, n° 18-26.402, RDC 2021, n° 2, p. 81, obs. C. PELLETIER. V. déjà, Cass. 3e civ., 23 mai 2007, n° 06-15.668, Bull. 2007, III, n° 80 ; Cass. 3e civ., 9 oct. 2007, n° 06-16.404, RDI 2008, p. 158, obs. P. MALINVAUD, la Cour considère que les processus de règlement amiable des litiges portant sur le « respect des clauses » du contrat n'ont pas « vocation à s'appliquer lorsque la responsabilité de l'architecte [est] recherchée sur le fondement de l'article 1792 » du Code civil.

[1350] Cass. 2e civ., 21 mars 2019, n° 18-14.773, inédit, D. 2019, p. 1306, obs. A. LEBORGNE ; RTD civ. 2019, p. 578, obs. H. BARBIER, la Cour décide qu'une clause conciliation aménageant le droit d'agir relativement « aux droits et obligations contractuels des parties » ne s'applique pas à l'action tendant « à l'accomplissement d'une mesure d'exécution forcée » quand bien même les parties avaient prévu qu'elle doit être mise en œuvre préalablement « à toute instance judiciaire » ; Cass. 2e civ., 2 juill. 2020, n° 19-16.326, RDC 2020, n° 4, p. 67, obs. C. PELLETIER. En ce sens, v. déjà, Cass. 2e civ., 22 juin 2017, n° 16-11.975, D. 2017, p. 1369 ; *ibid*. 2018, p. 692, obs. N. FRICERO ; *ibid*. p. 1223, obs. A. LEBORGNE ; RTD civ. 2017, p. 653, obs. H. BARBIER ; *ibid*. 2018, p. 478, obs. P. THÉRY. V. cependant, Cass. 1re civ., 1er oct. 2014, n° 13-17.920, D. 2014, p. 2004 ; *ibid*. p. 2541, obs. T. CLAY ; *ibid.* p. 2015. 287, obs. N. FRICERO ; *ibid*. p. 1339, obs. A. LEBORGNE ; AJDI 2015, p. 442 ; AJDI 2015, p. 442, obs. F. COHET ; RTD civ. 2015, p. 131, obs. H. BARBIER ; *ibid*. p. 187, obs. P. THÉRY, qui décide que la clause de conciliation préalable à toute instance judiciaire s'applique au commandement de payer initiant une procédure de saisie immobilière.

[1351] V. Cass. 3e civ., 23 mai 2019, n° 18-15.286, préc. ; Cass. 2e civ., 21 mars 2019, n° 18-14.773, préc.

un processus participe du renforcement de sa force contraignante et subséquemment de son incidence sur la situation juridique concernée.

§. 2. Les effets des procédures contractuelles

409. - Il s'agit de traiter ici, non pas de l'effet obligatoire des clauses procédurales, mais de l'effet concret produit par leur mise en œuvre[1352]. On entend par là les conséquences précises attachées aux dispositifs étudiés en tant que normes. Ces conséquences résultent le plus souvent de la méconnaissance des procédures contractuelles par l'une des parties, mais elles ne se confondent pas avec les sanctions de l'inexécution du contrat. Elles peuvent résulter aussi du jeu normal du dispositif procédural lorsqu'il entraine une modification de la situation juridque des contractants. Ainsi, indépendamment du résultat poursuivi, l'application des clauses instituant des procédures est susceptible de générer des conséquences tant sur les droits substantiels (**A**) que sur les droits procéduraux (**B**) des parties.

A. Les incidences sur les droits substantiels

410. - Les mécanismes étudiés ne visent pas simplement à créer des charges procédurales à l'endroit des contractants. Ils produisent des effets sur les droits substantiels des parties.

On le perçoit à la lecture de certaines clauses notamment lorsqu'elles subordonnent l'obtention d'un certain résultat au respect d'une procédure. Par exemple, dans les conditions générales d'un contrat d'assurance multirisque habitation, il est prévu le report de la garantie dans les conditions suivantes :

> « En cas de déménagement, vous bénéficiez automatiquement des mêmes garanties pour le nouveau domicile que celles déjà souscrites pour l'ancien ; et ceci, pendant un mois à compter du début du contrat de location ou de la mise à disposition du domicile nouvellement acquis. Pour obtenir cette garantie, vous devez nous en faire la déclaration avant votre déménagement »[1353].

La clause conditionne le report de la garantie sur le nouveau domicile à l'accomplissement de la formalité prévue au contrat. À défaut, l'assuré risque de perdre le bénéfice de la garantie. Plus généralement dans les contrats d'assurance, l'assuré a une obligation d'information en cours de contrat sur les circonstances nouvelles de nature à modifier le risque[1354] sous peine de réduction du bénéfice de la garantie, voire de la nullité du contrat[1355]. L'incidence de la procédure sur la substance des droits et obligations des parties est réelle. Elle se traduit par la perte de droit dans le cas de l'obligation d'information de l'assuré. Le mécanisme participe en réalité de la détermination des prestations contractuelles.

[1352] N. RONTCHEVSKY, *L'effet de l'obligation*, préf. A. GHOZI, Economica 1998, spéc. n° 6, qui fait une distinction entre ce qui relève de l'effet de droit d'une obligation conventionnelle, c'est-à-dire son effet obligatoire et ce qui relève de son effet concret qui renvoie à un résultat procuré par son existence ou son exécution.

[1353] Stipulation extraite des Conditions générales d'assurance multirisque habitation proposée par ECA-Assurance, Référence : CG-ECAMRH-1018, p. 6.

[1354] C. assur., art. L. 113-2, 3°.

[1355] V. en ce sens, Cass. 2e civ., 16 juin 2011, n° 10-17.447 ; RCA 2011, n° 339.

On peut le constater avec la procédure aménageant le pouvoir de modulation du contenu du contrat[1356]. La prérogative reconnue à une partie a pour contrepartie la possibilité pour le cocontractant assujetti le droit de refus de la modification unilatérale. Il doit toutefois le notifier dans le délai convenu faute de quoi, il est réputé avoir accepté la modification[1357]. Le silence conduit de la sorte à maintenir le cocontractant dans les liens d'un contrat unilatéralement modifié par son partenaire.

411. - Lorsque le dispositif aménage les modalités d'échange des consentements, il peut conduire à la formation d'un acte juridique créant des droits et obligations pour les parties. L'exécution de la clause de préférence s'inscrit dans cette logique. Selon la Cour de cassation, « l'acceptation de l'offre de vente formulée en exécution du pacte de préférence vaut vente »[1358]. Il en est ainsi peu important le fait que le bénéficiaire refuse, par la suite, de se présenter chez le notaire pour dresser l'acte authentique. Dès lors qu'une telle condition formelle n'a pas été essentialisée, le contrat de vente, qui reste un contrat consensuel, est valablement formé[1359]. Certes, le constat de la conclusion du contrat définitif réalisé par les juges repose ici sur la théorie de l'offre et de l'acceptation. Il n'en demeure pas moins que les règles procédurales de mise en œuvre du pacte y participent en précisant les modalités de rencontre de l'offre et de l'acception qui forme le contrat définitif. Le bénéficiaire avait la possibilité de ne pas conclure le contrat en gardant le silence dans le délai imparti.

En général, les prérogatives contractuelles sont encadrées par des règles procédurales dont le non-respect engendre des conséquences substantielles. Il peut s'agir de tenir le silence gardé dans un délai pour consentement tacite. Le fait d'exprimer le refus hors délai peut être tenu pour non avenu. C'est le cas en matière de clause d'agrément. Par exemple, dans les statuts d'une SCI, il était prévu que « si la société n'a pas fait connaître sa décision dans le délai de trois mois de la réception de la notification, l'agrément est réputé acquis ». La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir relevé que le refus d'agrément a été notifié hors délai statutaire et décidé en conséquence que l'agrément était acquis[1360]. Dans le même sens, les diligences imposées aux parties dans le cadre de la procédure d'établissement du décompte définitif ont une incidence sur l'apurement des comptes relatifs à un chantier de travaux privés. Ainsi, lorsqu'une partie garde le silence sur les observations de son cocontractant, elle « est présumée avoir accepté ces observations » de sorte que le projet de décompte général devient définitif à son égard[1361].

412. - On voit que le respect ou la méconnaissance de procédures contractuelles peut avoir une incidence dans la détermination de la portée de l'engagement des parties. Il ne s'agit pas

[1356] Pour un exemple, v. *supra*, n° 272.
[1357] V. par ex., CA Nîmes, 21 sept. 2010, n° 07/03565 : la cour affirme qu'« il appartenait à Mme L., si elle était opposée à la modification qui lui était soumise de mettre en œuvre la procédure contractuelle en cas de désaccord sur les nouvelles conditions de la rémunération ; qu'en ne le faisant pas, elle est réputée avoir accepté tacitement ces nouvelles conditions ».
[1358] Cass. 3e civ., 22 sept. 2004, n° 02-21.441 ; RTD civ. 2005, p. 122, obs. J. MESTRE et B. FAGES.
[1359] V. aussi, CA Paris, 18 mai 2005, n° 03/14199 ; AJDI 2005, p. 834, obs. C. DENIZOT.
[1360] Cass. 3 civ., 16 janv. 2020, n° 18-26.010 ; Rev. sociétés 2020, p. 299, note J.-F. BRBIERI.
[1361] CA Angers, 8 nov. 2011, n° 10/02020, préc. *Adde*, Cass. 3e civ., 7 nov. 2019, n° 18-22.456 : en gardant le silence lors du processus d'apurement des comptes, le maître de l'ouvrage est réputé « avoir accepté le décompte général » et « s'opposer au paiement des sommes réclamées » ; CA Dijon, 2 avr. 2009, n° 08/01223.

nécessairement de faire naître des obligations à la charge des contractants. L'effet du mécanisme sur les droits substantiels peut consister en la constatation de la réalisation effective des engagements. Les procédures contractuelles aménageant la réception des ouvrages en matière de contrat de construction d'ouvrage immobilier s'inscrivent dans cette logique [1362] . Les clauses d'agréation en matière de vente participent également à la détermination de la réalisation effective des engagements. La procédure conduisant à l'agréation a un effet variable[1363] sur l'obligation du vendeur notamment un effet libératoire de la délivrance et de la garantie de l'objet[1364].

Le dernier exemple illustre l'aptitude des mécanismes étudiés à générer des conséquences substantielles sur la situation juridique des contractants. Au stade de leur mise en œuvre, ils peuvent produire aussi des effets sur les droits procéduraux des contractants.

B. Les incidences sur les droits procéduraux

413. - Les effets substantiels produits par les procédures contractuelles ont également des incidences sur les droits procéduraux des parties.

On pense en premier lieu à la clause compromissoire dont l'application a pour effet d'interrompre la prescription[1365]. Concrètement, le délai de prescription acquis est interrompu par la mise en œuvre de la procédure contractuelle, un nouveau délai de même durée que l'ancien commencerait à courir à l'issue de la procédure[1366]. Néanmoins, pour que l'effet interruptif de prescription joue, encore faut-il que la saisine du tribunal soit intervenue en exécution d'une clause d'arbitrage stipulée au contrat. Tel n'est pas le cas lorsque la mise en œuvre de la procédure d'arbitrage intervient en application d'une clause compromissoire prévue dans un contrat non signé par la partie à laquelle on l'oppose[1367].

En second lieu, les procédures contractuelles de résolution des litiges ont également un impact sur le cours de la prescription. À la différence de l'arbitrage dont le déclenchement équivaut à une saisine de justice interruptive de prescription, la mise en œuvre des modes amiables de résolution des litiges a pour effet de suspendre le délai de prescription. La Cour de cassation a rappelé, dans un *obiter dictum*, que la mise en œuvre d'une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge prévue dans la clause d'un contrat suspend, jusqu'à l'issue de cette procédure, le cours de la prescription[1368]. Le législateur est

[1362] Pour un exemple de clause, v. *supra*, n° 258.
[1363] La mise en œuvre du processus d'agréation n'a pas toujours un effet libératoire de de l'obligation de délivrance du vendeur, v. par ex., Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-24.501 ; Gaz. Pal. 2015, p. 19, obs. D. HOUTCIEFF ; RDC 2015, p. 494, obs. J. HUET ; Defrénois 2015, p. 613, obs. J.-B. SEUBE, qui rappelle « que l'obligation de délivrance de machines complexes n'est pleinement exécutée qu'une fois réalisée la mise au point effective de la chose vendue » et approuve l'arrêt d'appel d'avoir retenu que l'agréation effectué le processus contractuel « ne suffisait pas à rapporter la preuve de l'exécution de l'obligation de délivrance ».
[1364] V. not. H. BOUCARD, th. préc., spéc. n° 63 et s., p.71 et s.
[1365] V. par ex. Cass. 1re civ., 22 juin 2016, n° 15-18.701.
[1366] C. civ., art. 2231.
[1367] Cass. 1re civ., 15 janv. 2020, n° 18-20.102 ; Gaz. Pal. 2020, p. 34, obs. D. BENSAUDE.
[1368] Cass., ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423, Bull. civ., n° 1 ; D. 2003. 1386, note P. ANCEL et M. COTTET ; *ibid*., p. 2480, obs. T. CLAY ; Dr. soc. 2003, p. 890, obs. M. KELLER ; RTD civ. 2003, p. 294, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *ibid*., p. 349, obs. R. PERROT ; JCP E 2003, 707, note H. CROZE et D. GAUTIER.

intervenu sur la question et a étendu la règle à la médiation et à la procédure participative. La mise en œuvre du dispositif suspend le délai qui « recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois » à compter du dénouement du processus[1369]. En outre, tant qu'il est en cours, le processus amiable « rend irrecevable tout recours au juge pour qu'il statue sur le litige ». La règle prévue pour la convention de procédure participative[1370] s'étend à toutes les procédures contractuelles de résolution amiables du litige.

À ces hypothèses s'ajoute celle dans laquelle les parties aménagent le délai de prescription notamment dans le cadre de procédures contractuelles qu'elles instituent[1371]. Dans tous les cas, l'effet du mécanisme se traduit par une neutralisation des rapports de droit litigieux dans l'attente du dénouement de la procédure. L'interruption ou de la suspension de la prescription en cause a des implications processuelles pour les parties dans la mesure où elle affecte leur droit d'agir.

414. - Ceci étant, l'incidence des procédures contractuelles sur les droits procéduraux se manifeste sur le terrain probatoire. On l'a constaté, le résultat de certaines procédures contractuelles a pour effet de réputer un consentement intervenu, du moins de façon tacite. De la sorte, le silence gardé par un contractant conduit à le considérer comme ayant donné son consentement ou ayant renoncé à contester l'acte ou le fait en cause. En clair, les mécanismes concernés ont pour effet de poser des présomptions. Une telle conséquence se déduit de l'énoncé même de la norme instituant la procédure, qu'elle soit d'origine légale ou conventionnelle. On peut citer, à titre d'illustration, les processus d'agrément, d'agréation, d'établissement des décomptes définitifs ou encore de modification unilatérale du prix. Il en est de même des procédures de constat contradictoire (d'état de lieux, de réalisation effective des engagements).

Dans ces différents cas, l'inertie du contractant à qui incombe une diligence peut valoir présomption de consentement ou de renonciation. Ainsi, le titulaire de la décision d'agrément est présumé consentir à l'opération lorsqu'il ne manifeste pas son refus dans les formes et délais convenus, sous réserve bien évidemment d'une prévision expresse de la norme en cause. De même, l'acquéreur qui reçoit la chose est tenu de l'inspecter dans les conditions prévues pour voir si elle n'est pas affectée de vices apparents. En s'abstenant de le faire dans le délai convenu, il est présumé acquérir la chose exempte de tels vices. Dans une perspective similaire, le fait de ne pas formuler de contestations suivant le processus prévu pour l'apurement des comptes vaut acceptation du décompte établi par son cocontractant. Enfin, le contractant qui se voit imposer une modification unilatérale du contenu du contrat dispose suivant les stipulations du contrat d'une faculté de résiliation en cas de refus, en s'abstenant

[1369] C. civ., art. 2238. Sur l'applicabilité de ce texte à la mise en œuvre de la clause de conciliation, v. S. AMRANI-MEKKI, « La clause de conciliation », art. préc., n° 30 et s.
[1370] C. civ., art. 2065.
[1371] Pour un exemple de clause, v. J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 1306.

de le faire, il est censé avoir accepté les dites modifications[1372]. Par ailleurs un constat contradictoirement établi peut servir de preuve[1373].

415. - On peut le constater, l'instauration de procédures conventionnelles n'est pas neutre quant à la charge probatoire des parties. Les présomptions qui en résultent ont nécessairement pour effet de dispenser le contractant au profit duquel elles existent d'en rapporter la preuve. Il reste à se demander quelle est leur force probante. S'agit-il de présomptions simples supportant une preuve contraire (pouvant être rapportée par tout moyen), de présomptions mixtes pouvant être renversées dans des cas limitativement prévus ou de présomptions irréfragables[1374] qui ne peuvent être renversées par une preuve contraire ? La question renvoie à la validité des conventions sur la preuve. S'agissant de droit dont les parties ont la libre disposition, elles peuvent valablement conclure un accord portant sur la preuve[1375]. En revanche, il n'est pas souhaitable que ces mécanismes puissent permettre d'établir au profit de l'une ou l'autre partie une présomption irréfragable[1376] compte des risques qu'elle comporte.

La Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur la question dans une affaire relative à un contrat de licence et de distribution portant sur un progiciel. Les parties avaient institué une procédure de recette incombant au licencié dans une clause que l'on peut qualifier de clause d'agréation de la livraison. Celle-ci prévoyait que le licencié dispose « d'un délai de quinze jours à compter de la livraison du progiciel pour dénoncer tout "dysfonctionnement" en remplissant une "fiche individuelle d'identification écrite" et qu'à défaut de réserves respectant ce formalisme, le progiciel devait être considéré comme tacitement recetté ». En dépit de la clarté de cette stipulation, les juges fondèrent la résolution du contrat sur la base de preuve de dysfonctionnements établie en dehors du processus conventionnel. Saisie d'un pourvoi en ce sens, la Cour énonce un principe, « si les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition, ils ne peuvent établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable ». Puis elle approuve l'arrêt d'appel d'avoir retenu que la société licenciée rapportait la preuve que le progiciel livré ne pouvait pas « fonctionner et être commercialisé, ce dont il résulte qu'elle avait renversé la présomption de recette tacite résultant de l'absence de réserve respectant le formalisme contractuellement prévu »[1377].

416. - Il en ressort donc que ni la loi, ni la jurisprudence n'autorisent les parties à établir des présomptions irréfragables au profit de l'une d'elles. La présomption mixte doit également

[1372] V. par ex. Cass. 1re civ., 27 nov. 2013, n° 12-22.024, inédit.
[1373] V. par ex., Cass. 3e civ., 10 janv. 1995, n° 93-12.300 ; Loyers et copr. 1995, comm. n° 248 ; Cass. com., 16 janv. 2019, n° 17-21.404. En revanche, une partie ne saurait se prévaloir d'un constat unilatéralement établi en violation du processus, v. CA Paris, 22 janv. 2009, n° 08/19078 : « les seuls rapports de visite étant insuffisants à constituer une telle preuve, comme n'émanant unilatéralement que du franchiseur lui-même, aucune feuille de visite, signée des deux parties, n'ayant été produite aux débats ».
[1374] V. C. civ., art. 1353, al. 2.
[1375] Sur ce point, v. M. MEKKI, « La gestion contractuelle du risque de la preuve », RDC 2009, p. 453, et les références citées.
[1376] C. civ., art. 1356.
[1377] Cass. com., 6 déc. 2017, n° 16-19615, LEDC 2018, p. 1, obs. M. LATINA ; Gaz. Pal. 2018, p. 34, obs. D. HOUTCIEFF ; RDC 2018, p. 250, note J. KLEIN. Déjà en ce sens, Cass. 1re civ., 8 nov. 1989, n° 86-16.196 ; RTD com. 1990, p. 78, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ ; Cass. 1re civ., 28 janv. 2003, n° 00-17.553 ; Gal. Pal. 2003, p. 21.

être écartée en la matière, car les tribunaux permettent en général à ce que le demandeur puisse invoquer des « éléments objectifs permettant de mettre en doute cette présomption»[1378]. Par conséquent, la présomption résultant du jeu d'un processus conventionnel peut être renversée par tout moyen de preuve[1379]. Les clauses instituant des processus n'en conservent pas moins une utilité par le renversement de la charge de la preuve qu'elles induisent.

Au-delà des effets concrets qu'il est susceptible de produire sur la situation juridique des parties, le non-respect des procédures contractuelles peut faire l'objet de sanction.

Section 2 : La sanction de la violation des procédures contractuelles

417. - Parce que les procédures contractuelles ont une force contraignante identique aux autres clauses[1380], la jurisprudence tend à sanctionner leur violation par les remèdes à l'inexécution du contrat. L'application des sanctions relevant du droit commun des contrats **(§. 1**) s'explique par le fait que le non-respect des règles procédurales entraine le plus souvent l'inexécution d'une obligation contractuelle. En l'absence de violation d'une norme substantielle, la méconnaissance des formalités procédurales fait parfois l'objet de sanctions spécifiques (**§. 2**).

§. 1. Les sanctions relevant du droit commun des contrats

418. - Les mécanismes présentement étudiés ont vocation à être mis en œuvre dans un cadre contractuel. Ils sont donc régis par des exigences fondamentales gouvernant le contrat (bonne foi, loyauté, abus de droit) dont la violation est sanctionnée de la même manière[1381]. Il n'en résulte pas pour autant un alignement complet de régime et notamment sur le plan des sanctions applicables. La nature comportementale des diligences requises des parties dans le

[1378] Cass. 1re civ., 28 janv. 2003, n° 00-17.553 , préc. ; Cass. 2e civ., 10 mars 2004, n° 03-10154 : RDC 2004, p. 938, obs. P. STOFFEL-MUNCK. V. aussi, Cass. 3e civ., 23 mai 2002, n° 00-13.144 ; AJDI 2002, p. 681, obs. S. LAPORTE-LECONTE, la Cour affirme « qu'un état des lieux dressé contradictoirement constate une situation de fait jusqu'à preuve contraire » de sorte que les juges du fond peuvent retenir des preuves contraires notamment des attestations émanant de tiers.

[1379] CA Fort-de-France, 19 mars 2019, n° 17/00006 : « La convention relative à la preuve qui confie celle-ci à une lettre du maître d'œuvre, tiers au contrat, apte à attester des péripéties du chantier même s'il n'est pas nécessairement indépendant du vendeur/maître d'ouvrage, est quant à elle licite, dès lors qu'elle ne vaut que comme présomption et qu'il n'est pas interdit à l'acheteur de la contredire par tous moyens ».

[1380] P. ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », *op*. et *loc. cit*., qui considère que force obligatoire « "coiffe" en quelque sorte tous les effets du contrat ».

[1381] Comp., C. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », art. préc., spéc. n° 31, qui énoncent que les obligations découlant de la mise en œuvre des modes alternatifs de règlement des litiges « ne sont pas expressément stipulées, mais doivent être recherchées dans les principes généraux du droit des contrats et dans l'interprétation de la volonté supposée des parties ».

jeu des procédures contractuelles conduit *de facto* à écarter certains remèdes[1382]. Toutefois, il arrive que le non-respect d'une procédure contractuelle soit sanctionné par les remèdes à l'inexécution du contrat non que la violation de la formalité procédurale permette une telle sanction, mais parce que, de fait, elle provoque aussi l'inexécution d'une obligation.

L'analyse du droit positif permet d'identifier deux types de sanctions : celles tendant à la remise en cause de la force de l'engagement (**A**) et celles visant une réparation par équivalent (**B**).

A. La remise en cause de la force obligatoire de l'engagement

419. - Le manquement reproché à une partie dans le jeu d'une procédure conventionnelle peut être constitutif d'une faute suffisamment grave pour justifier la remise en cause de l'engagement. Il convient de préciser que la violation en cause peut consister tant en la méconnaissance du processus qu'en la violation d'une exigence transcendant le mécanisme en cause comme la bonne foi[1383]. Suivant la gravité de la faute, cela peut entraîner soit la rupture du contrat (**1**), soit la neutralisation de la clause (**2**).

1. La rupture du contrat

420. - La méconnaissance des formalités procédurales prévues dans une clause n'entraîne pas toujours la dissolution du lien contractuel. Il en est autrement lorsqu'elle s'accompagne de la violation d'une obligation. Cette situation se produit le plus souvent, mais pas toujours, lorsque le mécanisme a pour objet de préciser les modalités d'exécution du contrat. De sorte que le non-respect de la procédure a immanquablement une incidence sur l'obligation en cause[1384]. Autrement dit, la violation de la procédure entraîne celle d'une obligation contractuelle justifiant de ce fait la rupture du contrat.

Ainsi, dans un contrat d'affiliation, il était stipulé que la centrale de référencement s'engageait à négocier pour le compte de son affilié les conditions d'achat auprès de fournisseurs de produits alimentaires, à lui communiquer ces conditions et à lui faire bénéficier des avantages obtenus des fournisseurs. La cour d'appel saisie, constate que la centrale de référencement « a refusé de communiquer les contrats-cadres conclus avec chaque fournisseur et s'est abstenue de répondre aux différentes lettres adressées par » son affilié « pour obtenir, par tous moyens, des informations complètes sur ces points ». Elle valide la résiliation faite par l'affilié en raison de ce manquement. La Cour de cassation approuve au motif que les juges du fond ont pu en déduire qu'un tel comportement caractérise le manquement de la centrale de référencement à son obligation de rendre compte[1385]. Ainsi,

[1382] V. *supra*, n° 316 et s.
[1383] V. T. GENICON, th. préc., spéc. n° 295, qui montre que le manquement à la bonne foi peut être conduire à la résolution du contrat pour inexécution.
[1384] La demande en résolution est soumise au délai de prescription de droit commun de l'article 2224 du Code civil : v. par ex., Cass. 3e civ., 23 sept. 2020, n° 19-19.089, à propos de la violation de la procédure contractuelle de constatation d'achèvement des travaux dans le cadre d'une vente en l'état futur d'achèvement.
[1385] Cass. com., 5 juin 2019, n° 17-26.119, n° 18-10.359.

sans le dire expressément on voit que la méconnaissance des diligences imposées dans l'accord est sanctionnée par le biais de l'obligation du mandataire de rendre compte[1386].

421. - La violation de la procédure conventionnelle est un élément d'appréciation parmi tant d'autres relativement à la gravité du comportement justifiant la résolution du contrat. Ce qui est mis en avant est la violation de l'obligation entraînée par la méconnaissance de la procédure. Par exemple, s'agissant d'une clause de référence à un déontologue[1387], le non-respect du mécanisme de notification préalable n'est pas en soi suffisant pour justifier la résiliation contrat. Il en est autrement lorsque la violation en cause entraîne, si ce n'est qu'elle révèle, celle résultant de la clause d'exclusivité et de l'obligation de loyauté[1388]. Pour autant, le rôle de la formalité procédurale n'est pas à minimiser dans la mesure où son accomplissement aurait permis au déontologue d'apprécier la compatibilité de l'activité externe du salarié avec les fonctions exercées au sein de l'entreprise et d'éviter le licenciement qui en est résulté. Dans une autre optique, l'inclusion d'une procédure a une utilité en ce que sa violation permet de caractériser le manquement à l'obligation dont la gravité justifie la résiliation du contrat.

On peut faire une observation similaire à propos de la clause d'agrément[1389] dont l'objet est de permettre « à son bénéficiaire de contrôler certains contrats que pourrait être amené à conclure son cocontractant avec autrui »[1390]. On sait que la jurisprudence avait posé en principe que la cession de contrat n'est possible qu'avec le consentement du cédé[1391], solution qui a été consacrée par le législateur[1392]. Le fait pour le débiteur de se substituer un tiers dans l'exécution de ses obligations constitue à la fois une violation de la procédure d'agrément et de l'interdiction légale. Ainsi, dans un contrat de bail où il était prévu que la cession devait être agréée par la bailleresse qui devait en outre être convoquée à la signature de l'acte, quinze jours au moins avant la date prévue, il a été jugé que la violation de cette clause constitue « une faute suffisamment grave pour justifier sa résiliation aux torts du locataire »[1393].

[1386] C. civ. art. 1993.

[1387] V. *supra*, n° 197.

[1388] CA Paris, 26 juin 2014, n° 11/12783, préc., qui énonce que si l'exercice, par le salarié dont le contrat comporte cette clause, « de l'activité d'associé gérant au sein d'une société civile immobilière et le fait qu'il n'en ait pas informé la direction de la SAS et son déontologue, pouvaient ne pas nécessairement justifier, à eux seuls, un licenciement pour faute grave de l'appelant, il n'en va pas de même de l'exercice de cette activité s'ajoutant à celle de directeur général de la société CARITAS ».

[1389] L. AYNÈS, « Les clauses de circulation du contrat », art. préc., spéc., p. 138, qui affirme que les modalités de mise en œuvre de clauses d'agrément « sont autant d'obligations contractuelles, dont le respect est obligatoire ». En cas de violation, spécialement en matière de bail commercial, « cédant et cessionnaire encourent la résolution du contrat pour inexécution, à moins que le cédé ne puisse même invoquer une clause résolutoire de plein droit ».

[1390] W. DROSS, *Clausier*, *op. cit.*, p. 21.

[1391] Cass. com., 6 mai 1997, n° 9416.335 ; Bull. civ. IV, n° 117 ; D. 1997, p. 588, note M. BILLIAU et C. JAMIN ; Defrénois 1997, p. 977, obs. D. MAZEAUD.

[1392] C. civ., art. 1216.

[1393] Cass. 3e civ., 17 nov. 2016, n° 13-16.636. Rappr. Cass. 3e civ., 6 juin 2019, n° 17-21.335, qui affirme qu'il résulte des articles L. 411-31, II, et L. 411-35 du Code rural et de la pêche maritime « que la cession prohibée du bail rural, même si elle ne porte que sur une partie des biens loués, justifie la résiliation de ce bail sans que le juge, saisi d'une telle demande, ait à se prononcer sur la gravité du manquement, ni à rechercher s'il est de nature à compromettre la bonne exploitation du fonds ».

422. - Il apparaît que dans un certain nombre d'hypothèses, les exigences découlant des procédures contractuelles recoupent d'autres règles ou principes ayant pour objet d'assurer la police du contrat. L'analyse du droit positif permet de constater que la sanction, ici mise en évidence, est réservée à un type particulier de manquement aux procédures conventionnelles, c'est-à-dire celui entraînant à son tour la violation de règles substantielles. De sorte que si la résiliation du contrat est prononcée en raison de la violation d'une procédure contractuelle, c'est par le détour de l'inexécution d'une obligation[1394]. La solution s'explique par le lien étroit existant entre ces dispositifs conventionnels et la substance des droits et obligations légalement convenus. C'est la raison pour laquelle les premiers sont perméables à certains remèdes appliqués en droit commun des contrats. On verra également que c'est par le détour de la violation d'une exigence générale dans la mise en œuvre de la procédure que la neutralisation de la clause porteuse est souvent prononcée.

2. La neutralisation de la clause

423. - La jurisprudence procède à la neutralisation de certaines stipulations qui sont mises en œuvre de mauvaise foi ou de manière abusive[1395]. La solution s'applique aux clauses prévoyant la mise en œuvre de procédures contractuelles.

Les clauses résolutoires constituent l'exemple caractéristique de ce phénomène. Il est, en effet, de jurisprudence constante que les créanciers ne peuvent s'en prévaloir qu'à condition d'être de bonne foi[1396]. Le jeu de la clause est ainsi paralysé à titre de sanction de la mauvaise foi du créancier en dépit de la régularité de la procédure qu'il prévoit. Les tribunaux appliquent une solution identique en matière de clause encadrant la résiliation du contrat. Il a été retenu que le respect des conditions procédurales de mise en œuvre n'empêche pas la neutralisation de la dénonciation du contrat d'assurance à l'initiative de l'assureur dès lors qu'elle procède d'une mauvaise foi de ce dernier[1397]. La même sanction s'applique également s'agissant de la mise en œuvre d'une clause d'agrément insérée dans un bail commercial. Le bailleur qui adopte, durant la procédure d'agrément, une « attitude calculée pour décourager le locataire ou le pousser à la faute et reprendre ainsi le local sans bourse délier » commet un « un abus » qui peut le priver de son droit à demander la résiliation du bail[1398].

[1394] V. par ex., Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-25.742 ; LEDC mai 2017, p. 5, obs. F.-L. SIMON, qui prononce la résiliation du contrat de franchise en raison de la violation par le franchisé de la clause lui imposant « de communiquer chaque mois un récapitulatif de ses achats hors centrale et tous les ans ses bilans et comptes de résultat détaillés ».

[1395] V. not. P. STOFFEL-MUNCK, th. préc., n° 346 et s., p. 291, qui analyse « l'abus comme limite de la force obligatoire d'une clause ».

[1396] Cass. 3e civ., 15 déc. 1976, n° 75-15.377 ; Bull. civ. III, n° 465 ; Cass. 1re civ., 31 janv. 1995, n° 92-20.654 ; D. 1995, p. 389, note C. JAMIN ; *ibid.* somm. p. 230, obs. D. MAZEAUD ; Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08-18.738 ; Cass. 3e civ., 10 nov. 2010, n° 09-15.937 ; Bull. civ. III, n° 199 ; D. 2010, p. 2769, obs. Y. ROUQUET ; *ibid.* 2011, p. 472, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; AJDI 2011, p. 361, obs. M.-P. DUMONT-LEFRAND ; RTD com. 2011, p. 57, obs. F. KENDÉRIAN ; Cass. 3e civ. 23 mai 2012, n° 11-14.456 ; RTD civ. 2012, p. 727, obs. B. FAGES ; Cass. 3e civ., 1er févr. 2018, n° 16-28.684 ; Gaz. Pal. 20 mars 2018, p. 66, obs. C.- É. BRAULT. Sur cette question, v. C. PAULIN, *op. cit.*, n° 178 et s.

[1397] Cass. 1re civ., 7 nov. 2000, n° 99-18.576 ; D. 2001, jur., p. 256, note C. JAMIN et M. BILLIAU ; *ibid.* somm., p. 1137, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2001, p. 135, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

[1398] Cass. 3e civ., 5 janv. 2012, n° 10-20.179 ; Gaz. Pal. 2012, p. 27, obs. C. BERLAUD.

Une solution analogue a été adoptée en matière de droit de préférence prévu dans un contrat d'édition. La cour d'appel de Paris, après avoir constaté que l'auteur, tenu d'un pacte de préférence à l'égard de son éditeur, a proposé à celui-ci des œuvres manifestement impubliables, refuse de considérer que ces propositions libèrent l'auteur[1399]. La sanction du manquement à l'obligation d'exécuter son engagement de bonne foi a consisté dans l'interdiction pour l'auteur de se prévaloir de la clause qui le libère du pacte de préférence après deux refus successif. On peut encore citer l'exemple de la clause de dédit où une sanction identique a été prononcée. Il a été retenu à l'égard d'un contractant qui, dans le seul but « de le faire échapper aux conséquences de la violation de ses obligations contractuelles » a mis en œuvre la clause de dédit. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir retenu qu'il « avait fait preuve de mauvaise foi en exerçant […] sa faculté de dédit » et d'en déduire que la clause est « privée de tout effet »[1400]. Le contractant est ainsi privé du bénéfice de la prérogative alors pourtant qu'il semble l'exercer dans le respect des conditions notamment procédurales prévues par la clause.

424. - Les procédures contractuelles font donc l'objet d'un contrôle de bonne foi dans leur mise en œuvre[1401]. Il reste à se demander si le fait de priver d'effet les clauses qui les contiennent ne revient pas à prononcer une déchéance, peine privée, consistant à priver irrémédiablement le contractant du bénéfice de la prérogative concernée[1402]. Il n'en est rien, du moins si l'on doit considérer la bonne foi comme une obligation contractuelle[1403]. La sanction de sa violation doit, dans ce cas, servir à réaliser une justice commutative et ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour rétablir l'équilibre rompu par la violation en cause. Le communiqué de la Cour de cassation[1404] accompagnant l'arrêt *Les Maréchaux*[1405] est en ce sens.

[1399] CA Paris, 22 janv. 1992, D. 1995, jur., p. 128, note H. GAUMONT-PRAT.

[1400] Cass. 1re civ., 10 sept. 2014, n° 13-22.722, n° 13-23.409. *Adde*, Cass. 3e civ., 11 mai 1976 ; D. 1978, p. 269, note J.-J. TAISNE.

[1401] Comp. P. ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », art. préc., spéc. n° 21, p. 85, pour qui, « La bonne est […] est une clé de lecture de toutes les dispositions contractuelles, qu'elles créent des obligations ou non, qu'elles définissent le contenu des obligations du débiteur ou des prérogatives du créancier. Dès lors, si un contractant a agi de manière déloyale, a manqué à la bonne foi, on peut considérer qu'il s'est placé en dehors du contrat, et qu'il ne peut pas se prévaloir de sa force obligatoire ».

[1402] En faveur de cette idée, v. not. F. LUXEMBOURG, th. préc., n° 198 : « La mauvaise foi dans l'exercice d'une obligation juridique doit être distinguée de celle qui intervient dans l'exercice d'une clause spécifique accordant une faveur, un avantage, un privilège à l'un des contractants. Dans cette dernière hypothèse, l'exigence de bonne foi s'analyse en une incombance qui doit être sanctionnée par la déchéance, ce que font à juste titre les magistrats lorsqu'ils privent celui qui agit de mauvaise foi de l'exercice de la clause avantageuse ». V. aussi, É. SAVAUX, note sous Cass. com., 10 juill. 2007, Defrénois 2007, art. 38667-61 : « Puisque la mauvaise foi affecte l'exercice d'une prérogative, une autre sanction paraît plus adaptée, dans un certain nombre de cas au moins : la "neutralisation" de la stipulation mise en œuvre, dit le communiqué ; la déchéance de la prérogative considérée serait sans doute préférable. Le créancier serait alors privé, par l'effet de cette sanction, du droit ou du pouvoir qu'il aurait pu normalement exercer contre le débiteur, comme c'est le cas lorsque le juge refuse de constater l'acquisition du jeu d'une clause résolutoire mise en œuvre de mauvaise foi ».

[1403] Sur le « bien-fondé de l'approche obligationnelle de la bonne foi contractuelle », v. P. ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », art. préc., spéc. n° 12 et s., et les références citées.

[1404] Gaz. Pal. 28 juill. 2007, n° 209, p. 25 : « Le manquement à la bonne foi, qui est ordinairement sanctionné par la responsabilité civile du contractant de mauvaise foi, peut certes trouver une autre sanction dans la neutralisation de la stipulation mise en œuvre […] ».

Il convient donc de considérer que la neutralisation sanctionne ici la mise en œuvre déloyale de la clause. Elle ne conduit pas à la « rayer » du contrat, elle produit un effet ponctuel sur la prérogative qu'elle comporte. L'existence de celle-ci n'est pas en cause, seul son exercice (son invocation de mauvaise foi) est sanctionné[1406]. Si la notion de bonne foi permet ainsi de sanctionner la mise en œuvre déloyale d'une procédure contractuelle sur le terrain de la force obligatoire, la sanction peut aussi consister en une réparation par équivalent.

B. La réparation par équivalent

425. - La mise en œuvre de procédures conventionnelles peut donner lieu à la commission de plusieurs de types de fautes qui ont leur source soit dans la méconnaissance des étapes successives instituées, soit dans la violation des règles et principes permettant d'assurer la police du contrat (bonne foi, loyauté, abus de droit). Dans les deux cas, l'auteur peut engager sa responsabilité contractuelle[1407]. Mais s'agissant du premier cas, on verra que le non-respect d'une procédure en tant que tel donne rarement lieu à l'allocation de dommages et intérêts, faute de préjudice. En ce qui concerne la seconde hypothèse, la question est classique. Lorsqu'un contractant manque par exemple à la bonne foi dans la mise en œuvre d'une clause instituant une procédure, il engage sa responsabilité contractuelle à l'égard de son partenaire[1408]. La même solution est applicable lorsque le non-respect du dispositif entraine la

---

[1405] Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14768 ; Bull. civ. 2007, IV, n° 188 ; Rapp. C. cass. 2007, Doc. fr., 2008, p. 436 ; D. 2015, p. 164 ; D. 2007, p. 2839, note P. STOFFEL-MUNCK et P.-Y. GAUTIER ; *ibid*. p. 2972, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; JCP G 2007, 10154, note D. HOUTCIEFF ; JCP E 2007, 2394, note D. MAINUY ; Defrénois 2007, p. 1454, obs. É. SAVAUX ; CCC 2007, comm. 294, obs. L. LEVENEUR ; Dr. et patr., sept. 2007, p. 94, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; RDC 2007, p. 1107, obs. L. AYNÈS ; *ibid*. p. 1110, obs. D. MAZEAUD ; RTD. civ. 2007, p. 773, obs. B. FAGES ; RTD. com. 2007, p. 786, obs. P. LE CANNU et B. DONDERO ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *GAJC*, t. 2, 13e éd., Dalloz 2015, arrêt n° 164.

[1406] V. en ce sens, D. HOUTCIEFF, note sous Cass. com., 8 mars 2008, RLDC 2005, p. 5 et s., spéc. n° 12 : « L'extinction pure et simple de la prérogative considérée n'est pas admissible » ; du même auteur, « Essai de maïeutique juridique : la mise au jour du principe de cohérence » : JCP G 2009, 463, spéc. n° 19 : « En toute hypothèse, l'extinction pure et simple de la prérogative contradictoirement utilisée n'est pas admissible : telle clause aura beau avoir été fautivement exercée, l'on ne peut admettre qu'elle se soit pour autant éteinte » ; P. ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », art. préc., spéc. n° 24, p. 88 ; O. DESHAYES, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », RDC 2011, p. 726, spéc. n° 8, l'auteur affirme : « il est douteux que les juges puissent imposer une telle déchéance sur le fondement de droit commun du manquement à la bonne foi ». Il estime que la responsabilité fondée sur la bonne foi ne « dispose [pas] de la charge punitive suffisante pour pouvoir entraîner la déchéance d'un droit à titre de sanction ».

[1407] C'est en ce sens que la Cour de cassation a laissé entendre qu'un refus injustifié de renégocier le contrat « au mépris de l'obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi » pourrait engager la responsabilité contractuelle de son auteur et justifier l'allocation de dommages-intérêts (Cass. 1re civ., 16 mars 2004, n° 01-15.804 ; Bull. civ. I, n° 86 ; D. 2004, Jur., p. 204, obs. D. MAZEAUD ; JCP E 2004, 737, note O. RENARD-PAYEN ; RLDC 2004/6, n° 222, note D. HOUTCIEFF ; RTD civ. 2004, p. 290, obs. J. MESTRE et B. FAGES).

[1408] V. par ex., Cass. soc., 18 mai 1999, n° 96-44.315 ; Bull. civ. V, n° 219 ; RTD civ. 2000, p. 326, obs. J. MESTRE et B. FAGES, qui sanctionne la mise en œuvre abusive de la clause de mobilité alors que le salarié « se trouvait dans une situation familiale critique » ; Cass. soc., 14 oct. 2008, n° 07-43.071, s'agissant de la mutation imposée à une salariée au retour de son congé parental ; Cass. 1re civ., 26 nov. 1996, n° 94-13.468 ; Bull. civ. I, n° 415 : l'assureur « est tenu d'une obligation de loyauté dans la mise en œuvre du processus d'indemnisation de son assuré après la survenance d'un sinistre » de sorte que le manquement à cette obligation entraîne la mise en jeu de sa responsabilité contractuelle ; Cass. com., 8 oct. 2013, n° 12-22.952, Bull. civ. IV, n° 148 ; D. 2013, p. 2617, note D. MAZEAUD ; *ibid*. 2014, p. 630, obs. S. AMRANI-MEKKI ; RTD civ. 2014, p.

violation d'une obligation. Le droit commun de la responsabilité contractuelle a vocation à s'appliquer. Ce qui invite à se pencher sur ses conditions de mise en œuvre (**1**) et sur la détermination du préjudice (**2**).

1. Les conditions de mise en œuvre

426. - L'engagement de la responsabilité pour violation d'une clause instituant une procédure suppose la réunion des conditions de droit commun à savoir une faute (**a**) occasionnant un dommage (**b**) et la démonstration d'un lien de causalité (**c**) entre les deux. L'exigence de ces conditions, certes classiques et ancrées dans le droit de la responsabilité civile, tend à affaiblir la force obligatoire des procédures conventionnelles et contribue à nourrir la réflexion autour de la recherche de sanctions adaptées[1409].

a. La faute

427. - La détermination des fautes dans la mise en œuvre des procédures contractuelles a fait l'objet de nombreuses études doctrinales [1410] . Elles prennent appui en partie sur la jurisprudence qui tente de déterminer au gré des espèces les fautes sanctionnables.

Mais derrière la simplicité apparente de la question se cache un défaut de précision du régime. Subsiste, en effet, une zone d'ombre tenant aux difficultés de qualification des comportements fautifs dans le jeu d'une procédure conventionnelle. Par exemple, en matière de renégociation ou de conciliation, la frontière entre un refus légitime et un refus abusif de parvenir à un accord est ténue. Le recours à la notion de bonne foi pour apprécier la qualité du comportement des parties est à cet égard insuffisant tant il est difficile d'apprécier si tel ou tel comportement est constitutif d'une violation de cette exigence.

Dans une tentative de systématisation, des auteurs ont identifié deux types de fautes. Les fautes en question sont elles-mêmes déduites du manquement aux obligations que ces dispositifs sont censés imposer aux parties contractantes. Le premier type de faute susceptible d'être commise résulte de la violation d'une obligation de résultat. Ainsi, a-t-on précisé que les clauses de renégociation créent une obligation de mettre en œuvre effectivement le processus prévu (obligation de résultat). De sorte qu'il y aurait faute de la part du contractant

---

117, obs. B. FAGES ; RTD com. 2014, p. 388, obs. B. BOULOC ; Gaz. Pal. 2014, n° 23, obs. S. GERRY-VERNIERES, qui approuve la cour d'appel d'avoir retenu que « nonobstant le respect du préavis contractuel, la société Fiat ne s'était pas correctement acquittée de son obligation de bonne foi dans l'exercice de son droit de résiliation » et de l'avoir condamnée à payer des dommages et intérêts ; Cass. 3e civ., 9 mai 2019, n° 18-14.540 ; AJDI 2019, p. 535 ; Administrer 6/2019, p. 36, note GUILLAUME ; Loyers et copr. 2019, n° 215, obs. E BRAULT, qui approuve les juges du fond d'avoir retenu que le refus d'agrément « était constitutif d'un abus justifiant l'indemnisation du préjudice causé ».

[1409] V. *infra*, n° 595 et s.

[1410] V. les références citées, *supra* n° 304 et s..

qui refuse ou s'abstient d'entrer en discussion[1411]. Une approche identique est adoptée en matière de clause instituant une procédure conciliation ou de médiation[1412].

La seconde faute résulte du non-respect d'une autre obligation censée également être induite de la clause de renégociation : l'obligation de négocier de bonne foi (obligation de moyens). De sorte que le manquement à une telle obligation est constitutif d'une faute engageant la responsabilité de son auteur[1413]. La distinction a un intérêt majeur sur le terrain probatoire en ce que, dans le premier cas la faute est plus facile à établir. Mais il est permis de ne pas accorder une approbation entière à cette position.

En réalité, il convient de distinguer entre les fautes résultant du non-respect de procédures instituées au contrat et celle tenant au manquement à l'obligation[1414] sinon au devoir général de se comporter de bonne foi[1415]. Dans le premier cas, il s'agit d'un manquement spécifique aux procédures contractuelles alors que dans le second cas la violation porte sur une exigence générale s'imposant aux parties dans l'exécution de toute norme dérivant du contrat.

428. - À l'analyse, la violation de la procédure proprement dite peut résulter de deux fautes distinctes. La première correspond à l'hypothèse précédemment relevée par la doctrine. Elle consiste pour son auteur à s'abstenir d'enclencher le dispositif à la survenance du fait générateur. Il s'agit, par exemple en matière de conciliation, de refuser d'entrer en discussion avec son partenaire. La seconde concerne des manquements dans le déroulement de la procédure. Elle consiste en l'inaccomplissement des diligences imposées c'est-à-dire le fait de ne pas respecter les modalités de mise en œuvre. En droit processuel, elle correspond à ce qu'il est convenu d'appeler un vice ou une irrégularité de procédure[1416]. Il peut s'agir, par exemple, du non-respect d'une formalité : défaut d'envoi d'une lettre recommandée, absence de rappel d'une mention expresse dans la lettre, défaut de communication de pièces, refus de motiver la décision, etc. Il peut aussi s'agir de la méconnaissance d'un délai prévu par la clause instituant le mécanisme procédural. On peut recourir à des règles de procédure pour appréhender ces fautes dans la mesure où elles portent sur l'inaccomplissement d'actes et délais de procédure. Ainsi, par exemple, des irrégularités formelles peuvent être examinées

---

[1411] C. JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », art. préc., spéc. n° 26, p. 150 ; F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et C. RODA, *op. cit.*, n° 915, p. 431 ; D. MAZEAUD, note sous Cass. com., 3 oct. 2006, D. 2007, p. 765, spéc. n° 7.

[1412] W. DROSS, *Clausier*, *op. cit.*, p. 487 ; C. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », art. préc., spéc. n° 32 ; L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », art. préc., spéc. n° 23.

[1413] C. JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », art. préc., spéc. n° n° 27, p. 150 ; L. CADIET, *op.* et *loc. cit.*

[1414] En faveur « de l'approche obligationnelle de la bonne foi », v. par ex. T. GENICON, th. préc., n° 282 et s. ; J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », art. préc., p. 99 et s. ; P. ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », art. préc., spéc. n° 12 et s.

[1415] En faveur de la nature délictuelle du manquement à la bonne foi, v. par ex. P. STOFFEL-MUNCK, th. préc., *passim*. C'est ainsi que le législateur impose désormais expressément cette exigence à tous les stades du processus contractuel notamment dans la période de négociation du contrat (C. civ., art. 1112 nouv.).

[1416] C'est cette approche que la Cour de cassation semble adopter dans l'arrêt du 15 novembre 2011 précité qui, après avoir constaté que le créancier n'avait pas respecté le processus de résiliation du contrat, considère que cette dernière est « irrégulière » et non prématurée.

afin de savoir si elles sont suffisamment graves pour emporter une sanction. C'est la question de la nécessité d'un grief qui sera évoquée plus tard.

La violation de l'exigence de bonne foi correspond aux circonstances fautives entourant la mise en œuvre d'un processus contractuel et qui lèsent un partenaire. La situation est fréquente en matière de licenciement[1417] ou de révocation des dirigeants sociaux[1418]. La décision de révocation peut être respectueuse de la procédure contractuelle tout en étant intervenue dans des circonstances vexatoires pour l'intéressé. Dans une telle hypothèse, la sanction vise les seules circonstances qui auront porté une atteinte illégitime aux intérêts de la victime. La responsabilité n'est pas encourue du chef de la violation du processus mais plutôt du manquement à l'exigence générale de se comporter de bonne foi.

429. - Mais la problématique principale de l'identification de la faute se trouve ailleurs. Elle réside dans la difficulté même à établir un manquement dans le jeu de procédures contractuelles. Il s'agit de mécanismes fonctionnels qui sont mis en œuvre en vue d'un certain résultat. Les étapes successives qui sont imposées aux parties n'ont de sens que si elles ont été suivies conformément à l'esprit qui a présidé à leur insertion dans le contrat. La bonne volonté des contractants est un facteur déterminant dans la réussite ou l'échec du mécanisme notamment lorsqu'il tend à un règlement amiable du litige ou à la renégociation du contrat. On comprend pourquoi l'imputation d'une faute est difficile à réaliser en présence d'une application purement formelle du dispositif conventionnel. À cela s'ajoute la nécessité de la recherche d'un consensus qui est la finalité même de certaines procédures contractuelles[1419].

Au total, il est possible d'identifier divers comportements constitutifs d'une faute dans la mise en œuvre d'une procédure contractuelle. Néanmoins, la démarche reste pour l'heure théorique dans la mesure où elle n'a pas eu d'implications pratiques substantielles. La rareté des décisions mettant en cause la responsabilité contractuelle d'une partie pour des manquements dans la mise en œuvre d'une procédure convenue corrobore cette affirmation.

b. Le dommage

430. - Traditionnellement, on distingue, s'agissant des dommages consécutifs à l'inexécution d'une obligation contractuelle, entre la perte subie et le gain manqué[1420]. Appliquée aux procédures contractuelles, une telle décomposition du dommage réparable conduit à s'interroger sur le contenu précis de chacune des catégories.

[1417] V. par ex., Cass. soc., 12 févr. 2016, n°14-17.597, qui considère que « les circonstances vexatoires entourant la rupture » constituent la source de « préjudice distinct indemnisable » ; Cass. soc., 15 mai 2002, n° 00-42.371, qui approuve les juges du fond ayant relevé que le caractère vexatoire du licenciement constitue une faute de l'employeur causant « au salarié un préjudice distinct de celui résultant du licenciement ».

[1418] V. par ex. Cass. com., 22 nov. 2016, n° 15-14.911 ; Rev. sociétés 2017, p. 213, note P.-L. PERIN, qui fait une distinction entre le non-respect du processus de révocation caractérisant un manquement à « l'obligation de loyauté » et les circonstances vexatoires de la révocation pouvant donner lieu à une réparation distincte (cette seconde violation n'était pas caractérisée en l'espèce).

[1419] En ce sens, v. X. LAGARDE, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », art. préc., p. 392, qui observe qu'« il paraît difficile sinon impossible d'apprécier une responsabilité des parties sanctionnant spécifiquement leur attitude lors de la procédure de conciliation ».

[1420] V. C. civ., art. 1231-2 : « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé […] ».

S'agissant de la perte subie, il ne fait guère de doute que le comportement fautif d'une partie dans la mise en œuvre d'une procédure peut être la source de pertes. Celles-ci peuvent consister en une atteinte à l'image, à la réputation. On sait, par exemple, que l'insertion de clauses de résolution amiable des différends répond en partie au besoin d'éviter le traitement judiciaire du différend nuisible au crédit d'une entreprise. Il en est ainsi notamment lorsque le litige porte sur la qualité d'une prestation ou d'un service. L'existence d'un litige et de sa médiatisation créeraient un doute chez les tiers potentiellement intéressés. Les pertes subies peuvent aussi consister aux frais engagés pour la mise en œuvre du dispositif conventionnel. On peut citer par exemple les coûts liés à l'intervention de tiers dans la procédure (conciliateur, médiateur, expert…). Plus généralement, tous les frais occasionnés par la mise en œuvre du processus conventionnel rentrent dans la composition de ce dommage[1421].

431. - Quant au gain manqué, il consiste en la perte de l'avantage ou du bénéfice que le partenaire victime aurait pu réaliser si la procédure contractuelle avait été correctement mise en œuvre. La question est le plus souvent réglée de façon globale lorsque l'inaccomplissement du processus coïncide avec la violation d'une règle substantielle. Par exemple, dans le cas d'une résolution du contrat injustifiée au fond et intervenue en violation du processus conventionnel, le dommage retenu par les tribunaux est celui correspondant à la perte de gain attendu de l'exécution du contrat[1422]. Mais le dommage résultant de la méconnaissance de la procédure contractuelle en elle-même est difficile à établir. Une solution spécifique est retenue relativement aux irrégularités affectant la procédure de licenciement[1423]. Hormis cette hypothèse, il incombe au demandeur de rapporter la preuve de son préjudice du fait du non-respect de la procédure contractuelle. La tâche ne sera pas facile car les pertes susceptibles d'en résulter ne remplissent pas la condition de certitude du dommage. En d'autres termes, il n'est pas certain que la régularité du processus aurait conduit au résultat recherché[1424]. C'est la raison pour laquelle, la détermination du préjudice se fait suivant les modalités de la perte de chance[1425]. Il reste que, dans une telle hypothèse, on cherche toujours à déterminer

[1421] Comp. en matière de dommage précontractuel, Cass. com., 26 nov. 2003, préc. V. aussi, J. GHESTIN, « Les dommages réparables à la suite de la rupture abusive des pourparlers », JCP G 2007, doctr. 157, spéc. n° 19 ; P. MOUSSERON, « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », RTD com. 1998, p. 243, spéc. n° 60, p. 264 ; P. CHAUVEL, « Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle », art. préc., n° 27, p. 43 ; D. MAZEAUD, « La genèse du contrat, un régime de liberté surveillée », art. préc., n° 21, p. 49 ; O. DESHAYES, « Le dommage précontractuel », RTD com. 2004, p. 187, spéc. n° 5.

[1422] V. par ex., CA Amiens, 18 oct. 2007, n° 06/01275 ; CA Bordeaux, 19 févr. 2003, n° [XBOR190203X], sur pourvoi : Cass. com., 7 juin 2006, n° 03-12.659. Rappr. Cass. com., 28 mai 2013, n° 12-19.147, qui approuve les juges du fond ayant retenu que le dommage résultant de la rupture fautive du contrat correspond à la perte de marge qu'aurait réalisé la victime.

[1423] C. trav., art. L. 1235-3, al. 5 : « Lorsqu'une irrégularité a été commise au cours de la procédure, notamment si le licenciement d'un salarié intervient sans que la procédure requise aux articles L. 1232-2, L. 1232-3, L. 1232-4, L. 1233-11, L. 1233-12 et L. 1233-13 ait été observée ou sans que la procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement ait été respectée, mais pour une cause réelle et sérieuse, le juge accorde au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ».

[1424] En ce sens, v. T. GENICON, obs. sous Cass. com. 15 nov. 2011, RDC 2012, p. 787 qui considère, en matière de procédure résiliation, que le « risque que la résiliation décidée se révèle finalement fondée mérite certainement d'être pris en considération dans le calcul des dommages-intérêts, selon des modalités qui évoquent le calcul de la perte d'une chance : plutôt que d'avoir été privé de la marge qu'il aurait pu faire si le contrait était allé jusqu'à son terme, le débiteur a seulement été privé d'une chance de réaliser cette marge ».

[1425] V. *infra*, n° 435.

l'incidence du non-respect de la procédure sur les droits substantiels en cause. Dès lors que le défendeur rapporte la preuve de la neutralité de cette méconnaissance sur le résultat final, l'indemnisation de la perte de chance est écartée[1426]. Ce qui laisse entière la question de sanction de la violation de la procédure contractuelle en elle-même indépendamment de son incidence sur le fond.

La référence à la perte subie et au gain manqué renvoie aux conséquences dommageables de l'inexécution d'un engagement contractuel. Toutefois, ce renvoi ne rend pas totalement compte de « l'énorme éventail des conséquences qu'une inexécution contractuelle peut entraîner pour celui qui en est victime »[1427]. Dans tous les cas, la caractérisation du dommage est une condition nécessaire, mais insuffisante. Le demandeur doit établir l'existence d'un lien causalité avec la violation de la procédure contractuelle.

c. Le lien de causalité

432. - La constatation de manquements dans la mise en œuvre d'une procédure contractuelle peut être l'occasion de la réalisation de plusieurs chefs de préjudice chez la victime. La question se pose de savoir si les dommages ainsi avérés trouvent leur cause dans la faute reprochée à l'auteur. En d'autres termes, il s'agit de savoir s'il y a un lien de causalité entre la méconnaissance d'une procédure contractuelle et l'ensemble des dommages qui pourraient en résulter.

L'existence d'un lien de causalité entre la faute et les préjudices auxquels le partenaire victime peut prétendre n'est pas tout à fait certaine. En réalité, la réponse à la question varie suivant le type de procédure contractuelle et les circonstances de l'espèce. On peut, toutefois, tenter une approche à partir des chefs de préjudice qu'il s'agit de réparer. En ce qui concerne des pertes directement occasionnées par le non-respect d'une procédure contractuelle, la détermination du lien de causalité paraît plus simple dans la mesure où la victime est en mesure d'établir que sans le manquement reproché, il n'aurait pas subi ces pertes. En revanche, s'agissant des gains manqués la problématique du lien de causalité est beaucoup plus complexe. En effet, dans l'esprit des parties, les procédures conventionnelles constituent un moyen de parvenir à une décision juste. Néanmoins, on ne peut affirmer avec certitude que leur mise en œuvre effective produirait l'effet recherché. Par exemple, il n'est pas certain que le respect préalable d'une procédure de résiliation aurait permis d'éviter au débiteur de subir cette sanction (qui se trouverait en tout état de cause justifiée). De même, on ne peut affirmer avec certitude que le refus de s'engager dans une renégociation est la cause du gain que le partenaire aurait pu espérer de la conclusion d'un accord renégocié. Une remarque similaire peut être faite à propos de clauses de conciliation dont la mise en œuvre effective ne garantit pas l'obtention d'un accord transactionnel.

[1426] C'est la solution qui se déduit de la jurisprudence admettant la résiliation du contrat pour faute grave en violation de la procédure contractuelle : v. par ex. Cass. com., 10 févr. 2009, n° 08-12.415 ; RLDC 2009/59, n° 3373, obs. V. MAUGERI ; RTD civ. 2009, p. 318, obs. B. FAGES. Rappr. Y.-M. LAITHIER, « L'articulation de la clause résolutoire et de la résolution unilatérale du contrat pour inexécution : l'incertitude persiste », RDC 2014, p. 181, expliquant cette solution, l'auteur affirme que « la résolution unilatérale trouve sa justification dans le fait que l'inexécution est irrémédiable ».

[1427] A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, préf. P.-Y. GAUTIER, LGDJ 2007, n° 9, p. 11.

433. - Ces incertitudes rappellent les controverses qui ont eu lieu autour de la question de la détermination du lien de causalité en matière de pourparlers précontractuels[1428]. Partant de la liberté dont jouissent les parties pour rompre les pourparlers, on estime qu'aucune d'elles ne peut se prévaloir d'une « chance » de conclure le contrat définitif. Au mieux, on peut admettre l'existence d'une chance de poursuivre les négociations mais jamais celle de conclure le contrat définitif. De sorte qu'il n'y a pas de relation causale entre la rupture des pourparlers et le dommage consistant dans la perte de chance de ne pas conclure le contrat. La même conclusion est-elle valable en matière de procédure contractuelle ? *A priori*, un raisonnement identique semble valoir notamment pour la mise en œuvre des clauses de renégociation, de conciliation ou de médiation dans la mesure où le processus qui mène à un accord dans ces différents cas passe inévitablement par l'accord des contractants. Mais la prévision même de clause imposant les négociations devrait inciter à adopter une approche différente. La liberté dont jouissent les contractants dans l'application d'une procédure contractuelle est beaucoup moins grande que celle qui existe dans la phase des pourparlers. Admettre le contraire, c'est accepter d'affaiblir, du moins de ramener la portée des clauses organisant les discussions entre les parties au même rang que les pourparlers s'engageant librement entre elles.

La compensation de la perte de chance de parvenir au résultat poursuivi est une modalité respectueuse de la volonté des parties en ce qu'elle donne effet, fût-ce indirectement, à la clause instituant le dispositif. Il s'agit, en substance, de faire reproduire artificiellement les effets attendus d'une mise en œuvre de bonne foi du mécanisme prévu par les contractants. Il ne saurait en être autrement. C'est la rançon du pouvoir dont disposent les parties pour aménager leur liberté par un accord de volontés. En matière de clause de renégociation, par exemple, la chance de conclure un accord négocié devient plus ou moins grande selon la précision des modalités de mise en œuvre et le degré de contrainte qui est imposé aux parties. Par conséquent, il n'y a pas de difficulté théorique à admettre l'idée d'une indemnisation de la perte de chance. Aussi, tout en reconnaissant des difficultés de chiffrage, la doctrine admet l'existence d'une perte de chance qui peut se manifester de diverses manières. Il peut s'agir en effet d'une perte de chance, soit d'avoir évité « le procès »[1429], la rupture du contrat[1430], soit

[1428] Sur cette question, v. notamment, J. SCHMIDT, « La sanction de la faute précontractuelle », RTD civ. 1974, p. 46 ; F.-D. POITRINAL, « Fusion-acquisition : la responsabilité en cas de rupture des négociations », Rev. Banque 01/1993, n° 534, p. 45 ; P. CHAUVEL, « Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle », Dr. et patr., nov. 1996, p. 36 ; D. MAZEAUD, « La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée », Dr. et patr., juill./août 1996, p. 44 ; P. MOUSSERON, « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile », RTD com. 1998, p. 243 ; J.-J. FRAIMOUT, « Le droit de rompre les pourparlers avancés », Gaz. Pal. 2000. Doctr. 943 ; O. DESHAYES, « Le dommage précontractuel », art. préc. ; J. GHESTIN, « La responsabilité délictuelle pour rupture des pourparlers », JCP G 2007, I, 155.

[1429] P. ANCEL et M. COTTIN, note sous Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, D. 2003, p. 1386, spéc. I. A.

[1430] T. GENICON, obs. Cass. com., 15 nov. 2011, RDC 2012, p. 787, qui parle de perte de chance de réaliser « une marge » si le contrat avait été poursuivie ; J. GRANOTIER, « L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres », JCP G 2012, 653, spéc. n° 13, qui affirme que le « préjudice lié à la violation du contradictoire semble se réduire à une perte de chance de ne pas être exclu » ; D. PORACCHIA, obs. sous Cass. com., 3 mars 2015, BJS 2015, p. 286, spéc. note 3 : lorsque le dirigeant n'a pas été mis en mesure de s'exprimer sur les motifs de sa révocation, il « perd irrémédiablement la chance de pouvoir influencer la décision de révocation et donc la chance de ne pas être révoqué ». V. Cependant, P. BRUN, *Responsabilité extracontractuelle*, 5e éd., LexisNexis 2018, spéc. n° 184, p. 127, note 49, pour qui, le fait de prendre en considération la perte de chance d'éviter le dommage est « un dévoiement de la notion [de perte de chance], qui devient un simple palliatif aux incertitudes sur le lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage final […] ».

de parvenir à un accord[1431], « d'obtenir le maintien du contrat »[1432]. La jurisprudence est en ce sens[1433]. Si la Cour de cassation n'affirme pas expressément[1434] que le dommage résultant de la violation d'une procédure contractuelle constitue une perte de chance, elle ne remet pas non plus en cause la décision de juges de fond[1435].

2. La détermination du préjudice

434. - Il est classique en matière contractuelle d'affirmer que l'indemnisation à laquelle peut prétendre la victime est limitée au montant du dommage prévisible[1436]. Valable en droit des contrats de façon générale, la remarque vaut également en matière de clause instituant une procédure. À ce titre, elle n'appelle pas d'observations particulières. Cependant, si les chefs de préjudice sont connus (perte subie, gain manqué, perte de chance), « leur assiette reste le plus souvent mal déterminée » et laissée à l'appréciation du juge[1437]. La difficulté est encore accrue lorsque la violation concerne uniquement une procédure contractuelle[1438].

Pour procéder à l'évaluation du préjudice auquel la victime de l'inexécution d'une clause instituant une procédure peut prétendre, il convient de partir du débat doctrinal autour de la fonction de la réparation des dommages et intérêts alloués au contractant. La doctrine reste divisée entre ceux qui considèrent la responsabilité contractuelle comme ayant pour objet de réparer le dommage subi et ceux qui estiment qu'elle a pour but de fournir l'équivalent de ce que la victime peut attendre d'une exécution correcte du contrat[1439]. Cherchant à concilier ces deux positions, on a proposé de distinguer selon que la réparation du préjudice a eu lieu en tant que mesure additionnelle à l'anéantissement rétroactif du contrat ou

---

[1431] C. CORDIER-VASSEUR et C. CASSAVETTI, « Médiation – Clauses de règlement amiable : gare à l'insécurité juridique ! », JCP G 2012, 343, qui estiment que le préjudice résultant de la violation d'une clause instituant un processus de résolution amiable des litiges « réside dans la perte de chance d'avoir pu parvenir à une issue transactionnelle ».

[1432] V. par ex. D. MAZEAUD, note sous Cass. com., 3 oct. 2006, D. 2007, p. 765, spéc. n° 7 ; L. AYNÈS, « L'imprévision en droit privé », RJ com. 2005, p. 397, n° 28, qui considère que le préjudice consiste « dans la perte de chance de parvenir à un traitement conventionnel de l'imprévision ».

[1433] V. par ex., Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-27.838 ; RDC 2012, p. 787, obs. T. GENICON ; Cass. com., 13 mai 2014, n° 13-11.758.

[1434] En ce sens, v. T. GENICON, obs. préc. qui souligne l'ambiguïté de l'arrêt sur cette question. *Adde*, Cass. com., 13 mai 2014, n° 13-11.758, préc., la Cour ne remet pas en cause la nature du préjudice (perte de chance), mais reprochent aux juges du fond de ne pas l'avoir caractérisé.

[1435] V. par ex., CA Pau, 9 nov. 2012, n° 11/03300, à propos de la violation d'une clause de révision du prix ; CA Aix-en-Provence, 19 janv. 2018, n° 15/22658, à propos d'une clause de renégociation des salaires : « Il est constant qu'aucune renégociation n'a eu lieu. Ce non-respect du contrat constitue de la part de l'employeur une faute, ayant causé au salarié un préjudice par la perte de chance d'obtenir une augmentation » ; CA Versailles, 24 sept. 2019, n° 18/04432, portant sur la violation d'une procédure d'agrément : « Le préjudice subi correspond au contraire à la perte de chance de céder son activité au courtier mandataire cessionnaire qui aurait dû être désigné par la FDJ […] ».

[1436] C. civ., art. 1231-3. Sur cette question, v. I. SOULEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel (défense et illustration de l'article 1150 du Code civil)*, th. Paris II, 1979.

[1437] P. STOFFEL-MUNCK, « Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale », Dr. et patr., n° 126, 1er avr. 2004, p. 70 et s., spéc. II. B.

[1438] S. AMRANI-MEKKI, « La clause de conciliation », *op. cit.*, n° 24, p. 40, qui observe que le dommage, qui consiste en « la perte d'une chance de se concilier […] est assez délicat à établir et encore plus défficile à quantifier ».

[1439] Sur cette question, v. P. RÉMY-CORLAY, « Exécution et réparation : deux concepts », RDC 2005, n° 1, p. 13, spéc. I.B, et les références citées.

lorsqu'elle intervient en l'absence d'une résolution du contrat[1440]. Dans le premier cas, la réparation viserait à placer la victime de l'inexécution dans sa situation antérieure à la conclusion du contrat. Dans le second cas, les dommages et intérêts auraient pour fonction de placer autant que possible la victime de l'inexécution dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été correctement exécuté. Sans entrer dans ce débat, on peut s'appuyer sur la dernière proposition pour la détermination du préjudice résultant de la violation d'une clause procédurale. Dans cette perspective, force est de constater que l'on se trouve dans l'hypothèse où la fonction des dommages et intérêts est de remettre le demandeur dans la position qui aurait été la sienne si la procédure contractuelle avait été effectivement mise en œuvre.

435. - Il reste que l'évaluation des dommages et intérêts en la matière se fait suivant les modalités évoquant le calcul de la perte d'une chance[1441]. Le montant de l'indemnité accordée à la victime de l'inexécution est fonction des chances de succès du jeu de la procédure contractuelle. Un arrêt rendu par la Cour de cassation en date du 5 janvier 1999 l'illustre[1442]. En l'espèce, un contrat à durée déterminée portant sur l'exploitation d'une station-service avait été conclu entre les parties. Il était prévu que « trois mois avant l'expiration du contrat, l'exploitant ou la société peut demander par écrit à l'autre partie ses intentions en ce qui concerne la négociation d'un nouveau contrat ; la société ou l'exploitant est alors tenu de lui répondre par écrit dans un délai de quinze jours après réception de la demande ». Conformément à cette stipulation, l'exploitant a fait une demande de renégociation par courrier dans le délai contractuel. Prétextant des termes quelque peu ambigus de cette lettre, le fournisseur refusa de répondre au motif que son partenaire avait mis fin au contrat. L'exploitant a eu gain de cause en sa demande de réparation.

En l'occurrence, les juges ont estimé que le meilleur moyen de replacer la victime dans la position qu'elle aurait occupée en cas de mise en œuvre effective de la procédure prévue est de l'indemniser de la perte de chance de voir un nouveau contrat se conclure. Il est classique, en effet, d'évaluer la perte de chance en minorant le gain net attendu d'un coefficient qui tient compte des risques d'échec. Il faut préciser que les risques d'échec doivent pouvoir être tenus pour légitimes par le juge. Seuls les motifs légitimes (et non de simples risques de voir le contractant changer d'avis) peuvent constituer un véritable obstacle à la conclusion d'un accord. Par conséquent, en l'absence de tels motifs, il faut considérer que la probabilité de voir se réaliser l'évènement favorable (conclusion d'un accord) est suffisamment forte pour que le demandeur puisse se voir accorder réparation. On peut le constater dans le raisonnement tenu par le juge dans l'arrêt précité. Il retient notamment qu'en refusant de répondre à l'offre de son cocontractant en violation de la procédure contractuelle, le fournisseur l'a privé « du bénéfice d'un contrat qui aurait pu se prolonger des années durant compte tenu de l'ancienneté des relations entre les parties »[1443]. L'arrêt s'explique par des circonstances de fait évidentes relevées par les juges fond à savoir la durée et l'intensité des

[1440] A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.*, n° 19 et s., p. 23 et s.
[1441] L. AYNÈS, « L'imprévision en droit privé », art. préc., p. 397, n° 28 ; D. MAZEAUD, note préc. ; T. GENICON, obs. préc.
[1442] Cass. com., 5 janv. 1999, n° 96-16.096.
[1443] Rappr. Cass. 3e civ., 29 févr. 2012, n° 10-17.962, s'agissant de la violation de la procédure de résiliation du contrat, la Cour retient que le préjudice réparable ne se limite pas nécessairement « à la perte de sa marge bénéficiaire sur la part du marché non exécutée du fait de la rupture ».

relations entre les parties qui laissent entrevoir une volonté ferme de conclure un nouvel accord.

436. - La solution est classique en droit commun de la responsabilité civile s'agissant de la réparation de la perte de chance puisque le préjudice réparable est à la mesure de la chance perdue[1444]. Si l'on applique cette règle aux procédures contractuelles, on dira que plus « s'accroît la perspective d'aboutir » au résultat final, plus augmente le montant de la réparation. Si bien que « la perte d'une chance fonctionne […] comme une sorte de curseur permettant »[1445] de jauger le préjudice réparable à la chance de parvenir au but poursuivi existant au moment de la violation du processus contractuel. Toutefois, le recours à la notion de perte de chance ne permet pas toujours à la victime d'obtenir satisfaction non pas que la probabilité de la survenance de l'évènement soit faible, mais parce que le demandeur aura du mal à rapporter la preuve d'un préjudice en raison de l'inaccomplissement d'un processus en tant que tel. Si l'on fait abstraction de son incidence sur le fond, il est difficile de caractériser un dommage du simple fait de l'inaccomplissement d'un processus institué au contrat[1446].

L'analyse de la jurisprudence permet de s'en rendre compte. Si la violation de la procédure d'agrément a donné lieu à réparation, c'est parce qu'elle a eu une incidence sur le projet de cession du demandeur[1447]. De même, l'allocation de dommages et intérêts consécutive à la méconnaissance de la procédure de renégociation s'explique par son effet sur la poursuite du contrat[1448]. Une observation identique peut être faite à propos de la sanction de la résiliation en méconnaissance des conditions procédurales. La victime a pu obtenir des dommages et intérêts non pas en raison du non-respect du processus, mais parce que celui-ci a eu pour effet de l'empêcher « d'exécuter ses obligations et faire ainsi obstacle à la résiliation »[1449]. On voit bien que la méconnaissance de la procédure n'est pas sanctionnée en tant que telle sans égard à ses conséquences sur les droits substantiels.

437. - À bien y réfléchir, une telle approche globale n'est pas pleinement satisfaisante. Les procédures contractuelles constituent des normes à part entière ayant des fonctions spécifiques et dont le respect s'impose aux contractants. Leur violation mérite donc d'être sanctionnée indépendamment du fond. Plus généralement, l'exigence d'un dommage notamment financier contribue à affaiblir la force contraignante des dispositifs présentement étudiés lesquels ne tendent pas à la réalisation d'une opération économique. Or, l'application du droit commun de la responsabilité civile conduit à exiger un préjudice qu'on ne peut guère déceler dans une pure violation de ces mécanismes. C'est pourquoi se développent, en marge de la

[1444] Etant entendu que la réparation octroyée à la victime ne peut jamais atteindre le montant du gain espéré : v. par ex., Cass. 1re civ., 27 mars 1973, JCP G 1974, II, 17643, note R. SAVATIER ; Cass. 1re civ., 16 juill. 1998, Bull. civ. I, n° 260 ; JCP G 1998, II, 10143, note R. MARTIN ; Cass. 2e civ., 9 avr. 2009 ; RLDC 2009, n°3455.
[1445] R. LIBCHABER, obs. ss. Cass. 3e civ., 28 juin 2006, Defrénois 2006, p. 1858 et s.
[1446] V. par ex. CA Versailles, 6 mars 2018, n° 16/05473, tout en constant la violation de la procédure d'agrément, la cour infirme la décision des premiers juges ayant « à tort » condamné l'auteur « à réparer un préjudice inexistant » (§13 à 17). V. cependant, sur pourvoi, Cass. com., 20 nov. 2019, 18-16.052.
[1447] Cass. com., 6 févr. 2019, n° 17-20.112, préc. ; CA Bordeaux, 20 févr. 2019, n° 18/04897, qui considère que le retard fautif du bailleur ayant reçu une demande d'agrément, « n'a pas permis au preneur de faire d'autres recherches ou de discuter le refus et l'a privé d'une chance sérieuse de pouvoir céder le bail » à titre onéreux.
[1448] Cass. com., 5 janv. 1999, n° 96-16.096, préc.
[1449] Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-27.838, préc.

responsabilité contractuelle, des sanctions adaptées à la spécificité des procédures contractuelles.

§. 2. Les sanctions particulières

438. - On peut s'interroger afin savoir si le non-respect des étapes composant une procédure contractuelle peut être sanctionné de manière autonome sans tenir compte de son incidence sur le résultat final. La question est loin d'être tranchée de façon ferme en droit positif. Si l'on excepte des cas particuliers, la violation de normes instituant des procédures se révèle sans conséquence pour son auteur. Il y a donc en la matière une sanction à géométrie variable (**A**) qui mérite une tentative d'explication (**B**).

A. Une sanction à géométrie variable

439. - Sanctionner la violation d'une disposition procédurale alors qu'elle n'entraîne à son tour l'inexécution d'aucune obligation contractuelle est une question empreinte d'incertitude que l'on peut observer tant en législation (**1**) qu'en jurisprudence (**2**).

1. Une sanction incertaine dans la loi

440. - Il existe nombre de textes instituant des procédures dans les rapports contractuels qui sont diversement sanctionnés. En vérité, il convient de distinguer, parmi eux, ceux qui définissent un régime de sanction précis et celles qui restent silencieuses.

Dans certains cas, tout en imposant le respect d'une procédure, le législateur a pris soin de prévoir les conséquences qu'il convient de tirer de la violation du mécanisme en cause. On peut citer, à titre d'exemple, les dispositions de l'article L. 112-2, alinéa 7 du Code des assurances instituant une procédure de modification du contrat à l'initiative de l'assuré. La modification demandée par lettre recommandée, classique ou électronique, est considérée comme acceptée par l'assureur si celui-ci ne la refuse pas dans les dix jours après qu'elle lui soit parvenue. Ainsi, faute de refus notifié par l'assureur, la modification prend effet la date fixée par l'assuré dans la proposition[1450] ou à défaut, à compter de l'expiration du délai des dix jours[1451]. De même, l'article L. 228-24 du Code de commerce organise une procédure d'agrément qui peut être prévue dans les statuts en matière de cession des droits sociaux dans les sociétés par actions. La sanction du non-respect de cette procédure est la nullité de la cession[1452] que seuls la société et les actionnaires dont l'agrément est requis peuvent s'en prévaloir[1453]. D'autres dispositions ne prévoient pas expressément la sanction applicable qui est laissée à la prudence des magistrats. Tel est le cas en matière de procédure de résiliation

[1450] Cass. 1re civ., 14 nov. 1995, n° 93-16.650, Bull. civ. I, n° 403 ; RGDA 1996, p. 67, note A. FAVRE ROCHEX.
[1451] Cass. 1re civ., 7 avr. 1987, n° 85-15.834, Bull. civ. I, n° 120 ; RGAT 1987, p. 401, note J. BIGOT.
[1452] C. com., art. L. 228-23, al. 5. V. aussi, C. com., art. L. 227-15. Pour une application : CA Montpellier, 12 nov. 2019, n° 17/01042.
[1453] Cass. com., 14 déc. 2004, n° 00-20.287, RJDA 2005, n° 387.

du contrat d'assurance pour défaut de paiement de primes[1454] où en l'absence de respect des formalités prescrites, la Cour de cassation décide que le contrat est maintenu[1455]. On peut également citer, à titre d'illustration, la procédure de modification du contrat d'assurance de groupe prévue à l'article L. 141-4 du Code des assurances. En l'absence de sanction légale, la jurisprudence considère « que seules sont opposables à l'adhérent les modifications ayant fait l'objet d'une information écrite avant la date de leur entrée en vigueur »[1456].

441. - En marge de ces exemples, il existe bon nombre de dispositions instituant des procédures dont la sanction est incertaine. La question est parfois clairement tranchée par les tribunaux qui refusent de sanctionner la violation du dispositif légal en l'absence de disposition spéciale. En matière de baux ruraux, par exemple, ils retiennent qu'aucune sanction ne peut être prononcée lorsque le preneur méconnaît son obligation d'aviser[1457] le propriétaire de la mise à disposition du fonds loué au profit du GAEC[1458]. La jurisprudence considère pareillement que l'obligation pour l'assureur d'adresser à chaque échéance de prime un avis à l'assuré[1459] n'est pas assortie de sanction particulière[1460].

Dans une perspective similaire, on observe la multiplication de règles prévoyant des procédures en droit commun des contrats[1461]qui ne font pas l'objet de sanction précise[1462]. Par exemple, si l'article 1226 impose un processus par étape dans la résolution du contrat par notification. Le non-respect de ce dispositif est-il juridiquement sanctionné ? Certes, le texte précise que la mise en demeure n'est pas nécessaire en cas d'urgence. Qu'en est-il cependant dans l'hypothèse où le créancier procède à la résolution du contrat en l'absence d'urgence et sans avoir respecté le dispositif prévu ? En dépit du caractère obligatoire de la procédure contractuelle, si la résolution se trouve par ailleurs justifiée par une faute grave, on ne voit pas comment la simple violation de la formalité procédurale pourrait donner lieu à sanction en l'état actuel du droit positif. La reconnaissance par la jurisprudence de la possibilité pour le créancier de procéder à la résolution du contrat en passant outre le mécanisme conventionnel

[1454] C. assur., art. L. 113-3 et R. 113-1.
[1455] V. par ex. Cass. 2e civ., 15 déc. 2011, n° 10-27.617.
[1456] Cass. 3e civ., 7 mars 2019, n° 18-10.735 ; LEDA 2019, p. 5, obs. M. ASSELAIN ; RGDA 2019, p. 15, obs. A. PÉLISSIER. Comp., C. consom., art. L. 313-29, 2°.
[1457] C. rur., art. L. 323-14.
[1458] V. par ex., Cass. 3e civ., 19 janv. 2010, n° 09-10.626 ; AJDI 2010, p. 237. Comp. Cass. 3e civ., 7 avr. 1994, n° 92-11.539 ; D. 1994. IR, p. 111 ; JCP N 1994. II. 317, obs. J.-P. MOREAU ; Rev. huiss. 1995. 194, note J.-J. BOURDILLAT, qui décide que le preneur qui met son bail à la disposition d'un GAEC sans demander l'agrément ni l'accord du propriétaire ne peut être sanctionné par la résiliation du bail, car le juge ne peut ajouter à la loi une sanction qui n'y figure pas.
[1459] C. assur., art. R. 113-4.
[1460] Cass. 1re civ., 17 mars 1987, D. 1987, Somm. p. 338, obs. H. GROUTEL. *Adde*, Cass. 1re civ., 21 janv. 1997 ; RCA 1997, n° 144 ; RGDA 1997, p. 1032, note F. CHARDIN ; D. 1998, somm., p. 48, obs. C.-J. BERR.
[1461] V. en ce sens, N. BALAT, art. préc., spéc. p. 895-896.
[1462] V. par ex., C. civ., art. 1221 (relatif à l'exécution forcée en nature), 1222 (sur l'exécution par un tiers), 1223 (portant sur la réduction du prix).

permet de l'attester[1463]. En outre, le texte ayant un caractère supplétif[1464], les parties peuvent y déroger par une clause résolutoire dispensant du respect de formalité de mise en demeure[1465].

442. - Le constat que l'on peut faire au final est que la sanction de la violation des procédures contractuelles ne s'impose pas toujours. Il convient de tenir compte de la nature de la règle en cause. Le pouvoir d'appréciation du juge ne sera pas le même selon qu'il s'agit d'une disposition impérative ou d'une règle.

2. Une jurisprudence flottante

443. - Confrontée à la singularité des procédures contractuelles, la jurisprudence hésite à sanctionner leur violation lorsqu'elle n'entraine pas l'inexécution d'une obligation contractuelle.

La position de la Cour de cassation est à cet égard intéressante. Elle renvoie la question à la prudence des juges du fond. Par exemple, lorsque ces derniers refusent de reconnaître le caractère fautif de la violation d'une procédure contractuelle, elle se garde bien de le condamner, exerçant un simple contrôle de motivation. On peut le constater dans une affaire où était en cause une clause instituant une procédure de renégociation du contrat[1466]. La demanderesse au pourvoi soutenait avoir formulé plusieurs propositions de modification qui avaient toutes été refusées par sa partenaire sans que celle-ci ait fait une contre-proposition. On aurait pu s'attendre à voir dans ce comportement une violation de la clause litigieuse dans la mesure où la condition tenant au fait générateur était remplie (survenance de circonstances rendaient très onéreuse l'exécution du contrat par la demanderesse). La Cour de cassation se retranche derrière l'appréciation des juges du fond qui relèvent qu'une telle clause n'oblige pas à réviser le contrat et qu'aucun abus ne peut être décelé dans le refus d'accepter les modifications proposées.

444. - On peut faire une observation analogue s'agissant de la clause prévoyant un processus de mise en œuvre de garantie de passif généralement utilisée en matière de cession de droits sociaux. Ce dispositif conventionnel permet, en principe, d'« informer le cédant de toute réclamation émanant d'un tiers, qui pourrait avoir pour conséquence la mise en œuvre de la garantie »[1467]. La méconnaissance de la procédure en cause est diversement appréciée par les tribunaux. En l'absence de prévision contractuelle, la déchéance du droit à la garantie est tantôt retenue[1468], tantôt écartée[1469]. La différence d'approche est liée au pouvoir

[1463] V. par ex., Cass. com., 20 oct. 2015, n° 14-20.416, CCC 2016, comm. 3, obs. L. LEVENEUR ; Gaz. Pal. 2016, p. 26, obs. D. MAZEAUD.
[1464] O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, spéc. p. 1226 et les références citées.
[1465] C. civ., art. 1225, al. 2, qui permet aux parties de stipuler que la résolution résultera du « seul fait de l'inexécution ». V. déjà en sens, Cass. 3e civ., 29 juin 1977, Bull. civ. III, n° 293, p. 223.
[1466] Cass. com., 3 oct. 2006, n° 04-13.214, préc.
[1467] F. X. TESTU, *Contrats d'affaires*, *op. cit.*, spéc. n° 93.15, p. 383.
[1468] V. par ex., Cass. com., 28 mars 2006, n° 04-15.762 ; RJDA 2006, n° 787 ; Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-17.843 ; Bull. civ. IV, n° 77 ; D. 2009, p. 1693 ; JCP G 2009, n° 405, chron. F. DEBOISSY et G. WICKER ; RTD com. 2010, p. 157, obs. B. DONDERO ; *ibid.*, p. 747, obs. C. CHAMPAUD, et D. DANET ; RTD civ. 2009, p. 741, obs. P.-Y. GAUTIER ; D. 2010, p. 287, obs. J-C. HALLOUIN, E. LAMAZEROLLES et A. RABREAU ; Rev. sociétés 2010, p. 97, note J.-P. DOM ; Cass. com., 7 juin 2011, n° 08-21.962 ; RTD com. 2011, p.580, obs. A. CONSTANTIN ; Cass. com., 9 juill. 2013, n° 12-19.108.

d'interprétation de la volonté des parties reconnu aux juges du fond[1470] sous réserve de dénaturation[1471]. Mais on peut se demander quels critères commandent à la sanction du non-respect de la procédure contractuelle. L'analyse des arrêts d'appel permet de constater que le caractère précis et ferme de la clause est un élément nécessaire mais insuffisant. Aussi, en l'absence de sanction conventionnelle, les magistrats prennent généralement en compte d'autres facteurs tels que l'incidence de la violation de la procédure sur le résultat final. Il a été jugé, par exemple, que la violation d'une telle procédure ne peut être sanctionnée faute de préjudice[1472].

La même incertitude s'observe s'agissant de la procédure contractuelle de résiliation contrat. Si la majorité des arrêts se prononce en faveur de la mise à l'écart de la sanction[1473], d'autres retiennent une solution contraire[1474]. Plusieurs arguments sont invoqués au soutien de l'une ou l'autre solution Sans entrer dans ce débat, on remarquera que la méconnaissance des formalités procédurales encadrant la résiliation est rarement sanctionnée en tant que telle en droit positif[1475]. Le constat qui en ressort est généralisable. Un rapide survol de quelques arrêts permet de s'en convaincre. Ici la violation du processus entraîne la neutralisation du droit de rupture parce que le juge constate en même temps que les manquements relevés « ne présentaient pas un caractère de gravité suffisante »[1476]. Là, à l'inverse, la méconnaissance du dispositif est efficace parce qu'elle n'a causé aucun préjudice[1477]. Ailleurs encore, à propos

---

[1469] V. par ex. Cass. com., 18 déc. 2019, n° 18-12.536 ; RJ com. 2020, p. 217, obs. E. CORDELIER ; Rev. sociétés 2020, p. 410, note T. DE RAVEL D'ESCLAPON ; Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-17.137 ; BJS 2017, p. 284, note A. REYGROBELLET ; Rev. sociétés 2017, p. 209, obs. P. PISCONI ; Cass. com., 18 mai 2016, n° 14-22.354 ; Rev. sociétés 2016, p. 734, note F. PASQUALINI et G. MARAIN ; Cass. com., 9 mai 2001, n° 98-17.774, inédit. V. aussi, Cass. com., 30 juin 1998, n° 96-19.337.

[1470] Sur ce thème, v. T. MASSART, « L'interprétation d'une clause de garantie de passif », Rev. sociétés 2014, p. 91.

[1471] V. Cass. com., 23 mai 2006, n° 04-19.551.

[1472] V. par ex., CA Paris, 22 mars 2012, n° 11/06684, traitant une clause instituant un processus de mise en œuvre de la garantie de passif, la cour énonce notamment « qu'il appartient au garant de démontrer que l'éventuel défaut formel d'information dans les 30 jours contractuels lui cause un préjudice, ce qu'il n'allègue pas ». Sur pourvoi, Cass. com., 14 mai 2013, n° 12-19.766, qui approuve la solution. Comp., CA Riom, 14 nov. 2018, n° 17/00569 : application de la garantie en dépit de la violation du processus au motif que les garants avaient connaissance du fait générateur.

[1473] V. par ex., Cass. com., 10 févr. 2009, n° 08-12415 ; Cass. com., 1er oct. 2013, n° 12-20830, préc. ; Cass. com., 20 oct. 2015, n° 14-20416, préc. ; Cass. 3e civ., 8 févr. 2018, n° 16-24.641, préc. ; Cass. com., 9 juill. 2019, n° 18-14.029.

[1474] Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-27.838, préc. ; Cass 1re civ., 11 mai 2017, n° 16-17.706, qui approuve l'arrêt d'appel d'avoir retenu « que l'irrégularité de la procédure contractuelle [de résiliation] suivie justifiait l'allocation de dommages et intérêts » ; Cass. com., 27 sept. 2017, n° 16-13.112, D. 2018, p. 371, obs. M. MEKKI ; AJC 2017, p. 542, obs. C. COUPET ; Rev. sociétés 2018, p. 27, note S. KOUHAIZ ; RTD civ. 2017, p. 859, obs. H. BARBIER ; RTD com. 2017, p. 935, obs. J. MOURY, qui approuve les juges du fond ayant décidé du maintien d'un pacte d'associés résilié sans préavis.

[1475] V. par ex. Cass. com., 6 déc. 1994, n° 93-10.650, qui approuve l'arrêt d'appel d'avoir retenu la responsabilité du contractant ayant « rompu unilatéralement le contrat, sans se conformer à la procédure contractuellement prévue, sans invoquer de justes motifs, et en débauchant un employé […] » ; CA Versailles, 10 oct. 2019, n° 17/08349 : le non-respect de la procédure de mise en œuvre de la garantie de passif s'accompagne de la carence du bénéficiaire à établir le fait générateur de la clause.

[1476] Cass. 1re civ., 27 oct. 1992, n° 90-12.494. Comp. Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-27.838, préc., qui juge la résiliation irrégulière parce que le non-respect du processus n'a pas permis au débiteur de régulariser sa situation.

[1477] V. par ex., CA Paris, 22 mars 2012, n° 11/06684, préc. qui retient qu'en l'absence de préjudice, la violation du processus ne peut entraîner une déchéance du droit à la garantie ; Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-68.053 : dès lors que les juges du fond relèvent que le débiteur « a commis une faute de nature à justifier la résiliation du contrat, l'absence du strict respect de la procédure étant sans incidence sur le bien-fondé de la décision ».

d'une clause instituant une procédure de fixation d'une indemnité due en cas de non maintien du niveau des commandes stipulée dans un contrat de vente, c'est le constat de « l'impossibilité de calculer le montant de l'indemnité due sans concertation et accord préalable sur le montant des commandes passées ou proposées » qui a contraint les magistrats parisiens à retenir que « l'indemnité prévue n'est pas due » faute « de mise en œuvre préalable du processus de concertation »[1478].

On le voit, la force obligatoire [1479] des procédures contractuelles ne sort pas véritablement renforcée de ce constat. Les hésitations jurisprudentielles témoignent de la difficulté à trouver une sanction adaptée. Il convient de l'expliquer.

B. La source de l'incertitude

445. - Il convient de se poser la question suivante : si les clauses procédurales constituent des effets obligatoires du contrat, pourquoi le doute sur la sanction de leur violation continue de prospérer ? Le caractère accessoire des procédures contractuelles n'est pas la seule explication. La difficulté semble ailleurs, on peut l'identifier dans deux facteurs déterminants : l'absence de préjudice (**1**) résultant du seul fait de la violation d'une procédure contractuelle et le défaut de prévision d'une sanction contractuelle (**2**).

1. L'absence de préjudice

446. - En tant que contenu normatif du contrat, les procédures contractuelles entretiennent un lien étroit avec les obligations créées par les parties. La doctrine et jurisprudence continuent de transposer le raisonnement retenu s'agissant des obligations contractuelles. De sorte que la responsabilité qui en résulte pour les parties doit satisfaire aux exigences du droit commun de la responsabilité contractuelle et notamment l'exigence d'un préjudice.

Or, comme on l'a montré, les procédures contractuelles sont des incombances. Elles s'analysent plutôt comme un mode d'emploi, la manière de faire pour parvenir à un résultat lequel est incertain. Comment peut-on déceler un dommage dans la méconnaissance d'une telle exigence lorsqu'elle n'entraine la violation d'aucune obligation ? En ce qu'il ne réalise pas un mouvement de valeur d'un patrimoine à un autre, il est difficile de caractériser un préjudice dans le seul fait du non-respect d'une procédure contractuelle. La difficulté s'accroît davantage lorsque le résultat final se serait produit indépendamment de la mise en œuvre du dispositif procédural[1480]. On peut le constater en matière de clause de résiliation. Lorsque le manquement reproché au débiteur est irrémédiable, la rupture du contrat serait décidée quoi

[1478] CA Paris, 8 janv. 2008, n° 06/17150, préc.
[1479] V. Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. MUIR WATT, LGDJ 22004, spéc. p. 37 et s., qui met en exergue le fait que la force obligatoire postule seulement que l'inexécution soit sanctionnée, ne serait-ce que par de simples dommages et intérêts. *Adde*, F. BELLIVIER et R. SEFTON-GREEN, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droit français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », *in* Mélanges J. GHESTIN, LGDJ 2001, p. 91 et s.
[1480] Comp. X. LAGARDE, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », art. préc., spéc. n° 7, p. 392 : « la partie exposée à une mise en cause de de sa responsabilité devrait logiquement être celle qui refuse tout compromis ou pire encore toute négociation. En même temps, si cette partie arrive en phase judiciaire à convaincre les juges du bien-fondé de ses arguments, il paraîtrait curieux qu'*a posteriori*, on lui fasse grief de son intransigeance ».

qu'il arrive. Dans ces conditions, le débiteur aura du mal à établir la preuve d'un dommage. Il en va de même s'agissant des clauses de garantie de passif. Le plus souvent, le défaut de mise en œuvre de la procédure n'a aucune conséquence sur la garantie qui aura, en toute hypothèse, vocation à s'appliquer. C'est également le cas des clauses prévoyant un aménagement procédural de la modification unilatérale du contrat. Les parties stipulent en général que la modification doit faire l'objet d'une notification dans un certain délai avant son entrée en vigueur. Le problème se situe dans le fait que le cocontractant assujetti a souvent du mal à établir qu'il n'aurait pas accepté la modification si celle-ci l'avait été dans le respect du processus conventionnel. Par conséquent, le raisonnement en termes de responsabilité contractuelle conduit à écarter toute sanction dans une telle hypothèse en l'absence de préjudice.

447. - L'absence de toute sanction est liée au fait que la jurisprudence analyse les procédures contractuelles comme des obligations. Bien évidemment, une telle approche obligationnelle n'est pas satisfaisante. Elle procède d'une confusion entre la procédure et le fond. Le fait de subordonner la sanction à l'incidence de la violation sur le fond participe à l'affaiblissement de la force obligatoire des procédures contractuelles. La difficulté d'établir la réalité d'un préjudice, la casuistique inhérente à l'interprétation de la volonté des parties constituent autant de facteurs qui aggravent l'incertitude inhérente à la sanction du seul non-respect des procédures instituées au contrat. Du reste, l'impossibilité de définir avec précision les contours des dommages et intérêts susceptibles d'être alloués à la victime « en fait une sanction insuffisamment protectrice »[1481]. Du côté des contractants, leur volonté est de créer des modalités contraignantes pouvant le cas échéant faire l'objet d'une « exécution en nature », sinon d'une sanction dissuasive[1482]. La responsabilité contractuelle devrait jouer un rôle complémentaire[1483] sinon subsidiaire en la matière.

En l'état actuel du droit positif, il revient aux rédacteurs de contrats de préciser l'ensemble des modalités des procédures qu'ils instituent y compris la sanction de leur violation. Le silence des parties ouvre la voie à une interprétation divinatoire de leur volonté.

[1481] A. PÉLISSIER, obs. sous Cass. 2e civ., 7 mars 2019, RGDA 2019, p. 15. V. aussi, J. GRANOTIER, « L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres », JCP G 2012, 653, spéc. n° 13 : « La sanction d'une exclusion qui ne respecterait pas les conditions fixées par les statuts ou le principe du contradictoire se limiterait au paiement de dommages-intérêts. Pour exclure un associé, il suffirait ainsi d'avoir le porte-monnaie bien garni. Le message n'est pas sain. La tentation peut être grande pour des majoritaires d'exclure des minoritaires gênants, moyennant finance. Mais le droit des sociétés ne se limite pas à des questions financières : il y a des considérations d'équilibre des pouvoirs, de contrôle de la majorité, qui vont bien au-delà de la seule logique financière et de la loi du plus fort économiquement ».

[1482] En ce sens, v. CA Paris, 17 mai 2002, JCP E 2003, 1510, note M. DANIS et M. TREGLER ; JCP E 2004, 29, n° 1, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER, à propos d'une clause instituant une procédure de mise en œuvre de la garantie de passif, la cour énonce que la commune intention des parties «consistait non à définir une obligation de faire au sens de l'article 1142 du Code civil, qui se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution, mais bien une fin de non-recevoir conventionnelle […] ».

[1483] Comp. F. LUXEMBOURG, th. préc., spéc. n°941 et s., qui voit dans la responsabilité civile une sanction complémentaire de la déchéance sanctionnant la méconnaissance d'une incombance.

2. L'absence de prévision conventionnelle

448. - Hormis les restrictions tenant aux règles d'ordre public, les procédures contractuelles sont essentiellement conçues comme la chose des parties qui peuvent y apporter les aménagements qu'elles souhaitent.

Néanmoins, le pouvoir créateur reconnu aux contractants en la matière s'accompagne d'une exigence de « complétude » de la norme instituée. Il ne suffit pas de créer un dispositif juridiquement contraignant, encore faut-il envisager les conséquences de sa méconnaissance par l'une des parties. L'analyse de la jurisprudence permet de mettre en avant l'idée que la solution doit venir des parties elles-mêmes. Car, bien souvent les arrêts, refusant de prononcer toute sanction, se fondent sur l'interprétation de la volonté réelle ou supposée des contractants[1484]. La solution peut être approuvée au moins pour deux raisons. D'une part, en dépit de leur importance dans la régulation des rapports contractuels, les procédures contractuelles ne font pas partie du noyau dur de l'opération envisagée (sous réserve d'une essentialisation par accord de volontés). La gravité des sanctions invoquées (déchéance, neutralisation de la prérogative, inopposabilité…) ne paraît pas de prime abord proportionnée à l'ampleur de la violation constatée, c'est-à-dire celle portant sur des mécanismes se présentant comme des modalités accessoires. D'autre part, le refus de sanctionner la violation d'une clause procédurale en l'absence de prévision contractuelle peut être perçu comme une manière de responsabiliser les contractants. Cette clause est le fruit de leur volonté, il leur appartient de préciser le degré de contrainte des processus qu'ils instituent. Le silence des parties n'est guère propice à la recherche d'un consensus sur la signification d'un acte ambigu ou incomplet.

449. - La jurisprudence est d'ailleurs favorable à l'inclusion d'une stipulation expresse dans le contrat. Elle a, à plusieurs reprises, donné effet à une sanction contractuellement prévue. Ainsi, il est loisible aux parties d'assortir le processus conventionnel d'une clause pénale[1485]. La déchéance est généralement stipulée en cas de violation de la clause organisant les modalités de mise en œuvre de la garantie de passif[1486]. Mais le contrat peut subordonner le prononcé de la sanction à la nécessité d'un préjudice[1487] ou prévoir d'autres sanctions comme l'inopposabilité[1488] voire la nullité[1489]. Il en ressort que les sanctions retenues en pratique sont

[1484] V. par ex., Cass. com., 30 juin 1998, n° 96-19.337 ; BJS 1999, p. 98, note S. NOEMIE ; Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-17.137, préc. ; CA Paris, 22 mars 2012, n° 11/06684, préc., de la mise en œuvre de la garantie de passif, la cour affirme « Qu'il n'est nullement stipulé que le respect du délai d'information constituerait une condition de la mise en œuvre de la garantie […] » ; Cass. com., 14 févr. 2018, n° 16-14.729, s'agissant de la sanction du non-respect du processus de résiliation contrat.

[1485] Cass. 1re civ., 9 juin 2011, n° 10-20.206 ; JCP E 2012, 1027, n° 9, obs. P. GRIGNON, qui donne effet à une clause pénale sanctionnant le non-respect du délai ; CA Paris, 13 févr. 2019, n° 17/01634, à propos d'une pénalité sanctionnant la violation d'une clause de préemption ; Cass. com., 10 févr. 2021, n° 19-10.306, D. actu. 3 mars 2021, obs. C.-S. PINAT, qui donne effet à une clause d'un contrat de prestation de services prévoyant qu'en cas de non-respect du processus contractuel de résiliation (notification par LRAR, délai de préavis de 3 mois), l'auteur doit verser au prestataire « une indemnité égale à 25 % des honoraires pour l'exercice en cours ».

[1486] V. par ex. les clauses traitées par Cass. com., 7 juin 2011, n° 08-21.962 ; CA Lyon, 13 avr. 2017, n° 16/04080 ; CA Papeete, 2 juill. 2020, n° 18/00384 ; CA Lyon, 24 sept. 2020, n° 18/00799. Déjà en ce sens, v. Cass. com., 8 avr. 1986, BRDA 1986/10, p. 17 ; CA Paris, 25 mai 1993, JCP 1993. I. 3715, spéc. n° 4 obs. A. VIANDIER et J-J. CAUSSAIN.

[1487] V. Cass. com., 27 mars 2019, n° 17-16.327 ; CA Toulouse, 17 juin 2020, n° 19/01002.

[1488] V. CA Paris, 3 oct. 2019, n° 18/17282.

variables et le constat que l'on peut faire est que les tribunaux reconnaissent l'efficacité des clauses qui les prévoient. La Cour de cassation a récemment affirmé qu'une telle stipulation relève de la substance des droits et obligations que le juge ne saurait remettre en cause[1490]. Cela conduit à reconnaître aux parties une large marge de manœuvre quant à l'aménagement des contours des procédures contractuelles. Le revers de la médaille est qu'à défaut de sanction convenue entre les parties, le juge refuse de sanctionner la violation de clauses instituant des procédures.

Conclusion du chapitre

450. - L'analyse des règles substantielles applicables permet de rendre compte de l'inaptitude du droit commun des contrats à appréhender certains aspects du régime des procédures contractuelles. On peut le constater sur le terrain des sanctions qui, si elles ne sont pas purement et simplement écartées, apparaissent dans certains cas insuffisamment dissuasives.

L'explication se trouve dans l'approche obligationnelle qui est le plus souvent retenue. En pratique, l'enjeu est éclipsé lorsque la violation du processus a eu des répercussions sur le fond auquel cas une sanction globale et unique est appliquée. La difficulté apparaît lorsque la méconnaissance du dispositif n'entraine aucune conséquence sur les droits et obligations des parties. L'inadéquation des sanctions de l'obligation contractuelle apparaît alors au grand jour. Aussi, est-ce pour cette raison que les tribunaux préfèrent s'en remettre à la volonté des contractants.

451. - On le sait, les parties disposent d'une marge de manœuvre assez large pour aménager les procédures régulant leurs rapports. Au regard de la liberté qui leur est reconnue, force est de reconnaître qu'elles n'en font pas toujours un bon usage. La fréquence de clauses incomplètes ou imprécises permet de l'attester. La vigilance des parties est de mise d'autant que la jurisprudence n'est pas fermement fixée en la matière. Si elle s'appuie généralement sur la volonté des contractants pour affirmer la force contraignante de ces dispositifs, cette même volonté est utilisée dans certains cas pour les priver d'efficacité.

Néanmoins, on observe, depuis quelques années, une tendance à la prise en compte de la spécificité des procédures contractuelles. L'objet de ces mécanismes ne permet pas une approche fondée exclusivement sur le droit substantiel. Aussi, en marge de règles de droit substantiel, on admet couramment aujourd'hui la nécessité d'une application concurrente de

---

[1489] Cass. com., 27 juin 2018, n° 16-14.097 ; Gaz. Pal. 2018, p. 66, obs. E. SCHLUMBERGER ; BJS 2018, p. 565, note P.-L. PERIN, qui reconnaît l'efficacité d'une clause statutaire prévoyant la nullité d'une cession opérée en violation d'un pacte d'associé.

[1490] Cass. com., 19 juin 2019, n° 17-26.635 ; RTD civ. 2019, p. 577, obs. H. BARBIER, à propos de la déchéance conventionnelle sanctionnant le non-respect du processus de mise en œuvre de la garantie de passif. Déjà en ce sens, v. Cass. com., 15 mars 2011, n° 09-13.299 ; D. 2011, p. 2758, obs. E. LAMAZEROLLES ; Rev. sociétés 2011, p. 287, obs. S. PREVOST ; RTD com. 2011, p. 580, obs. A. CONSTANTIN ; Dr. et pratr. 1er févr. 2012, n° 211, p. 71 et s. P. STOFFEL-MUNCK.

procédure. Il s'agit du second volet du régime des procédures contractuelles qu'il convient d'examiner à présent.

CHAPITRE 2 : LE RÉGIME PROCÉDURAL

452. - Les relations entre les parties contractantes ne sont pas exclusivement régies par les règles substantielles issues du droit commun des contrats. La matière contractuelle est de plus en plus marquée par l'incursion de règles procédurales. Il est vrai que le phénomène n'est pas propre au droit des contrats, mais la tendance à sa processualisation s'observe avec une acuité particulière ces derniers temps. La raison tient principalement à deux facteurs : le développement de l'unilatéralisme dans un rapport d'essence bilatérale, la volonté d'anticiper le règlement de litiges susceptibles de naître du contrat. Le pouvoir unilatéral et le litige sont deux notions insuffisamment aménagées par la technique contractuelle. Les processus institués dans les rapports contractuels visent précisément à combler cette lacune. Globalement, ils consistent à importer le modèle du droit processuel qui a fait la preuve de son utilité dans la régulation de situations similaires.

Il convient de préciser au préalable que le régime procédural applicable en la matière ne doit pas être entendu *stricto sensu* comme un ensemble de règles constituant « un droit sanctionnateur ou auxiliaire et un droit servant »[1491]. Car il ne s'inscrit pas uniquement dans une perspective de sanction ou de réalisation des autres droits substantiels issus du contrat. Il renvoie, par comparaison aux règles de procédure, aux normes procédurales régissant les actes et formalités constituant une procédure contractuelle. S'il en est ainsi, c'est parce que les procédures contractuelles ont un objet plus large. Dans certains cas, elles apparaissent comme un substitut à la procédure judiciaire ou à l'application des règles de droit ordinaires qui ont normalement vocation à régir la situation concernée. C'est le cas, par exemple, des procédures contractuelles de résolution des différends ou de la procédure d'adaptation du contrat. Dans l'un et l'autre cas, il ne s'agit pas de faire sanctionner ou faire réaliser véritablement un droit subjectif contractuel puisque l'issue de la procédure dépend de la bonne volonté des deux

[1491] Définition généralement retenue par les auteurs à propos du droit judiciaire privé. En ce sens, v. J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 1, p. 19 : « on peut dire que c'est un droit sanctionnateur ou auxiliaire et un droit servant » ; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 8 et s., p. 5 et s.

parties. On peut, au mieux, considérer comme droit subjectif celui consistant dans le droit d'exiger l'application effective de la clause prévoyant le jeu du dispositif procédural.

Les règles procédurales applicables seront envisagées dans leurs aspects relatifs à la mise en œuvre (**Section 1**) et au contentieux (**Section 2**) des clauses instituant des procédures dans les rapports contractuels.

Section 1 : La mise en œuvre des procédures contractuelles

453. - On l'a constaté, la progression de normes instituant des procédures en droit des contrats s'explique en partie par l'insuffisance des règles de droit substantiel. Les procédures contractuelles participent de l'équilibre qualitatif des rapports entre les parties au contrat. Dans certains cas, en effet, les contractants se trouvent dans une situation rappelant celle des plaideurs. On pense notamment aux clauses conférant un pouvoir de sanction ou encore aux clauses relatives aux litiges. Si les garanties du procès équitable ne sont pas applicables en tant que telles dans ces hypothèses[1492], la similitude des situations relevées avec ce qui est en œuvre dans le procès appelle l'application de garanties inspirées du droit processuel dans toute la mesure compatible avec les dispositifs contractuels en cause[1493]. Le recours à de telles normes processuelles dans les rapports contractuels vise à « préciser la manière » dont l'accord des parties doit être exécuté[1494].

Dans cette perspective, les normes instituant des procédures dans les relations contractuelles importent les règles procédurales sur deux plans. D'une part, elles mettent en application des principes fondamentaux inspirés du droit processuel **(§. 1.**). D'autre part, elles mettent en jeu, à l'instar des règles régissant le déroulement de l'instance, des techniques procédurales (actes de procédure, délais, formes) qui déterminent le fonctionnement des étapes successives imposées aux parties (**§. 2.**).

[1492] L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, 3e éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit 2019, spéc. p. 126 et s., qui montrent que les garanties du procès équitable ne sont pas applicables aux modes amiables de résolution des conflits, mais soulignent toutefois que cette mise à l'écart n'est pas sans limite ; N. FRICERO, « Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable », *in* Mélanges en hommage du Doyen G. COHEN-JONATHAN, vol. 1, Bruylant 2004, p. 839, spéc. n° 6 et s., selon l'auteur, si les modes alternatifs de règlement des conflits doivent rester étrangers aux contraintes du procès équitable, la procédure contractuelle (entendue comme processus d'élaboration de l'accord et l'acte matérialisant cet accord), doit être soumise à des principes fondamentaux qui en légitiment l'existence.

[1493] Comp., P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », art. préc., spéc. II. A. 1. : « Principal lieu d'expression du contradictoire, le procès est parfois présenté comme un modèle transposable à des décisions autres que la décision de justice ».

[1494] M. DUPRÉ, « Un processus en vue de la conclusion d'un MARL : la convention de procédure participative », LPA 10 mai 2012, p. 3, spéc. n° 8 : « L'insertion [des] principes directeurs processuels au sein de la convention vient en réalité préciser la manière dont celle-ci doit être exécutée ».

§. 1. L'application de principes fondamentaux inspirés du droit processuel

454. - Les étapes successives qui composent une procédure contractuelle constituent des garanties procédurales pour les parties. Ces garanties sont inspirées des règles de procédure civile pour prévenir ou corriger des possibles déséquilibres. L'explication tient au fait que les outils du droit substantiel sont moins adaptés aux situations concernées. Tel est le cas, par exemple, des clauses relatives aux litiges qui posent la question « du respect des droits fondamentaux des parties »[1495] ou encore des clauses d'exclusion qui impliquent le respect des droits de la défense de l'associé visé. Dans ces conditions, l'importation de principes fondamentaux de procédure dans les rapports contractuels repose sur la nécessité d'accorder des « garanties minimales de procédure »[1496].

On les étudiera en distinguant les principes qui sont tournés vers le tiers (**B**) intervenant dans la conduite de la procédure et ceux qui concernent le rapport procédural entre les parties (**A**).

A. Les principes régissant le rapport procédural entre les parties

455. - Les procédures contractuelles importent des garanties procédurales qui rappellent celles en œuvre dans le procès « dans la mesure où elles touchent au déroulement de la procédure »[1497]. Les exigences en cause sont transposées avec des nuances selon les dispositifs contractuels. Il s'agit du respect des droits de la défense (**1**), de la motivation des décisions (**2**) et des exigences inspirées d'une bonne administration de la justice (**3**).

1. Le respect des droits de la défense

456. - Le respect des droits de la défense ne s'impose pas de façon systématique en la matière. On le constate dans le fonctionnement des processus aménageant un pouvoir de sanction et dans la mise en œuvre des modes conventionnels de résolution des litiges. En dehors de ces deux hypothèses, les parties font une utilisation particulière de l'une des composantes des droits de la défense à savoir le principe de la contradiction en instituant, par

[1495] L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, n° 106, p. 231, qui affirment que les processus de résolution amiables des litiges « posent […] la question centrale du respect des droits fondamentaux des parties, ce que l'on nomme droits de la défense dans le règlement judiciaire des différends ». V. aussi, N. GRAS, th. préc., n° 348, p. 261, qui considère qu'en matière de résolution extrajudiciaire du litige, il convient d'appliquer un certain nombre de principes processuels qui « constituent une base procédurale incontournable à toute résolution du litige. Qu'il s'agisse d'une résolution juridictionnelle ou consensuelle du litige, elle doit être soumise à un minimum de garanties, exprimées sous forme de principes fondamentaux ».

[1496] L. CADIET, *Découvrir la justice*, Dalloz 1997, p. 68, qui considère que le « respect de garanties minimales de procédure » comme des moyens de prévenir ou de corriger les déséquilibres entre les parties dans le cadre des procédures alternatives de règlement des litiges ; L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, *op. cit.*, p. 134 : « si l'article 6 § 1 CEDH n'est pas applicable, *littéralement*, en tant que tel, aux modes de solution extrajudiciaire des litiges, il n'en demeure pas moins que certaines exigences du procès équitable valent, *rationnellement*, pour les règlements alternatifs ».

[1497] Y. STRICKLER, « Le droit à un procès équitable », *in Libertés et droits fondamentaux*, R. CABRILLAC (dir.), 26e éd., Dalloz 2020, p. 605 et s., spéc.n° 726, p. 611.

exemple, un constat contradictoire. Dans tous les cas, lorsque les droits de la défense sont impliqués dans le jeu d'une procédure contractuelle, ils ne sont pas appliqués de la même manière que dans une procédure judiciaire[1498]. Seules les exigences qui innervent ce principe processuel, au sens de minimum d'équité procédurale, sont transposées aux procédures contractuelles[1499]. Il y a donc une transposition *a minima* qui s'observe à l'analyse de l'objet du respect des droits de la défense (**a**) et à l'examen des limites qui lui sont apportées (**b**).

a. L'objet de l'exigence du respect des droits de la défense

457. - L'exigence de respect des droits de la défense imposée dans la mise en œuvre de procédures contractuelles se traduit par l'obligation d'accomplir des formalités successives dont le contenu est variable. Elle comprend principalement les prérogatives caractéristiques du principe de la contradiction : droit d'être informé et de discuter. Il peut aussi être prévu dans certains cas un droit à l'assistance et un droit au recours[1500].

Le droit à l'information se réalise suivant des modalités variables. Il porte d'abord sur l'information des parties relativement au déclenchement de la procédure. En effet, les procédures contractuelles sont instituées dans l'éventualité de l'avènement d'une situation qu'elles tendent à aménager. Lorsque les conditions prévues au contrat se trouvent réunies, il appartient à la partie qui invoque la clause d'informer son partenaire du déclenchement de la procédure contractuelle. Certes, le caractère consensuel de ces mécanismes paraît inciter à conclure à l'inutilité de l'information quant à l'existence de la procédure[1501], mais il n'en est rien. Une procédure contractuelle peut être prévue sans être nécessairement mise en œuvre. Par exemple, dans un contrat d'entreprise, les parties peuvent établir leur décompte définitif autrement que par une application stricte et formelle du processus contradictoire prévu dans les normes AFNOR P 03-001. De même une transaction peut être conclue entre les parties en dehors du cadre procédural prévu dans une clause de conciliation qui les lie. Les contractants peuvent toujours s'écarter plus ou moins de la lettre de leurs stipulations du moment qu'ils estiment être en mesure d'atteindre la finalité poursuivie par un autre moyen.

Toutefois, pour se prévaloir de l'effet utile d'une procédure contractuelle ou se prémunir contre les sanctions résultant de sa méconnaissance, il est nécessaire de se conformer aux conditions procédurales requises. S'agissant du jeu d'une procédure contradictoire, celles-ci consistent d'abord en l'information de la partie qui n'en prend pas

[1498] À l'exception de la procédure d'arbitrage qui a une nature juridictionnelle.
[1499] Comp., L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », art. préc., spéc. n° 16, qui observe, au sujet de la diversification du domaine de la légalité procédurale, que si le droit a un procès équitable n'est pas appliqué en tant que tel, cela « ne signifie toutefois pas que les principes qu'il impose ne valent pas en dehors des hypothèses qui entrent dans son champ d'application ».
[1500] C. com., art. L. 124-10, al. 2. V. aussi les clauses traitées par CA Paris, 5 nov. 2004, Rev. sociétés 2005, p. 232, obs. I. URBAIN-PARLEANI ; Cass. com., 4 déc. 2012, n° 11-27.667 ; JCP E 2013, 1031, note B. DONDERO ; Dr. sociétés 2013, n° 45, note H. HOVASSE ; BJS 2013, p. 320, note R. MORTIER.
[1501] V. en ce sens, L. ASCENCI, *Du principe de la contradiction*, préf. L. CADIET, LGDJ 2006, n° 431 et s., p. 242 et s.

l'initiative. Ainsi, en matière de révocation d'un dirigeant social[1502] ou d'exclusion d'un associé[1503], l'auteur de la mesure disciplinaire doit informer la personne visée afin qu'elle puisse faire valoir ses observations en temps utile. Une solution identique est applicable en matière de licenciement[1504]. Si dans les trois exemples susmentionnés, l'obligation de notification tire sa source de la jurisprudence ou de la loi, elle fait l'objet d'un aménagement conventionnel. La stipulation de clauses aménageant la révocation du dirigeant d'une société[1505], l'exclusion d'un associé[1506] ou encore le licenciement d'un salarié[1507] devient de plus en plus fréquente. Aussi, le contenu de l'acte portant information du déclenchement de la procédure est déterminé par les parties. Il faut tenir également compte de la variété des situations qui explique que le principe du respect des droits de la défense n'ait pas le même contenu selon les cas. Il existe, par exemple, des processus contradictoires qui n'impliquent pas un pouvoir de sanction : procédure d'établissement du décompte définitif, procédure d'expertise, procédure de médiation, procédure de constat contradictoire, etc. Dans ces différents cas, le droit à l'information vise la mise en œuvre contradictoire du mécanisme et non les garanties procédurales à l'égard d'une personne faisant l'objet d'un pouvoir de sanction. Il en résulte que l'information requise n'a ni le même contenu, ni la même portée suivant la procédure concernée.

458. - Ce droit porte, ensuite, sur l'information des parties au cours de la procédure. Il se traduit par un acte de notification comportant des éléments de fait (et parfois des éléments de droit) propres à provoquer un débat contradictoire. C'est le cas en matière de procédure d'établissement du décompte définitif où le mémoire définitif doit comporter les éléments justifiant la demande de paiement de l'entrepreneur et, par là même, à provoquer la réaction du maître d'ouvrage qui pourra ainsi contester dans un certain délai les montants y figurant. De même, dans le cadre de la mise en œuvre d'une clause relative à la livraison de marchandises, il appartient à l'acheteur de mettre à la connaissance du vendeur les éléments de fait propres à justifier sa réclamation. Il pourra ainsi faire valoir une défectuosité des

[1502] Cass. com., 24 févr. 1998, n° 95-12.349 ; BJS 1998, n° 5, p. 527, note C. PRIETO, qui casse pour violation du principe du principe de la contradiction un arrêt d'appel ayant estimé que « le conseil d'administration dispose d'un droit de révocation des mandataires sociaux qui peut être exercé à tout moment sans qu'il soit nécessaire […] d'en avertir au préalable l'intéressé ». Sur cette question, K. ADOM, « La révocation des dirigeants de sociétés commerciales », Rev. sociétés 1998, p. 488, spéc. n° 5 et s. ; N. BINCTIN, « La légalité procédurale en droit des sociétés - Contribution à l'étude de la révocation », LPA 12 sept. 2006, n° 182, p. 3, spéc. n° 19, selon l'auteur le respect de « règles formelles » constitue « un tronc commun de la procédure de révocation » qu'elle soit *ad nutum* ou pour juste motif (n° 18).

[1503] V. par ex. Cass. 1re civ., 19 mars 2002, préc. : est sanctionné le fait que la lettre de convocation du membre d'une association à se présenter devant le conseil d'administration « ne faisait pas apparaître les griefs précis formulés à [son] encontre […], condition nécessaire pour lui permettre de présenter utilement sa défense devant l'organe disciplinaire de l'association » ; Cass. com., 4 déc. 2012, n° 11-27.667, préc., qui approuve la cour d'appel d'avoir annulé la décision d'exclusion prise par une société coopérative à l'encontre d'un membre au motif que ce dernier n'avait pas « bénéficié, préalablement à la réunion du conseil d'administration, d'une information suffisamment complète sur les griefs formulés à son encontre et sur la sanction envisagée ».

[1504] C. trav., art. L. 1232-2 et L. 1233-11.

[1505] V. par ex., clause traitée par Cass. 1re civ., 12 mai 2011, n° 10-11.813 ; Rev. sociétés 2011, p. 491, note A. COURET : « l'article 3 des statuts prévoyait une procédure de révocation d'un administrateur "pour juste motif, dans le respect des droits de la défense" et permettait ainsi de sanctionner un membre de la Fondation qui ferait prévaloir ses intérêts personnels ». V. aussi, Cass. com., 14 juin 2005, n° 02-18.864 ; D. 2005, p. 1777, obs. A. LIENHARD ; RTD com. 2005, p. 782, obs. M.-H. MONSERIE-BON ; CA Paris, 6 juin 2019, n° 18/03313.

[1506] V. *supra*, n° 281.

[1507] V. *supra*, n° 280.

produits au moment de la livraison. En bref, l'organisation des modalités de mise en œuvre de l'information au cours de la procédure tient compte des contraintes spécifiques à celle-ci. Dans le cas des procédures disciplinaires, par exemple, les parties prennent en considération l'exigence jurisprudentielle relative à la nécessité de « formuler les griefs précis »[1508] permettant à la personne visée par la mesure de présenter utilement sa défense[1509]. En matière de procédures non disciplinaires, le respect de la contradiction ne pose pas de difficulté majeure lorsque chacune des parties communique spontanément à l'autre ses observations et pièces susceptibles de convaincre son vis-à-vis du bien-fondé de sa cause afin d'aboutir à un accord transactionnel. Dans les procédures conduisant à l'établissement d'un document opposable (constat contradictoire, décompte définitif, procès-verbal de livraison…), chaque partie a intérêt à faire valoir ses arguments en temps utile afin d'éviter que les observations et pièces produites par l'autre ne lui soient opposées de manière définitive.

S'agissant du droit à la discussion, celui-ci s'exprime de façon différente, mais il n'en reste pas moins commun « à l'ensemble des procédures contradictoires »[1510]. Les procédures instituées par les parties ne dérogent pas à cette exigence primaire. Si le droit de présenter des observations tire sa source de la loi[1511] ou de la jurisprudence[1512], cette garantie procédurale est de plus en plus formalisée dans les contrats[1513]. Dans les statuts des sociétés ou des groupements de manière générale, on observe des clauses organisant les modalités de mise en œuvre de l'exclusion d'un membre[1514] ou de la révocation du dirigeant de façon à permettre un débat contradictoire préalablement à la prise de décision. Dans le même sens, les parties peuvent aménager la procédure de licenciement en prévoyant que la décision de l'employeur « ne peut intervenir qu'après deux entretiens au cours desquels le salarié peut être assisté par une personne de son choix »[1515]. Elles sont libres d'organiser les modalités de la discussion. Mais, dans certaines hypothèses, les observations prennent nécessairement la forme écrite. C'est le cas en matière de procédure de réclamation ou d'établissement du décompte définitif dans lesquelles les échanges entre les parties se réalisent à travers des documents précis avec parfois l'obligation de formuler des griefs précis ou de fournir des justificatifs. Dans d'autres cas, les discussions prennent une forme orale notamment dans les procédures de résolution

[1508] Sur cette exigence, v. par ex. Cass. com., 14 mai 2013, n° 11-22.845 ; D. 2013, p. 2319, note B. DONDERO Cass. com., 22 nov. 2016, n° 15-14.911 ; Rev. sociétés 2017, p. 213, note P.-L. PERIN.
[1509] V. K ADOM, « La révocation des dirigeants de sociétés commerciales », Rev. sociétés 1998, p. 488, spéc. n° 9 : « Pour permettre au dirigeant de présenter ses observations, il faut qu'il ait connaissance des faits qui lui sont reprochés ». *Adde*, P. LE CANNU, « Le principe de contradiction et la protection des dirigeants sociaux », art. préc., spéc., n° 12, p. 13.
[1510] L. ASCENCI, th. préc., n° 551, p. 316, selon l'auteur, « une procédure contradictoire qui ne reconnaîtrait pas un tel droit serait *a priori* contrenature, tant ce droit est indissociable du principe "*audi alteram partem*" ».
[1511] V. par ex., C. trav., art. L. 1232-3, qui impose à l'employeur de recueillir les explications du salarié au cours la procédure de licenciement pour motif personnel.
[1512] V. par ex., Cass. com., 26 avr. 1994, préc., qui considère comme irrégulière la révocation d'un dirigeant social intervenue sans que celui-ci ait « été mis en mesure de présenter préalablement ses observations ».
[1513] En ce sens, v. G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès arbitral », Rev. arb. 2004, p. 511 et s., spec. n° 19, qui cite les arrêts validant le recours à « des modalités conventionnelles de libre contradiction ».
[1514] V. *supra*, n° 281. *Adde*, Cass. 1re civ., 20 mai 2003, Bull. civ. 1, n° 124, qui approuve une cour d'appel d'avoir déclaré fautive la rupture d'un contrat avant l'échéance du terme sans « cause légitime ni recherche préalable de concertation ».
[1515] Clause traitée par CA Metz, 26 sept. 2011, n° 09/02251.

des litiges moins formalisées où la conclusion d'un accord transactionnel se fait à l'issue de rencontres directes entre les parties ou leurs représentants.

459. - Outre les exigences relatives au respect de la contradiction, d'autres garanties procédurales peuvent être reconnues au contractant visé par un pouvoir de sanction. Ainsi, en matière de licenciement, un droit à l'assistance par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative est reconnu au salarié [1516]. Ce droit peut faire l'objet d'un aménagement dans un sens favorable au salarié en lui donnant par exemple la possibilité de se faire assister par toute personne de son choix[1517]. En dehors du droit du travail, le droit à l'assistance n'est pas reconnu en l'absence de prévision contractuelle. Les parties peuvent aussi accroître les garanties procédurales en prévoyant un droit au recours sous diverses formes. Dans le cas du licenciement, le recours s'exerce en général de façon préventive, le contrat reconnaissant par exemple la possibilité pour un salarié de saisir un organe afin qu'il donne son avis, après examen des faits, avant la décision de l'employeur[1518]. En matière d'exclusion du membre d'une association[1519] ou d'un associé, le droit au recours s'exerce postérieurement à la décision[1520]. Ainsi, lit-on dans les statuts d'une SA de coopérative d'entreprise de transport la clause suivante :

> « Tout associé peut être exclu par une décision du conseil d'administration pour raison grave ou en cas d'infraction aux présents statuts et règlement intérieur ; tout associé exclu a le droit de faire appel de la décision devant l'assemblée générale ordinaire ; l'exclusion intervient après un préavis de trois mois »[1521].

Pour la mise en œuvre d'une telle clause, la protection effective des droits de la défense de l'associé implique de mentionner les modalités et des délais de recours dans la décision d'exclusion[1522]. Le caractère facultatif du recours devant l'assemblée générale[1523] n'est pas de nature à remettre en cause l'exigence cette mention. Elle profite à l'associé visé par la mesure qui peut seul y renoncer.

460. - On voit que la mise en œuvre du principe du respect des droits de la défense s'opère de façon différenciée. Elle s'applique sous une forme atténuée, exprimant la volonté de concilier les exigences qu'il exprime à la réalité de l'environnement contractuel et aux besoins des parties. À l'origine imposée par le législateur et les tribunaux[1524] dans certains cas, on trouve

---

[1516] C. trav., art. L. 1232-4 et L. 1233-13.

[1517] V. par ex., clause traitée par CA Metz, 26 sept. 2011, n° 09/02251, préc.

[1518] V. *supra*, n° 280. *Adde*, pour les clauses similaires traitées par CA Rennes, 14 nov. 2014, n° 13/00028, préc. ; CA Lyon, 9 avr. 2015, n° 13/04388, préc.

[1519] Pour un ex. de cette disposition contractuelle, v. CA Nîmes, 14 sept. 2017, n° 17/00603 ; CA Lyon, 25 janv. 2018, n° 16/07429.

[1520] C. com., art. L. 124-10.

[1521] Sur cette clause, v. Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-23.569, inédit ; Rev. sociétés 2015, p. 452, note G. PARLEANI.

[1522] CA Versailles 20 mars 1989, RTD com. 1990, p. 426, obs. E. ELFANDARI et M. JEANTIN. V. également en ce sens, I. URBAIN-PARLEANI, note sous CA Paris, 5 nov. 2004, Rev. sociétés 2005, p.232.

[1523] Cass. com., 18 janv. 2011, n° 09-68.911 ; Rev. sociétés 2011, p. 351, note I. URBAIN-PARLEANI ; JCP E 2011, 1133 ; Dr. sociétés 2011, n° 67, note H. HOVASSE ; BJS 2011, p. 402, note P. MOUSSERON.

[1524] La jurisprudence a recours à d'autres fondements non processuels pour justifier le respect de la contradiction. La notion de bonne foi a été utilisée : v. Cass. com., 8 oct. 2003, n° 01-10.326 ; RTD civ. 2004, p. 92, obs. J. MESTRE et B. FAGES, la Cour de cassation affirme, dans cet arrêt de rejet, que « l'obligation pour un

fréquemment cette règle procédurale dans les contrats pour assurer la même fonction de protection des droits de la défense. Néanmoins, son extension est enfermée dans des limites qu'il convient de préciser.

b. Les limites au respect des droits de la défense

461. - La faculté de présenter des observations est une composante essentielle du droit de la défense. L'observation doit cependant être nuancée. Tout comme en matière de procédure judiciaire[1525], l'effectivité de ce droit implique moins la réalité de la discussion que la possibilité de discuter. Ce qui compte, c'est le fait de savoir si l'autre partie a été mise en mesure de faire valoir ses observations. Ainsi, un décompte définitif sera réputé contradictoire lorsque la partie à qui on l'oppose a été mise en mesure de participer à son élaboration et n'a pas accompli les diligences procédurales lui incombant en dépit de la mise en demeure qui lui est adressée à cet effet[1526]. Dans la même optique, en matière de procédure disciplinaire, l'organe décisionnaire est simplement tenu de mettre l'intéressé en mesure de présenter ses observations en défense sans être tenu d'attendre la réalisation effective de la discussion pour décider. Ainsi, la Cour de cassation a jugé que l'absence d'entretien préalable ne rend pas la révocation du dirigeant d'une société anonyme abusive lorsque c'est l'intéressé lui-même qui s'est abstenu volontairement de se rendre au conseil d'administration puis à l'assemblée générale[1527]. Elle considère de manière générale que l'exigence du contradictoire est satisfaite dès lors que le titulaire du pouvoir a fait me nécessaire pour permettre au dirigeant[1528] ou à l'associé[1529] de présenter ses observations avant la décision.

Le principe du respect des droits de la défense, appliqué dans les rapports contractuels, n'a pas un contenu identique à celui qui lui est donné en procédure civile[1530]. Hormis le cas de l'arbitrage[1531], l'acception de ce principe relativement à la mise en œuvre de prérogatives contractuelles est « nécessairement édulcorée »[1532]. L'explication est liée au fait que la procédure ne se déroule pas devant un tribunal. C'est pourquoi, il n'est pas reconnu au

---

concédant de recueillir les explications de son concessionnaire avant de résilier le contrat […] relève de l'obligation de bonne foi qui s'impose en matière contractuelle ». Il en est de même de l'obligation de loyauté en matière de révocation des dirigeants sociaux : v. par ex. Cass. com., 22 nov. 2016, n° 15-14.911, préc.

[1525] V. par ex., E. JEULAND, *Droit processuel général*, *op. cit*., n° 244, p. 364, qui affirme que le contradictoire « ne signifie pas que toute personne être effectivement entendue », mais qu'elle soit simplement « mise en mesure de se défendre ».

[1526] Cass. 3e civ., 7 nov. 2019, n° 18-22.456 , préc.

[1527] Cass. com., 10 juill. 2012, n° 11-23.280 ; Rev. sociétés 2013, p. 294, note C. TABOUROT-HYEST ; Bull. Joly 2013, p. 29, note J.-F. BARBIERI.

[1528] V. par ex., Cass. com., 15 mai 2007, n° 05-19.464 ; D. 2007, AJ, p. 1511, obs. A. LIENHARD ; Rev. sociétés 2007, p. 780, note M.-L. COQUELET.

[1529] V. par ex., Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-10.855 ; BJS 2012, p. 538, note F.-X. LUCAS.

[1530] En ce sens, v. not. J. GRANOTIER, « L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres », art. préc., spéc. n° 10 : « Le principe du contradictoire n'y a pas, en effet, la même fonction qu'en droit processuel où il permet à chaque partie de développer son argumentation devant un juge impartial. Il s'agit plutôt, en droit des sociétés, de favoriser un débat, propre à permettre l'adoption de la meilleure décision possible, dans l'intérêt social, mais en tenant compte également des intérêts particuliers ». *Adde*, J.-J. ANSAULT, « Les clauses statutaires d'exclusion à l'aune de la liberté contractuelle », art. préc., spéc. p. 35.

[1531] V. CPC, art. 1464, al. 2 : « Toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1 ».

[1532] M.-L. COQUELET, note préc., spéc. n° 9.

contractant assujetti le droit de se faire assister par un avocat. La jurisprudence considère, en effet, que l'assemblée générale des actionnaires amenée à statuer sur l'exclusion d'un associé n'est pas « un organisme juridictionnel ou disciplinaire, mais un organe de gestion interne à la société »[1533]. Autrement dit, parce qu'on n'est pas véritablement dans un procès une partie ne peut exiger d'être assistée par un avocat. Une solution identique a été retenue à propos du licenciement d'un salarié[1534], de l'exclusion du membre d'une association[1535] ou encore du membre d'une société coopérative[1536]. Il n'y a donc pas une transposition pure et simple du principe des droits de la défense car la jurisprudence limite l'application des exigences qui en découlent. La solution est compréhensible. Le respect des droits de la défense ne participe pas ici « à révéler la solution au litige contenue dans la norme ». Il apparaît plutôt « comme le support juridique de l'élaboration dialectique *ab nihilo* de la décision »[1537].

On peut le constater dans le fonctionnement même des procédures contractuelles. Le principe du respect des droits de la défense, spécialement le caractère contradictoire de la procédure, est parfois perçu en la matière comme un moyen de parvenir au but recherché. En prévoyant, par exemple, un constat contradictoire d'état des lieux après la résiliation du contrat[1538] ou une procédure d'établissement du décompte général[1539], il s'agit de fixer de façon définitive les droits et obligations en tenant compte de l'état d'exécution du contrat et non de trancher un litige. De même, la mise en œuvre des procédures de résolution amiable des différends vise à faciliter la conclusion d'un accord transactionnel et non à mettre fin aux différends par application d'une règle de droit ou d'équité.

462. - Dès lors, on comprend que le respect des droits de la défense soit limité à ce qui est nécessaire à la mise en œuvre de la procédure contractuelle. C'est la raison pour laquelle, on reconnaît généralement une plus grande marge de manœuvre aux parties relativement à l'organisation des modalités de sa mise en œuvre à condition que celles-ci respectent les exigences minimales imposées par loi ou par la jurisprudence. L'objectif est de garantir l'« équité procédurale »[1540] en imposant le respect d'étapes successives inspirées des droits de la défense dans l'élaboration d'une décision unilatérale. Ces garanties procédurales assurent un meilleur encadrement de la prérogative que ne le permettent les outils destinés à préserver l'équilibre contractuel tels que l'abus ou la bonne foi dans l'exécution du contrat[1541]. Ce mouvement qui vise à instaurer dans les rapports contractuels des principes fondamentaux

[1533] Cass. 1re civ., 16 juin 1993, Rev. sociétés 1994, p. 295, note Y. CHARTIER ; Bull. Joly 1993, p. 909, note G. GOURLAY ; Dr. sociétés 1993, n° 156, obs. T. BONNEAU ; RTD com. 1994, p. 71, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN ; Cass. com., 10 mai 2006, D. 2007, p. 267, Pan. C. HALLOUIN et E. LAMAZEROLLES ; Rev. sociétés 2007, p. 70, note L. GODON.
[1534] CA Bourges, 24 juin 1994, Juris-Data, n° 043094.
[1535] Cass. 1re civ., 16 mars 2004, Dr. sociétés 2004, n° 124, obs. F.-X. LUCAS ; Bull. Joly 2004, p. 1108, note E. GARAUD.
[1536] Cass. 1re civ., 3 nov. 2016, n° 15-22.312 ; Rev. Sociétés 2017, p. 220, note G. PARLEANI.
[1537] L. ASCENCI, *op. cit.*, n° 400, p. 223
[1538] Pour un ex. de clause, v. *supra*, n° 241.
[1539] V. *supra*, n° 132.
[1540] L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », *op.* et *loc. cit.*
[1541] V. en ce sens, P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, th. préc., p. 49. Du même auteur, « La décision et le droit privé », D. 2008, p. 2293, pour qui la mise en place d'exigences procédurales vise à remédier aux insuffisances notamment de la bonne foi.

gouvernant la procédure judiciaire contribue aujourd'hui à faire émerger une obligation de motiver les décisions unilatérales.

2. La motivation des décisions unilatérales

463. - Pour saisir les manifestations de l'unilatéralisme dans les rapports contractuels, il a été proposé en plus de l'obligation de respecter une procédure décisionnelle, de soumettre les actes unilatéraux à une obligation de motivation. Cette dernière, qui ne s'impose pas en tant que principe général en la matière, tire sa force d'origines diverses (législatives, jurisprudentielles ou doctrinales). L'originalité du mécanisme des procédures contractuelles consiste en la formalisation d'une telle exigence en l'adaptant aux besoins concrets des parties. On le montrera en examinant l'objet (**a**) et le contrôle (**b**) de la motivation requise dans la mise en œuvre des prérogatives concernées.

a. L'objet de la motivation

464. - La motivation est un acte « d'extériorisation, de communication à autrui » qui consiste à « expliquer ses raisons […] pour pouvoir prendre certaines décisions et adopter certaines attitudes »[1542]. Elle a une double fonction. D'une part, à l'égard du destinataire de l'acte, elle sert à communiquer « les raisons de celui-ci, lui permettant d'en percevoir la rationalité, de le comprendre […] et de mesurer quelle résistance il peut lui opposer »[1543]. D'autre part, du côté de l'auteur elle lui « évite l'impulsion, l'obligeant à formuler, c'est-à-dire à poser devant lui, à rendre objectives, partant à juger les causes de sa décision ». Cela l'obligerait à se mettre à la place du destinataire de l'acte et, par voie de conséquence, à prendre en compte l'intérêt[1544] de celui-ci dans sa prise de décision. Partant de l'intérêt de la motivation et de la nécessité de contrebalancer l'avènement croissant de l'unilatéralisme dans les rapports contractuels, on assiste à l'émergence de l'idée consistant à introduire cette exigence procédurale en droit des contrats[1545]. La pratique contractuelle contribue fortement à cette évolution. On trouve dans divers instruments contractuels la formalisation de l'obligation de motiver[1546]. Celle-ci contribuerait à rendre acceptable l'exercice du pouvoir, défini comme une prérogative conférée à son titulaire « dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien »[1547], dans une relation contractuelle[1548].

[1542] M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », art. préc., spéc., n° 4, p. 306.
[1543] L. AYNÈS, « Motivation et justification », RDC 2004, p. 555 et s., spéc. 557.
[1544] T. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », art., n° 5.
[1545] V. par ex., M. FABRE-MAGNAN, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », RDC 2004, p. 573 ; T. REVET, art. préc., n° 9, qui l'obligation de motivation doit se limiter dans les contrats « structurellement inégalitaires ».
[1546] Pour un exemple de clause, v. art. G 5.4.2 des clauses générales des contrats d'architecte relatifs aux travaux neufs (1re partie).
[1547] E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. CORNU, Economica, 1985, p. 53, no 75 ; G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat », *in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, *op. cit.*, p. 169, no 34.
[1548] E. GAILLARD, th. préc., n° 187 et s., p. 117 et s. ; X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », *in* Travaux Association H. CAPITANT, *La motivation*, 2000, p. 73 ; L. AYNÈS, « Motivation et justification », art. préc., p. 557.

Cependant, l'obligation de motivation n'est pas inhérente au droit des contrats[1549]. Elle apparaît comme une exigence étrangère à la matière contractuelle qui est dominée par l'idée suivant laquelle « l'échange des consentements implique l'intelligibilité de l'offre et de l'acceptation »[1550]. Son domaine d'expression naturelle porte sur les actes unilatéraux réceptices, c'est-à-dire ceux dont l'efficacité ne dépend pas de l'acceptation de son destinataire[1551]. Parmi ceux-ci, on opère une sélection pour n'exiger la motivation que pour les plus graves. Ainsi, l'obligation de motivation s'impose le plus souvent dans les hypothèses où l'acte unilatéral crée une situation juridique que son destinataire n'avait pas forcément anticipée. Elle est retenue notamment lorsque l'acte prive son destinataire d'un droit. Par exemple, en matière de résiliation unilatérale du contrat[1552], de refus d'agrément, d'exclusion d'un associé, de modification unilatérale du contrat etc., il est loisible aux parties de prévoir une obligation de motivation qui viendrait parfaire le processus contradictoire qui mène à la décision[1553]. En revanche, lorsque l'acte unilatéral ne prive pas le cocontractant destinataire d'un droit particulier, l'exigence de motivation s'avère inutile[1554]. Tel est le cas de l'exercice de la faculté de rétractation ou encore de l'exercice d'un droit d'option contractuel. Les parties s'abstiennent en pratique d'exiger la motivation pour la mise en œuvre de tels droits sous peine de méconnaître leur caractère discrétionnaire.

465. - Cela étant, dans les hypothèses où la motivation trouverait à s'appliquer, elle n'est pas systématiquement exigée sauf si son exigence découle d'une disposition légale[1555]. Il existe, en effet, de nombreux textes imposant la motivation de l'acte unilatéral dans les rapports contractuels. L'obligation de motiver le licenciement du salarié est un cas exemplaire[1556]. La même exigence s'impose au bailleur donne congé à son locataire à usage d'habitation[1557], au fournisseur qui met fin au contrat de distribution automobile[1558]. On trouve également des illustrations du phénomène en droit des assurances[1559] et en droit bancaire[1560]. L'exigence est

[1549] X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », art. préc., p. 73 ; M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », art. préc. spéc. n° 5 et s., p. 307 et s. ; L. AYNÈS, « Motivation et justification », art. préc., p. 555-556 ; D. FERRIER, « Une obligation de motiver ? », RDC 2004, p. 558, spéc. n° 2.

[1550] L. AYNÈS, art. préc., p. 557.

[1551] V. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte juridique unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, spéc. n° 6, p. 13.

[1552] V. CA Paris, 19 déc. 2014, n° 13/04298, qui traite d'une clause de résiliation prévoyant une obligation de motiver la rupture du contrat.

[1553] V. P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », art. préc., spéc. II. A. 1. : « Parce que la contradiction n'est pas pleinement effective si le destinataire de la décision n'en connaît pas les motifs, la motivation en constitue le prolongement nécessaire, et accroît la qualité du processus décisionnel ».

[1554] L. AYNÈS, *op.* et *loc. cit.*

[1555] Cf. M. FABRE-MAGNAN, art. préc. spéc. n° 5 et s., p. 307 et s. ; D. FERRIER, art. préc., spéc. n° 3 ; T. REVET, art. préc., spéc., n° 3.

[1556] C. trav., art. L. 1232-1 et 1232-6.

[1557] L. n°89-462 du 6 janv. 1989, art. 15, I, qui prévoit que le bailleur qui donne congé au locataire à usage d'habitation est tenu d'indiquer les motifs qui fonde sa décision.

[1558] Règlement CE 1400/2002 du 32 juill. 2002, art. 3-4 : le fournisseur qui met fin au contrat de distribution automobile doit préciser les raisons « objectives et transparentes » justifiant sa décision.

[1559] V. par ex., C. assur., art. L. 113-12-1 ; A 243-1, Annexe II, B, 2°, sous a), al. 2, qui prévoit que toute décision négative de l'assureur, ayant pour effet de rejeter la demande d'indemnisation, doit être expressément motivée. Sur cette disposition.

[1560] V. par ex., CMF, art. L. 131-71, qui impose au banquier l'obligation de motiver le refuser de délivrer un chéquier au titulaire d'un compte.

récemment introduite en droit commun des contrats s'agissant de la détermination unilatérale du prix dans les contrats cadre[1561] et dans les contrats de prestation de services[1562]. En l'absence de dispositions légales particulières, la jurisprudence rappelle régulièrement qu'un contractant n'est pas tenu d'une obligation de motiver l'acte unilatéral[1563]. Elle reconnaît, cependant, la force obligatoire des clauses imposant cette exigence.

C'est ainsi qu'a été déduit d'une clause exigeant du concédant d'« examiner équitablement et avec tout le soin requis le changement proposé et communiquer rapidement sa décision au concessionnaire », l'obligation de motiver son refus d'agrément « par des impératifs tenant à la sauvegarde des intérêts commerciaux légitimes »[1564]. Bien que cette exigence n'eût pas été expressément formulée dans la clause litigieuse, elle s'induisait de l'interprétation de la lettre même du contrat[1565]. À ce titre, on ne peut qu'approuver la solution dans la mesure où seule une motivation sommaire était à même de permettre au concessionnaire « de vérifier que [la] décision était fondée sur un examen équitable et soigneux, conforme aux engagements contractuels ». Mais le plus souvent, l'obligation de motivation est expressément prévue dans la clause qui institue un contrôle procédural de la prérogative contractuelle. En pratique, les parties procèdent de deux façons différentes, soit en exigeant abstraitement l'obligation de motiver la décision unilatérale[1566], soit en indiquant précisément les motifs qui servent de justification à l'acte en cause. On rencontre la dernière hypothèse généralement dans les contrats de société où les rédacteurs des statuts prévoient expressément des motifs d'exclusion[1567] de sorte que celle-ci ne pourrait avoir lieu que dans des cas déterminés. Par conséquent, l'organe décisionnaire est tenu d'exposer le motif justifiant la mesure d'exclusion pour permettre de vérifier qu'il correspond à l'un des motifs prévus dans les statuts.

466. - Dans les deux cas, la motivation vise à encadrer le jeu de la prérogative contractuelle. Il ne faut pas en déduire pour autant qu'elle tende à contredire ce pouvoir unilatéral. Au

[1561] C. civ., art. 1164.
[1562] C. civ., art. 1165.
[1563] V. Cass. com., 4 janv. 1994 ; RTD civ. 1994, p. 352, obs. J. MESTRE ; CCC 1994, n° 69, obs. L. LEVENEUR ; RTD com. 1994, p. 545, obs. B. BOULOC ; Cass. com., 7 avr. 1998, Bull. civ. IV, n° 126 ; RTD civ. 1999, p. 79, obs. J. MESTRE ; Cass. com., 25 avr. 2001 ; D. 2001, somm., p. 3237, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2002, p. 99, obs. J. MESTRE et B. FAGES : pour le refus de ne pas renouveler un contrat à durée déterminée ; Cass. com., 7 oct. 1997, n° 95-14.158 ; Bull. civ. IV, n° 252 ; D. 1998, p. 333, obs. D. FERRIER, *ibid*. p. 413, note C. JAMIN ; RTD civ. 1998, p. 130, obs. P.-Y. GAUTIER ; *ibid*., p. 370, obs. J. MESTRE ; RTD com. 1998, p. 401, obs. B. BOULOC ; Cass. 1re civ., 30 oct. 2008, n° 07-19.736, EDCO 2008, n° 6, p. 5, obs. O. DESHAYES : pour la résiliation unilatérale.
[1564] Cass. com., 2 juill. 2002, n° 01-12.685, préc. *Adde*, Cass. 3e civ., 8 févr. 2006, n° 04-17.898, RDC 2006, p. 761, obs. J.-B. SEUBE : la notification d'un motif erroné n'affecte pas l'efficacité d'un congé valablement donné.
[1565] Rappr. Cass. 3e civ., 15 juin 2011, n° 10-16.244, Gaz. Pal. 2011, p. 30, obs. J.-D. BARBIER et C.-E. BRAULT, qui approuve les juges du fond ayant relevé que le bailleur « n'alléguait aucun motif » à son refus d'agrément à la cession de bail.
[1566] En ce sens, v. art. G 5.4.2 des clauses générales des contrats d'architecte relatifs aux travaux neufs, préc.
[1567] B. CAILLAUD, *L'exclusion d'un associé dans les sociétés*, préf. J. DERRUPPÉ, Sirey 1966, spéc. p. 28 et s. ; Y. GUYON, *Traité des contrats*, *Les sociétés : Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd. Paris, LGDJ 2002, spéc. n° 98 ; J. M. DE BERMOND DE VAULX, « L'exclusion d'un associé », Dr. sociétés 1996, chron. 14, n° 10 ; J.-J. DAIGRE, « La perte de la qualité d'actionnaire », Rev. sociétés 1999, p. 535 ; S. DARIOSECQ et N. METAIS, « Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », Bull. joly 1998 § 286, p. 908 ; D. MARTIN, « L'exclusion d'un actionnaire », RJ com., n° spéc. nov. 1990, p. 106.

contraire, elle vise à « en assoir l'autorité » et « en policer l'exercice en appelant en l'occurrence l'instigateur » de la décision à apporter à son destinataire « les explications du funeste sort qui lui est réservé »[1568]. Ce faisant, elle permet de faire connaître non seulement les mobiles de l'acte, mais aussi d'en faciliter le contrôle.

b. Le contrôle de la motivation

467. - Qu'elle soit imposée aux contractants ou qu'elle résulte d'un engagement exprès, l'obligation de motivation peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. L'exigence de motivation apparaît, en effet, comme une technique de contrôle du comportement des parties[1569]. La notification des motifs au destinataire de l'acte permet à celui-ci d'en vérifier par lui-même le bien-fondé et d'évaluer la résistance qu'il peut lui opposer. Lorsqu'il n'est pas convaincu des motifs avancés, le destinataire de l'acte peut le soumettre au contrôle du juge.

L'appréciation du juge peut porter principalement sur deux points. Elle consiste, d'une part, en un contrôle formel qui a trait à l'existence et à la réalité des motifs et, d'autre part, en un contrôle substantiel relatif à la pertinence des motifs. Le premier contrôle a pour but de s'assurer que l'auteur de la décision a effectivement exposé les mobiles de sa décision de façon à la rendre compréhensible pour son destinataire. Il ne s'agit pas non plus d'obtenir l'approbation de ce dernier, mais simplement d'instaurer une forme de dialogue afin d'éviter la brutalité de l'arbitraire. Dans cette logique, l'exigence se trouve satisfaite dès lors que l'exercice de la prérogative contractuelle est assorti d'un ou plusieurs motifs notifiés au cocontractant. Pour ce faire, il n'est pas nécessaire que la décision soit élaborée sous forme d'un plan[1570], ou rédigée en la forme d'une décision de justice. Une simple motivation sommaire suffit dès lors qu'elle contient un mobile justifiant formellement la décision[1571].

On pourrait alors s'interroger sur la sanction de l'absence d'une telle motivation en la forme. La question s'apparente à un vice de forme et son examen par les tribunaux s'impose avant toute autre. On est tenté de dire de *prime abord* que l'absence ou la fausseté de la motivation (lorsqu'elle est exigée) doit avoir pour conséquence de priver l'acte de tout effet utile. En réalité, la solution retenue dépend du mécanisme en cause. S'agissant, par exemple, de la mise en œuvre du processus encadrant le droit de rupture de l'employeur, le non-respect de l'obligation de motiver était considérée par la jurisprudence comme rendant le licenciement sans cause réelle et sérieuse[1572] avant que le législateur ne revienne en partie sur cette solution[1573]. Les tribunaux peuvent aussi retenir d'autres conséquences substantielles de

[1568] S. PETIT, « La rupture abusive des relations commerciales », LPA 2008, n° 188, p. 33.
[1569] M. FABRE-MAGNAN, art. préc., spéc., n° 3, p. 305.
[1570] V. P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », art. préc., pour qui, « La forme la plus aboutie du processus décisionnel est la décision sous la forme d'un plan ».
[1571] Cass. 1re civ., 9 déc. 2020, n° 18-21.538 ; RTD com. 2021, p. 161, obs. D. HIEZ, dans le cadre d'une procédure de retrait de l'associé d'une société coopérative, la Cour approuve l'arrêt d'appel ayant retenu « qu'il appartenait à l'intéressé de justifier spontanément d'un cas de force majeure ou d'un motif valable au soutien de sa demande ».
[1572] V. par ex., Cass. soc., 12 janv. 1994, n° 92-42.745 ; D. 1994, p. 361, obs. S. FROSSARD.
[1573] C. trav., art. L. 1235-2, al. 3 : « À défaut pour le salarié d'avoir formé auprès de l'employeur une demande en application de l'alinéa premier, l'irrégularité que constitue une insuffisance de motivation de la lettre de

l'absence de motivation lorsqu'une telle obligation est prévue par la loi[1574]. Toutefois, en l'absence de disposition légale, la question n'est pas fermement tranchée par la jurisprudence. Dans certains cas, elle sanctionne l'absence de motif en prenant soin de relever la violation de règle de fond qu'elle implique[1575]. Dans d'autres cas, elle retient une solution différente en refusant de faire de l'énoncé des motifs une condition de validité de forme de l'acte. Elle admet, en effet, l'efficacité des motifs avancés postérieurement à la notification de la décision unilatérale[1576]. Cela ne signifie pas pour autant que les tribunaux soient insensibles à l'obligation de motivation lorsqu'elle a été prévue au contrat[1577]. Bien au contraire, lorsqu'il a fait l'objet d'une stipulation expresse, elle doit être pourvue de la même efficacité que les autres clauses même si la jurisprudence ne s'est pas encore clairement exprimée en ce sens.

468. - En revanche, le contrôle substantiel qui tend à vérifier « la pertinence ou l'efficacité des motifs relève de la justification »[1578] et s'inscrit dans une perspective différente. Il porte sur le caractère sérieux de l'acte et suppose une appréciation qui dépend à la fois de la nature de l'acte et des pouvoirs du juge. Le caractère non sérieux des motifs relève d'une sanction différente de celle visant l'existence même de motivation[1579]. La recherche de la justification implique « une plus forte immixtion du juge dans la prise de décision »[1580] que ne le permet un simple contrôle formel de la motivation. En particulier, le juge sera amené à vérifier si le titulaire de la prérogative n'a pas fondé sa décision sur « des motifs erronés et inopérants »[1581]. Il s'agit d'une problématique qui se rapporte au fond du droit attribué au contractant. Elle a également une incidence sur le terrain de la preuve car l'obligation de motiver a pour effet de renverser la charge de la preuve de l'abus qui serait ainsi supportée par le titulaire de la prérogative[1582].

469. - Finalement, on peut considérer que l'exigence de motivation conduit à un contrôle des faits dans tous les cas où le juge serait amené à se prononcer sur le fond de la décision. Une telle ingérence des tribunaux doit être approuvée dans la mesure où elle se déduit des finalités du mécanisme. La stipulation d'une obligation de motiver est une solution préférable à celle qui n'apporte aucune restriction au pouvoir unilatéral, mais qui risque souvent de placer la prérogative concernée hors du plan du droit. Le fait que cette obligation émane de la volonté des parties est une illustration de son adéquation à leurs besoins. Il existe d'autres exigences inspirées du droit processuel qui régissent la mise en œuvre des procédures contractuelles.

---

licenciement ne prive pas, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse et ouvre droit à une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire ».

[1574] V. par ex., CA Versailles, 22 oct. 2020, n° 19/02821, à propos du non-respect par l'assureur de l'obligation de motiver sa décision de rejet de la demande d'indemnisation, la cour en déduit que l'assureur est tenu « d'engager les dépenses nécessaires pour réparer les désordres déclarés dans la déclaration de sinistre ».

[1575] V. par ex., Cass. 3e civ., 15 juin 2011, n° 10-16.244, préc., l'absence de motif au refus d'agrément contrevenant aux dispositions de l'article L. 145-16 qui prohibe les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail sauf si le refus est fondé sur un motif légitime.

[1576] V. Cass. com., 2 juill. 2002, préc.

[1577] T. REVET, art. préc., spéc., n° 4.

[1578] L. AYNÈS, « Motivation et justification », art. préc., p. 557.

[1579] Sur la distinction entre la procédure et le fond, v. *infra*, n° 547 et s.

[1580] P. LOKIEC, art. préc.

[1581] CA Versailles, 22 oct. 2020, n° 19/02821, préc.

[1582] D. FERRIER, « Une obligation de motiver ? », art. préc., spéc., n° 8.

3. Les exigences inspirées de la bonne administration de la justice

470. - Le régime applicable aux procédures comprend aussi des principes qui procèdent d'une approche managériale[1583] de la procédure et sont inspirés de l'exigence d'une bonne administration de la justice[1584]. Ils répondent au besoin des parties de voir la procédure se conduire avec une certaine rapidité et efficience. Il s'agit d'exigences qualitatives (célérité, efficacité, compétence) qui tendent à organiser la coopération des parties dans la mise en œuvre des procédures contractuelles ou à instituer les garanties d'une procédure loyale[1585]. Parmi ces exigences, la célérité de la procédure est une préoccupation majeure des parties (**a**). À cela, on peut ajouter une exigence qualitative spécifique aux procédures contractuelles liée à la confidentialité de la procédure (**b**).

a. La célérité de la procédure contractuelle

471. - La célérité, exigence constante du droit processuel[1586], est exprimée diversement dans les normes instituant des procédures en droit des contrats. L'objectif poursuivi est de rationaliser la procédure en imposant des délais (courts mais adaptés) aux actes de la procédure contractuelle pour parvenir au résultat final dans les meilleurs délais.

Dans cette perspective, le principe de célérité a été expressément consacré en matière d'arbitrage par le décret du 13 janvier 2011[1587]. L'article 1464 du Code de procédure civile prévoit que les « parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure ». Les clauses d'arbitrages y accordent une importance singulière[1588] en imposant des délais spécifiques et plus généralement un devoir de réactivité pour éviter que la procédure d'arbitrage s'éternise[1589]. L'exigence apparaît de manière implicite dans les

---

[1583] E. JEULAND, *Droit processuel général*, *op. cit.*, n° 269 et s. Sur l'évolution contemporaine des principes de procédure, v. E. VERGÈS, « Les principes de la procédure civile : notion, fonctions, évolution », *in Les principes essentiels du procès à l'épreuve des réformes récentes du droit judiciaire privé (rencontre Université/Cour de cassation 2013)*, L. FLISE et E. JEULAND (dir.), éd. IRJS 2014, p. 7 et s., spéc. p. 25 et s.

[1584] V. E. JEULAND, *Droit processuel général*, *op. cit.*, n° 269, et les références citées.

[1585] Y. DERAINS, « Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté », *in Le nouveau droit français de l'arbitrage. Actes du colloque du 28 février 2011*, T. CLAY (dir.), Lextenso éditions 2011, p. 91, spéc. n° 4, p. 92, selon l'auteur, « le principe de loyauté irrigue les deux principes de célérité et de confidentialité. Ainsi, la loyauté procédurale exige de ne pas retarder la procédure sans motifs légitimes. De même, elle encadre l'usage des exceptions au principe de confidentialité en matière d'arbitrage interne et, en matière internationale, où il ne s'impose pas, elle doit restreindre l'usage de la liberté de divulgation des parties ». Sur l'importance de la loyauté dans le droit l'arbitrage, v. not. L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, th. Versailles – Saint-Quentin-en-Yvelines, 2010, spéc. n° 696 et s.

[1586] Sur cette question, v. not. D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, préf. G. GIUDICELLI-DELAGE, LGDJ 2006 ; S. AMRANI-MEKKI, « Le principe de célérité », *in* RFAP, n° 125, 2008, p. 43 et s.

[1587] Y. DERAINS, « Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté », art. préc., spéc. n° 18 et s. Déjà sur cette question, v. L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, th. préc., spéc. n° 488 et s.

[1588] V. par ex., Règlement d'arbitrage CCI, art. 22.1 : « Le tribunal arbitral et les parties font tous leurs efforts pour conduire la procédure d'arbitrage avec célérité […] » ; R. SHULZ, « Le nouveau règlement CEFAREA-CMAP : évolution et adaptation d'un arbitrage institutionnel dans le secteur de l'assurance », RGDA 2014, p. 143, spéc. I, l'auteur traite de la célérité de la procédure d'arbitrage prévue dans le règlement CEFAREA-CMAP.

[1589] V. à propos d'une clause de référence à un règlement d'arbitrage prévoyant un délai de récusation à peine de forclusion, v. Cass. 1re civ., 19 déc. 2018, n° 16-18.349, préc. *Adde*, T. CLAY, « La réactivité dans l'arbitrage », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, n° spéc. Gaz. Pal. 19 juin 2019, p. 51.

dispositions relatives aux modes amiables de résolution des litiges. En ce sens, le législateur européen encourage l'adoption de mesures assurant la qualité de la médiation. Ainsi, l'article 4.2 de la directive n° 2008/52/C du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale précise que les Etats membres veillent « à ce que la médiation soit menée avec efficacité ». Cette exigence d'efficacité s'entend notamment « de la célérité du processus »[1590]. Au demeurant, la lenteur de la procédure judiciaire est l'une des raisons expliquant le choix des parties en faveur des modes alternatifs de résolution des litiges. Dans ce contexte, la maîtrise du temps est un facteur de réussite du dispositif conventionnel. Un processus trop long risquerait d'enliser le conflit. À cela s'ajoute le fait que la mise en œuvre de la procédure ne doit pas conduire indéfiniment à repousser la saisine du juge. Il est donc conseillé « de fixer un calendrier afin de prévoir un terme au processus dans un délai raisonnable »[1591]. Le législateur l'a bien compris s'agissant de la conciliation[1592] ou de la médiation[1593] ordonnée par le juge en fixant un délai de trois mois renouvelable une fois.

L'exigence de célérité anime aussi les contractants qui prévoient une procédure de résolution amiable du litige. La souplesse du mécanisme laisse une grande liberté aux parties quant à la gestion du temps du déroulement de la procédure. Le délai de mise en œuvre choisi en pratique est généralement d'un mois[1594] à compter de la « notification par l'une des parties « de la nécessité d'un accord amiable par lettre recommandée avec accusé de réception »[1595]. Mais il peut être plus court[1596] ou plus long[1597] selon la nature de la procédure et la complexité de l'affaire. On trouve aussi des clauses silencieuses sur le délai de mise en œuvre ou encore celles prévoyant un accord ultérieur des parties sur ce délai[1598]. Une telle rédaction n'est pas conseillée car elle est potentiellement source de conflits dans la mesure où « le temps ne s'écoule pas à la même vitesse selon les intérêts des parties »[1599]. L'un des contractants aura parfois intérêt à ce que la procédure s'éternise et fera preuve de peu d'empressement à accomplir les diligences qui lui incombent. Il peut s'agir aussi bien du créancier que du débiteur suivant les circonstances. L'hypothèse n'est pas simplement théorique. En l'absence de prévision d'un calendrier procédural, les parties supportent les conséquences d'une

[1590] S. POILLOT-PERUZZETTO, « Médiation – La directive générale », Rép. dr. eur. 2013, spéc. n° 51.
[1591] J.-C. BEAUJOUR, « Le temps dans le processus de médiation », Gaz. Pal. 2017, p. 21, spéc. I. B, l'auteur affirme : « Une raison principale pour laquelle les parties accordent leur consentement à la procédure de médiation est la perspective d'une solution rapide et à moindre risque » (I. A.).
[1592] CPC, art. 129-2. V. aussi, C. consom., art. R. 612-5 qui prévoit un délai de 90 jours.
[1593] CPC, art. 131-3.
[1594] V. par ex. les clauses traitées par Cass. com., 19 juin 2019, n° 17-28.804 ; Gaz. Pal. 2019, p. 44, obs. N. HOFFSCHIR ; D. 2020, p. 576, obs. N. FRICERO ; CA Fort-de-France, 17 déc. 2019, n° 18/00397 ; CA Rennes, 20 juill. 2020, n° 17/07271.
[1595] Précision contenue dans la clause traitée par CA Paris, 3 avr. 2019, n° 16/16071.
[1596] V. par ex., CA Versailles, 4 mars 2004, n° 2003-00267, en l'espèce les parties avaient prévu un délai de 10 jours.
[1597] Sur une clause prévoyant un délai de 2 mois, v. CA Paris, 16 déc. 2014, n° 14/01506. V. aussi, CA Paris, 20 mai 2020, n° 19/18891 ; CA Dijon, 10 sept. 2020, n° 18/01287, qui traitent de clause de conciliation prévoyant un délai de mise en œuvre de 3 mois.
[1598] V. en ce sens, la clause soumise à la CA Montpellier, 5 mars 2020, n° 15/08584.
[1599] E. JEULAND, *Droit processuel général*, *op. cit.*, n° 270, p. 395.

éventuelle lenteur. Ainsi, a été jugé que le fait que la procédure de renégociation ait duré plus d'une année n'est pas en soi constitutif d'une faute[1600].

472. - En pratique, la célérité est un facteur déterminant la volonté des parties de recourir à une procédure contractuelle. Le plus souvent les clauses imposent l'accomplissement des diligences dans des délais stricts faute de quoi des conséquences sévères peuvent en résulter pour la partie défaillante. La clause relative à l'établissement des décompte généraux et définitifs[1601] est exemplaire à cet égard. L'exigence de célérité s'impose également avec une acuité particulière dans la mise en œuvre d'autres mécanismes comme la procédure d'agréation de la livraison[1602] et plus généralement en ce qui concerne le jeu de procédures tendant à la réalisation effective des engagements[1603]. Bien évidemment, il ne s'agit pas de mettre en place des contraintes temporelles trop rigides qui pourraient nuire à la fluidité du mécanisme. Les ressorts de la liberté contractuelle permettent aux parties de prévoir des délais modifiables qui restent néanmoins prévisibles[1604]. Ainsi, la flexibilité permet d'adapter l'exigence de célérité dans les relations d'affaires. Toujours est-il que les parties doivent faire preuve de diligence en accomplissant les charges qui leur incombent dans les délais impartis. En cas de stratégie dilatoire, la responsabilité contractuelle peut être encourue. De même le tiers impliqué dans la procédure doit accomplir sa mission avec diligence en respectant notamment les délais contractuels sous peine d'engager sa responsabilité[1605].

Si l'exigence de célérité est recherchée par les contractants, il en va autrement s'agissant de la publicité des débats qui, compte tenu de son inadéquation, est écartée. La nature privée des intérêts en jeu conduit à retenir un principe de confidentialité.

b. Le principe de confidentialité de la procédure contractuelle

473. - Le principe de la publicité conçu en droit processuel comme une garantie du procès équitable[1606] n'est pas transposé aux procédures contractuelles. On notera d'ailleurs que l'application de ce principe en procédure civile n'est pas sans limite[1607]. Quoi qu'il en soit, la fonction qui lui est attribuée « d'éliminer les risques de partialité »[1608] du juge ne justifie pas son extension aux procédures contractuelles.

[1600] CA Paris, 10 mai 2017, n° 15/10894, préc. Sur pourvoi, Cass. 3e civ., 6 sept. 2018, n° 17-22.597.
[1601] V. *supra*, n° 132.
[1602] Sur l'exigence de célérité dans l'expression du refus d'agréation par l'acheteur, v. H. BOUCARD, th. préc., n° 60.
[1603] V. *supra*, n° 256 et s.
[1604] V. Règlement d'arbitrage de la CCI, art. 39, qui prévoit la possibilité d'une modification des délais dans les conditions précises.
[1605] V. par ex., à propos du respect des délais dans en matière d'arbitrage : Cass. 1re civ., 6 déc. 2005, n° 03-13.116 ; D. 2006. 274, note P.-Y. GAUTIER ; *ibid*. 3026, obs. T. CLAY ; RTD civ. 2006, p. 144, obs. P. THERY ; RTD com. 2006, p. 299, obs. E. LOQUIN ; JCP 2006, n° 1395, note G. CHABOT, qui juge qu'« en laissant expirer le délai d'arbitrage sans demander sa prorogation au juge d'appui, à défaut d'accord des parties, ou faute de celles-ci de le solliciter, les arbitres, tenus à cet égard d'une obligation de résultat, ont commis une faute ayant entraîné l'annulation de la sentence et ont engagé leur responsabilité ». V. aussi, CA Paris, 2 avr. 2019, n° 16/00136, préc.
[1606] CEDH, art. 6, § 1.
[1607] P. KAYSER, « Le principe de la publicité de la justice dans la procédure civile », *in* Mélanges P. HEBRAUD, Dalloz 1981, p. 515 et s., spéc. n° 5 et s.
[1608] E. JEULAND, *Droit processuel général*, *op. cit*., n° 218, p. 334.

Le secret des affaires constitue un facteur important, mais il n'est pas la seule explication. Outre le fait qu'un tiers n'est pas toujours impliqué dans le jeu d'un processus contractuel, la publicité peut être nuisible à l'image d'une entreprise lorsqu'est en cause un litige portant sur la qualité de la prestation par exemple[1609]. Aussi, contrairement à la procédure judiciaire où la « contradiction s'opère au grand jour […] devant les personnes physiques corporellement présentes dans l'auditoire »[1610], le contexte des procédures faisant l'objet de la présente étude impose une confidentialité de leur mise en œuvre. Cette discrétion constitue l'« une des raisons qui font [leur] succès »[1611]. C'est la nature même de ces mécanismes qui implique une telle confidentialité[1612]. À la publicité de la procédure judiciaire correspond la confidentialité des procédures contractuelles garantie essentielle à leur efficacité[1613]. De sorte que cette exigence constitue un principe en la matière, les exceptions étant d'interprétation stricte[1614].

474. - Ainsi, l'article 1531 du CPC prévoit que la « médiation et la conciliation conventionnelles sont soumises au principe de confidentialité dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée »[1615]. La même règle est formulée à propos de la procédure d'arbitrage[1616] où la « confidentialité est généralement présentée comme une caractéristique »[1617] de ce mode de résolution de litige. Le législateur ne fait que traduire une attente de la pratique contractuelle. Par exemple, il est prévu dans le règlement CEFAREA-CMAP que « la procédure arbitrale est confidentielle et les audiences ne sont pas publiques » sous réserve d'un accord des parties et du tribunal arbitral[1618]. L'exigence de confidentialité implique que les pièces et informations ne doivent être transmises qu'aux seuls intervenants dans la procédure contractuelle : les parties et les tiers choisis par elles[1619].

[1609] Rappr. CA Versailles, 9 mars 2017, n° 16/00986 : « L'intérêt et la finalité de la confidentialité des procédures de prévention instituée par l'article L. 611-15 du Code de commerce est le gage de réussite des procédures. Elle permet d'assurer le maintien du crédit des entreprises auprès de leurs différents partenaires ainsi que la protection des créanciers ».

[1610] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 478.

[1611] S. CARRE, « La confidentialité dans le règlement amiable des litiges », LPA, 5 août 1994, p. 19. *Adde*, C. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », RIDC 1997, p. 337 ; L. CADIET, « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », *in Variations autour d'un droit commun- Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, M. DELMAS-MARTY, H. MUIR-WATT et H. RUIZ-FABRI (dir.), Société de législation comparée 2002, p. 89 et s., spéc. p. 105.

[1612] V. CA Douai, 4 juin 2020, n° 19/02301, qui affirme que la procédure conciliation « par nature confidentielle ». Déjà en ce sens, TGI Paris, 18 janv. 1999, D. 1999, somm. p. 102, à propos de la médiation ; CA Paris, 18 févr. 1986, p. 583, note G. FLECHEUX, qui considère que la confidentialité est inhérente à l'arbitrage.

[1613] L'exigence vaut pour tout processus de règlement amiable du litige qu'il soit mené à l'initiative du juge ou non, v. CEDH, art. 39 § 2 ; Règlement de la Cour EDH, art. 62.2 ; Directive n° 2008/52/C du 21 mai 2008, art. 7 ; L. n° 95-125 du 8 février 1995, art. 21-3 ; CPC, art. 129-4, al. 2 et 131-14.

[1614] V. par ex., CA Douai, 1er cot. 2013, n° 12/06889.

[1615] V. aussi, C. com., art. L. 611-15 : « Toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité ».

[1616] CPC, art. 1464, al. 4. Sur cette question, v. L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, th. préc., spéc. n° 445 et s. ; Y. DERAINS, art. préc., spéc. n° 24 et s.

[1617] F. FAGES, « La confidentialité de l'arbitrage », Rev. arb. 2003, p. 5 et s., spéc. n° 1.

[1618] Règlement CEFAREA-CMAP, art. 17.6.

[1619] V. par ex., Règlement de médiation de la CMAP, art. 7.5 : « Le médiateur, les parties et leurs conseils sont tenus à la plus stricte confidentialité pour tout ce qui concerne la médiation ; aucune constatation, déclaration ou

On s'interroge sur l'étendue de l'obligation de confidentialité. S'impose-t-elle uniquement aux parties ou s'étend-elle aux tiers ? La question a une résonance particulière en présence d'une divulgation d'informations confidentielles par un organe de presse. Sont ainsi en conflit le droit à la liberté d'expression[1620] et l'obligation de confidentialité. La Cour de cassation a tranché en faveur de cette dernière après avoir énoncé « que des restrictions peuvent être apportées par la loi à la liberté d'expression » notamment « pour protéger les droits d'autrui et empêcher la divulgation d'informations confidentielles tant par la personne soumise à un devoir de confidentialité que par un tiers »[1621]. La diffusion par voie de presse de telles informations est de nature à engager sa responsabilité délictuelle[1622] de son auteur sauf à établir qu'elles contribuent « à la nécessité d'informer le public sur une question d'intérêt général ». Si la solution est rendue en application de l'article L. 611-15 du Code de commerce, elle est transposable aux processus conventionnels de résolution des litiges. À partir du moment où leur confidentialité est prévue (à la fois par des normes contractuelles ou légales), il n'y a pas de raison de ne pas conférer une portée contraignante[1623].

475. - Il reste que la confidentialité n'est pas absolue. Il y est fait exception en présence de « raisons impérieuses d'ordre public » ou encore lorsque « la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution »[1624]. Le principe de confidentialité cède aussi devant les obligations légales de transparence, notamment en droit boursier et en droit des sociétés[1625]. Dans le même sens, l'exigence s'efface devant le droit reconnu aux plaideurs de défendre leurs intérêts en justice sous réserve d'un abus[1626]. Autrement dit, les parties et leurs avocats conservent le droit de demander la communication des pièces produites en cours de procédure contractuelle dont ils auraient pu avoir connaissance en dehors de cette procédure[1627]. Cela est justifié par

---

proposition, effectuée devant le médiateur ou par lui, ne peut être utilisée ultérieurement, même en justice, sauf accord formel de toutes les parties ». V. aussi, Règlement de médiation de la CCI, art. 9.

[1620] CEDH, art. 10 § 2.

[1621] Cass. com., 15 déc. 2015, n° 14-11.500, Bull. civ. IV, n° 169 ; D. 2016. 5, obs. A. LIENHARD ; *ibid.* p. 1894, obs. F.-X. LUCAS ; Rev. sociétés 2016, p. 193, obs. P. ROUSSEL GALLE ; RTD com. 2016, p. 191, obs. F. MACORIG-VENIER ; LPA 2016, p. 11, note B. FRELETEAU.

[1622] Cass. com., 13 juin 2019, n° 18-10.688, D. 2019, p. 1279, obs. A. LIENHARD ; *ibid*., p. 1903, obs. F.-X. LUCAS ; Rev. sociétés 2019, p. 553, obs. L. C. HENRY ; BJE 2019, p. 11, obs. M.-H. MONSERIE-BON ; Pal. 2019, p. 50, obs. G. CESARE GIORGINI.

[1623] V. CA Paris, 8 oct. 2020, n° 17/15973, qui affirme que « la définition de la médiation soumise au principe de confidentialité [n'opère] aucune distinction entre médiation judiciaire et médiation conventionnelle ». Comp. Cass. com., 13 juin 2019, n° 18-10.688, préc. : l'effectivité du principe de confidentialité de la procédure de conciliation prévu à l'article 611-15 du Code de commerce « ne serait pas assurée si ce texte ne conduisait pas à ériger en faute la divulgation, par des organes de presse, hormis dans l'hypothèse d'un débat d'intérêt général, des informations ainsi protégées ».

[1624] Directive n° 2008/52/C du 21 mai 2008, art. 7 ; L. n° 95-125 du 8 février 1995, art. 21-3. V. par ex. CA Riom, 6 oct. 2020, n° 19/00107, pour un cas d'exception à la confidentialité justifié par le fait que la divulgation du contenu de l'accord est nécessaire à la mise en œuvre de l'accord de médiation.

[1625] Cf. F. FAGES, « La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de de la transparence financière », art. préc., spéc., n° 20 et s.

[1626] E. LOQUIN, note sous CA Paris, 22 janv. 2004: Rev. arb. 2004, p. 647, spéc. n° 3, p. 660 et s.

[1627] En ce sens, v. L. SCHENIQUE, « De la confidentialité en médiation », LPA 18 juin 2014, p. 6, spéc. I. V. aussi, N. FRICERO, « Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable », *in* Mélanges en hommage du Doyen G. COHEN-JONATHAN, vol. 1, Bruylant 2004, p. 839 et s., spéc. n° 9, p. 847, qui souligne une autre exception « concernant un éventuel procès en responsabilité contre le médiateur, ou en annulation de l'accord signé : le droit à la preuve doit primer le secret ».

l'exigence de bonne administration de la justice qui veut qu'il n'y ait pas de restriction au droit pour les parties de présenter des preuves utiles pour la résolution de leur litige devant les juridictions. Il reste que l'obligation de confidentialité est prévue en faveur des parties qui peuvent en décider autrement en procédant, par exemple, à la production ou à la communication d'une pièce en justice[1628]. Néanmoins un accord des parties est nécessaire de sorte que la production par une partie d'un document échangé dans le cadre d'une procédure de médiation sans l'accord préalable de l'autre, l'oblige à réparer le préjudice en résultant[1629]. La victime peut, par ailleurs, demander à ce que la pièce produite en violation de l'obligation de confidentialité soit écartée[1630].

L'exigence de confidentialité est une condition de succès des procédures contractuelles, notamment celles visant la résolution amiable des différends. Elle constitue avec le principe du consensualisme un élément essentiel de ces mécanismes. On remarquera que le principe de confidentialité ne régit pas seulement les rapports entre les parties, il concerne aussi le tiers intervenant dans la procédure.

B. Les principes visant le tiers intervenant dans la procédure contractuelle

476. - Le régime des procédures contractuelles est inspiré des principes processuels appliqués au juge en sa qualité de tiers aux parties[1631]. Il s'agit des principes d'indépendance (**1**) et d'impartialité (**2**). Ces « deux garanties sont imposées par des exigences qui dépassent le seul cadre juridictionnel : l'indépendance et l'impartialité sont requises du tribunal, non pas parce qu'il est un tribunal, mais parce qu'il est un tiers par rapport aux parties »[1632]. Il ne peut en être autrement pour le tiers impliqué dans la mise en œuvre d'une procédure contractuelle[1633]. Dans les deux cas, ils ont en commun la qualité de tiers par rapport aux parties. Ils doivent donc présenter certaines garanties d'indépendance et d'impartialité qui légitiment leur intervention et impliquent qu'ils soient à juste distance des parties. On les examinera successivement en gardant à l'esprit que ces garanties sont souplement entendues dans les procédures contractuelles.

[1628] V. en ce sens, CA Grenoble, 7 nov. 2019, n° 16/00953, à propos de la conciliation opérée en vertu de l'article L. 611-15 du Code de commerce, mais la solution est applicable aux procédures contractuelles.

[1629] V. par ex., CA Colmar, 8 mars 2017, n° 15/03737.

[1630] V. par ex., CA Bastia, 26 juin 2019, n° 16/00013, qui écarte des débats, à la demande d'une partie, un protocole d'accord transactionnel de fin de médiation comportant « des déclarations recueillies au cours de la médiation » et faisant état de litiges pendant. Déjà en ce sens, v. Cass. 3e civ., 29 janv. 2002, n° 00-19.422.

[1631] Sur ces principes, v. par ex., S. GUINCHARD et *alii*, *Droit processuel*, *Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit*., spéc. n° 457 et s., p. 859 et s. ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, *op. cit*., n° 170 et s., p. 279 et s. ; J.-P. MARGUENAUX et A. LANGENIEUX, « De l'impartialité et de l'indépendance des juges de la CEDH », Droit et procédures 2003, p. 337 et s.

[1632] L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, *op. cit*., p. 137 et s.,

[1633] Cass. 1re civ., 2 déc. 1997, n° 95-19.791 ; BJS 1998, p. 460, § 158, note J.-J. DAIGRE ; D. Affaires, 1998, p. 144, obs. M. BOIZARD ; RTD civ., 1998, p. 396, obs. P.-Y. GAUTIER ; RTD civ., 1998, p. 900, obs. J. MESTRE, qui affirme que si « le prix de la vente peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers, il importe que ce mandataire commun des cocontractants ait véritablement la qualité de tiers, c'est-à-dire qu'il ne soit pas sous la dépendance de l'une des parties ». V. aussi, P. DE FONTBRESSIN, « Les clauses de prix », art. préc. spéc. p. 24, s'agissant de la mise en œuvre de la clause de prix à dire d'expert, l'auteur affirme que « le tiers doit être un véritable tiers, à même d'œuvrer avec l'indépendance et l'objectivité indispensables à sa mission ».

1. L'indépendance du tiers

477. - En droit processuel, l'indépendance s'apprécie à l'égard d'un autre pouvoir[1634] et « exprime l'autonomie du juge dans les liens processuels »[1635]. Selon la Cour EDH, le juge ne doit avoir aucun lien juridique avec un autre pouvoir de l'Etat[1636]. L'objectif est d'éviter que le juge ne subisse de pression extérieure. L'indépendance concerne aussi les rapports entre le juge et les parties (indépendance interne)[1637]. Le juge ne doit pas avoir de lien juridique avec une partie, le but étant d'éviter un conflit d'intérêts[1638]. Cette exigence est-elle transposable en tant que telle dans le jeu des processus conventionnels ? La question s'impose d'autant plus que le choix du tiers ou ses modalités de désignation sont librement effectués par les parties.

Dans les faits, c'est l'indépendance interne du tiers qui est le plus souvent en cause. En matière d'arbitrage, la jurisprudence fait preuve d'intransigeance. Elle affirme, par exemple, que « l'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice d'un pouvoir juridictionnel, quelle qu'en soit la source, elle est l'une des qualités essentielles des arbitres et l'ignorance par l'une des parties d'une circonstance de nature à porter atteinte à cette qualité, vicie le consentement donné par elle à la convention d'arbitrage et en entraîne la nullité »[1639]. La solution est pleinement justifiée par la fonction juridictionnelle de l'arbitre. L'exigence découle désormais de l'article 1456, alinéa 2 du Code de procédure civile[1640] dont l'un des apports « est d'exiger formellement une permanence de l'indépendance et de l'impartialité »[1641]. Elle est expressément prévue par les règlements des institutions d'arbitrage[1642]. On sait, à cet égard, que la jurisprudence examine l'indépendance de l'arbitre à l'aune de la question de la révélation. L'importance de cette obligation de révélation a conduit un auteur à écrire qu'il y avait une « dissolution de l'indépendance dans la révélation »[1643]. Néanmoins, dans le cadre d'un litige, le juge doit tenir compte de l'ensemble

[1634] S. GUINCHARD et *alii*, *Droit processuel*, *Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit.*, n° 465 et s.
[1635] E. JEULAND, *Droit processuel général*, *op. cit*., n° 201, p. 311.
[1636] CEDH, 28 juin 1984, Campbell et Fell c/ R.-U. série A, n° 80.
[1637] S. GUINCHARD et *alii*, *Droit processuel*, *Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit.*, n° 483, p. 909, ces auteurs soulignent cependant que l'appréciation de l'indépendance par rapport aux parties confine « à la question de l'impartialité du tribunal ».
[1638] V. S. GUINCHARD, « La gestion des conflits d'intérêts du juge : entre statut et vertu », Pouvoirs 2013, p. 147 et s.
[1639] Cass. 2e civ., 13 avr. 1972 ; D. 1973, p.2, note J. ROBERT ; RTD civ. 1973, p. 769, obs. Y. LOUSSOUARN. V. aussi, CA Paris, 2 avr. 2019, n° 16/00136 ; D. 2019, p. 2435, obs. T. CLAY ; RTD com. 2020, p. 302, obs. E. LOQUIN, qui retient que « l'arbitre doit respecter les principes de loyauté, d'indépendance et d'impartialité qui s'imposent à lui dans l'exercice de sa mission juridictionnelle ».
[1640] Sur cette question, v. not. M. HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, av.-p. J.-D. BREDIN, préf. P. MAYER, LGDJ 2001 ; du même auteur, « Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence », Rev. arb. 1999, p. 193.
[1641] J.-B. RACINE, « Le nouvel arbitre », *in Le nouveau droit français de l'arbitrage. Actes du colloque du 28 février 2011*, T. CLAY (dir.), Lextenso éditions 2011, p. 117, spéc. n° 10, p. 122. Déjà sur cette question, v. T. CLAY, *L'arbitre*, préf. P. FOUCHARD, Dalloz 2001, spéc. n° 370 et s., p. 312 et s.
[1642] V. par ex., Règlement CNUDCI, art. 11 ; Règlement CCI, art. 11.1 ; Règlement OMPI, art. 22 (b) ; Règlement CIRDI, art. 6.2 ; Règlement LCIA, art. 5.4 ; Règlement international AAA, art. 7.1 ; Règlement CMAP, art. 13.
[1643] T. CLAY, note sous CA Paris, 12 févr. 2009, Rev. arb. 2009, p. 186.

des circonstances à l'origine du défaut d'indépendance allégué notamment en cas de révélation incomplète[1644].

478. - La même qualité est requise du tiers estimateur en application des articles 1592[1645] et 1843-4 du Code civil[1646]. Selon la Cour de cassation, « il importe que ce mandataire commun des cocontractants ait véritablement la qualité de tiers, c'est-à-dire qu'il ne soit pas sous la dépendance de l'une des parties »[1647]. De sorte que le tiers ayant des liens familiaux, professionnels ou des relations d'affaires avec l'une des parties doit en informer l'autre partie[1648]. La qualité du tiers est déterminante dans l'engagement des parties ; c'est à juste titre que la Cour de cassation a retenu qu'en l'absence de preuve de la notoriété des liens existant entre une partie et le tiers, celui-ci « devait en révéler l'existence à la partie qui l'ignorait et faute de cette révélation, le consentement donné par [cette dernière] n'a pas été exprimé librement »[1649]. L'indépendance est expressément rappelée dans certaines clauses instituant un processus d'estimation ou d'ajustement du prix[1650] témoignant ainsi de son importance pour les parties.

On peut faire une observation similaire s'agissant des procédures de résolution amiable des litiges. L'article 131-5 du CPC prévoit que « la personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit […] présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation »[1651]. En pratique, les tribunaux rappellent cette exigence dans la décision ordonnant une médiation judiciaire[1652]. L'indépendance du tiers est aussi une qualité déterminante dans les processus de résolution amiable des litiges. Elle est reprise dans le règlement CMAP qui oblige le médiateur à révéler, avant et lors du déroulement du processus, les circonstances de nature à affecter son indépendance[1653]. On rencontre aussi dans les contrats individuels le rappel de cette exigence dans la clause instituant le processus[1654].

[1644] J.-B. RACINE, « Le nouvel arbitre », art. préc. spéc. n° 13, p. 124.
[1645] J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats. La vente*, LGDJ 1990, spéc. n° 391 ; L. SIMONT, « Contribution à l'étude de l'article 1592 du Code civil », art. préc., spec. n° 11, p. 273, qui souligne qu'il « doit s'agir d'un veritable tiers, independent des parties, la confiance que les parties lui accordant impliquent cette independence ».
[1646] P. DE FONTBRESSIN, « Les clauses de prix », art. préc., spéc. 23-24.
[1647] Cass. 1re civ., 2 déc. 1997, n° 95-19.971 ; D. Affaires 1998, p. 144, obs. M. BOIZARD ; RTD civ. 1998, p. 396, obs. P.-Y. GAUTIER ; *ibid*., p. 900, obs. J. MESTRE ; Rev. sociétés 1998, p. 332, note D. RANDOUX ; Bull. Joly 1998, p. 460, § 158, note J.-J. DAIGRE.
[1648] V. par ex., CA Paris, 22 oct. 2002, RJDA 2004, n° 126.
[1649] Cass. 1re civ., 2 déc. 1997, n° 95-19.971, préc.
[1650] V. par ex., CA Versailles, 4 mars 2004, n° 2003-00267, préc. ; CA Paris, 27 oct. 2015, n° 14/14101 ; RTD civ. 2016, p. 342, obs. H. BARBIER, qui traitent de clauses prévoyant le recours à un expert indépendant.
[1651] V. aussi, C. consom., art. L. 613-1 ; CJA, art. L. 213-2.
[1652] V. par ex., CA Chambéry, 8 févr. 2018, n° 17/00249.
[1653] Règlement de médiation CMAP, art. 6.
[1654] V. par ex., CA Paris, 19 nov. 20009, n° 09/18641 ; CA Aix-en-Provence, 30 janv. 2020, n° 17/08916, qui traitent de clauses prévoyant le recours à un à « médiateur indépendant ». V. aussi, Cass. com., 29 janv. 2013, n° 11-23.710, en l'espèce, la clause prévoyait le « recours à un expert indépendant » en « cas de désaccord sur la conformité ou la non-conformité du produit ».

479. - Ceci étant rappelé, on peut s'interroger concrètement sur la réalité de l'indépendance du tiers dès lors qu'il est nommé et rémunéré par une partie[1655]. De l'aveu des praticiens, ce mode désignation n'affecte pas leur indépendance[1656]. Il y a tout de même un risque que le tiers garde à l'esprit le fait qu'il a été désigné par une partie et qu'il agisse en conséquence dans un sens favorable à celle-ci[1657]. Néanmoins, dans les cas de recours à un tiers dépourvu de pouvoir de décision contraignante, une application trop stricte de l'exigence d'indépendance pourrait remettre en cause des mécanismes conventionnels. On pense notamment aux contrats de travaux privés qui organisent des processus impliquant le maître d'œuvre désigné et rémunéré par le maître de l'ouvrage ou encore aux clauses prévoyant le recours à des médiateurs désignés par des groupements professionnels. Pourtant en pratique, l'indépendance du tiers ne fait rarement l'objet de contestation de la part des parties dans les exemples précités. Le lien existant entre une partie et le tiers n'est pas nécessairement de nature à affecter l'indépendance du second par rapport à la première. Aussi, adhère-t-on à l'idée que l'exigence d'indépendance doit s'apprécier de façon moins exigeante et doit davantage être comprise dans le sens d'une « indépendance d'esprit »[1658] lorsque le tiers n'est pas pourvu d'une fonction juridictionnelle.

La perspective n'est pas la même selon que le tiers est amené à trancher un litige opposant les parties ou selon qu'il se contente de les aider à rapprocher leurs points de vue. C'est ce qui justifie une application compréhensible du principe d'indépendance suivant le processus conventionnel. L'observation vaut également pour le principe d'impartialité.

2. L'impartialité du tiers

480. - L'impartialité se distingue de l'indépendance[1659]. Elle renvoie au fait que le tiers ne doit pas avoir d'idées préconçues, de préjugé à l'égard d'une partie (impartialité subjective). Elle s'apprécie aussi par rapport à la situation fonctionnelle du tiers indépendamment de son comportement et de ses convictions (impartialité objective)[1660]. Mais en pratique, les deux notions sont entendues dans le même sens et sont soumis au même régime[1661]. La solution suscite moins de critique car il s'agit de deux exigences complémentaires visant à protéger les parties contre les dérives du tiers. On comprend dès lors le fait qu'elles peuvent rayonner au-

---

[1655] V. not., S. GUINCHARD et *alii*, *op. cit.*, n° 811 ; P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMANN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, n° 1041 et s., p. 590 et s. ; E. ROBINE, « Le choix de l'arbitre », Rev. arb. 1990, p. 315 et s., spéc. p. 332-333.

[1656] V. par ex., E. LOQUIN, « L'énigme de la clause prévoyant que « chacune des parties désignera un arbitre et que les deux arbitres ainsi désignés nommeront à leur tour le président du tribunal arbitral », *in* Mélanges en l'honneur de J.-J. DAIGRE, éd. Joly Lextenso 2017, p. 35 et s., spéc. p. 35.

[1657] Rappr. L.-C. DELANOY, « Les mystères du contrat d'arbitre *ex parte* », *in* Mélanges en l'honneur de P. MAYER, LGDJ 2015, p. 186 et s., spéc. p. 193, selon l'auteur, « il est illusoire d'espérer qu'en choisissant unilatéralement un membre du collège arbitral, une partie ne recherche pas en lui, sinon un avocat […] du moins un arbitre favorable disposé (ou prédisposé) à son égard », l'auteur ajoute qu'en dépit de l'extension du domaine de l'obligation de révélation, le constat est celui d'une « indépendance relative, sinon douteuse des membres des tribunaux arbitraux ».

[1658] S. GUINCHARD et *alii*, *op.* et *loc. cit.*

[1659] Sur cette distinction en matière d'arbitrage, v. not. P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMANN, *op. cit.*, n° 1028, p. 582 ; C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *op. cit.*, n° 739, p. 726-727.

[1660] S. GUINCHARD et *alii*, *op. cit.*, n° 494 et s., qui parlent d'« impartialité fonctionnelle ».

[1661] V. par ex., CA Paris, 28 nov. 2002, Rev. arb. 2003, p. 445, note C. BELLOC ; JCP G 2003, I, 164, n° 3, obs. C. SERAGLINI ; D. 2003, somm., p. 2473, obs. T. CLAY.

delà des seules procédures contentieuses pour s'appliquer aux processus dont la mise en œuvre n'implique pas nécessairement l'existence d'un litige[1662].

Assurément, le principe d'impartialité a vocation à s'appliquer à l'arbitrage. La qualité de tiers indépendant et impartial que doit remplir l'arbitre est généralement prévue dans les mêmes textes[1663]. Son importance conduit à la mise en place de mécanismes préventifs tenant à l'obligation de révélation de l'arbitre[1664] et de mécanismes curatifs visant la sanction de la non-révélation de circonstances susceptibles d'affecter l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre[1665]. Elle peut faire l'objet d'un aménagement conventionnel relativement au délai de récusation[1666]. Manque par exemple à l'exigence d'impartialité, l'arbitre qui prend l'initiative d'assigner « les parties défenderesses à l'arbitrage en cours devant lui pour obtenir leur condamnation au paiement du premier acompte d'honoraires et d'un complément d'honoraires alors que les frais d'arbitrage sont acquittés auprès » de l'organe chargé d'organiser l'arbitrage[1667]. Le tiers estimateur doit présenter une qualité similaire[1668], il ne doit pas adopter une attitude de nature à faire naître « un doute légitime et actuel sur son impartialité »[1669]. Il est tenu de révéler les informations essentielles qui touchent à son indépendance et son impartialité à la partie qui ne pouvait connaître ses liens antérieurs avec l'autre[1670]. Dans le même sens, le tiers choisi par les parties dans le cadre des procédures contractuelles de résolution amiable des litiges doit accomplir « sa mission avec

[1662] Comp. J.-J. ANSAULT, « Les clauses statutaires d'exclusion à l'aune de la liberté contractuelle », art. préc., spéc. p. 32, après avoir admis la possibilité pour les parties de conférer le pouvoir d'exclusion à un tiers, l'auteur se demande s'il ne faut pas « exiger ici les conditions d'impartialité propres à un juge, à savoir non seulement une impartialité objective mais aussi une impartialité subjective ».

[1663] V. *supra*, n° 477. Sur cette question, v. not. T. CLAY, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable », *in L'impartialité du juge et de l'arbitre. Études de droit comparé*, J. VAN COMPERNOLLE et G. TARZIA (dir.), Bruylant 2006, p. 1999 et s. ; V. VEEDER, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre dans l'arbitrage international », *in Médiation et arbitrage, Alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, L. CADIET, T. CLAY et E. JEULAND (dir.), Litec 2005, p. 219 et s.

[1664] V. par ex., CA Reims, 2 nov. 2011, Rev. arb. 2012, p. 122, note M. HENRY. Sur cette question, v. not . E. LOQUIN, « La dualité des fonctions de l'obligation de révélation », *in* Mélanges en l'honneur de P. MERLE, Dalloz 2013, p. 487 et s.

[1665] Sur cette question, v. not. C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *op. cit*., n° 743 et s., p. 733 et s.

[1666] V. par ex., Cass. 1re civ., 19 déc. 2018, n° 16-18.349, D. 2019, p. 24 ; *ibid*., p. 2435, obs. T. CLAY ; Procédures 2019. Étude 8, obs. L. WEILLER ; JCP E 2019, 177, note A. CONSTANS ; LEDC mars 2019, n° 112C7, p. 2, note S. PELLET.

[1667] CA Paris, 2 avr. 2019, n° 16/00136, préc.

[1668] L. CADIET, « *Arbiter*, *arbitrator*. Gloses et post-gloses sous l'article 1843-4 du Code civil », art. préc., spéc., p. 165, qui note que « le tiers doit être impartial non pas parce qu'il est un juge, mais parce qu'il est un tiers ».

[1669] Cass. com., 5 oct. 2004, Dr. sociétés 2005, comm. n° 1, obs. F.-G. TREBULLE ; BJS 2005, p. 262, n° 44, obs. G.-C. GIORGINI. V. aussi, CA Paris, 6 févr. 2019, n° 17/19118, concernant l'application de l'article 1843-4 du Code civil, la cour rappelle que l'expert est « notamment tenu d'une obligation d'impartialité et d'objectivité ».

[1670] Cass. 1re civ., 2 déc. 1997, n° 95-19.791, préc. ; G. C. GIORGINI, note sous Cass. com., 5 oct. 2004, BJS 2005, p. 262, n° 44, spéc. I. A. 1 : « Parce que son évaluation s'impose aux parties comme la sentence, le tiers doit présenter les mêmes garanties qu'un véritable arbitre. L'expert désigné doit ainsi révéler aux parties tout élément de nature à remettre en cause son indépendance ou son impartialité. Un tel devoir ne peut être écarté que si la partie intéressée connaît déjà l'information en question ou lorsque cette dernière bénéficie d'une véritable notoriété ».

impartialité »[1671]. On citera également les règlements de médiation qui rappellent l'exigence d'impartialité du médiateur et l'obligation de révélation qui lui incombe[1672]. Il reste à se demander si, en l'absence de tiers, il peut être requis du contractant titulaire d'un pouvoir de décision de présenter des garanties d'impartialité. S'agissant d'une situation où l'un des contractants (le titulaire de la prérogative) est juge et partie, il est difficile d'exiger de la part de celui-ci qu'il fasse preuve d'impartialité dans sa décision.

Cependant, si l'exigence d'impartialité ne doit pas s'apprécier de la même manière qu'en droit processuel[1673], la finalité qui lui est assignée implique de l'appliquer aux procédures disciplinaires. Les règles procédurales relatives au licenciement n'auraient aucun sens si l'employeur pouvait valablement faire connaître sa décision de licencier avant la mise en œuvre de la procédure prévue. L'observation vaut pour les autres procédures disciplinaires. La singularité de la situation fait qu'on est en face d'une partie qui est nécessairement intéressée contrairement à un tiers désintéressé, indépendant et impartial. Mais la gravité de la sanction en cause et les garanties procédurales établies en conséquence impliquent de la part du décideur de faire preuve d'un minimum de neutralité ne serait-ce qu'en apparence. Il ne doit pas notamment se laisser dominer par des idées préconçues et les exprimer de façon ostentatoire avant la mise en œuvre du processus.

481. - Cela étant, la question de l'impartialité est le plus souvent, comme dans le domaine du procès, une affaire de subjectivité qui est difficile à prouver[1674]. On met de côté les deux séries de circonstances invoquées à l'appui des soupçons de partialité. Il s'agit d'une part, de la connaissance personnelle de l'affaire et de l'attitude antérieure du tiers qu'une partie peut considérer comme hostile. Ces deux circonstances sont moins adaptées aux procédures conventionnelles où le tiers est choisi ou accepté par les parties elles-mêmes. Cela rend encore plus délicate l'appréciation de l'impartialité. Néanmoins, l'existence de liens matériels et intellectuels[1675] avec l'une des parties pourrait constituer un indice de la partialité de celui-ci[1676]. De même, la manière de conduire le processus peut être aussi constitutive de la partialité du tiers. Évidemment, la preuve de la partialité est simple à établir lorsque le préjugé s'extériorise. Ainsi, « manque à l'exigence d'impartialité la formation disciplinaire d'une association dont l'un des membres a fait connaître à l'avance la décision qu'il serait appelé à

[1671] CPC, art. 1530, 1549, al. 2.
[1672] Règlement de médiation CMAP, art. 6. V. aussi, Règlement de médiation CCI, art. 7.3, qui prévoit que le médiateur traiter les parties avec « impartialité » sans toutefois imposer une obligation de révélation.
[1673] Rappr. S. GUINCHARD et *alii*, *op*. et *loc*. *cit*.
[1674] V. par ex., E. JEULAND, *Droit processuel général*, *op*. *cit*., n° 203, p. 321 ; S. GUINCHARD et *alii*, *op*. *cit*., n° 493.
[1675] Formule utilisée par les tribunaux en matière d'arbitrage, v. des exemples cités par P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op*. *cit*., n° 1030, p. 584.
[1676] N. FRICERO, « Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable », art. préc., spéc. n° 7, p. 844, qui souligne que, dans le cas des médiations organisées par les opérateurs privés, « le lien privilégié avec une partie, la connaissance antérieure de dossiers analogues qui conduit à reproduire des solutions identiques génère un risque objectif de partialité ».

prendre »[1677]. Hormis cette hypothèse, la partialité est difficile à établir et se déduira le plus souvent de l'existence de liens entre le tiers et l'une des parties.

Du reste, l'exigence d'indépendance et d'impartialité fait l'objet d'une appréciation concrète par les tribunaux dans la mise en œuvre des procédures contractuelles[1678]. Elle n'a pas le même contenu selon que le dispositif concerné. Une application trop stricte de cette exigence, « dans un milieu où tout le monde se connaît »[1679] pourrait constituer un facteur bloquant dans le choix du recours à certains mécanismes. L'existence de liens matériels ou intellectuels entre le tiers et une partie ne signifie pas que le premier renonce à son impartialité et à son indépendance par rapport à la seconde[1680]. Au surplus, le fait que le tiers soit lié à une partie peut faciliter l'obtention d'un accord dans les processus de résolution amiable des différends. C'est ainsi que les propositions du maître d'œuvre dans le cadre de chantier de travaux privés sont le plus souvent acceptées par le maître d'ouvrage en raison de la relation de confiance qui les lient et par l'entrepreneur avec lequel le maître d'œuvre opère en vue de la réalisation du projet. De même, les propositions de solution du Médiateur de l'assurance favorables à l'assuré sont suivies par les professionnels impliqués dans 99% des cas[1681]. Le fait que ces derniers participent, indirectement par leurs représentants, à la désignation du Médiateur n'est pas indifférent à ce succès.

482. - Au total, dès lors qu'un tiers intervient dans la mise en œuvre d'une procédure contractuelle, il faut considérer que les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité, du moins d'un point de vue psychologique. Cela implique de la part du tiers un minimum d'indépendance et d'impartialité. Si ces exigences sont consubstantielles à la fonction de juger, elles apparaissent davantage comme des conditions de faisabilité et d'acceptabilité dans les procédures contractuelles n'impliquant pas un pouvoir juridictionnel. C'est pourquoi, en marge des garanties procédurales applicables, il y a des exigences complémentaires de transparence et de compétence qui s'imposent au tiers intervenant dans la procédure contractuelle[1682]. Il s'agit, dans tous les cas, d'exigences formulées dans l'intérêt des parties lesquelles peuvent décider de ne pas s'en prévaloir après la révélation de l'existence d'un lien entre le tiers et l'une des parties[1683]. Dans cette dernière hypothèse, il ne faut pas y voir une renonciation à l'indépendance et à l'impartialité mais plutôt l'expression de la volonté des

[1677] Cass. 1re civ., 6 mars 2019, n° 18-14.178, la Cour de cassation retient cette solution après avoir énoncé en principe : « Vu les règles applicables aux décisions disciplinaires des associations et, notamment, le principe de l'impartialité ».
[1678] V. par ex., Cass. com., 24 mai 2017, n° 15-20.213 ; Rev. sociétés 2018, p. 96, note J. REMACLE ; RTD com. 2017, p. 647, obs. J. MOURY.
[1679] G.-C. GIORGINI, obs. préc.
[1680] S. GUINCHARD et *alii*, *op. cit.*, n° 811. *Adde*, G.-C. GIORGINI, obs. préc. ; J. REMACLE, note préc.
[1681] Rapport annuel 2019 de la Médiation de l'assurance, p. 34.
[1682] Ces exigences de transparence et de compétence sont appréhendées par la technique contractuelle (par exemple, nullité de l'acte en cas d'erreur sur la qualité du tiers, responsabilité contractuelle), c'est pourquoi elles ne sont pas systématiquement incluses dans les règles procédurales applicables.
[1683] V. par ex., CA Paris, 18 nov. 2004, Rev. arb. 2006, p. 192, note L. PERREAU-SAUSSINE ; D. 2006, p. 3026, obs. T. CLAY.

parties de considérer que les circonstances en cause ne sont pas de nature à affecter la neutralité du tiers[1684].

En définitive, l'application des principes inspirés du droit de la procédure civile aux procédures contractuelles ne doit pas étonner. Ces mécanismes sont aux confluents du contrat et du procès « qui partagent la même vocation : la quête du juste »[1685]. La même règle utilisée dans le cadre du procès peut être appliquée dans les rapports contractuels dès lors qu'elle repose dans les cas sur l'idée de loyauté. Il s'agit, en particulier, de soumettre les procédures contractuelles « à des principes fondamentaux de nature procédurale qui permettent d'éviter que la stratégie contractuelle soit fondée principalement sur la déloyauté, l'exploitation de la faiblesse ou du manque d'information de l'un des contractants »[1686]. L'importation des principes processuels qui en résulte entraîne aussi celle des techniques procédurales.

§. 2. La mise en œuvre des techniques procédurales

483. - Les procédures contractuelles imposent des diligences de nature diverse aux parties. Mais, quel que soit leur contenu, elles présentent en commun le fait d'imposer l'accomplissement d'une série d'actes et de formalités. De fait, elles impliquent un enchaînement d'« évènements dont la chaîne forme la procédure »[1687]. En d'autres termes, leur fonctionnement est assuré par les mécanismes procéduraux qui rythment le déroulement de l'instance. On peut le constater en s'intéressant aux règles relatives aux modalités (**A**) et celles assurant l'efficacité (**B**) de la mise en œuvre des procédures contractuelles.

A. Les modalités de mise en œuvre

484. - La concrétisation des exigences procédurales prévues au contrat se réalise à travers les notifications (**1**) qui doivent être accomplies dans les délais impartis (**2**).

1. Les notifications

485. - À l'instar de la procédure judiciaire, les procédures contractuelles se caractérisent par leur formalisme. L'explication tient au fait que les actes qui matérialisent leur mise en œuvre prennent généralement la forme d'actes écrits qui doivent être portés à la connaissance de l'autre. Tel est l'objet des notifications contractuelles. Elles jouent un rôle cardinal car elles conditionnent le fonctionnement et contribuent à l'efficacité des mécanismes concernés. Elles sont même indispensables à l'effet d'établir la réalité des échanges, discussions, propositions et contrepropositions qui émaillent le déroulement d'une procédure. On comprend pourquoi

[1684] V. en ce sens, T. CLAY, obs. préc. Rappr., G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès arbitral », art. préc., spéc. n° 23, p. 536, à propos de l'impartialité des arbitres, l'auteur affirme : « On ne saurait y renoncer à quelque moment que ce soit ».
[1685] C. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », art. préc., n° 43.
[1686] N. FRICERO, « Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable », art. préc., spéc. n° 6, p. 843, qui met en avant la nécessité d'offrir des garanties pour « éviter l'éclosion de solutions alternatives inéquitables ».
[1687] Expression empruntée de L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 513.

une obligation de notification est toujours requise dans la mise en œuvre d'une procédure contractuelle. Elle participe de l'effectivité des garanties processuelles. Par exemple, le respect des droits de la défense, le caractère contradictoire de la procédure implique la notification des actes qui en sont l'objet, de même l'instauration d'une obligation de motivation de la décision suppose « la communication à autrui »[1688], autrement dit la notification de ses motifs.

En pratique, la jurisprudence exige que le destinataire ait effectivement connaissance de l'acte lorsque sa notification est prévue dans le contrat. Une telle position est compréhensible en raison des fonctions de cette exigence procédurale. Définie comme « l'opération par laquelle une partie donne ou fait donner connaissance officielle d'un acte à une autre partie, par la remise d'une copie »[1689], la notification ne protège pas uniquement les intérêts du destinataire de l'acte, le formalisme auquel elle est soumise protège aussi les intérêts de celui qui l'accomplit. Dans certains cas, une notification régulièrement accomplie par une partie produit des effets indépendamment du fait que l'acte qu'elle vise à porter à la connaissance du destinataire ait été ou non reçu par celui-ci. Il en est ainsi notamment lorsque la notification est faite à la dernière adresse indiquée par les parties. C'est pourquoi la formulation de l'obligation de notification doit être en adéquation avec les besoins et les moyens des contractants.

486. - Les parties peuvent prévoir que la notification doit être faite par acte d'huissier de justice, elle constitue alors une « signification »[1690]. Ce type de stipulation est rare en pratique en raison notamment des frais qu'elle génère[1691]. De plus, elle pourrait se heurter aux dispositions protectrices des consommateurs en ce qu'elle est susceptible de constituer une entrave excessive à l'exercice de leurs prérogatives. Mais on peut s'interroger afin de savoir si un contractant, tenu de notifier un acte de la procédure contractuelle, peut procéder par voie d'huissier de justice qui confère une force probante à l'acte[1692]. Tel n'est pas la position de la jurisprudence. En effet, dans un arrêt rendu en 2006, la chambre commerciale de la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir « relevé que le contrat stipulait que le droit de préemption serait exercé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ce dont il résulte que l'article 651 du nouveau code de procédure civile était sans application à cette notification qui n'était pas de nature contentieuse » de sorte que la société bénéficiaire « ne pouvait soutenir qu'elle avait valablement exercé son droit de préemption par l'assignation […] »[1693].

[1688] L. AYNÈS, « Motivation et justification », art. préc., p. 555.
[1689] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 127, p. 542.
[1690] CPC, art. 651.
[1691] La signification est imposée dans certains cas : v. par ex., en matière de résiliation du bail commercial, C. com., art. L. 145-41.
[1692] V. en ce sens, CPC, art. 651 qui prévoit que « La notification peut toujours être faite par voie de signification alors même que la loi l'aurait prévue sous une autre forme ». *Adde*, Cass. 3e civ., 10 mars 1993, Bull. civ. III, n° 34 ; Cass. 3e civ., 23 janv. 1991, Bull. civ. III, n° 36, qui valide l'exercice du droit préemption d'un locataire notifié par exploit d'huissier de justice alors que la notification devait se faire par LRAR.
[1693] Cass. com., 3 oct. 2006, n° 05-13.052, Bull. civ. IV, n° 204 ; D. 2006, p. 2603, obs. A. LIENHARD ; JCP G 2007, I, 104, n° 7, obs. R. WINTGEN ; RTD civ. 2007, p. 142, obs. P.-Y. GAUTIER.

Sur le terrain de la force obligatoire du contrat, la solution est incontestable. Elle se heurte cependant à des arguments contraires. Car ce qui est en cause dans le formalisme de la notification c'est moins la nature de l'acte que la certitude de la réalisation effective de la notification. En outre, l'efficacité de la signification effectuée en lieu et place de la notification en la forme ordinaire aurait pu trouver un fondement dans la théorie de l'équivalence appliquée de longue date par la jurisprudence[1694]. Enfin, la solution contraire aurait pu trouver une justification dans l'idée suivant laquelle « le moins est toujours contenu dans le plus »[1695]. Ce raisonnement *a fortiori* aurait donc pu permettre à ce qu'une partie puisse procéder, dans la mise en œuvre d'une procédure, à la notification « par un acte plus énergique »[1696] qui a le même effet. Voilà autant de questionnements qui témoignent de la difficulté à régler les problématiques soulevées par l'intrication entre le droit des contrats et le droit de la procédure civile[1697].

Aussi, il convient de distinguer selon que la forme de notification est prévue ou non par les parties. Dans le premier cas, le respect de la volonté des contractants conduit à s'en tenir à leurs prévisions. Dans le second cas, on peut concevoir que les dispositions du Code de procédure civile régissant les notifications aient vocation à s'appliquer[1698]. En particulier, la notification doit contenir les indications relatives aux nom et prénoms ou à la dénomination ou raison sociale de la personne dont elle émane et au domicile ou siège social de cette personne. Elle doit désigner son destinataire de la même manière[1699]. Cette règle ne devrait pas poser de problème particulier s'agissant de la mise en œuvre d'un dispositif conventionnel. La désignation à laquelle il convient de se référer est, sauf précision contraire des parties, celle qui figure dans le contrat de base. C'est le cas notamment du lieu de notification qui correspond au domicile indiqué dans le contrat. Ce lieu pourrait être qualifié de « domicile élu »[1700]. Il reste que, dans le jeu d'un processus conventionnel, une partie peut procéder à l'élection de domicile lorsque les circonstances s'y prêtent. Par exemple, il est admis qu'un bailleur qui notifie un congé sans renouvellement, mais avec offre de vente puisse élire domicile chez l'huissier de justice ayant procédé à cette notification. Une telle élection de domicile est valable même si elle n'avait pas été prévue au contrat. Dans ce cas, le

[1694] Par ex. pour la mise en demeure, Cass. 3e civ., 31 mars 1971, Bull. civ. III, n° 320 : « La mise en demeure d'un créancier peut résulter d'un acte équivalent à une sommation et spécialement d'une lettre missive dès lors qu'il en ressort une interpellation suffisante ».
[1695] *Digeste*, L, XVII, *De diversis regulis*, 110 : « *in eo quod plus sit semper inest et minus* », cité par P.-Y. GAUTIER, obs. préc.
[1696] P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 611, p. 557.
[1697] Comp., Cass. 3e civ., 17 déc. 2014, n° 13-20.976 ; D. 2015, p. 721, note P. CASSIA, qui décide que la loi de 1975 prévoyant « la notification de l'offre de vente par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, n'exclut pas sa signification par un acte d'huissier de justice ».
[1698] Rappr. J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, spéc. n° 231, p. 201 : « Les règles posées par les rédacteurs du Code de procédure civile sont dotées d'une portée générale ; à défaut de dispositions contraires, elles régissent tous les délais de droit privé ». Sur les liens entre le contrat et le procès, v. L. CADIET, « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », art. préc.
[1699] CPC, art. 665.
[1700] C. civ., art. 111 : « Lorsqu'un acte contiendra, de la part des parties ou de l'une d'elles, élection de domicile pour l'exécution de ce même acte dans un autre lieu que celui du domicile réel, les significations, demandes et poursuites relatives à cet acte pourront être faites au domicile convenu ».

bailleur ne pourra prendre prétexte du fait que l'acceptation du locataire a été envoyée à son domicile élu et non à son domicile réel pour prétendre qu'elle est irrégulière[1701].

487. - Pour le reste, la notification consistera dans la remise de l'acte, sous enveloppe ou pli fermé, soit par la voie postale, soit par remise au destinataire contre émargement ou récépissé[1702]. On ne peut que conseiller ces modalités de notification aux parties eu égard à leur importance dans l'établissement du fait de la remise et de la date de celui-ci. La preuve d'une notification incombe normalement à la partie qui est tenue d'en accomplir[1703]. La date de la notification est à l'égard de celui qui y procède, celle de l'expédition (c'est-à-dire celle qui figure sur le cachet du bureau d'émission) et, à l'égard du destinataire, la date de la réception. La date de la remise est celle du récépissé ou de l'émargement. Lorsque la notification est faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, la date de réception est celle qui est apposée par l'administration des postes lors de la remise de la lettre à son destinataire[1704].

Les notifications participent ainsi du fonctionnement des procédures contractuelles à l'instar des rôles qu'elles remplissent dans le déroulement de l'instance. Elles concourent, avec les délais, à donner à la marche de la procédure ordre et sécurité.

2. Les délais

488. - Pour le déroulement ordonné et sécurisé d'une procédure contractuelle, les parties prévoient l'accomplissement des actes qui concourent à sa mise en œuvre dans des délais précis qui méritent la qualification de « délais de procédure »[1705]. On peut les classer en deux catégories suivant leurs fonctions[1706]. D'un côté, il y a les délais d'attente, c'est-à-dire ceux qui doivent précéder l'élaboration d'un acte ou la comparution d'une partie, le but étant de préserver celle-ci de l'effet de surprise. Il peut s'agir d'un délai de préavis en matière de résiliation, d'un délai de réflexion accordé au salarié dans le cadre de la mise en œuvre d'une clause de mobilité[1707], d'un délai de comparution dans le cadre des procédures de révocation ou d'exclusion d'un associé… De l'autre côté, il y a les délais d'action qui correspondent aux délais impartis pour l'accomplissement d'un acte. On les retrouve très fréquemment dans les normes instituant des procédures dans les rapports contractuels, l'objectif étant d'éviter que la mise en œuvre du dispositif ne se prolonge indéfiniment. Tel est le cas, par exemple, des

---

[1701] Cass. 3e civ., 28 mars 2007, Bull. civ. III, n° 51 ; RTD civ. 2007, p. 792, obs. P.-Y. GAUTIER.
[1702] En ce sens, v. A. CHARVÉRIAT, B. DONDERO, M-É SÉBIRE, F. GILBERT et B. MERCADAL, *Sociétés commerciales*, éd. Francis Lefebvre 2019, spéc. n° 68517 et 68524.
[1703] Comp., Cass. com., 29 mars 2011, n° 10-17.667 ; Dr. sociétés n° 7, juill. 2011, comm. 130, note M. ROUSSILE.
[1704] CPC, art. 669.
[1705] M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, préf. P. RAYNAUD, Economica 1986, spéc. note 26, p. 176, qui considère que « les délais donnés pour accomplir une formalité extrajudiciaire méritent la qualification de « délais de procédure », car les actes auxquels ils s'appliquent sont ceux d'une procédure extrajudiciaire ».
[1706] Cette distinction est celle qui est retenue en droit processuel, v. G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 128, p. 546 et s. ; J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 233, p. 202 ; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 523.
[1707] Pour un ex., v. Cass. soc., 18 sept. 2002, Dr. soc. 2002, p. 997, obs. R. VATINET, la clause de mobilité litigieuse prévoyait un délai de réflexion de huit jours au bénéfice de la salariée.

délais impartis pour formuler des observations dans le processus d'agréation de la livraison afin de notifier le refus d'agréer la chose.

La détermination des délais pour l'accomplissement d'un acte de la procédure contractuelle est avant tout l'œuvre des parties. Elles peuvent fixer librement les délais et la durée de ceux-ci. Parfois la liberté contractuelle est limitée par l'existence de délais légaux pour la mise en œuvre de certaines clauses. Il reste, néanmoins, que les restrictions légales relatives à la détermination des délais ne sont pas absolues. En effet, le législateur se contente de prévoir, suivant les cas, des délais minimums ou des délais maximums laissant ainsi une marge de manœuvre à la volonté des parties dans le cadre fixé. Les procédures légales d'agrément dans les sociétés civiles[1708] ou commerciales[1709] constituent des illustrations. La marge manœuvre des parties est faible, mais elles conservent la possibilité de fixer des délais conformes aux règles d'ordre public pour la notification des actes de la procédure d'agrément. La loi de 2008 portant réforme de la prescription en matière civile[1710] s'inscrit également dans cette logique. Dans les limites prévues par le législateur, les parties peuvent fixer les délais qui leur conviennent. Néanmoins, il y a deux situations qui pourraient donner l'occasion d'un contrôle judiciaire *a posteriori*. La première tient au silence de la loi, les parties recouvrent dans ce cas une totale liberté de fixation de la durée des délais. La seconde tient à l'existence des clauses pathologiques ne prévoyant pas de délais pour l'exécution des diligences convenues. Dans les deux cas, le juge a un pouvoir d'appréciation sur le caractère suffisant du délai librement convenu[1711] ou celui qui, dans le silence du contrat, a été laissé de fait à une partie pour le bon déroulement de la procédure contractuelle.

489. - Il est éminemment souhaitable que la clause impartisse des délais aux parties pour l'accomplissement des charges qui les incombent. L'absence de prévision conventionnelle est parfois tempérée par l'existence de dispositions supplétives de volonté comme en matière d'arbitrage[1712]. En sens contraire, il existe de nombreuses clauses procédurales qui ne font pas l'objet d'une réglementation particulière quant aux délais de mise en œuvre : clause d'alignement, clause *buy or sell*[1713], clause de garantie de passif, clause de renégociation, clause d'exclusion, etc. Dans ce cas, la détermination des délais des actes et du temps de la procédure est laissée à l'appréciation des parties. Un silence sur ce point est potentiellement source de stratégie dilatoire laquelle ne donne pas nécessairement lieu à sanction[1714]. Mais le plus souvent, la célérité est voulue par les parties qui prévoient des délais précis pour l'accomplissement des actes de la procédure contractuelle. Ces délais sont exprimés en jours,

[1708] C. civ., art. 1861 à 1870.
[1709] C. com., art. L. 223-13 à 223-16 (SARL) ; L. 228-24 (SA).
[1710] Sur cette loi, v. not. B. FAUVARQUE-COSSON et J. FRANCOIS, « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », D. 2008, p. 2512, spéc. n° 25 et 26 ; A.-M. LEROYER, « La réforme de la prescription civile », RTD civ. 2008, p. 563 ; C. BRENNER et H. LECUYER, « La réforme de la prescription », JCP N n° 12, 20 mars 2009, 1118, spéc. n° 88 et s.
[1711] Par ex., Cass. com., 12 mai 2004, n° 01-12.865 ; D. 2004, p. 1666 ; *ibid*. 2005, p. 148, obs. D. FERRIER, est admis le pouvoir souverain d'appréciation du juge quant à la suffisance du délai de préavis contractuel.
[1712] V. par ex., CPC, art. 1451, 1452, 1463.
[1713] Il s'agit d'une clause utilisée en droit des sociétés qui vise à régler un conflit survenu entre deux associés en prévoyant les conditions et les modalités de sorties de l'un d'eux de la société, v. W. DROSS, *Clausier*, *op. cit*., p. 88 et s.
[1714] V. par ex., CA Paris, 10 mai 2017, n° 15/10894, préc.

en mois et parfois en années. La dernière hypothèse concerne notamment les délais relatifs à la mise en œuvre des procédures encadrant la rupture des contrats de longue durée. C'est ainsi que les délais de préavis contractuel dans certains cas peuvent atteindre plusieurs années suivant l'ancienneté des relations commerciales.

Quant à leurs modalités, il arrive que les points de départ ou l'échéance de ces délais ne soient pas précisément déterminés. Mais en général, dans une telle hypothèse, ils sont rendus déterminables par référence à des évènements prévus à l'avance. Tel est le cas de l'acte de notification enclenchant une procédure de renégociation, d'établissement du décompte définitif dont la mise en œuvre dépend respectivement, soit de l'avènement de circonstances imprévisibles, soit de la fin des travaux ou de la résiliation du marché. C'est la survenance de ces évènements, précisément déterminés à l'avance, qui va déclencher la mise en œuvre de la procédure contractuelle.

En somme, dans tous les cas, l'élément temporel n'est pas précisément défini, il peut faire l'objet d'un contrôle du juge dans la mise en œuvre des procédures contractuelles. L'explication est liée au fait que le temps de la procédure peut être pris en compte dans les stratégies de l'une des parties. Le droit des contrats permet de sanctionner les abus prenant la forme soit d'une précipitation excessive, soit d'une attitude dilatoire.

490. - La durée des délais étant connue, leur computation se fait, en l'absence de stipulation dans le contrat, suivant les règles établies par le Code de procédure civile[1715]. Mais les difficultés rencontrées se trouvent ailleurs. Elles résident principalement dans la qualification des délais contractuels. En effet, la diversité des délais institués par les parties pour la mise en œuvre d'une procédure contractuelle laisse entière la question de la détermination de leur nature. La question a une incidence sur l'efficacité de ces délais. Un arrêt rendu par la chambre commerciale en 2013[1716] à propos d'une procédure contractuelle de mise en œuvre d'un engagement de caution inclus dans un bail permet de l'illustrer. En l'espèce, il était stipulé que « l'engagement deviendra caduc et ne pourra plus être mis en jeu pour quelque cause que ce soit, à l'expiration d'un délai de trois mois (la date de réception de la lettre de mise en jeu du bailleur au domicile élu par la caution faisant foi) à compter de la date de prise d'effet d'une éventuelle résiliation anticipée du contrat de bail par l'une ou l'autre des parties à la convention et pour quelque cause que ce soit ». La caution fut mise en demeure de payer plus de trois mois après la résiliation du bail, elle oppose au bailleur la tardiveté de sa demande. La cour d'appel avait retenu que ce délai contractuel était un délai de prescription et qu'en application de l'article 2254 du Code civil, il ne saurait être réduit à moins d'un an.

[1715] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op.* et *loc. cit.* ; J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 235 et s., p. 203 et s. ; T. LE BARS, « La computation des délais de procédure. Quiproquo sur le *dies a quo* et le *dies ad quem* », JCP G 2000, doctr. 258. Pour une application jurisprudentielle : v. par ex. Cass. 1re civ., 22 janv. 2002, n° 99-10.445 ; RCA 2002, n° 161, note H. GROUTEL ; RGDA 2002, p. 392, note M. BRUSCHI, qui retient que la computation des délais relatifs à procédure de résiliation du contrat d'assurance doit être faite en application des articles 640 et s. du CPC. V. aussi, CA Paris, 27 oct. 2015, n° 14/14101, préc., à propos de la computation de la durée du délai de la levée d'option.

[1716] Cass. com., 15 oct. 2013, n° 12-21.704 ; D. 2013, p. 2460 ; RTD civ. 2014, p. 120, obs. H. BARBIER ; *ibid*. p. 155, obs. P. CROCQ et p. 705, obs. P. THÉRY ; Banque et droit, n° 152, nov.-déc. 2013. 44, obs. N. RONTCHEVSKY ; JCP E 2014, 1074, n° 7, obs. J.-B. SEUBE.

L'arrêt d'appel est cassé pour violation de l'ancien article 1134 du même code[1717]. Selon la Cour de cassation, « la caution était fondée en application de la convention des parties à invoquer le non-respect du délai expressément prévu pour la mise en jeu de son engagement »[1718]. En ce qu'elle rejette « implicitement mais nécessairement la qualification de prescription »[1719], la solution conduit à reconnaître à ce délai la nature de forclusion[1720]. Sur ce point, elle doit être approuvée du moins si l'on s'en tient à la distinction établie entre les deux notions par la doctrine. En effet, à la différence de la prescription, la forclusion « n'éteint pas directement le droit ; elle frappe seulement d'inefficacité le procédé technique, acte ou action, qui permet de le faire valoir »[1721]. La prescription « ne fait que tirer les conséquences d'un effet obtenu » alors que la forclusion « joue un rôle dynamique »[1722]. Les délais de forclusion tendent soit « à stimuler »[1723], soit « à paralyser l'initiative de la volonté »[1724]. Ils peuvent remplir cette fonction au service d'un intérêt public ou privé, c'est pourquoi on admet de longue date que la forclusion puisse avoir une origine conventionnelle[1725]. Il est vrai que la réforme du 17 juin 2008 a réduit les frontières entre les deux notions sans pour autant les confondre. La prescription a désormais une vertu dynamique qui a conduit un auteur à y voir un délai de déchéance notamment en raison de l'instauration du délai butoir[1726]. Cependant, on a montré que le fait d'ajouter un délai butoir à un délai de prescription ne change pas nécessairement la nature de ce dernier[1727]. La question

[1717] C. civ., art. 1103, nouv.

[1718] Cette formulation générale ne paraît pas satisfaisante en ce qu'elle « laisse entende que tout ce qui est contractuel aurait par cela seul vocation à s'appliquer » (P. THÉRY, obs. préc.).

[1719] P. CROCQ, obs. préc.

[1720] V. déjà en ce sens, Cass. 3e civ., 31 oct. 2001, n° 99-13.004 ; Bull. civ. III, n° 117 ; D. 2002, p. 2840, obs. P. DELEBECQUE ; RDI 2001. 501, obs. B. BOULBI ; RTD civ. 2002. 815, obs. J. MESTRE et B. FAGES, rendu à propos d'une procédure d'établissement du décompte définitif : « les causes d'interruption de prescription énumérées dans l'article 2244 du Code civil ne s'appliquent pas aux forclusions contractuelles » ; Cass. Com., 27 mars 2012, n° 11-10.103, qui qualifie expressément le délai contractuel accordé pour mettre en œuvre le cautionnement de délai de forclusion.

[1721] M. VASSEUR, « Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », RTD civ. 1950, p. 439, spéc. n° 13, p. 451 ; M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, *op. cit.*, n° 165 et s., selon l'auteur, la forclusion est « la technique qui consiste à limiter la durée d'existence d'un droit d'agir, c'est-à-dire du droit (potestatif) d'accomplir un acte juridique quelconque » alors que la prescription affecte non seulement l'action mais également le droit substantiel. *Contra*, N. BALAT, « Forclusion et prescription », RTD civ. 2016, p. 751, spéc. n° 10 et s., qui considère qu'il n'y a pas de différence de nature entre la prescription et la forclusion, mais une différence de degré ; A. TRESCASES, « Les délais préfix », LPA, 30 janv. 2008, n° 22, p. 6, spéc. n° 25 et s. qui considère que le délai préfix n'est pas une catégorie autonome par rapport à la prescription.

[1722] M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, *op. cit.*, n° 183, p. 180, qui affirme : « Tandis que la forclusion s'empare *a priori* d'une situation de droit (plus précisément d'un acte juridique) qu'elle conditionne en vue de sa réalisation à venir, la prescription, tout au contraire, vient *a posteriori* rendre juridique un fait existant et contraire au droit ».

[1723] M. VASSEUR, « Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », art. préc., spéc. n° 13, p. 452.

[1724] M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, *op. cit.*, n° 178, p. 176.

[1725] M. VASSEUR, « Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », art. préc., spéc. n° 1, p. 440. Les délais de prescription peuvent aussi être d'ordre public ou privé, v. not. T. LE BARS, « La nature de la prescription : une question sans réponse ? », art. préc., spéc. p. 3-4.

[1726] M. BANDRAC, « La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive en matière civile », RDC 2008, p. 1413, n° 7 et s., spéc. n° 25.

[1727] T. LE BARS, « La nature de la prescription : une question sans réponse ? », art. préc., spéc. p. 4. Comp., F. ROUVIERE, « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », LPA 31 juill. 2009, p. 7, spéc. n° 4 et 5, qui analyse les délais de prescription et butoir comme des délais probatoires (par opposition aux délai de forclusion).

qui demeure controversée est celle de savoir si la prescription éteint le droit au fond ou le droit d'action sachant que des arguments peuvent être invoqués dans un sens comme dans l'autre[1728]. L'analyse des textes montre que la prescription affecte autant le droit substantiel que le droit d'agir[1729] si bien que son objet est beaucoup plus large que celui de la forclusion qui porte sur le procédé de mise en œuvre d'un droit.

491. - Le délai en cause dans l'arrêt évoqué plus haut relève de la qualification de forclusion car il porte sur une prérogative du créancier qui lui permet de mettre en œuvre son droit d'agir. On remarquera que si l'accomplissement de la formalité dans le délai contractuel était nécessaire à la sauvegarde de ce droit, il ne se confond pas avec lui. Par exemple, si le créancier avait notifié la mise en œuvre du cautionnement dans le délai de trois mois prévu, cela ne signifie pas qu'il exerce son droit d'agir en justice relativement à l'exécution de cet engagement. Il protège simplement ce droit qu'il peut décider de ne pas l'exercer. En l'espèce, la forclusion sanctionne le défaut d'accomplissement de la formalité contractuelle en temps utile, elle n'affecte pas directement le droit lui-même. Le dispositif inclus dans le contrat constitue une incombance de diligence participant à la réalisation effective de l'engagement. Il n'a pas une fonction probatoire, mais une fonction punitive[1730]. La solution retenue devrait donc être analysée en termes de déchéance de droit à la garantie. La Cour de cassation ne dit pas autre chose lorsqu'elle évoque « le non-respect du délai expressément prévu pour *la mise en jeu de son engagement* ». Néanmoins, si cette interprétation de l'arrêt devait se confirmer, elle est susceptible de poser d'autres difficultés dans la mesure où elle laisse la « porte ouverte à des stratégies contractuelles de contournement de l'interdiction des clauses de prescription d'une durée inférieure à un an »[1731]. Il reste que s'agissant des délais impartis pour l'accomplissement des actes d'une procédure contractuelle, la question doit être réglée au profit de la qualification soit de la forclusion, soit de la déchéance. Ces délais ont en effet pour rôle de stimuler la volonté juridique, la diligence des parties. Ils participent donc, avec d'autres outils de procédure, à l'efficacité des procédures contractuelles concernées.

B. Les techniques procédurales assurant l'efficacité des procédures contractuelles

492. - Les diligences imposées aux parties doivent être effectivement mises en œuvre pour aboutir au résultat recherché. Pour ce faire, le droit processuel offre aux parties[1732] des mesures de coercition destinées à garantir le déroulement (**1**) et à assurer l'efficacité du résultat (**2**) de la procédure convenue.

[1728] T. LE BARS, « La nature de la prescription : une question sans réponse ? », *in La réforme de la prescription civile : Le chaos enfin régulé ?*, P. CASSON et P. PIERRE (dir.), Dalloz 2010, p. 3, spéc. p. 4 et s.
[1729] M. BANDRAC, art. préc. ,spéc., n° 31 et s. ; T. LE BARS, art. préc., spéc. p. 6-7.
[1730] F. ROUVIERE, « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », spéc. n° 7, qui considère qu'à la différence des délais de prescription et butoir, les délais n'ont pas une fonction probatoire.
[1731] H. BARBIER, obs. préc.
[1732] Comp. X. LAGARDE, « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », Rev. arb. 2001, p. 423 et s., spéc. n° 17, p. 445, qui affirme : « dans les matières qui relèvent de la liberté contractuelle, l'application du droit processuel permet essentiellement de donner plein effet à l'objet processuel des conventions de règlement des différends. Le droit processuel est un soutien, il n'est pas une contrainte ».

1. Les mesures de coercition garantissant le déroulement de la procédure

493. - Lorsque le recours à un tiers est prévu, l'effectivité de la procédure peut se trouver affectée en cas de désaccord ou de refus de désignation par une partie. On pense notamment à l'arbitre, au tiers estimateur, à l'expert, au médiateur. La résolution de la question varie selon le mécanisme et les prévisions des parties.

En matière d'arbitrage, les difficultés relatives à la constitution du tribunal arbitral, et notamment à l'empêchement d'un arbitre, sont portées devant le juge d'appui[1733]. Personnage important, c'est lui qui va en effet « appuyer, aider, soutenir l'arbitrage tout au long de son déroulement »[1734]. Il s'agit du président du tribunal judiciaire ou celui du tribunal de commerce lorsque la convention d'arbitrage le prévoit expressément. Chargé de résoudre notamment « un défaut d'accord sur une question de personne, une situation de refus ou de blocage »[1735], le juge d'appui a vu son rôle renforcé par le décret du 13 janvier 2011[1736]. Il peut être saisi soit par l'une des parties, soit par le tribunal arbitral ou l'un de ses membres. L'introduction de la demande et son examen se font « selon la procédure accélérée au fond »[1737]. Il statue par un jugement non susceptible de recours. La décision peut néanmoins faire l'objet d'un appel lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une cause tirée de la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. Dans le cadre de l'arbitrage institutionnel, c'est l'institution d'arbitrage qui désigne l'organe chargé de trancher les difficultés susmentionnées. Ainsi, l'article 11.5 du Règlement CCI prévoit, par exemple, que la Cour internationale d'arbitrage « statue sans recours sur la nomination, la confirmation, la récusation ou le remplacement d'un arbitre ». Dans le cas de l'arbitrage CMAP, la prérogative est confiée à la Commission d'arbitrage[1738].

L'objectif recherché est de prévenir les situations de blocage et d'éviter que le jeu de la procédure contractuelle ne soit laissé à la discrétion d'une partie. Dans le même sens, en matière d'évaluation des droits sociaux, l'article 1843-4 du Code civil prévoit qu'à défaut d'accord entre les parties sur le choix de l'expert, la désignation en sera faite « par jugement du président du tribunal judiciaire ou du tribunal de commerce compétent, statuant selon la procédure accélérée au fond et sans recours possible ». Il est procédé ainsi en cas de renvoi par voie conventionnelle aux dispositions de ce texte pour régir une situation qui n'y est pas spécialement prévue[1739]. La situation est différente s'agissant du tiers visé à l'article 1592 du Code civil pour la fixation du prix de vente. Mandataire commun des parties, il leur appartient de désigner celui-ci. Cependant, pour prévenir le risque d'impossibilité de désignation ou de refus du tiers estimateur désigné, l'habitude a été prise de prévoir dans le contrat que faute pour les parties de parvenir à un accord sur un autre nom, le choix du tiers sera laissé au juge

[1733] CPC, art. 1459. Sur cette question, v. C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *op. cit.*, n° 265 et s., p. 296 et s.
[1734] T. CLAY, « L'appui du juge à l'arbitrage », Cah. arb. 2011, p. 331, spéc. n° 12.
[1735] P. FOUCHARD, « La coopération du Président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », Rev. arb. 1985, p. 5, spéc. p. 26.
[1736] T. CLAY, « L'appui du juge à l'arbitrage », art. préc., spéc. n° 32 et s. V. aussi, P. CHEVALIER, « Le nouveau juge d'appui », *in Le nouveau droit français de l'arbitrage. Actes du colloque du 28 février 2011*, T. CLAY (dir.), Lextenso éditions 2011, p. 143, spéc. p. 155 et s.
[1737] CPC, art. 1460, al. 2.
[1738] Règlement d'arbitrage du CMAP, art. 6 et 11 à 16.
[1739] V. par ex., Cass. com., 30 nov. 2004, n° 03-13.756.

saisi par la plus diligente. Dans une telle hypothèse, le juge statue selon la procédure accélérée au fond sans recours[1740]. Encore faut-il que les parties attribuent expressément ce pouvoir de désignation au juge. La stipulation doit être claire et dépourvue d'équivoque[1741]. En l'absence de prévision conventionnelle, le juge ne peut pas procéder d'autorité à la désignation d'un tiers. Il peut inviter tout au plus les parties à désigner une autre personne. Les juges refusent en général de procéder à cette désignation[1742].

494. - La question est résolue de manière différente s'agissant des procédures de résolution amiable des différends impliquant le recours à un tiers. En l'état actuel du droit positif, il appartient aux parties, soit de désigner nommément le tiers dans la clause, soit de prévoir les modalités de sa désignation. À défaut, l'effectivité du processus se trouverait remise en cause en cas de désaccord[1743] ou de refus de désignation par l'une des parties[1744]. La jurisprudence considère, en effet, dans une telle situation que la procédure contractuelle ne peut être mise en œuvre[1745]. On aurait pu s'attendre à ce que le juge prête main-forte à l'application de tels dispositifs destinés au règlement amiable des litiges en procédant d'office à la désignation d'un conciliateur ou d'un médiateur en lieu et place de la partie défaillante. Il est vrai que la question ne se pose pas en ces termes devant les tribunaux, leur saisine se limitant le plus souvent à déterminer si la violation de la clause constitue une cause d'irrecevabilité de l'action. Mais, on peut déduire de l'arrêt que la Cour de cassation retiendrait une solution identique à celle retenue en application de l'article 1592 puisqu'elle considère que la clause ne peut être mise en œuvre faute de désignation ou de précision des modalités de désignation du tiers[1746]. En l'absence de stipulation expresse conférant un pouvoir de désignation du tiers (conciliateur, médiateur ou expert), le juge ne peut y procéder d'office excepté le cas où la demande vise la mise en œuvre d'une procédure prévue par la loi. Dans ce contexte, les contractants préviennent fréquemment la difficulté en organisant dans leur accord les modalités de recours au juge en cas de désaccord sur le choix du tiers. La pratique consiste à conférer au président du tribunal compétent le pouvoir de désigner le médiateur, conciliateur ou l'expert en cas de désaccord sur le choix d'une personne[1747]. La décision de désignation ou

[1740] V. en ce sens, Cass. com., 26 juin 1990, n° 88-14.444, Bull civ. IV, n° 197 ; RTD com. 1991, p. 87, obs. B. BOULOC ; RTD civ. 1991, p. 113, obs. J. MESTRE ; *ibid*. p. 356, obs. P. RÉMY ; Rev. Sociétés 1993, p. 96, note I. URBAIN-PARLEANI.

[1741] Cass. 1re civ., 16 mai 1984, Bull. civ. I, n° 64.

[1742] Cass. civ., 25 avr. 1952, D. 1952, p. 635 ; JCP 1952, II, 7181, note M. E. BECQUE ; RTD civ. 1952, p. 515, obs. J. CARBONNIER.

[1743] Un tel désaccord ne manque pas de survenir lorsque la clause prévoit le choix du médiateur d'un commun accord à la survenance de différend : v. Cass. com., 24 mai 2017, n° 15-25.457 ; RTD civ. 2017, p. 653, obs. H. BARBIER ; D. 2017, p. 692, obs. N. FRICERO ; *ibid*. p. 2559, obs. T. CLAY ; AJC 2017, p. 396, obs. N. DISSAUX ; RDC 2017, n° 4, p. 69, obs. C. PELLETIER. *Adde*, CA Paris, 20 mai 2020, n° 19/18891, préc.

[1744] C'était le cas, par exemple, dans l'affaire traitée par Cass. com., 17 juin 2003, n° 99-16.001 ; D. 2003, p. 2480, obs. T. CLAY.

[1745] Cass. com., 3 oct. 2018, n° 17-21.089, préc., à propos d'une clause de médiation, la Cour affirme : faute pour les parties de désigner le médiateur ou de préciser, au moins, les modalités de sa désignation, la clause « ne pouvait pas être mise en œuvre de sorte que son non-respect ne pouvait fonder une fin de non-recevoir ».

[1746] Cass. com., 3 oct. 2018, n° 17-21.089, préc.,

[1747] V. par ex., Cass. com., 19 juin 2019, n° 17-28.804 ; Gaz. Pal. 2019, p. 44, obs. N. HOFFSCHIR, clause prévoyant la désignation du médiateur par ordonnance du président du tribunal de commerce de Lille statuant sans recours possible. V. aussi, la clause traitée par CA Montpellier, 5 sept. 2013, n° 12/08789.

de refus de désignation est en principe non susceptible de recours sauf en cas d'excès de pouvoir[1748].

En présence d'une clause de référence à un règlement institutionnel, la difficulté est tranchée par l'institution concernée. Le processus mis en œuvre à cet effet constitue un emprunt à la procédure judiciaire qui prend aujourd'hui la forme d'une procédure accélérée sur le fond. Le recours à celle-ci permet aussi de conférer une force exécutoire au résultat du processus contractuel.

2. Les mesures de coercition tournées vers l'efficacité du résultat

495. - Les opérations successives qui doivent être accomplies dans le jeu d'une procédure contractuelle ont pour objet d'aboutir à un résultat[1749] lequel n'est pas doté de la force exécutoire. L'efficacité du résultat est relative en ce qu'elle dépend de la bonne volonté des contractants. Faute d'exécution spontanée, la partie récalcitrante ne peut être contrainte à l'exécuter. Les arguments ne manquent pour tenter de remettre en cause le résultat final. Pour obvier à toute éventualité de contestations renaissantes, il peut être envisagé le recours à des mécanismes procéduraux qui permettent de renforcer la valeur de l'accord obtenu à l'issue d'une procédure contractuelle.

Dans le cas de l'arbitrage, le processus prend fin par une sentence. Le tribunal arbitral ne disposant pas de l'*imperium*, il ne peut pas rendre sa sentence exécutoire[1750]. Pour doter la décision du tribunal arbitral de la force exécutoire, il revient à la partie la plus diligente de saisir le tribunal judiciaire dans ressort duquel la sentence a été rendue. La saisine se fait par requête et la procédure relative à la demande d'*exequatur* se déroule de façon non contradictoire[1751]. La procédure suivie tend à la reconnaissance et à l'*exequatur* de la sentence[1752]. C'est par une ordonnance que le tribunal confère force exécutoire à la sentence ouvrant la voie aux mesures d'exécution forcée.

496. - En ce qui concerne, les procédures de résolution amiable des litiges (procédure participative, conciliation, médiation), l'efficacité du résultat peut être obtenue de deux façons outre la possibilité pour le juge de s'inspirer de l'avis du conciliateur (ou du médiateur) pour trancher le litige en l'absence de remise en cause de son appréciation de part et d'autre[1753]. La première possibilité consiste à conférer à l'accord la valeur d'un acte authentique. Il en est ainsi lorsque le juge saisi se contente de donner acte aux parties de leur accord. Dans une telle

---

[1748] V. Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-17.465 ; BJS 2009, p. 728, note A. COURET et les réf. citées dans la note 1.

[1749] Une procédure contractuelle peut aboutir à différentes sortes de résultat, v. par ex. C. BOILLOT, *La transaction et le juge*, préf. P. LE CANNU, LGDJ 2003, spéc. n° 494, p. 268, qui souligne que « la conciliation peut aboutir à la conclusion d'une transition, mais elle peut aussi déboucher sur autre chose, en cas d'échec, comme en cas de succès » : renonciation unilatérale de l'une des parties à ses prétentions sans aucune contrepartie, reconnaissance du bien fondé des prétentions de la partie adverse, constat d'échec de la tentative…

[1750] C. JARROSSON, « Réflexions sur l'imperium », *in Études offertes à P. BELLET*, Litec 1991, p. 245, spéc. n° 58, p. 269, qui fait une distinction entre l'i*mperium merum* (qui désigne le pouvoir de contraindre, de commander) auquel l'arbitre est dépourvu et l'*imperium mixum* (qui renvoie aux pouvoirs indissociables de la *jurisdictio*) dont le tribunal arbitral est, en partie, pourvu.

[1751] CPC, art. 1478.

[1752] V. C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *op. cit.*, n° 940 et s.

[1753] Cass. 1re civ., 20 juin 2006, 03-16.640, préc.

hypothèse, celui-ci aura « la force probante d'un acte authentique sans pour autant se muer en jugement »[1754]. Les parties peuvent déposer l'accord transactionnel au rang des minutes d'un notaire[1755]. Dans ce cas, l'accord acquiert les effets d'un acte authentique et les parties peuvent demander la délivrance d'une copie exécutoire[1756]. Il en est autrement lorsque l'accord issu du processus amiable est contresigné par avocat. Certes, un tel acte jouit d'une certaine force probante puisqu'en contresignant l'accord, « l'avocat atteste avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte »[1757]. Cependant, l'acte contresigné par avocat n'a pas de force exécutoire[1758].

La deuxième possibilité consiste à soumettre l'accord à l'homologation du juge « aux fins de le rendre exécutoire »[1759]. Le juge[1760] compétent est celui qui est amené « connaître du contentieux dans la matière considérée »[1761]. Néanmoins, les dispositions du Code de procédure civile ne sont pas suffisamment claires à propos de la qualification exacte de la procédure applicable[1762] et de la décision, car « en elle-même, l'homologation ne désigne pas une catégorie de décisions à laquelle correspondrait un régime juridique précisément identifié »[1763]. On s'interroge notamment sur le fait de savoir s'il s'agit d'une procédure sur requête « nommée » à potentialité contentieuse[1764] ou simplement d'une procédure gracieuse spéciale[1765].

L'approche gracieuse est difficile à retenir. On peut le constater dans l'hypothèse où la procédure est engagée par l'une des parties à la suite du refus d'exécution de la transaction par l'autre auquel cas la qualification de procédure contentieuse paraît adaptée[1766]. Il est vrai

---

[1754] S. AMRANI-MEKKI, « La clause de conciliation », art. préc., n° 34, p. 45.
[1755] M. FOULON et Y. STRICKLER, « Accords et force exécutoire en France », Gaz. Pal. 3 sept. 2013, n° 246, p. 8, spéc. n° 15.
[1756] CPCE, art. L. 111-3.
[1757] L. n° 71-1130 du 31 déc. 1971, art. 66-3-1.
[1758] En ce sens, v. Rép. min. n° 17709, JO Sénat, 5 nov. 2020, p. 5130. En revanche, le juge peut homologuer une transaction élaborée sous l'égide d'un avocat, lui conférant ainsi judiciairement un caractère authentique : Cass. 1re civ., 16 mai 2006, n° 04-13.467 ; Bull. civ. I, n° 243 ; RTD civ. 2006, p. 823, obs. R. PERROT.
[1759] V. par ex., Cass. 2e civ., 24 mai 2007, n° 06-11.259, Bull. civ. II, n° 133 ; D. 2008, p. 129, note P. JULIEN et J.-B. RACINE ; *ibid*. 2007, p. 2427, obs. N. FRICERO ; et 2008, p. 810, obs. T. CLAY.
[1760] V. CA Versailles, 18 juin 2003, D. 2004, Jur., p. 1332, note A. MERVEILLE et R. THOMINETTE, concernant les pouvoirs du juge, la cour considère que l'ordonnance n'est pas un simple visa mais suppose un contrôle minimum sur la nature de la convention et sa conformité apparente avec l'ordre public. Sur cette question, v. not. X. VUITTON, « Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du code de procédure civile », RTD civ. 2019, p. 771, spéc. n° 18 et s.
[1761] CPC, art. 1565, al. 1. *Cf.* C. LAPORTE et H. CROZE, « Mais où est donc passé l'article 1441-4 du Code de procédure civile ? », Gaz. Pal. 3 avr. 2012, p. 16.
[1762] V. en ce sens, Y. DESDEVISES, « Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ? », D. 2000, chron. p. 284, spéc. n° 7 et s. ; G. TAORMINA, « Brèves remarques sur quelques difficultés pratiques rencontrées dans le cadre de la procédure d'*exequatur* des transactions de l'article 1441-4 NCPC », D. 2002, p. 2353.
[1763] F. MARCHADIER, « L'attribution de la force exécutoire à la transaction extrajudiciaire après le décret du 20 janvier 2012 », Gaz. Pal. 8 déc. 2012, p. 15, spéc. II, 2e §. V. aussi, S. AMRANI-MEKKI, « Les nouveaux titres exécutoires : les accords amiables homologués », Dr. et pratr. 2013, p. 231 ; M. FOULON et Y. STRICKLER « Accords et force exécutoire en France », Gaz. Pal. 3 sept. 2013, n° 246.
[1764] M. FOULON et Y. STRICKLER, « Qu'est-ce qu'une requête (ou la polysémie du mot « requête ») ? », Gaz. Pal. 8 déc. 2012, n° 343, p. 10, spéc. n° 9.
[1765] Sur cette question, v. S. PIERRE-MAURICE, *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, préf. Y. STRICKLER, Dalloz 2003, spéc. n° 4, p. 3 e t n° 75 et s., p. 47 et s.
[1766] G. TAORMINA, art. préc., spéc., I. B.

que la juridiction saisie a un pouvoir d'appréciation, mais son intervention ne vise pas à parfaire l'accord des parties. Ne portant pas sur le fond du litige auquel il a été mis fin par une transaction, sa décision « ne répond qu'imparfaitement à la définition de l'article 25 du Code de procédure civile, sauf à retenir une conception extensive de la matière gracieuse »[1767]. Si la qualification de procédure sur requête a la préférence de certains[1768], elle n'est pas non plus convaincante. Outre le fait que la décision d'homologation n'a pas un caractère provisoire, le juge ne statue pas sur le fond, dans le cadre de cette procédure, notamment dans l'hypothèse où l'une des parties n'exécute pas l'accord transactionnel[1769]. On voit qu'aucune des deux qualifications n'est pleinement satisfaisante.

497. - Par ailleurs, la nature de l'acte du juge est discutée[1770]. Si certains y voient une décision de nature juridictionnelle[1771], d'autres considèrent qu'il s'agit d'un contrat rendu exécutoire[1772] ou encore de « contrats juridictionnalisables »[1773]. Les rédacteurs du Code de procédure civile ont préféré maintenir la procédure sur requête pour obtenir l'homologation[1774] en distinguant deux conséquences. Dans l'hypothèse où il est fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu la décision. Cela n'est pas sans rappeler la procédure sur requête. En revanche, lorsque le juge refuse d'homologuer l'accord, sa décision peut faire l'objet d'un appel lequel est jugé selon la procédure gracieuse[1775]. On remarquera que le référé-rétractation est désormais susceptible de concerner une formation collégiale dans la mesure où il faut s'adresser au « juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée ». Du reste, une telle option ne conduit-elle pas à dénaturer le référé-rétractation ? Il a été en effet démontré que ce « mode de contestation ne constitue pas à proprement parler un recours, en ce sens qu'il ne s'agit pas de juger une nouvelle fois l'affaire, mais d'instaurer le contentieux et la discussion contradictoire qui, par hypothèse, n'a pu avoir lieu auparavant »[1776]. Or, en matière d'homologation, la procédure ne vise pas à trancher un litige. En dépit des questions qu'elle soulève, l'ordonnance sur requête apparaît opportune en raison de sa simplicité et de son aptitude à « apporter une réponse la moins dommageable possible pour les plaideurs »[1777].

[1767] F. MARCHADIER, art. préc., spéc. II, 4e §.
[1768] M. FOULON et Y. STRICKLER, « Accords et force exécutoire en France », art. préc., spéc. n° 23.
[1769] En ce sens, v. G. TAORMINA, art. préc., spéc., I. A ; F. MARCHADIER, art. préc., spéc. II, 4e §.
[1770] Sur cette question, v. not., C. BOILLOT, *La transaction et le juge*, th. préc., n° 359 et s. ; B. GORCHS, « Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable », Rev. arb. 2008, p. 33 et s., spéc. n° 7 et s.
[1771] H. CROZE et C. LAPORTE, « Mais où est donc passé l'article 1441-4 du Code civil ? », Gaz. Pal. 3 avr. 2012, p. 22 ; R. PERROT, « L'homologation des transactions », Procédures 1999, chron. 10.
[1772] S. GUINCHARD, « L'ambition d'une justice civile rénovée », D. 1999, chron., p. 65, spéc. n° 18 ; J. HÉRON, *in* RGDP 1999, p. 73 ; C. JARROSSON, *in* RGDP 1999, p. 136 ; L. CADIET, *in* JCP G 1999, I, 130, spéc. n° 18 ;
[1773] Y. DESDEVISES, « Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ? », art. préc., spéc. n° 14, pour rendre compte de l'objectif poursuivi, l'auteur propose cette qualification pour montrer qu'il de « donner à ces contrats les effets d'un jugement afin de les mettre très rapidement (au terme des délais d'exercice des voies de recours) à l'abri de toute remise en cause ».
[1774] CPC, art. 1566. V. not. Y. STRICKLER, « Matière et procédure gracieuses », J.-Cl. Proc. civ. 2020, fasc. 500-45, spéc. n° 86.
[1775] CPC, art. 1566, al. 3.
[1776] X. VUITTON, « Ordonnances sur requête », J.-Cl. Proc. civ. 2019, fasc. 1300-20, spéc. n° 55.
[1777] M. FOULON et Y. STRICKLER, « Accords et force exécutoire en France », art. préc., spéc. n° 23.

498. - S'agissant des autres procédures impliquant un tiers évaluateur, l'analyse se fait sur le terrain contractuel. La décision du tiers n'est pas une sentence ayant autorité de chose jugée[1778]. Elle est seulement pourvue d'une force identique à celle de la convention des parties. Les situations visées concernent les processus de détermination du prix en application des articles 1592 et 1843-4 du Code civil, la procédure d'expertise en matière d'assurance ou encore la clause de renégociation conférant un pouvoir de décision à un tiers. Dans ces différents cas, le mécanisme porte sur des questions relevant de la compétence des parties elles-mêmes mais qui font le choix de déléguer leur pouvoir de décision à un tiers[1779]. Par exemple, dans la procédure d'expertise en matière d'assurance de choses, « le pouvoir de décision délégué porte sur des appréciations de fait : détermination de la conformité des dommages invoqués avec la description des dommages couverts faite par la police et évaluation de l'indemnité correspondante »[1780]. Ainsi, le résultat du processus, c'est-à-dire la décision du tiers, fait corps avec le contrat[1781]. Le recours au juge s'impose donc en cas de refus d'exécution et les sanctions de l'inexécution du contrat ont vocation à s'appliquer.

On le constate, le régime des procédures contractuelles ne relève pas uniquement du droit des contrats. La force d'attraction des règles procédurales sur ces mécanismes est réelle. Le fait que les principes directeurs du procès ne soient pas applicables en tant que tels ne signifie pas que les exigences qu'ils mettent en œuvre ne valent pas en dehors de leur champ d'application[1782]. Dans les procédures contractuelles, tout comme dans la procédure judiciaire, il s'agit de garantir un minimum d'équité dans le processus qui mène au résultat recherché. Cet objectif commun explique que les premières s'inspirent de la seconde pour réguler les rapports entre les contractants en raison de son adéquation aux situations concernées notamment en matière de règlement des différends, de mise en œuvre des prérogatives conférant un pouvoir de sanction. Il faut ajouter le fait que les règles de procédure civile contiennent des instruments à la disposition des parties pour assurer l'efficacité de la mise en œuvre et du résultat de leur procédure. Au final, il y a une complémentarité entre le contrat et

---

[1778] Cass. 3e civ., 4 mars 1998, n° 96-16.671, Bull. 1998, III, n° 49 : « la stipulation de la convention […] ne donnait pas à l'estimation des experts le caractère d'une sentence arbitrale et ne pouvait s'analyser en une clause compromissoire mais conférait à l'estimation un caractère contractuel au même titre que si elle avait été arrêtée par les parties » ; Cass. com., 16 févr. 2010, n° 09-11.586 ; BJS 2010, p. 626, note P. LE CANNU. Déjà en ce sens, v. Cass. 2e civ., 25 mai 1962, n° 59-12912, Bull. 1962, II, n° 470.

[1779] V. Cass. com., 4 nov. 1987, Bull. civ. IV, n° 226 ; JCP E 1988, II, 15212, p. 421-423, spéc. I, obs. A. VIANDIER ; Rev. soc. 1988, 102, obs. Y. GUYON ; Cass. com., 19 avr. 2005, n° 03-11.790 ; BJS 2005, p. 1392, note H. LE NABASQUE : « les contractant font de la décision [de l'expert désigné conformément à l'article 1843-4 du Code civil] leur loi » ; Cass. com., 6 juin 2001, JCP 2001, I, 372, n° 2, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN : « en s'en remettant pour déterminer le prix de cession des actions à l'estimation d'un tiers, en application de l'article 1592 du Code civil, les contractants font de la décision de celui-ci leur loi ». *Adde*, L. CADIET, « Le juge et l'évaluation d'un prix de cession par un tiers », RDC 2004, p. 750 : l'évaluation du tiers « participe du consentement commun des parties au contrat dont elle parfait la conclusion » ; Y. REINHARD, « La fixation du prix par expert (C. civ., article 1592 et 1843-4) », Gaz. Pal. 2010, p. 33, spéc. I. A. 1, qui affirme que le tiers estimateur (de l'article 1592 du Code civil) « prolonge et complète la volonté des parties ».

[1780] J. LENEVEU, note sous CA Grenoble, 15 juin 1976, J.C.P. 1978, I, 18991, *in fine*.

[1781] Une solution identique est retenue à propos de la décision du tiers statuant conformément à l'ancien règlement de référé pré-arbitral de la CCI de sorte qu'est irrecevable à l'encontre d'une telle décision le recours en annulation ouvert contre les sentences : CA Paris, 29 avr. 2003, Gal. Pal. 2003, n° 151, p. 23, obs. A. MOURRE.

[1782] L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », art. préc., spéc. n° 16.

la procédure dans la définition du régime des procédures contractuelles. Il convient d'analyser si cette complémentarité a des incidences sur le plan contentieux.

Section 2 : Le contentieux de la mise en œuvre des procédures contractuelles

499. - On l'a constaté, une procédure contractuelle « est une suite d'actes juridiques »[1783]. Elle est destinée, à l'instar des actes qui la composent, à produire des effets de droits. Ces effets se développent sur le contentieux contractuel. On peut le vérifier en s'intéressant d'abord à l'instance relative au jeu de procédures contractuelles (**§. 1**) puis à la sanction de leur violation (**§. 2**).

§. 1. L'instance relative à la mise en œuvre des procédures contractuelles

500. - Les procédures contractuelles concernent en principe la régulation juridique des rapports entre les parties hors du prétoire. Parfois, les diligences qui sont imposées aux contractants produisent des effets sur la situation juridique des acteurs impliqués dans le procès relatif à leur mise en œuvre. Pour le vérifier, on analysera successivement l'incidence des règles procédurales en cause sur les prérogatives du juge (**B**) et des parties (**A**).

A. Les prérogatives des parties

501. - Au-delà du cadre contractuel, les procédures étudiées ont une incidence sur le rôle des parties dans le procès qui pourrait survenir relativement au contrat qui les contient (**1**). Elles ont également une incidence sur les moyens de défense qu'elles peuvent invoquer (**2**).

1. L'incidence des procédures contractuelles sur le rôle des parties

502. - Dans le cadre de l'exécution contentieuse du contrat prévoyant une procédure, le rôle des parties dans la conduite de l'instance peut se trouver affecté.

On peut le constater d'abord en s'intéressant à l'introduction de l'instance. La mise en œuvre des diligences qui sont imposées aux parties dans le jeu de certaines procédures contractuelles conduit à une inversion de rôle quant à l'initiative de l'instance. En matière de clauses aménageant la résolution du contrat, par exemple, la volonté de dispenser le créancier du recours au juge est patente. Le créancier se voit reconnaître un droit de résolution[1784] de sorte qu'au bout du processus, c'est le débiteur qui sera le plus souvent amené à saisir le

[1783] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 95, p. 430 : « Le procès est une suite d'actes juridiques ».
[1784] Le pouvoir ainsi reconnu au créancier le dispense du « recours au juge » : v. C. PAULIN, *La clause résolutoire*, th. préc., n° 5 ; T. GENICON, th. préc., n° 123.

juge[1785]. La clause relative à la mise en œuvre de l'exception d'inexécution aboutit à un résultat similaire[1786]. Le créancier n'étant pas tenu de saisir le juge préalablement au jeu l'exception d'inexécution, l'initiative de l'instance incombera au débiteur qui conteste la justesse de la mesure.

503. - Les clauses de direction du procès[1787] ont également une incidence sur le rôle des parties dans la conduite de l'instance. On les trouve fréquemment dans les contrats d'assurance de responsabilité et en matière de garantie de passif[1788]. Elles réservent à l'assureur ou au garant « la faculté d'assurer la direction exclusive du procès civil » intenté contre le bénéficiaire. Dans les polices d'assurance de responsabilité, la formulation retenue se présente comme celle-ci :

> « Pour les dommages entrant dans le cadre des garanties de responsabilité stipulées par ailleurs dans le présent contrat et dans les limites de celles-ci, l'assureur assume seul la direction du procès intenté à l'assuré et a le libre exercice des voies de recours »[1789].

L'assuré s'engage à informer l'assureur de l'existence de toute action qui sera engagée contre lui et, le cas échéant, à collaborer avec l'assureur en l'informant notamment de tout élément qui s'avère utile à la conduite de l'instance. À l'évidence, la mise en œuvre de cette faculté a pour effet de rendre l'assureur « maître du procès »[1790] contre l'assuré. Celui-ci demeure partie au procès, mais c'est bien l'assureur qui en assure la direction effective. La jurisprudence considère que l'assureur intervient dans la procédure en qualité de mandataire de l'assuré[1791]. Pour autant, en menant la direction du procès l'assureur a-t-il réellement la qualité de tiers ? La « direction exclusive » du procès qui est conférée à l'assureur rend difficile la détermination exacte de son rôle et de sa place de la procédure. Dans certaines clauses, il est prévu une déchéance des droits de l'assuré en cas d'immixtion dans la procédure[1792]. Dans ces conditions, l'assureur n'est pas véritablement tiers de sorte qu'il serait irrecevable à former une tierce opposition contre le jugement rendu à l'issue de la procédure[1793] sous réserve d'une « intervention volontaire de sa part ou d'appel à garantie »[1794].

[1785] V. par ex., Cass. com., 1er oct. 2013, n° 12-20.830.
[1786] Pour un exemple, v, J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 740., p. 243.
[1787] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et C. RODA, *op. cit.*, v° « Clause de direction du procès », n° 490 et s.
[1788] H. DUBOUT, « La gestion des réclamations de tiers dans les garanties de passif », *op.* et *loc. cit.* ; T. ALLAIN, « Clauses de garantie dans les cessions de droits sociaux », art. préc., spéc. n° 110-111. V. aussi, Cass. com., 18 mai 2016, n° 14-22.354, préc.
[1789] Clause extraite du contrat proposé par la compagnie d'assurance ACE Europe, traitée par CA Lyon, 27 nov. 2014, n° 11/06376.
[1790] Cass. 1re civ., 18 oct. 1954 ; RGAT 1954, p. 424, note A. BESSON.
[1791] V. Cass. 1re civ., 13 nov. 1991, n° 89-14.431, Bull. civ. I, n° 307 ; Cass. com., 12 mai 2004, n° 02-10.653, Bull. civ. IV, n° 93 ; CA Paris, 17 janv. 2012, n° 08/22002 : il s'agit d'une « faculté ouverte à l'assureur qui exerce alors un mandat d'intérêt commun ».
[1792] V. CA Lyon, 27 nov. 2014, n° 11/06376, préc.
[1793] V. par ex., Cass. civ., 29 juin 1936, S. 1936, 1, 345 ; Cass. soc., 26 mai 1965, Bull. civ. V, n° 404.
[1794] Cass. 2e civ., 7 févr. 2013, n° 12-12.875 ; RCA 2013, n° 129, note H. GROUTEL ; LEDA avr. 2013, p. 3, obs. F. LEDUC, qui considère qu'en dépit de la stipulation d'une « une clause de direction du procès au profit de l'assureur », celui-ci « reste juridiquement un tiers par rapport à l'instance en responsabilité, à défaut d'intervention volontaire de sa part ou d'appel en garantie ».

Ensuite, dans le déroulement de l'instance, un accord sur la détermination des rôles respectifs des parties peut être conclu. Ainsi, lorsque des conventions de procédure participative en vue de la mise en œuvre sont conclues, le calendrier de procédure établi a des implications sur le rôle des parties notamment quant au dépôt des conclusions dans les délais impartis[1795]. De même, la mise en œuvre des procédures contractuelles n'est pas sans incidence sur les charges incombant aux parties. Par exemple, en matière de clause de conciliation ou de renégociation, le contractant qui refuse de faire une proposition sera amené à motiver son attitude[1796] sous peine d'engager sa responsabilité. Lorsqu'une obligation de motivation est prévue, il en résulte une inversion[1797] du moins une répartition de la charge de la preuve quant au bien-fondé de la décision[1798]. Il incombe, en particulier, au titulaire de la prérogative d'établir le bien-fondé de sa décision au regard des motifs énoncés[1799]. On peut faire une observation s'agissant de l'incidence des procédures contractuelles sur les charges probatoires des parties. Les présomptions qui s'induisent du jeu de ces mécanismes[1800] ont pour effet, selon le cas, de faciliter ou de rendre plus difficile la tâche probatoire[1801]. La situation visée concerne plus généralement les clauses relatives à la preuve lesquelles sont très encadrées, notamment dans les rapports entre professionnels et consommateurs[1802]. Lorsque

[1795] Rappr. Cass. 2e civ., 13 janv. 1993, n° 90-20.426, qui approuve l'arrêt d'appel d'avoir déclaré irrecevable les conclusions déposées et signifiées à l'expiration du délai prévu dans le contrat de procédure.

[1796] V. en ce sens, M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », art. préc., spéc. n° 14.

[1797] R. ENCINAS DE MUNAGORRI, th . préc., n° 433 ; P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, préf. S. CHASSAGNARD-PINET, Av.-p. G. CHANTEPIE, éd. Mare & martin 2014, spéc. n° 329, p. 450, pour qui la mise en œuvre de l'obligation de motivation opère un renversement de la charge de la preuve conduisant à faire peser sur le titulaire du pouvoir la charge de justifier son exercice en cas de contestation. V. aussi, T. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », RDC 2004, p. 579, n° 7. V. aussi, X. LAGARDE, « Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », Dr. soc. 1998, p. 890, spéc. n° 6, qui considère que le contentieux relatif à la contestation de licenciement, l'employeur se trouve en situation de « quasi-demandeur » de sorte qu'il « paraît exact d'affirmer que la charge de la preuve, entendue comme le risque de la preuve, pèse sur » lui.

[1798] L. BENTO DE CARVALHO, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, préf. G. AAUZERO, LGDJ 2018, n° 792, qui affirme que l'obligation de motiver la rupture place « le contractant qui entendrait en contester a posteriori le bien-fondé dans une position nettement plus avantageuse, en ce qu'elle inverse partiellement la charge de la preuve. Le demandeur à l'instance n'a plus à rechercher et à expliciter les raisons ayant conduit son ancien partenaire à rompre le contrat, il lui suffit d'en démontrer le caractère non légitime »

[1799] Pour un ex. en matière de licenciement, v. Cass. soc., 21 juin 2017, n° 15-21.897, qui considère que c'est à l'employeur de démontrer « que la rupture du contrat de travail était justifiée par les griefs invoqués dans la lettre de licenciement ».

[1800] Sur cette question, v. *supra*, n° 414 et s.

[1801] V. par ex., Cass. com., 5 avr. 2018, n° 16-19.854, jugé que le demandeur en paiement d'une certaine somme devait « justifier de la production des résultats comptables prévus à la convention qui devaient permettre de calculer la créance » de sorte qu'en ne le faisant pas alors qu'il était contractuellement tenu, il doit être débouté de sa demande faute de preuve ; CA Angers, 22 sept. 2015, n° 14/00043, à propos d'une clause subordonnant l'exécution de travaux supplémentaires à une autorisation du maître de l'ouvrage, la cour décide qu'il appartient à l'entrepreneur de rapporter la preuve de cette autorisation lorsqu'il demande paiement de ces travaux.

[1802] Sur cette question, v. M. MEKKI, « La gestion contractuelle du risque de la preuve (2e partie) », RDC 2009, p. 453, spéc. II. A. V. aussi, CCA, 17 mai 2021, recommandation n° 21-01 relative aux contrats de crédit à la consommation, BOCCRF, 17 mai 2021, consultable sur https://lext.so/srZ6lg , qui propose d'éliminer un certain nombre de clauses relatives à la preuve.

leur mise en œuvre entraine une inversion du rôle des parties quant à la charge de la preuve, la clause peut être jugée abusive[1803].

504. - L'aptitude des procédures contractuelles à produire des effets sur la répartition de la charge de la preuve n'est pas sans danger. En effet, l'échec d'un plaideur concernant la charge la preuve qui lui incombe entraine la perte du procès. Il est vrai que la question se posera principalement sur le terrain de la force obligatoire du contrat. Elle implique que le demandeur rapporte la preuve de la violation de la procédure contractuelle pour invoquer la conséquence juridique qui lui est attachée. Ainsi, lorsqu'une clause procédurale prévoit une présomption ou une déchéance, c'est la violation ou non de la procédure contractuelle qui déterminera l'effet recherché. Dans tous les cas, la clause peut être invoquée par l'une ou l'autre partie au titre des moyens de défense.

2. L'incidence des procédures contractuelles sur les défenses procédurales des parties contractantes

505. - En fonction de l'ordre chronologique dans lequel elles peuvent être invoquées dans un éventuel procès, les procédures contractuelles constituent de véritables modes de défense d'origine conventionnelle. On présentera donc successivement leur incidence sur les moyens de défense au fond (**c**), sur les fins de non-recevoir (**b**) et sur les exceptions de procédure (**a**).

a. L'incidence sur les exceptions de procédure

506. - Dans certains cas, les règles régissant les exceptions de procédure[1804] sont étendues aux procédures contractuelles. Mais la qualification exacte de ce moyen de défense n'étant pas évidente, elle doit être vérifiée.

En matière d'arbitrage, la qualification suscite moins de difficulté : il est admis que la conclusion d'une clause compromissoire ou d'un compromis emporte transfert de compétence du tribunal étatique au tribunal arbitral[1805]. Les parties s'engagent positivement à soumettre leur litige au tribunal et négativement à ne pas saisir le juge étatique. L'efficacité de ce double engagement des parties justifie le « transfert de compétence »[1806] au tribunal arbitral pour statuer sur les questions relatives à sa propre compétence[1807]. Selon l'article 1448 du Code de procédure civile, « lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement

[1803] V. par ex.,CA Fort-de-France, 18 déc. 2018, n° 16/00380 ; CA Montpellier, 22 sept. 2020, n° 17/04853, la cour rappelle qu'une banque ne peut tenter de contourner l'obligation d'information annuelle de la caution en insérant une clause instituant un processus renversant la charge de la preuve. Rappr., Cass. 1re civ., 8 avr. 2021, n° 19-20.890, préc., qui rétient que la clause par laquelle le consommateur a reconnu avoir la pleine et correcte exécution des obligations précontractuelles incombant au prêteur ne peut avoir pour effet un renversement de la charge de la preuve de l'exécution desdites obligations sous peine de compromettre l'effectivité des droits reconnus au consommateur.
[1804] V. CPC, art. 75 à 121.
[1805] C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *op. cit*., spéc. n° 160 et s.
[1806] *Ibid*., n° 674 et s.
[1807] Sur ce sujet, v. M. BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, préf. J.-B. RACINE, PUAM, 2013, spéc. n° 210 et s.

inapplicable »[1808]. Par conséquent, la saisine du juge étatique au mépris d'une clause d'arbitrage peut être attaquée au moyen d'une exception d'incompétence[1809]. Dans le cas contraire, si l'on devait sanctionner une telle violation par des dommages et intérêts, la victime aurait du mal à établir la preuve d'un préjudice du fait de la saisine d'une juridiction étatique. Dans tous les cas, la responsabilité contractuelle est inadaptée au manquement qui est en cause ici.

507. - Hormis la clause compromissoire ayant trait à la compétence, l'exception de procédure que l'on pourrait appliquer aux procédures contractuelles est celle relative aux nullités des actes de procédure[1810]. L'objectif est d'assortir la violation des formalités procédurales conventionnelles de sanction sans pour autant remettre en cause l'essence du mécanisme voulu par les parties. L'application du régime gouvernant la nullité des actes de procédure permet de faire le tri entre les violations justiciables d'une sanction et celles qui sont neutres. Il peut s'appliquer aux notifications contractuelles pour sanctionner l'absence de mentions lorsqu'il en résulte un grief pour le demandeur. On peut appliquer aussi le régime des nullités de procédure à l'acte produit en justice en violation de la procédure contractuelle. Par exemple, il a été jugé que la mention de l'avis du médiateur dans l'acte introductif d'instance constitue une violation du principe de confidentialité régissant cette procédure conventionnelle et cause un grief à la victime « en ce qu'elle affecte la neutralité du débat soumis au juge »[1811]. La nullité prononcée par les juges dans cette affaire demeure un cas rare car la jurisprudence fait preuve en général de rigueur quant à l'admission d'une telle sanction. La solution s'inscrit dans la « tendance moderne du droit procédural » qui « est de rendre difficile l'annulation des actes de procédure, voire de toute une procédure, si un droit fondamental des parties n'est pas concerné »[1812].

Dans la majorité des cas, la nullité est écartée au motif tiré de l'absence de grief. Un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris en 2017[1813] permet de l'illustrer. En l'espèce, une clause d'exclusion prévoyait que « lorsqu'un associé fait appel d'une décision d'exclusion prise par le conseil d'administration, l'assemblée générale statue dans le délai d'un mois à compter de la date à laquelle l'appel a été formé ». Le droit au recours avait été exercé conformément à cette clause, mais l'assemblée générale avait statué un jour après l'expiration du délai d'un mois. La cour d'appel déboute les associés exclus de leur demande en nullité au motif qu'il s'agit « d'une disposition formelle ». Elle considère que la nullité qui en découle « est une nullité facultative qui s'apprécie selon qu'il existe un grief causé aux intéressés ». Elle en conclut « que le dépassement d'un jour du délai n'a causé aucun grief » aux associés

[1808] V. aussi, CPC, art. 1506-1, en matière d'arbitrage international.
[1809] V. par ex. Cass. 1re civ., 3 févr. 2010, n° 09-13.618, Bull. civ. I, n° 96 ; Rev. arb. 2010, p. 495, note P. CALLE ; Cass. 2e civ., 19 oct. 2017, n° 16-21813 ; RDC 2018, p. 76, obs. X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET ; Cass. 1re civ., 4 juill. 2018, n° 17-22103 ; Procédures 2018, comm. 198, obs. L. WEILLER.
[1810] Sur la nullité des actes de procédure contractuelle, v. *infra*, n° 589 et s.
[1811] CA Paris, 8 oct. 2020, n° 17/15973.
[1812] C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit commun et droit spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 35e éd., Dalloz 2020, spéc. n° 1044, p. 744.
[1813] CA Paris, 29 juin 2017, n° 16/14653. Comp. Cass. com., 7 juill. 2015, n° 14-18705 ; Gaz. Pal. 29 sept. 2015, p. 15, note J.-M. MOULIN ; Rev. sociétés 2016, p. 237, note B. SAINTOURENS, qui affirme « que l'annulation des décisions de l'assemblée des associés d'une société civile en raison d'une irrégularité affectant les modalités de la convocation des associés est subordonnée à la démonstration d'un grief par celui qui s'en prévaut ».

qui ont, au contraire, bénéficié de ce fait notamment « d'un jour supplémentaire pour préparer leurs arguments ». Dès lors que l'irrégularité n'affecte pas la fonction du mécanisme, elle ne peut fonder une demande en nullité. Aussi, la jurisprudence retient-elle la même solution concernant la mise en œuvre d'une procédure de résiliation [1814] ou d'établissement du décompte général et définitif[1815]. Il convient de préciser que, dans le cas où le régime de la nullité des actes de procédure est appliqué, le juge ne se prononce pas toujours expressément en faveur de cette qualification[1816]. L'extension est néanmoins justifiée par la similitude des situations concernées. Il s'agit de faire sanctionner les irrégularités affectant un acte de procédure.

Si les clauses instituant des procédures peuvent être invoquées au titre des exceptions de procédure, elles sont aussi la source de fins de non-recevoir.

b. L'incidence sur les fins de non-recevoir

508. - Les fins de non-recevoir sanctionnent un défaut du droit d'agir[1817]. Il est admis que l'énumération de l'article 122 du Code de procédure n'est pas limitative[1818] et que les fins de non-recevoir peuvent avoir une origine conventionnelle[1819]. Dans ces conditions il convient de voir dans quelle mesure les procédures contractuelles participent à la création de ce moyen de défense.

Les procédures aménageant l'action en justice[1820] sont celles qui viennent à l'esprit en premier. La question mérite d'être précisée car il existe en pratique bon nombre de dispositifs conventionnels visant plus ou moins directement le droit d'agir des contractants mais qui ne créent pas nécessairement une fin de non-recevoir. Pour qu'il en soit ainsi encore faut-il que le mécanisme en cause ait véritablement pour objet « la maîtrise de la recevabilité des

---

[1814] Cass. com., 21 juin 2017, n° 16-15.365, approuve l'arrêt d'appel en ce « qu'il retient, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que la société Dafy moto a procédé à la notification d'un préavis d'un mois, à la suite d'une erreur, rectifiée avant l'expiration de ce préavis, que la société Motostop a bénéficié de l'intégralité du préavis de trois mois prévu au contrat et qu'elle n'établit pas le grief subi à raison de cette situation ».

[1815] Cass. 3e civ., 10 mars 2009, n° 08-11.286. Rappr. CA Saint-Denis de la Réunion, 29 nov. 2019, n° 17/02181 ; CA Saint-Denis de la Réunion, 3 déc. 2007, n° 07/00029.

[1816] V. B. SAINTOURENS, note préc., qui relève que la solution « fait application, par analogie, des règles qui président aux irrégularités formelles en droit des procédures civiles, dont la nullité est aussi conditionnée à la preuve d'un grief ».

[1817] CPC, art. 122 : « Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ».

[1818] V. par ex., C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 377 et s. ; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 474.

[1819] C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 379, p. 303 ; N. CAYROL, th. préc., note 6, n° 294 et s. V. une analyse critique de cette qualification, G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, préf. N. FRICERO et R. MARTIN, Bruylant et LGDJ, 2002, n° 174 et s., Comp., I. PÉTEL-TEYSSIÉ, « Les fins de non-recevoir de procédure civile », *in Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, I. PÉTEL-TEYSSIÉ et C. PUIGELIER (dir.), éd. Panthéon Assas 2016, p. 267 et s., spéc. n° 6 et 7, qui souligne le fait que irrecevabilité et fin de non-recevoir se conçoivent en dehors de l'article 122 du Code de procédure civile.

[1820] V. N. CAYROL, *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, *op. cit.*, spéc., n° 321 et s., p. 198 et s., qui les range dans la catégorie des « actes de neutralisation d'action ». *Contra*, G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, *op. cit.*, n° 176, p. 340 et s., qui rejette la qualification de fin de non-recevoir d'origine conventionnelle.

prétentions litigieuses »[1821]. Tel est le cas lorsque la mise en œuvre de la procédure entraîne une suspension temporaire du droit d'agir. Les clauses prévoyant les modalités de règlement non-contentieux des différends[1822] rentrent dans cette catégorie. Ainsi, sous réserve du respect de certaines conditions tenant notamment à la précision des modalités de mise en œuvre[1823], les clauses de conciliation[1824], de médiation[1825] et d'expertise[1826] constituent des fins de non-recevoir conventionnelles[1827]. La finalité de ces clauses est d'éviter le traitement contentieux du litige. Leur inclusion dans le contrat marque la préférence vers une solution conventionnelle. Le but est d'aboutir à la conclusion d'un accord transactionnel et, par conséquent, de repousser définitivement l'intervention judiciaire relativement à l'objet de la transaction. Faute de mise en œuvre, on ne sait pas si le juge a vocation à être saisi. Face à ce constat, la fin de non-recevoir apparaît comme le moyen de défense adéquat en présence d'une violation des modes de règlement amiable des litiges.

Il est vrai que le choix d'une telle qualification a été discuté[1828]. L'exception de procédure a paru, aux yeux de certains, comme étant la sanction procédurale la plus adaptée à la situation[1829]. L'argument ne manque pas de pertinence d'autant qu'en instituant un

---

[1821] N. CAYROL, th. préc., spéc., n° 293, p. 179, qui affirme que « le maîtrise de la recevabilité des prétentions se traduit, en termes techniques, par la constitution d'une fin de non-recevoir ».

[1822] V. *supra*, n° 285 et s.

[1823] Sur cette question, v. *supra*, n° 58-59.

[1824] Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423, préc.

[1825] Cass. 1re civ., 8 avr. 2009, n° 08-10.866 ; Bull. civ. 2009, I, n° 78 ; D. 2009, AJ, p. 1284, obs. X. DELPECH ; *ibid*. Pan., p. 2959, obs. T. CLAY ; JCP 2009, n° 26, p. 20, note CUPERLIER ; *ibid*. 369, n° 9, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *ibid*. 2009, 462, n° 9, obs. J. BÉGUIN ; RLDC 2009. 3453, obs. MAUGERI ; Procédures 2009, n° 203, obs. H. CROZE ; Rev. arb. 2010, p. 163, n° 16, obs. J.-P. TRICOIT ; RTD civ. 2009, p. 774, obs. P. THÉRY.

[1826] Cass. 2e civ., 25 févr. 2010, n° 09-14.044 ; Cass. com., 23 oct. 2012, n° 11-23.864 ; CA Pau, 2 févr. 2016, n° 15/03136.

[1827] Cependant, des auteurs qui s'interrogent encore sur l'opportunité du maintien de la qualification de fin de non-recevoir, v. not. C. BOILLOT, note sous Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, D. 2015, p. 298 et s., spéc. p. 302 : « Ce n'est pas tant l'absence d'une condition de l'action qui est sanctionnée ici. Le droit d'action existe puisque le litige peut même faire l'objet d'une tentative de conciliation, voire d'une transaction, ou, le cas échéant, donner lieu à un jugement. En revanche, il n'est pas correctement mis en oeuvre ; il devait l'être d'abord par une voie amiable, ce qui renvoie à la notion d'exception de procédure. Si l'on définit les fins de non-recevoir, non par leur effet (définitif) mais par leur cause (défaut de réunion des conditions d'ouverture de l'action, que de nombreux auteurs limitent au défaut du droit d'agir), la qualification de fin de non-recevoir prête ici à débat » ; P. THÉRY, obs. sous Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, RTD civ. 2015, p. 187 et s., spéc. p. 189, selon l'auteur, « si l'on veut concilier le caractère obligatoire de la clause de conciliation préalable avec un régime procédural raisonnable, il serait préférable d'y voir une exception dilatoire » ; X. LAGARDE, obs. sous Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, RDC 2003, p. 189 ; L. WEILLER, « Le développement des clauses de médiation et leur réception par la Cour de cassation », art. préc., spéc. p. 41 et s., qui considère que la qualification de fin de non-recevoir est inadaptée et souhaite « la reconnaissance d'une qualification *sui generis* ».

[1828] V. not., X. LAGARDE, « L'efficacité des clauses de médiation ou de conciliation », Rev. arb. 2000, p. 377 ; du même auteur, obs. sous Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, RDC 2003, p. 189 ; C. JARROSSON, note sous Cass. 1re civ., 23 janv. 2001, Rev. arb. 2001, p. 746 ; C. BOILLOT, « De l'efficacité des clauses compromissoires ? à celle des clauses de médiation et de conciliation », JCP G 2002, II, 10174 ; L. CADIET, « L'effet processuel des clauses de médiation », RDC 2003, p. 182.

[1829] X. LAGARDE, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », art. préc., spéc. p. 387 et 395, analysant la jurisprudence, l'auteur affirme notamment que la « catégorie procédurale requise pour rendre compte » de l'effet de la clause est celle d'une « exception dilatoire » ; A. MOURRE, « La médiation en droit français : quelques points de repère jurisprudentiels et législatifs récents », Bull. CCI, n° 14, p. 74 : « En réalité, le sursis à statuer et la suspension d'instance suffisent amplement à sanctionner la violation d'une clause de médiation […] ». *Adde*, G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, *op. cit*., n° 176.

processus amiable, les parties ne renoncent pas définitivement à saisir le juge. Il reste que la *ratio stipulationis* de ces mécanismes s'oppose plus fondamentalement à la saisine d'un juge ou de l'arbitre avant toute tentative de règlement amiable[1830]. Pour s'en convaincre, il faut revenir brièvement sur la distinction établie par les rédacteurs du Code de procédure civile entre les fins de non-recevoir et les exceptions de procédure. Alors que les premières sanctionnent le défaut de droit d'agir[1831], les secondes tendent « soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours »[1832]. La clause instituant une procédure de règlement amiable ne rentre dans aucune des hypothèses constitutives des exceptions de procédure. On ne peut considérer par exemple que l'existence d'une telle clause, (à l'image des exceptions de nullité, d'incompétence, de litispendance et de connexité) est de nature à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte. Elle ne relève pas non plus de la qualification d'exception dilatoire justifiant la suspension du cours de la procédure. Car, selon l'article 108 du Code de procédure civile, l'instance est suspendue lorsque l'une des parties « jouit soit d'un délai pour faire inventaire et délibérer, soit d'un bénéfice de discussion ou de division, soit de quelque autre délai d'attente en vertu de la loi ». Les hypothèses visées ne correspondent pas au cas des clauses aménageant le règlement amiable du différend[1833]. Du reste, l'exception dilatoire implique que l'instance ait été introduite, le juge étant nécessairement saisi. Cela aurait pour conséquence la méconnaissance de la force obligatoire de la clause procédurale qui suppose au contraire que les parties s'abstiennent d'agir avant de tenter le règlement amiable[1834].

La distinction établie entre les fins de non-recevoir et les exceptions de procédure n'est pas à l'abri de critique. Certains auteurs considèrent, en effet, qu'il n'existe pas de différence de nature entre ces deux types de « défense procédurale »[1835], mais une différence d'effets. L'explication tient au fait que le juge ne vérifie pas le fond de l'affaire dans les deux hypothèses. En suivant cette opinion, quelle pourrait être son incidence sur la qualification de la clause de conciliation ? À la réflexion, la bonne démarche ne devrait pas consister à chercher, par une interprétation divinatoire de la volonté des parties en l'absence de stipulation expresse, la catégorie la mieux adaptée. La question est de savoir quelle est la sanction permettant d'assurer l'efficacité de cette volonté. En substance, si le choix de la qualification de la fin de non-recevoir s'impose, c'est parce qu'elle est « l'instrument

[1830] P. GRIGNON, « L'obligation de ne pas agir en justice », art. préc., spéc. p. 126 : « L'obligation a, cependant, pour effet de priver l'individu d'exercer une action en justice contre son cocontractant. Sa finalité, par conséquent, est de supprimer le droit d'un individu de pouvoir saisir un arbitre ou un juge étatique ».
[1831] CPC, art. 122.
[1832] CPC, art. 73.
[1833] *Contra*, P. THÉRY, obs. sous Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, RTD civ. 2015, p. 187, spéc. I, qui considère que « le délai d'attente qu'impose une clause de conciliation préalable trouve son fondement dans l'article 1134 du code civil ». Il ajoute qu'en suspendant l'instance, conformément à l'article 108, le juge donne effet à la convention des parties.
[1834] P. ANCEL, M. COTTIN, note sous Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, préc., spéc. I. B., p. 1388 ; L. CADIET, « L'effet processuel des clauses de médiation », RDC 2003, p. 182, spéc. 2°.
[1835] J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, *Droit judiciaire privé*, *op. cit*., n° 149 ; R. MARTIN, « Un virus dans le système des défenses du nouveau code de procédure civile : le droit d'action », RGP 1998, p. 419, spéc. p. 420 ; N. CAYROL, « Moyens de défense », *in Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, I. PÉTEL-TEYSSIÉ et C. PUIGLIER (dir.), éd. Panthéon-Assas Paris II 2016, p. 255 ; J. THÉRON, « Moyens de défense. Généralités », J.-Cl. Proc. civ. 2018, fasc. 600-30, spéc. n° 12.

technique qui assure l'efficacité » de la volonté des parties[1836]. Aussi, comprend-on pourquoi la solution retenue par la Cour de cassation en 2003[1837], réaffirmée de façon constante[1838], est approuvée majoritairement par la doctrine[1839].

509. - Il existe d'autres mécanismes préventifs produisant le même effet. Tel est le cas de clauses prévoyant une demande d'avis préalable à toute action en justice. Est ainsi établie une fin de non-recevoir d'origine conventionnelle[1840]. L'explication tient au fait que la stipulation en cause participe à la recherche d'une solution amiable, finalité qui est doublée du caractère préalable de la clause. Mais la tendance est à l'extension de la catégorie de fins non-recevoir conventionnelles. Ainsi, une telle qualification est retenue à propos de clauses statutaires prévoyant des recours internes à l'encontre de certaines décisions. L'objectif poursuivi est de faire examiner à nouveau par un organe supérieur une décision défavorable ou faisant grief. Néanmoins, la qualification de fin de non-recevoir suppose que la stipulation ait un caractère contraignant. Sa mise en œuvre ne doit pas constituer une faculté pour les parties[1841]. De même, il a été jugé que la méconnaissance d'une clause statutaire instituant un processus de sanction contradictoire et préalable peut être attaquée au moyen d'une fin de non-recevoir[1842]. Une solution identique est retenue en matière de procédure contractuelle de constat d'achèvement des travaux[1843]. Par ailleurs, la jurisprudence applique la même sanction en présence de la violation de la procédure contractuelle de constatation et d'éventuelle indemnisation prévue dans les contrats d'assurance de dommages obligatoire[1844]. La solution s'explique par la volonté de rendre plus contraignante cette phase amiable instituée dans l'intérêt de l'assuré.

510. - La qualification de fin de non-recevoir est également étendue à d'autres mécanismes procéduraux proches mais qui ne présentent pas tout à fait les mêmes caractéristiques que les précédents. En matière de décompte général définitif[1845], les juges retiennent que toute

---

[1836] P. HEBRAUD et P. RAYNAUD, note sous Cass. civ., 24 oct. 1951, RTD civ. 1952, p. 255.
[1837] Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423, préc.
[1838] V. par ex., Cass. com., 15 juin 2010, n° 09-16.323 ; Cass. 3e civ., 19 mai 2016, n° 15-14.464, préc.
[1839] C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 379, p. 303 et les références citées (note 7).
[1840] Cass. 3e civ., 5 juill. 1989, no 86-16.309 ; Bull. civ. III, no 158 ; Cass. 3e civ., 16 nov. 2017, n° 16-24.642 ; Procédures 2017, n° 7, obs. Y. STRICLER ; D. 2018, p. 451, note K. MEHTIYEVA ; *ibid.* Pan., p. 693, obs. N. FRICERO ; RDI 2018, p. 110, obs. P. MALINVAUD ; Gaz. Pal. 6 févr. 2018, p. 38, obs. S. AMRANI-MEKKI ; RDC 2018, p. 235, note C. PELLETIER.
[1841] Cass. 1re civ., 29 oct. 1984, RTD com. 1984, p. 315, selon l'arrêt, la clause prévoyant un droit de recours devant l'assemblée générale des actionnaires au profit de l'associé exclu ne restreint pas le droit de celui-ci d'agir en justice préalablement à l'exercice de ce recours interne lorsque celui-ci est facultatif.
[1842] V. en ce sens, Cass.1re civ., 12 juill. 2012, n° 10-19.476 ; RD rur. 2012, comm. 85, note J.-J. BARBIERI ; Cass. 1re civ., 9 avr. 2014, n° 10-19.493.
[1843] Cass. 3e civ., 21 nov. 2012, n° 11-19.309, préc. : la cour d'appel ayant constaté que la procédure contractuelle de constatation de l'achèvement de l'immeuble « n'avait pas été mise en œuvre, en a déduit, à bon droit, que la demande de la SCI était irrecevable ».
[1844] Cass. 3e civ., 8 avr. 2014, n° 11-25.342 ; RGDA 2014, p. 274, note P. DESSUET. V. déjà, Cass. 1re civ., 28 oct. 1997, n° 95-20.421, Bull. civ. I, n° 293 ; JCP G 1997, II, 22962, rapp. P. SARGOS ; RDI 1998, p. 114, obs. P. DUBOIS ; Cass. 1re civ., 19 mai 1999, n° 96-20842, RDI 1999, p. 436, obs. G. DURRY ; Cass. 3e civ., 22 sept. 2009, n° 08-19680 ; RDI 2009, p. 659, obs. P. DESSUET ; Cass. 3e civ., 14 mars 2012, n° 11-10.961, Bull. civ. III, n° 43, RGDA 2012, p. 719, note J.-P. KARILA.
[1845] Concernant la violation de la procédure de mise en œuvre de la garantie de passif, certains juges du fond ont également tendance à juger la question sur le terrain de la recevabilité de la demande : v. par ex. CA Paris, 14

contestation effectuée en méconnaissance du processus est « irrecevable »[1846]. Il est vrai que l'application de ce mécanisme permet « de sortir d'une situation potentielle et courante de conflits »[1847]. Sa mise en œuvre débouche, le plus souvent, sur une tentative de conciliation[1848] voire à la conclusion d'un accord transactionnel[1849] en cas de contestation du décompte établi par l'une des parties. Est-ce pour autant à dire que la procédure d'établissement du décompte général est constitutive d'une véritable renonciation à agir en justice ? Le dispositif permet aux parties d'établir les comptes entre elles sur les questions plutôt factuelles et est mis en œuvre dans un contexte non conflictuel (généralement en fin de chantier pour solder les comptes). Il n'a donc pas pour objet d'aménager dans le temps l'action en justice relative au contrat. Par ailleurs, il est contestable qu'une partie, ayant fait le choix de discuter du fond en première instance, puisse soulever la fin de non-recevoir tirée de la violation de cette procédure en appel pour avoir gain de cause. L'exigence de bonne foi et de cohérence dans la conduite de la procédure s'opposerait à une telle stratégie.

Néanmoins, l'application effective de la procédure d'établissement des décomptes généraux conduit à fixer de manière définitive les droits et obligations financiers des parties. Les diligences imposées à ces dernières tendent à prévenir toute contestation ultérieure sur le l'existence et l'étendue des sommes dues. Dans cette perspective, même si le mécanisme ne porte pas directement sur le droit d'agir des contractants, il paraît inopportun de permettre à une partie de remettre en cause le décompte. En effet, la formalité procédurale prévue dans le contrat introduit une contrainte, pose une limite temporelle au-delà de laquelle le contenu de ce document ne peut plus faire l'objet de contestation de part et d'autre. Convient-il alors de déclarer irrecevable à contester le décompte celui qui s'abstient d'accomplir dans le délai imparti la diligence qui lui incombait[1850]. En réalité, le défaut d'accomplissement des formalités prévues constitue une cause de forclusion[1851]. La fin de non-recevoir assure l'efficacité de la procédure contractuelle en l'assortissant d'une sanction adaptée. Il s'agit de sanctionner la partie qui n'a pas eu un comportement diligent. C'est en ce sens que la Cour de cassation se prononce en la matière, lorsqu'elle affirme que la demande de paiement exercée

janv. 2020, n° 18/16858, qui relève qui les garants ont notifié leur contestation dans le délai prévu par la convention de sorte qu'ils « sont recevables en leur contestation ».

[1846] V. par ex., CA Paris, 9 déc. 2011, n° 10/16093. Sur pourvoi : Cass. 3e civ., 9 juill. 2013, n° 12-14.372. V. aussi, Cass. 3e civ., 29 mai 2013, n° 12-16.904 ; Cass. 3e civ., 21 juin 2018, n° 17-18.151, n° 17-18.152 ; CA Lyon, 13 oct. 2020, n° 19/05694.

[1847] C. CHARBONNEAU, obs. sous Cass. 3e civ., 25 mai 2011, RDI 2011, p. 503. *Contra*, B. BOUBLI, obs. sous Cass. 3e civ., 28 nov. 2014, RDI 2015, p. 126, qui émet un doute sur le caractère véritablement préventif de ce processus estimant que « de nombreux contentieux se développent et que les juridictions du fond semblent plus soucieuses de garantir le paiement que de se focaliser sur la procédure permettant d'arrêter le décompte définitif ».

[1848] C'est ce qui s'est passé dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt : Cass. 3e civ., 19 mai 2009, n° 08-13.377.

[1849] V. Cass. 3e civ., 16 janv. 2020, n° 18-19.365.

[1850] Rappr. G. WICKER, « La légitimité de de l'intérêt à agir », art. préc., n° 30 : « L'avantage juridique étant subordonné à l'exécution préalable de l'incombance, celui qui ne respecte pas le comportement qui lui incombait est irrecevable à se prévaloir de cet avantage contre son cocontractant ».

[1851] V. *infra*, n° 604.

en violation de cette procédure « ne pouvait être accueillie »[1852] ou encore qu'elle « ne pouvait plus donner lieu à une réclamation judiciaire »[1853].

511. - La même qualification est retenue à propos de l'inobservation de l'obligation d'information contenue dans la clause de garantie de passif[1854]. La Cour d'appel de Paris a ainsi qualifié expressément la sanction du cessionnaire de « fin de non-recevoir conventionnelle interdisant au bénéficiaire de faire valablement jouer sa garantie sans avoir préalablement et loyalement informé le garant des motifs de sa mise en œuvre »[1855]. Il est vrai que la liste des fins de non-recevoir n'est pas limitative. Mais, en l'occurrence, la clause crée une modalité de mise en œuvre du droit à garantie hors du prétoire. La procédure instituée est perçue comme une condition préalable du droit pour le bénéficiaire de se prévaloir de la garantie[1856]. Ce n'est donc pas son droit d'agir qui est en cause, mais son droit au bénéfice de la clause[1857]. Il suffit au juge saisi de retenir qu'une condition de mise en œuvre de ce droit n'ayant pas été remplie, le cessionnaire ne peut le réclamer. En vérité, la qualification de déchéance est la mieux adaptée[1858]. Elle est celle qui est majoritairement retenue par les tribunaux[1859].

Au-delà de leurs implications sur les défenses purement procédurales, les procédures contractuelles ont une incidence sur le fond des droits et obligations des parties. Elles peuvent être invoquées, dans ce cas, au titre des moyens de défense au fond.

c. Incidence sur les moyens de défense au fond

512. - Les clauses instituant des procédures ont-elles une incidence sur les moyens de défense au fond des contractants ? La question peut paraître étonnante du moins si l'on considère que l'objet de ces clauses est la création de procédure alors que les moyens de défense en cause touchent le fond du droit. Selon l'article 71 du Code de procédure civile, il s'agit d'un moyen « qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire ». Il en résulte que la défense au fond est un moyen

---

[1852] Cass. 3e civ., 7 mai 2014, n° 13-16.301.

[1853] Cass. 3e civ., 31 oct. 2001, n° 99-13.004, Bull. civ. III, n° 117 ; D. 2002, somm., p. 2840, obs. P. DELEBECQUE ; RDI 2001, p. 501, obs. B. BOUBLI ; RTD civ. 2002, p. 815, obs. J. MESTRE

[1854] V. en ce sens, F. DEBOISSY et G. WICKER, obs. sous Cass. com., 8 juin 2009, JCP E 2009, 1767, n° 3, qui considèrent que « l'inexécution de l'obligation d'information constitue une fin de non-recevoir, laquelle peut, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, avoir une source conventionnelle ».

[1855] CA Paris, 17 mai 2002, JCP E 2003, 1510, note M. DANIS et M. TREGLER ; JCP E 2004, 29, n° 1, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER. V. aussi, CA Limoges, 25 sept. 2013, n° 12/01137, qui, après avoir constaté l'inobservation de la procédure de mise en œuvre de la garantie de passif, affirme « les garants [sont] autorisés à invoquer cette fin de non-recevoir ».

[1856] Comp., Cass. com., 28 mars 2006, n° 04-15.762, préc. ; Cass. com., 7 juin 2011, n° 08-21.962 : « Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si les conditions de la mise en œuvre de la garantie définies par la convention avaient été respectées, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ».

[1857] En ce sens, v. A. CONSTANTIN, obs. sous Cass. com., 7 juin 2011 et Cass. com., 15 mars 2011, RTD com. 2011, p. 580, qui préfère « y voir une "fausse" fin de non-recevoir, car la déchéance de la garantie constitue un moyen qui relève du droit substantiel ».

[1858] V. *infra*, n° 598 et s.

[1859] V. par ex., Cass. com., 15 mars 2011, n° 09-13.299, préc. ; Cass. com., 1er oct. 2014, n° 13-11.805.

consistant à remettre en cause la prétention de l'adversaire « par contestation, soit des faits allégués, soit de la règle de droit que le demandeur invoque à l'appui de sa prétention »[1860].

À première vue, les procédures contractuelles portent sur la manière de mettre en œuvre le droit au fond et non sur le droit substantiel lui-même[1861]. Ainsi, s'explique la solution retenue par la jurisprudence qui considère que les clauses d'arbitrage[1862] et de conciliation[1863] ne constituent pas une exception inhérente à la dette de sorte qu'elles ne peuvent pas être invoquées par la caution en l'absence de stipulation expresse dans l'acte de cautionnement. Dans une perspective similaire, on s'interroge sur le fait de savoir si la mise en œuvre d'une procédure contractuelle a une conséquence sur l'exception de nullité du contrat. On sait qu'il s'agit d'un moyen de défense lorsqu'elle tend à faire rejeter simplement les prétentions de l'adversaire[1864]. Mais dès lors que le contrat a été exécuté, fût-ce de façon partielle, il n'est plus possible d'invoquer la nullité par voie d'exception[1865]. Dans ces conditions, la mise en œuvre d'une clause instituant une procédure fait-elle obstacle au jeu de l'exception de nullité ? Un arrêt rendu en 2015 permet de nourrir la réflexion sur la question[1866]. La Cour de cassation énonce notamment que l'exécution par le créancier de l'obligation d'information annuelle de la caution ne constitue pas la contrepartie de l'obligation de la caution de sorte qu'elle n'empêche pas le jeu de l'exception de nullité. La solution s'explique davantage par l'absence de dimension substantielle dans l'obligation exécutée[1867]. Elle pourrait donc être étendue aux procédures contractuelles dont la mise en œuvre ne suffirait pas à caractériser l'exécution partielle faisant obstacle à l'exception de nullité.

513. - À vrai dire, la distinction n'est pas si étanche qu'elle y paraît en raison de la nature complexe des mécanismes étudiés. À mi-chemin entre le contrat et la procédure, leur mise en œuvre a une incidence sur le fond[1868]. Cela est valable pour d'autres procédures contractuelles

[1860] C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, *op. cit*., spéc. n° 366, p. 294.
[1861] Comp. S. AMRANI-MEKKI, note sous Cass. com., 13 oct. 2015, Gaz. Pal. 22 déc. 2015, p. 15 : « La clause [de conciliation] concerne le droit subjectif processuel et non le droit au fond. Cette autonomie justifie qu'elle se détache de la dette substantielle ».
[1862] Cass. com., 22 nov. 1977, n° 76-13145, Bull. civ. IV, n° 273 ; Rev. arb. 1978, p. 461, note P. FOUCHARD.
[1863] Cass. com., 13 oct. 2015, n° 14-19734, Bull. civ. IV, n° 287 ; D. 2016, p. 628, note V. MAZEAUD ; *ibid*. p. 1279, obs. A. LEBORGNE et 1955, obs. P. CROCQ ; AJCA 2015, p. 523, obs. G. PIETTE ; RTD civ. 2015, p. 917, obs. P. CROCQ ; *ibid*. p. 932, note P. THÉRY ; Gaz. Pal. 22 déc. 2015, p. 15, obs. S. AMRANI-MEKKI ; RDC 2016, p. 286, obs. C. PELLETIER ; RLDC 2016, n° 133, note M. MIGNOT ; LPA 2016, p. 10, note M. LE BESCOND DE COATPONT. V. aussi, Cass. com., 9 mai 2018, n° 16-20.212 ; Dr. et pr. nov. 2018, Suppl., p. 11, obs. B. GORCHS-GELZER.
[1864] V. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 2, *L'objet et la cause – Les nullités, op. cit*., spéc. n° 2295.
[1865] V. Cass. 1re civ., 24 avr. 2013, n° 11-27.082 ; D. 2014, p. 630, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; RTD civ. 2013, p. 596, obs. H. BARBIER ; LEDC juin 2013, p. 2, obs. G. PILLET ; RDC 2013, p. 1310, note Y.-M. LAITHIER.
[1866] Cass. com., 8 avr. 2015, n° 13-14.447 ; RLDC 2015, n° 128, note C. JUILLET.
[1867] V. C. JUILLET, note préc., spéc. n° 20-21.
[1868] Rappr. N. CAYROL, « Opposabilité et force obligatoire des clauses processuelles », RDC 2014, p. 704, selon l'auteur, les « contrats que l'on rencontre en procédure sont des okapis juridiques : ils ressemblent aux contrats ordinaires comme les okapis ressemblent aux ânes et aux zèbres ; ils leur ressemblent, mais ils ne sont pas de la même classe » ; P. THÉRY, note préc., qui affirme : « La tentative de conciliation n'est pas une faveur que le créancier consent au débiteur, mais une manière de régler un litige dont l'objet ne peut être que la dette » ; S. AMRANI-MEKKI, note préc., qui met en exergue le caractère hybride de la clause de conciliation préalable, « mi processuelle et mi substantielle », elle n'est véritablement ni personnelle au débiteur, ni inhérente à la dette.

et notamment celles aménageant les prestations[1869] que l'on peut ranger, en fonction de leur statut dans un éventuel procès, dans la catégorie des défenses au fond conventionnelles[1870]. Les tribunaux admettent que leur violation puisse être invoquée au titre des moyens de défense tendant à faire rejeter la prétention de l'adversaire. Par exemple, dans le cas de la clause de garantie de passif[1871], de la clause résolutoire[1872], de la clause relative à la faculté de remplacement dans les contrats d'entreprise[1873], ou encore de la clause de direction du procès[1874], la violation de la procédure peut être retenue pour faire échec à la demande de l'adversaire comme étant mal fondée. Une solution identique est retenue à propos d'autres clauses imposant des exigences procédurales spécifiques[1875] en matière de constat contradictoire d'achèvement des travaux[1876], de réception de l'ouvrage[1877] ou encore en matière d'établissement des décomptés généraux et définitifs[1878].

L'incidence des procédures contractuelles sur les moyens de défense peut être envisagée sous un autre angle lorsqu'une obligation de motivation est imposée à un contractant. On peut s'interroger afin de savoir si les motifs invoqués fixent les limites du litige comme il est de règle en matière de motivation de la lettre de licenciement[1879] ou en matière d'exclusion d'un associé[1880]. On mettra de côté l'hypothèse d'une insuffisance de motivation qui est désormais

---

[1869] V. *supra*, n° 246 et s.

[1870] Sur cette question, v. N. CAYROL, *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, *op. cit.*, n° 307 et s.

[1871] V. Cass. com., 9 juin 2009, n°08-17.843, préc. ; Cass. com., 9 juill. 2013, n° 12-19.108, préc. La solution est valable pour les clauses prévoyant une procédure de mise en œuvre du cautionnement et de la garantie à première demande en ce sens où la méconnaissance du dispositif contractuel conduit à un jugement de débouté : v. par ex., Cass. 3e civ., 18 avr. 2019, n° 18-18.771 ; Cass. 3e civ., 25 juin 2020, n° 19-17.144, qui casse un arrêt n'ayant pas vérifié si un certificat administratif « dont la production était contractuellement érigée en condition de mise en œuvre de la garantie, avait été fourni ».

[1872] V. par ex., Cass. com., 22 nov. 2016, n° 15-17.743 ; RDC 2017, n° 1, p. 56, note A. DANIS-FATOME.

[1873] Comp., CA Nimes, 17 oct. 2019, n° 19/00919, en l'espèce, l'entrepreneur principal, reprochant à son sous-traitant une mauvaise exécution du contrat, a procédé à la reprise des travaux défectueux sans proposer préalablement à ce dernier de les effectuer lui-même. Il demandait à conserver le montant perçu du fait de l'exécution de ces travaux. La cour retient qu'« à défaut de mise en demeure », l'entrepreneur doit être débouté de ses prétentions.

[1874] CA Lyon, 27 nov. 2014, n° 11/06376, préc.

[1875] V. par ex., CA Paris, 8 janv. 2008, n° 06/17150, à propos de la violation d'une procédure de détermination d'une pénalité conventionnelle ; Cass. 3e civ., 19 mars 2020, n° 18-25.395 : en l'absence de mise en demeure prévue dans l'acte, les intérêts de retard au taux contractuel ne sont pas dus.

[1876] Cass. 3e civ., 21 nov. 2012, n° 11-19.309, Bull. civ. III, n° 170, D. 2012, p. 2803 ; RDI 2013, p. 93, obs. O. TOURNAFOND ; Constr.-urb. 2013, comm. n° 11, note D. SIZAIRE ; JCP N 2013, n° 1095, obs. D. COLAT-NURET et V. ZALEWSKI ; RTD com. 2013, p. 41, obs. E. GAVIN-MILLAN-OOSTERLYNCK ; Defrénois 30 mai 2013, n° 112r8, obs. H. PERINET-MARQUET ; Cass. 3e civ., 14 mai 2020, n° 19-14.763 ; RDI 2020, p. 386, obs. J.-P. TRICOIRE ; Gaz. Pal. 2020, p. 64, obs. V. ZALEWSKI-SICARD, faute de respect de la procédure de constat contradictoire d'achèvement des travaux, la venderesse en l'état futur d'achèvement « ne justifiait pas de l'exigibilité de sa créance à la date à laquelle elle avait fait pratiquer des mesures d'exécution ».

[1877] Cass. 3e civ., 20 oct. 2021, ,° 20-20.428 : « ayant retenu que la demande de l'architecte et de son assureur, de constater l'existence d'une présomption de réception tacite à l'égard de la société 2SP bâtiment, qui n'avait pas été convoquée à la réception expresse, visait à contourner l'exigence du respect du contradictoire, la cour d'appel en a déduit à bon droit qu'elle devait être rejetée ».

[1878] V. par ex., Cass. 3e civ., 17 déc. 2014, n° 13-22.494, préc., qui approuve l'arrêt d'appel d'avoir décidé qu'une partie « était débitrice du montant inscrit sur [le] projet de décompte devenu » en l'absence de contestation par celle-ci dans le délai imparti. *Adde*, Cass. 3e civ., 9 juill. 2013, n° 12-14.372.

[1879] C. trav., art. L. 1235-2, al. 2. Sur cette question, v. not. A. FABRE, « La motivation du licenciement », Dr. soc. 2018, p. 4.

[1880] V. par ex., CA Douai, 29 janv. 2013, n° 12/00344, la cour considère que les motifs non évoqués lors de la procédure d'exclusion ne peuvent plus être retenus pour fonder la décision d'exclusion.

reléguée à une question de forme [1881] pour s'intéresser à l'absence de motif. La méconnaissance de l'exigence de motivation par la partie qui en est tenue a-t-elle une incidence sur la justification de la décision ? En matière de licenciement, la jurisprudence a répondu de façon affirmative[1882]. On considère que la solution aurait vocation à s'appliquer sous l'empire des dispositions actuelles du Code du travail[1883]. De sorte que l'absence de motif peut être invoquée par le salarié pour contester le bien-fondé du licenciement. La même solution devrait être retenue pour les clauses prévoyant des garanties procédurales en matière de rupture du contrat[1884]. Faute d'indication d'un manquement précis dans la lettre, il y a lieu de remettre en cause la justification même de la décision concernée[1885]. Mais la jurisprudence n'est pas toujours en ce sens. La Cour de cassation a retenu que celui qui est tenu de motiver peut se prévaloir de motifs non mentionnés dans la notification du refus d'agrément[1886]. La solution est contestable en ce qu'elle méconnait non seulement la force obligatoire de la clause, mais aussi l'exigence d'équité dans la mesure où le contractant assujetti découvre à l'occasion du procès les motifs de la décision. Si une obligation de motivation est stipulée, c'est précisément pour permettre au cocontractant de prendre connaissance des motifs en temps utile, de lui permettre d'évaluer la résistance qu'il peut opposer à l'acte et de préparer efficacement sa défense dans le cadre d'un éventuel recours judiciaire.

Les clauses instituant des procédures ont, au final, des effets qui ne concernent pas seulement les rapports internes aux parties mais qui se prolongent dans leurs rapports au juge en ce qu'elles peuvent constituer un moyen de défense qui, lorsqu'il est invoqué par une partie, s'impose au juge[1887]. Il faut y voir une manifestation de leur force obligatoire puisqu'il s'agit, à chaque fois, d'assurer le respect de l'accord des parties. La liberté contractuelle qui est le corollaire de cette force obligatoire permet aussi d'encadrer l'activité juridictionnelle dans le règlement des litiges relatifs à la mise en œuvre des procédures contractuelles.

B. Les prérogatives du juge

514. - Le procès civil n'est pas seulement la chose des parties, il est une « chose commune » à celles-ci et au juge[1888]. C'est la raison pour laquelle on met en avant l'idée d'une coopération efficiente entre le juge et les parties dans l'élaboration du jugement[1889] qui

[1881] V. C. trav., art. L. 1235-2, al. 3.
[1882] V. par ex., Cass. soc., 30 juin 1993, n° 92-41.073 ; Cass. soc., 22 sept. 1993, n° 91-45.006, Bull. civ. V, n° 220.
[1883] A. FABRE, art. préc., spéc. III, 3e §.
[1884] V. en ce sens, P.-Y. GAUTIER, « La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat », Dr. et patr. 2014, n° 240, p. 70, au sujet de la résolution pour inexécution, l'auteur estime que « par analogie avec le droit du travail […] ces motifs devraient être à la fois suffisamment explicites et se voir "gelés" au jour de la décision ». V. aussi, R. ENCINAS DE MUNAGORRI, th . préc., n° 432 ; L. BENTO DE CARVALHO, th. préc., n° 793.
[1885] Cass. com., 22 nov. 2016, n° 15-17.743, péc.
[1886] Cass. com., 2 juill. 2002, n° 01-12.685, préc.
[1887] Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423, préc., qui énonce que la fin de non-recevoir tirée de la clause de conciliation « s'impose au juge si les parties l'invoquent ».
[1888] L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 512.
[1889] L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op cit.*, n° 253, p. 495 : « Le *droit du procès* est divers, même si cette diversité n'exclut pas les phénomènes de ressemblance, voire de rapprochement sinon de convergence autour d'un modèle que nous qualifions de *coopératif*, où la solution du litige est appréhendée comme le résultat de la coopération du juge et des parties dans la définition des termes du litige et du déroulement de l'instance ».

s'inscrit dans le « nouvel esprit procédural, plus soucieux d'effectivité et d'économie »[1890]. Néanmoins, sous certaines conditions la volonté des parties est prise en compte et participe de la détermination des contours de cette coopération[1891]. Elles peuvent aménager les pouvoirs du juge[1892] et plus généralement « encadrer l'activité juridictionnelle pour le règlement des litiges éventuels à naître » entre elles[1893]. Encore convient-il de nuancer ce constat car l'encadrement du rôle du juge n'est pas, le plus souvent, l'objet direct des clauses instituant des procédures. Par exemple, une procédure d'établissement du décompte définitif vise principalement à solder les comptes financiers entre les parties et à éviter que n'apparaisse un litige relativement aux sommes dues. Mais le mécanisme produit également un autre effet en ce qu'il retire en principe au juge son pouvoir d'apprécier le montant figurant le décompte final établi conformément à la clause. On retrouve cet aspect dans d'autres procédures contractuelles qui entraînent, soit un déplacement du moment d'intervention du juge, soit une modification de son pouvoir d'appréciation.

On analysera ces points en évoquant successivement l'effet des clauses instituant des procédures sur les conditions d'intervention (**1**) et sur les pouvoirs du juge (**2**).

1. L'effet des procédures contractuelles sur les conditions d'intervention du juge

515. - Les procédures contractuelles peuvent avoir pour effet de modifier les conditions d'intervention du juge dans le règlement des éventuels différends opposant les parties.

Les clauses de conciliation et de médiation sont à cet égard exemplaires. Imposant aux parties une tentative de règlement amiable du litige avant d'agir en justice, ces clauses tendent à éviter[1894], ou du moins à retarder, le recours au juge pour résoudre le litige[1895]. Elles produisent « un effet normateur direct qui s'impose au juge qu'elles rendraient incompétent pendant la phase de conciliation »[1896]. C'est pourquoi la Cour de cassation considère que la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'une clause de conciliation s'impose au juge si une partie l'invoque[1897]. Tout comme en matière d'arbitrage[1898] ou de prix à dire d'expert[1899], le

---

[1890] A. GARAPON, « Vers une nouvelle économie politique de la justice ? », D. 1997, Chron., p. 69, spéc. p. 69, s'agissant de la proposition de simplifier le formalisme pour les petits litiges, l'auteur y voit « le signe d'un nouvel esprit procédural plus soucieux d'effectivité et d'économie que d'académisme procédural ».

[1891] L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », *in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, op. cit., p. 34 et s., spéc. p. 37 : « Dès lors que le procès civil est conçu comme la chose des parties tout autant que celle du juge, il est permis de considérer les règles processuelles peuvent être conventionnellement aménagées dans la limite "*des lois qui intéressent l'ordre public*" ».

[1892] Sur cette question, M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, préf. J. MESTRE, PUAM 2006, spéc. n° 23 et s.

[1893] P. ANCEL, « L'encadrement de la juridiction par le contrat », art. préc., spéc. p. 6.

[1894] S. GUINCHARD, « L'évitement du juge civil », art. préc., spéc. p. 223 ; L. CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », *in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, J. MESTRE (dir.), PUAM 1990, p. 193 et s., spéc. p. 8 et s. ; T. CLAY, « Le modèle pour éviter le procès », *in Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, T. REVET (dir.), LGDJ 2005, p. 51 et s., spéc. n° 24 et s.

[1895] C. BOILLOT, « De l'efficacité des clauses compromissoires ? à celle des clauses de médiation et de conciliation », JCP G 2002, II, 10174, spéc. 1. A. 1°.

[1896] P. ANCEL, art. préc., spéc., p. 11.

[1897] Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423, préc.

[1898] Cass. 2e civ., 31 mai 2001, n° 99-17.685

juge n'a pas le pouvoir de statuer sur l'objet des clauses qui les prévoient hormis le cas où son intervention vise à faciliter la mise en œuvre[1900]. Dans le cas contraire, il commettrait un excès de pouvoir ouvrant droit à un recours nullité contre la décision[1901].

Néanmoins, cette « justice contractuelle est placée sous le contrôle de la justice étatique »[1902]. En effet, le juge peut être saisi d'une contestation sur la validité de l'accord même s'il est qualifié de transaction. Faut-il reconnaître au juge étatique un pouvoir général d'apprécier l'importance des concessions réciproques consenties pour annuler l'accord issu d'une procédure contractuelle ? Cela n'est pas opportun. Il ne faut pas chercher à imposer à tout prix « un équilibre substantiel dans l'accord des parties » sinon les modes alternatifs de résolution des litiges « ne répondront plus à la volonté d'autorégulation du corps social »[1903] et perdront en partie leurs attraits. Les contractants peuvent également soumettre au juge une action en responsabilité contre le tiers impliqué dans la mise en œuvre de leur procédure dans les conditions de droit commun de la responsabilité civile[1904]. On le voit, les clauses évoquées réalisent un déplacement de l'intervention du juge dans le temps en imposant le caractère préalable de la procédure contractuelle. Le juge n'intervient qu'en cas d'échec de celle-ci, de contestation sur la régularité de l'accord ou pour lui conférer force exécutoire.

516. - Dans le même sens, les clauses de garanties à première demande ont indirectement pour effet de retarder l'intervention du juge[1905]. Par ces clauses, le garant s'engage à verser au créancier une certaine somme « à première demande » dans le respect de la formalité procédurale instituée au contrat. La modification du moment d'intervention du juge vient du fait que la clause interdit « les contestations *a priori* pour permettre un paiement rapide et sans discussion du bénéficiaire »[1906]. Les « discussions relatives à l'exécution de l'obligation garantie sont ainsi différées dans le temps »[1907]. Ce n'est qu'après paiement que l'appel en garantie pourra faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Le raisonnement peut être étendu d'autres clauses encadrant la mise en œuvre de prérogatives contractuelles. Tel est le cas des clauses résolutoires qui visent à dispenser « l'une des partie d'agir en justice pour obtenir du juge qu'il tire les conséquences de l'inexécution, par l'autre partie, de ses obligations »[1908]. La

---

[1899] J.-J. DAIGRE, « Le juge et l'arbitre face aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil », art. préc., spéc. I. A. 2 ; L. CADIET, « Le juge et l'évaluation d'un prix de cession par un tiers », art. préc.

[1900] Rappr. L. RUET, note sous Cass. 3e civ., 3 nov. 2016, Defrénois 2017, n° 2, qui considère le juge des loyers comme étant le « juge d'appui de la clause recette ». Sur cette clause, F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et C. RODA, *op. cit.*, n° 1533.

[1901] Sur cette question, v. not. O. BARRET, « L'appel-nullité dans le droit commun de la procédure civile », RTD civ. 1990, p. 199, spéc. n° 3 et 23 ; A. PERDRIAU, « Existe-t-il des "pourvois-nullité" ? », D. 2002, p. 1993, spéc. n° 8.

[1902] M.-C. RIVIER, « L'éviction de la juridiction étatique par le contrat », *in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, op. cit.*, p. 23 et s., spéc., p. 24.

[1903] N. FRICERO, « Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable », art. préc., spéc., n° 15.

[1904] V. par ex., P. STOFFEL-MUNCK, « La force de la décision de l'expert contractuel », art. préc., n° 25 et s. ; N. FRICERO, art. préc., n° 15, p. 852-853.

[1905] V. *supra*, n° 256.

[1906] P. ANCEL, art. préc., spéc., p. 13.

[1907] A.-S. BARTHEZ et Y.-M. SERINET, « Les modèles dans les garanties de paiement », *in Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, T. REVET (dir.), LGDJ 2005, p. 383 et s., spéc. n° 66, p. 410.

[1908] L. CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », art. préc, spéc., n° 21 et n° 23 et s. ; E. LOQUIN, « Clauses dissuasives de litiges », J.-Cl. Contrats-Distribution 2008, fasc. 135, spéc. n° 85 : « La

possibilité reconnue au créancier de se faire justice à lui-même a pour conséquence de différer dans le temps l'intervention du juge dont la saisine peut être faite à l'initiative du débiteur qui conteste la mise en œuvre de la prérogative ou du créancier qui demande « l'exécution de la résolution »[1909].

On peut faire un constat similaire à propos des clauses de remplacement. Développées par les praticiens avant 2016[1910] « pour contourner les frais et retards engendrés par l'autorisation judiciaire »[1911], ces clauses permettent au créancier d'obtenir l'exécution en nature sans avoir à saisir préalablement le juge[1912]. Bien évidemment, l'intervention du juge n'est pas exclue ; tout comme en matière de clauses d'interprétation unilatérale[1913] ou de modification unilatérale du contenu du contrat, le contrôle judiciaire s'opère *a posteriori* lorsque l'une des parties conteste la mise en œuvre de la prérogative. Dans ce cas, le rôle du juge saisi consiste principalement à vérifier si les conditions prévues par la clause sont réunies.

2. L'effet des procédures contractuelles sur les pouvoirs du juge

517. - La mise en œuvre des procédures contractuelles entraîne parfois une modification des pouvoirs du juge même si la liberté contractuelle s'exerce en la matière « avec une efficacité décroissant à la mesure des atteintes portées aux prérogatives processuelles du juge »[1914].

Ce point peut être illustré par les clauses prévoyant une procédure d'établissement du décompte. Les parties doivent déterminer les sommes dues à partir de la constatation de l'état des travaux réalisés. Ces clauses tendent à lier le juge quant à l'appréciation des éléments de faits qui peuvent avoir une incidence sur le décompte définitif. Le juge est en principe privé du pouvoir de modérer la rigueur de la sanction contractuelle[1915] lorsque l'entrepreneur, qui réclame un montant supérieur, n'avait pas formulé ses réclamations dans le délai prescrit par la clause. Ainsi, si les juges du fond ont normalement un pouvoir d'appréciation en cas de litige sur le quantum de la contrepartie financière, ce pouvoir est limité en présence d'une procédure contractuelle d'établissement du décompte définitif[1916]. La solution est commandée

---

clause résolutoire dispense le créancier d'intenter une action judiciaire en résolution du contrat. Le créancier peut à bon droit "se faire justice", c'est-à-dire tirer toutes les conséquences de la résolution ».

[1909] C. PAULIN, *La clause résolutoire*, th. préc., n° 254 et s.

[1910] Le nouvel article 1222 du Code civil issu de l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 accorde le droit au créancier, sans autorisation judiciaire préalable, de faire exécuter lui-même l'obligation après une mise en demeure restée infructueuse.

[1911] M. FAURE-ABBAD, « Article 1222 : la faculté de remplacement », *in* « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis », RDC 2015, p. 784.

[1912] C. NOBLOT, « La clause de remplacement », CCC 2014, form. 3. V. aussi, F. LABARTHE et C. NOBLOT, *Le contrat d'entreprise*, LGDJ 2008, n° 1265, qui considèrent ne doit pas avoir de pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre de la faculté de remplacement.

[1913] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J.-C. RODA, *op. cit.*, n° 979, p. 455.

[1914] L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », art. préc., p. 37 ; du même auteur, « Les jeux du contrat et du procès », art. préc., n° 17.

[1915] Cass. 3e civ., 12 juill. 1995, n° 93-13.243. Sur cette question, v. C. CHARBONNEAU, « La réception de la norme AFNOR P 03-001 par la jurisprudence », RDI 2009, p. 628.

[1916] V. cependant, Cass. 3e civ., 18 mars 2021, n° 20-12.596, qui affirme que « les règles établies par la norme NF P 03.001 ne peuvent prévaloir sur les dispositions légales » après avoir relevé qu'en matière de construction à forfait d'un bâtiment, les travaux supplémentaires doivent être acceptés par le maître de l'ouvrage. En

par la force obligatoire du contrat qui prévoit la procédure à suivre pour solder les comptes entre les parties. La Cour de cassation veille à ce que le juge respecte le choix des parties[1917] et « ne tente pas d'altérer la rigueur des stipulations contractuelles, notamment des conséquences du non-respect de la procédure de contestation »[1918]. La même limitation de pouvoir du juge se produit en matière de clause résolutoire. Certes le juge saisi doit « contrôler la régularité de la résolution, vérifier si celle-ci a eu lieu conformément au droit et à la volonté des contractants », mais il ne jouit pas « du pouvoir d'apprécier » son opportunité[1919]. Les clauses prévoyant un encadrement procédural de la résolution unilatérale du contrat suscitent des remarques du même ordre. Elles ne conduisent pas seulement à repousser l'intervention judiciaire, elles réduisent aussi le rôle du juge[1920].

518. - Une autre illustration de l'incidence des procédures contractuelles sur les prérogatives du juge concerne la désignation du tiers. Dans les clauses d'arbitrage, d'expertise, de conciliation ou de médiation, il arrive que les parties confèrent le pouvoir de désignation au juge[1921]. Aussi, il est couramment stipulé que le président du tribunal statue en la forme des référés ou désormais selon la procédure accéléré au fond sans recours[1922]. On se demande si la juridiction peut statuer au fond sur la désignation du tiers en lieu et place de son président visé par la convention des parties[1923]. La question a été tranchée par la Cour de cassation en matière d'arbitrage. En présence d'un tel jugement de désignation, elle considère que « l'arbitre [est] investi en méconnaissance de la volonté des parties » et ajoute que « la décision du juge qui procède à cette désignation sans y être habilité est susceptible

---

l'absence de preuve d'un tel accord, le mémoire adressé par l'entrepreneur au maître de l'ouvrage ne peut « pas être présumé définitif, nonobstant l'écoulement des délais » contractuels.

[1917] V. par ex., Cass. 3e civ., 19 mai 2009, n° 08-13.377. Sur cette question, v. M. LAMOUREUX, th. préc., n° 17, p. 45.

[1918] C. CHARBONNEAU, « La réception de la norme AFNOR P 03-001 par la jurisprudence », art. préc., spéc. II. A. 1. V. Cass. 3e civ., 12 juill. 1995, n° 93-13.243, qui considère que la sanction du non-respect de la procédure d'établissement du décompte définitif ne constitue pas une clause pénale susceptible d'être modérée par le juge.

[1919] C. PAULIN, *La clause résolutoire*, th. préc., spéc. n° 277 et n° 278 et s.

[1920] D. HOUTCIEFF, « La réactivité en droit contemporain des contrats : des réactions unilatérales au smart contract », art. préc., spéc. II. A, 2e §, qui souligne le « recul » du pouvoir du juge en la matière : « s'il contrôle encore la résolution unilatérale, il ne la prononce pas mais se borne à la "constater" ».

[1921] Sur le caractère facultatif de ce recours, v. CA Paris, 7 juin 2013, n° 11/08605, s'agissant d'une clause prévoyant que « Faute pour les parties de désigner son conciliateur dans les quinze jours de la lettre qui l'y invite, ce conciliateur pourra être désigné par le Président du Tribunal de Grande Instance du siège social de la clinique statuant en matière de référé à l'initiative de l'autre partie », la cour énonce qu'un « tel recours qui a pour objet de pallier la carence d'une partie ne peut être opposé par celle-ci comme un préliminaire obligatoire ; qu'il en résulte que c'est à juste titre que le tribunal a retenu le caractère facultatif de ce recours en rappelant que M R. avait saisi la juridiction au fond passé le délai prévu pour la conciliation préalable ».

[1922] V. par ex., Cass. 2e civ., 16 déc. 2010, n° 10-12.938, qui traite d'une clause d'expertise amiable prévoyant une modalité de désignation similaire ; Cass. com., 19 juin 2019, n° 17-28.804 (clause de conciliation) ; Cass. 1re civ., 8 avr. 2009, n° 08-14.255 ; RTD com. 2009, p. 552, obs. E. LOQUIN ; D. 2009, p. 2959, obs. T. CLAY (clause compromissoire).

[1923] En matière d'arbitrage, la question relève selon les cas de la compétence du juge d'appui ou de la personne chargée d'organiser l'arbitrage depuis le décret du 13 janvier 2011 (CPC, art. 1451 à 1454). Reste que dans cette hypothèse, les parties ne sont pas l'abri d'un excès de pouvoir notamment lorsque le juge d'appui refuse de désigner l'arbitre ou lorsque le président du tribunal judiciaire statue en lieu et place du président du tribunal de commerce rendu compétent en vertu de la clause compromissoire (v. CPC, art. 1459, al. 1 et 2.).

d'appel »[1924]. L'explication tient au fait qu' « appelé à prêter son concours à la constitution du tribunal arbitral, [le juge] doit respecter la volonté des parties » en sorte qu'il excède « ses pouvoirs dès lors qu'aucune » clause du contrat ne lui confère cette faculté de désignation[1925]. La volonté des parties qui est mise en avant dans l'arrêt devrait conduire à étendre la solution aux autres hypothèses de recours à un tiers[1926]. Il en est ainsi d'autant que la procédure suivie n'est pas identique selon que la désignation est faite par le président ou par le tribunal lui-même.

Proche de cette situation est l'exemple qui concerne les clauses de prix à dire de tiers qui ont une incidence sur le rôle du juge. En sa qualité de mandataire des parties chargé de parfaire leur contrat, le tiers rend une décision qui ne peut être modifiée par le juge[1927]. Ce dernier n'a pas non plus le pouvoir de procéder à l'estimation du prix ou à l'évaluation des droits sociaux[1928] même s'il estime avoir des éléments suffisants à cet effet[1929]. Dans les litiges rentrant dans le champ de l'article 1843-4 du Code civil, il doit désigner un expert à défaut d'accord entre les parties à moins que celles-ci ne décident de confier cette mission à un tribunal arbitral[1930]. La limitation apportée aux pouvoirs du juge constitue une dérogation aux dispositions du Code de procédure civile qui prévoit simplement la faculté, et non une obligation, pour le juge d'ordonner une mesure d'instruction[1931].

519. - Les clauses instituant des procédures n'ont pas seulement pour effet de limiter les pouvoirs du juge. Elles permettent aussi de faciliter son office. Ainsi, s'agissant d'une clause prévoyant le recours à un conciliateur devant donner son avis sur l'applicabilité d'une convention collective au litige, la Cour de cassation approuve les juges du fond de s'être appuyés sur l'avis du conciliateur non contesté de part et d'autre pour trancher le litige[1932]. De même, en matière de clause instituant une procédure d'expertise amiable, les juges du fond prennent fréquemment en compte l'avis du tiers ayant accompli sa mission dans le respect de la procédure dès lors qu'aucune critique n'est formulée à son égard par les parties[1933].

520. - Sur un autre plan, les opérations successives qui composent une procédure contractuelle s'analysent en des obligations procédurales. Elles concrétisent les exigences

[1924] Cass. 1re civ., 10 mai 1995, Rev. arb. 1995, p. 605, 2e esp., note A. HORY ; RTD com. 2009, p. 552, obs. E. LOQUIN ; D. 1996, p. 79, note G. BOLARD ; Justices 1997, p. 348, obs. M.-C. RIVIER. V. aussi, Cass. 1re civ., 8 avr. 2009, n° 08-14.255 ; D. 2009, p. 2959, obs. T. CLAY ; CA Paris, 6 juin 2019, n° 18/27939, préc.
[1925] Cass. 2e civ, 16 mars 2000, n° 97-19.102, Bull. civ. II, n° 45, p. 31 ; Gaz. Pal. 2000, p. 48 ; RTD com. 2000, p. 593, obs. J.-C. DUBARRY et E. LOQUIN.
[1926] Rappr. Cass. com., 10 oct. 2018, n° 16-22.215, préc., qui énonce que la décision relative à la désignation de l'expert en application de l'article 1843-4 du Code civil n'est susceptible de recours qu'en « cas d'excès de pouvoir ».
[1927] L. CADIET, « Le juge et l'évaluation d'un prix de cession par un tiers », art. préc., p. 750.
[1928] Cass. 1re civ., 18 juin 1996, n° 94-16.159, Bull. civ. I, n° 264 ; Cass. 1re civ., 30 oct. 2008, n° 07-19.459.
[1929] J.-J. DAIGRE, « Le juge et l'arbitre face aux dispositions de l'article 1843-4 », BJS 1996, p. 789, spéc. n° 2.
[1930] L. WEILLER, note sous Cass. com., 10 oct. 2018, Procédures 2018, comm. 374 ; X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, obs. sous Cass. com., 10 oct. 2018, RDC 2019, p. 92, qui affirment : « la seule stipulation d'une clause par laquelle les parties étaient convenues des modalités de nomination de l'expert évaluateur, fût-il par ailleurs arbitre, suffisait *prima facie* à satisfaire aux exigences de l'article 1843-4 du Code civil ».
[1931] CPC, art. 143 et 232.
[1932] Cass. 1re civ., 20 juin 2006, n° 03-16.640, préc.
[1933] V. par ex., Cass. 1re civ., 29 févr. 2000, n° 97-21301 ; RGDA 2000, p. 497, obs. J. KULMANN ; CA Bastia, 4 nov. 2009, n° 08/00402.

générales de bonne foi, de loyauté dans l'exécution du contrat. Les actes et les formalités à accomplir facilitent le contrôle procédural du comportement des parties. Dans le cas des procédures de renégociation, de conciliation, d'indemnisation en matière d'assurance, les juges prennent-elles en considération le caractère sérieux des propositions qui doivent être faites pendant la mise en œuvre du processus amiable[1934]. L'appréciation du comportement des parties est ainsi facilitée grâce à des critères concrets qu'impliquent ces dispositifs tenant notamment à la détermination précise des diligences à accomplir. Le contrôle judiciaire est également aisé à mettre en œuvre en présence de clauses aménageant les prérogatives contractuelles[1935], plus singulièrement lorsqu'une obligation de motivation est prévue[1936]. On sait, en effet, qu'une telle exigence est au service des pouvoirs non discrétionnaires, c'est-à-dire des pouvoirs dont les finalités sont déterminées ou du moins déterminables. En prévoyant une obligation de motivation, la clause oblige l'auteur de la décision à porter à la connaissance de son partenaire ses motifs afin qu'il s'assure que la prérogative a été mise en œuvre conformément à sa finalité[1937]. La motivation facilite le contrôle judiciaire[1938] : « celui du juge des référés, d'abord, dans son appréciation des conditions du référé ; celui du juge du fond, ensuite, lorsqu'il doit apprécier la gravité du manquement »[1939]. Ainsi, pour retenir la responsabilité du contractant qui est tenu de motiver sa décision, il suffit que le juge constate l'absence de motivation dans l'acte[1940] ou un motif ne correspondant pas à la finalité de la prérogative [1941] . En l'absence d'obligation de motivation, l'appréciation par rapport à l'exigence de bonne foi ou de loyauté ne conduit pas toujours à ce résultat[1942].

521. - Moins frappante mais néanmoins significative est la jurisprudence relative à la mise en œuvre des clauses résolutoires. Le juge saisi constate simplement que les conditions

---

[1934] V. par ex., Cass. 2e civ., 5 mars 2020, n° 19-14.061 ; LEDA 2020, n° 5, p. 3, obs. D. KRAJESKI, selon l'arrêt, aucune faute ne peut être reprochée à l'assureur qui « a mis œuvre rapidement le processus amiable d'indemnisation, lequel n'a pu être mené à son terme que par l'opposition de l'assurée et que, l'assureur ayant soumis une proposition sérieuse et rapide à l'assurée ».

[1935] P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.*, spéc. n° 287, p. 398, l'auteur considère qu'en « imposant des formes particulières à l'exercice de l'unilatéralisme, l'on facilite le contrôle ultérieur du juge ». Ainsi, le juge pourra être amené à « sanctionner la mise en œuvre de la prérogative, non pas sur le fondement de l'opportunité de sa mise en œuvre, mais sur l'inobservation de la procédure devant conduire à son application ».

[1936] X. LAGARDE, « Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », art. préc., spéc. n° 5, qui affirme que l'énoncé des motifs présente un double avantage : « celui de faciliter leur contrôle par le juge » et « celui de respecter les droits de la défense du salarié […] ».

[1937] M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », art. préc., n° 20.

[1938] L. BENTO DE CARVALHO, th. préc., n° 794 ; M. FABRE-MAGNAN, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », art. préc., p. 575 ; F. GAUDU, « L'exigence de motivation en droit du travail », RDC 2004, p. 566, spéc. n° 7, qui énonce que l'exigence de motivation facilite « la vérification du respect de conditions légales ».

[1939] S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », art. préc., n° 40.

[1940] Cass. 3e civ., 15 juin 2011, n° 10-16.244, l'arrêt d'appel est approuvé en ce qu'il relève que, dans sa décision de refus d'agréer le cessionnaire, le bailleur « n'alléguait aucun motif ». Comp., Cass. 3e civ., 8 nov. 2011, n° 10-28.021 ; AJDI 2012, p. 351, obs. C. DREVEAU, qui approuve les juges du fond ayant retenu que « le congé délivré sans motivation devait être annulé ».

[1941] Cass. soc., 4 juin 1987, n° 83-46.036 ; D. 1988, p. 193, note A. MAZEAUD, qui approuve l'arrêt d'appel ayant constaté que le motif figurant dans l'acte ne correspond pas à l'un des cas limitativement prévus par la convention justifiant ainsi la condamnation de l'employeur. V. aussi, en matière de refus d'agrément dans les contrats de distribution sélective, v. CA Paris, 24 mai 2017, n° 15/12129 ; D. 2017, p. 2444, obs. Y. SERRA.

[1942] Pour un ex. en matière de clause de résiliation, v. CA Paris, 10 janv. 2018, n° 15/04591.

d'application ont été respectées pour donner effet à la sanction conventionnelle[1943]. Il endosse alors « un rôle d'homologateur de la décision unilatérale de l'une des parties »[1944]. Dans la même veine, les clauses instituant des présomptions[1945] ou sanctionnant le non-respect de la procédure contractuelle par une déchéance sont de nature à simplifier la tâche du juge qui se limite à un contrôle formel en constatant le respect des règles procédurales. Une observation similaire peut être faite en ce qui concerne la mise en œuvre de procédures de constat contradictoire d'état des lieux et d'achèvement des travaux. Outre leur vertu préventive, ces dispositifs contribuent à l'allègement de l'office du juge qui peut, par exemple, tenir compte du résultat final après s'être assuré simplement de la régularité de la procédure suivie[1946]. Inversement, il lui suffit de constater que la procédure contractuelle n'a pas été mise en œuvre pour rejeter les prétentions du demandeur[1947].

Dès lors, l'office du juge est facilité selon la précision de la clause instituant la procédure. Lorsque la clause est suffisamment détaillée et précise, la détermination de ses conséquences juridiques est simple à réaliser.

§. 2. Les sanctions relatives à la mise en œuvre des procédures contractuelles

522. - L'efficacité des procédures contractuelles dépend de la sanction applicable. Les remèdes à l'inexécution du contrat ne sont pas toujours adaptés. Aussi, la jurisprudence utilise un certain nombre d'instruments, inspirés du droit processuel, pour sanctionner la violation de clauses instituant des procédures[1948]. Encore convient-il de nuancer car si la similitude des situations justifie la transposition de sanctions procédurales (**A**), la nature contractuelle des mécanismes en cause conduit à adapter ces sanctions (**B**).

[1943] C. PAULIN, th. préc., n° 232, p. 239 : « Le juge, saisi uniquement en cas de contestation ou de refus du débiteur de se plier à la résolution, n'a pas pour rôle de la prononcer mais seulement d'en vérifier l'existence et d'en ordonner le respect ».

[1944] J. ROCHFELD, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », RDC 2006, p. 113, spéc. n° 27. Pour une approche critique de cette nouvelle fonction judiciaire, v. P. LEMAY, th. préc., spéc. n° 344.

[1945] V. *supra*, n° 414 et s.

[1946] Prenant en compte les éléments de contenu du constat contradictoire d'état des lieux après résiliation du contrat, v. CA Paris, 13 sept. 2019, n° 114/2019.

[1947] Cass. 3e civ., 14 mai 2020, n° 19-14.763, préc. ; CA Paris, 21 nov. 2018, n° 17/02919 : en raison du non-respect par la bailleresse de la procédure contractuelle de constat contradictoire, elle ne peut pas se prévaloir d'un quelconque accord de la locataire sur les travaux de remise des locaux en leur état primitif. V. aussi, CA Aix-en-Provence, 6 juin 2013, n° 12/21928 : incidence du non-respect de la procédure contractuelle de détermination de quantité manquante sur l'admission d'une créance dans le cadre d'une procédure collective.

[1948] *Cf.* A. LAQUIEZE, « Sanction », *in Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1381 et s., spéc. p. 1383, qui voit dans la sanction une « obligation secondaire qui trouve sa raison d'être dans la volonté de faire respecter ces obligations primaires que sont les norme de conduite ». *Adde*, L. CADIET, « La sanction et le procès civil », *in* Mélanges J. HÉRON, LGDJ 2008, p. 125 et s., spéc. p. 126-127 : « le plus souvent, la sanction apparaît comme toute mesure de nature à assurer le respect des normes procédurales […], voire substantielles […] ».

A. La transposition des sanctions procédurales

523. - Des mécanismes de sanction utilisés en procédure civile sont transposés à la mise œuvre de procédures contractuelles. L'objectif est d'assurer l'efficacité procédurale des clauses concernées. Cela concerne deux types de manquements. Il s'agit, d'abord, du fait pour une partie de saisir le juge au mépris d'une clause procédurale qui correspond à l'hypothèse d'une inexécution du contrat. Il s'agit, ensuite, du défaut de diligence dans la mise en œuvre qui renvoie à une mauvaise exécution du contrat et plus précisément à des manquements et des irrégularités constatés dans l'application du dispositif contractuel. Il faut ainsi distinguer la sanction procédurale du défaut de mise en œuvre (**1**) de celle visant le défaut de diligence dans la conduite (**2**) de la procédure contractuelle.

1. La sanction du défaut de mise en œuvre des procédures contractuelles

524. - Lorsqu'une partie saisit le juge en méconnaissance d'une procédure contractuelle, quelles conséquences faut-il en tirer sur le terrain procédural ? Si l'on considère que l'accord des parties est susceptible de produire des effets procéduraux, la question doit être envisagée successivement sous l'angle contractuel puis procédural. Il s'agit de déterminer si la clause peut faire l'objet d'une exécution en nature (aspect contractuel). Dans l'affirmative, l'aspect procédural consiste à choisir la qualification appropriée à la situation[1949]. En général, la clause peut être exécutée en nature. Les qualifications adaptées sur le plan procédural pour aboutir à ce résultat sont à rechercher parmi les différents moyens de défense.

D'abord, les prétentions du plaideur peuvent être jugées mal fondées en raison de la violation d'une procédure contractuelle. Il en est ainsi lorsque la clause a pour objet d'encadrer un droit en subordonnant l'obtention de celui-ci au respect d'un délai d'action et d'une forme. Dans ce cas, le contractant qui agit en justice sans mettre en œuvre la formalité procédurale se voit dénier la réalité de son droit. C'est le résultat auquel conduit la sanction de la violation de la clause de garantie de passif lorsque le juge retient que l'inobservation de la procédure fait obstacle à ce que les cessionnaires « invoquent le bénéfice » de la garantie[1950]. La violation de la procédure d'établissement du décompte définitif conduit à un résultat similaire lorsque la Cour de cassation relève, par exemple, que « faute de réclamation dans le délai contractuel, le projet de décompte général » la demanderesse est devenue « débitrice du montant inscrit sur ce projet de décompte devenu définitif »[1951]. Il en est de même lorsque la procédure contractuelle conduit à faire peser une charge probatoire sur une partie. Sa méconnaissance entraînera le rejet de la demande pour défaut de preuve[1952]. Une solution identique est retenue s'agissant de la méconnaissance de la procédure de constat contradictoire d'état des lieux[1953]. Le demandeur à l'action exercée en violation d'une

[1949] P. THÉRY, obs. sous Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, RTD civ. 2015, p. 187, spéc. I.
[1950] Cass. com., 9 juin 2009, n° 08.17.843, préc.
[1951] Cass. 3e civ., 17 déc. 2014, n° 13-22.494, préc.
[1952] Cass. com., 5 avr. 2018, n° 16-19.854, préc.
[1953] V. par ex. CA Paris, 15 déc. 2010, n° 09/10408, la cour relève que « faute pour elle (la bailleresse) d'avoir respecté la procédure contractuelle ayant pour objet, dans le cadre d'un état des lieux contradictoire, de déterminer les travaux à effectuer puis de permettre au locataire d'exercer la faculté de faire procéder lui-même aux travaux par des entreprises qu'elle aurait agréées », la société bailleresse « sera déboutée de sa demande en paiement des travaux et de celle subséquente au titre de l'indemnité d'immobilisation ».

procédure contractuelle s'expose donc à un jugement de débouté. On notera simplement qu'il s'agit moins de sanctionner l'impossibilité d'établir le bien-fondé d'une prétention à l'aide d'éléments factuels[1954] que de tenir compte de la violation d'une formalité procédurale pour dénier la réalité du droit au fond. Reste qu'en tout état de cause la sanction frappe ici la prétention exprimée par l'action en justice, « c'est-à-dire la fin poursuivie par le demandeur, le résultat économique et social recherché par lui »[1955].

525. - Ensuite, la méconnaissance d'une procédure contractuelle peut être attaquée au moyen d'une exception de procédure et sanctionnée en tant que telle. L'action du demandeur n'est pas contestée dans son existence mais dans son exercice. En vertu du contrat, elle aurait dû être portée devant un autre juge. La violation de clauses attributives de compétence[1956] ou de clauses compromissoires[1957] est sanctionnée de cette manière. L'instrument qui est utilisé à cet effet consiste en une déclaration d'incompétence dès lors qu'une partie l'invoque conformément aux règles gouvernant les exceptions de procédure[1958]. Plus précisément, la juridiction saisie au mépris de ces clauses invite le demandeur à mieux se pourvoir[1959]. Le choix de la qualification d'exception d'incompétence s'explique non seulement par l'inadéquation des sanctions de l'inexécution du contrat, mais aussi par le fait qu'elle exprime mieux la force obligatoire des clauses concernées[1960]. Il assure l'efficacité de l'accord par un mécanisme procédural permettant d'obtenir son exécution forcée à l'égard des parties[1961].

Il est encore fréquent que l'action exercée en méconnaissance d'une procédure contractuelle soit contestée dans son existence même. Le contractant qui prend l'initiative prématurée se voit dénier son droit d'être entendu par le juge dans la mesure où ce droit était conditionné par la mise en œuvre préalable d'une procédure. Les situations visées concernent principalement la violation de clauses de conciliation, de médiation ou d'expertise préalables. Mais il est possible que le défaut de mise en œuvre d'une clause de renégociation puisse faire l'objet une sanction identique lorsqu'un contractant saisit le juge en l'absence de tentative amiable préalable, l'intervention du juge étant conçue comme subsidiaire[1962]. La jurisprudence a également tendance à sanctionner d'autres mécanismes d'inspiration

---

[1954] V. CPC, art. 6 et 9.

[1955] L. CADIET, « La sanction et le procès civil », art. préc., spéc. p. 129. *Adde*, G. CORNU et J. FOYER, *op. cit.*, n° 119, p. 524, pour qui la prétention désigne « le droit ou l'avantage prétendu » sur une chose, « c'est, d'un mot, la fin poursuivie ».

[1956] V. par ex., Cass. com., 17 nov. 2015, n° 14-19.244.

[1957] V. Cass. com., 26 févr. 2020, n° 18-21.810, Gaz. Pal. 13 oct. 2020, p. 68, obs. S. FARHI ; LEDICO, mai 2020, p. 2, obs. C.-E. BUCHER, jugé que la clause compromissoire s'applique en dépit de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'un des contractants dès lors que le liquidateur exerce les droits et actions du débiteur dessaisi.

[1958] La clause compromissoire, en tant qu'exception de procédure, doit être invoquée *in limine litis* : v. Cass. 1re civ., 13 mai 2020, n° 18-25.966 ; LPA 30 sept. 2020, p. 19, note S. AKHOUAD-BARRIGA ; RDC sept. 2020, p. 79, obs. X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET ; Gaz. Pal. 21 juill. 2020, p. 65, note S. AMRANI-MEKKI ; D. 2020, p. 2484, obs. T. CLAY.

[1959] Sur la reconnaissance progressive de cette solution en matière d'arbitrage, v. P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, n° 631 et s.

[1960] P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », art. préc., spéc. n° 31.

[1961] C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *op. cit.*, n° 163.

[1962] Sur le caractère préalable d'une tentative de règlement amiable de la difficulté, v. not. P. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *in La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, RDC 2016, n° HS, p. 30, spéc. I. B. 3.

similaire[1963]. La contestation du droit d'agir prend la forme d'une fin de non-recevoir[1964] qui donne lieu à une décision d'irrecevabilité. Bien évidemment, s'agissant d'une fin de non-recevoir d'intérêt privé, il appartient aux parties de s'en prévaloir[1965]. Pour le reste, la jurisprudence fait preuve de rigueur dans le but d'assurer le respect strict de la chronologie instituée au contrat qui veut que le juge ne soit saisi avant qu'une tentative amiable ait lieu. Elle considère non seulement que la fin de non-recevoir peut être invoquée en tout état de cause[1966], mais aussi qu'elle n'est pas susceptible de régularisation en cours d'instance[1967]. La solution s'explique d'un point de vue contractualiste par la volonté de préserver la force obligatoire de la clause[1968].

Cette même volonté explique la sanction des comportements peu diligents dans la mise en œuvre des procédures contractuelles.

2. La sanction du défaut de diligence dans la conduite de la procédure

526. - En marge du droit commun des contrats, il existe des instruments procéduraux qui permettent la sanction des parties dans la conduite d'une procédure contractuelle. Les mécanismes utilisés visent aussi le tiers impliqué dans la mise en œuvre de la procédure.

S'agissant du tiers, une partie peut remettre en cause son indépendance ou son impartialité. La situation est fréquente en matière d'arbitrage par suite de la révélation de l'existence de liens entre une partie et un membre du tribunal arbitral. Le tiers estimateur dans le cadre la fixation du prix en matière de vente et de cession de droits sociaux est également concerné[1969]. Bien que les griefs relatifs à l'impartialité du conciliateur ou du médiateur ne soient pas retenus, ils sont souvent invoqués par les parties[1970]. En toute logique et dans la mesure où l'exigence d'indépendance et d'impartialité est la règle en la matière, une possibilité de récusation devrait être reconnue aux parties. L'objectif n'est pas d'appliquer la procédure de récusation visant le juge étatique[1971]. Il s'agit de faire en sorte que la partie qui s'abstient d'user sa faculté de récusation pendant « l'instance contractuelle » ne soit plus recevable à contester une irrégularité tenant à l'indépendance ou à l'impartialité du tiers dans la mesure où elle avait eu connaissance de la cause justifiant une telle demande avant le

[1963] V. *supra*, n° 509.
[1964] CPC, art. 122 et s.
[1965] V. P. ANCEL et M. COTTIN, note préc., spéc. I, A, p. 1389, qui considèrent que « le juge n'a non seulement aucune obligation, mais n'a pas non plus le pouvoir de soulever d'office l'irrecevabilité »
[1966] CPC, art. 123. V. Cass. com., 22 févr. 2005, n° 02-11.519 ; RTD civ. 2005, p. 450, obs. R. PERROT ; JCP 2005, I, 183, n° 3, obs. T. CLAY; RDC 2005, p. 1143, obs. X. LAGARDE ; Dr. et patr. 2006, p. 94, obs. S. AMRANI-MEKKI ; Cass. 3e civ., 25 nov. 2014, n° 13-23.784 et Cass. com., 20 janv. 2015, n° 13-12.127, RDC 1015, p. 311, obs. C. PELLETIER ; Cass. com., 24 juin 2020, n° 18-15.249, préc.
[1967] Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19.684 ; D. 2015, p. 298, note C. BOILLOT ; *ibid*., p. 287, obs. N. FRICERO ; AJCA 2015, p. 128, obs. K. DE LA ASUCION PLANES ; JCP G, 22 déc. 2014, n° 52, p. 2351, note G. DAHERO ; Procédures 2015, n° 2, p. 19, note H. CROZE ; Gaz. Pal., 8 mars 2015, n° 67, p. 9, note S. AMRANI-MEKKI ; RTD civ. 2015, p. 187, obs. P. THÉRY ; RDC 2015, n° 2, p. 308, obs. C. PELLETIER.
[1968] C. PELLETIER, obs. sous Cass. com., 3 mai 2011, RDC 2012, n° 3, p. 884 ; du même auteur, obs. sous Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, RDC 2015, n° 2, p. 308.
[1969] V. par ex., Cass. 1re civ., 2 déc. 1997, n° 95-19.791, préc. ; Cass. com., 5 oct. 2004, n° 02-215.45, préc.
[1970] Cf. Cass. 2e civ., 10 janv. 2008, n° 03-15.360, sur le fait de savoir si la contestation par une partie de l'impartialité du médiateur peut être prise en compte pour caractériser un abus du droit d'agir, la cour répond par la négative ; CA Amiens, 10 juin 2010, n° 10/02252 ; CA Rennes, 4 sept. 2019, n° 16/07928.
[1971] CPC, art. 341 et s.

dénouement de la procédure contractuelle. Cependant, à l'exception du domaine de l'arbitrage, la jurisprudence n'est pas en ce sens[1972]. La solution s'explique par la différence de nature existant entre l'arbitrage dont l'objet est de faire trancher un litige et les autres procédures contractuelles qui ne confèrent pas une telle mission au tiers. Dans la dernière hypothèse, c'est la logique contractuelle qui inspire les règles régissant la qualité du tiers. Celui-ci doit faire preuve de transparence en informant les parties sur les circonstances de nature à générer un soupçon de dépendance ou de partialité sous peine d'engager sa responsabilité[1973], outre la possibilité de remettre en cause le contrat de mandat qui le lie aux parties[1974].

En matière d'arbitrage, la demande de récusation peut, selon les cas, être portée devant les tribunaux étatiques ou devant les arbitres eux-mêmes ou encore devant l'institution chargée de l'organisation de l'arbitrage[1975]. Dans le cas de la médiation et d'expertise institutionnelle, les contestations relatives à l'indépendance et à l'impartialité du tiers sont réglées par l'institution en cause conformément à leurs règlements[1976]. Plus généralement, la procédure de récusation relève largement de la liberté des contractants. La récusation conduit à faire remplacer le tiers par un autre selon les modalités prévues pour sa désignation. Une précision s'impose car il se peut que les circonstances de nature à faire peser un doute légitime sur l'indépendance du tiers ne soient connues des parties qu'après le déroulement de la procédure contractuelle. Dans une telle hypothèse, ce n'est plus la procédure de récusation qui est utilisée mais la remise en cause du résultat final. Ainsi, l'estimation du tiers[1977], la transaction[1978] et la sentence arbitrale[1979] peuvent être remises en cause pour défaut d'indépendance ou d'impartialité du tiers. Pour parvenir à ce résultat, encore faut-il que les parties agissent dans les délais impartis.

[1972] Comp., Cass. 1re civ., 17 déc. 2015, n° 13-24.544 ; JA 2016, n° 532, p. 11, obs. X. DELPECH, qui affirme que « les dispositions du code de procédure civile régissant la procédure de récusation devant les juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale, ne sont pas applicables aux organes des groupements examinant la violation d'engagements contractuels ».

[1973] N. FRICÉRO, « Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable », art. préc., spéc. n° 7.

[1974] Cass. 1re civ., 2 déc. 1997, n° 95-19.791, préc., qui affirme que faute de révélation par le tiers estimateur des liens antérieurs avec l'une des parties, l'autre qui ignorait cette information n'a pas « exprimé librement » son consentement.

[1975] C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *op. cit.*, n° 749 et s.

[1976] V. par ex., Règlement de médiation CCI, art. 5.5, qui prévoit notamment que « Si une partie fait objection au Médiateur nommé par le Centre et notifie par écrit cette objection au Centre et à toutes les autres parties, en en précisant les motifs, dans les 15 jours à compter de la réception de la notification de la nomination, le Centre nomme un autre Médiateur ».

[1977] V. par ex., la mise à l'écart de l'estimateur de l'expert désigné en application de l'article 1843-4 du Code civil : Cass. com., 30 sept. 2020, n° 18-17.353, n° 18-18.168. Sur cette question, v. P. STOFFEL-MUNCK, « La force de la décision de l'expert contractuel », art. préc., spéc. n° 10 et 11.

[1978] S. GUINCHARD et *alii*, *Droit processuel*, *Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit.*, spéc. n° 811, p. 1499, qui affirment qu'à défaut, pour le médiateur, de révéler l'existence d'éventuels « liens propres à altérer l'appréciation que les parties se font de son indépendance d'esprit », il s'expose à ce que « les parties dénoncent une erreur sur ses qualités essentielles […]. La nullité de la médiation pourrait emporter de la transaction qui en serait issue ».

[1979] V. par ex., CAss. 2e civ., 12 févr. 2004, n° 02-10.987 ; Rev. arb. 2004, p. 359, note M.-C. RIVIER ; JCP G 2004, I, 179, n° 5, obs. C. SERAGLINI ; D. 2005, p. 3050, obs. T. CLAY. Sur cette question, v. C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *op. cit.*, n° 754 et s.

527. - Le principe de célérité régissant les procédures contractuelles est incompatible avec les comportements dilatoires. Par conséquent, dès lors que les parties ont connaissance d'informations de nature à remettre en cause leur appréciation de l'indépendance ou de l'impartialité du tiers, elles tenues d'exercer leur droit de récusation dans le délai imparti[1980]. Dans le cas contraire, elles sont réputées avoir renoncé à s'en prévaloir. La solution, retenue en matière d'arbitrage[1981], s'inspire de l'estoppel[1982]. Elle a vocation à s'appliquer aux autres procédures contractuelles impliquant un tiers[1983]. L'exigence de cohérence s'opposerait à ce qu'une partie, ayant en pleine connaissance participé à la procédure contractuelle, puisse ultérieurement remettre en cause l'indépendance ou l'impartialité du tiers. Dans le même ordre d'idées, on peut s'interroger sur la sanction du comportement consistant dans le fait pour une partie de refuser de participer à une procédure contractuelle régulièrement mise en œuvre par son cocontractant. Sur le plan procédural, la réponse varie suivant le processus conventionnel en cause.

En matière d'arbitrage, la jurisprudence et le législateur ont mis en place des mécanismes destinés à lutter contre l'inertie d'une partie notamment au stade de la constitution du tribunal[1984]. En revanche, la question du refus d'une partie de participer à l'instance arbitrale n'est pas expressément réglée par le législateur. Mais rien n'interdit à ce qu'elle fasse l'objet d'un aménagement conventionnel. Il en est ainsi lorsque la clause compromissoire fait référence à un règlement d'arbitrage qui autorise le tribunal arbitral à rendre une sentence par défaut ou réputé contradictoire[1985]. Le tribunal arbitral n'est pas obligé de suivre les règles prévues par les articles 471 et suivants du Code de procédure civile sauf prévision contraire des parties. Dans ce cas, le tribunal arbitral veillera au respect de la contradiction[1986] ; il ne devra faire droit à la demande « que dans la mesure où il l'estime régulière, recevable et bien fondée »[1987]. La solution retenue en matière de procédure contractuelle de constat contradictoire est également proche de cette situation. Lorsqu'une partie, régulièrement convoquée selon les modalités prévues au contrat, refuse tout de même

[1980] V. CPC, art. 1456, al. 3, qui prévoit un délai d'un mois ; Règlement d'arbitrage CCI, art. 14.2, même délai.
[1981] Cass. 1re civ., 25 juin 2014, n° 11-26.529 ; D. 2014, p. 1981, avis. P. CHEVALIER ; *ibid*. p. 1986, note B. LE BARS ; Cah. arb. 2014, p. 1547, note T. CLAY ; JCP G 2014, 742, obs. T. CLAY ; *ibid*. I, 857, n° 4, obs. C. SERAGLINI ; *ibid*., 977, n° 9, obs. C. NOURRISSAT ; LPA 2014, n° 215, p. 5, obs. M. HENRY ; Rev. arb. 2015, p. 85, note J.-J. ARNALDEZ et A. MEZGHANI. V. aussi, Cass. 1re civ., 19 déc. 2018, n° 16-18.349, préc.
[1982] Elle est consacrée par le décret du 13 janvier 2011 à l'article 1466 du CPC.
[1983] V. en ce sens, Cass. 1re civ., 2 déc. 1997, n° 95-19.791, préc., qui affirme que le tiers chargé de fixer le prix de la vente « qui ne rapportait pas la preuve de la notoriété de ces liens, devait en révéler l'existence à la partie qui l'ignorait ». On peut considérer que lorsque le lien entre le tiers et l'une des parties est notoire, l'autre partie qui ne l'invoque en temps utile est censé avoir renoncé à se prévaloir du défaut d'impartialité du tiers.
[1984] V. C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *op. cit*., n° 265 et s.
[1985] V. par ex., Règlement d'arbitrage de la Chambre arbitrale internationale de Paris, 1er juill. 2019, art. 26, al. 1 : « Si le défendeur, régulièrement cité, ne comparaît pas, ne se fait pas représenter, ne produit ni argumentation ni pièce, le Tribunal Arbitral peut procéder à l'arbitrage en se fondant sur les éléments dont il dispose ». Sur cette disposition, v. CA Paris, 14 févr. 1985, Rev. arb. 1987, p. 325, note P. LEVEL.
[1986] Règlement d'arbitrage de la Chambre arbitrale internationale de Paris, art. 26, al. 2 : « Il (le Tribunal Arbitral) veille néanmoins à appeler le défendeur défaillant à participer à l'arbitrage à chaque étape de la procédure, dans le respect du principe de la contradiction ».
[1987] CPC, art. 472, al. 2.

de se présenter ou de se faire représenter, la jurisprudence considère que l'état dressé dans ces conditions est réputé contradictoire à son égard[1988].

528. - On peut faire une observation similaire s'agissant des procédures d'exclusion des associés, de révocation des dirigeants sociaux ou encore de la procédure de licenciement. Dans ces hypothèses, le respect des garanties procédurales incombe à celui qui a le pouvoir de sanction. Par conséquent, lorsque l'associé[1989], le dirigeant[1990] ou le salarié[1991] régulièrement convoqué, refuse de se présenter ou de formuler des observations, la décision rendue à son encontre est réputée contradictoire. Les juges se prononcent également en ce sens en matière de constat contradictoire d'état des lieux[1992] de réception des travaux[1993]. La solution mérite d'être approuvée en ce qu'elle permet d'éviter que le déroulement de la procédure ne soit laissé à la volonté discrétionnaire d'une partie. Elle n'est pas sans rappeler le mécanisme de la condition suspensive laquelle est « réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement »[1994]. Elle conforte la force obligatoire et l'exigence de bonne foi dans la mise en œuvre de ces mécanismes.

Pour sanctionner la violation des procédures contractuelles par des outils de procédure civile, on a vu qu'il fallait examiner la question sur le terrain contractuel, puis sur le plan procédural. Parfois c'est le raisonnement inverse qui est adopté. Il ne faut pas oublier que les clauses instituant des procédures sont inspirées des principes processuels (notamment le principe du contradictoire, l'indépendance et l'impartialité du tiers) dont la violation n'est pas toujours sanctionnée sur le terrain procédural. Dans ce cas, la question doit être successivement envisagée sous l'aspect procédural, puis contractuel. Il faut vérifier que l'exigence processuelle en cause s'applique à la procédure contractuelle dont le non-respect est invoqué par l'une des parties. Une fois la question réglée, la seconde étape consiste à déterminer la sanction appropriée sur le plan contractuel.

[1988] Sur cette question, v. *supra*, n° 241.

[1989] Cass. com., 15 juill. 1992 ; Dr. sociétés 1992, n° 212, obs. H. LE NABASQUE.

[1990] V. par ex., Cass. com., 20 févr. 2019, n° 17-21.470 ; Rev. sociétés 2019, p. 460, obs. J.-F. BARBIERI ; BJS 2019, n° 5, p. 8, obs. G. AUZERO, qui juge la révocation régulière au motif que le dirigeant avait bénéficié d'un temps suffisant pour présenter sa défense et n'a pas fait usage de cette faculté.

[1991] Cass. soc., 23 juill. 1980, Bull. civ. V, n° 695, dès lors que la convocation est régulière, il il ne dépend pas du destinataire de refuser de la recevoir ou d'empêcher le déroulement normal de la procédure de licenciement. Rappr. Cass. soc., 26 mai 2004, n° 02-40.681 : « n'est pas irrégulier le licenciement d'un salarié qui n'a pu se rendre à l'entretien préalable, l'employeur n'étant pas tenu de faire droit à sa demande d'une nouvelle convocation ».

[1992] V. par ex., CA Pau, 7 janv. 2010, n° 09/00159 ; CA Douai, 31 janv. 2019, n° 19/106 ; CA Amiens, 6 oct. 2020, n° 19/04785.

[1993] Cass. 3e civ., 7 mars 2019, n° 18-12.221, D. 2019, p. 536 ; *ibid*., p. 1358, obs. V. GEORGET ; RDI 2019 p. 334, obs. B. BOUBLI ; Cass. 3e civ., 3 juin 2015, n° 14-17.744, Bull. civ. III, n° 53 ; D. 2015, p. 1320, l'arrêt est approuvé pour avoir relevé que, dès lors que l'entrepreneur « avait été dûment convoqué aux opérations de réception, son absence » lors de l'opération de réception « ne saurait priver [le] procès-verbal de son caractère contradictoire ». *Adde*, S. BERTOLASO, « La réception des travaux : notion adaptable ou concept instable ? », Contr.-Urb. n° 9, sept. 2013, étude 9, spéc. n° 33 et s.

[1994] C. civ., art. 1304-3.

B. Les sanctions non procédurales

529. - Dans certains cas, les dommages et intérêts sont considérés comme des mesures « satisfactoires »[1995] (**1**). Mais cette sanction n'est pas toujours suffisamment dissuasive, la privation d'effet de l'acte accompli en violation de la procédure contractuelle apparaît adaptée dans d'autres cas (**2**).

1. Les dommages et intérêts

530. - En matière de procédure civile, les règles relatives au respect des droits de la défense, à la contradiction et à la motivation de la décision[1996] sont en principe sanctionnées par les mesures énergiques telles que la nullité ou l'irrecevabilité. Qu'en est-il lorsque ces mêmes exigences sont transposées dans les rapports contractuels ? Dans la majorité des cas, ce sont les dommages et intérêts qui sont accordés à la victime, la nullité de la décision du tiers intervenant dans le déroulement de la procédure étant l'exception.

531. - Les manifestations de cette sanction sont nombreuses. En matière de licenciement, l'allocation d'une indemnité réparatrice est largement préférée à une exécution en nature[1997] ou à l'annulation de la décision en cas de violation des garanties procédurales par l'employeur[1998] sous réserve de la violation d'un droit ou d'une liberté fondamentale[1999]. Certes, le conseil de prud'hommes peut annuler une sanction irrégulière[2000], mais il est prévu que cette disposition n'est pas applicable « lorsque la sanction contestée est un licenciement »[2001]. Selon la Cour de cassation, la rupture du contrat de travail par l'employeur n'ouvre droit, pour le salarié, qu'à des réparations de nature indemnitaire « dès lors qu'aucun texte n'interdit, ou ne restreint la faculté de l'employeur, de le licencier ». Elle ajoute que le juge ne peut, « en l'absence de disposition le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale, annuler un licenciement »[2002]. Il est vrai que la Cour de cassation a fini par admettre des cas de nullité sans texte[2003], mais elle a tendance à restreindre le domaine de

[1995] Le terme « satisfactoire » est souvent utilisé dans le sens d'obtention de la prestation attendue, v. par ex., Y.-M. LAITHIER, *Etudes comparatives des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. MUIR WATT, LGDJ 2004, n° 52, p. 78.
[1996] C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 840 et s., n° 1149.
[1997] Cass. soc., 16 mars 1978, n° 76-41.106 ; D. 1978, IR, p. 292 ; Dr. soc. 1979, p. 291, note J. SAVATIER, qui approuve les juges du fond d'avoir retenu qu'il n'y avait aucun intérêt à recommencer la procédure, le licenciement entaché d'une irrégularité formelle étant sanctionné par l'attribution d'une indemnité.
[1998] C. trav., art. L. 1235-2, al. 5 : en cas de violation de la procédure de licenciement, « le juge accorde au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ». *Adde*, S. TOURNAUX, « Les garanties procédurales fondamentales », Dr. soc. 2015, p. 389, spéc. n° 31 et s.
[1999] V. not. F. GAUDU, « Les nullités du licenciement et le « principe » pas de nullité sans texte », Dr. soc. 2010, p. 151 ; G. COUTURIER, « Petites histoires de nullités du licenciement », Dr. soc. 2011, p. 1218.
[2000] C. trav., art. L. 1333-2.
[2001] C. trav., art. L. 1333-3.
[2002] Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-45.735, Bull. civ. V, n° 87, Dr. soc. 2001, p. 1117, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; Cass. soc., 31 mars 2004, n° 01-46.960, Bull. civ. V, n° 101 ; Dr. soc. 2004, p. 666, obs. C. RADÉ.
[2003] Sur cette question, v. not. G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, op. cit., n° 470; F. BERGERON-CANUT et F. GAUDU, *Droit du travail*, 7e éd., Dalloz 2021, spéc. n° 327, p. 285-286.

cette nullité. Ainsi, considère-t-elle que le non-respect d'une procédure interne à une entreprise n'est pas de nature à remettre en cause la validité du licenciement[2004].

Le second exemple est celui tiré de de l'exclusion des associés et de la révocation des mandataires sociaux. En effet, après avoir imposé le respect du principe du contradictoire au cours de la procédure en pareille hypothèse, la jurisprudence considère que la violation de cette exigence entraîne, non pas la nullité de la décision, mais la responsabilité de la société[2005]. Elle fait de la violation de la contradiction un cas de révocation abusive[2006]. Par conséquent, le dirigeant révoqué peut invoquer la violation du principe du contradictoire pour obtenir des dommages et intérêts[2007]. Il en résulte que la mise en œuvre de la procédure d'exclusion et de révocation dans le respect de la contradiction est simplement garantie par un système indemnitaire qui ne prive pas d'effet la décision.

La solution est semblable à celle retenue en matière d'obligation de motivation des décisions unilatérales. Certes, la nullité est prononcée dans certains cas[2008]. Mais en général, dans une telle hypothèse, c'est moins l'exigence de motivation que la justification de l'acte qui semble être en cause alors qu'il s'agit de deux choses complètement différentes[2009]. Quant à la sanction de l'obligation de motivation en tant qu'exigence formelle, elle conduit à la réparation du dommage subi par la victime. On le constate en droit du travail y compris dans les hypothèses où le non-respect de la motivation du licenciement rend celui-ci sans cause réelle et sérieuse[2010]. Plus concrètement, la décision ne sera pas annulée du fait de la méconnaissance de l'obligation de motivation. Cela aurait pour conséquence d'imposer à l'employeur d'accomplir à nouveau correctement la procédure de licenciement ce qui n'aurait

---

[2004] Cass. soc., 27 mai 2021, n° 19-16.117 ; D. actu. 15 juin 2021, obs. C. COUEDEL ; RJS 8-9/2021, n° 498, qui affirme que « le guide mémento des règles de gestion RH PX 10 de La Poste constitue un document interne à cette entreprise se bornant à expliciter les règles de droit, à destination des délégataires du pouvoir disciplinaire en charge de les appliquer » et approuve la cour d'appel d'avoir retenu que « l'absence d'indication des fautes reprochées dans la lettre de convocation à l'entretien préalable au licenciement, en méconnaissance du point 221 du guide mémento précité, n'était pas de nature à affecter la validité de ladite mesure ». Comp., Cass. soc., 4 juin 1987, n° 85-43.402 ; D. 1988, p. 193, note MAZEAUD, qui refuse d'ordonner la réintégration du salarié en cas de violation d'une procédure conventionnelle quand bien même celle-ci prévoyait la nullité du licenciement dans une telle hypothèse.

[2005] Cass. com., 13 juill. 2010, n° 09-16.156 ; D. 2010, p. 1868, obs. A. LIENHARD ; *ibid*. p. 2880, note B. DONDERO ; Dr. sociétés 2010, comm. 200, note H. HOVASSE ; RTD com. 2010, p.727, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; Gaz. Pal. 2010, n° 280, p. 15, obs. B. DONDERO ; BJS 2010, n° 12, p. 990, note P. LE CANNU, qui décide que « l'impossibilité pour l'associé exclu de venir s'expliquer devant l'organe décidant son exclusion n'est pas une cause de nullité de la délibération ayant prononcé l'exclusion ». La solution est fondée sur le régime restrictif des nullités du droit des sociétés.

[2006] V. par ex., M.-C. SORDINO, « Aménagements conventionnels et révocation *ad nutum* des dirigeants de sociétés anonyme », *in* Mélanges C. MOULY, t. II, Litec 1998, p. 245, spéc. p. 251 et s. ; P. LE CANNU, « Le principe de la contradiction et la protection des dirigeants », art. préc., n° 26 et s.

[2007] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit*., n° 568.

[2008] V. par ex., Cass. 3e civ., 8 nov. 2011, n° 10-28.021 ; AJDI 2012, p. 351, obs. C. DREVEAU, annulation du congé délivré par le bailleur mais non motivé.

[2009] V. en ce sens, L. AYNÈS, « Motivation et justification », art. préc. p. 555 : « Dans la justification se glisse un jugement sur la relation entre l'acte et sa cause : cette relation est ou non conforme au droit, à la justice, à la raison, ou à l'équité ; ce jugement implique celui qui juge. Dans la motivation, au contraire, nul jugement. Il s'agit seulement de communiquer les causes de la décision : faire connaître par quel cheminement interne l'agent est parvenu à l'acte de volonté qu'il accomplit ». L'auteur ajoute qu' « un acte peut être juste quoique non motivé. Il peut être motivé avec un luxe de détails, mais injuste ».

[2010] V. par ex., Cass. soc., 29 nov. 1990, Bull. civ. V, n° 598 ; Cass. soc., 12 janv.1994, Bull. civ. V, n° 2.

aucune utilité pour le salarié[2011], la décision de l'employeur étant déjà arrêtée. La jurisprudence adopte la même position plutôt pragmatique dans d'autres cas où la nullité de l'acte ne présente pas d'intérêt pour la victime. Ainsi, dans une espèce où les parties avaient prévu une clause d'agrément, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir condamné le concédant au paiement de dommages et intérêts notamment à raison de l'absence de motivation du refus d'agrément conformément « aux engagements contractuels »[2012].

532. - L'éviction de la nullité au profit des dommages et intérêts est explicable. La remise en l'état qu'implique la nullité suppose parfois que le juge ordonne la poursuite des relations contractuelles et on peut émettre des doutes sur l'efficacité de cette mesure, du moins dans la durée, lorsqu'elle est imposée à une partie qui n'en veut pas. Si l'indemnisation a été préférée à l'annulation pure et simple de l'acte c'est parce qu'elle est la « plus à même de sanctionner efficacement l'atteinte portée au contradictoire »[2013]. En matière de révocation des dirigeants sociaux[2014], l'explication est liée au fait que le mandataire social a perdu la confiance de la majoritaire des administrateurs ou des associés[2015]. Dans ces conditions, la nullité de la décision serait inefficace et inopportune. Elle aurait pour conséquence la réintégration du dirigeant évincé qui serait de toute façon de courte durée. L'organe décisionnaire aurait probablement très tôt entamé à nouveau une procédure de révocation, cette fois-ci dans le respect du principe de la contradiction. Puisque la révocation se fait *ad nutum* dans certains cas, le conseil d'administration n'aurait pas à justifier sa décision. On comprend d'ailleurs que dans la quasi-totalité des affaires soumises aux tribunaux, les plaignants ne demandent pas l'annulation de la décision, mais la condamnation de la société au paiement de dommages et intérêts.

En matière d'exclusion des associés, l'hésitation des juges à prononcer la nullité de la décision est liée notamment aux difficultés inhérentes à la réintégration. Si l'on ordonne une telle mesure, l'associé sera probablement convoqué à nouveau au terme d'une procédure régulière à s'expliquer devant un « collège dont la décision est déjà acquise »[2016] dans la mesure où cet organe décisionnaire reste dans une position de « juge et partie ». La recherche de la solution la plus appropriée les conduit en général à se contenter d'une condamnation au paiement de dommages et intérêts. On peut étendre le même raisonnement au-delà du droit

[2011] Cas. Soc., 16 mars 1978, Bull. civ. V, n° 199, préc.
[2012] Cass. com., 2 juill. 2002, n° 01-12.685, préc.
[2013] L. ASCENCI, *Du principe de la contradiction*, th. préc., n° 818 et s., p. 458 et s. ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, th. préc., spéc., n° 597, p. 470-471, qui met en exergue la difficulté de mettre en œuvre la nullité de l'acte unilatéral extinctif ; B. DABOSVILLE, *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, préf. A. LYON-CAEN, Dalloz 2013, spéc. n° 486, p. 392 qui considère que la nullité du licenciement est écartée en raison de ses effets, la réintégration du salarié apparaissant comme une solution « irréaliste ».
[2014] V. C. RUELLAN, note sous CA Paris, 28 janv. 1999, Bull. Joly 1999, p. 1001, qui tout en critiquant le raisonnement juridique qui amène la jurisprudence à refuser le prononcé de la nullité semble l'approuver au motif qu'elle « marque la limite au-delà de laquelle la libre révocabilité serait altérée ».
[2015] Comp., S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », art. préc., n° 29, pour qui, la condamnation de l'auteur d'une rupture injustifiée à des dommages et intérêts plutôt que le maintien forcée du contrat « se comprend […] si la résiliation unilatérale a rompu le lien de confiance des parties. Le cocontractant victime de la résiliation peut préférer l'indemnisation à l'exécution forcée du contrat ».
[2016] G. PARLEANI, « Les exclusions et retraits dans les sociétés coopératives toujours en question : ici, perte de la qualité d'associé et principe du contradictoire », Rev. Sociétés 2017, p. 220, spéc. n° 16.

des sociétés. La volonté manifestée par l'une des parties de rompre le contrat[2017], le fait que la victime se contente le plus souvent d'une demande indemnitaire constituent autant d'obstacles à la recherche d'une survie de la relation contractuelle. Au demeurant, la nullité de la décision et le retour au *statu quo ante* seraient en tout état de cause inopportuns dans l'hypothèse où la rupture du lien contractuel est justifiée au fond. Le titulaire de la prérogative serait toujours fondé à la mettre en œuvre dans le respect des règles procédurales. Dans ces conditions, la seule sanction opportune paraît résider dans la condamnation de l'auteur au paiement de dommages et intérêts[2018].

533. - L'allocation de dommages et intérêts est perçue comme un moyen d'adapter la mise en œuvre des règles processuelles concernés dans les rapports contractuels[2019]. L'explication n'est pas totalement convaincante, il faudra y revenir[2020]. Néanmoins, l'indemnisation n'est pas la seule sanction retenue, la jurisprudence retient également que la violation d'une procédure contractuelle peut entraîner l'inefficacité de l'acte final.

2. L'inefficacité de l'acte

534. - Il arrive que les tribunaux sanctionnent de clauses instituant des procédures par l'inefficacité de l'acte établi en violation de ces clauses. L'hypothèse concerne essentiellement les procédures contractuelles d'expertise et de constat contradictoire. Il existe de nombreuses illustrations de ce phénomène en droit positif.

Une première manifestation concerne l'établissement de l'état des lieux en matière de bail d'habitation. L'article 3-2 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 prévoit qu'un état des lieux « est établi contradictoirement et amiablement par les parties ou par un tiers mandaté par elles ». S'il ne peut être établi dans ces conditions, « il est établi par un huissier de justice, sur l'initiative de la partie la plus diligente, à frais partagés par moitié entre le bailleur et le locataire »[2021]. Dans ce cas, les parties doivent être avisées par l'huissier au moins sept jours à l'avance, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. L'objectif visé est de permettre aux parties de se « préconstituer un moyen de preuve efficace »[2022]. La violation de ce processus de constat contradictoire est susceptible de générer diverses conséquences[2023] dont l'inopposabilité de l'acte. Ainsi, considère-t-on « qu'un état des lieux établi

[2017] Comp., X. LAGARDE, « Réflexions civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », art. préc., spéc. n° 8, qui affirme : « La jurisprudence, avec un certain discernement, a vraisemblablement perçu l'artifice d'une procédure imposée *a posteriori* d'un licenciement à l'évidence irrévocable ».

[2018] Rappr. Cass. soc., 16 mars 1978, préc., qui affirme : « les juges d'appel ont pu estimer qu'il n'y avait aucun intérêt en l'espèce à recommencer une procédure de licenciement déjà tentée à deux reprises et devenue inutile en raison de l'écoulement de plus d'une année depuis son prononcé ».

[2019] L. ASCENCI, *Du principe de la contradiction*, th. préc., n° 822, p. 460, qui y voit une manifestation de « la spécialisation du contradictoire ».

[2020] V. *infra*, n° 595 et s.

[2021] Le recours à l'huissier est subsidiaire et suppose au préalable une tentative d'effectuer l'état des lieux de façon amiable. À défaut, le demandeur supporte seul les frais d'établissement de l'état des lieux par l'huissier : v. par ex. Cass. 3e civ., 10 sept. 2020, n° 19-10.033.

[2022] C.-H. GALLET, *in* JCP N, n° 29, 18 juill. 1997, p. 1007.

[2023] On notera que l'article 3-2, alinéa 3 de la loi susmentionnée sanctionne le défaut de diligence d'une partie dans la mise en œuvre du processus en prévoyant que « la présomption établie par l'article 1731 du Code civil ne peut être invoquée par celle des parties qui a fait obstacle à l'établissement » de l'état des lieux.

unilatéralement par le bailleur et non signé par le locataire ne peut faire la preuve des dégradations imputables à celui-ci »[2024] ou, encore, que le constat de l'état des lieux établi unilatéralement par le bailleur « n'a pas de valeur probante »[2025]. La Cour de cassation retient une solution plutôt nuancée. Elle considère qu'un état des lieux non contradictoirement établi peut tout même être versé aux débats et soumis à la discussion contradictoire des parties[2026]. Il constitue seulement un élément de preuve[2027] laissé à l'appréciation des juges du fond[2028]. Reste que la sanction s'est déplacée sur le terrain de la force probante. Certes, l'état des lieux non contradictoire demeure recevable, mais les juges dénient le plus souvent toute force probante à son contenu[2029].

535. - La seconde hypothèse est relative à la réception des travaux dans les contrats d'entreprise. L'article 1792-6, alinéa 1er du Code civil définit la réception[2030] comme « l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves » et ajoute qu'elle est « en tout état de cause, prononcée contradictoirement ». Lorsqu'elle est régulièrement opérée, la réception des travaux produit des conséquences importantes. Elle entraîne, en principe, l'exigibilité du paiement du prix ou du solde dû par le maître de l'ouvrage[2031]. En outre, elle emporte transfert de la garde[2032] et des risques de la chose au maître de l'ouvrage. Elle libère, enfin, l'entrepreneur des risques apparents[2033] à moins que le maître de l'ouvrage n'ait exprimé son désaccord par l'émission de réserves. Pour être efficace, la réception doit être effectuée de façon contradictoire[2034]. Le respect du contradictoire suppose que l'ensemble des parties concernées aient été en mesure de participer[2035] aux opérations de réception et donc qu'elles aient été régulièrement convoquées[2036]. La jurisprudence précise que le caractère non contradictoire de la réception prive celle-ci de tout effet à l'égard de la partie non appelée. Ainsi, dans un arrêt rendu en 2004, la troisième

[2024] B. VIAL-PEDROLETTI, « Constat des lieux : principe du contradictoire et tempéraments », JCP N 1997, prat., 4102.
[2025] J. LAFOND, J.-Cl. (Bail d'habitation et à usage mixte), fasc. 140, n° 41.
[2026] Cass. 3e civ., 17 avr. 1996, n° 94-16.365 ; Cass. 3e civ., 12 nov. 2008, n° 07-17.840 ; Cass. 3e civ., 17 mars 2016, n° 14-15.325 ; Cass. 3e civ., 17 nov. 2019, n° 15-22.751.
[2027] Cass. 3e civ., 2 oct. 1996, n° 94-21.486.
[2028] V. par ex., Cass. 3e civ., 10 janv. 1995, n° 93-12.300 ; Loyers et copr. 1995, comm. n° 248.
[2029] V. par ex., CA Versailles, 29 mai 1998 ; Loyers et copr. 1999, comm. n° 119 ; CA Montpellier, 5 mai 2015, n° 13/07734 : « Le bailleur demandeur à l'indemnisation des frais de remise en état des locaux ne peut pas se prévaloir du contenu d'un état des lieux de sortie non contradictoire sans avoir effectué les diligences stipulées par le contrat de bail pour inviter le locataire à y participer […] ».
[2030] Sur cette question, v. not. S. BERTOLASO, « La réception des travaux : notion adaptable ou concept instable ? », Constr.-Urb. 2011, comm. 9, p. 16-17 ; H. PERINET-MARQUET, « Achèvement et réception : notion et liaisons », Constr.-Urb. 2013, étude 3 ; J.-L. PRAUD, « Requalifier la réception des travaux », RDI 2016, p. 259.
[2031] Cass. 3e civ., 14 nov. 1968, Bull. civ. III, n° 475.
[2032] Cass. 3e civ., 9 mai 1972, Bull. civ. III, n° 293.
[2033] D. GIBIRILA, « Louage d'ouvrage et d'industrie. – Contrat d'entreprise », J.-Cl. (Civil) 2021, Art. 1787, fasc. 10, n° 96.
[2034] Les juges du fond doivent relever un fait de nature à établir le caractère contradictoire de la réception : Cass. 3e civ., 4 avr. 1991, RDI 1991, p. 347, obs. P. MALINVAUD et B. BOUBLI.
[2035] Cass. 3e civ., 12 janv. 2011, n° 09-70.262 ; RDI 2011 p. 220, obs. B. BOUBLI, qui approuve les juges du fond d'avoir « retenu que l'exigence de la contradiction ne nécessitait pas la signature formelle du procès-verbal de réception dès lors que la participation aux opérations de réception de celui qui n'a pas signé ne fait pas de doute ».
[2036] Cass. 3e civ., 2 févr. 2005, n° 03-16.724 ; Constr.-Urb. 2005, comm. 62, note M.-L. PAGES-DE VARENNE ; Cass. 3e civ., 3 juin 2015, n° 14-17.744, préc. ; Cass. 3e civ., 7 mars 2019, n° 18-12.221, préc.

chambre civile de la Cour de cassation approuve une cour d'appel d'avoir « constaté qu'aucun fait de nature à établir le caractère contradictoire d'une éventuelle réception des travaux à l'égard de l'entrepreneur ne pouvait être relevé, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, non critiqués, pu retenir que cette réception n'était intervenue »[2037]. Le procès-verbal de réception unilatéralement établi par le maître de l'ouvrage ne pourra donc pas être opposé à son cocontractant.

Les juges se prononcent également en ce sens dans d'autres situations impliquant la mise en œuvre d'une procédure contractuelle. Ainsi, en matière d'assurance de dommage ouvrage[2038], le non-respect du caractère contradictoire de la procédure d'expertise préalable est sanctionné par l'inopposabilité du rapport[2039]. De même, lorsqu'une procédure d'estimation du dommage est prévue au contrat[2040], la Cour de cassation retient que le rapport d'expertise unilatéralement établi sans que l'autre partie ait été appelée « ne saurait servir de base à l'évaluation des dommages subis »[2041]. À l'analyse des solutions retenues en la matière, la diversité des termes utilisés est frappante. Certains arrêts semblent se référer à la notion d'inexistence lorsqu'ils énoncent qu'en raison de la violation du contradictoire, la réception « n'est pas intervenue »[2042]. Dans d'autres arrêts, la notion d'inopposabilité est utilisée[2043]. La question est généralement résolue sur le terrain probatoire lorsqu'il est retenu que le constat unilatéralement établi est dénué de valeur probante[2044] ou ne peut faire la preuve des prétentions du demandeur[2045].

536. - On observe, au final, une incertitude sur la dénomination précise de la sanction retenue dans les différentes hypothèses susmentionnées. Mais le résultat recherché est le même, la sanction conduit à priver d'effet l'acte unilatéralement élaboré en méconnaissance d'une procédure. Elle traduit l'efficacité de la volonté des parties en ce qu'elle met en œuvre un mécanisme (inefficacité de l'acte) qui permet d'obtenir l'exécution forcée de la clause. Il reste

---

[2037] Cass. 3e civ., 16 mars 2004, n° 02-18.555. V. aussi, Cass. 3e civ., 18 juin 1997, n° 95-20.704 ; RDI 1997, p. 588, obs. P. MALINVAUD et B. BOUBLI, qui affirme : « l'acte du 15 juillet 1987 n'ayant pas de caractère contradictoire, la réception des ouvrages ne pouvait être considérée comme intervenue à cette date ».

[2038] C. assur., art. L. 242-2 et A. 243-1. Sur le caractère obligatoire de cette procédure, v. Cass. 1re civ., 28 oct. 1997, n° 95-20.421, préc.

[2039] Cass. 1re civ., 3 mai 1995, n° 91-14.634, Bull. civ. I, n° 611 ; RDI 1995, p. 572, obs. G. LEGUAY et P. DUBOIS, qui relève qu'avant de déposer ses rapports, l'expert n'a pas consulté pour avis les autres parties « de sorte que ces rapports n'étaient opposables à » aucune d'entre elles. V. aussi, CA Douai, 28 avr. 2016, n° 15/00974 : inopposabilité de l'expertise dommage ouvrage en l'absence de respect de la contradiction.

[2040] V. *supra*, n° 248.

[2041] Cass. 2e civ., 29 mars 2006, n° 04-19.867. V. aussi, CA Nancy, 12 déc. 2016, n° 15/00987 : l'expertise réalisée en violation de la procédure contractuelle est dénuée de valeur probante.

[2042] V. par ex., Cass. 3e civ., 18 juin 1997, Bull. civ. III, n° 142 ; Cass. 3e civ., 16 mars 2004, n° 02-18.555.

[2043] Cass. 3e civ., 16 févr. 1994, Bull. civ. III, n° 22 ; Cass. 3e civ., 4 avr. 1991, Bull. civ. III, n° 109 ; Cass. 3e civ., 21 nov. 1995, n° 93-13.636 ; CA Rouen, 26 oct. 2011, n° 11/00243 ; CA Montpellier, 19 oct. 2016, n° 14/06090.

[2044] CA Versailles, 26 sept. 2006, n° 05/03716 ; CA Basse-Terre, 16 sept. 2019, n° 17/01078. Comp., Cass. 3e civ., 2 mai 2012, n° 11-15.401, qui approuve les juges du fond ayant retenu que faute d'avoir été mentionné dans le constat contradictoire, « la disparition alléguée du décodeur n'était pas avérée ».

[2045] Cass. 3e civ., 10 janv. 1995, n° 93-12.300 ; Loyers et copr. 1995, comm. n° 248, qui relève que l'état de lieux unilatéralement établi par le bailleur « ne pouvait faire la preuve de dégradations imputables à la locataire ». V. aussi, CA Orléans, 13 juin 2008, n° 07/01414, qui énonce que si l'état de lieux unilatéralement établi par le bailleur ne peut être écarté des débats, « il est en revanche insuffisant à lui seul pour faire pleine preuve des dégradations » imputées au locataire ; CA Amiens, 12 nov. 2019, n° 18/00927.

que l'on ne peut se contenter d'une imprécision de la nature de la sanction applicable. Il y a une différence entre les notions d'opposabilité, d'inexistence ou de validité. D'où l'importance de faire un choix. On pourrait être tenté de considérer que la sanction vise à remettre en cause la « valeur probante » du document établi de manière non contradictoire[2046]. Mais à la réflexion, la notion d'opposabilité paraît être la plus à même d'expliquer les solutions retenues par la jurisprudence[2047]. En effet, un acte est dit opposable lorsqu'il « peut être utilement invoqué par un plaideur à l'encontre de son adversaire »[2048]. C'est d'ailleurs en ce sens que l'adjectif « contradictoire » est conçu comme « une opération (judiciaire ou extrajudiciaire) à laquelle tous les intéressés ont été mis à même de participer, même si certains n'y ont pas été effectivement présents ou représentés, mais à la condition que tous y aient été régulièrement convoqués de telle sorte que le résultat de cette opération leur est, à tous, opposable »[2049].

Le raisonnement peut être prolongé sur le plan contractuel. Sous cet aspect, la nullité apparaît inappropriée pour rendre compte de l'inefficacité de l'acte élaboré en violation des procédures contractuelles concernées. En effet, lorsqu'une stipulation prévoit le caractère contradictoire d'une procédure, sa méconnaissance s'analyse comme une contravention au contrat, et non comme un vice affectant sa validité au moment de la formation de l'acte. En réalité, « la figure la plus proche de cette situation est celle d'une résolution aux torts »[2050] de la partie qui a transgressé la norme contractuelle. Il s'agit de faire en sorte que l'acte irrégulier ne puisse produire effet à l'égard de celui qui n'a pas concouru à son élaboration, c'est-à-dire d'obtenir l'équivalent de l'exécution en nature de la clause instituant la procédure. Pour atteindre cet objectif, la notion d'inopposabilité[2051] semble être la sanction appropriée dans la mesure où elle tend à ne pas faire sentir les effets de l'acte au contractant qui n'a pas été régulièrement associé à son édiction. Néanmoins, la jurisprudence ne se prononce pas toujours en ce sens[2052]. Le fait de déplacer le débat sur le terrain de la force probante ne

---

[2046] Rappr., Cass. crim., 8 févr. 2005, n° 04-86.873, Bull. crim. n° 43 ; RSC 2006, p. 81, obs. C. AMBROISE-CASTEROT ; Dr. pénal 2005, comm. 63, obs. J. ROBERT, qui affirme que : « l'impossibilité de mettre en œuvre l'expertise contradictoire [avait] pour seule conséquence de priver de valeur probante les analyses en cause ».

[2047] V. en ce sens, L. ASCENCI, th. préc., n° 789, p. 446.

[2048] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Opposable », sens 1.

[2049] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Contradictoire », sens 1.

[2050] Cf. P. STOFFEL-MUNCK, « La force de la décision de l'expert contractuel », art. préc., n° 17.

[2051] V. *infra*, n° 609 et s.

[2052] V. par ex., Cass. 1re civ., 11 mars 2003, n° 01-01.430, Bull. civ. I, n° 70 ; D. 2005, p. 46, note G. CAVALIER ; Cass. 3e civ., 9 nov. 2004, n° 03-14.211, Procédures 2005, comm. n° 2, obs. R. PERROT ; AJDI 2005, p. 567, note L. ASCENCI ; Cass. 1re civ., 12 avr. 2005, n° 02-15.507, D. 2005, IR, p. 1180 ; Cass. 1re civ., 17 mars 2011, no 10-14.232, Procédures 2011, comm. 162, note R. PERROT ; Cass. 3e civ., 9 mai 2012, n° 10-21.041, Procédures 2012, comm. n° 210, obs. R. PERROT, qui affirme qu'« un constat d'huissier de justice, même non contradictoirement dressé, vaut à titre de preuve dès lors qu'il est soumis à la libre discussion des parties ». Il est vrai que la question a entrainé une divergence de jurisprudence avant d'être réglée par une chambre mixte de la Cour de cassation (Cass., ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-18.710, Bull. ch. mixte n° 2 ; D. 2012, p. 2317 ; D. 2013, p. 275, obs. N. FRICERO ; RTD civ. 2012, p. 769, obs. R. PERROT) qui rappelle que « le juge ne peut refuser d'examiner une pièce régulièrement versée aux débats et soumise à la discussion contradictoire » et ajoute qu'il ne peut, néanmoins, « se fonder exclusivement sur une expertise réalisée à la demande de l'une des parties ». Au regard de la formulation retenue dans l'arrêt (qui vise « l'expertise réalisée à la demande d'une partie »), il est permis de penser que la solution ne s'applique qu'aux « expertises amiables unilatérales » et non pas à celles qui doivent être réalisées contradictoirement conformément à l'accord des parties (En ce sens, F. FERRAND, « Preuve », Rép. civ. Dalloz 2021, spéc. n° 441).

garantit pas toujours que l'acte établi en violation du contradictoire serait assorti de sanction. Cela montre à nouveau la difficulté d'appréhender l'intrication de principes processuels dans les rapports contractuels.

Conclusion du chapitre

537. - On l'aura remarqué, le régime procédural appliqué aux procédures contractuelles tient compte de leur dualité de nature. Si certaines clauses ont une qualification et une sanction procédurales, d'autres mettent en œuvre des exigences inspirées du droit processuel dont la méconnaissance est sanctionnée sur le terrain contractuel.

L'application des règles de procédure civile est compréhensible puisque les diligences requises des parties dans la mise en œuvre d'une procédure contractuelle ne s'analysent pas en termes de créance et de dette. Elles matérialisent seulement l'importation des outils et mécanismes de procédure dans les rapports contractuels. Dans la mesure où la licéité de telles stipulations n'est pas remise en cause, il convient logiquement de respecter la volonté des parties en s'inspirant du modèle source dans l'édification du régime applicable. Aussi, n'est-il pas étonnant que les instruments du droit processuel soient mobilisés pour traduire la force obligatoire des dispositifs étudiés. Il faut y voir simplement une prise en compte de la spécificité de ces mécanismes sur le terrain procédural, garantie de leur efficacité.

Néanmoins, le régime procédural applicable aux procédures contractuelles ne permet pas toujours d'assurer l'efficacité de la volonté des parties. Sur certains points, la jurisprudence a fait preuve d'une avancée remarquable en prévoyant des sanctions procédurales au défaut de mise en œuvre. Sur d'autres, elle semble hésiter à appliquer la sanction qui aurait logiquement dû s'imposer.

Conclusion du Titre

538. - Les procédures contractuelles mettent en œuvre l'imbrication du droit commun des contrats des contrats et du droit processuel. Si la source de ces mécanismes réside dans l'accord de volontés, leur objet porte sur la mise en œuvre de procédures qui sont soumises à des exigences propres. La dualité du régime applicable traduit la prise en compte de cette spécificité. Faut-il pour autant s'étonner de l'application cumulative de règles substantielles et procédurales ?

Il n'en est rien. La combinaison des règles en cause est avant tout un moyen de prise en compte la volonté des parties. En reconnaissant force obligatoire à une clause procédurale, législateur et juge accordent une efficacité pleine et entière à la liberté d'organisation des rapports contractuels. Il s'ensuit que l'utilisation des règles et mécanismes de procédure à cette fin n'est qu'une manifestation du pouvoir normateur du contrat. S'il met en œuvre des mécanismes initialement utilisés en droit du procès, il paraît normal de les soumettre à un régime identique dès lors qu'ils répondent aux mêmes besoins.

539. - Cependant, il convient de noter qu'une transposition systématique des règles de droit processuel n'est ni recherchée ni souhaitable en raison des risques qu'elle présente. On ne saurait faire l'impasse, en effet, sur l'accord de volontés à l'origine de procédure dont la mise en œuvre est recherchée. L'application des règles de procédure civile doit permettre ce qui est strictement nécessaire au respect des engagements convenus. Autrement dit, les règles procédurales applicables doivent servir le contrat en laissant place à une certaine souplesse dans leur mise en œuvre. L'éviction du régime substantiel, dans certains cas, au profit de ces dernières constitue une manifestation de la nécessité de cette souplesse.

En définitive, les insuffisances constatées en droit positif dans le régime des procédures contractuelles contrastent avec l'essor de ces mécanismes dans la pratique et l'importance qui leur est accordée dans l'aménagement des rapports contractuels. Au regard de ce constat, on peut légitimement se poser la question de savoir si, dans la recherche d'une efficacité renforcée, il n'est pas opportun de proposer, sous réserves du maintien des acquis bien sûr, les bases d'un régime juridique adapté à la spécificité des procédures contractuelles.

TITRE 2 - RÉGIME APPLICABLE *DE LEGE FERANDA*

540. - Dans certains cas, législateur et juge tentent d'élaborer un régime adapté aux procédures contractuelles. Mais les règles dégagées ne sont pas toujours satisfaisantes, notamment s'agissant de la sanction de la méconnaissance de clauses instituant des procédures. Aussi, convient-il de prendre en compte les imperfections du droit positif afin de proposer des pistes d'amélioration de ce qui pourrait être un régime applicable *de lege feranda* à ces mécanismes. Il ne s'agit pas de recourir à une solution simpliste consistant à appeler à une réforme globale par l'intervention du législateur. Cela aurait d'ailleurs pu s'avérer d'une efficacité incertaine dans la mesure où elle conduit le plus souvent à fixer dans un cadre rigide les mécanismes que les rédacteurs d'actes cherchent à adapter à l'évolution constante de la pratique contractuelle.

Dans une perspective d'amélioration du droit positif, il paraît opportun de chercher d'abord à corriger les insuffisances constatées, qui sont dues principalement à la difficulté d'assurer l'efficacité des clauses procédurales. La raison ne tient pas seulement à l'absence de contenu obligationnel rendant inapplicable certaines règles relatives aux obligations contractuelles. Elle s'explique aussi par le caractère accessoire des dispositifs en cause par

rapport au « cœur du contrat ». D'où la tendance à les reléguer au rang de simples formalités non indispensables à la réalisation de l'opération contractuelle. En bref, les procédures contractuelles apparaissent parfois comme des formalités inutiles entravant l'action des contractants et l'on peine à associer à leur violation les sanctions du défaut de diligence[2053] quand la singularité de leur nature[2054] invite à aller dans ce sens. Pour y remédier, on peut envisager deux pistes de réflexion tendant, d'une part, à la prise en compte des spécificités (**Chapitre 1**) et, d'autre part, au renforcement des sanctions applicables aux procédures contractuelles (**Chapitre 2**).

[2053] L. BOYER et H. ROLAND, « À propos du défaut de diligence », art. préc., spéc. p. 12 et s., qui considère que « le défaut de diligence met toujours en le droit de celui qui y a failli », mais, écrivent-ils, selon les cas, la sanction peut consister « en la perte du droit » ou en « sa détérioration ».
[2054] V. *supra*, n° 348 et s.

CHAPITRE 1 : LA PRISE EN COMPTE DES SPÉCIFICITÉS DES PROCÉDURES CONTRACTUELLES

541. - Loin d'être un concept théorique, les procédures contractuelles constituent une réalité établie. On le sait déjà, leur inclusion dans le contrat n'est pas le fait du hasard, elles tendent à accroître les obligations relatives au comportement des parties dans le déroulement de l'opération contractuelle. La généralisation de leur existence et la diversification de leur contenu montrent une volonté perceptible d'agir sur la manière d'agir des contractants.

Malgré le fait qu'elles imposent une ligne de conduite obligatoire pour les parties, le droit positif ne parvient pas à imposer le respect de certaines procédures contractuelles, la jurisprudence les considérant comme de simples modalités formelles. D'où la nécessité de prendre en compte leurs spécificités qui justifient le renforcement des sanctions applicables. Mais encore faut-il définir une méthode[2055] permettant de conduire à ce résultat. L'objectif étant de démontrer que les procédures contractuelles doivent être dotées d'une efficacité propre, on procédera à une différenciation avec les règles de fond et de la forme (**Section 1**) avant d'analyser les incidences de cette différenciation sur le droit commun des contrats (**Section 2**).

[2055] Sur cette notion, v. E. HABA, « Rationalité et méthode dans le droit », APD 1978, t. 23, p. 269 et s.

Section 1 : La différenciation des procédures contractuelles du fond et de la forme

542. - Les clauses instituant des procédures ne se réduisent ni à des règles de fond ni à des règles de forme. Au-delà de leur force contraignante, elles ont une vertu propre qui justifie leur prévision dans le contrat.

Il est vrai que la conception traditionnelle du droit commun des contrats laisse peu de place à l'incursion de mécanismes procéduraux dans la régulation des rapports contractuels. Sous l'influence du consensualisme qui implique que les parties soient libres dans le choix des modalités d'énonciation ou de mise en œuvre de leurs droits, l'exigence du respect d'une procédure apparaît comme un formalisme entravant la liberté d'action des contractants. On sait, par ailleurs, que les prérogatives contractuelles sont souvent encadrées par les clauses procédurales. Or, l'unilatéralisme reste largement dominé par la prégnance de la notion d'abus. En d'autres termes, le titulaire du pouvoir peut en faire usage à condition de ne pas en abuser. Le contrôle de l'abus de droit (tourné vers la responsabilité de l'auteur) prend le pas sur celui d'une éventuelle légalité propre à l'acte tenant au respect d'un formalisme procédural. Concrètement, pour engager la responsabilité civile de son auteur, la violation de la procédure doit être constitutive d'abus de droit qui est difficile à caractériser dans une telle hypothèse.

Il en résulte que le non-respect des procédures contractuelles n'est pas sanctionné parce qu'elles sont réduites au rang de formalités inutiles qui n'ont pas d'incidence sur le fond[2056]. On comprendra alors la nécessité de distinguer ces mécanismes des règles de fond (**§. 1**) et de la forme (**§. 2**).

§. 1. La distinction des procédures contractuelles et des règles de fond

543. - La distinction des procédures contractuelles des règles relevant du fond est souvent perturbée par une analyse globalisante qui s'opère au moyen d'un glissement de la procédure dans le fond (**A**). Un examen critique de ce raisonnement permet de montrer que les procédures contractuelles constituent des mécanismes de régulation présentant une autonomie par rapport au fond (**B**).

[2056] P.-L. PÉRIN, « Révocation de dirigeant de SAS : le fond l'emporte sur la forme », obs. sous Cass. com., 14 avr. 2015, BJS 2015, p. 350, qui considère la procédure de révocation du dirigeant social comme « un formalisme dépassé ». V. aussi, A. VIANDIER, note sous Cass. com., 10 févr. 2015, Rev. sociétés 2015, p. 371, spéc. n° 17, qui affirme : « on en vient à se demander si à travers cette exigence [d'une procédure contradictoire] on ne perd pas de vue une donnée essentielle : la libre révocabilité du dirigeant social ; cette exigence ne saurait être mutilée pour des considérations qui paraissent souvent de simple courtoisie ».

A. Le glissement de la procédure dans le fond

544. - En droit commun des contrats, la confusion qui est faite entre procédure et fond existe principalement dans le domaine des prérogatives contractuelles. Sans doute la doctrine a-t-elle perçu les dangers inhérents à l'unilatéralisme en proposant notamment des aménagements procéduraux adaptés à ce phénomène[2057]. On sait également que le législateur et la jurisprudence imposent des garanties procédurales dans certaines situations. On aurait pu voir dans ces exigences une forme de légalité propre aux actes juridiques concernés à l'instar de ce qui est en œuvre en droit administratif. Cependant, une orientation différente est perceptible en droit positif. Elle consiste à appréhender le phénomène de l'unilatéralisme par le prisme des droits subjectifs. Dans cette perspective, les prérogatives contractuelles sont conçues comme des actes d'exécution de droit acquis par l'effet d'une convention que le titulaire peut exercer sous réserve d'un abus. Il s'ensuit que le contrôle de la mise en œuvre est davantage tourné vers la responsabilité de l'auteur à l'exclusion des garanties procédurales dont la prise en compte aurait dû avoir une incidence sur la validité sinon l'efficacité de l'acte.

L'approche retenue entraine un glissement du contrôle de la régularité de la procédure dans celui de la légalité substantielle. La jurisprudence relative à la révocation des dirigeants sociaux constitue une illustration de cette tendance. La révocation est appréhendée par le prisme de la faute dans l'exercice d'un droit[2058], ce dont témoigne le fondement de la responsabilité civile qui est utilisée par les tribunaux[2059]. En bref, la sanction vise l'auteur de l'acte au cas où il abuserait de sa prérogative et non l'acte lui-même. Il en résulte que l'allocation de dommages et intérêts consécutifs à la violation de la procédure de révocation est subordonnée à la réunion des conditions classiques de la responsabilité de l'auteur de la décision. De fait, les garanties procédurales se trouvent souvent absorbées par la responsabilité civile. Elles ne présentent aucune autonomie dans le régime de la révocation des dirigeants sociaux si ce n'est le fait de constituer un fait générateur de responsabilité. Concrètement, la seule violation du contradictoire en matière de révocation est insuffisante à donner lieu à une sanction. Il faut démontrer les autres conditions de la responsabilité tenant au dommage et au lien de causalité avec la violation alléguée.

545. - La recherche de la responsabilité civile entraîne l'absorption de la procédure par le fond car on se soucie moins de l'irrégularité de l'acte que des conditions de la responsabilité de l'auteur. Cette tendance s'observe aussi en matière de procédure contractuelle de résiliation du contrat. Le plus souvent, si la rupture unilatérale du contrat est jugée efficace en dépit de la violation de la procédure contractuelle, c'est parce que le juge considère que l'acte est justifié au fond. La Cour de cassation s'est prononcée expressément en ce sens. La position retenue est la suivante : dès lors que les juges du fond relèvent que le débiteur « a commis une faute de nature à justifier la résiliation du contrat, l'absence du strict respect de la procédure [est]

[2057] V. not., R. ENCINAS DE MUNAGORRI, th. préc., p. 214 et s. ; P. LOKIEC, th. préc., n° 372, p. 270 ; P. LEMAY, th. préc., spéc. n° 283 et s. ; M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1re partie) », art. préc., spéc. p. 1065 ; D. FENOUILLET, « La notion de prérogative contractuelle : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », art. préc., spéc. n° 39.

[2058] Cass. com., 22 nov. 1972, n° 71-12.390, qui relève notamment que le « conseil d'administration avait commis une faute dans l'exercice de son droit » de révocation.

[2059] P. LE CANNU, « Le principe de contradiction et la protection des dirigeants », art. préc., spéc. n° 18 et s.

sans incidence sur le bien-fondé de la décision »[2060]. Il s'ensuit que la procédure n'a pas une réelle autonomie, elle disparaît derrière le fond. Le caractère justifié de la décision emporte sur la régularité de la procédure suivie. On n'est pas loin de l'idée reçue qui « voudrait que l'essentiel relève du fond et que la procédure constitue un simple habillage d'un contenu juridique »[2061].

Il est vrai que la procédure présente un lien étroit avec le fond. Dans le cas de l'exercice des prérogatives contractuelles, par exemple, le respect de la procédure a une influence sur la justification, c'est-à-dire le fond de la décision[2062]. Ainsi, affirme-t-on que, « dans des situations de plus en plus nombreuses, la procédure s'incorpore au droit substantiel, parfois même elle entraîne inéluctablement le droit substantiel »[2063]. L'observation n'est pas anodine, elle témoigne du souci constant de la recherche d'une forme de loyauté des parties qui s'évince de la nécessité du respect d'un processus préalable à l'édiction de certains actes ou à la prise de certaines décisions. C'est l'impression d'ensemble qui se dégage de l'instauration des exigences procédurales préalables à des décisions susceptibles d'affecter les intérêts d'autrui, celle de la recherche d'une forme de justice dans l'élaboration même de la décision.

546. - Cela étant, souligner l'importance de la procédure ne doit pas conduire à pousser le raisonnement plus loin au risque de tomber dans l'excès. Ainsi, doit être écarté l'idée d'une « justice procédurale pure » c'est-à-dire celle qui considère que « c'est une procédure correcte ou équitable qui détermine si un résultat est également correct ou équitable, quel qu'en soit le contenu, pourvu que la procédure ait été correctement appliquée »[2064]. Une telle approche entrainerait une confusion entre procédure et fond au regard du moins de leurs finalités respectives. Elle n'est pas satisfaisante. En réalité, les exigences procédurales dont on se fait écho ici ont pour objet d'assurer un minimum d'équité dans le processus d'élaboration des actes affectant les intérêts du cocontractant assujetti. Elles ne se confondent pas avec la « justice substantielle ». Celle-ci est au cœur des règles de fond qui visent à assurer non pas l'élaboration mais la justification de l'acte ou de la décision[2065]. Qu'elles soient imposées par une norme légale ou par une stipulation contractuelle, les exigences procédurales préalables encadrant le jeu de prérogatives contractuelles se résument dans cette idée : « avant d'être saisie dans la substance de la décision prononcée, la justice doit s'observer dans le déroulement de la procédure qui y conduit »[2066]. L'idée est d'imposer le respect d'étapes successives qui servent à légitimer la prérogative affectée, mais qui ne se confondent pas avec

[2060] Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-68.053, préc.
[2061] E. JEULAND, « Autour de la forme et du fond, problèmes de procédure », *in De code en code*, Mélanges en l'honneur du doyen G. WIEDERKEHR, Dalloz 2009, p. 443 et s., spéc. p. 444.
[2062] Comp., E. LAFUMA, th. préc., n° 68, 45, qui considère que la règle de procédure, en ce qu'elle impose l'organisation d'un débat préalable, vise à permettre une participation de l'assujetti à l'élaboration du « contenu même de la norme à émettre, ou, plus exactement, de la décision à prendre ».
[2063] T. GRUMBACH, « Procéduralisation et processualisation en droit du travail », *in Analyse juridique et valeurs en droit social*, Études offertes à J. PÉLISSIER, Dalloz, 2004, p. 253, spéc. p. 257.
[2064] J. RAWLS, *Théorie de la justice*, éd. Seuil 1987, p. 118, selon l'auteur, « la justice procédurale pure » est « celle qui s'exerce quand il n'y a pas de critère indépendant pour déterminer le résultat correct ».
[2065] P. LOKIEC, th. préc., spéc. n° 373 et s., p. 271 et s.
[2066] L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », art. préc., spéc. n° 16. V. aussi, M.-A. FRISON-ROCHE, « La procédure injuste », art. préc., spéc. 85, pour qui la procédure est « la condition préalable et nécessaire du jugement juste ».

la substance des droits et obligations convenus. Partant, on comprend que la procédure, de par sa finalité et son mécanisme, ne s'identifie pas au fond.

B. La dissociation de la procédure du fond

547. - Quelle que soit l'intensité du lien qu'on puisse établir entre la procédure et le fond, les deux ne se confondent pas. Le bien-fondé d'un acte peut-il résulter du respect des conditions procédurales encadrant son élaboration ? Par exemple, la justification de l'exclusion d'un associé est-elle assurée par le seul respect de la procédure d'exclusion ? De même, peut-on considérer un licenciement justifié au seul motif de la régularité de la procédure suivie ? Assurément non. Qu'elle serve à encadrer l'exercice d'un pouvoir ou plus généralement à aménager les relations des parties, la procédure présente une autonomie par rapport au fond[2067]. Une décision peut être élaborée dans le strict respect de la procédure sans être justifiée au fond. Inversement, il arrive qu'un acte puisse être bien fondé et être en même temps entaché d'irrégularité[2068] en raison de la méconnaissance de ses conditions procédurales d'élaboration.

La jurisprudence a admis cette distinction de longue date. Elle a retenu, par exemple, que l'exclusion d'un associé peut être annulée « sans qu'il soit utile […] de rechercher si les faits qui ont motivé l'exclusion étaient prévus par les statuts »[2069]. La méconnaissance de la procédure « vicie la décision »[2070] et justifie à cet égard, au moins, la réparation du préjudice subi[2071]. D'ailleurs, sur le plan contentieux, l'examen de la régularité de la procédure est préalable à celui du fond[2072]. C'est en ce sens que, s'agissant d'une décision d'exclusion, un jugement énonce qu'« avant même de rechercher si ces motifs tombent ou non sous son contrôle, le tribunal avait le devoir de vérifier la régularité de la décision prise »[2073]. À l'opposé, l'élaboration de la décision d'exclusion dans le parfait respect des règles procédurales n'est pas suffisante à fonder celle-là[2074]. Dès lors, encourt la cassation, l'arrêt par lequel une cour d'appel, pour rejeter la demande d'annulation d'une mesure d'exclusion, « retient que les statuts ayant écarté de façon explicite tout contrôle judiciaire en dehors de celui qui doit consister à rechercher si les formalités et les droits de la défense ont été respectés, l'associé n'est pas fondé à soutenir que le Tribunal devait s'assurer de la gravité des

---

[2067] R. ENCINAS DE MUNAGORRI, th. préc., n° 394, p. 325.

[2068] Rappr. Cass. com., 24 oct. 1977, n° 76-10.664, Bull. civ. IV, n° 242, qui relève que l'irrégularité tenant au non-respect de la procédure d'exclusion d'un associé « ne laisse pas présumer du fond » relativement à la « consistance et [à] la gravité des griefs articulés contre » la personne visée par la mesure.

[2069] CA Toulouse, 22 déc. 1882, S. 1882, 2, 225 : la « violation des statuts sur un point aussi essentiel - absence de de précision de l'objet de la réunion et des griefs précis reprochés à l'intéressé – entraîne l'annulation de la délibération ».

[2070] TGI Paris, 26 févr. 1973, JCP 1974, II, 17821, note R. LINDON.

[2071] Comp. G. COUTURIER, *Droit du travail,* t. 1, *Les relations individuelles*, 3e éd., PUF, 1996, n° 117, p. 219, qui écrit : « le licenciement étant, par hypothèse, justifié, il ne peut s'agir d'indemniser le préjudice résultant de la rupture du contrat et donc de la perte d'emploi. Le préjudice considéré est exclusivement celui qui résulte de l'irrégularité constatée en elle-même ».

[2072] B. CAILLAUD, *L'exclusion d'un associé dans les sociétés*, th. préc., spéc. p. 56, qui affirme que l'examen de la question de la régularité de la procédure d'exclusion « s'impose avant tout autre ».

[2073] Trib. civ., 1er mai 1914, G.P. 1914, 1, 589.

[2074] V. cependant, Cass. 1re civ., 3 févr. 2021, n° 16-19.691 ; JCP G 2021, 433, note Y. PACLOT ; BJS avr. 2021, p. 30, note B. SAINTOURENS ; LEDC mars 2021, p. 6, obs. J.-F. HAMELIN, qui énonce que la décision prise abusivement par une assemblée générale d'exclure un associé « affecte par elle-même la régularité des délibérations de cette assemblée et en justifie l'annulation ».

motifs invoqués pour justifier l'exclusion[2075] ». Dans le même ordre d'idées, la régularité d'une procédure de révocation ne fait pas obstacle à la remise en cause de cette mesure si elle intervient dans des conditions brutales et vexatoires[2076]. Les procédures organisant l'exercice du pouvoir en droit des sociétés constituent simplement un moyen « de dégager une volonté sociale mais non l'intérêt social, dont l'appréciation se fait de manière autonome »[2077].

548. - Le même raisonnement s'observe en matière de résiliation des contrats à durée indéterminée. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que le respect du processus contractuel de résiliation n'exclut pas nécessairement la commission d'un abus du droit de rompre[2078]. Un tel abus « ne résulte pas exclusivement dans la volonté de nuire de celui qui résilie »[2079]. De sorte qu'engage sa responsabilité, le contractant ayant fait preuve de déloyauté dans l'exercice de son droit de rompre le contrat, « en particulier lorsqu'il met en avant des motifs qui s'avèrent ensuite totalement erronés »[2080]. Manque également à l'exigence de bonne foi, le distributeur qui, tout en respectant la procédure contractuelle de résiliation, a réduit de façon drastique ses commandes pendant la durée du préavis[2081]. On voit que le fait de se conformer à la clause procédurale ne met pas les contractants à l'abri d'une violation d'un droit substantiel. La mise en œuvre d'autres prérogatives contractuelles suscite des remarques du même ordre. Ainsi, la régularité de la procédure suivie n'exclut pas la constatation du caractère abusif du licenciement[2082], de la décision de refus d'agrément[2083].

Pour dire les choses autrement, on peut affirmer que le fond relève davantage du droit subjectif. C'est ainsi qu'en matière de procédure civile, on considère que le fait, pour le juge,

---

[2075] Cass. com., 21 oct. 1997, n° 95-13.892, BJS janv. 1998, n° 10, p. 40, note P. LE CANNU ; Rev. sociétés 1998, p. 99, note B. SAINTOURENS, l'arrêt d'appel est cassé au motif « qu'il appartient aux tribunaux quand ils en sont saisis de vérifier que l'exclusion n'était pas abusive ». V. aussi, Cass. com., 14 nov. 2018, n° 16-24532 ; BJS janv. 2019, p. 21, note J.-F. BARBIÈRI ; Gaz. Pal. 26 mars 2019, p. 57, obs. É. CASIMIR.

[2076] Cass. com., 6 nov. 2012, n° 11-20.582 ; D. 2012, p. 2655, obs. A. LIENHARD ; RTD civ. 2013, p. 113, obs. B. FAGES, en l'espèce la cour de cassation approuve les juges ayant constaté que le dirigeant révoqué « avait "bénéficié d'un délai effectif suffisant" pour assurer sa défense », mais elle casse l'arrêt pour ne pas avoir répondu aux conclusions de l'intéressé qui « soutenait, pour en déduire que sa révocation avait eu lieu de manière brutale et vexatoire, qu'il lui avait été demandé de restituer immédiatement les clés des locaux de la société et de la quitter sans délai et fait interdiction d'y accéder sans autorisation expresse de la gérance ».

[2077] P. LOKIEC, th. préc., n° 372, p. 270. *Contra*, D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, 2e éd., Joly 2004, n° 4, p. 11, qui considère qu'« une résolution est conforme à l'intérêt social parce qu'elle a été adoptée par l'assemblée des actionnaires ».

[2078] Cass. com., 21 févr. 2006, n° 02-21.240, préc. ; Cass. com., 8 oct. 2013, n° 12-22.952, D. 2013, p. 2617, obs. D. MAZEAUD ; *ibid*. 2014, p. 630, obs. S. AMRANI-MEKKI ; CCC 2014, comm. 1, obs. L ? LEVENEUR.

[2079] Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-12.402, Bull. IV, n° 171 ; D. 1998, p. 113, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 1997, p. 935, obs. J. MESTRE ; RTD com. 1998, p. 405, obs. B. BOULOC.

[2080] J. MESTRE, obs. préc., spéc. p. 936.

[2081] Cass. com., 7 oct. 2014, n° 13-21.086 ; D. 2014, p. 2329, note F. BUY ; *ibid*. 2015, p. 943, obs. D. FERRIER ; RDC 2015, p. 18, obs. E. SAVAUX ; Gaz. Pal. 9 avr. 2015, p. 18, obs. D. HOUTCIEFF ; D. 2015, p. 144, obs. B. BOULOC. V. aussi, Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-26.414, D. 2015, p. 429 ; *ibid*. p. 2016, p. 964, obs. D. FERRIER ; RTD civ. 2015, p. 381, obs. H. BARBIER ; RDC 2015, p. 470, obs ; O. DESHAYES ; Defrénois 15 juin 2015, p. 615, obs. J.-B. SEUBE ; Gaz. Pal. 16 avril 2015, p. 19, obs. S. GERRY-VERNIÈRES ; Cass. com., 1er mars 2017, n° 15-20.848, RJDA 2017, n° 436.

[2082] V. par ex., Cass. soc., 27 nov. 2001, n° 99-45.163, Bull. civ. V, n° 360 ; D. 2002, p. 355 ; Cass. soc., 19 mars 1998, n° 96-40.079, Bull. civ. V, n° 159 ; Dr. soc. 1998, p. 717, obs. A. JEAMMAUD.

[2083] Rappr., Cass. com., 2 juill. 2002, n° 01-12.685, préc. ; Cass. com., 3 nov. 2004, n° 02-17.919, qui énonce que « le droit d'agrément est limité par l'abus » ; Cass. 3e civ., 5 janv. 2012, n° 10-20.179, qui approuve les juges du fond d'avoir pris en compte l'abus de droit résultant du refus d'agrément à l'origine de la faute commise par le preneur pour refuser de prononcer la résiliation du bail. Sur cette question, v. not. J.-C. HALLOUIN, « Sur le refus d'agrément… », art. préc., spéc. p. 315 et s.

de statuer sur le fond consiste à vérifier si les conditions du droit subjectif sont réunies[2084]. Dès lors, contester le fond du droit consiste précisément à « contester l'existence du droit subjectif ou de son étendue »[2085]. Alors qu'en l'espèce, les mécanismes étudiés portent sur la manière de procéder dont l'objet est la création ou l'application de ces droits. Par exemple, l'existence et l'étendue des prérogatives relèvent du fond quand les procédures contractuelles afférentes définissent les modalités de mise en œuvre. Parmi celles-ci, il peut être imposé au titulaire d'une prérogative l'obligation de la motiver. Dans ce cas, il convient de distinguer la motivation (exigence de forme imposée par la norme procédurale) et les motifs qui relèvent juridiquement « de la catégorie de "fond" »[2086]. En conséquence, l'absence de motivation constitue une irrégularité affectant la procédure de décision alors que l'appréciation des motifs participe d'un contrôle substantiel de la prérogative.

549. - On peut aussi appliquer cette distinction à partir de la théorie de l'acte juridique. On a pu, partant de cette théorie, mettre en exergue la dualité de l'acte-*negotium* en distinguant entre « l'acte juridique-élaboration » et « l'acte juridique-norme »[2087]. Le premier évoque les opérations, les étapes précédant l'acte quand le second renvoie à l'acte juridique comme « objet donné ». Dans cette perspective, procédure et fond renvoient aux deux moments dans la vie d'un acte juridique : celui de sa naissance et celui de sa vie proprement dite. Dans le premier cas, il est question de ses conditions d'élaboration, de son accès à la vie juridique. Dans le second cas, c'est la problématique de ses effets qui est en cause. Il convient donc de dissocier le processus d'édiction de l'acte juridique du résultat de celui-ci. Ils correspondent à deux périodes différentes, chacune étant régie par des règles propres[2088].

La dissociation ainsi faite permet de montrer que la procédure constitue une réalité à part entière, irréductible au fond. Elle implique une opération d'édiction relevant de règles propres. Leur violation doit donc pouvoir être sanctionnée indépendamment des droits substantiels qui se trouvent aménagés. Il convient à présent de compléter cette distinction avec celle existant entre la procédure et la forme.

§. 2. Distinction des procédures contractuelles et des règles de forme

550. - En droit privé, la notion de forme est généralement étudiée à travers son opposition avec le fond[2089]. Cette vision binaire a pour conséquence de ramener la procédure à la forme. L'assimilation est récurrente particulièrement dans le droit judiciaire privé où les deux notions

[2084] H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 1, *Introduction, notions fondamentales, organisation judiciaire*, Paris, Sirey 1961, n° 304 ; R. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Rousseau 1916, n° 129, p. 106 ; M.-L. NIBOYET-HOEGY, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, préf. B. GOLDMAN, Economica 1986, n° 21, p. 18, pour qui, « la défense au fond conteste le bien-fondé de la prétention, c'est-à-dire le droit subjectif allégué » ; H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », *in Ecrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz 1973, p. 90.

[2085] G. BLOCK, th. préc., spéc. n° 55, p. 92.

[2086] X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », art. préc., spéc. p. 75, qui souligne que « la motivation n'est que l'énonciation des motifs. Juridiquement [elle] relève de la catégorie "forme" et les motifs de la catégorie "fond" ».

[2087] C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, *doctorat*, 1958-1959, p. 103 et s., cité E. LAFUMA, th. préc., n° 52.

[2088] E. LAFUMA, th. préc., n° 52, p. 37.

[2089] B. DABOSVILLE, th. préc., n° 411, et les références citées.

sont conçues sous la même bannière du formalisme par opposition au fond. L'idée est si répandue qu'un auteur affirme qu'il y a « une tendance naturelle à considérer comme des formalités tout ce qui ralentit le cours normal des choses »[2090]. Il s'agit de montrer aussi l'esprit de chicane que l'exigence du formalisme est de nature à créer chez les plaideurs dont le procès est mal engagé au fond. On perçoit le caractère péjoratif de l'association qui est faite entre les deux termes. Cette présentation caricaturale est sans doute critiquable. Outre le fait qu'elle méconnaisse les fonctions spécifiques du « formalisme procédural »[2091], elle procède d'une confusion entre procédure et forme.

Sans doute, le caractère formaliste de la procédure est une réalité incontestable. Valable pour la procédure judiciaire, l'observation vaut aussi pour les procédures instituées dans les rapports contractuels. Dans les deux cas, il s'agit de mettre en œuvre une procédure. Or l'accomplissement d'un acte de procédure implique le respect d'un formalisme relativement aux mentions obligatoires et à la notification. On a fait valoir que les délais impartis pour l'accomplissement de ces actes relèvent également du formalisme en sorte que le terme « procédure » renverrait en réalité à « l'idée de forme »[2092]. Il est permis de ne pas adhérer à cette opinion. La notion de procédure a un contenu divers qui ne se réduit pas à l'exigence d'une forme (**A**). Par ailleurs, les règles de procédure et de forme n'ont pas le même régime (**B**).

A. La dissociation des notions

551. - La distinction entre les notions de procédure et de forme peut être envisagée sous deux aspects permettant de mettre en exergue leurs spécificités respectives. Il s'agit, d'une part, de leur contenu (**1**) et, d'autre part, de leurs finalités (**2**).

1. La distinction des contenus

552. - Procédure et forme ne se confondent pas. De façon générale, la forme intéresse « l'apparence, l'aspect perceptible d'une chose »[2093]. Mais dans le sens qui est ici en cause, la forme est appliquée non pas à l'objet du contrat, mais à l'expression de la volonté. Il s'agit, plus précisément, du formalisme dans les actes juridiques. Dans cette perspective, elle renvoie non pas au contenu de la volonté (ce qui relèverait du fond), mais elle se situe plus fondamentalement dans l'expression de cette volonté ; elle permet de la manifester « à l'extérieur »[2094]. Ainsi comprise, la forme vise à extérioriser un acte déjà constitué. Elle se distingue en cela de la procédure qui s'inscrit dans le mécanisme de création de l'acte qui en

[2090] X. LAGARDE, « Réflexions civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », art. préc., spéc. n° 14.
[2091] L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 16 ; X. LAGARDE, « Formalisme », *in Dictionnaire de la justice*, *op. cit.*, p. 523 et s., spéc. 524, pour qui le formalisme « donne des certitudes, […] exprime une certaine gravité ».
[2092] E. JEULAND, « Autour de la forme et du fond, problèmes de procédure », art. préc., p. 445
[2093] B. NUYTTEN et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », Defrénois 1998, p. 497, spéc. n° 5. V. aussi, Le Petit ROBERT, v° « Forme », qui la définit comme l'« ensemble des contours (d'un objet, d'un être) résultant de la structure de ses parties et le rendant identifiable ».
[2094] Y. FLOUR et A. GHOZI, « Les conventions sur la forme », Defrénois 2000, p. 911, spéc. n° 2.

est l'objet[2095]. Si la forme extériorise la volonté, la procédure participe à l'élaboration, du moins à la concrétisation de cette volonté. La forme est « extériorisante » alors que la procédure est « constituante »[2096]. Par exemple, l'exigence d'écrit relève de la forme dans la mesure où elle ne fait « que constater une décision déjà prise » quand « les exigences d'information ou de consultation sont des règles de procédure en ce sens qu'elles participent à la prise de décision »[2097].

La forme concerne « la formulation de l'acte et l'instrument qui le constate »[2098] quand la procédure vise davantage « le processus de formation de la volonté qui est à l'origine »[2099] de l'acte. Si « la forme n'est rien d'autre que la volonté elle-même, manifestée à l'extérieur », révélant « ainsi l'unité de l'acte juridique »[2100], la notion de procédure renvoie aux règles et mécanismes qui régissent les opérations préalables à la formation d'un acte juridique. Elle vise le processus d'élaboration de l'acte, le cheminement par lequel « la volonté se forme pour acquérir une valeur au regard du droit »[2101]. Procédure et forme sont deux notions différentes mais complémentaires. La première indique au sujet de droit les différentes opérations qui doivent être accomplies « pour exercer un droit ou créer un acte juridique […] alors que les règles de forme indiquent les gestes à accomplir à chacune de ces étapes »[2102]. Ainsi, par exemple, la motivation ne constitue pas en tant que telle une règle de forme, mais une exigence de procédure dont la mise en œuvre est soumise à une règle de forme « afin d'imposer au décideur un réel effort d'introspection »[2103]. En cela, les procédures contractuelles comportent plusieurs aspects qui ne se réduisent pas aux exigences de forme en matière contractuelle.

553. - On peut le constater lorsqu'il s'agit d'inscrire l'élaboration d'un acte dans un processus destiné à prémunir contre les conséquences d'une décision hâtive, irréfléchie. Tel est l'objet des procédures aménageant la mise en œuvre de prérogatives contractuelles[2104]. Les diligences en cause comportent des réalités diverses qui ne se ramènent pas nécessairement à

[2095] V. en ce sens, R. HOSTIOU, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, préf. G. DUPUIS, LGDJ 1975, p. 13, pour qui, la « procédure » fait référence à l'opération normatrice c'est-à-dire au « *negotium* » de l'acte juridique alors que les formes se rapportent à l'extériorisation écrite de l'acte, à l'« *instrumentum* » ; G. ISAAC, th. préc., n° 44, p. 58.

[2096] V. not., A. LYON-CAEN, note Cass. soc., 13 févr. 1997, D. 1997, p. 171 et s., spéc. p. 175: « La procédure recouvre les règles qui gouvernent la production et, ainsi, l'accès à la vie juridique d'un acte [au sens de *negotium*] » ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, th . préc., n° 374, p. 312 ; P. LOKIEC, th. préc., spéc. n° 363, p. 264 : « contrairement à la forme qui ne fait qu'"envelopper" l'acte juridique, la procédure est consubstantielle à la décision dont elle constitue le mode d'élaboration ».

[2097] P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, *op. cit*., n° 365, p. 265-266. *Adde*, G. BORENFREUND, « Le droit du travail en mal de transparence », Dr. soc. 1996, p. 471, qui observe que « si l'on admet que les licenciements prononcés sans avoir informé et consulté régulièrement le comité d'entreprise sont, à tout le moins, dénués de cause réelle et sérieuse, on en vient naturellement à voir dans cette information et consultation bien davantage qu'une règle de forme ».

[2098] Y. FLOUR et A. GHOZI, art. préc., spéc. n° 2.

[2099] R. ENCINAS DE MUNAGORRI, th. préc., spéc., n° 364, p. 307.

[2100] Y. FLOUR et A. GHOZI, art. préc., spéc. n° 40.

[2101] R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op*. et *loc*. *cit*. *Adde*, A. LYON-CAEN, note sous Cass. soc., 13 févr. 1997, D. 1997, p. 771 et s., spéc. p. 175, qui observe que « la procédure recouvre les règles qui gouvernent la production et, ainsi, l'accès à la vie juridique d'un acte », puis s'interroge : « la nullité n'est-elle pas la sanction normale de la violation des règles de formation d'un acte juridique ? ».

[2102] B. DABOSVILLE, th. préc., n° 419, p. 336.

[2103] *Ibid*., n° 424, p. 339.

[2104] V. *supra*, n° 264 et s.

une question de forme. Ainsi en est-il de l'exigence de délais : délai de réflexion, délai de rétractation, délai d'attente ou encore du délai impératif pour une prendre une décision[2105]. Il en est de même de l'exigence de la consultation d'un organisme avant la prise de décision, de la mise en demeure, de l'obligation d'information de la survenance de certains évènements, de la communication de pièces entre les différentes parties, de la désignation d'un tiers, etc. En somme, la notion de procédure comprend un ensemble d'éléments variables dont la forme constitue une manifestation. La procédure de licenciement permet de l'illustrer. Si l'obligation de motivation relève d'une règle de forme, il faut bien reconnaître « qu'elle s'intègre dans une procédure, qui comprend l'entretien préalable, et que l'on ne saurait réduire à un agrégat de formalités »[2106]. Plus généralement, on peut affirmer que les « formes de l'acte, c'est-à-dire celles qui intéressent l'*instrumentum*, ne sont qu'un élément éventuel de la procédure »[2107].

La différence entre procédure et forme est également perceptible au regard de la consistance des diligences qui doivent être accomplies. Pour rester dans le domaine des procédures contractuelles, on peut constater qu'elles impliquent le plus souvent une concertation entre les contractants que l'on ne peut considérer comme une simple formalité. Par exemple, en matière de renégociation ou de conciliation, le dialogue qui se noue entre les parties n'est pas soumis à un formalisme particulier. Les propositions respectives des parties, qui peuvent être formulées par écrit ou non, relèvent de la procédure et ont assurément une implication sur le résultat. Le constat est le même s'agissant des processus conventionnels imposant le respect des droits de la défense. L'implication du contractant assujetti dans le processus décisionnel n'est pas une simple formalité mais un élément de procédure participant à l'élaboration de la décision. Dans le même ordre d'idées, la possibilité offerte à une partie de formuler des observations, des contestations dans le cadre de procédures de constat contradictoire et d'établissement du décompte définitif relève de la procédure et non de la forme.

554. - De manière générale, la teneur des droits et obligations résultant du contrat est susceptible d'être modifiée par le jeu d'un processus contractuel. La clause de garantie de passif constitue une illustration éloquente. Les modalités procédurales de mise en œuvre qui y sont incluses peuvent avoir une incidence, soit sur l'existence du droit à la garantie, soit sur l'étendue de celle-ci en fonction du résultat de l'intervention du garant dans l'application de la clause. Une observation similaire peut être faite à propos de la procédure d'établissement du décompte définitif. La prise en compte des observations formulées de part et d'autre permettra finalement de déterminer la consistance des droits et obligations financiers des parties. On peut citer également un autre exemple tiré des clauses de polices d'assurances généralement souscrites par les architectes[2108]. Elles prévoient à la charge de l'assuré une incombance de

[2105] V. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, th. préc., n° 396, p. 327.
[2106] X. LAGARDE, « Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », art préc., spéc. n° 13.
[2107] G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, préf. O. DEPEYROUX, LGDJ 1968, n° 44, p. 58.
[2108] Sur cette clause, v. par ex., Cass. 3e civ., 27 juin 2019, n° 17-28.872, D. 2019, p. 1389 ; RDI 2019, p. 467, obs. P. DESSUET, la clause stipulait : « L'adhérent fournit à l'assureur la déclaration de l'ensemble des missions constituant son activité professionnelle, dans les conditions fixées à l'article 8 ci-après, et selon les modalités prévues dans la circulaire annuelle d'appel de cotisation. La déclaration de chaque mission renseigne l'assureur sur son étendue, sur l'identité de l'opération, et sur le montant des travaux ou des honoraires. Elle permet à l'assureur d'apprécier le risque qu'il prend en charge et constitue une condition de la garantie pour chaque mission ».

déclaration d'une intervention sur un chantier. Une telle formalité procédurale a une incidence sur l'engagement des parties, notamment sur le montant de la prime et l'indemnité due en cas de sinistre[2109].

Ces différents éléments relèvent de la procédure et participent au perfectionnement de la qualité de l'acte. Ils vont au-delà de l'exigence d'un écrit, des mentions obligatoires ou encore de celles relatives à la signature de l'acte qui constituent des règles de forme. La diversité qui caractérise les règles de procédure traduit leur richesse par rapport aux règles de forme. Cette différence entre le contenu de la notion de procédure et celle de forme se justifie au regard de leurs finalités respectives.

2. La dissociation des finalités

555. - L'objet des règles de forme est une question discutée en doctrine[2110]. Mais les auteurs s'accordent généralement sur une fonction principale : celle de protection des parties[2111]. On affirme, par exemple, que les exigences de forme visent à « attirer l'attention de celui qui s'engage »[2112] par la forme ou les mentions de l'acte[2113]. En somme, entre les prophéties sur sa disparition[2114] ou sa « renaissance »[2115], c'est toujours le « thème permanent de la protection de la volonté »[2116] qui est au cœur de la règle de forme. En témoigne le développement du « formalisme informatif »[2117] dans les rapports entre professionnels et consommateurs.

[2109] V. par ex., Cass. 3e civ., 16 nov. 2017, n° 17-14.660, qui retient qu'en l'absence de déclaration, la garantie de l'assurance n'avait pas à s'appliquer ; Cass. 3e civ., 27 juin 2019, n° 17-28.872, préc. Cependant, des auteurs se prononcent contre l'application de l'article L. 113-9 du Code des assurances dans une telle hypothèse, v. not. H. GROUTEL, « La déclaration inexacte de l'assiette des primes variables », RCA mai 1998, p. 4 ; du même auteur, « La déclaration des chantiers dans l'assurance de responsabilité d'un architecte, RCA janv. 2005, p. 7 ; J. BIGOT, « Assurances à primes et risques variables : fausse route ? », JCP 2008. I. 207 et RGDA 2012. 611 ; M. ASSELAIN, « La sanction des déclarations inexactes en assurances à risques et primes variables », RGDA 2017, p. 414 ; J. KULLMANN, note sous Cass. 1re civ., 24 juin 2003, RGDA 2003, p. 683 ; du même auteur, note sous Cass. 3e civ., 16 déc. 2003 et Cass. 3e civ, 17 déc. 2003, RGDA 2004, p. 475 ; P. DESSUET, obs. préc.

[2110] V. par ex., J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme » *in Le droit français au milieu du vingtième siècle*, Mélanges G. RIPERT, t. 1, LGDJ, 1950, p. 93 et s., spéc. n° 6, p. 99, qui considère que la règle de forme « participe de la même nature » que la règle de preuve ; Y. FLOUR et A. GHOZI, art. préc., spéc. n° 9, pour qui la forme « remplit une double fonction. Elle peut être exigée *ad probationem* ou *ad validitatem* ». Cela suppose, du moins, une relation étroite entre la règle de forme et de preuve. *Contra*, M. GOBERT, « Evocations de Jacques FLOUR », Defrénois 2000, p. 870, pour qui les règles de forme et de preuve participent à des finalités différentes.

[2111] V. J. FLOUR, J. L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 310, p. 317. *Adde*, H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel : mécanisme de protection de la partie faible*, préf. E. MONTERO, Larcier 2010.

[2112] M. GOBERT, art. préc.

[2113] J. FLOUR, art. préc., spec. p. 104.

[2114] N. RANDOUX, « Les dernières vies du formalisme », LPA 2013, n° 166, p. 5.

[2115] X. LAGARDE, art. préc., spéc. n° 2 : « la forme est devenue l'instrument privilégié de toute protection de la partie faible et, l'impératif de protection ayant été perçu comme primordial, s'en est nécessairement suivi un développement sans précédent du formalisme ».

[2116] G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », Defrénois 2000, p. 880. V. aussi, E. LAFUMA, th. préc., spéc. n° 16, p. 12, pour qui, la forme est « souvent conçue, […] dans un rapport inégalitaire, comme une garantie protectrice de la partie faible ».

[2117] J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat,* t. 1*, Le contrat – Les consentement*, *op. cit.*, n° 980 et 982 et s. ; L. AYNÈS, « Formalisme et prévention », *in Le droit du crédit au consommateur*, Librairies techniques 1982, p. 80.

En revanche, l'objet des règles de procédure est beaucoup plus large et va au-delà de l'idée de protection des parties. Tout comme en matière de procédure contentieuse, les finalités diffèrent d'une procédure à une autre. S'agissant des procédures contractuelles, la détermination de leurs finalités est teintée d'une coloration plus subjective tant elles semblent intimement liées à la volonté des parties. Il est difficile en effet de sonder l'intention des parties qui procèdent à la création de procédures organisant leurs relations. Les principales fonctions envisagées précédemment[2118] sont loin d'être exhaustives.

556. - Il n'est guère contestable que l'instauration d'une procédure permet de prémunir contre l'arbitraire. Cette constatation se vérifie à l'analyse des exigences procédurales encadrant l'exercice de prérogatives contractuelles. Ainsi, le respect du contradictoire en matière d'exclusion d'un associé, les formalités procédurales de mise en œuvre de la clause résolutoire ou encore la motivation du refus d'agrément s'inscrivent dans l'idée de protection du contractant qui subit une telle décision. Dans cette perspective, les exigences procédurales contribuent à l'amélioration de la sécurité juridique et à l'efficacité de l'acte soumis à cette exigence préalable dans les rapports contractuels. Elles ne servent pas uniquement les intérêts de la partie assujettie à la prérogative, elles sont aussi au service de celui qui exerce le pouvoir en ce qu'elles déterminent le cadre d'action rendant sa décision légitime et acceptable. En d'autres termes, elles placent le titulaire du pouvoir « dans les meilleures conditions pour statuer en toute légalité »[2119].

Plus généralement, la procédure traduit une exigence de bonne foi, de loyauté, voire de civilité. En particulier, les procédures contractuelles répondent à un souci contemporain de prise en compte de la relation interpersonnelle qui se noue autour du contrat, elles s'inspirent de valeurs relationnelles. Cette préoccupation fondamentale vise à garantir une certaine pérennité du contrat qui, on le sait, a tendance à s'inscrire dans la durée. En effet, derrière un échange de biens ou de services, il y a les intérêts de personnes impliquées dans la relation contractuelle. Et, il n'est pas rare que l'une des parties tire sa source principale voir son unique source de revenu dans un même contrat. Il va sans dire que ce contractant a tout intérêt à ce que cette relation perdure. Dans cette perspective, les mécanismes procéduraux se trouvent bien indiqués soit pour organiser les incidents susceptibles d'affecter le contrat, soit pour aménager le règlement amiable des litiges, soit enfin pour organiser la fin du contrat. Il s'agit là d'un aspect qui révèle de l'aptitude des procédures contractuelles à assurer la pérennité des relations contractuelles.

557. - En somme, on peut affirmer que la procédure « n'est pas un simple mécanisme, [mais elle] est le support de règles de fond »[2120] alors qu'on ne cesse de répéter que la forme participe de l'*instrumentum*[2121], de l'aspect extérieur des relations humaines. La distinction entre procédure et forme peut aussi être mise à jour à travers celle qui est établie entre la forme et le fond suivant le mouvement de subjectivisation des droits. Ainsi, souligne-t-on que la règle de fond a pour but de préciser « les modalités de jouissance des droits subjectifs offerts à l'individu » alors que la règle de forme vise à renforcer « leur effectivité en éveillant

[2118] V. *supra*, n° 119 et s.
[2119] R. ENCINAS DE MUNAGORRI, th. préc., spéc., n° 367, p. 308.
[2120] P. WAQUET, « Les plans sociaux », RJS 1996, p. 309.
[2121] P. LOKIEC, th. préc., spec., n° 364, p. 265 ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, th. préc., spéc., n° 374, p. 312.

les consciences de leur titulaire sur la portée des prérogatives offertes »[2122]. Partant de cette distinction, on voit que la procédure entretient un lien étroit avec le fond qu'avec la forme. Plus qu'une simple formalité, elle rentre dans le cadre légal d'élaboration d'un acte[2123]. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que sa méconnaissance ait des conséquences sur le fond sans forcément remettre en cause l'existence de celui-ci.

Le rapprochement ainsi établi entre la procédure et le fond a des répercussions sur les sanctions applicables.

B. La dissociation des sanctions

558. - Les sanctions de l'inobservation des règles de forme ou de procédure ne sont pas semblables. Dans les deux cas, il existe une multitude de sanctions qui sont consacrées en droit positif. En dépit de cette diversité des sanctions applicables, celles-ci constituent des éléments servant à distinguer l'une de l'autre.

S'agissant des sanctions de l'inobservation des règles de forme, elles présentent un caractère passablement disparate[2124]. Mais on peut dresser une ligne directrice en partant de l'idée suivant laquelle le formalisme implique une forme « impérative, c'est-à-dire imposée, sans équivalent possible, pour donner valeur juridique à la manifestation de volonté »[2125] ou encore que « la forme n'est rien d'autre que la volonté elle-même, manifestée à l'extérieur »[2126]. On comprend dès lors que les sanctions en découlant soient nécessairement en rapport avec la remise en cause de l'acte d'une façon ou d'une autre[2127]. En ce sens on affirme que « le formalisme n'apparaît qu'autant que le consentement doit être enrobé dans une enveloppe strictement déterminée par la loi et telle que, si les prescriptions édictées par celle-ci n'ont pas été respectées, la manifestation de volonté soit frappée "d'inefficacité juridique à un degré quelconque" »[2128]. Suivant cette logique, la sanction de l'inobservation de la règle de forme peut être la nullité de l'acte. Elle peut consister aussi en « une perte d'efficacité, totale ou partielle »[2129]. La dernière hypothèse concerne notamment le prononcé de l'inopposabilité ou encore la requalification de l'acte. Il existe d'autres sanctions adaptées aux spécificités du formalisme en cause comme la possibilité offerte à une partie de demander à tout moment la mise en conformité de l'acte, la déchéance du droit aux intérêts[2130] etc.

[2122] N. RANDOUX, « Réflexions actuelles sur le formalisme », JCP N 2012, 1350, spéc. n° 14.
[2123] Comp. P. LOKIEC, *op*. et *loc*. *cit*., pour qui « La procédure est […] au pouvoir ce que l'accord de volonté est au contrat ».
[2124] V. not., V. MAGNIER, « Les sanctions du formalisme informatif », JCP G 2004, I, 106, n° 3, qui affirme que la « théorie des sanctions du formalisme est mal assurée ». Partant du constat que cette sanction est tantôt facultative, tantôt obligatoire, l'auteur plaide pour « une unification du régime des sanctions de ce formalisme informatif ».
[2125] J. FLOUR, art. préc., n° 9, p. 101. *Adde*, B. NUYTTEN et L. LESAGE, art. préc., spéc. n° 9, pour qui la forme est « le seul moyen pour la volonté d'accéder à la vie juridique et de former le contrat ».
[2126] Y. FLOUR et A. GHOZI, art. préc., spéc. n° 40.
[2127] G. COUTURIER, art. préc.
[2128] J. FLOUR, art. préc., n° 4, p. 96. *Adde*, V. DELAPORTE, *Recherche sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, th. Paris I, 1975, p. 6, qui définit le formalisme comme « tout comportement extérieur et tangible imposé à l'auteur d'une manifestation de volonté juridique et sans lequel cette manifestation ne peut se voir attribuer une pleine efficacité ».
[2129] J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *op*. *cit*., n° 960, p. 732.
[2130] J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *op*. *cit*., n° 1007, p. 771-772.

559. - Au total, tout comme en matière de procédure, la violation des règles de forme est diversement sanctionnée. Cependant, il n'y a pas de concordance parfaite entre le contenu et le régime des sanctions applicables dans les deux cas. Par exemple, si la nullité constitue une sanction commune aux deux mécanismes, elle n'est pas soumise au même régime. On sait qu'en matière d'acte de procédure, la nullité est soumise à la double exigence d'un texte et d'un grief. En dehors de cette hypothèse et notamment dans le domaine contractuel, lorsque la nullité n'est pas expressément prévue par la loi, la jurisprudence conditionne le prononcé de cette sanction à la constatation d'un vice de consentement[2131]. S'agissant de la violation d'une règle de procédure, elle adopte une approche différente.

La question qui se pose est celle de savoir si le non-respect d'une règle de procédure entraine systématiquement la remise en cause de l'acte ou bien s'il faut conditionner celle-ci à une incidence de l'irrégularité procédurale sur le fond. S'agissant du processus décisionnel en droit des sociétés, la jurisprudence refuse de prendre en compte cette incidence[2132]. On a souligné à cet égard que le fait de subordonner le prononcé de la nullité à l'incidence de l'irrégularité sur le fond reviendrait à méconnaître le processus institué par les parties[2133]. Les règles de procédure ayant pour objet l'élaboration d'un acte, elles « sont susceptibles de retentir sur sa validité, tout au moins sur sa justification »[2134]. Cette observation vaut également s'agissant des mécanismes procéduraux encadrant les actes unilatéraux dans les rapports contractuels. L'explication ne tient pas seulement à leur aptitude à « retentir » sur la justification de l'acte mais aussi à leur force obligatoire en tant que normes autonomes.

Il en ressort une différence irréductible tenant aux conditions d'application de la nullité sanctionnant la violation de règles de forme et de procédure. Dans le premier cas, la nullité suppose, en principe, la constatation d'un grief (par exemple, un vice de consentement) alors que dans le second cas la violation de la procédure suffit. Par ailleurs, quand on compare l'évolution de la mise en œuvre d'une telle sanction dans les deux cas, on constate qu'elle s'inscrit dans une logique différente. En effet, les sanctions de la violation de règle de procédure se caractérisent par une certaine automaticité[2135]. En revanche, celles relatives à « l'inobservation des règles de forme se situent dans une évolution qui cherche plutôt à éviter la nullité des actes irréguliers pour « sauver » la procédure en cours »[2136]. À quoi il faut ajouter que la nullité et plus généralement l'inefficacité de l'acte est parfois inapplicable à la méconnaissance de certaines règles de procédure. L'inobservation de ces règles est susceptible d'avoir d'autres conséquences (fin de non-recevoir, péremption, caducité) qui sont étrangères aux règles de forme *stricto sensu*.

[2131] J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *op. cit*., n° 1003 et 1011. V. aussi, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES et G. BRUNAUX, *Les contrats de consommation. Règles communes*, LGDJ 2012, n° 328, p. 321, qui estiment que le juge doit avoir la faculté d'écarter la sanction si l'inobservation du formalisme n'a pas eu d'incidence sur la volonté.

[2132] V. par ex., Cass. 3e civ., 21 oct. 1998, Bull. civ. III, n° 203, qui affirme que « tout associé peut se prévaloir de l'absence de convocation d'un associé à l'assemblée générale » cassant un arrêt d'appel qui avait estimé que l'absence de convocation des associés aux assemblées générales ne peut entraîner la nullité des décisions de celles-ci que si « l'absence des associés a eu une incidence sur les décisions prises » ; Cass. 1re civ., 27 juin 2000, Rev. sociétés 2001, p. 105, note D. RANDOUX.

[2133] D. RANDOUX, note préc.

[2134] P. LOKIEC, th. préc., n° 366, p. 266.

[2135] Par ex., en matière de péremption d'instance où la sanction est de droit lorsque les conditions sont réunies : v. Cass. 3e civ., 23 mars 1980, JCP 1980. IV. 224 ; Cass. 2e civ., 4 juin 1993, D. 1993, IR, p. 184.

[2136] S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS et L. MAYER, *Procédure civile*, *Hyper Cours*, 7e éd., Dalloz 2021, n° 7, p. 7.

560. - Dans certains cas, la sanction des exigences procédurales prend la forme de l'octroi d'une indemnité au demandeur. Tel est le cas en droit du travail où une distinction est nettement établie entre les vices de forme et les irrégularités de procédure. Ces dernières relèvent davantage du fond. On peut l'illustrer par les procédures disciplinaires conventionnelles, conçues comme une garantie de fond pour le salarié dont la méconnaissance devait priver le licenciement de cause réelle et sérieuse[2137]. Analysée autrement, la solution peut être perçue comme procédant d'une confusion entre fond et procédure. Elle traduit, en réalité, l'autonomie de cette dernière en l'assortissant d'une sanction équivalente à la violation d'une règle de fond. Elle manifeste surtout la singularité de la procédure par rapport à la forme en ce qu'elle ne conditionne pas la sanction à l'influence de l'irrégularité procédurale sur le fond. De même, le fait de considérer que la résiliation immédiate du contrat prive le débiteur fautif de la faculté de régularisation [2138] s'inscrit dans cette tendance à la substantialisation de la procédure. Cela démontre que le processus de résiliation est en lien étroit avec le fond puisqu'il permet au contractant défaillant d'éviter la rupture du contrat en s'exécutant dans le délai imparti. La reconnaissance même d'une sanction de la violation de la procédure par des dommages et intérêts[2139] indépendamment de la justification de l'acte est une démonstration de son caractère autonome.

En définitive, la notion de procédure recouvre des aspects irréductibles aux exigences de forme. Aussi, convient-il de ne pas ranger dans la catégorie de forme les mécanismes étudiés qui apparaissent à certains égards comme une atteinte au consensualisme. L'affirmation ne vise nullement à remettre en cause le rôle et l'importance du formalisme notamment en droit des contrats. Il s'agit plutôt de mettre en lumière la spécificité des mécanismes procéduraux qui, à côté des règles de forme et de fond, participent pleinement à la régulation des rapports contractuels. En dépit des critiques que l'on peut formuler par ailleurs sur le caractère opératoire de la distinction ici proposée[2140], l'existence de procédures en matière contractuelle est une réalité indiscutable. Reste à savoir quelles sont les répercussions de la revalorisation des procédures contractuelles dans la perspective de leur systématisation en droit positif.

Section 2 : Les incidences de la différenciation des procédures contractuelles du fond et de la forme

[2137] V. en ce sens, S. FROSSARD, « La sanction de la violation d'une procédure disciplinaire conventionnelle, signe de la procéduralisation du droit du travail », art. préc.

[2138] Cass. com., 15 nov. 2011, RDC 2012, p. 787, obs. T. GENICON, jugé que le créancier devait être condamné à indemniser la rupture fautive du contrat au-delà du préjudice résultant du non-respect du préavis contractuellement imposé.

[2139] Cass. 1re civ., 11 mai 2017, n° 16-17.706, préc.

[2140] *Cf.* X. LAGARDE, « Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », art préc., spéc. n° 14, selon l'auteur, si on peut définir le terme procédure « comme le processus de formation ou de production d'un acte, ou l'ensemble des actes nécessaires à son élaboration […] le risque est alors de fabriquer une grande armoire conceptuelle dans laquelle seront rangées des choses bien dissemblables ». On pourrait aussi faire valoir que le propre de la procédure est de fixer un cadre d'action, une manière de procéder en prévoyant des opérations successives qui ne sont pas nécessairement uniformes et sont adaptées à leur contexte.

561. - La force contraignante des procédures contractuelles reste incertaine en droit positif en dépit de la généralisation de leur existence. Certes la singularité de ces mécanismes a été soulignée, mais on n'en tire pas de conséquences particulières sauf à relever leur caractère juridiquement obligatoire[2141]. Au contraire, ils doivent être conçus comme un mode de régulation autonome dont le non-respect est susceptible de recevoir une sanction indépendamment du fond et de la forme. Pour ce faire, il convient de sortir de la logique indemnitaire qui n'est pas toujours bien adaptée à la nature des dispositifs étudiés. La responsabilité civile et plus généralement les sanctions classiques de l'obligation contractuelle devraient avoir une vocation subsidiaire. L'objectif est d'assurer une meilleure efficacité de ces normes dont l'une des particularités est de rendre les contractants maîtres des dispositions de leur contrat.

Dans cette perspective, la distinction opérée entre les procédures contractuelles d'une part, et les règles de fond et de forme d'autre part, n'est pas neutre. Pour le démontrer, il convient de mesurer la portée de ses répercussions tant sur le plan théorique (**§. 1**) que sur le plan pratique (**§. 2**).

§. 1. Sur le plan théorique

562. - La revalorisation du rôle normatif des procédures contractuelles emporte avec elle une certaine conception du contrat. On l'a déjà vu, celui-ci ne sert pas uniquement à réaliser une opération d'échange de biens ou de services. Le développement de normes instituant des procédures en droit de contrats démontre que tout ce qui est inclus dans le contrat n'a pas qu'une fonction économique. Au-delà du fait qu'elle manifeste une diversification du contenu du contrat, l'incursion des formalités procédurales entraîne deux conséquences sur le plan théorique. D'une part, faisant suite au développement de l'unilatéralisme, ces dispositifs permettent l'émergence d'une légalité procédurale dans le contrat (**A**). D'autre part, parce qu'ils organisent une concertation préalable entre les parties, les clauses instituant des procédures opèrent une forme de subjectivation du contrat (**B**) en permettant aux contractants de se réapproprier de leur accord.

A. L'émergence d'un principe de légalité procédurale dans le contrat

563. - La reconnaissance d'une valeur normative aux procédures contractuelles pourrait enrichir la théorie générale du contrat d'un nouveau concept, celui de légalité procédurale[2142]. L'apparition de ce concept est opportune au vu du développement de l'unilatéralisme et de l'apport de la procédure dans son appréhension.

[2141] N. BALAT, « Les règles instituant des processus en droit des contrats : observations sur le "formalisme méthodique" », art. préc., p. 899, l'auteur s'interroge : « comment ne pas logiquement considérer que le respect des étapes revêt un caractère juridiquement contraignant ? ». S'il estime que les normes instituant des processus ont un caractère obligatoire, il n'en tire pas les conséquences.
[2142] Sur cette notion, v. L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », art. préc., spéc. n° 2 et 3.

En effet, le contrat devient de plus en plus un lieu d'exercice de pouvoir. Le développement de l'unilatéralisme dans les rapports contractuels est tel qu'on a proposé une réinterprétation du principe de la force obligatoire du contrat pour tenir compte de ce phénomène [2143]. Loin de remettre en cause l'existence de prérogatives contractuelles, l'approche retenue conduit à organiser leur mise en œuvre[2144]. L'introduction d'un principe de légalité procédurale permet de contrebalancer le déséquilibre inhérent à l'exercice de pouvoir dans un contrat d'essence bilatérale et participe ainsi à une « civilisation des comportements »[2145] des contractants. L'admission de la légalité procédurale en droit des contrats, « fruit d'une nouvelle culture contractuelle et ferment d'un nouvel ordre contractuel »[2146], se traduit par l'obligation de respecter une procédure dans la mise en œuvre des prérogatives affectant les intérêts de son cocontractant.

Il convient de présenter successivement le contenu de la notion de légalité procédurale (**1**) et ses principales fonctions (**2**) au regard de la revalorisation nécessaire des procédures contractuelles.

1. La notion de légalité procédurale

564. - La notion de légalité renvoie à la « conformité à la loi », au « caractère de ce qui est conforme à la loi »[2147] et plus largement aux règles de droit positif. On soulignera que la légalité renvoie non seulement à ce qui conforme mais aussi à ce qui doit être conforme à la règle de droit. Ce dernier aspect intéresse davantage la légalité procédurale dans le sens où l'on entend dans le cadre de cette étude. La définition est à mettre en parallèle avec le principe de légalité considéré au sens large comme « la soumission d'un acte juridique, mais aussi d'une activité matérielle à la norme juridique, elle-même élargie au-delà de la loi formelle à l'ensemble de la normativité »[2148]. La légalité procédurale apparaît alors comme l'exigence du respect de normes procédurales qui s'imposent à tous les acteurs intervenant dans un processus décisionnel.

Il y a, en effet, des situations dans lesquelles le titulaire d'un pouvoir ne peut agir que dans un cadre strictement réglementé, son action étant nécessairement soumis à un minimum de processus. Si l'idée est familière aux publicistes qui ont élaboré la procédure administrative non contentieuse, la question embarrasse davantage en droit privé où la force de la logique contractuelle semble constituer un obstacle à la systématisation d'une légalité procédurale. Cependant, la progression de l'unilatéralisme en droit des contrats et les insuffisances des mécanismes de contrôle classiques notamment l'abus de droit et la bonne foi

[2143] P. LEMAY, th. préc., n° 182 et s., p. 267 et s. et les références citées.
[2144] Rappr. L. AYNÈS, « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux – Synthèse », RDC 2018, p. 528, spéc. n° 6, concernant la progression de l'unilatéralisme en droit des contrats, l'auteur considère que l'attitude des juristes ne doit pas consister à « brider ces pouvoirs », mais à les accepter et « en organiser l'exercice (délai – forme – motivation) et le contrôle ».
[2145] T. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », art. préc., spéc. n° 2.
[2146] D. MAZEAUD, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », *in La nouvelle crise du contrat*, *op. cit.*, p. 135 et s., spéc. n° 5, p. 137.
[2147] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Légalité ».
[2148] Y. GAUDEMET, « Légalité », *in Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 917 et s., spéc. p. 917.

ont convaincu plusieurs auteurs privatistes de la nécessité d'esquisser une théorie juridique de la décision[2149]. Le constat est le suivant : il est possible « de juger de la légalité de l'action [d'une personne] par un contrôle formel de conformité du fait au droit et ce contrôle n'a rien à voir avec le jugement de fond qui peut être porté sur le contenu de son comportement »[2150].

565. - Dans cette perspective, la légalité procédurale ne se limite pas au procès civil[2151]. Elle concerne plus généralement « toutes les procédures de droit civil au terme desquelles est prise une décision susceptible d'affecter un intérêt au moins partiellement distinct de celui de son auteur »[2152]. Appliquée aux rapports contractuels, la légalité procédurale renvoie au respect de normes instituant des processus et qui aménagent l'exercice de prérogatives contractuelles. Il est vrai que cette notion ne fait pas partie de la théorie générale du contrat, mais elle constitue un objectif que plusieurs dispositions légales et la jurisprudence poursuivent. Ainsi, en droit commun des contrats, la réforme de 2016 a créé de nombreux dispositifs[2153] en multipliant « les mises en demeure, notifications, motivations, délais raisonnables et meilleurs délais »[2154]. Il existe aussi, on l'a vu, des dispositions spéciales notamment en droit des sociétés, en droit du travail ou en droit des assurances qui prévoient des aménagements procéduraux à l'exercice de pouvoir au sein du contrat. La jurisprudence participe également à la détermination des contours de la légalité procédurale en droit de contrats spécialement au sein des groupements[2155].

Le fait le plus remarquable est la contribution des parties à l'élaboration de la légalité procédurale par la conclusion de clauses instituant des procédures. La généralisation de ces clauses et la diversification de leur contenu[2156] attestent d'une volonté perceptible de réguler le comportement des contractants par des normes procédurales. Cette diversité des sources (légale, prétorienne, contractuelle) montre que la légalité procédurale n'est pas totalement étrangère au droit des contrats. Au contraire, il s'agit de prendre en considération le fait que certains actes élaborés en cours de contrat sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts des parties et de considérer que les exigences procédurales sont particulièrement indiquées dans leur appréhension.

[2149] V. not. H. CROZE, « Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision », *in* Mélanges J. NORMAND, Litec 2003, p. 125 et s. ; P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », D. 2008, p. 2293 ; D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme », art. préc., n° 36 et s. V. aussi, E. LAFUMA, th. préc., spéc. n° 247 et s. qui traite du lien entre procédure et l'exercice d'un pouvoir ; P. LEMAY, th. préc., n° 284 et s., l'auteur conçoit le formalisme procédural comme une conséquence de la systématisation de l'unilatéralisme en droit des contrats.

[2150] H. CROZE, « Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision », art. préc., spéc. n° 2.

[2151] *Ibid*., n° 19, pour l'auteur, « ce qui est présenté quelquefois comme un droit commun du procès est bien plutôt un droit commun de la prise de décision ».

[2152] L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », art. préc., spéc. n° 3, l'auteur souligne à juste titre que « s'il n'y a pas de procès sans procédure, il y a des procédures sans procès et, que la procédure donne lieu ou non à une décision juridictionnelle, c'est en toute hypothèse que la qualité de cette décision doit s'apprécier, non seulement au regard des règles de fond dont il a été fait application (la légalité matérielle), mais aussi au regard de la régularité de la procédure qui y conduit (légalité procédurale) ».

[2153] Sur cette question, v. N. BALAT, « Les règles instituant des processus en droit des contrats : observations sur le "formalisme méthodique" », art. préc., spéc. p. 895-896.

[2154] J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », art. préc., spéc. p. 514.

[2155] V. not., N. BINCTIN, « La légalité procédurale en droit des sociétés - Contribution à l'étude de la révocation », art. préc. ; P. LE CANNU, « Le principe de contradiction et la protection des dirigeants », art. préc.

[2156] V. *Supra*, n° 264 et s.

2. Les fonctions de la légalité procédurale

566. - La légalité procédurale en droit des contrats a principalement vocation à constituer un contrepoids au développement de l'unilatéralisme[2157]. Il ne s'agit pas de rétablir en réalité l'équilibre rompu par l'existence d'un pouvoir unilatéral en imposant des exigences substantielles (contenu contractuel, conditions relatives au consentement, à la bonne foi et à l'abus). Les mécanismes concernés visent à mettre en place un régime procédural en marge des règles substantielles de contrôle de l'exercice du pouvoir.

De fait, la légalité procédurale apparaît comme un moyen de saisir les manifestations de pouvoir dans les rapports contractuels. En effet, l'émancipation de la notion de pouvoir au sein du contrat crée une « asymétrie entre les parties »[2158] qui rappelle la relation de sujétion dans laquelle se trouve un administré. Si l'on admet que le pouvoir ainsi octroyé à un contractant est porteur des mêmes risques que celui de l'administration, il n'y aucune raison de ne pas le soumettre au même mode d'exercice et de contrôle[2159]. Pour cela, les normes instituant des processus en droit des contrats utilisent des techniques et principes empruntés du droit public et du droit processuel. L'objectif est d' « encadrer les dérogations au bilatéralisme »[2160] en assortissant les actes graves au respect d'un processus qui permet d'assurer leur régularité formelle. En ce sens, c'est bien évidemment le contractant assujetti que l'on cherche théoriquement à protéger en l'associant plus ou moins à la décision qui modifie sa situation juridique. On peut aussi considérer plus largement que la technique tend à protéger le contrat en évitant que la situation juridique créée par la loi commune des parties ne puisse être facilement modifiée par la volonté unilatérale d'un contractant.

567. - Dans une autre perspective, puisque les mécanismes procéduraux sont perçus comme un correctif approprié au phénomène de l'unilatéralisme, on peut y voir la manifestation d'une forme de justice procédurale dans le contrat[2161]. L'idée étant que la justice ne doit pas être requise seulement quant à la décision au fond, elle doit s'observer dans la procédure qui y mène. Si le respect d'une procédure n'exclut pas l'arbitraire, son rôle préventif est néanmoins indéniable. D'ailleurs, il y a peu de chances qu'une décision intervenue dans des conditions irrégulières soit justifiée au fond. C'est pourquoi certains considèrent la procédure comme un élément consubstantiel au pouvoir[2162]. De sorte que toute forme de pouvoir de fait ou de droit dans les rapports contractuels doit pouvoir être saisie par les règles procédurales.

[2157] Comp., M. MEKKI, « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », art. préc., spéc. n° 19, qui considère les « règles de procédures » encadrant la résoluation par notification comme « des modalités permettant la compréhension, voire l'acceptabilité de la rupture par le cocontractant mais, surtout, facilitant le contrôle de légitimité opéré a posteriori par le juge ».

[2158] P. LOKIEC, th. préc., n° 301.

[2159] M. GERMAIN et et R. VATINET, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé », art. préc., spéc. n° 23.

[2160] N. BALAT, art. préc., spéc. p. 901.

[2161] Sur cette question, v. L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », *in* Mélanges GHESTIN, *op. cit.* p. 177 et s.

[2162] P. LOKIEC, th. préc., n° 342, p. 249 : « tout comme le contrat naît d'un accord de volonté, la décision unilatérale résulte d'une procédure » ; du même auteur, « La décision et le droit privé », art. préc., spéc. II. A ; E. LAFUMA, th. préc., n° 258 et s., p. 175 et s. qui montre le lien étroit entre la procédure et l'exercice du pouvoir.

Le droit positif ne retient pas toujours cette position. Cependant, la tendance à la généralisation des mécanismes procéduraux laisse entrevoir une évolution en ce sens. Cela ne signifie pas qu'il faille soumettre de manière identique toute prérogative contractuelle aux mêmes règles de procédure. Les procédures contractuelles ont des contenus divers qui dépendent des diligences requises des parties dans leur mise en œuvre[2163]. Ainsi, par exemple la procédure de résiliation du contrat en droit commun n'obéit pas au même formalisme procédural qu'en matière de résiliation du contrat d'assurance. De même, les règles de procédure régissant le pouvoir disciplinaire de l'employeur ne s'appliquent pas identiquement au pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé. On peut poursuivre la comparaison entre la procédure d'agrément et celle tendant à la modification du contenu du contrat etc. Le point commun entre ces différents mécanismes est de soumettre le pouvoir unilatéral à un minimum de processus au regard duquel doit s'apprécier la légalité de la décision. Il s'agit donc de mettre en place des outils aptes à saisir les différentes manifestations de l'unilatéralisme et qui s'adaptent aux particularités des prérogatives en cause.

568. - On observe, en effet, une adaptabilité des règles procédurales qui leur confère une plus grande souplesse nécessaire à la régulation des rapports contractuels. Dans cette logique, la légalité procédurale est loin de constituer une entrave à la liberté du titulaire du pouvoir, elle apparaît comme un guide pour celui-ci et un facteur de légitimité et d'acceptabilité de sa décision. Aussi, convient-il de considérer que l'encadrement de « l'*imperium* des contractants »[2164] par des mécanismes procéduraux participe d'une sorte de normalisation des pouvoirs unilatéraux en droit des contrats[2165]. À cet égard, la légalité procédurale a vocation à être perçue comme un moyen permettant d'accompagner le développement raisonné de l'unilatéralisme dans les rapports contractuels.

Au final, la multiplication de normes instituant des procédures (de source et de contenu divers) montre l'importance de la procédure dans la régulation du contrat. Cette exigence du respect d'un minimum de procédure peut être conceptualisée par la notion de légalité procédurale qui permet d'enrichir la théorie générale du contrat. Le développement des procédures contractuelles entraine également une autre conséquence sur le plan théorique à savoir la subjectivation du contrat.

B. La subjectivation de la relation contractuelle

569. - La subjectivation s'entend du « processus […] où des éléments ressortissant aux objets sont considérés comme participant du sujet alors qu'ils n'en relèvent pas ontologiquement ». En revanche, l'objectivation « désigne le phénomène par lequel une donnée subjective est

[2163] Comp. L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », art. préc., n° 17, qui montre que la légalité procédurale a un domaine diversifié quant au contenu des règles qui la composent.
[2164] Expression emprunté de M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants*, th. préc., spéc. n° 9 et s., p. 30 et s. ; J. ROCHFELD, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », art. préc., spéc. n° 16 et s., qui parle de « l'*imperium* du créancier »
[2165] Dans cette vue, l'unilatéralisme ne serait considéré comme un phénomène exceptionnel, mais plutôt comme un élément de la relation contractuelle à la régulation duquel les règles procédurales s'avèrent adaptées.

prise pour un objet réellement perçu »[2166]. Appliquées à la relation contractuelle, ces définitions abstraites renvoient à deux conceptions marquant l'histoire de la théorie générale du contrat.

C'est la crise du subjectivisme qui entraine la promotion de l'objectivisme et inversement. Il y aurait donc un « mouvement de balancier »[2167] entre ces deux conceptions qui tendrait à faire prévaloir l'objectivation du contrat. Sans rentrer dans un débat relatif à une hiérarchisation entre les deux, on relèvera que les procédures contractuelles participent à une nouvelle forme de subjectivation de la relation contractuelle.

En effet, le développement de ces mécanismes notamment à l'initiative des contractants eux-mêmes a une incidence sur la conception que l'on peut avoir de la notion de contrat. Il ne faut pas oublier qu'une bonne partie des dispositifs objet de la présente étude s'est développée en réaction à l'interventionnisme judiciaire. Les processus conventionnels de résolution des litiges sont des exemples caractéristiques. Il en est de même des procédures de renégociation du contrat excluant le recours au juge ou encore de la procédure de modification unilatérale du contrat conférant la possibilité au cocontractant de résilier le contrat. Ces quelques exemples non exhaustifs suffisent à montrer que les dispositifs en cause tendent à replacer les parties au centre de la relation contractuelle. Parce qu'ils conduisent à repousser l'intervention du juge (du moins de façon temporaire), on peut voir dans les mécanismes concernés « un renouveau du processus de subjectivation »[2168]. Il s'agit, par exemple, de recentrer le rôle des parties dans la résolution des litiges les concernant, dans l'opportunité de modifier ou de mettre fin à leur accord.

570. - La subjectivation se manifeste autrement par l'introduction d'un dialogue constructif entre les parties. Ce constat est vérifiable au regard de la structure et de la finalité des clauses instituant des procédures. En matière de procédures bilatérales, c'est-à-dire celles impliquant une participation directe des parties contractantes à la modification de l'ordonnancement juridique, la recherche d'une concertation est évidente. Elle s'induit des modalités concrètes de mise en œuvre du processus institué. Les échanges, les communications de documents, les discussions qui émaillent ce type de procédure ont pour but la recherche d'un accord entre les contractants sur le résultat juridique visé. Ainsi, en est-il le cas lorsque les parties s'engagent dans un processus de renégociation du contrat, de conciliation, d'établissement du décompte définitif ou de constat contradictoire. L'objectif recherché dans tous ces exemples est de permettre une concertation préalable à un éventuel accord entre les parties. Ces mécanismes visent, en effet, à mettre en place un cadre procédural à l'élaboration d'actes ayant des incidences sur la situation juridique des parties. Dans cette perspective, ils permettent l'élaboration d'actes bilatéraux, à l'instar de ce qui se fait en matière de décisions collectives,

[2166] T. REVET, « Objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique ? », *in La nouvelle crise du contrat*, *op. cit.*, n° 1, p. 83.
[2167] F. BATTAGLIA, « Le problème du contrat », APD 1940, p. 174 et s., spéc. p. 179, qui affirme : « Un mouvement entre l'autorité et la liberté caractérise l'histoire de l'institution du contrat ». V. aussi, H. BATIFFOL, « La « crise du contrat » et sa portée », APD 1968, p. 13 et s., spéc. p. 15 et s.
[2168] T. REVET, art. préc., n° 20, p. 94, qui met en avant les inconvénients et les dangers du phénomène d'objectivation provoquant l'émergence d'une « néosubjectivation » qui passe par la recherche de l'intention des parties.

« au terme d'une procédure qui permet à chacun de prendre position, de défendre son point de vue, de tenter de convaincre, d'exprimer ses choix »[2169].

Les procédures unilatérales favorisent également une concertation entre les parties[2170]. Il s'agit de faire participer le contractant destinataire d'une mesure s'imposant à lui à l'élaboration de celle-ci. Ainsi, en est-il de l'exigence d'une mise en demeure préalable au prononcé de la résolution du contrat, de l'entretien préalable à un licenciement ou encore de l'obligation de notification préalable des motifs avant toute décision de révocation ou d'exclusion. Ces différentes exigences procédurales reposent sur l'idée de respect des droits de la défense qui n'est autre « que l'expression d'un principe de dialogue »[2171]. Les étapes successives qui doivent être respectées préalablement à la prise de décision (délai, notification, motivation) offrent un cadre propice au dialogue[2172]. L'entretien préalable qui a lieu stimule une discussion entre les parties[2173] et permet au contractant destinataire de la décision de faire valoir son point de vue. On essaie de compenser l'absence de bilatéralité du pouvoir unilatéral par des mécanismes procéduraux qui permettent d'impliquer le contractant assujetti dans le processus décisionnel[2174]. Dans le meilleur des cas, le processus aboutirait à l'absence de mise en œuvre de la prérogative ou à un accord transactionnel. En tout état de cause, par la concertation qu'elles imposent aux contractants, les procédures contractuelles mettent au premier plan les parties. De fait, le rôle des contractants se trouve revaloriser sans remettre en cause celui du juge, ils sont les premiers concernés par l'opération contractuelle. Il leur appartient de se concerter au préalable relativement aux différents évènements affectant leur chose commune avant de saisir le juge[2175]. Le développement de normes procédurales d'origine volontaire, en même temps qu'elle traduit cette prise de conscience par les contractants, matérialise ce renouveau de la subjectivation du contrat.

[2169] C. ATIAS, « Principe majoritaire et modification réputée non écrite du règlement de copropriété », D. 2001, chron., p. 879.

[2170] V. P. LOKIEC, th. préc., spec. n° 345 et s., p. 252 et s., qui observe que « le régime du pouvoir ne repose pas sur un unilatéralisme primaire mais implique de plus en plus une décision concertée. Cette concertation se réalise en permettant au destinataire de la décision d'y réagir, c'est-à-dire d'apporter une contradiction à la décision ». V. aussi, L. BENTO DE CARVALHO, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, préf. G. AUZERO, LGDJ 2018, n° 754, p. 367, qui observe que l'instauration d'un entretien préalable vise une double finalité : une « tentative de conciliation d'une part, et [la] contradiction apportée par le salarié d'autre part ».

[2171] S. GUINCHARD, M. BANDRAC, X. LAGARDE, M. DOUCHY, *Droit processuel, droit commun du procès*, 1re éd., Dalloz 2001, n° 629, p. 765.

[2172] L. AYNES, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », Dr. et patr. 2004, n° 126, p. 64, spéc. I. B. 2°, qui considère que le processus encadrant la rupture unilatérale du contrat « permet éventuellement l'instauration d'un dialogue ».

[2173] V. en ce sens, M. GERMAIN et R. VATINET, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé », art. préc., spéc. n° 25, p. 410 : le respect des droits de la défense vise à « favoriser un débat, pour que la décision collective soit la meilleure possible ».

[2174] P. LOKIEC, th. préc., n° 347, p. 252 : « à défaut de consentir à la décision, son destinataire doit y participer. Telle est la fonction du principe du contradictoire, qui vise à compenser l'absence d'accord ».

[2175] Comp., P. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *in* Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, RDC avr. 2016, hors-série, p. 30, spéc. I.B. 3, qui, tout en mettant en avant le consensus autour du caractère subsidiaire de l'intervention judiciaire, souligne qu'un tel « consensus est intéressant en ce qu'il souligne combien la réécriture du contrat par le juge n'est pas considérée comme une solution naturelle. Mieux vaut effectivement privilégier un ajustement du contrat par ceux qui sont au plus proche de sa réalité ».

571. - Dans ces conditions, on peut établir un lien entre la progression de ces dispositifs dans les rapports contractuels et la volonté de déjudiciarisation poursuivie par le législateur[2176]. La multiplication des règles instituant des procédures à l'occasion de la réforme du droit des contrats doit être analysée en ce sens[2177]. On voit bien que l'instauration de procédure dans les rapports contractuels n'est pas sans conséquence sur la conception que l'on peut avoir de la notion de contrat. Les mécanismes procéduraux qui sont en cause ouvrent un nouvel espace à la volonté sinon au rôle des parties et offre de nouvelles perspectives d'analyse sur le plan de la théorie générale du contrat. Ils participent pleinement à une nouvelle forme de subjectivation du contrat[2178]. En somme, avec le phénomène de procéduralisation, « l'échange de valeurs comme instrument de contrôle du contrat passe au second plan. C'est désormais l'échange d'informations et l'échange des consentements qui passent sur le devant de la scène juridique »[2179]. L'observation ne vaut pas uniquement pour la procédure de conclusion du contrat, elle est valable pour tout processus aménageant les rapports contractuels. Les mécanismes visés constituent une manifestation de la « richesse du phénomène contractuel » et sont en phase avec « la volonté de concertation et de conciliation qui anime le monde contemporain »[2180]. Cette mise à jour des vertus des procédures contractuelles n'a pas que des implications théoriques. Il est possible d'en tirer des conséquences sur le droit commun des contrats.

§. 2. Sur plan pratique

572. - Le développement des procédures contractuelles montre qu'elles sont de moins en moins perçues comme une entrave à la liberté des contractants mais plutôt comme des mécanismes ayant des vertus propres. La quasi-systématicité de leur inclusion dans les contrats, l'intensification de l'interventionnisme législatif et judiciaire imposant des formalités procédurales suffisent à se convaincre que ces dispositifs ont vocation à s'implanter durablement au sein du droit commun des contrats. D'où l'intérêt d'envisager de manière prospective quel serait le visage du droit positif une fois les spécificités des procédures contractuelles pleinement intégrées (**A**). Dans la mesure où les mécanismes en cause importent des règles de procédure, on peut affiner leur régime en leur appliquent les règles relatives à la nullité de procédure (**B**).

[2176] V. not., B. MOORE, « Libres propos d'un juriste québécois concernant le projet de réforme des contrats », RDC 2015, p. 728 et s., spéc. p. 731 ; L. AYNÈS, « *Le juge et le contrat, nouveaux rôles ? », in Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?,* RDC 2016, hors-série, p. 14 ; Y.-M. SERINET, « La constatation de la nullité par les parties : une entorse limitée au caractère judiciaire de la nullité », JCP G 2016, 845.

[2177] N. BALAT, art. préc., spéc. p. 900.

[2178] Rappr. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, *op. cit.*, spéc. n° 155, p. 137, qui voit dans le phénomène de procéduralisation du droit des contrats une « nouvelle éthique de la discussion et du consensus ».

[2179] M. MEKKI, *op. cit.*, n° 1235, p. 779, l'auteur considère que la « procéduralisation permet de se livrer à une appréhension plus subjective du contrat en restaurant la place de la volonté des contractants ».

[2180] F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 11e éd., Dalloz 2019, n° 1, p. 4-5.

A. L'intégration des procédures contractuelles au sein du droit commun des contrats

573. - Les normes instituant des procédures deviennent une modalité normale de régulation des rapports contractuels. La tendance est à l'expansion du phénomène. Cet intérêt renouvelé envers les mécanismes procéduraux tend à provoquer une évolution du droit positif dans le sens d'un raffermissement de leur force obligatoire (**1**). Cela suppose que les dispositions propres à garantir l'exécution du contrat soient aptes à imposer le respect des procédures prévues par les parties. Mais on a vu que les sanctions contractuelles sont souvent inadaptées alors que les clauses concernées ont une qualification procédurale. Aussi, convient-il d'appliquer la sanction procédurale adaptée. La source contractuelle n'est pas un obstacle, car ce qui compte en réalité est la manière d'assurer l'efficacité de la volonté des parties. Les procédures contractuelles peuvent donc intégrer le droit commun des contrats sans être nécessairement régies par les sanctions de l'inexécution du contrat (**2**).

1. Le raffermissement de la force obligatoire des procédures contractuelles

574. - Le rôle normatif des procédures contractuelles est indéniable. Mais leur efficacité n'est pas toujours pleinement reconnue. L'explication est liée à la tendance de la jurisprudence à les ramener parfois au rang de simples formalités. Il est vrai que la mise d'une procédure ne conduit pas nécessairement au résultat souhaité. Par exemple, en matière de révocation, le fait de laisser au dirigeant social la possibilité de s'expliquer, de se justifier peut être sans incidence sur la décision de la société. Le respect de la contradiction peut être aussi l'occasion pour le dirigeant d'influencer la décision de révocation. En un mot, l'utilité réelle de la procédure ne peut être connue qu'une fois concrètement mise en œuvre. La procédure constitue en soi une norme dont le respect s'impose aux parties. De la sorte, les clauses organisant les modalités procédurales d'agrément, de résiliation du contrat ou encore celles visant la mise en œuvre des garanties de passif doivent désormais remplir leur rôle de préalable obligatoire au jeu des mécanismes concernés. La remarque vaut plus généralement pour toutes les normes instituant des procédures dans les rapports contractuels. Si l'on admet qu'elles constituent des éléments de contenu du contrat, il n'y a aucune raison de ne pas leur reconnaître une force obligatoire. Elles constituent des engagements au même titre que toutes autres normes contractuelles et ce, quelle que soit leur source. En stipulant une clause procédurale, les parties ont accepté « une certaine limitation et une certaine orientation de leur activité »[2181] impliquant l'adoption d'un comportement conforme à cette norme.

On relèvera que les procédures contractuelles ont des finalités propres qui déterminent le choix des contractants. Il n'appartient pas aux tribunaux d'établir une hiérarchisation entre des normes contractuelles de même valeur. Or, c'est ce qui se passe lorsque la jurisprudence reconnaît la régularité du pouvoir de résilier le contrat en dépit de la méconnaissance des modalités procédurales l'encadrant. Il en est de même lorsqu'elle affirme que le respect de la procédure contractuelle n'est pas une condition de mise en œuvre de la garantie de passif. De fait, la jurisprudence procède à une mise en œuvre différenciée de la force obligatoire selon qu'elle concerne les règles de fond ou de procédure. À l'analyse, la question ne se pose pas en

[2181] P. DAUCHY, *Essai d'application de la méthode structurale à l'étude du contrat*, th. Paris II, 1979, p. 116.

termes de hiérarchisation entre ces différentes normes dès lors qu'une disposition impérative n'est pas en cause. Procédant du choix des parties d'aménager les droits dont elles ont la libre disposition, les clauses procédurales matérialisent leur volonté qui doit être respectée. Il leur appartient de déterminer la valeur des stipulations en fixant au besoin un ordre de priorité entre les différentes clauses. Tel est l'objet des clauses de préséance ou de hiérarchie contractuelle[2182]. La possibilité offerte aux contractants de déterminer la valeur contractuelle des stipulations formant le contrat est une façon de mettre au premier plan leur rôle dans le choix des outils de régulation de leur relation.

575. - Au-delà de cette généralité relevant de la signification de la force obligatoire du contrat, la spécificité des procédures contractuelles commande un renforcement de leur force contraignante. On l'a déjà relevé, l'effet de ces mécanismes ne consiste pas en la création d'une obligation mais plutôt en l'instauration des étapes successives à respecter, le résultat poursuivi étant subsidiaire voire incertain[2183]. Parce qu'elles ont pour effet de créer une incombance de diligence, la force obligatoire des procédures contractuelles ne peut être réduite à celle d'une obligation pesant sur les parties. En effet, l'inexécution d'une obligation est toujours possible du moins dans un premier temps. Le débiteur peut éventuellement être condamné à une réparation par équivalent. En prévoyant le respect d'une procédure, cette éventualité n'est pas envisagée par les parties. L'objectif est de mettre en place un guide de comportement, un modèle de conduite obligatoire qui n'est pas évaluable en argent et dont l'exécution par équivalent n'est pas envisageable, du moins dans l'esprit des contractants. Il s'ensuit que la force obligatoire des procédures contractuelles doit être envisagée uniquement « sous le rapport du consentement à l'acte » et non « sous celui de l'obligation du débiteur »[2184]. En conséquence, il convient de considérer que les parties sont tenues par leur engagement de façon irrévocable et sont dans l'impossibilité de se rétracter[2185]. Sauf exception, si une partie ne se conforme aux étapes chronologiques établies, l'acte qui traduit la violation de cette exigence devrait être tenu pour non avenu[2186].

Dans cette perspective, le refus de tirer une conséquence de la méconnaissance d'une procédure contractuelle ne devrait plus avoir cours en droit positif. Car l'absence de sanction de l'auteur ne serait-ce que par des dommages et intérêts (éventuellement punitifs) revient à

[2182] J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 1325 et 1326.

[2183] V. *supra*, n° 348 et s.

[2184] D. MARTIN, « Des promesses précontractuelles », *in Droit et actualité*, Etudes J. BÉGUIN, Litec 2005, p. 488 et s., spéc. n° 10, selon l'auteur : « il y a une différence d'expression de la force obligatoire selon qu'on la considère sous le rapport du consentement à l'acte ou sous celui de l'obligation du débiteur. Au premier égard, la force obligatoire du consentement donné à un acte ne signifie pas que son auteur ne doit pas le reprendre mais, plus fondamentalement (et sauf exception légale ou conventionnelle) qu'il ne peut pas se dédire : le ferait-il, ce serait comme inexistant et, en tout cas, non avenu […]. Au contraire, à considérer l'effet obligatoire sous le rapport de l'obligation du débiteur, il s'avère qu'il doit s'exécuter mais qu'il peut ne pas le faire ».

[2185] *Contra*, v. not. D. MAINGUY, « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », RTD civ. 2004, p. 1 et s., spéc. n° 28, qui considère que l'irrévocabilité des contrats « n'est pas absolue ». Selon l'auteur, il s'agit d'un « principe qui justifie simplement l'allocation d'une indemnité au contractant victime d'une inexécution – on confond alors irrévocabilité et force obligatoire – ou d'une rupture inopinée ».

[2186] Rappr., L.-F. PIGNARRE, « Convention d'arbitrage », Rép. dr. civ., Dalloz 2013, spéc. n° 118, après avoir souligné l'absence de contenu obligationnel de la convention d'arbitrage, l'auteur ajoute : « dès lors que l'élément déclencheur (le litige) survient, la convention produit ses effets automatiquement et les parties n'ont d'autre possibilité que de la respecter ».

consacrer un véritable droit de revenir sur son engagement[2187]. Le juge étant le garant de l'irrévocabilité des contrats, il lui appartient d'imposer aux contractants le respect de leur engagement le cas échéant sous la menace d'une sanction. Mais en matière de procédures contractuelles, cela ne devrait pas conduire le juge à prononcer les sanctions de l'inexécution d'une obligation. Il faudra y revenir. On n'entend pas non plus associer la force obligatoire à la possibilité d'obtenir une exécution forcée en nature[2188]. Il s'agit simplement de tirer les conséquences appropriées permettant de rappeler aux parties qu'elles ne peuvent pas faire comme si l'accord prévoyant le respect d'une procédure n'avait pas été conclu[2189]. Elles consistent à sanctionner le défaut de diligence par des mécanismes ayant une fonction punitive. Ces mécanismes de sanction seront envisagés dans le prochain chapitre.

La vigueur de la force obligatoire des procédures contractuelles serait ainsi reconnue. La position ici défendue conduira à un abandon total de l'approche obligationnelle[2190] de ces mécanismes par la prise en compte de leur spécificité. Elle permet également de les émanciper du régime de l'inexécution des obligations.

2. La réception des sanctions garantissant la force obligatoire des procédures contractuelles

576. - Si l'on admet que les procédures contractuelles ne se confondent pas avec les obligations du même nom et que l'on reconnaît également leur rôle normatif, il n'y a aucune difficulté à admettre la transposition de mécanismes sanctionnateurs adaptés à leur spécificité.

En effet, la notion d'inexécution semble inappropriée à la violation d'une procédure contractuelle. Car elle ne concerne pas une obligation *stricto sensu*[2191]. Cela ne signifie pas qu'il est impossible à une partie contractante de ne pas se conformer à une norme instituant une procédure. Dans une telle hypothèse, elle doit être considérée comme ayant méconnu son engagement et non comme l'auteur de l'inexécution d'une obligation contractuelle. Il en est ainsi parce que la notion d'inexécution est étroitement liée à celle d'obligation[2192]. Certes, la

---

[2187] Sur cette question, v. not. P. BRUN, « Le droit de revenir sur son engagement », *in Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?* colloque Chambéry, Dr. et patr., mars 1998, p. 78 et s.

[2188] Sur les obs. critiques sur ce constat, v. not. Y.-M. LAITHIER, th. préc., spéc. n° 26 et s. ; N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature », RDC 2004, p. 37.

[2189] Comp., P. ANCEL, art. préc., n° 32 et 33.

[2190] Rappr. H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », *in* Mélanges F. TERRÉ, Dalloz-PUF Juris-classeur 1999, p. 643 et s., spéc. p. 646-647 : « raisonner en termes d'obligation, de quelque nature qu'elle soit, ne permet pas de sortir de l'alternative-inexécution ».

[2191] Comp., P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », préc. n° 31, pour qui le terme « de "méconnaissance" s'impose et non [celui] d' "inexécution" dans la mesure où lorsqu'il ne crée pas d'obligation, le contrat n'a pas à être exécuté, simplement il s'impose aux parties » ; du même auteur, « Exécution des contrats et exécution des décisions de justice », *in L'exécution*, 23e colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, Lyon, 20 nov. 1999, L'Harmattan 2001, p. 151 et s., spéc. p. 155, qui considère que « certains effets du contrat qui ne se ramènent pas à la notion d'obligation et qui, en conséquence, ne sont pas susceptibles d'être véritablement exécutés » ; H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », préc., qui observe « qu'on ne peut rien contre l'effet du contrat, produit automatique et instantané de l'accord de volontés […] qui échappe à la volonté des parties » alors que « l'obligation est par essence susceptible de ne pas être exécutée ». *Adde*, R. LOIR, *Les conventions non créatrices d'obligations*, th. préc., spéc. n° 215 et s., selon l'auteur, l'inexécution est une notion étrangère aux conventions non créatrices d'obligations.

[2192] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Inexécution », qui définit l'inexécution comme le « non-accomplissement d'une obligation qui peut être total ou partiel, résulter d'une omission ou d'une initiative, être

doctrine admet que l'effet du contrat ne s'épuise pas dans la création d'une obligation. Il n'en reste pas moins que certains auteurs continuent de maintenir l'existence d'un lien entre l'exécution et l'obligation[2193]. Bien évidemment, il est possible de détacher la notion d'exécution de celle d'obligation, en envisageant la première dans une perspective plus large[2194]. Néanmoins, l'exécution vise le plus souvent un « résultat matériel »[2195]. Si bien qu'il y a toujours l'ombre de l'obligation qui plane derrière la notion d'inexécution.

577. - Par ailleurs, lorsqu'on envisage le processus de réalisation des effets d'une obligation et celui des procédures contractuelles, on observe une particularité qui devrait induire un détachement de ces derniers du régime de l'inexécution de l'obligation. Dans le contrat portant sur une obligation, on distingue l'effet du contrat de l'effet de l'obligation. Le premier consiste en la création d'une obligation quand le second correspond au résultat concret poursuivi par le créancier. De fait, la satisfaction de celui-ci se réalise par la prestation subjective du débiteur qui permet d'atteindre un résultat matériel. À l'inverse, s'agissant des procédures contractuelles, la question doit être appréhendée autrement. Sans doute, en instituant un processus, les contractants poursuivent toujours une certaine fin. Mais le résultat final est détachable de l'accomplissement des diligences imposées aux parties. Puisqu'on considère que la procédure a une vertu propre, il faudra en déduire que la satisfaction qu'elle procure aux contractants s'épuise dans la réalisation effective de ses modalités concrètes d'application.

La distinction entre l'effet de la convention et le résultat recherché n'a pas lieu d'être. Car l'accomplissement effectif (de bonne foi dira-t-on) des diligences requises suffit, le résultat final étant par hypothèse empreint d'une incertitude. La procédure comporte en elle-même une finalité qui ne se confond pas avec l'acte qui en sortirait. On comprend pourquoi le respect de la procédure s'impose en matière de licenciement, de révocation des dirigeants ou d'exclusion des associés quel que soit le fond de la mesure. Ce constat conduit un auteur à affirmer que « le respect d'une procédure [constitue] un effort diplomatique de civilité ou de bienséance à l'intention de celui que la décision à venir affectera »[2196]. Dès lors, même si la décision est justifiée au fond l'irrégularité doit être sanctionnée.

---

dû à une faute de la part du débiteur (inexécution fautive) ou à une cause étrangère (inexécution fortuite) » ; C. RIGALLE-DUMETZ, th. préc., n° 291, p. 173, procédant à une distinction entre le contrat et le rapport d'obligation, l'auteure estime qu' « on ne peut pas parler d'inexécution à propos du contrat. Celui-ci ne peut donc être résolu. Seule l'obligation contient le risque d'inexécution. La résolution ne peut donc concerner le contrat, mais l'obligation ». Sur cette notion, v. not., F. ROUVIÈRE, *Le contenu du contrat : essai sur la notion d'inexécution*, préf. C. ATIAS, PUAM 2005 ; M. FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, préf. P. RÉMY, LGDJ 2003, spéc. p. 135 et s.

[2193] V. par ex., J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Les effets du contrat*, *op. cit.*, n° 148 : « On entend généralement par l'exécution du contrat celle de l'obligation principale née du contrat, ou, s'il s'agit d'un contrat synallagmatique, l'exécution des obligations principales des parties ».

[2194] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Exécution », qui considère plus généralement la notion comme désignant la « réalisation effective des dispositions d'une convention ou d'un jugement ».

[2195] N. CATALA, *La nature juridique du payement*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ 1961, Introduction, n° IV, qui affirme : « l'obligation, rapport de droit, a pour finalité ultime un résultat matériel ».

[2196] X. LAGARDE, « Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », art. préc., spéc. n° 15.

578. - On remarquera que la sanction ne consiste pas à octroyer à la victime l'équivalent du résultat final. Elle n'a pas pour but de replacer les parties dans le *statu quo ante* par l'allocation d'une indemnité réparatrice du préjudice causé par l'illicéité. À l'analyse, elle ne tend pas à procurer une satisfaction économique, elle vise à tirer les conséquences qui pourraient être une traduction du caractère contraignant de ces normes comportementales. Tout comme le défaut d'accomplissement des diligences en matière de procédure civile, le préjudice (prétendument subi) n'intervient à aucun moment dans la détermination finale de la sanction sauf en cas d'abus[2197]. Il s'ensuit que le non-respect d'une procédure contractuelle appelle une réaction de l'ordre juridique, c'est-à-dire une sanction entendue au sens large. Elle consiste à tirer les conséquences de l'affirmation de la force obligatoire des mécanismes concernés. Plus précisément, il s'agit de trouver dans chaque cas quel est l'instrument juridique permettant de rappeler aux parties l'irrévocabilité de leur engagement. Par exemple, pour la clause d'arbitrage la déclinaison de sa compétence par le juge est le moyen approprié pour rappeler l'effet du mécanisme conventionnel. En matière de constat contradictoire, le fait de déclarer inopposable l'acte unilatéralement établi par un contractant est le moyen approprié pour affirmer la force obligatoire du dispositif. De même, le fait de réputer l'acte de résiliation non avenu en cas de méconnaissance des règles procédurales apparaît comme la sanction appropriée.

Au total, l'efficacité des procédures contractuelles implique que leur méconnaissance ne soit pas nécessairement régie par les règles régissant l'inexécution de l'obligation. Outre le fait qu'elles sont inadaptées, une application systématique de ces règles aux dispositifs étudiés entraîne l'affaiblissement de leur force obligatoire et l'attrait qu'ils suscitent chez les praticiens. On perçoit une objection que la position défendue est susceptible de provoquer : celle de sacrifier les droits substantiels des contractants sur l'autel du formalisme. C'est oublier un garde-fou des règles procédurales qui est relatif au régime restrictif applicable aux actes de procédure dont il convient de faire la promotion au regard de la progression des mécanismes procéduraux dans les rapports contractuels.

B. Le transfert au contrat du régime gouvernant les actes de procédure

579. - Conséquence directe de l'importation de règles de procédure dans les rapports contractuels, l'application du régime gouvernant les actes de procédure permet d'affiner le régime des procédures contractuelles. Toutefois, une partie de la doctrine n'est pas favorable à l'extension de ce régime aux actes extrajudiciaires. Cette approche est critiquable dans la mesure il s'agit d'appréhender des actes accomplis pour la marche d'une procédure entendue de façon large (**1**). Bien que la jurisprudence n'adopte pas une position bien tranchée sur la question, on voudra montrer que la conception des procédures contractuelles retenue dans le cadre de la présente étude s'accommode de l'extension d'un tel régime (**2**).

[2197] Cass. 2e civ., 27 mai 2021, n° 19-23.898, qui énonce, en principe, que « le défaut d'accomplissement d'une charge de la procédure par la partie à laquelle elle incombe ne constitue pas, en l'absence d'abus, une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur. Il n'encourt d'autres sanctions que celles prévues par les règles procédurales applicables à l'instance en cause ».

1. Considérations critiques sur le refus de l'extension

580. - L'extension des règles gouvernant les actes de procédure aux actes extrajudiciaires est contestée par certains auteurs. Pour ses détracteurs, une telle extension conduit à donner à ces règles « une portée exagérée »[2198] pour les appliquer à « certains actes dont la vocation n'est pas exclusivement contentieuse »[2199]. Dans la même veine, on a fait valoir que le régime de la nullité des actes de procédure prévu par le Code de procédure civile a été élaboré uniquement « en contemplation des actes judiciaires »[2200]. En bref, parce que ce n'est pas leur domaine d'expression naturelle, l'application de ces règles de procédure serait hors de propos. Le raisonnement ne convainc pas.

581. - On a montré que les procédures contractuelles impliquent l'accomplissement d'une succession ordonnée d'actes et de formalités en vue d'un but précis. Bien qu'elles ne visent pas à ouvrir de nouvelles voies d'accès au juge, elles constituent de véritables procédures[2201]. Les opérations successives qui doivent être accomplies par les parties peuvent être analysées comme les éléments d'une procédure précontentieuse[2202] qui mettent « en mouvement des droits au fond »[2203]. Par exemple, la procédure d'établissement du décompte général et définitif met en mouvement les droits et obligations financiers résultant du contrat. Les processus amiables de résolution des différends mettent en jeu le pouvoir de transiger sur les droits nés du contrat. La procédure de résiliation met en mouvement le droit de rupture acquis par l'effet du contrat porteur. Le constat est valable aussi pour la procédure de licenciement et celle encadrant l'exercice du pouvoir disciplinaire au sein des groupements. Le point commun à tous ces dispositifs tient au fait que leur activation crée un « lien d'instance » conventionnel qui se noue, hors du prétoire, entre les parties et qui les impose d'accomplir des actes en vue de faire avancer la procédure. Ces actes constituent immanquablement des actes juridiques[2204] et, en tant que tels, sont régis par les règles gouvernant les contrats[2205].

[2198] P. BIHR, note cous CA Paris, 27 sept. 1990, D. 1991, p. 102.

[2199] J. LEMÉE, « La règle "pas de nullité sans grief" depuis le nouveau code de procédure civile », RTD civ. 1982, p. 23, spéc. n° 12, note 25. *Adde*, D. TOMASIN, « Remarques sur la nullité des actes de procédure », *in* Mélanges P. HEBRAUD, USST 1981, p. 853, spéc. p. 874 ; J.-L. AUBERT, note sous Cass. 3e civ., 5 nov. 2003, Defrénois 2004, p. 443.

[2200] M. SANTA-CROCE, « De l'extension aux actes extrajudiciaires du régime de nullité des actes judiciaires », D. 1992, p. 296.

[2201] Comp. H. CROZE, « Une vision procédurale de la réforme des obligations », Procédures 2016, étude 3, spéc. n° 8, à propos du mécanisme d'interpellation interrogatoire du bénéficiaire du pacte de prévu par l'article 1123 du code civil, l'auteur considère qu'il s'agit « bien [d'une] procédure car il y a une forme, un acte et même un délai ».

[2202] V. X. LAGARDE, « Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », art. préc., spéc. n° 12, qui considère que la procédure de licenciement n'est pas une simple anticipation de la procédure contentieuse ; elle est une procédure précontentieuse autonome et la motivation est un élément de cette procédure.

[2203] E. JEULAND, « Les actions interrogatoires en question », JCP G 2016, 737, spéc. 2°, 10e §, qui affirme qu'il n'est pas impossible « de considérer que l'action interrogatoire, en tant qu'action au sens large de droit mettant en œuvre des droits au fond, crée un lien d'instance extrajudiciaire entre l'interrogé et l'interrogeant ».

[2204] Comp. G. CORNU et J. FOYER, *op. cit*., n° 84, p. 374 ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, *op. cit*.., spéc. n° 420 ; G. CORNU, note sous Cass. 2e civ., 15 oct. 1975 et 20 mai 1976, D. 1977, p. 125, spéc. p. 126 ; du même auteur, « L'élaboration du code de procédure civile », *in La codification*, 1996, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, spéc. p. 71 s., spéc. p. 72, qui affirme « que l'acte de procédure n'est rien d'autre qu'une espèce d'acte juridique dans la plus pure définition » ; J. HÉRON, « Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à

Cependant, les actes en cause procèdent moins d'une logique consensuelle que d'une manifestation unilatérale de volonté. Ils n'interviennent pas pour sceller un accord de volontés, mais pour la mise en œuvre d'une procédure[2206]. De sorte que les règles régissant le contrat ne sont pas toujours adaptées. Il faut ajouter le fait que les notifications contractuelles ont lieu parfois par exploit d'huissier[2207] ou le plus souvent par lettre recommandée[2208] qui est considérée comme un acte de procédure même si elle est « [réalisée] en dehors de l'instance, sans intervention d'un huissier de justice »[2209]. Il arrive, en outre, que les parties organisent soigneusement le formalisme qui régit les actes d'une procédure contractuelle. Tel est lorsque le contrat détermine les modalités de la notification, les mentions obligatoires. Dans la mesure où ce formalisme s'inscrit, non pas dans une logique contractuelle, mais plutôt dans une logique procédurale, il est possible de lui transposer « les principes du droit des actes de procédure »[2210]. L'objectif est de faire la distinction entre les vices mineurs et les irrégularités les plus graves pour réserver la sanction de la nullité à ces dernières. Il en résultera une certaine sécurité juridique pour les contractants.

582. - On peut ajouter à cela le fait que les rédacteurs du Code de procédure civile renvoient aux actes de procédure et non aux « actes judiciaires ». La nécessité d'une extension n'est pas fondée uniquement sur des raisons terminologiques, elle puise sa force de la teneur même des dispositions du Code de procédure civile. Celles-ci prévoient, en effet, que la nullité des notifications et des actes d'huissier de justice est régie par les dispositions qui gouvernent la nullité des actes de procédure[2211]. La formulation générale des textes ne fait aucunement une distinction[2212] selon que la notification a lieu dans le cadre d'une procédure judiciaire ou

---

partir du droit judiciaire privé », Rév. Droits 1988, n° 7, p. 85., spéc. p. 85 : « Que l'acte de procédure soit un acte juridique n'est pas discuté et n'est pas vraiment discutable ». *Adde*, G. MAUGAIN, « Actes de procédure », Rép. proc. civ., Dalloz 2018, spéc. n° 2.

[2205] C. civ., art. 1100-1. Comp., sur la vocation de la théorie de l'acte juridique à s'appliquer aux actes de procédure, v. L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, préf. L. CADIET, IRJS EDITIONS 2009, spéc., n° 115 et s., p.106 et s.

[2206] Comp., V. ZALEWSKI, obs. sous Cass. 3e civ., 20 mars 2007, AJDI 2007, p. 661, l'auteur affirme : « le congé peut être qualifié d'acte de procédure, procédure non contentieuse visant à mettre fin au bail […]. Pourquoi, dès lors, ne pas admettre l'extension de la règle posée par l'article 114 à la procédure non contentieuse , comme le fait finalement la Cour de cassation ? ».

[2207] Pour un exemple de clause prévoyant un commandement de payer visant la clause résolutoire insérée dans un contrat de crédit-bail, v. Cass. 3e civ., 21 janv. 2021, n° 19-25.062.

[2208] B. DEBRAY, « La lettre recommandée dans la procédure civile et commerciale », D. 1968, Chron., p. 155 et s., spéc., p. 156 et s., qui fait de la lettre recommandée un acte de procédure y compris lorsqu'elle intervient en dehors d'une instance. V. déjà en ce sens, H.-D. COSNARD, « La lettre missive, acte de procédure », D. 1960, Chron., p. 97 et s. ; R. SAVATIER, « Les notifications par lettre recommandée », Rép. gén. notariat 1951, art. 26980.

[2209] G. MAUGAIN, « Actes de procédure », art. préc., spéc. n° 5, qui souligne que « l'approche de la notion d'acte de procédure peut être très ouverte » pour s'étendre à des « actes réalisés en dehors de l'instance, sans intervention d'un huissier de justice, mais qui sont eux aussi réalisés en vue d'une procédure ».

[2210] *Cf.* P. RAYNAUD, *in* RTD civ. 1959, p. 794, à propos d'un arrêt appliquant le régime des formalités substantielles à une lettre missive, l'auteur affirme : il est « remarquable de voir transposer ainsi les principes du droit des actes de procédure à un instrument de correspondance qui n'est pas en lui-même processuel ».

[2211] CPC, art. 649 et 694.

[2212] Sur l'extension du régime de la nullité des actes de procédure aux actes donnant congé en matière de baux, v. Cass. 3e civ., 13 mars 1991, n° 89-18.477, Bull. civ. III, n° 92, notification réalisée par lettre recommandée ; Cass. 3e civ., 20 mars 2007, n° 06-12.599, AJDI 2007, p. 661, obs.V. ZALEWSKI, application de la règle pas de nullité sans grief en matière de congé-reprise ; Cass. 3e civ., 5 juin 2013, n° 12-12.065 ; D. 2013, actu., p. 1473, obs. Y. ROUQUET ; RTD civ. 2013, p. 665, obs. R. PERROT ; Gaz. Pal. 3 sept. 2013, p. 32, note L. MAYER ;

extrajudiciaire[2213]. Or, on l'a vu, une procédure contractuelle nécessite, pour sa mise en œuvre, l'accomplissement d'une formalité de notification qui peut être effectuée par voie d'huissier. De plus, les règles relatives à la notification en la forme ordinaire ne sont pas incompatibles avec les notifications contractuelles qui ont pour objet de donner une impulsion au processus convenu. Par ailleurs, l'extension du régime de nullité des actes de procédure dans les rapports contractuels peut être déduite de certaines dispositions législatives[2214].

L'analyse de la jurisprudence permet de corroborer l'idée d'une aptitude des règles relatives à la nullité des actes de procédure à régir les actes accomplis pour la mise en œuvre d'une procédure contractuelle. Ainsi, en matière de bail, la Cour de cassation a tranché en faveur de l'application de ce régime. Elle décide, qu'en la matière, les actes notifiés par voie d'huissier sont soumis aux articles 112 et suivants du Code de procédure civile. La solution est applicable aux congés[2215], à une proposition de renouvellement du bail moyennant le paiement d'un nouveau loyer[2216] ou encore à une sommation délivrée au nom du bailleur à son locataire d'avoir à supprimer une zone de baignade non autorisée[2217]. Il en va de même pour les notifications effectuées en la forme ordinaire. De sorte que la nullité d'un congé délivré par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ne peut être prononcée qu'à la condition que le demandeur prouve le grief que l'irrégularité lui a causé[2218].

583. - Cependant, la solution contraire est parfois retenue dans d'autres matières. Ainsi, à propos de la notification d'une cession de droits indivis, la Cour de cassation décide que « l'article 114 du nouveau code de procédure civile ne peut recevoir application concernant un

---

JCP E 2013. 1680, note H. KENFACK ; Cass. 3e civ., 11 mai 2017, n° 16-13.098, AJDI 2017, p. 516 ; Gaz. Pal. 11 juill. 2017, p. 79, obs. R. CONSEIL ; Cass. 3e civ., 10 sept. 2020, n° 19-14.193, AJDI 2020, p. 762 ; Loyers et copr. 2020, n° 113, obs. E. C., qui concerne l'irrégularité de la signification du congé du locataire à l'ancien siège du bailleur.

[2213] V. en ce sens, S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, 10e éd., Dalloz Action, 2021/2022, n° 272.51 ; C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, *op. cit*., spéc. n° 1051, p. 748 ; R. HAÏK, obs. sous Cass. 3e civ., 24 juin 2008, Dr. et proc. 2008, p. 268 ; V. CANU, obs. sous Cass. 1re civ., 5 mars 2002, Rev. loyers 2002, p. 431, n° 829 ; L. MAYER, « Nullité », Rép. proc. civ., Dalloz 2016, spéc. n° 38.

[2214] V. par ex., C. assur., art. L. 113-2 : « Lorsqu'elle est prévue par une clause du contrat, la déchéance pour déclaration tardive au regard des délais prévus au 3° et au 4° ci-dessus ne peut être opposée à l'assuré que si l'assureur établit que le retard dans la déclaration lui a causé un préjudice ». Sur cette disposition, v. Cass. 2e civ., 7 mai 2009, n° 08-11.391, inédit ; RDI 2009, p. 488, obs. D. NOGUÉRO ; Cass. 3e civ., 6 juin 2012, n° 11-15.567, D. 2012, p. 1609 ; RDI 2012, p. 458, obs. P. DESSUET.

[2215] Cass. 3e civ., 9 juill. 1979, Bull. civ. III, n° 152. V. aussi, Cass. 3e civ., 21 févr. 1990, n° 88-16.788, Bull. civ. III, n° 60 ; Cass. 3e civ., 23 mars 2011, n° 10-13.540, inédit ; Cass. 3e civ., 8 oct. 2015, n° 14-20.666, D. 2015. Chron., p. 2198, obs. A.-L. MEANO.

[2216] Cass. 3e civ., 8 juin 1995, n° 93-13.938, Loyers et copr. 1995, n° 353. V. aussi, Cass. 3e civ., 22 mars 1995, n° 93-18.111 ; D. 1996, somm., p. 375, obs. CRDP Nancy II.

[2217] Cass. 3e civ., 2 juin 2010, n° 09-14.194, Bull. civ. III, n° 109 ; Administrer 7/2010, p. 28, note H. BARBIER ; Rev. loyers 2010, p. 311, obs. VAISSIE ; Gaz. Pal. 14-17 juill. 2010, p. 46, note H. BARBIER ; Loyers et copr. 2010, n° 290, obs. C.-E. BRAULT.

[2218] Cass. 3e civ., 11 juill. 1990, n° 89-10.201, Bull. civ. III, n° 173 ; V. aussi, Cass. 3e civ., 15 mai 2008, n° 07-10.243 ; AJDI 2008, p. 852, obs. F. DE LA VAISSIÈRE ; Cass.. 3e civ., 24 juin 2008, n° 07-16.156 ; RJDA 2008, n° 999 ; Dr. et proc. 2008, p. 268, obs. R. HAIK. V. aussi, Cass. 3e civ., 8 oct. 2015, n° 14-20.666 ; D. 2015, p. 2074, obs. Y. ROUQUET ; *ibid*. 2016, p. 1102, obs. N. DAMAS ; AJDI 2016, p. 514, obs. N. DAMAS, qui affirme que le prononcé de la nullité d'un congé pour vente qui mentionne un prix incluant les honoraires de négociation de l'intermédiaire immobilier est subordonné, en application de l'article 114 du Code de procédure civile, à la preuve d'un grief.

acte extrajudiciaire »[2219]. La solution a du mal à convaincre. L'article 815-14 du Code civil prévoit, en effet, qu'une telle cession doit être notifiée par acte extrajudiciaire aux autres indivisaires. Il suffisait de se référer aux termes de l'article 649 du CPC qui prévoit que la nullité des notifications est régie par les dispositions qui gouvernent la nullité des actes de procédure. De sorte qu'il n'est même pas nécessaire de recourir à la qualification d'acte de procédure pour pouvoir appliquer les règles prévues aux articles 112 et suivants du CPC[2220].

Dans la même veine, la Cour de cassation s'est prononcée contre l'application des nullités des actes de procédure à l'acte de cautionnement[2221]. Cette dernière solution ne parait pas véritablement contredire la position retenue dans le cadre de cette étude. La question traitée dans cet arrêt était relative à la sanction des formalités nécessaires à la validité du cautionnement. C'est donc un vice affectant la procédure de formation du contrat même qui était en cause et non une irrégularité dans la mise en œuvre d'un processus prévu dans un contrat valablement formé. C'est d'ailleurs en ce sens que la Cour de cassation s'est prononcée dans son rapport annuel de 2006 en affirmant notamment « que le contrat de cautionnement est moins facilement assimilable à un acte de procédure que ne peut l'être un congé ou une proposition de loyer revalorisé »[2222]. De plus, la solution est conforme à la *ratio legis* de l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 qui a pour but de renforcer la protection de la caution.

584. - Il résulte de ces observations que les actes accomplis pour la mise en œuvre d'une procédure conventionnelle ne sont pas réfractaires à une extension du régime de la nullité des actes de procédure. Bien évidemment, si ces actes relèvent de la sphère contractuelle, ils ont pour objet l'avancement d'une procédure. À ce titre, ils prennent le caractère d'un acte de procédure qui peut se voir appliquer le régime des actes de procédure. L'intérêt d'une telle application réside notamment dans la volonté de favoriser la régularité de la procédure en offrant aux contractants des possibilités de régularisation[2223]. Il en résultera également une réduction du contentieux relatif à la régularité formelle des procédures contractuelles. C'est à ce prix qu'on peut véritablement renforcer ces dispositifs tout en évitant de faire de ceux-ci des instruments au service de plaideurs dont le procès est mal engagé au fond. On peut tenter de l'illustrer par l'étude de l'application de ce régime aux processus contractuels.

[2219] Cass. 1re civ. 5 mars 2002, n° 00-13.511, Bull. civ. I, n° 77 ; Rev. loyers 2002, p. 431, n° 829, obs. V. CANU.

[2220] En ce sens, v. S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, *op. cit*., spéc. n° 272.53 ; L. MAYER, « Nullité », art. préc., n° 37 ; V. CANU, obs. préc. ; G. FOREST, obs. sous Cass. 3e civ., 15 mai 2008, D. 2008, p. 1553.

[2221] Cass. 3e civ., 8 mars 2006, n° 05-11.042 ; Bull. civ. III, n° 59 ; AJDI 2006, p. 643, obs. S. LAPORTE-LECONTE et 2007, p. 661, obs. V. ZALEWSKI ; RDC 2006, p. 749, obs. G. LARDEUX ; JCP 2006. II. 10131, E. BAZIN ; Loyers et copr. 2006, Etude 6, B. VIAL-PEDROLETTI.

[2222] C. Cass., Rapport annuel 2006, p. 336.

[2223] Pour une application, v. par ex. Cass. com., 21 juin 2017, n° 16-15.365, préc. qui approuve l'arrêt d'appel en ce « qu'il retient, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que la société Dafy moto a procédé à la notification d'un préavis d'un mois, à la suite d'une erreur, rectifiée avant l'expiration de ce préavis, que la société Motostop a bénéficié de l'intégralité du préavis de trois mois prévu au contrat et qu'elle n'établit pas le grief subi à raison de cette situation ».

2. L'application aux actes d'une procédure contractuelle

585. - L'application du régime des actes de procédure conduit à retenir des règles relatives aux conditions de validité (**a**) et aux nullités (**b**) prévues par le Code de procédure civile. Cette extension doit, toutefois, s'opérer en tenant compte notamment de la sphère contractuelle dans laquelle s'insèrent ces mécanismes et notamment de la liberté reconnue aux parties d'aménager les règles en cause.

a. Les conditions de validité des actes

586. - Les actes accomplis en application d'une clause procédurale ne sont pas soumis au principe du consensualisme. Les considérations qui justifient la spécificité des règles établies par les rédacteurs du Code de procédure civile [2224] se trouvent en cause ici. Il s'agit essentiellement d'actes unilatéraux qui ne soulèvent pas les mêmes difficultés que le contrat au regard des conditions de validité.

Néanmoins, s'agissant de mécanismes conventionnels, il doit être reconnu aux parties la liberté d'aménager les conditions de validité substantielle et formelle des actes qui participent de la mise en œuvre de la procédure qu'elles créent. De manière générale, le régime de nullité des actes de procédure n'est transposable qu'en tant que de raison. On doit prendre garde à ne pas chercher à intégrer toutes les démarches des parties dans un formalisme excessif qui nuirait à la souplesse recherchée. À ce titre, le régime applicable aux conditions de validité des actes de procédure aurait une vocation subsidiaire et ne s'appliquerait qu'en l'absence de prévision contractuelle du moins dans tous les cas où les parties ont la libre disposition de leurs droits.

587. - Aussi, pour les conditions de fond énoncées à l'article 117 du Code de procédure civile, il faut tenir compte du fait qu'elles visent non pas la capacité et le pouvoir d'agir en justice, mais plutôt l'accomplissement des actes d'une procédure contractuelle. Pour le reste, ce sont essentiellement les règles prévues par le droit substantiel qui ont vocation à s'appliquer. Ainsi, la mise en œuvre de la procédure par une personne dépourvue de pouvoir ou n'ayant pas la capacité d'exercice serait affecté d'une irrégularité de fond. Il en serait de même en cas d'absence d'une condition de validité des actes juridiques[2225]. L'hypothèse n'est pas simplement théorique, il arrive que les notifications prévues par les parties soient

---

[2224] J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, spéc. n° 165, p. 147, après avoir précisé que l'acte de procédure obéit à des conditions de formation distinctes, sur certains points, de celles établies par le Code civil, ces auteurs ajoutent : « La raison en est que l'écrasante majorité des actes de procédure sont des actes unilatéraux qui doivent être portés à la connaissance de l'adversaire et l'un des soucis majeurs du législateur est que le destinataire de l'acte en ait effectivement connaissance et qu'il y trouve les éléments d'information qui lui sont nécessaires ».

[2225] En ce sens, v. G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 130, p. 557-558, qui considèrent que les nullités pour irrégularités de fond ne sont pas toutes textuelles : « admettre le caractère limitatif de l'énumération » de l'article 117 du CPC reviendrait à assimiler, « à tort, les deux espèces de nullité, traitées diversement à tant d'égard par le code » ; L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, n° 438 : en dépit du fait que la jurisprudence se prononce en sens contraire, « il faut admettre que la nullité pour irrégularité de fond sanctionne tout manquement à une condition de fond de la validité des actes juridiques ». *Contra*, v. L.. MAYER, th. préc., spéc. n° 31, p. 31, qui affirme : « Le contraste entre la désignation générique des vices de forme et celle, individualisée, des vices de fond semble indiquer que l'énumération des irrégularités de fond est limitative ».

entachées d'un tel vice[2226]. Il convient de préciser que le caractère limitatif de l'énumération prévue par le texte précité ne doit valoir qu'en l'absence de volonté contraire des parties. Spécialement, celles-ci doivent pouvoir être admises à ajouter d'autres conditions de fond qui leur paraissent, au regard de l'acte en cause, avoir une importance déterminante de leur consentement à la clause instituant le processus contractuel.

588. - En ce qui concerne les conditions de forme des actes, une plus grande liberté doit être reconnue aux parties dans la définition des contours du régime applicable. En pratique, les parties font preuve de loquacité dans la rédaction des clauses en imposant des conditions au contenu des actes[2227], aux modalités précises de notification ou encore à la motivation de l'acte. Il arrive que le formalisme conventionnel soit imposé à peine de nullité prévue par les parties. La jurisprudence donne effet à une telle prévision conventionnelle[2228]. En vérité, pour ce qui concerne la forme de ces actes, les exigences des contractants sont variables suivant la nécessité d'une formalisation ou non. Par exemple, les discussions qui émaillent le jeu des processus de renégociation, de conciliation ou encore l'expression de la défense dans le cadre d'une procédure de révocation ne sont pas en principe soumises à une forme particulière, de simples déclarations orales suffisent. Pour le reste, les règles relatives à la rédaction d'actes juridiques ont vocation à s'appliquer sous réserve d'un aménagement conventionnel. Spécialement, les actes d'huissier de justice sont régis par le Code de procédure civile, mais les parties prévoient le plus souvent la notification par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. S'agissant du contenu de l'acte, les parties prévoient des mentions qui sont pour la plupart destinées à informer son destinataire et, dans certains cas, des précisions relatives à des garanties dont il bénéficie.

Par exemple, dans une clause instituant une procédure de réclamation, il est prévu que « la réclamation doit être motivée et accompagnée des justificatifs du préjudice subi (lettre de transport, facture d'achat, photographies justifiant de l'avarie...) »[2229]. À vrai dire, ces précisions des parties ne se situent pas sur le même plan que les conditions habituelles de validité d'un acte juridique. Il semble plus exact d'y voir des conditions tenant non pas à la validité, mais à l'efficacité de l'acte mettant en œuvre la procédure contractuelle. La distinction n'a pas un réel intérêt dans la mesure où la sanction revient, dans les deux cas, à priver l'acte de l'effet recherché, du moins lorsque les conditions du prononcé d'une telle sanction se trouvent réunies.

[2226] Cass. com., 13 juin 2018, n° 16-20.910, 16-20.933, préc. : notification de la résiliation du contrat par une personne dépourvue de pouvoir. *Adde*, CA Pau, 25 juin 2019, n° 17/00800 : « le défaut de pouvoir des signataires de la lettre de résiliation des mandats constitue une irrégularité de fond affectant la validité de l'acte ».

[2227] V. par ex. clause traitée par TGI Evreux, 1er juin 2007, n° 04-04394 ; AJDI 2008, p. 471, obs. J. MONÉGER, en l'espèce le contrat de bail commercial prévoyait que « le preneur aura la faculté de signifier au bailleur, par acte extrajudiciaire, une demande aux fins d'être autorisé à exercer dans les lieux loués une ou plusieurs activités non prévues par le présent bail, cette demande devra comporter, à peine de nullité, l'indication des activités dont l'exercice est envisagé et en outre ».

[2228] Cass. soc., 23 oct. 1991, Dr. soc. 1991, p. 956, qui valide une disposition prévoyant la nullité en cas de violation de l'obligation de motivation du licenciement.

[2229] CGV Chronopost, art. 9. Sur la compétence du juge des référés à connaitre de la mise en œuvre de cette procédure, v. CA Versailles, 15 janv. 2015, n° 14/02248.

b. La nullité des actes

589. - Tout comme en matière de procès, la nullité (ou l'inefficacité) d'un acte de la procédure contractuelle peut avoir des conséquences graves sur la situation du contractant fautif. Si elle ne se traduit pas nécessairement par la perte d'un droit substantiel, elle peut en retarder sa réalisation. Au regard de la gravité d'une telle sanction, il n'est pas souhaitable de l'appliquer de manière systématique à tous les vices de forme entachant un acte de procédure. Elle doit être réservée aux irrégularités les plus graves ou encore à celles qui ont eu une incidence sur le demandeur.

Sans doute, les vices énumérés à l'article 117 du CPC sont de nature à affecter la validité des actes d'une procédure contractuelle[2230]. Par exemple lorsqu'un congé est délivré par une personne qui n'est ni propriétaire ni mandataire de celui-ci, l'annulation de l'acte peut être prononcée au titre des irrégularités de fond[2231] sous réserve d'une demande expresse de la victime. Néanmoins, celle-ci peut préférer une indemnisation à l'annulation de l'acte[2232] à condition de formuler une telle demande[2233]. Il est vrai que, pour obtenir la nullité pour irrégularité de fond, l'application du droit des contrats pourrait suffire dans la mesure où les actes en cause interviennent non pas dans un « cadre processuel »[2234], mais en application d'un contrat[2235]. Dans le même sens, la possibilité de régularisation offerte par l'article 121 du CPC[2236] peut être retenue au titre de la confirmation des actes nuls[2237]. On notera simplement que les actes concernés soulèvent le plus souvent les mêmes difficultés que celles prévues par le code de procédure civile relatives aux conditions de fond. Ces difficultés peuvent être résolues de la même manière comme le fait la jurisprudence dans certains cas[2238].

[2230] *Contra*, M. SANTA-CROCE, *op*. et *loc*. *cit.*, pour qui « il y a une incompatibilité certaine » entre les règles prévues par le CPC relatives à la nullité des actes de procédure et la nullité des actes extrajudiciaires délivrés par un huissier de justice.

[2231] Cass. 3e civ., 26 nov. 1986, n° 85-14.796, *Belvisotti c/ SA Hôtel restaurant Au Chapon fin*, cassation au visa de l'article 119 CPC de l'arrêt d'appel ayant débouté les preneurs de leur demande en nullité du congé délivré par un non-propriétaire « au motif que l'erreur commise sur la dénomination de la société bailleresse ne leur avait causé aucun préjudice ».

[2232] Comp., Cass. soc., 6 juill. 2011, n° 09-71.494, inédit, qui énonce « que l'absence de pouvoir du signataire de la lettre de licenciement prive le licenciement de cause réelle et sérieuse ».

[2233] Cass. com., 13 juin 2018, n° 16-20.910, 16-20.933, préc., en l'espèce le pourvoi a été rejeté faute pour le demandeur de ne pas avoir « soutenu, dans ses conclusions d'appel, que la nullité de la résiliation pour défaut de capacité et de pouvoir […] constituait à elle seule une irrégularité fautive ouvrant droit à dommages et intérêts ».

[2234] L. MAYER, th. préc., spéc. n° 427, p. 461 et les références citées, qui explique la conception « processualiste » de l'acte de procédure qui consiste à nier le fait que le droit civil des contrats ait vocation à s'appliquer à un tel acte. L'explication est liée à la spécificité de l'acte de procédure qui intervient dans un « cadre processuel » qui « implique le respect d'exigences que ne connaît pas, en revanche, l'auteur d'un acte juridique de droit commun ».

[2235] Comp., Cass. 3e civ., 7 juin 2001, n° 99-14.067 ; RDI 2001, p. 369, note B. BOUBLI, dans le cadre d'une procédure d'établissement du décompte définitif, la Cour de cassation énonce que la lettre de contestation émanant du maître d'œuvre « ne liait pas le maître de l'ouvrage qui avait seul qualité pour notifier le décompte définitif ». V. aussi, Cass. 3e civ., 5 oct. 1994, n° 92-18.941, inédit.

[2236] V. par ex., Cass. 3e civ., 19 déc. 1990, n° 89-13.402, Bull. civ. III, n° 271 ; Gaz. Pal. 1991.1.306, note J.-D. BARBIER, qui approuve les juges du fond d'avoir décidé que l'intervention des propriétaires de l'immeuble avait couvert la nullité du congé délivré pour défaut de pouvoir de l'auteur.

[2237] C. civ., art. 1182.

[2238] Cass. 3e civ., 19 déc. 1990, n° 89-13.402, préc.

590. - S'agissant de la nullité pour vice de forme, rien ne paraît s'opposer à l'extension des règles prévues au Code de procédure civile, du moins sur un plan technique[2239]. Tel est le cas lorsque les mentions ou les formalités prévues par les parties ont seulement pour but l'information du destinataire de l'acte[2240]. Dans une telle hypothèse, le prononcé de la nullité suppose la réunion de deux conditions[2241]. La première tient à l'exigence d'une prévision expresse de la loi : « pas de nullité sans texte »[2242]. Appliquée aux actes de procédure contractuelle, cela supposerait une disposition légale expresse en ce sens. Mais on peut considérer que cette condition découle déjà de l'article 1103 du Code civil qui délègue aux parties le pouvoir de créer par un accord ce qui tiendra lieu de « loi » entre elles[2243]. Il en résulte que la cause de la nullité peut être la violation d'une stipulation contractuelle à condition qu'elle ait été expressément prévue par les parties[2244]. Le cas est moins fréquent en pratique. Mais on pourra compter sur le pouvoir d'appréciation du juge pour écarter cette exigence « en cas d'inobservation d'une formalité » qu'il considérera comme étant « substantielle ». Ainsi, l'exigence de la mention des griefs dans le cadre d'une procédure disciplinaire de même que la précision du manquement reproché au débiteur en matière de résiliation constituent-elles des formalités substantielles. Il en est de même de l'obligation de motivation en la forme.

La seconde condition renvoie à l'exigence d'un grief causé par l'irrégularité invoquée : « pas de nullité sans grief »[2245]. Tout comme en matière de procédure judiciaire, les juges du fond seraient tenus de vérifier l'existence d'un grief[2246]. Au regard des conditions restrictives de la nullité des actes de procédure, « faire la preuve d'un grief devient […] un exercice d'acrobate »[2247] sauf à admettre que le grief a sa source dans la violation elle-même. On a proposé d'« atténuer cette rigueur en permettant au juge d'apprécier le grief « *in abstracto* »,

---

[2239] C'est la solution retenue par la jurisprudence en matière d''annulation des décisions de l'assemblée des associés d'une société civile, v. par ex. Cass. com., 7 juill. 2015, n° 14-18.705 ; Rev. sociétés 2016, p. 237, obs. B. SAINTOURENS ; Gaz. Pal. 29 sept. 2015, p. 5, note J.-M. MOULIN. V. aussi., CA Aix-en-Provence, 7 juin 2016, n° 15/05279 : « attendu que les modalités de convocation des associés aux assemblées générales sont indissociables du titre 9, dont la violation est régie par le régime des actes de nullité pour vice de forme et exige donc la preuve d'un grief ».

[2240] Rappr., C. PAULIN, th. préc., spéc. n° 156, p. 170, qui approuve l'extension des règles relatives des actes de procédure au congé délivré par le bailleur en affirmant que la solution ne « méconnait pas l'esprit de la loi. Les mentions requises ont en effet pour objet d'assurer l'information du débiteur, de sorte que si leur défaut l'empêche, un grief est présent, qui justifie la nullité du commandement ». *Contra*, P. BIHR, note préc. ; M. SANTA-CROCE, art. préc.

[2241] V. L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, n° 521.

[2242] CPC, art. 114, al. 1.

[2243] *Cf.* H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 170 et s. ; du même auteur, « La théorie juridique de la convention », APD 1940, p. 33 et s. ; P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », art. préc., n° 6 et s.

[2244] Comp., Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855 ; D. 2010, p. 2405, obs. A. LIENHARD ; Rev. sociétés 2010, p. 374, note P. LE CANNU ; JCP E 2010, 1562, note A. COURET et B. DONDERO ; Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-15.283, D. 2013, p. 834, obs. A. LIENHARD ; JCP E 2013, 1289, note B. DONDERO ; Bull. Joly 2013. 402, note F.-X. LUCAS ; Cass. com., 20 févr. 2019, n° 17-12.050 ; Rev. sociétés 2019, p. 455, note D. SCHMIDT ; BJS sept. 2019, p. 43, obs. J.-F. BARBIERI, qui admet que la cause de la nullité peut résulter de la violation d'une clause statutaire, dès lors qu'il est fait usage d'une faculté ouverte par une disposition impérative d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci.

[2245] CPC, art. 114, al. 2.

[2246] Cass. 1re civ., 21 oct. 1975, Bull. civ. I, n° 286, p. 240; Cass. 3e civ., 19 déc. 2000, n° 99-14.839. V. aussi, Cass. com., 21 juin 2017, n° 16-15.365, préc.

[2247] R. PERROT, obs. sous Cass., ch. mixte, 28 sept. 2012, RTD civ. 2012, p. 771.

c'est-à-dire de déduire l'existence d'un grief de la gravité de l'irrégularité commise au regard de l'intérêt que la formalité protège »[2248]. Cependant, une telle proposition n'est pas opportune. Elle est en contradiction avec « l'économie du système instauré par le Code de procédure civile »[2249]qui est « d'empêcher les annulations pour vice de forme qui ne seraient pas nécessaires à la protection des droits de la partie »[2250]. La jurisprudence continue d'exiger la preuve d'un grief effectivement causé par l'irrégularité de forme[2251]. La solution doit être approuvée au regard de la démarche que l'on adopte à l'égard des procédures contractuelles. En effet, si le respect du formalisme entourant leur mise en œuvre s'impose eu égard à leur fonction protectrice, il convient aussi de limiter la possibilité d'obtenir la nullité qui peut être lourde de conséquences[2252]. De la sorte, on évitera que la sanction ne soit détournée de sa fonction de protection des droits des parties.

591. - Le régime de nullité des actes de procédure doit pouvoir s'appliquer avec toute sa rigueur notamment pour prévenir les manœuvres dilatoires et sanctionner le défaut de diligence dans la mise en œuvre des procédures contractuelles. Spécialement, les parties doivent invoquer au préalable devant le juge l'irrégularité avant toute discussion sur le bien-fondé de la décision qui en est l'objet[2253]. Par exemple, lorsqu'une irrégularité formelle affecte une décision de résiliation, il appartient à la victime de s'en prévaloir avant toute défense au fond portant notamment sur sa justification. Étant entendu que le vice de forme en cause doit s'apprécier au regard de la bonne marche de la procédure contractuelle indépendamment de celle de la procédure judiciaire subséquente. Aussi, lorsque l'irrégularité formelle n'a eu aucune répercussion sur la mise en œuvre de la procédure contractuelle, la nullité ne peut être encourue. Un arrêt rendu par la Cour de cassation en 2011 à propos de la procédure de mise en œuvre de la garantie dommage-ouvrage permet de l'illustrer. En l'espèce, l'assureur dommage-ouvrage opposait à l'assuré le non-respect du formalisme prévu par la clause type en matière de déclaration de sinistre et ce, après avoir désigné un expert et transmis à l'assuré une prise de position sur les garanties, consistant en une prise en charge partielle des réparations. Il reprochait notamment à l'assuré la méconnaissance du caractère « recommandé avec accusé de réception » du courrier qui devait être transmis à l'assureur pour déclarer un sinistre. Mais son pourvoi est rejeté, la Cour de cassation approuvant les juges du fond d'avoir décidé que l'assureur « qui avait notifié les rapports et sa position de refus de

[2248] D. TOMASIN, art. préc., spéc., p. 865.
[2249] L. MAYER, th. préc., n° 23 et s.
[2250] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 130, p. 555.
[2251] V. par ex., Cass. soc., 16 juin 2016, 14-29.506 : « Mais attendu qu'ayant constaté que la salariée avait pris connaissance de l'ensemble du dossier préalablement à la tenue du conseil de discipline, la cour d'appel a retenu à bon droit que l'irrégularité tenant au non-respect par l'employeur de son obligation d'indiquer par écrit à la salariée les griefs retenus à son encontre n'avait pas eu pour effet de la priver des moyens d'assurer sa défense devant le conseil de discipline ».
[2252] Rappr. Cass. 3e civ., 10 mars 2009, n° 08-11.286, Inédit : « Attendu que la cour d'appel a souverainement retenu, abstraction faite d'un motif erroné mais surabondant, qu'une contestation du décompte général et définitif ayant effectivement été émise dans les délais contractuels, le non-respect de certaines formes requises par le cahier des charges et sujettes elles-mêmes à interprétation ne sauraient entraîner la forclusion de la réclamation ».
[2253] CA Metz, 26 nov. 2013, n° 10/00784 ; AJDI 2014, p. 379, qui décide que la nullité du congé pour vice de forme est couverte si elle est soulevée après une défense au fond tendant « à voir constater l'absence de motifs graves et légitimes justifiant le refus de renouvellement sans indemnité d'éviction ».

garantie ne pouvait, ensuite, se prévaloir de l'absence de saisine initiale par lettre recommandée avec accusé de réception ou par remise d'une déclaration contre récépissé »[2254].

La solution mérite d'être pleinement approuvée. Le but recherché est atteint au moyen d'une lettre simple[2255] qui n'a eu aucune incidence sur la suite du processus conventionnel. D'ailleurs, l'assureur serait en peine de démontrer le grief que l'irrégularité formelle lui aurait causé. Cela étant, il ne faut pas confondre un vice de forme et l'inaccomplissement de la formalité prévue. Cette situation correspond en réalité à une violation du processus. En l'occurrence, elle serait synonyme de l'absence totale de déclaration de sinistre. Par conséquent, l'assuré ne saurait prendre prétexte du comportement de l'assureur pour en déduire sa renonciation à invoquer ce non-respect de la procédure de mise en œuvre de la garantie[2256]. Dans ce cas, il est souhaitable de limiter la sanction à ce qui est nécessaire à la correction de l'irrégularité formelle. Ainsi, lorsque le retour à l'état d'origine s'avère impossible, l'allocation de dommages et intérêts peut suffire[2257]. De manière générale, et à chaque fois que cela est possible, il convient de réduire la portée de la sanction du vice de forme à l'irrégularité en cause de sorte que les autres effets de l'actes se trouveraient maintenus[2258]. La sanction de l'irrégularité aboutit donc à anéantir exclusivement l'effet « en rapport direct avec l'imperfection relevée »[2259].

592. - En somme, l'extension du régime de nullité prévu au Code de procédure civile aux procédures contractuelles tend à assurer l'efficacité de ces mécanismes. Leur force obligatoire doit être combinée avec la nécessité de ne pas sacrifier la sécurité juridique sous l'autel du formalisme. Ainsi, lorsque les parties imposent le respect d'un formalisme protecteur, la notification ne peut s'opérer au moyen d'un procédé qui n'offre pas des garanties similaires[2260]. En revanche, si elles prévoient un mode moins protecteur, une partie peut procéder en recourant à une modalité plus protectrice. Ainsi, lorsqu'il est prévu une notification en la forme ordinaire, une partie peut toujours procéder par voie de signification[2261]. Une telle solution se justifie au regard de la finalité de la clause instituant le

---

[2254] Cass. 3e civ., 12 janv. 2011, n° 09-71.991 ; RDI 2011, p. 176, obs. P. DESSUET.

[2255] Comp., Cass. 1re civ., 29 juin 1994 ; Cass. 1re civ., 2 nov. 1994, Bull. civ. I, n° 315, p. 228 ; D. 1994, IR, p. 263 ; RTD civ. 1995, p. 184, obs. R. PERROT : « Attendu que les dispositions du premier de ces textes (art. 932 CPC), selon lesquels l'appel peut être formé par pli recommandé adressé au secrétariat de la juridiction qui a rendu le jugement, ne sont pas prescrites à peine de nullité de l'acte d'appel ; que la lettre recommandée n'est destinée qu'à régler toutes les contestations sur le délai de la déclaration d'appel ».

[2256] Cass. 3e civ., 22 sept. 2009, n° 08-19.680, RDI 2009, p. 659, obs. P. DESSUET ; Cass. 3e civ., 10 févr. 2010, n° 09-65.186, RDI 2010, p. 273, obs. D. NOGUÉRO.

[2257] Rappr. Cass. 3e civ., 19 déc. 2012, n° 11-24.251, Bull. civ. III, n° 193 ; Cass. 3e civ., 15 mai 2008, n° 07-12.669, Bull. civ. III, n° 82, qui retient que l'absence d'une mise en demeure régulière laisse subsister le refus de renouvellement, ouvrant seulement droit, pour le preneur, à une indemnité d'éviction.

[2258] Rappr. Cass. 2e civ., 3 mai 2001, n° 99-18.326, Bull. civ. II, n° 85 ; Procédures 2001, n° 147, obs. R. PERROT ; D. 2001, p. 1797, obs. A. LIENAHARD.

[2259] R. PERROT, obs. préc.

[2260] Cass. 3e civ., 27 nov. 1990, Bull. civ. III, n° 153 ; D. 1991, p. 357, note P. LAROCHE DE ROUSSANE ; JCP. 1991.IV.34 ; RTD civ. 1991, p. 162, obs. R. PERROT. *Adde* M. SANTA-CROCE, art. préc. V. aussi, R. PERROT, obs. sous CA Amiens, 6 févr. 1978, RTD civ. 1978, p. 722, spéc. p. 723 : « La lettre recommandée n'est pas une forme atrophiée ou imparfaite de l'acte d'huissier : elle est un acte différent par sa nature, par les conditions de sa remise et aussi […] par le rôle que l'huissier est appelé à jouer ».

[2261] Rappr. Cass. 3e civ., 10 déc. 1985, Bull. civ. III, n° 166 ; Cass. 3e civ. 23 janv. 1991, n° 89-14.071, Bull. civ. III, n° 36 ; AJDI 1991, p. 838 ; Cass. 3e civ., 16 oct. 2013, n° 12-19.352 ; AJDI 2014, p. 614, obs. J.-P. BLATTER ; D. 2014, p. 1659, obs. M.-P. DUMONT-LEFRAND.

formalisme de notification à savoir l'information de l'autre partie[2262]. La notification par un huissier de justice est censée offrir à cet égard plus de garanties pour la réalisation de cet objectif. La solution se fonde surtout sur l'article 651 du Code de procédure civile qui prévoit que « la notification peut toujours être faite par voie de signification alors même que la loi l'aurait prévue sous une autre forme ».

Conclusion du chapitre

593. - La multiplication des normes instituant des procédures en droit des contrats et l'intérêt croissant des praticiens envers ces dispositifs constituent des facteurs révélateurs de leur utilité dans la régulation des rapports contractuels. Loin d'être des stipulations fortuites, les procédures contractuelles ont une vertu propre qui détermine le choix des contractants. Elles ne se confondent ni avec les règles de fond ni avec le formalisme des actes juridiques. Une pleine reconnaissance de leur finalité suppose de leur reconnaître une valeur juridique contraignante.

Ainsi, la théorie générale et le droit commun des contrats s'enrichiraient d'une prise en compte des spécificités des procédures contractuelles. Car là où il y a procédure c'est toujours un minimum de concertation qui est recherchée entre les parties, toute chose qui contribue à recentrer leur rôle dans la gestion de leur chose commune. Le dialogue que ces mécanismes permettent de nouer entre les contractants a pour conséquence d'éloigner la perspective d'un contentieux relatif à l'objet du dispositif concerné. Pour y parvenir, une application concrète et effective du processus est nécessaire. Encore faut-il trouver les instruments juridiques adéquats pour assurer sa force obligatoire en contraignant les parties au respect de leur engagement.

594. - Or, on l'a montré, les procédures contractuelles ne peuvent être assorties des mêmes modalités contraignantes que les obligations. La sanction de leur méconnaissance ne devrait pas consister à attribuer l'équivalent de la valeur d'une prestation au sens matériel, mais plutôt à réaffirmer le caractère irrévocable de l'engagement des parties. En particulier, les dommages et intérêts sont de loin le mode de réparation qui convient à leur violation. L'existence de procédure, bien que non contentieuse, appelle l'application de règles consubstantielles à celle-ci. Ce n'est que par ce prisme qu'on peut appréhender leur spécificité sur le terrain des sanctions applicables.

Dans une telle perspective, l'extension des règles relatives à la nullité des actes de procédure peut être proposée pour réaliser cet objectif. Sauf à remettre en cause la nature procédurale des dispositifs étudiés, les actes qui matérialisent leur mise en œuvre s'insèrent

[2262] Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-71.412 ; CA Paris, 5 oct. 2018, n° 15/25197 : « il doit être souligné que la remise d'un écrit contre récépissé ou l'envoi d'un courrier recommandé avec AR tend simplement à instaurer un cadre formel régissant les rapports entre les parties, afin de préserver leurs intérêts respectifs en facilitant la preuve de leurs échanges. À cet égard, la remise d'un acte d'huissier peut parfaitement être assimilée à un écrit remis contre récépissé ou à une lettre recommandée avec AR ».

nécessairement dans une procédure et prennent, par conséquent, le caractère d'un acte de procédure. La transposition du régime de nullité des actes de procédure ne fait que concrétiser cette réalité. La jurisprudence l'a admise dans certains cas, mais la solution semble généralisable dans la mesure où est au service de l'efficacité des procédures contractuelles.

CHAPITRE 2 : LA RÉORIENTATION DES SANCTIONS VERS L'EFFICACITÉ DES PROCÉDURES CONTRACTUELLES

595. - Les procédures contractuelles ne réalisent pas une opération économique de sorte qu'il est difficile de déceler un préjudice résultant de leur violation. Dans ces conditions, la reconnaissance de leur force contraignante dépendra de leur aptitude à être sanctionnée efficacement en cas de méconnaissance par une partie. La menace de sanction incitera davantage les parties au respect de la procédure[2263]. La notion de sanction doit être entendue au sens large c'est-à-dire celle correspondant aux conséquences précises attachées à la règle quelles qu'elles soient. Ainsi, le fait de sanctionner la violation d'une clause procédurale consiste à tirer les conséquences juridiques de l'inobservation des diligences prescrites, c'est-à-dire le « tarif »[2264] de la norme contractuelle.

Le moyen adéquat pour garantir l'efficacité des procédures contractuelles consiste à mettre en œuvre les sanctions qui réalisent l'équivalent de l'exécution en nature[2265]. En l'occurrence, on peut faire une comparaison avec les termes du débat relatif à l'efficacité de la promesse unilatérale où la rétractation du promettant n'empêche plus depuis 2016 la

[2263] *Cf.* C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. LEQUETTE, Dalloz 2002, n° 23, qui affirme que l'effet dissuasif constitue « l'accessoire à la fonction principale de la sanction ». V. aussi, J. RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *in* Mélanges P. RAYNAUD, Dalloz-Sirey 1985, p. 680.

[2264] P. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », D. 1986, chron., p. 197 et s., spéc. p. 198, qui précise que le tarif (au sens de conséquence juridique précise) « n'a pas forcément un caractère pécuniaire », il peut consister plus généralement « en une décision qui déduit un effet de droit ».

[2265] Comp. J. HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », RDC 2018, p. 521 et s., spéc. p. 526, qui admet la possibilité pour le juge « de prononcer, si cela lui est demandé, un rétablissement du contrat et de ses effets lorsque la résolution unilatérale lui paraîtra irrégulière ». Déjà en ce sens, v. P. CHAUVIRÉ, « Quelle sanction pour la rupture unilatérale du contrat en l'absence de comportement grave ? », RLDC 2010/75, n° 3951, spéc. II. A. 2, qui souligne que la rupture irrégulière d'un contrat à durée indéterminée « donne lieu au versement de dommages-intérêts dont le montant est calculé par référence au préavis bafoué ». Selon l'auteur, l'indemnisation constitue une conversion de la nullité de l'acte irrégulier, sanction normalement applicable ; P. STOFFEL-MUNCK, « La résolution par notification : question en suspens », Dr. et patr. 2014, n° 240, p. 67, spéc. 68.

formation du contrat définitif. La question a été largement débattue pour y revenir. Ici comme en matière de promesse unilatérale, les dommages et intérêts sont inadaptés[2266]. Ils ne correspondent pas toujours au souhait de la victime. On peut faire également le parallèle avec la condition suspensive réputée accomplie du fait du débiteur[2267]. Une telle sanction de la défaillance fautive de la condition est perçue comme l'expression de la force obligatoire du contrat[2268]. En l'occurrence, « la réalisation fictive de la condition »[2269], c'est-à-dire la constatation de la naissance de l'obligation conditionnelle par le juge[2270] est la meilleure manière de rappeler au débiteur fautif le caractère irrévocable de son engagement. Une approche similaire doit être adoptée à l'égard de la méconnaissance des procédures contractuelles. Puisqu'aucune des sanctions attachées à l'inexécution de l'obligation n'est véritablement susceptible de recevoir application, il s'agira pour le juge de puiser dans les ressources du droit les mécanismes coercitifs destinés à assurer le respect de l'engagement des parties.

À cet égard, il doit tenir compte de la nature des procédures contractuelles et de leur finalité qui justifient que la méconnaissance de ces normes soit assortie de sanctions énergiques. Après une présentation des sanctions assurant l'efficacité des procédures contractuelles (**Section 1**), on s'intéressera à leur mise en œuvre (**Section 2**).

Section 1 : Présentation des sanctions

596. - La présentation qui suit a pour objet de montrer les procédés qui sont de nature à garantir le respect des procédures instituées au contrat. On s'intéresse plus précisément à la façon dont se manifeste l'effet juridique de ces dispositifs en cas de méconnaissance par l'une des parties.

Cela étant, il existe différents moyens qui permettent d'assurer l'efficacité des procédures contractuelles. On peut tenter de retrouver une unité dans la diversité qui caractérise les sanctions de leur violation. Il est possible de constater que la mise en œuvre d'une procédure est généralement requise dans la perspective de faire valoir des droits. Pour cette raison, il convient de placer le droit (subjectif) dont la procédure poursuit la réalisation

[2266] V. cependant, M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 568, p. 238, selon ces auteurs, lorsque les conditions prévues pour l'exclusion d'un associé sont réunies, la société est libre de mettre en œuvre son droit d'exclure si bien que le respect des droits de la défense ne concerne que les modalités de mise en œuvre et non l'existence du droit lui-même. Par conséquent, la violation des droits de la défense entraîne non pas l'annulation de la décision, mais la condamnation à des dommages et intérêts.
[2267] C. civ., art. 1304-3, al. 1.
[2268] P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc., spéc. n° 43.
[2269] V. FORTI, « La réalisation fictive de la condition », art. préc., n° 5, p. 34, qui considère la réalisation fictive de la condition comme une « sorte de sanction en nature » ; B. MALLET-BRICOUT, « Conséquences de la faute du débiteur dans la mise en œuvre d'une condition suspensive », JCP 2008, II, 10116, affirmant que l'ancien article 1178 du Code civil (1304-3, nouv.) « instaure une sanction exemplaire fondée sur une fiction parfaite, en cas de faute du débiteur dans la mise en œuvre d'une condition suspensive ».
[2270] V. par ex., Cass. 3e civ., 26 nov. 2020, n° 19-19.024.

« au cœur de la sanction »[2271]. Celle-ci devrait avoir en principe pour objet les droits (substantiels et procéduraux) du contractant qui a failli, l'allocation de dommages et intérêts à la victime devant rester l'exception. En effet, c'est à travers le prisme du comportement du contractant auteur de la violation qu'il convient d'apprécier les critères propres au déclenchement de la sanction. Le non-respect de la procédure doit être considéré en soi comme un évènement illicite justifiant la réaction de l'ordre juridique indépendamment du préjudice causé au cocontractant.

Partant de ce constat, on peut déduire que la violation de normes instituant des procédures produit des conséquences de natures diverses sur les droits du contractant défaillant. Selon les cas, on peut distinguer entre les sanctions qui privent d'un avantage juridique (**§. 1.**) et celles dont la mise en œuvre entraine une conséquence juridique défavorable (**§. 2.**).

§. 1. La privation d'un avantage juridique

597. - Les normes instituant des procédures en droit des contrats prévoient fréquemment l'accomplissement de diligences, le respect d'étapes successives pour bénéficier d'un droit ou pour mettre une prérogative juridique. En cas de violation du dispositif procédural, la sanction la mieux adaptée dans ce cas consisterait à priver l'auteur de l'avantage juridique attaché au mécanisme concerné. Cette sanction « privatoire »[2272] a la nature de peine privée civile. La forme la plus couramment retenue est la déchéance (**A**). Celle-ci n'est pas toujours mieux indiquée pour désigner d'autres mécanismes privatoires qui pourraient être utilisés en matière de sanction de la méconnaissance d'une procédure (**B**).

A. La déchéance appliquée aux procédures contractuelles

598. - Le terme de déchéance a des acceptions diverses qui rendent la notion difficile à cerner avec précision[2273]. Cependant, dans un sens précis elle peut être définie comme la « perte du droit d'agir (ou du bénéfice d'un acte) qui frappe celui qui ne fait pas les diligences nécessaires dans le délai requis (on parle aussi de forclusion), n'observe pas les formes exigées, ou celui auquel est imputable une négligence caractérisée »[2274]. Cette définition permet de se rendre compte de l'aptitude de la déchéance à servir de sanction adaptée à la méconnaissance de procédures contractuelles[2275] parce qu'elle met l'accent sur le droit

[2271] L. BOYER et H. ROLAND, « À propos du défaut de diligence », art. préc., spéc. p. 12.
[2272] Expression empruntée à O. SAUTEL, « Sur la déchéance en droit privé », D. 1999, p. 487, n° 4.
[2273] V. par ex., M. SALLÉ DE LA MARNIERRE, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit », RTD civ. 1933, p. 1037 et s., spéc. n° 31, qui considère que « la physionomie exacte de la déchéance est difficile à dégager » ; O. SAUTEL, « Sur la déchéance en droit privé », préc. n° 1, l'auteur considère que la « déchéance paraît être de ces notions dont l'utilisation est inversement proportionnelle à la compréhension ». *Adde*, A. LE GARS, *La déchéance des droits en droit privé français*, th. Toulouse I, 2003 ; F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits*, th. préc.
[2274] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Déchéance », sens 2.
[2275] *Contra*, X. LAGARDE, art. préc., n° 10 : « quelles que soient les raisons qui justifient l'accomplissement d'une formalité - observation étant faite qu'en procédure civile, toutes les formalités ont de près ou de loin pour justification le respect des droits de la défense - aucune d'entre elles n'exige que l'omission de cette formalité

subjectif que la partie défaillante essaie de réaliser[2276]. Il en est ainsi d'autant plus qu'il a été démontré que ces mécanismes ont justement la nature d'incombance de diligence[2277].

On analysera successivement la nature (**1**) et l'objet (**2**) de la déchéance appliquée aux procédures contractuelles.

1. La nature de la déchéance appliquée aux procédures contractuelles

599. - La déchéance constitue une sanction qui « n'intervient pas seulement, comme la plupart des autres sanctions du droit civil, dans un but de réparation, mais dans un but de répression »[2278]. Lorsqu'elle sanctionne un défaut de diligence, elle « a une fonction principalement préventive »[2279]. Il s'agit de prévenir la survenance de conséquences indésirables. En matière de procédures contractuelles unilatérales, l'utilisation de la déchéance répondrait à un souci de prévenir les atteintes aux intérêts du contractant que le dispositif tend à protéger comme en matière de clause organisant la résiliation du contrat.

La déchéance qui frappe le droit de l'assuré en cas de déclaration tardive du sinistre s'inscrit dans cette logique[2280]. Le manque de diligence de l'assuré dans sa déclaration peut avoir pour conséquences de priver l'assureur de l'exercice d'un recours subrogatoire à l'égard du tiers responsable[2281]. On trouve dans les conditions générales de contrat d'assurance divers mécanismes de déchéances[2282]. Les clauses instituant des procédures de mise en œuvre des garanties de passif sont d'inspiration similaire. L'utilisation de la déchéance vise à prévenir les atteintes aux droits du garant consistant dans l'impossibilité pour lui de faire valoir des observations susceptibles d'éviter l'application de la garantie. C'est également la déchéance qui vient sanctionner le défaut de diligence d'une partie à qui il incombait de mettre en œuvre un accord assorti d'une condition suspensive. Il en est ainsi lorsque la formation de l'accord définitif se trouve subordonnée à l'accomplissement des démarches en vue de l'obtention d'une autorisation administrative[2283]. En matière de cautionnement, il arrive que les

---

soit sanctionnée par une déchéance. Le formalisme procédural constitue une garantie du respect des droits de la défense ; il n'est plus considéré comme le moyen exclusif permettant de les respecter ».

[2276] V. cependant, L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, th. préc., spéc. n° 445, qui considère que la sanction de la déchéance n'est pas adaptée à la méconnaissance de la procédure d'exercice de la prérogative en ce qu'elle porterait atteinte à la substance du contrat. Néanmoins, l'auteur propose de sanctionner la violation de la procédure par la neutralisation de la prérogative qui est aussi une forme de sanction proposée dans le cadre de cette étude (v. *infra*, n° 611 et s.).

[2277] V. *supra*, n° 348 et s. Sur le lien entre déchéance et incombance, v. F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits*, *op. cit.*, n° 30, qui affirme que « le non-respect de l'incombance constitue le fondement de la déchéance ».

[2278] M. SALLÉ DE LA MARNIERRE, art. préc., n° 3. *Adde*, F. LUXEMBOURG, th. préc., n° 520 et s., selon l'auteur, « l'idée de réparation est étrangère à la déchéance ».

[2279] F. LUXEMBOURG, th. préc., n° 522 et 1060 et s.

[2280] C. assur., art. L. 113-2, qui prévoit toutefois que la déchéance suppose la preuve par l'assureur du préjudice qu'il subit du fait de la déclaration tardive.

[2281] Pour un ex., Cass. 3e civ., 8 févr. 2018, n° 17-10.010 ; RGDA avr. 2018, p. 30, obs. J.-P. KARILA.

[2282] Pour un ex., v. *supra* n° 204.

[2283] V. par ex., Cass. 3e civ., 23 juin 2010, n°09-15.939 ; JCP E 2010, 2134, obs. J.-B. SEUBE, qui approuve les juges du fond d'avoir « souverainement relevé que de la lecture complète de la clause litigieuse, il ressortait que l'envoi, par le vendeur, d'une lettre recommandée était indispensable pour faire partir le délai dans lequel l'acquéreur devait justifier des diligences accomplies pour l'obtention d'un prêt, [et d'en avoir] exactement déduit qu'à défaut d'envoi de cette mise en demeure, le vendeur, qui n'avait pas usé de cette faculté, ne pouvait

contractants subordonnent sa réalisation au respect d'une procédure dont la violation par le créancier entraîne la perte du droit à la garantie[2284]. La même sanction paraît devoir s'appliquer au bénéficiaire d'une garantie autonome qui ne respecte pas le formalisme auquel était subordonné le jeu de cette garantie[2285]. Son défaut de diligence lui fait perdre son droit au paiement.

La déchéance ne se caractérise pas uniquement par sa fonction préventive, elle constitue une véritable peine privée civile[2286]. Sa dimension punitive est accentuée par le fait que la privation du droit de l'auteur est doublée du « maintien de la situation juridique dans laquelle s'inscrit le droit amputé »[2287]. Néanmoins, si son prononcé suppose un manquement fautif[2288], il n'implique pas en principe la preuve d'un préjudice[2289]. Ces caractéristiques font de la déchéance une sanction adaptée à la violation de procédures contractuelles relatives aux droits substantiels des contractants. On sait que les dispositifs concernés ont pour effet d'ajouter des normes comportementales aux obligations contractuelles. La déchéance est justement une sanction qui vise le comportement des parties. Le bénéficiaire d'une clause de garantie de passif qui n'aura pas accompli les formalités procédurales dans le délai imparti n'a pas un comportement diligent. Il en est de même du bénéficiaire d'un droit d'option conventionnel qui s'abstient de le mettre en œuvre en temps utile suivant les formalités prescrites[2290]. L'explication vaut plus généralement pour tous les cas où le bénéfice d'un droit contractuel est lié à l'accomplissement de formalités procédurales.

600. - Il reste que la déchéance est une sanction sévère et l'on s'accorde sur la nécessité d'un support textuel[2291] ou d'une stipulation expresse pour pouvoir la prononcer[2292]. Bien évidemment, s'agissant d'une déchéance conventionnelle, les parties ont une marge manœuvre large dans la définition des contours de la sanction et de ses modalités de mise en œuvre. Dans certains cas, la sanction est expressément prévue par les contractants[2293] qui peuvent subordonner son application à la preuve d'un préjudice[2294]. Mais dans de nombreuses

---

se prévaloir de la défaillance de l'acquéreur dans la réalisation de la condition suspensive ». V. aussi, Cass. 3e civ., 29 juin 2017, n° 15-26.419.

[2284] V. par ex., CA Lyon, 28 juin 2007, n° 07/05570 ; CA Agen, 14 mars 2011, n° 10/00348.

[2285] Cass. 3e civ., 18 avr. 2019, n° 18-18.771.

[2286] M. SALLÉ DE LA MARNIERRE, art. préc., n° 4 ; A. BESSON, « La notion de déchéance en matière d'assurance », RGAT 1936, p. 225, spéc., n° 5 ; S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. VINEY, LGDJ 1995, n° 155 s., p. 166 s. ; F. LUXEMBOURG, th. préc., n° 626 et s., p. 248 et s.

[2287] F. LUXEMBOURG, th. préc., n° 634, p. 252.

[2288] V. cependant, M. SALLÉ DE LA MARNIERRE, art. préc., n° 9 et s., qui considère qu'un manquement non fautif peut être source de déchéance.

[2289] F. LUXEMBOURG, th. préc., n° 925 et s., p. 348-349.

[2290] V. *supra*, n° 219.

[2291] M. SALLÉ DE LA MARNIERRE, art. préc., n° 27 ; B. THULLIER, « L'interdiction bancaire, déchéance et mesure de sûreté », *in* Mélanges M. JEANTIN, Dalloz 1999, p. 353 ; F. LUXEMBOURG, th. préc., n° 1010. *Adde*, T. DE RAVEL D'ESCLAPON, note sous Cass. com., 18 déc. 2020, Rev. sociétés 2020, p. 410, qui affirme, à propos de la violation de la clause de garantie de passif, qu'il est « indispensable de prévoir de manière très claire la sanction » et ajoute que « la déchéance n'est […] pas la sanction de principe si celle-ci n'est pas organisée ».

[2292] Tel est le cas en matière d'assurance : C. assur., art. L. 113-2. Sur la nécessité d'une prévision conventionnelle expresse, v. par ex., Cass. 2e civ., 4 juill. 2019, n° 18-18.444 ; LEDA sept. 2019, n° 112c2, p. 2, obs. S. ABRAVANEL-JOLLY.

[2293] V. par ex. Cass. com., 19 juin 2019, 17-26.635, préc. ; CA Poitiers, 31 janv. 2017, n° 15/02910.

[2294] Pour un ex. de clause, v. CA Douai, 29 nov. 2012, n° 12/02066.

hypothèses, ceux-ci restent silencieux sur les conséquences à tirer de l'inobservation de la procédure prévue au contrat. À cet égard, on a fait valoir en matière de déchéance légale qu'il faut s'attacher à l'intention du législateur[2295]. De la même manière, l'application de la déchéance sera fonction de l'intention des parties telle qu'interprétée par le juge en l'absence de prévision expresse[2296]. La sanction sera ainsi retenue dès lors qu'il résulte de la clause que la volonté des parties est de punir l'auteur du comportement négligeant par la perte du droit attaché au dispositif contractuel[2297]. Toutefois, en l'absence de prévision expresse des parties, les juges du fond ont tendance à écarter la déchéance[2298]. Une telle position est compréhensible eu égard à la gravité de la sanction.

L'aspect répressif de la déchéance en fait une sanction particulièrement adaptée aux procédures contractuelles qui imposent des exigences comportementales aux parties. Cependant, toutes les procédures contractuelles ne sont pas concernées par la déchéance. L'objet de cette sanction permet de limiter son champ aux processus visant la mise en œuvre de droits.

2. L'objet de la déchéance appliquée aux procédures contractuelles

601. - Il a été démontré que contrairement la présentation classique[2299], la déchéance n'entraîne pas la privation d'un droit mais seulement une partie de celui-ci[2300]. Suivant cette approche, l'existence du droit lui-même n'est pas affectée par la déchéance. Ce droit se trouve seulement amputé d'une partie dans son exercice. Plus précisément la déchéance a pour objet l'instrument juridique qui permet la mise en œuvre d'un droit subjectif[2301].

Appliquée à la sanction de la violation de normes instituant des procédures en droit des contrats, la déchéance priverait l'auteur de la transgression de la possibilité de mettre en œuvre le droit aménagé par le dispositif conventionnel. C'est précisément ce qui se passe en cas de violation de la procédure de mise en œuvre de la garantie de passif. L'existence du droit à garantie du bénéficiaire n'est pas en cause, il est simplement privé de la faculté d'actionner son droit. En d'autres termes, la clause de garantie de passif fait du formalisme procédural une condition, « non du droit à garantie, mais de la mise en œuvre de ce droit »[2302]. De même, en matière d'assurance le manque de diligence de l'assuré dans l'accomplissement

---

[2295] M. SALLÉ DE LA MARNIERRE, *op*. et *loc*. *cit*.

[2296] CA Paris, 24 oct. 2000, n° 19/24926 ; BJS mars 2001, n° 77, p. 292, note A. COURET, jugeant que, « au regard des clauses de l'acte de garantie, la sanction de l'inobservation des obligations mises à la charge des intimés est implicitement mais nécessairement la déchéance de la garantie ». V. aussi, CA Paris, 16 mars 2001, JCP E 2001, 1909, n° 11, obs. A VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN – CA Paris, 6 déc. 2002 ; JCP E 2003, 1203, spéc. n° 3, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER.

[2297] CA Limoges, 25 sept. 2013, n° 12/01137, préc. : « Attendu que la raison d'être de cette convention et son efficacité reposaient, selon la commune intention des parties, sur le strict respect de cette obligation d'information de telle sorte qu'en cas de non-respect de cette dernière et bien qu'aucune sanction n'ait été expressément stipulée en pareille situation, le bénéficiaire était déchu du droit de s'en prévaloir et les garants autorisés à invoquer cette » sanction.

[2298] V. par ex., CA Metz, 25 nov. 2014, n° 13/02033.

[2299] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op*. *cit*., v° « Déchéance » ; M. SALLÉ DE LA MARNIERRE, art. préc., n° 29 ; O. SAUTEL, art. préc., n° 13 ; A. LE GARS, th. préc., n° 57 et s. ; A. BESSON, art. préc., n° 4.

[2300] F. LUXEMBOURG, th. préc., n° 262 et s., p. 123 et s.

[2301] F. LUXEMBOURG, *op*. *cit*., n° 347 et s., p. 150 et s.

[2302] F. DEBOISSY et G. WICKER, obs. sous Cass. com., 8 juin 2009, JCP E 2009, 1767, n° 3.

de formalités relatives à la déclaration du sinistre ne remet pas en cause l'existence de son droit, mais entraîne la perte du pouvoir de l'exercer. La déchéance du droit aux intérêts du banquier qui n'informe pas annuellement la caution sur le montant de la dette garantie s'opère de la même manière. Le banquier est seulement privé de la possibilité de réclamer les intérêts en cause. Ce n'est donc pas le lien de droit qui est anéanti comme en matière de nullité ou de résolution, mais une composante du droit subjectif à savoir le pouvoir de le mettre en œuvre.

602. - Cependant, pour entraîner la perte de l'instrument qui permet d'exercer un droit encore faut-il que ce droit ait été valablement formé. Il ne peut y avoir lieu à déchéance que si le droit en cause a été préalablement acquis par l'auteur de la méconnaissance de l'incombance : on ne peut retirer le pouvoir d'exercer un droit qui n'existe pas[2303]. On perçoit la nuance dans un arrêt rendu par la Cour de cassation en 2003[2304]. En l'espèce, un contrat d'assurance de responsabilité professionnelle d'architecte soumettait le bénéfice de la garantie à la déclaration préalable de chaque chantier. Après la découverte de malfaçon, le maître l'ouvrage assigne en responsabilité l'architecte et son assureur. Il est débouté de son action contre ce dernier. La Cour de cassation approuve l'arrêt d'appel ayant énoncé « que, compte tenu de l'absence de cotisation relative au chantier, l'omission de déclaration équivalait non pas à une déchéance de garantie, mais à une absence d'assurance, opposable au tiers lésé ». La solution est critiquable en ce qu'elle semble subordonner la formation du contrat d'assurance au paiement de la prime, mais elle a le mérite de mettre en lumière le fait que la déchéance suppose un droit préalablement né dans le patrimoine de l'auteur.

La condition de formation préalable du droit contribue à restreindre le champ de la déchéance appliquée aux normes instituant des procédures en droit des contrats. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que la justification de la déchéance en la matière réside dans le fait que l'accomplissement de la formalité n'est plus possible. C'est ce qui explique que l'auteur fautif soit privé du pouvoir de mettre en œuvre le droit qui était attaché à cette formalité. Une telle justification n'est pas adaptée à la méconnaissance de toutes les procédures contractuelles. Il existe des cas où la formalité procédurale peut être accomplie à nouveau en dépit de la négligence d'un contractant. C'est pour cette raison que la déchéance n'est pas toujours la sanction la mieux indiquée. L'auteur de la méconnaissance peut néanmoins être privé d'un avantage juridique attaché au dispositif sous d'autres formes.

B. Les autres formes de privation d'un avantage juridique

603. - Il existe d'autres sanctions proches de la déchéance mais qui n'en présentent pas toutes les caractéristiques[2305]. On se limitera à quelques illustrations concernant la mise en œuvre de procédures contractuelles.

[2303] F. LUXEMBOURG, op. cit., n° 441 et s., p. 176 et s.
[2304] Cass. 3e civ., 17 déc. 2003, n° 02-16.096, Bull. civ. III, n° 236 ; RGAT 2004, p. 475, note J. KULLMANN.
[2305] V. par ex., W. DROSS, *Clausier*, *op. cit*., spéc. p. 724, qui affirme que la « clause de réclamation ne [constitue] pas une déchéance mais une exclusion de garantie », de sorte que la victime ne « pourra plus agir contre l'assureur en cas de réclamation tardive, alors même que son action en responsabilité contre l'assuré ne serait pas prescrite ».

Dans un premier temps, on peut citer le recours à un mécanisme privatif de droit substantiel qui ne correspond pas véritablement à l'hypothèse de la déchéance. Il se traduit concrètement par un jugement de débouté sur le fond. Par exemple, il a été jugé que le défaut de mise en œuvre de la procédure de constat et d'achèvement des travaux fait obstacle à une demande de paiement du solde du prix dans le contrat de vente en l'état futur d'achèvement[2306]. En matière de contrat d'entreprise relative à la construction d'ouvrage immobilier, le non-respect de la formalité procédurale relative aux travaux supplémentaire a pour effet de priver du droit au paiement. La jurisprudence retient une solution similaire relativement à la mise en œuvre de la déclaration de chantier dans les polices d'assurances souscrites par les architectes. En l'absence de déclaration, l'assuré est privé du bénéfice de la garantie. L'analyse de ces solutions montre que la méconnaissance du processus contractuel fait obstacle à la formation du droit. Ainsi, le droit à paiement de l'entrepreneur ne peut naître que s'il informe régulièrement le maître de l'ouvrage de la nécessité de travaux supplémentaires et que celui-ci donne son accord[2307]. En cela, la sanction se traduit par la privation d'un avantage escompté mais il ne s'agit pas d'une déchéance qui suppose l'existence préalable d'un droit valablement acquis[2308].

604. - On peut ajouter également la forclusion conventionnelle découlant du jeu de ces dispositifs. La forclusion est définie comme la « sanction qui frappe le titulaire d'un droit ou d'une action, pour défaut d'accomplissement dans le délai légal, conventionnel ou judiciaire, d'une formalité lui incombant, en interdisant à l'intéressé forclos d'accomplir désormais cette formalité, sous réserve des cas où il peut être relevé de forclusion »[2309]. La forclusion présente une similitude étroite avec la déchéance. Certains auteurs confondent les deux notions[2310] en analysant la forclusion comme une forme particulière de déchéance visant le non-respect d'un délai action[2311]. En pratique, certaines clauses sont improprement qualifiées comme telles alors que la situation relève davantage de la forclusion[2312]. Il est cependant possible d'établir une distinction entre les deux en ce que la forclusion sanctionne « la méconnaissance d'un élément constitutif du droit » d'agir alors que la déchéance prive « seulement de l'instrument

[2306] Cass. 3e civ., 21 nov. 2012, n° 11-19.309, préc.
[2307] V. Cass. 3e civ., 21 oct. 2009, n° 08-17.285 ; CA Angers, 22 sept. 2015, n° 14/00043, préc.
[2308] A. LE GARS, th. préc., n° 56.
[2309] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Forclusion ».
[2310] V. not. F. DREIFUSS-NETTER, *Les manifestations de volontés abdicatives*, th. préc., n° 238 ; A. LE GARS, th. préc., n° 108 et s. et 448 et s.
[2311] M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, préf. P. RAYNAUD, Economica 1986, n° 178, p. 176, qui affirme : « quand le délai stimule la diligence, la perte du droit d'agir (qui résulte de n'importe délai de forclusion) prend quelquefois un caractère répressif qui autorise à parler de déchéance » ; F. ROUVIÈRE, « La distinction des délais de prescription, butoirs et de forclusion », LPA 31 juill. 2009, n° 152, p. 6 : « la forclusion n'est qu'une forme particulière de déchéance pour écoulement du temps, elle correspond à l'introduction du temps dans le concept de déchéance » ; E. JEULAND et C. CHARBONNEAU, « Réalité des délais de forclusion (ou préfix), Rapport français », *in La prescription extinctive, études de droit comparé*, P. JOURDAIN et P. WERY, Schulthess et Bruylant 2010, 173 et s., spéc. p. 188 et s.
[2312] V. par ex., clause traitée par TGI Evreux, 1er juin 2007, n° 04-04394, préc., en l'espèce, après avoir prévu que « le preneur aura la faculté d'adjoindre à l'activité prévue au présent bail, des activités connexes ou complémentaires », les parties avaient complété la clause par les stipulations suivantes : « Pour ce faire, le preneur devra faire connaître préalablement son intention au bailleur, par acte extrajudiciaire, en indiquant les activités dont l'exercice est envisagé, cette formalité valant mise en demeure du bailleur de faire connaître, dans un délai de deux mois, à peine de déchéance, s'il conteste le caractère connexe ou complémentaire de ces activités ».

permettant de mettre en œuvre un droit [et] nécessite la formation préalable et valable de celui-ci »[2313]. Néanmoins, la forclusion a une finalité similaire à la déchéance, celle de sanctionner un comportement peu diligent[2314].

Appliquée aux normes instituant des procédures dans les rapports contractuels, la forclusion permettrait de sanctionner la méconnaissance de nombreux mécanismes[2315]. Ainsi, par exemple, en matière de procédure d'établissement du décompte général et définitif, la partie qui s'abstient de formuler ses observations en temps utile se trouve en réalité forclose en son droit de contester la somme inscrite sur le projet de décompte établi par son vis-à-vis[2316]. On peut faire une observation similaire s'agissant des procédures contractuelles relatives à la livraison de chose vendue. En cas de non-respect du processus de vérification de la marchandise, l'acquéreur est frappé de forclusion quant aux réclamations portant sur les vices apparents de la chose[2317]. Il en est de même du client d'une banque qui ne formule pas ses réclamations dans le délai imparti[2318]. Il arrive aussi que les contractants organisent la mise en œuvre du cautionnement dans un formalisme et un délai stricts. La forclusion est encourue en l'absence de diligence du créancier dans le délai imparti[2319]. La même sanction frappe le contractant assujetti dans le cadre des processus aménageant le pouvoir de modulation du contenu du contrat[2320]. Lorsqu'il ne s'oppose pas à la modification unilatérale du contenu de l'accord dans le délai qui lui imparti, il ne peut plus le faire - du moins jusqu'à l'expiration de la durée du contrat modifié. Les procédures contractuelles encadrant l'exercice de droits optionnels ont vocation à être sanctionnées de la même manière[2321]. Si la faculté offerte à l'une des parties n'a pas été mise en œuvre dans le délai convenu, le titulaire du droit ne peut plus l'exercer.

À l'instar des exemples précédents, une autre formalité procédurale devrait se voir appliquer une sanction identique. Il s'agit des clauses imposant une obligation de motivation lors de l'exercice de prérogatives contractuelles. Il y a lieu de considérer que la formalité est prescrite à peine de forclusion puisqu'en cas d'inaccomplissement dans le délai imparti le titulaire du pouvoir ne devrait plus être admis à formuler ultérieurement des motifs devant le juge. La solution est retenue en matière de licenciement où l'on fait une distinction entre le défaut d'énonciation des motifs assimilé à l'absence de motifs et une motivation imprécise

[2313] F. LUXEMBOURG, th. préc., n° 574.
[2314] V. par ex., F. ROUVIÈRE, « La distinction des délais de prescription, butoirs et de forclusion », préc., n° 7, selon l'auteur, « chaque fois qu'un délai a pour fonction de punir civilement un comportement tardif, il s'agit d'un délai de forclusion ». *Contra*, B. FRELETEAU, th. préc., n° 474, qui considère qu'une distinction peut être opérée entre déchéance et forclusion tenant à la spécificité du point de départ du délai de la seconde qui est « fixé de manière neutre, par rapport à un phénomène extérieur au sujet ».
[2315] Pour un exemple de clause imposant des diligences « sous peine de forclusion », v. *supra*, n° 261.
[2316] V. déjà en ce sens, Cass. 3e civ., 6 juill. 2011, n° 10-10.694.
[2317] Rappr., CA Colmar, 15 mai 2012, n° 10/05771, jugé que le non-respect de la procédure contractuelle de réclamation prive le contractant fautif de la possibilité de formuler ultérieurement des « contestations relatives à la qualité des prestations fournies ».
[2318] V. un ex. de clause, *supra*, n° 204.
[2319] Cass. com., 27 mars 2012, n° 11-10.103, préc.
[2320] V. *supra*, n° 271 et s.
[2321] V. *supra*, n° 269 et 270.

sanctionnée par une pénalité[2322]. Elle devrait être étendue à toutes les hypothèses dans lesquelles l'exigence de motivation est requise dans l'exercice d'une prérogative. Il ne s'agit pas de sanctionner l'absence de motivation sur le terrain de la justification, ce qui reviendrait à confondre cette formalité procédurale à une condition de fond. La forclusion consisterait à interdire au titulaire de motiver le jeu de la prérogative en cours d'instance. Plusieurs arguments peuvent être invoqués au soutien de la rigueur de cette sanction. D'abord, du côté du cocontractant la connaissance des motifs en temps utile est capitale. La notification des motifs permet de vérifier leur conformité avec les éléments dont il a pu avoir connaissance lors de la procédure, il peut réunir les preuves utiles à sa défense. Il est en mesure d'évaluer ses chances de succès et donc de l'opportunité de saisir un juge[2323]. En bref, l'énonciation des motifs lors de l'exercice de la prérogative est une exigence minimum d'équité[2324]. Ensuite, du côté du titulaire du pouvoir, l'exigence de motivation lui laisse le temps de la réflexion et d'éviter une décision irréfléchie. Dans ces conditions, en l'absence de motivation, il est normal qu'il soit réputé ne pas en avoir.

605. - D'une certaine manière, la fin de non-recevoir résultant de la méconnaissance de clauses procédurales participe aussi de la volonté de punir le défaut de diligence. Tel est le cas de l'irrecevabilité de l'action exercée en violation des clauses organisant un règlement amiable du litige préalablement à la saisine du juge. La solution retenue par la jurisprudence fait l'objet d'une quasi-unanimité au sein de la doctrine. La fin de non-recevoir est considérée comme le moyen permettant d'assurer l'efficacité des dispositifs contractuels concernés. En déclarant l'action irrecevable, on ne répare pas un dommage inexistant. Il s'agit d'une façon de fustiger le comportement de l'auteur en le privant temporairement de la possibilité de mettre en œuvre son droit d'agir. En ce sens, on s'interroge afin de savoir si la fin de non-recevoir n'est pas « la traduction procédurale de la déchéance jouant sur le terrain substantiel »[2325]. L'objectif est de sanctionner celui qui porte « atteinte à la force obligatoire du contrat et à la foi contractuelle »[2326] en le privant du droit d'agir. Néanmoins, l'irrecevabilité n'est pas définitive dans la mesure où l'action est recevable après l'accomplissement de la procédure contractuelle sous réserve de prescription. Mais elle peut être prononcée à titre définitif lorsqu'elle sanctionne, par exemple, un délai de forclusion conventionnel.

L'irrecevabilité ne vise pas à compenser un préjudice subi par le demandeur, elle est plutôt orientée vers le défendeur pour l'empêcher de tirer profit de l'action irrégulièrement introduite. En ce sens, elle a une dimension punitive qui la rapproche de la notion de

[2322] C. trav., art. L. 1235-2. *Adde*, A. FABRE, art. préc., spéc. III, 3e §. V. aussi, X. LAGARDE, art. préc., n° 8, qui considère qu'il s'agit d'une formalité prescrite à peine de déchéance ; P. MORVAN, « Licenciement pour motif économique. Procédures », J.-Cl. Travail Traité, fasc. 31-2, 15 avr. 2020, spéc. n° 43.

[2323] En ce sens, v. J. SAVATIER, « L'obligation d'énoncer les motifs du licenciement et sa sanction », Dr. soc. 1991, p. 99, lorsqu'il est informé des motifs de son licenciement, « le salarié sera en mesure d'apprécier s'il peut utilement en contester le caractère réel et sérieux ».

[2324] Comp., M. HENRY, « L'énonciation des motifs du licenciement : le grand bond en arrière », *in* « La lettre de licenciement peut-elle être considérée comme une simple formalité ? », Rev. trav. 2017, p. 763, spéc. II, 8e §, qui affirme : « on peut se demander s'il n'est pas contraire au principe d'équité que le salarié découvre à l'occasion du procès les motifs de son licenciement ».

[2325] B. FRELETEAU, th. préc., n° 545.

[2326] G. WICKER, « La légitimité de l'intérêt à agir », art. préc., n° 31.

déchéance[2327]. Mais elle s'en distingue par le fait qu'elle sanctionne ici la méconnaissance d'un élément constitutif du droit d'agir quand la déchéance suppose que « la formation préalable et valable de celui-ci »[2328]. En tout état de cause, la sanction conduit à la privation du bénéfice d'un droit, celui de présenter ses prétentions au juge. Son effet dissuasif en fait une sanction particulièrement adaptée aux normes instituant des procédures - du moins « si l'on veut bien considérer que l'autorité d'une règle se mesure à l'aune de sa sanction »[2329]. À l'évidence, la qualification de la fin de non-recevoir a renforcé la force contraignante des clauses de conciliation et l'intérêt des praticiens envers ce dispositif. On n'aurait pas pu faire mieux en allant chercher la sanction sur le terrain de la violation d'une obligation contractuelle. Au regard de ces constatations, il n'est pas incongru d'étendre la qualification de fin de non-recevoir au cas de la violation d'une obligation de motivation. L'idée est de priver l'auteur de la possibilité de se prévaloir des motifs non invoqués dans l'acte. Le contractant qui s'abstient de motiver alors qu'il était tenu commet une faute. La sanction mise en œuvre doit consister à faire comme si l'acte n'avait pas été justifié. Si bien que l'absence de motif aurait pour conséquence de rendre irrecevable l'auteur à faire valoir des motifs devant le juge[2330]. Il en va du respect de la force obligatoire de la norme instituant l'obligation de motivation. L'exception d'incompétence sanctionnant la violation des clauses d'arbitrage et des clauses attributives de juridiction procède d'une logique similaire. Le caractère irrévocable de l'engagement des parties autorise qu'elles soient privées du pouvoir de porter l'affaire devant une autre juridiction que celle prévue dans leur accord. L'explication tient au fait que l'exception de procédure, tout comme l'irrecevabilité, constitue la « traduction processuelle de la force obligatoire »[2331] des clauses concernées.

606. - La sanction de la violation de procédures contractuelles par la privation d'un avantage juridique peut paraître sévère spécialement dans l'hypothèse où la formalité ne pourra plus être accomplie à nouveau. Mais elle est aussi nécessaire pour assurer la force obligatoire des dispositifs étudiés. Il ne pourra en être autrement sauf à affirmer qu'ils constituent des stipulations dépourvues de portée contraignante. Le recours au mécanisme privatoire est en réalité une conséquence naturelle qui ressort de l'affirmation de la force obligatoire des processus conventionnels en cause. La sanction pourrait aussi se traduire par la survenance de

[2327] X. LAGARDE, art. préc., n° 8, qui considère l'irrecevabilité comme une « catégorie procédurale qui intègre la notion de déchéance ». *Adde*, B. FRELETEAU, *op*. et *loc*. *cit*.
[2328] F. LUXEMBOURG, th. préc., n° 574.
[2329] A. FABRE, art. préc., spéc. III, 2e § ; S. AMRANI-MEKKI, « La clause de conciliation », *op. cit.*, n° 22, p. 40 : « L'efficacité d'une clause se mesure à l'aune de sa sanction » ; L. WEILLER, « Le développement des clauses de médiation et leur réception par la Cour de cassation », art. préc., p. 32 ; J.-F. PAULIN, « Licenciement pour motif économique : procédure », art. préc., n° 26.
[2330] Comp., J. SAVATIER, note sous Cass. soc., 29 nov. 1990, Dr. soc. 1991, p. 99 : « Si l'employeur ne peut invoquer d'autres motifs que ceux indiqués dans la lettre de licenciement, on doit logiquement en conclure que, dans le cas où la lettre de licenciement n'énonce aucun motif, ou demeure trop imprécise sur les motifs du licenciement, l'employeur devient irrecevable à établir en justice que le licenciement a une cause réelle et sérieuse » ; X. LAGARDE, *op*. et *loc*. *cit*., pour qui, « la vigueur de la sanction » de l'obligation de motivation évoque « l'irrecevabilité » ; L. AYNÈS, « Motivation et justification », art. préc., p. 557 : « L'absence ou la fausseté de la motivation doit empêcher l'acte de produire son effet : il est inintelligible, partant irrecevable […] ».
[2331] L. WEILLER, « Processualisation et force obligatoire du contrat », art. préc., n° 11, p. 161, qui s'interroge afin de savoir si l'autorité de chose jugée n'est pas « la simple traduction processuelle de la force obligatoire du contrat de transaction » et se demande si l'irrecevabilité de l'action engagée en violation de cet accord ne devrait pas « servir de modèle pour le droit commun des contrats ».

conséquences juridiques défavorables qui s'inscrivent également dans une logique punitive pour l'auteur de la méconnaissance.

§. 2. Survenance de conséquences juridiques défavorables

607. - En matière de violation des procédures contractuelles, la responsabilité contractuelle demeure une voie envisageable. Cependant, outre la difficulté pour le demandeur à établir la preuve de son préjudice, les dommages et intérêts ne correspondent pas toujours aux attentes des parties[2332]. En réalité, seuls les mécanismes permettant d'obtenir l'équivalent de l'exécution en nature constituent des remèdes « satisfactoires » pour les contractants. Aussi convient-il de retenir des solutions tendant au raffermissement des sanctions applicables.

Dans cette perspective, on peut admettre que l'acte accompli en méconnaissance d'une procédure contractuelle soit frappé d'inefficacité en l'absence d'obstacle au prononcé de cette mesure. La sanction mise en œuvre consiste à réputer l'acte non accompli (**A**). La jurisprudence demeure hésitante sur la question, écartant parfois la sanction au gré des circonstances. En dépit de sa sévérité, le mécanisme du réputé non accompli traduit adéquatement la force obligatoire des dispositifs contractuels concernés. Car comme on le verra, ce n'est pas l'acte que l'on vise mais le défaut de diligence de l'auteur. Cependant, le réputé non accompli est fondé sur une fiction qui ne pourra pas toujours être appliquée pour des considérations d'ordre pratique[2333]. L'acte irrégulièrement accompli aura produit effet entre-temps, il ne sera plus possible de revenir sur cet effet en particulier lorsque la relation juridique entre les parties a pris fin. Dans une telle hypothèse, on peut envisager une condamnation à des dommages et intérêts dont la vocation serait non pas de compenser un préjudice, mais de sanctionner le comportement de la partie en défaut (**B**).

A. Le mécanisme du réputé non accompli

608. - L'inefficacité de l'acte apparaît dans certains cas comme la conséquence logique qu'il convient de tirer de la violation d'une procédure contractuelle. La nullité est sans doute la sanction qui vient immédiatement à l'esprit lorsqu'on évoque une décision entachée d'un vice de procédure[2334]. Mais elle n'est pas toujours nécessaire car l'acte élaboré en méconnaissance de la procédure peut être privé d'effet sous d'autres formes adaptées[2335]. Ainsi, après avoir constaté le non-respect de la procédure, le juge peut décider que l'auteur n'en tire pas avantage et que la meilleure mesure à prendre est de réputer l'acte non accompli. Le but est de

[2332] V. par ex., CA Paris, 9 févr. 2006 ; D. 2006, AJ p. 149, obs. A. LIENHARD ; RTD com. 2006, p. 429, obs. P. LE CANNU ; Rev. sociétés 2006, p. 431, obs. I. URBAIN-PARLEANI, qui énonce que l' « allocation de dommages et intérêts […] ne répond pas à l'objectif de la clause d'agrément insérée aux statuts ».

[2333] Sur le même constat, v. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, th. préc., spéc. n° 583, selon l'auteur, « si la nullité appraît comme la sanction logique, elle est souvent supplantée par l'indemnisation, mieux adaptée sur le plan pratique » ; L. MOLINA, th. préc., spéc. n° 451 : la nullité « n'est parfois pas adéquate compte tenu de l'irrégularité ou de la modification survenue ».

[2334] V. par ex., B. DABOSVILLE, th. préc., n° 483, p. 389.

[2335] V. par ex., Cass. com., 9 févr. 1976, Bull. civ. IV, n° 44, p. 38 : « En cas de préavis de résiliation d'un contrat à durée indéterminée, donné à trop bref délai, ce préavis n'est pas nul, mais […] ses effets sont reportés à l'échéance du terme imposé par la convention ou par l'usage ».

faire comme si l'acte irrégulier n'avait jamais été pris, de « lui refuser toute réalité »[2336]. La proposition se révèle pertinente au regard de la finalité des mécanismes en cause qui sont destinés tantôt à éclairer un contractant (en général titulaire de prérogative) tantôt à garantir les droits de l'autre (assujetti). On peut le vérifier dans deux hypothèses où cette sanction est déjà retenue par la jurisprudence : l'inopposabilité de l'acte (**1**) et la neutralisation de la prérogative (**2**).

1. L'inopposabilité

609. - L'inopposabilité apparaît comme la qualité de ce qui n'est pas opposable. Ce dernier terme recouvre des significations diverses[2337]. En droit des contrats, l'opposabilité est définie par opposition à l'effet obligatoire du contrat. Elle renvoie au devoir imposé aux tiers de respecter la situation juridique créée par le contrat. Dans un second sens, la notion est perçue de manière abstraite comme une « qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par laquelle il rayonne indirectement hors de son cercle d'activité directe »[2338]. L'opposabilité est envisagée aussi de manière objective, soit qu'elle désigne un effet juridique particulier attaché à un acte (contrat), soit qu'elle renvoie à la qualité abstraite d'un élément de l'ordre juridique. Il existe une troisième acception du terme qui tend à le définir de manière subjective et relative. En ce sens, il renvoie à une situation dans laquelle des effets juridiques sont reconnus à un élément et qu'un sujet de droit peut invoquer dans sa relation avec autrui[2339]. Ainsi entendue, l'opposabilité peut être utilement invoquée dans un litige entre deux parties à propos de la mise en œuvre de procédures contractuelles.

En effet, il existe des cas où les dispositifs procéduraux visent la transmission d'informations ou de données à une partie au contrat. Tel est l'objet des procédures informatives[2340]. La formalité de notification apparaît dans certains cas comme une condition nécessaire pour qu'un acte puisse produire effet à l'égard du cocontractant. Il arrive aussi plus fondamentalement que la procédure contractuelle conditionne l'efficacité d'un acte à la participation commune des parties à son élaboration. Dans toutes ces hypothèses, le lien étroit établi entre le respect d'une procédure et l'aptitude de l'acte à déployer ses effets justifie que la violation du dispositif soit sanctionnée par l'inopposabilité. L'utilisation d'une telle sanction n'est pas une nouveauté en la matière[2341]. Toutefois, les tribunaux ont tendance à subordonner la sanction à la preuve du dommage qu'aurait subi le demandeur à moins qu'ils ne considèrent le dispositif procédural en cause comme une formalité substantielle dont

---

[2336] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, th. préc., n° 683, p. 372, qui parle de neutralisation du comportement, « car la sanction mise en œuvre consiste à faire comme si l'attitude fautive du cocontractant n'avait jamais été prise, à lui refuser toute réalité ».

[2337] Sur cette définition, v. not., J. DUCLOS, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, préf. D. MARTIN, LGDJ 1984, n° 1, p. 22 ; R. WINTGEN, *Etude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, préf. J. GHESTIN, LGDJ 2004, n° 1, p. 1-2 ; C. KOUCHNER, *De l'opposabilité en droit privé*, th. Paris X, Nanterre, 2004, n° 1 et s., p. 1 et s. V. aussi, D. BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Sirey 1929 ; M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, préf. P. RAYNAUD, Economica 1989 ; A. LEPAGE, *Recherche sur la connaissance du fait en droit*, th. Paris XI, 1998.

[2338] J. DUCLOS, *op. cit*., n° 2-1, p. 22.

[2339] J. DUCLOS, *op. cit*., n° 1, p. 22, l'auteur définit l'opposabilité au sens de « faculté de se prévaloir ».

[2340] V. *supra*, n° 196 et s.

[2341] V. *supra*, n° 534 et s.

l'omission serait de nature à entraîner la nullité de l'acte[2342]. Ainsi, lorsque le caractère contradictoire de l'état des lieux n'est pas respecté, les juges n'en écartent pas moins la sanction d'inefficacité de l'acte au motif qu'il est soumis à un débat contradictoire en cours d'instance. Cette solution doit être combattue, elle remet en cause l'esprit et la force obligatoire de la procédure contractuelle.

Il est vrai que dans les situations concernées, l'acte non contradictoire est établi par un huissier de justice dont le constat jouit d'une force probante beaucoup plus forte. Cependant, il ne s'agit pas de raisonner en termes de régime applicable aux actes d'huissier de justice. La question porte sur la violation du processus qui devait conduire à l'établissement de l'acte. En déclarant celui-ci inopposable au demandeur, on ne remet en cause ni sa validité ni sa force probante, on sanctionne le défaut de diligence du cocontractant qui n'a pas respecté son engagement. Le rétablissement de la contradiction en phase judiciaire ne saurait suppléer le défaut de mise en œuvre du processus conventionnel excepté le cas où le demandeur, régulièrement notifié, s'est abstenu de participer à l'établissement contradictoire de l'acte. Par ailleurs, il convient de ne pas oublier qu'au-delà de l'acte, la mise en œuvre du processus offre un cadre de dialogue propice à un règlement amiable d'éventuels différends.

De telles considérations expliquent que la violation de la procédure contractuelle imposant l'établissement contradictoire d'état des lieux soit sanctionnée par l'inopposabilité à la partie non appelée. Admettre le contraire constituerait une prime à la mauvaise foi, à la violation d'engagements contractuels et à l'affaiblissement de la force obligatoire des dispositifs en cause. Entre le contrevenant qui cherche à sauver l'acte irrégulier et la partie victime dont le comportement n'est pas remis en cause, la balance doit pencher en faveur de cette dernière.

610. - Pour le reste, l'inopposabilité demeure la sanction adaptée à la violation d'autres procédures contractuelles. Il ne devrait pas y avoir d'obstacle à son prononcé à moins que le demandeur opère un choix en faveur d'autres remèdes ce qui est moins probable au regard de la spécificité des mécanismes concernés. Ainsi, la violation de la clause d'agrément devrait-elle être sanctionnée par l'inopposabilité de la cession à son bénéficiaire[2343]. De même, une modification unilatérale du contrat en méconnaissance du processus contractuel est

[2342] V. Cass. soc. 4 juin 1969, n° 68-40.377, Bull. civ. V, n° 367 ; Dr. soc. 1969, p. 516, obs. R. SAVATIER ; D. 1969, p. 618, à propos de l'article L. 1321-4 du Code du travail qui prévoit que le règlement intérieur « ne peut être introduit qu'après avoir été soumis à l'avis du comité social et économique […] », la Cour de cassation énonce que l'avis « est une formalité substantielle protectrice de l'intérêt des salariés et qu'en déduisant que les modifications apportées unilatéralement et sans consultation des délégués par la société […] resteraient sans effet, la cour d'appel a donné une base légale à sa décision ». V. aussi, Cass., soc. 9 mai 2012, n° 11-13.687 ; D. 2012, p. 1340 ; Rev. trav. 2012, p. 564, obs. V. PONTIF ; RJS juill. 2012, n° 633 ; BICC 15 oct. 2012, n° 1143.

[2343] V. par ex., Cass. com., 16 mai 2018, n° 16-16.498, BJS 2018, p. 422, obs. J.-F. BARBIERI. *Adde*, O. BARRET, P. BRUN, « Vente : formation – Aliénabilité de la chose », Rép. dr. civ., Dalloz 2019, n° 370 : « La méconnaissance de la clause d'agrément légitimement invoquée a pour effet de rendre inopposable au bénéficiaire de cette clause la vente ou la cession irrégulière » ; W. DROSS, *Clausier*, *op. cit*., p. 27, qui souligne que « la sanction naturelle de l'absence d'agrément est l'inopposabilité de la cession au bénéficiaire de la clause d'agrément ».

inopposable à la partie qui n'y a pas consenti[2344]. Le non-respect du caractère contradictoire de la procédure de réception en matière de construction immobilière ou encore de l'expertise conventionnelle devrait être sanctionné par l'inopposabilité du résultat au contractant qui n'y a pas participé. La raison est que cette sanction est celle qui exprime la traduction de la force obligatoire des dispositifs contractuels en cause. Le demandeur n'a pas à établir la preuve d'un préjudice pour en obtenir le prononcé. Car en la matière, la sanction se conçoit moins comme une mesure réparatrice que comme une mesure d'exécution effective de l'engagement des parties.

On peut prolonger le raisonnement en analysant la question sous l'angle contractuel et procédural[2345]. Au regard du droit des contrats, les tiers sont considérés en principe[2346] comme les « personnes dont la volonté n'a pas concouru à la formation du contrat »[2347] et qui ne peuvent se voir contraintes de l'exécuter[2348]. Sur le plan procédural[2349], le tiers est celui qui n'est pas intégré au lien juridique d'instance et qui n'a pas émis de prétention au cours de cette instance[2350]. À ce titre, « il n'a pas vocation à être affecté par la décision rendue par le juge au sujet d'un différend opposant d'autres personnes »[2351]. Dans ces conditions, un contractant qui n'a été ni appelé, ni représenté à une procédure ne doit-il pas être considéré comme tiers par rapport à cette procédure dans la mesure où il n'a pas participé aux opérations successives qui la composent ?

2. La neutralisation des prérogatives irrégulières

611. - L'exercice irrégulier d'une prérogative contractuelle peut être efficacement sanctionné par la neutralisation de celle-ci. Il s'agit d'une sanction « dont les effets se limitent à effacer l'usage ponctuel qui a été fait de la prérogative, cette dernière demeurant par ailleurs disponible pour de nouveaux usages »[2352]. Elle puise sa force dans le consentement des parties

---

[2344] V. *supra*, n° 272. Comp., en droit belge, l'irrégularité formelle « emporte l'inefficacité de la décision » de modification unilatérale, v. K. TROCH, « La modification unilatérale du contrat : questions choisies », *in La modification unilatérale du contrat*, K. WAUTERS (dir.), Anthemis 2018, p. 7 et s., spéc. n° 51, p. 41.

[2345] Comp., T. MOUSSA, « L'expertise judiciaire et les autres expertises au regard du principe de la contradiction », BICC 2004, hors-série n° 3, p. 51, spéc. n° 4, qui affirme : « une expertise judiciaire est inopposable à une partie qui n'y avait été ni appelée ni représentée, c'est-à-dire à un tiers à l'expertise ».

[2346] Sur le caractère évolutif de la notion de tiers, v. not. J. GHESTIN, « La distinction entre les parties et le tiers au contrat », JCP 1992, I, 36 28 ; et, en réponse aux critiques de J.-L. AUBERT (« À propos de la distinction renouvelée des parties et des tiers », RTD civ. 1993, p. 263 et s.) : C. GUELFUCCI-THIBIERGE, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat à la notion à l'élargissement de la portée de l'effet relatif », RTD civ. 1994, p. 275 et s. ; J. GHESTIN, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », RTD civ. 1994, p. 777 et s.

[2347] O. DESHAYES, « Contrat et tiers », *in Les tiers*, Journées Panaménnes, t. LXV, Travaux de l'ass. H. CAPITANT, Bruylant 2015, disponible sur www.henricapitant.org, spéc. n° 2, p. 1.

[2348] C. civ., art. 1199, al. 2.

[2349] Comp., CPC, art. 583, al. 1er : « Est recevable à former tierce opposition toute personne qui y a intérêt, à la condition qu'elle n'ait été ni partie ni représentée au jugement qu'elle attaque ».

[2350] C. LEFORT, « Le tiers dans le Nouveau Code de procédure civile », *in* Mélanges R. MARTIN, Bruylant/LGDJ 2004, p. 153 et s., spéc. n° 42 et s.

[2351] *Ibid*., n° 43, p. 184.

[2352] O. DESHAYES, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », RDC 2011, p. 726 et s., spéc. n° 7 qui considère cette sanction comme équivalent à un « réputé non accompli » ; L. MOLINA, th. préc., spéc. 458 et s. Comp., É. SAVAUX, note sous Cass. com., 10 juill. 2007, Defrénois 2007, art. 38667-61, qui préfère la déchéance : « Le créancier serait alors privé, par l'effet de cette sanction, du droit ou du pouvoir qu'il aurait pu normalement exercer contre le débiteur, comme c'est le cas lorsque le juge refuse de constater

et de l'attente raisonnable à laquelle elles avaient en vue au moment de la stipulation de la clause instituant un contrôle procédural. Prévu au contrat, ce dispositif apparaît comme une condition préalable à l'exercice du pouvoir unilatéral[2353]. Du côté du titulaire de la prérogative, il ne saurait être admis qu'il puisse, sans conséquence particulière, se délier unilatéralement de son engagement quant au respect d'une procédure. Du côté du cocontractant, celui-ci a nécessairement consenti au pouvoir d'essence unilatéral accordé à l'autre partie en considération de la garantie procédurale à laquelle il a raisonnablement pu se fier. Voilà des arguments qui plaident en faveur de la sanction de la prérogative irrégulière par sa neutralisation.

Il reste à délimiter la portée d'une telle sanction[2354] qui n'est pas nécessairement corrélée au préjudice invoqué par le demandeur[2355]. Ce qui est visé ici, ce n'est pas la validité de la prérogative elle-même mais la régularité de sa mise en œuvre. Autrement dit, la neutralisation ne remet pas en cause l'existence du droit, mais son exercice dans des conditions irrégulières. Elle laisse donc subsister la possibilité pour son titulaire de l'exercer à nouveau. La sanction n'est pas inconnue en droit positif[2356], la jurisprudence en fait application en matière de clause résolutoire. Ainsi, selon une formule consacrée, elle affirme que la « clause résolutoire n'est pas acquise si elle a été mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier »[2357]. On peut aussi faire le lien entre cette sanction et d'autres dispositions légales en matière de baux commerciaux[2358], en matière d'assurance[2359] ou encore en matière de

---

l'acquisition du jeu d'une clause résolutoire mise en œuvre de mauvaise foi » ; P. ANCEL, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », JCP E, Cah. dr. entr., 1998/6, p. 30, spéc. p. 38 : « l'exercice abusif d'un droit équivaut à un comportement sans droit, qui devrait à ce titre être privé des effets juridiques qu'il devrait normalement produire » ; A. MARAIS, « Le maintien forcé du contrat par le juge », LPA 2 oct. 2002, p. 7, spéc., II. B., *in fine*, qui considère que l'annulation de la décision, conduisant au maintien du contrat, traduit « une déchéance ponctuelle de la faculté de rompre ».

[2353] Comp. F. COLLART-DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? », *in La nouvelle crise du contrat*, *op. cit.*, p. 225 s., spéc. p. 232 sur la question de savoir si « la nécessité de motiver la résiliation unilatérale du contrat » peut faire « l'objet d'une obligation à proprement parler », l'auteur se demande s'il ne s'agit « pas plutôt [d'une] condition […] mise à l'exercice du pouvoir de résilier ».

[2354] V. en ce sens, O. DESHAYES, art. préc., spéc. n° 9, s'agissant de l'usage déloyal d'une prérogative, l'auteur propose de faire une distinction selon que la neutralisation affecte la prérogative elle-même ou « l'usage déloyal qui en a été fait ».

[2355] Comp., P. ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », art. préc., spéc. n° 21, p. 84, analysant la nature de la sanction consistant en la neutralisation de la clause mise en œuvre de mauvaise foi, l'auteur estime qu'il est artificiel d'y voir une sorte de réparation en nature du préjudice causé, il estime que « l'étendue de la sanction prononcée […] ne dépend du reste en aucune manière de l'importance du préjudice subi par le cocontractant, ni même de son existence ».

[2356] V. B. FAGES, *Le comportement du contractant*, préf. J. MESTRE, PUAM 1997, n° 684 et s., spéc. n° 687, p. 374 ; O. DESHAYES, art. préc., spéc. n° 10.

[2357] Cass. 1re civ., 31 janv. 1995 ; Bull. civ. 1995, I, n° 57 ; D. 1995, p. 389, note C. JAMIN ; RTD civ. 1995, p. 623, obs. J. MESTRE. Sur cette question, v. not. C. PAULIN, th. préc., n° 178 et s., p. 191 et s.

[2358] C. com., art. L. 145-41, qui dispose que la clause résolutoire ne produit effet qu'après le respect du processus de rupture prévu.

[2359] C. assur., art. L. 113-3, qui subordonne la prise d'effet de la résiliation du contrat au respect du processus institué. En ce sens, v. Cass. 2e civ., 16 mars 1970, RGAT 1971, p. 74 ; Cass. 2e civ., 4 oct. 2012, n° 11-19.431, D. 2013, p. 599, obs. O.-L. BOUVIER et H. ADIDA-CANAC; *ibid.*, p. 1981, obs. H. GROUTEL, qui énonce : « à défaut de respect des formalités impératives de l'article L. 113-3 du code des assurances, la résiliation invoquée est nulle et l'assureur est tenu de garantir le sinistre ».

vente d'immeuble à construire[2360]. C'est une neutralisation ponctuelle qui ne porte pas atteinte à la substance des droits et obligations des parties[2361]. Elle « ne remet pas en cause l'existence des prérogatives mais uniquement l'exercice qui en a été fait »[2362].

L'application de cette sanction à la violation des procédures contractuelles peut se faire sans difficulté majeure. Tout comme en matière de clause résolutoire, la neutralisation de la prérogative résulte du fait qu'en raison de la méconnaissance d'exigences procédurales, les conditions de sa mise en œuvre sont absentes. Il y a toutes les raisons de donner à une telle violation la sanction de la neutralisation. L'article 1103 du Code civil pourrait être opportunément mobilisé par le juge à cet effet[2363]. La neutralisation de la prérogative peut paraître sévère, mais elle trouve un appui sur la fonction protectrice des mécanismes en cause. Il s'agit d'une préoccupation similaire aux considérations qui justifient la paralysie de la clause résolutoire en cas de déloyauté. Par ailleurs, la mise en œuvre d'une procédure suppose l'écoulement d'un certain temps avant que la décision qu'elle aménage ne prenne effet[2364]. En réalité, c'est « le contenu même des décisions à prendre [qui] est susceptible d'être influencé par la mise en œuvre »[2365] de ces dispositifs procéduraux. Pour cette raison, la neutralisation s'avère mieux indiquée en vue d'effacer de l'ordre juridique les effets de la prérogative exercée en violation d'une norme instituant une procédure.

612. - La jurisprudence admet l'idée de l'inefficacité de la prérogative dans l'hypothèse d'une clause aménageant la reconduction tacite du contrat. Ainsi, elle décide qu'en cas de non-respect des modalités procédurales, la résiliation prononcée dans ces conditions est sans effet sur la reconduction du contrat[2366]. Cette sanction devrait être généralisée à toutes les hypothèses de violation de clause instituant un contrôle procédural de l'exercice d'une prérogative contractuelle[2367]. En matière de clause encadrant la résolution du contrat, par

[2360] CCH, art. L. 261-13, qui prévoit une procédure de résolution du contrat pour défaut de paiement du prix faute de quoi la rupture ne peut produire effet.
[2361] V. en ce sens, Communiqué de la Cour de cassation accompagnant l'arrêt Les Maréchaux *in* Gaz. Pal. 28 juill. 2007, n° 209, p. 25 ; Rapp. C. cass. 2007, Doc. fr., 2008, p. 436 et 437.
[2362] O. DESHAYES, *op*. et *loc. cit*.
[2363] En ce sens, v. par ex., Cass. com., 22 nov. 2016, n° 15-17.743 ; RDC 2017, n° 1, p. 56, note A. DANIS-FATOME, qui casse, au visa de l'article 1134 devenu 1103 du Code civil, un arrêt d'appel ayant admis qu'une partie puisse se prévaloir d'une clause résolutoire sans avoir respecté au préalable les modalités procédurales de mise en œuvre. Comp., CA Paris, 8 janv. 2008, n° 06/17150, à propos de la méconnaissance d'une procédure de fixation d'une indemnité contractuelle, la cour décide « qu'à défaut de mise en œuvre préalable du processus de concertation, l'indemnité prévue n'est pas due, le juge ne pouvant se substituer à la convention des parties ».
[2364] Telle est d'ailleurs la finalité principale d'une procédure de résiliation : v. en ce sens, D. FENOUILLET, art. préc., spéc. n° 39, qui affirme qu'en matière de pouvoir de décision unilatérale, « La protection de l'assujetti pourrait d'abord être améliorée par l'institution d'une procédure : le respect d'un préavis pourrait être imposé avant que le droit potestatif ne produise effet ».
[2365] R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 15e éd., Montchrestien 2001, n° 1222, p. 1030.
[2366] V. par ex., Cass. com., 18 nov. 2008, n° 07-20.304, inédit ; RDC 2009. 484, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2009, p. 119, obs. B. FAGES. *Adde*, Cass. com., 9 mai 2018 , n° 17-14.355, inédit ; Cass. com., 28 mars 2018, n° 17-11.706 et n° 17-13.862, inédit ; Cass. com., 1er avr. 2014, n° 13-10.158 ; Cass. 2e civ., 17 mars 2011, 09-17.396, inédit.
[2367] La solution est admise en matière de congé, v. par ex., Cass. 3e civ., 8 mars 2018, n°17-11.312 ; D. 2018, actu., p. 557 ; Administrer 4/2018, p. 28, obs. L.-W. BOCCARA ; JCP E 2018, 1319, n° 11, obs. PANEPINTO ; Loyers et copr. 2018, n° 120, obs. CHAVANCE ; Rev. loyers 2018, p. 353, obs. LEBEL ; Gaz. Pal. 17 juill. 2018, p. 55, obs. C.-É. BRAULT, qui approuve une cour d'appel qui, ayant retenu que le congé, qui devait être donné six mois avant l'échéance triennale et prendre effet le 30 sept. D'une année, dernier jour de ce mois, devait être signifié par le preneur au bailleur avant le dernier jour du mois de mars précédent, soit au plus tard le

exemple, la neutralisation doit être le principe dès lors que le créancier a méconnu la procédure de mise en œuvre. L'argument tiré de la gravité du comportement du débiteur[2368] pour justifier le fait qu'il puisse passer outre la procédure contractuelle est discutable[2369]. Si l'on peut se permettre une comparaison avec le droit pénal, on dira que la gravité des faits reprochés à l'auteur ne dispense pas le ministère public de l'obligation de respecter les droits de la défense. On perçoit donc le caractère pernicieux de cet argument qui remet en cause la force obligatoire de l'engagement. Car reconnaître au créancier le droit de rompre sans s'assurer du respect de la formalité procédurale convenue revient à l'autoriser à violer impunément le contrat[2370] quand on sait que le non-respect d'une procédure donne rarement lieu à une sanction en la matière. Une telle solution offre l'opportunité au créancier de profiter d'une inexécution moins grave et potentiellement remédiable pour résilier le contrat.

La résolution est une sanction de l'inexécution du contrat qui relève davantage de la catégorie des droits disponibles que les parties peuvent librement aménager[2371]. Lorsqu'elles font le choix d'encadrer cette prérogative par une procédure, il convient donner effet à un tel accord. Il existe, par ailleurs, des mécanismes de substitution permettant de protéger les droits du créancier en attendant la rupture effective du lien contractuel. Le jeu de l'exception d'inexécution, voire de l'exception pour risque d'inexécution assure la protection des intérêts du créancier durant la mise en œuvre de la procédure contractuelle[2372]. À supposer qu'il y ait urgence[2373], le créancier peut utiliser la faculté de remplacement qui lui est également offerte

---

31 mars de la même année, d'avoir exactement en déduit que le congé signifié le 2 avr. ne pouvait produire effet au 30 sept. 2013.

[2368] Rappr., S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », art. préc., n° 42, qui souligne « que l'octroi d'un préavis n'est absolument pas incompatible avec la gravité du manquement justifiant la résiliation unilatérale ».

[2369] Comp., pour l'admission d'une telle sanction en cas d'abus, v. par ex., M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, préf. J. Mestre, PUAM, 1996, spéc. n° 260 ; A. MARAIS, « Le maintien forcé du contrat par le juge », LPA, 2 oct. 2002, p. 7 ; J. MESTRE, « Rupture abusive et maintien du contrat », RDC 2005, p. 99 ; C. CHABAS, « Résolution – Résiliation », Rép. civ. Dalloz 2010, spéc. n° 179 et 338. *Contra*, O. DESHAYES, art. préc., spéc. n° 13. L'idée fait son chemin en jurisprudence Cass. 1re civ., 7 nov. 2000, Bull. civ. I, n° 286 ; D. 2001, p. 256, note C. JAMIN et M. BILLIAU ; *ibid*. p. 1137, obs. D. MAZEAUD ; Defrénois 2000, p. 437, obs. É. SAVAUX ; RTD civ. 2001, p. 135, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; JCP 2001, II, n° 10506, note X. VUITTON. *Adde*, Cass. 1re civ., 29 mai 2001, n° 99-12.478 ; RTD civ. 2001, p. 590, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Cass. com., 29 janv. 2013, n° 11-28.576, n° 11-28.979 ; Cass. 2e civ., 14 juin 2018, n° 17-19.713, inédit ; RGDA 2018. 400, note A. PÉLISSIER, qui retiennent la compétence du juge des référés pour ordonner, au besoin sous astreinte, la poursuite des contrats irrégulièrement rompus.

[2370] Rappr. P. STOFFEL-MUNCK, « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », art. préc., spéc. II. A. .1, qui considère que, sur le plan théorique, le prononcé de l'inefficacité de la rupture injustifiée du contrat « évite de "démoraliser" fortement […] notre conception de la force obligatoire du contrat ».

[2371] V. en ce sens, H. BARBIER, obs. sous Cass. 3e civ., 8 févr. 2018, RTD civ. 2018, p. 404, qui ajoute « une clause qui aurait pour vocation non pas exactement à interdire la résolution unilatérale mais à la ramener dans le giron des modalités de rupture tracées par la clause résolutoire, le tout en général pour protéger le débiteur, devrait être licite » ; A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, note sous Cass. 3e civ., 8 févr. 2018, JCP G 2018, 453, spéc. 2. A. ; L. LEVENEUR, obs. sous Cass. com., 20 oct. 2015, CCC 2016, n° 1, comm. 3, qui observe que les parties peuvent renoncer au droit de se prévaloir de la résolution pour inexécution (Cass. 3e civ., 3 nov. 2011, Bull. civ. 2011, I, n° 178) et ajoute : « Si au lieu d'y renoncer, elles enserrent ce droit dans certaines conditions formelles et en particulier prévoient une mise en demeure restée sans effet pendant un certain délai, on se demande bien pourquoi la force obligatoire d'une telle stipulation peut être méconnue ! ».

[2372] C. civ., art. 1219 et 1220.

[2373] *Contra*, Y.-M. LAITHIER, obs. sous Cass. com., 1er oct. 2013, RDC 2014, p. 181 : « l'urgence conduisant à déroger aux principes classiques du droit civil, donc à la force obligatoire du contrat, sa constatation autoriserait

par la loi[2374]. Même si la situation ne relève pas de la matière disciplinaire, la rupture du contrat peut emporter des conséquences similaires justifiant le respect du formalisme procédural[2375]. Si la gravité de la faute ne dispense pas l'employeur de mettre en œuvre la procédure de licenciement, il n'y a aucune raison de ne pas imposer aux organes d'une société ou à un contractant exerçant une prérogative conférant un pouvoir de sanction le respect de normes contractuelles prévoyant un dispositif similaire.

613. - Néanmoins, la neutralisation de la prérogative n'est pas possible ni souhaitable dans tous les cas de violation d'une procédure contractuelle. Des raisons diverses permettent de l'expliquer. Il ne faut pas oublier qu'en la matière le titulaire de la prérogative bénéficie du privilège du préalable[2376]et donc « du fait accompli »[2377] de l'exercice de la prérogative. La décision unilatérale est effective dès le moment de sa notification, de sorte que sa décision est exécutoire en dépit de la contestation ultérieure de l'assujetti. En pratique, au moment où le juge statue il n'est pas toujours possible de revenir sur l'effet de la prérogative irrégulière. De plus, le demandeur peut préférer une indemnisation à une remise en cause de l'acte. Par ailleurs, le juge peut tenir compte de certaines circonstances notamment de la perte de confiance entre les parties et décider en opportunité de sanctionner la violation de la procédure contractuelle par l'allocation de dommages et intérêts[2378]. Puisqu'il ne s'agit pas de procéder à un paiement par équivalent d'une dette, la responsabilité contractuelle qui est encourue a une fonction exclusivement punitive.

B. Pour la reconnaissance des dommages et intérêts punitifs

614. - L'idée de la consécration de dommages et intérêts punitifs ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine. Si plusieurs auteurs ont mis en évidence son utilité[2379], la notion suscite plusieurs objections soulignées par certains auteurs[2380]. Le principal obstacle à la réception

---

le créancier à résoudre le contrat unilatéralement, sans être tenu de mettre en œuvre la clause résolutoire ». *Adde*, H. BARBIER, obs. préc.

[2374] C. civ., art. 1222.

[2375] Rappr. CA Toulouse, 17 nov. 2010, n° 10/03571 : L'inexécution de ses obligations par un contractant « n'est pas de nature à justifier la violation par » l'autre de « la procédure contractuelle de résiliation ».

[2376] V. en ce sens, R. ENCINAS DE MUNAGORRI, th. préc., n° 443 et s., p. 361 et s.

[2377] D. HOUTCIEFF, « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », RDC 2018, p. 505 et s., spéc., p. 511, qui affirme que « la résolution unilatérale permet à celui qui l'exerce de bénéficier du "fait accompli" » ; du même auteur, « La réactivité en droit contemporain des contrats : des réactions unilatérales au smart contract », art. préc., spéc. II. A, 1er §, qui affirme : « L'avantage n'est donc pas seulement une remise à plus tard de l'intervention judiciaire : il consiste dans ce pouvoir de se constituer à soi-même une "situation acquise" ».

[2378] V. not. S. AMRANI-MEKKI, art. préc., spéc. n° 29 ; P. STOFFEL-MUNCK, « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », art. préc., spéc. II. A. 2 et s. Déjà en ce sens, v. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, th. préc., n° 605 et s., qui souligne que l'indemnisation intervient alors comme une sanction de substitution à la nullité ; *adde*, L. MOLINA, th. préc., spéc. n° 485, qui considère que les « dommages-intérêts doivent être calculés comme un équivalent de la nullité de l'exercice » de la prérogative.

[2379] V. par ex., S. CARVAL, th. préc., n° 245 et s., p. 273 et s. ; J.-L. BAUDOIN, « Les dommages et intérêts punitifs, un exemple d'emprunt réussi à la *common law* », *in* Mélanges P. MALINVAUD, Litec 2007, p. 1. *Adde*, B. DABOSVILLE, th. préc., n° 560 et s., p. 447 et s. qui voit dans la possibilité d'instaurer une peine privée un moyen permettant de concilier la fonction dissuasive et la fonction réparatrice de la sanction.

[2380] V. not., P. BRUN, *Responsabilité extracontractuelle*, 5e éd., LexisNexis 2018, spéc. n° 14, p. 10 ; S. PIEDELIÈVRE, « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », RCA juin 2001, n° spécial, p. 68 et s. *Contra*, G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 14, selon

des dommages et intérêts en droit français concerne le principe d'équivalence entre le dommage et la réparation. De plus, eu égard à leur nature punitive, on estime que la consécration des dommages et intérêts punitifs doit prendre en considération des principes de légalité des délits et des peines[2381] et de proportionnalité des peines aux délits[2382]. Pour l'heure, le droit français ne semble pas s'orienter vers une telle consécration. Le projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 a préféré l'amende civile aux dommages et intérêts punitifs.

Cependant, en dépit des réticences d'une bonne partie de la doctrine, l'admission des dommages et intérêts punitifs peut être opportune[2383]. Ils présentent l'avantage attaché à la souplesse de la sanction civile qui n'est pas enfermée dans le cadre strict du principe de légalité. Du reste, une éventuelle consécration des dommages et intérêts punitifs ne constituerait pas une véritable révolution copernicienne dans la mesure où elle consisterait simplement à officialiser des pratiques judiciaires[2384]. On peut le constater en matière de violation de normes instituant des procédures dans les rapports contractuels. Ainsi, s'agissant de la révocation des dirigeants sociaux, la violation de la procédure est fréquemment sanctionnée par l'allocation de dommages et intérêts indépendamment des justifications de la décision et des circonstances de la révocation[2385]. Il en est de même en matière de résiliation du contrat, d'exclusion des associés ou des membres d'une association.

Une solution identique s'observe en droit du travail où la jurisprudence considère que « l'inobservation de la procédure entraîne pour le salarié un préjudice, fût-il de principe »[2386], lequel ne peut cependant être réparé par l'allocation « d'un franc symbolique »[2387]. La solution semblait être remise en cause en 2016[2388], mais la nécessité de contraindre les

---

ces auteurs, la consécration des dommages et intérêts punitifs en droit français « ne se heurte à aucun obstacle majeur ».

[2381] V. not., P. BRUN, *Responsabilité extracontractuelle*, *op*. et *loc*. *cit*. ; R. MESA, « La consécration d'une responsabilité punitive : une solution au problème des fautes lucratives ? », Gaz. Pal. nov.-déc. 2009. Doctr. 3418 ; P.-D. VIGNOLLE, « La consécration des fautes lucratives : une solution au problème d'une responsabilité punitive ? (Acte II) », Gaz. Pal. janv.-févr. 2010. Doctr. 73.

[2382] E. JUEN, « Vers la consécration des dommages-intérêts punitifs en droit français », RTD civ. 2017, p. 565, spéc. n° 3.

[2383] Sur l'opportunité d'une reconnaissance de la fonction punitive de la responsabilité contractuelle, v. E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, préf. E. LOQUIN, LDGJ Lextenso 2016, n° 354 et s. V. aussi, Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir : étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, allemand et anglais*, préf. B. FAUVARQUE-COSSON, LGDJ Lextenso 2021, spéc. n° 314, qui souligne la fonction punitive de la responsabilité contractuelle.

[2384] V. en ce sens, M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, 3e éd., Economica 2016, n° 632 ; C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité*, péf. Y. LEQUETTE, Dalloz 2005, n° 297 et s. ; S. CARVAL, th. préc., n° 26 et s. ; G. VINEY, « Rapport de synthèse », *in La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle : bilan prospectif*, RCA juin 2001, n° spécial p. 86

[2385] V. par ex., Cass. com., 29 sept. 2015, n° 14-11.491 ; Lexbase hebdo, éd. Affaires n° 441, 22 oct. 2015, note D. GIBIRILA ; Rev. sociétés 2016, p. 225, note M. RAKOTOVAHINY.

[2386] V. par ex., Cass. soc. 23 oct. 1991, n° 88-42.507, Bull. civ. V, n° 428 ; Cass. soc., 29 avr. 2003, n° 01-41.364, RJS 7/2003, n° 860 ; Cass. soc., 17 mars 2015, n° 13-26.941, D. 2015, p. 736 ; Rev. trav. 2015, p. 328, obs. A. FABRE.

[2387] Cass. soc., 11 mars 1998, n° 96-41.350, Bull. civ. V, n° 136.

[2388] Cass. soc., 13 avr. 2016, n° 14-28.293 ; D. 2017, p. 840, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; Dr. soc. 2016, p. 650, étude S. TOURNAUX ; Dr. ouvr. 2016, p. 580, note B. JARDONNET ; JCP E 2016, 1659, comm. G. DUCHANGE ; JCP S 2016, 1213, note G. TURPIN.

employeurs au respect de règles procédurales conduit les tribunaux à accorder des dommages et intérêts même en l'absence de préjudice[2389]. La reconnaissance d'un préjudice découlant de la violation de la procédure a « une fonction dissuasive qui n'est pas tout à fait étrangère à la dimension préventive, classiquement admise, de la responsabilité civile » et les dommages et intérêts qui sont alloués au salarié prennent « assurément les allures d'une peine privée »[2390]. On peut relever dans le même sens de nombreuses dispositions du Code du travail[2391] instituant des procédures qui sont assorties d'un droit à l'indemnisation du salarié indépendamment « de la justification d'un préjudice réel pour garantir leur pleine effectivité »[2392].

615. - S'agissant de leur quantum, le montant des dommages et intérêts pour non-respect de la procédure est variable mais les décisions qui les octroient procèdent de la volonté de punir. On peut l'illustrer par de nombreux exemples. Ici, la violation des droits de la défense du dirigeant social révoqué entraîne la condamnation de la société au paiement de dommages et intérêts d'un montant de 5 000 euros[2393]. Là, l'exclusion irrégulière d'un associé privé du délai contractuel de 15 jours pour préparer sa défense justifie « l'octroi d'une indemnisation de 10 000 euros »[2394]. Ailleurs, la violation de la procédure contractuelle de résiliation du contrat d'un médecin pédiatre est sanctionnée par des dommages et intérêts d'un montant de 80 000 euros à la charge de la clinique[2395]. En droit du travail, le législateur cantonne la sanction de l'irrégularité de la procédure de licenciement en limitant les dommages et intérêts qui peuvent être alloués à une somme qui ne peut être supérieure à un mois de salaire[2396]. Certes, les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation de l'étendue du préjudice[2397]. Mais en pratique, ils retiennent le plus souvent le montant maximum d'un mois de salaire[2398]. Ce qu'il faut approuver compte tenu de la faiblesse de ce montant qui en fait une sanction insuffisamment protectrice[2399].

[2389] Cass. soc., 13 sept. 2017, n° 16-13.578 ; D. 2017, p. 1766 ; Dr. soc. 2017, p. 1074, note J. MOULY ; Cass. soc.,17 oct. 2018, n° 17-14.392 ; Rev. trav. 2018, p. 862, note V. ILIEVA.

[2390] L. GRATTON, « Le dommage déduit de la faute », RTD civ. 2013, p. 275. *Adde*, D. BOULMIER, « Le tragique destin de *Préjudice nécessaire*… ou l'impunité en marche », *in* « La fin du préjudice nécessaire met-elle en danger l'efficacité des sanctions du droit du travail ? », Rev. trav. 2017, p. 374, spéc. III, pour qui la reconnaissance du « préjudice nécessaire jouait un rôle de peine privée ».

[2391] V. par ex., C. trav., art. L. 1235-3, L. 1235-13, L. 1235-15.

[2392] P. BAILLY, « Une disparition qu'on peut regretter », *in* « La fin du préjudice nécessaire met-elle en danger l'efficacité des sanctions du droit du travail ? », Rev. trav. 2017, p. 374. V. aussi, J. JARDONNET, note sous Cass. soc., 13 avr. 2016, Dr. ouvr. 2016, p. 580, spéc. p. 581 qui affirme que la reconnaissance du préjudice nécessaire avait « pour effet de sanctionner et donc de dissuader. Il s'agissait de renforcer l'effectivité de l'application de la règle transgressée ».

[2393] CA Versailles, 30 oct. 2018, n° 17/08090.

[2394] CA Grenoble, 25 juin 2015, n° 11/01952.

[2395] CA Caen, 2 fevr. 2016, n° 13/01215. Sur pourvoi, Cass 1re civ., 11 mai 2017, n° 16-17.706, préc. V. aussi, Cass. 1re civ., 12 juillet 2007, nº 06-12.426 : dommages-intérêts d'un montant de 200 000€ pour rupture sans préavis du contrat par un chirurgien.

[2396] C. trav., art. L. 1235-2.

[2397] Cass. soc., 29 juin 1999, n° 97-42.208, Bull. civ. V, n° 310.

[2398] V. par ex., CA Pau, 19 mars 2007, n° 05/03475 ; CA Paris, 7 nov. 2007, n° 05/04599 ; CA Lyon, 31 mai 2013, n° 12/07960 ; CA Caen, 8 juill. 2016, n° 14/00671 ; CA Paris, 29 août 2018, n° 15/04773.

[2399] En ce sens, v. L. BENTO DE CARVALHO, th. préc., n° 761, p. 371, selon lequel, « faute de sanction plus sévère, tout se passe comme si la procédure de licenciement individuel était reléguée au rang de formalité accessoire à une prise de décision qui serait présumée justifiée au fond ». *Adde*, S. FROSSARD, « La sanction de

Le constat que l'on peut faire est que les dommages et intérêts alloués ne sont pas forcément en corrélation avec le préjudice invoqué si tant est que la preuve de celui-ci peut être rapportée par la victime. Il est particulièrement difficile en effet de caractériser un dommage du fait de la violation des dispositifs procéduraux en cause. On peut tout au plus y voir un préjudice moral, apprécié de manière abstraite. À l'évidence, il y a dans cette attitude de la jurisprudence une utilisation plutôt singulière de la responsabilité contractuelle pour sanctionner directement la violation d'une procédure contractuelle par l'allocation de dommages et intérêts. Car, le contractant qui se voit allouer une certaine somme ne demande pas l'équivalent en argent d'une dette, les normes instituant des processus ne constituent pas des prestations marchandes. Or, en l'état du droit positif, le juge n'a pas le pouvoir de prononcer une peine privée au profit de la victime en cas de violation d'une procédure contractuelle. Dans une telle hypothèse, l'allocation d'une somme d'argent à la victime en l'absence de préjudice constitue une utilisation clandestine du mécanisme des dommages et intérêts punitifs pour réaffirmer l'autorité de la norme transgressée. Elle participe à tout le moins de l'approche normative de la responsabilité civile. Celle-ci ne constitue pas « seulement un moyen de compenser une perte mais aussi un instrument de mise en œuvre effective du droit par la stigmatisation de comportements fautifs, dans une logique de correction des conduites et de dissuasion »[2400]. Il reste qu'en l'absence de préjudice, l'attribution d'une indemnité apparaît comme un dévoiement des règles de la responsabilité civile. Il semble donc plus judicieux de reconnaître au juge le pouvoir de prononcer une peine privée permettant ainsi « d'éviter les distorsions constatées dans la mise en œuvre en jeu du droit de la responsabilité »[2401].

L'instauration d'une peine privée ne devrait pas entraîner de bouleversements significatifs d'autant qu'elle aurait un champ limité et serait d'application subsidiaire. Son utilisation pourrait être cantonnée à des hypothèses de violation de la seule procédure contractuelle à l'exclusion des règles de forme. De plus, elle ne serait prononcée par le juge que dans la mesure où aucun effet juridique ne peut être attribué au comportement de l'auteur de la violation tels que l'inefficacité (ou le réputé non accompli), la déchéance, l'irrecevabilité.

616. - En somme, l'allocation de dommages et intérêts punitifs en matière de violation des procédures contractuelles permet de faire l'économie des débats relatifs au préjudice qui, en plus des difficultés tenant à son identification et à son évaluation, s'avère le plus souvent trop insignifiant pour être dissuasif. Concrètement, cela a le mérite de rappeler l'effet contraignant du dispositif procédural et d'orienter le comportement des contractants quant à la nécessité du respect de la norme contractuelle. À défaut d'une officialisation de la fonction de peine privée de la responsabilité contractuelle[2402], il revient aux parties de prévoir les modalités qui renforcent la valeur contraignante de la procédure qu'elles créent. Dans cette perspective, la

---

la violation d'une procédure disciplinaire conventionnelle, signe de la procéduralisation du droit du travail », D. 2001, p. 417 et s., spéc. p. 420, selon l'auteur, « le risque existe toujours que la règle de procédure ne soit considérée que comme une simple formalité dont l'inobservation ne serait que marginalement dommageable ».

[2400] P. BAILLY, art. préc.

[2401] B. DABOSVILLE, th. préc., n° 567, p. 452.

[2402] S. CARVAL, th. préc., spéc. n° 202 et s., qui montre que la responsabilité contractuelle a une fonction officieuse de peine privée.

prévision d'une clause pénale est à privilégier. Remplissant « une mission de garantie de l'exécution », la clause pénale est une peine privée contractuelle autonome par rapport au préjudice[2403] qui provoque, chez les contractants, une crainte qui les incite à respecter leurs engagements.

Au final, il existe divers outils dans l'ordre juridique qui permettent d'assurer l'efficacité des clauses instituant des procédures. Le panorama de sanctions susceptibles d'être prononcées en cas de violation est sans doute incomplet. La diversité des procédures contractuelles et de leurs finalités implique d'adapter les réactions de l'ordre juridique à leur méconnaissance. Il en va de la protection de l'attente légitime des parties. L'objectif étant de réaffirmer la force contraignante de ces normes, les mécanismes de sanctions dissuasifs semblent les plus appropriés à cette fin. Mais leur utilité dépendra de leur aptitude à être mise en œuvre.

Section 2 : Mise en œuvre des remèdes

617. - Les sanctions de la violation des procédures contractuelles sont généralement prononcées par le juge à moins que l'une des parties ne soit investie d'un pouvoir de sanction. Il reste que, même dans cette dernière hypothèse, le juge peut être saisi d'une contestation ultérieure de la partie adverse. Une fois le procès enclenché, la spécificité des mécanismes étudiés a une influence sur les rôles respectifs des acteurs impliqués (**§. 1**). Après cette précision sur la répartition des rôles entre les parties et le juge dans la mise en œuvre des sanctions, il convient d'envisager les possibilités de cumul (**§. 2**).

§. 1. Le rôle des acteurs dans le procès relatif à la violation de procédures contractuelles

618. - La détermination du rôle des parties (**A**) sera suivie par celle du juge (**B**) dans la mise en œuvre des sanctions de la violation des procédures contractuelles.

A. Le rôle des parties

619. - Les contractants sont les premiers concernés par la mise de la norme procédurale aménageant leurs relations. L'initiative de la saisine du juge leur appartient en cas de violation par l'une des parties. Cela n'a rien de singulier sauf à préciser qu'en la matière, la contestation relative à la violation d'une procédure contractuelle a généralement lieu de manière accessoire à une prétention principale. Toujours est-il que le demandeur qui réclame une sanction (**1**) doit pouvoir être en mesure de rapporter les éléments de preuve nécessaires au soutien de ses allégations (**2**).

[2403] D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, th. préc., spéc. n° 555 et s., p. 319 et s.

1. L'invocation de la sanction

620. - Les sanctions de la violation des procédures contractuelles sont d'intérêt privé. Elles doivent en principe être invoquées par les parties[2404]. En réalité, une distinction s'impose quant au moment où les parties peuvent se prévaloir des sanctions en cause.

S'agissant du jeu de processus sanctionné par la déchéance, l'invocation de celle-ci a lieu préalablement à la saisine du juge. La sanction produit ses effets immédiatement à l'instar des clauses résolutoires[2405]. Ainsi, en cas de violation du processus conventionnel en matière de garantie de passif, le garant peut se prévaloir de la clause pour faire obstacle à l'application de la garantie sans avoir à saisir le juge. De même, en matière d'assurance, c'est l'assureur qui invoque généralement dans un premier temps le bénéfice de la clause de déchéance pour s'opposer à la demande de l'assuré. On pourrait rester à cette phase où la sanction de la violation du processus se réalise en dehors de tout contentieux. Mais il n'est pas rare que le contractant qui se voit opposer la déchéance procède à la saisine du juge soit pour remettre en cause la validé de la clause soit pour contester ses conditions de mise en œuvre. Cette dernière hypothèse vise notamment les cas où le bénéficiaire commet un abus dans la mise en œuvre de la sanction[2406], étant entendu que le seul fait d'invoquer la clause de déchéance ne suffit pas à établir la mauvaise foi[2407].

La situation est différente en matière de procédures contractuelles créant des présomptions ou celles qui sont sanctionnées par la forclusion. L'effet de la sanction se produit sans qu'il soit besoin de recourir au juge. Mais le demandeur à l'action n'est pas forcément celui à qui on oppose la forclusion. Par exemple, en matière de procédure d'établissement du décompte définitif, la forclusion joue immédiatement, mais celui qui en réclame le bénéfice a le plus souvent intérêt à saisir le juge afin de rendre le décompte exécutoire[2408]. Inversement, il peut aussi être dans l'intérêt de celui à qui on oppose la forclusion de saisir le juge notamment en cas de contestation sur le montant des sommes dues. Une observation similaire peut être faite à propos des procédures contractuelles sanctionnées par l'inopposabilité ou par l'inefficacité de l'acte qui est concerné. La sanction produit effet en principe hors de tout procès. Néanmoins, sa mise en œuvre effective requiert le plus souvent l'intervention du juge à la demande de l'une ou l'autre partie au contrat. L'observation est généralisable à toutes les clauses instituant des procédures. Ainsi, en présence d'une clause compromissoire, il appartient au défendeur d'invoquer le bénéfice de cette clause pour que la juridiction saisie se déclare incompétente. Il en est de même en matière de fin de non-recevoir conventionnelle où le prononcé de l'irrecevabilité suppose une demande expresse en ce sens émanant de celui qui n'est pas à l'origine de la violation du

[2404] V. Cass. com., 20 mai 2014, n° 13-16.187, BJS 2014, p. 463, qui décide que « seuls les associés dont le consentement est requis pour la cession et la société peuvent invoquer l'inobservation » de la procédure d'agrément prévue par l'article L. 223-14 du Code de commerce à l'exclusion du cessionnaire.
[2405] En ce sens, v. F. LUXEMBOURG, th. préc., n° 983, p. 368.
[2406] Comp., CA Montpellier, 15 mai 2006, n° 05/04371, qui sanctionne la mise en œuvre de mauvaise foi de la déchéance du terme d'un prêt par le créancier par l'annulation du commandement aux fins de saisie.
[2407] V. par ex., CA Papeete, 11 juin 2009, n° 09/00045.
[2408] V. par ex., Cass. 3e civ., 27 juin 2019, n° 18-18.051.

dispositif contractuel. Même solution pour les dommages et intérêts consécutifs à la violation de processus conventionnels.

621. - Néanmoins, rien n'oblige les parties à se prévaloir de la sanction des procédures contractuelles. Certes le contractant qui souhaite s'en prévaloir est tenu de l'invoquer mais il peut toujours y renoncer. Les mécanismes en cause étant de nature conventionnelle, il n'y aucune difficulté à admettre la possibilité de renonciation du bénéficiaire alors même que l'ensemble des conditions d'application de la sanction se trouvent réunies[2409]. Sur cette question, on sait que la renonciation est souverainement appréciée par les juges. Il est souhaitable que ces derniers fassent preuve de cohérence et tiennent compte de la nature contractuelle des droits en cause. En particulier, la renonciation à la fin de non-recevoir tirée de l'existence de clause de conciliation doit être soumise au même régime que celui des clauses compromissoires[2410].

Il s'ensuit qu'en acceptant d'engager des débats au fond en pleine connaissance de cause, un contractant ne devrait pas être admis à invoquer l'irrecevabilité de la demande motif pris de l'existence d'une clause instituant un processus de règlement amiable du litige. La solution s'impose pour une raison simple. Une clause de conciliation invoquée en appel n'a plus la même vertu si ce n'est pour retarder le procès. L'invocation de la sanction n'est pas en réalité conforme à la finalité de la règle violée. C'est bien souvent le cas lorsque la fin de non-recevoir tirée de la violation du processus amiable est invoquée en cause d'appel. La meilleure solution est de considérer que le demandeur est réputé avoir renoncé à invoquer la fin de non-recevoir tirée de la clause[2411]. Il reste que le contractant qui prend l'initiative du procès en méconnaissance du dispositif conventionnel n'est pas aussi digne de protection que son vis-à-vis sauf à relever que la saisine prématurée du juge traduit une divergence de vue irréversible. Cette difficulté à trancher entre les intérêts respectifs des plaideurs est en partie résorbée par le pouvoir d'appréciation du juge pour déduire du comportement des parties l'existence d'une renonciation implicite.

Lorsque la volonté de renoncer n'est pas établie, la partie qui invoque la violation d'une procédure contractuelle peut se prévaloir de la sanction. Celle-ci n'est pas automatiquement prononcée par le juge. Elle suppose que le demandeur rapporte des éléments de preuve nécessaires.

[2409] Comp. C. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, préf. M. CABRILLAC, Librairies Techniques 1979, spéc. n° 381, qui considère que la renonciation est une caractéristique inhérente aux droits conventionnels.

[2410] V. *supra*, n° 397.

[2411] V. en ce sens, L. VEYRE, « La clause de conciliation : un régime à perfectionner », art. préc., spéc. I. B., 3e §, qui souligne que la clause de conciliation « est contenue dans le contrat liant les parties, contrat que chacune a lu et accepté » de sorte que « le fait de se défendre au fond malgré » cette clause « correspond parfaitement à une renonciation ». Comp., D. HOUTCIEFF, « Renonciation », Rép. civ., Dalloz 2017, n° 62, selon l'auteur, la renonciation résulte « d'un fait supposant l'abandon de la prérogative considérée, c'est-à-dire d'un fait directement contraire au droit prétendument abdiqué ».

2. La charge probatoire incombant aux parties

622. - La singularité des normes instituant des procédures dans les rapports contractuels conduit à s'interroger sur la charge de la preuve incombant au demandeur à la sanction.

L'hypothèse visée ici concerne uniquement la violation d'une procédure contractuelle indépendamment de son incidence sur le fond. Ayant la nature d'une incombance, elle n'est pas soumise au même régime probatoire que l'obligation. Il en résulte que, contrairement aux règles relatives à la responsabilité contractuelle, le demandeur n'a pas à rapporter la preuve d'un dommage et d'un lien de causalité entre celui-ci et le fait générateur. Seul ce dernier élément doit être rapporté. L'application de la sanction des normes procédurales en cause ne devrait pas être conditionnée au préjudice. On peut faire un parallèle avec l'article dans l'article 124 du Code de procédure[2412] qui précise que « les fins de non-recevoir doivent être accueillies sans que celui qui les invoque ait à justifier d'un grief ». Il en est de même de la péremption d'instance qui « est de droit »[2413]. L'automaticité de la sanction procédurale la distingue de celle des règles de forme qui nécessite la preuve d'un grief[2414]. Un raisonnement identique doit être appliqué aux normes instituant des procédures en droit des contrats. Elles créent, en effet, des exigences comportementales dont le seul non-respect doit pouvoir être juridiquement sanctionné sans égard à son incidence sur le fond[2415].

Ainsi, en matière de violation de clause instituant une procédure de conciliation et d'arbitrage, l'irrecevabilité et la déclaration d'incompétence du juge ne sont pas subordonnées à la preuve de l'existence d'un dommage que la violation aurait éventuellement causé au demandeur. La même solution est applicable à l'inopposabilité sanctionnant la violation d'un processus d'agrément ou de modification unilatérale du contenu du contrat. Le prononcé de la sanction n'est pas subordonné à la preuve d'un dommage, le juge doit seulement tenir compte du comportement peu diligent de l'auteur de la violation. L'explication relève de la dimension punitive des sanctions qui doivent être appliquées à la méconnaissance de ces dispositifs procéduraux. Il s'agit d'orienter le comportement des contractants et de les inciter au respect de normes comportementales qui régissent leurs rapports.

623. - Reste que le demandeur à la sanction doit pouvoir établir le fait générateur tenant à la méconnaissance de la procédure contractuelle concernée. Concrètement, il doit prouver que son cocontractant n'a pas eu un comportement diligent. Il s'agit d'un fait d'abstention qui résulte du défaut de mise en œuvre de la procédure contractuelle. En l'absence d'écrit, cette preuve est difficile à établir. Dans la majorité des cas, les diligences concrétisant la mise en œuvre d'une procédure doivent être formulées par écrit. Néanmoins, même dans cette hypothèse le demandeur à la sanction n'est pas forcément en mesure de rapporter la preuve de la violation alléguée qui porte sur un fait négatif. La tâche probatoire du demandeur n'est pas aussi ardue qu'il y paraît car il lui suffit d'alléguer la méconnaissance du dispositif

[2412] V. aussi, CPC, art. 119.
[2413] CPC, art. 388, al. 1.
[2414] CPC, art. 114, al. 2.
[2415] Comp. F. LUXEMBOURG, th. préc., spéc. n° 895, qui affirme que la méconnaissance d'une incombance est sanctionnée par la déchéance « peu importe que [le] comportement ait causé ou non un dommage à autrui ».

conventionnel. Il appartient ensuite au défendeur d'établir la réalité de la mise en œuvre du mécanisme en produisant notamment la preuve de l'écrit qui le matérialise.

Par exemple, la partie qui invoque la fin de non-recevoir tirée d'une clause de conciliation doit simplement établir que celle-ci n'a pas été mise en œuvre, bien évidemment après avoir démontré l'existence d'une stipulation valable dans le contrat. Il revient alors au défendeur à l'irrecevabilité de prouver qu'il a mis en œuvre la tentative de conciliation conformément à la clause avant de saisir le juge[2416]. Une lettre invitant son cocontractant d'entrer en discussion en vue de la résolution du litige[2417] ou encore un procès-verbal de non-conciliation constituent des modes de preuves à privilégier. On peut faire une observation similaire en matière de révocation des dirigeants sociaux. Ces derniers invoquent le plus souvent le non-respect du caractère contradictoire de la procédure de révocation. L'organe décisionnaire doit alors établir qu'il a mis l'intéressé en mesure d'exercer ses droits de la défense[2418]. Une telle preuve suppose, en pratique, un écrit portant sur la notification effectuée et à son contenu pour établir le respect de la norme procédurale. L'observation peut être étendue à toutes les procédures contractuelles.

Le rôle des parties étant étudié, il convient d'analyser celui du juge dans le prononcé de la sanction.

B. Le rôle du juge dans le prononcé de la sanction

624. - La dimension punitive des sanctions de la violation des procédures contractuelles conduit à s'interroger sur la place du juge. Doit-il rester un spectateur passif ou au contraire se comporter en acteur dans l'instance relative à la méconnaissance de ces dispositifs procéduraux ? On est tenté d'affirmer que le juge doit pouvoir faire usage de prérogatives similaires à celles qui sont les siennes en matière de clause pénale[2419]. L'affirmation doit néanmoins être nuancée car il existe des sanctions qui n'ont pas de traduction monétaire susceptible de réduction par le juge. C'est le cas, par exemple, de la fin de non-recevoir, de l'exception de procédure, de l'inopposabilité. Il faut ajouter à cela le cas de la déchéance, sanction dont la mise en œuvre fait l'objet, selon les cas, d'une appréciation judiciaire étendue.

Dans ce contexte, le rôle du juge n'est pas affaibli, il se trouverait réaménagé. Les pouvoirs dont il dispose sont plus ou moins étendus suivant les circonstances. On peut le vérifier en s'intéressant tour à tour à son rôle dans la détermination (**1**) et dans l'appréciation (**2**) de la sanction applicable.

[2416] V. par ex., Cass. com., 9 oct. 2012, n° 11-24.231, en l'espèce, le demandeur au pourvoi reprochait à la cour d'appel de ne pas avoir tenu compte « des tentatives de conciliation effectivement intervenues entre les parties » et « demeurées infructueuses ». Son pourvoi est rejeté faute, pour lui, d'avoir rapporté la preuve que la procédure de conciliation avait été mise en œuvre conformément à la clause statutaire qui la prévoit.
[2417] V. par ex., Cass. com., 3 juin 2014, n° 12-17.089, préc.
[2418] V. par ex., Cass. com., 20 févr. 2019, n° 17-21.470, préc.
[2419] C. civ., art. 1231-5, al. 2 et 3.

1. Le rôle du juge dans la détermination de la sanction applicable

625. - Il existe un certain nombre de cas où la sanction est précisément définie par l'auteur de la norme instituant la procédure. On trouve des exemples de règles procédurales - où la sanction est précisément définie par le législateur - en droit du travail, en droit des sociétés, en droit des assurances ou encore en droit de la consommation. De même, il existe de nombreuses clauses procédurales assorties de sanctions prévues par les parties. À l'inverse, et c'est même la situation la plus courante, il arrive que l'on rencontre des procédures contractuelles dont on ignore la sanction applicable à leur violation.

L'intervention du juge ne se réalise pas de la même manière dans les deux cas. Dans l'hypothèse où une sanction est prévue, le juge est amené à interpréter le texte légal ou la clause applicable. La gravité des sanctions conduit les tribunaux à adopter une méthode d'interprétation stricte. Ils veillent notamment à ce que la sanction ne soit pas appliquée à un comportement qui n'entre pas dans le champ de la règle. En revanche, lorsque le comportement est expressément prévu, on doit nécessairement appliquer la sanction[2420]. Le droit positif est déjà en ce sens[2421]. Néanmoins, si la fonction punitive des sanctions de la méconnaissance des procédures contractuelles devait être retenue, cela conduirait à un renforcement de l'interprétation stricte en la matière. D'où la nécessité d'insister à nouveau « sur l'extrême importance que revêt la rédaction des clauses » instituant des procédures « et la prudence qui doit inspirer les rédacteurs de ces actes [...] »[2422] au regard des implications qui en résultent sur leur efficacité.

626. - Le plus souvent, l'intervention du juge porte sur des règles procédurales dont la sanction n'est pas précisément déterminée. Faut-il interpréter le silence du législateur ou des parties comme ayant renoncé à assortir la violation des mécanismes de sanction particulière ? La détermination de l'intention commune des parties n'est pas facile en l'absence de prévision expresse dans la clause. Le législateur ne fait pas davantage preuve d'exemplarité. On le constate particulièrement en droit commun des contrats avec la multiplication de règles instituant des procédures. Par exemple, si l'article 1226 du Code civil impose la mise en demeure préalable à la résolution unilatérale du contrat sauf urgence, le législateur reste silencieux sur la sanction du non-respect de cette formalité procédurale. Un auteur considère qu'il s'agit de mécanismes juridiquement contraignants, mais ne va pas jusqu'à en tirer les conséquences sur le terrain des sanctions applicables[2423]. Et pourtant, c'est le nœud du problème en matière de régime des procédures contractuelles. Dans la lignée de la conception

---

[2420] V. par ex., Cass. com., 21 oct. 2014, n° 13-11.085 ; RTD com. 2015, p.116, obs. B. DONDERO, en l'espèce le bénéficiaire de la garantie de passif prétendait que la déchéance sanctionnait uniquement l'inobservation du délai de quinze jours imparti au bénéficiaire pour notifier au garant tout événement susceptible de mettre en jeu la garantie et non son abstention à communiquer les informations ou documents demandés par le garant à la suite de la notification de l'événement considéré. La Cour de cassation renvoie la question à l'appréciation souveraine des juges du fond et approuve ces derniers d'avoir retenu que la sanction est applicable à cette dernière hypothèse.

[2421] V. *supra*, n° 406 et s.

[2422] M. JEANTIN, note sous CA Paris 27 juin 1989, BJS sept. 1989, § 250, p. 695, qui souligne l'importance d'une rédaction précise et complète des clauses de garantie de passif.

[2423] N. BALAT, « Les règles instituant des processus en droit des contrats : observations sur le "formalisme méthodique" », art. préc., spéc. 899.

ici défendue, il est souhaitable que les tribunaux écartent les sanctions de l'obligation contractuelle qui sont hors de propos. Il ne s'agit pas de réparer un dommage mais de punir un défaut de diligence qui se traduit par des mécanismes privatoires[2424].

Au regard de leurs finalités, les procédures contractuelles doivent provoquer des conséquences juridiques plus énergiques en cas de non-respect (déchéance, forclusion, fin de non-recevoir, inefficacité de l'acte, etc.). Une telle approche n'a rien de révolutionnaire. Elle résulte d'une règle élémentaire suivant laquelle « la sanction doit être calquée avec autant d'exactitude que possible sur la règle sanctionnée »[2425]. Les juges doivent davantage prendre en compte les justifications des mécanismes en cause et adapter la sanction à ce but. L'absence de proportionnalité entre la sanction et le préjudice est à cet égard indifférente dans la mesure où il s'agit de punir un défaut de diligence. Bien évidemment, cette réorientation de la force obligatoire des procédures contractuelles implique des précautions permettant de limiter les risques d'une application extensive de la sanction. L'exigence de précision et de clarté de la norme instituant la procédure doit être appréciée de manière rigoureuse. De sorte qu'il ne doit pas y avoir de doute dans la volonté des contractants d'appliquer la sanction en cause.

Néanmoins, le fait que la sanction n'ait pas été expressément prévue ne doit pas conduire à faire des procédures contractuelles des normes « au rabais ». En instituant des procédures, les contractants ont certainement en vue l'accomplissement effectif des diligences. À la réflexion, l'élément le plus décisif dans la détermination de la sanctionnabilité de ces mécanismes tient au caractère suffisamment précis et détaillé des clauses de nature à avoir une influence sur le consentement des parties. Le fait que la procédure soit bien structurée constitue un indice révélateur de l'importance de la norme pour ses rédacteurs. En l'absence de doute sur la volonté des contractants sur la force contraignante du dispositif, son efficacité doit être assurée par le juge.

2. Le rôle du juge dans l'appréciation de la sanction applicable

627. - Le juge doit-il avoir un pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre de la sanction des procédures contractuelles ? La gravité des sanctions susceptibles d'être prononcées incite à répondre par l'affirmative. Mais ce serait oublier la fonction protectrice des normes instituant des procédures notamment lorsqu'elles aménagent dans le temps des actes graves.

Il convient de souligner que la portée des sanctions est en général limitée aux seuls éléments affectés par l'irrégularité. Par exemple, la sanction de l'invocation irrégulière de la garantie de passif n'affecte que la créance qui en est l'objet et ne fait pas obstacle à ce que le bénéficiaire puisse se prévaloir utilement de la clause pour d'autres réclamations en respectant le formalisme établi. Il en est de même de la neutralisation de la résiliation irrégulière du contrat qui laisse la possibilité au titulaire de la prérogative de la mettre en œuvre à l'avenir pour d'autres situations d'inexécution. L'effet de la sanction étant cantonné, il ne devrait pas y avoir de difficulté particulière à admettre qu'elle soit soustraite au pouvoir d'appréciation

[2424] L. BOYER et H. ROLAND, « À propos du défaut de diligence », art. préc., spéc. p. 12 et s.
[2425] G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », art. préc., spéc. p. 891

judiciaire. Aussi, dès lors que les conditions de mise en œuvre sont remplies, la sanction de la violation de la norme instituant le processus doit pouvoir s'appliquer automatiquement. L'opportunité de la mesure ne doit pas dépendre du pouvoir d'appréciation du juge sous peine de remettre en cause la force obligatoire du dispositif contractuel.

L'idée est déjà présente en droit positif. Ainsi, les juges appliquent la déchéance sanctionnant la méconnaissance des conditions procédurales de la clause de garantie de passif indépendamment du préjudice qui en est résulté du moins lorsqu'une telle sanction est expressément prévue par les parties[2426]. Outre la force obligatoire de l'engagement, la solution s'explique plus généralement par le fait qu'en matière de déchéance sanctionnant un défaut de diligence, « l'office du juge se limite à la constatation de la réunion de l'ensemble des condition d'application de la sanction »[2427]. Les tribunaux adoptent une position similaire s'agissant de l'application de la forclusion sanctionnant le non-respect du processus d'établissement du décompte général et définitif[2428]. Dans un ordre d'idées similaire, la Cour de cassation considère que la fin de non-recevoir tirée de la violation de la clause de conciliation s'impose au juge si les parties l'invoquent[2429]. L'évocation de cette dernière solution ne vise pas à démontrer que le juge n'a pas la possibilité de soulever l'irrecevabilité [2430] . Il s'agit seulement de mettre en exergue la force du dispositif conventionnel et la vigueur de la sanction qui s'y attache. Il s'ensuit que l'irrecevabilité présente un caractère automatique et opère de plein droit dès lors que les conditions sont réunies sous réserve qu'une demande expresse soit formulée en ce sens. La solution doit être retenue comme le principe gouvernant le régime de sanction applicable aux procédures contractuelles.

628. - Toutefois, des exceptions à cette règle paraissent devoir être admises. Il existe des règles légales instituant des processus dont la sanction laisse place une appréciation judiciaire. Tel est le cas en matière de sanction de la déclaration tardive de l'assuré. Selon l'article L. 113-2 du Code des assurances, la déchéance du droit à l'indemnisation n'est encourue que si l'assureur rapporte la preuve du préjudice qu'il subit du fait de la déclaration tardive. L'exigence d'un préjudice implique un pouvoir d'appréciation du juge des faits propres à établir sa réalité et son lien avec le manquement invoqué. La solution s'explique par la nécessité de protéger l'assuré considéré en principe comme partie faible au contrat d'assurance. Une constatation semblable peut être faite à propos des règles du Code du travail sanctionnant la violation de règles procédurales par des dommages et intérêts[2431]. Le recours au mécanisme de la responsabilité civile ouvre la voie à une appréciation judiciaire. Concrètement, cela reviendrait à écarter la sanction en l'absence de préjudice, du moins en cas de difficulté pour le demandeur à en rapporter la preuve. C'est la raison pour laquelle la

[2426] V. par ex. Cass. com., 19 juin 2019, n° 17-26.635, préc.
[2427] F. LUXEMBOURG, th. préc., n° 1045.
[2428] V. Cass. 3e civ., 17 déc. 2014, n° 13-22.494, préc.
[2429] Cass., ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423, préc. ; Cass. 1re civ., 1er oct. 2014, n° 13-17.920, RDC 2015, p. 88, obs. C. PELLETIER, qui énonce que « la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à toute instance judiciaire s'impose au juge, quelle que soit la nature de celle-ci ».
[2430] En ce sens, v. P. ANCEL et M. COTTIN, note préc., spéc. I, A, p. 1389, qui affirment que « le juge n'a non seulement aucune obligation, mais n'a pas non plus le pouvoir de soulever d'office l'irrecevabilité ».
[2431] V. par ex., C. trav., art. L. 1235-3, L. 1235-13, L. 1235-15.

jurisprudence a élaboré la théorie du dommage nécessaire [2432] que l'on souhaite voir généralisée, à défaut de la reconnaissance des dommages et intérêts punitifs, à toutes les hypothèses où le non-respect de procédures contractuelles est sanctionné par des dommages et intérêts. Néanmoins, l'automaticité de la sanction qui en résulte ne remettrait pas en cause le pouvoir d'appréciation du juge quant au montant de l'indemnité qui doit être accordée à la victime.

L'appréciation judiciaire est également de mise lorsque les parties subordonnent elles-mêmes le jeu de la sanction à la survenance d'un préjudice. Le cas est plus fréquent en matière de clause instituant les modalités procédurales de mise en œuvre de la garantie de passif[2433]. Il faut également tenir compte du fait que, dans certaines situations, la sanction normalement applicable ne peut plus être mise en œuvre pour des considérations d'ordre pratique. Ainsi, la neutralisation de la prérogative irrégulière ne peut s'appliquer lorsque la poursuite du contrat n'a plus d'intérêt pour le demandeur qui a par exemple trouvé une solution de remplacement avant l'intervention du juge. Dans une telle hypothèse, le juge a le pouvoir d'adapter la sanction à la situation en ordonnant le paiement de dommages et intérêts. En l'absence de consécration de dommages et intérêts punitifs, l'appréciation souveraine reconnue aux magistrats constitue une opportunité d'inférer un préjudice dont le montant contribuera à en faire une sanction dissuasive.

629. - Cette présentation renvoie en réalité à l'hypothèse où la seule violation d'une procédure contractuelle est envisagée. Elle ne reflète qu'imparfaitement le contentieux contractuel y afférent. Le plus souvent, la méconnaissance de normes instituant des processus n'est pas invoquée de manière isolée. Il en est ainsi lorsque la violation en cause entraine celle d'une obligation contractuelle ou lorsqu'elle est invoquée concomitamment à l'inexécution d'un autre engagement issu du contrat. Ce qui pose la question de la possibilité d'un cumul de sanctions.

§. 2. Possibilité de cumul de sanctions

630. - Les développements précédents ont permis de mettre en évidence des sanctions spécifiques aux procédures contractuelles que le législateur n'avait pas en vue lorsqu'il envisageait l'inexécution du contrat. Il n'en demeure pas moins que ces normes procédurales constituent des effets du contrat au même titre que les obligations issues de la volonté des parties. Il arrive que la violation des unes entraîne ou s'accompagne le plus souvent de celle des autres. D'où la question d'un éventuel cumul des sanctions applicables. Selon l'article 1217 du Code civil, « les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées » étant entendu que « des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter ». La règle paraît devoir s'appliquer aux procédures contractuelles.

[2432] V. *supra*, n° 614.
[2433] V. Cass. com., 27 mars 2019, n° 17-16.327, préc. ; CA Toulouse, 17 juin 2020, n° 19/01002, préc.

Il convient donc d'apprécier au cas par cas la compatibilité des sanctions en cause. L'absence de dimension indemnitaire des remèdes à la violation des procédures contractuelles laisse entrevoir la possibilité d'un cumul avec les sanctions de l'inexécution du contrat ayant une nature pécuniaire (**A**). Cette possibilité de cumul est beaucoup moins évidente dans les autres hypothèses excepté les cas où les sanctions ont vocation à s'appliquer à des faits générateurs différents (**B**).

A. Cumul avec les sanctions pécuniaires

631. - Les sanctions de l'inexécution du contrat prenant la forme de l'allocation d'une somme d'argent à la victime sont celles qui résultent de l'application de la responsabilité contractuelle et de la clause pénale. Au regard de leur finalité réparatrice les dommages et intérêts peuvent toujours se cumuler avec une sanction de la violation de clauses instituant des processus (**1**). En revanche, le cumul avec la clause pénale dépend de la nature de la sanction et des circonstances de la cause (**2**).

1. Cumul de sanctions des procédures contractuelles et des dommages et intérêts

632. - En principe, la violation des procédures contractuelles n'est pas en tant que telle susceptible de provoquer un dommage. C'est pourquoi la responsabilité contractuelle n'est pas le régime de sanction le plus indiqué. Il arrive, cependant, que la violation de ces normes entraîne à son tour ou s'accompagne de l'inexécution d'une obligation contractuelle. Dans une telle hypothèse, outre la sanction spécifique au dispositif procédural, l'auteur de la transgression peut voir sa responsabilité contractuelle engagée.

Cette situation de cumul est plus fréquente en matière de procédures encadrant l'exercice de prérogative contractuelle. Il en est ainsi lorsque le juge relève qu'à l'irrégularité de la procédure suivie s'ajoute le caractère injustifié de la décision. On le constate le plus souvent en droit du travail où l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement est souvent retenue en même temps que le non-respect de la procédure. Mais en l'occurrence, ce n'est pas l'irrégularité qui a provoqué le dommage. C'est pourquoi il y a une distinction entre les sanctions de l'irrégularité et la justification de la décision[2434]. La jurisprudence en fait application en matière de résiliation du contrat[2435], de révocation des dirigeants sociaux[2436] ou encore en matière d'exclusion des associés.

633. - Le cumul entre la responsabilité contractuelle et la sanction de la violation d'un processus résulte aussi souvent de la prise en compte des circonstances concomitantes à l'irrégularité de la procédure qui doit être suivie. Cela concerne plus précisément l'hypothèse où la méconnaissance du dispositif procédural s'accompagne d'une faute distincte. En matière

[2434] V. par ex., C. trav., art. L. 1235-2.

[2435] Cass 1re civ., 11 mai 2017, n° 16-17.706, préc. Comp., Cass. com., 24 juin 2020, n° 18-25.517, RJDA 2020, n° 537, à propos d'un cumul entre sanction de la rupture brutale du contrat et celle relative aux actes de concurrence déloyale durant la période de préavis. En l'espèce, la demande est jugée non fondée.

[2436] V. par ex., Cass. com., 9 janv. 2019, n° 17-28.957 ; Rev. sociétés 2019, p. 772, note M. RAKOTOVAHINY ; BJS avr. 2019, p. 13, obs. C. COUPET ; Gaz. Pal. 25 juin 2019, p. 60, obs. A. RABREAU, qui approuve la cour d'appel d'avoir accordé des dommages et intérêts au dirigeant évincé pour violation du principe du contradictoire et pour révocation sans juste motif.

de résiliation du contrat, par exemple, la jurisprudence prend en compte le comportement de l'auteur de la rupture pendant le délai de préavis de sorte que la faute commise justifie une réparation indépendamment de la régularité de la procédure contractuelle[2437]. La situation est courante en droit des sociétés où la révocation des dirigeants sociaux intervient dans des conditions vexatoires[2438].

Dans les exemples précédents, le cumul résulte en réalité de la violation de deux normes distinctes. Mais il n'est pas impossible qu'un fait générateur unique à savoir la méconnaissance d'une procédure procédurale puisse être à l'origine du cumul entre la responsabilité contractuelle et une sanction spécifique au dispositif concerné. Par exemple, le non-respect d'une clause de conciliation peut donner lieu à une décision d'irrecevabilité outre une condamnation de l'auteur à des dommages et intérêts. Il en est de même en matière de clause d'arbitrage où la juridiction saisie peut se déclarer incompétente tout en condamnant le demandeur au paiement de dommages et intérêts. Cette possibilité de cumul est néanmoins plus théorique que réelle compte tenu de la difficulté pour la victime à rapporter la preuve d'un préjudice excepté les frais de justice qui relèvent de l'article 700 du Code de procédure civile. En matière clause de renégociation, la résiliation du contrat peut être prononcée conformément à l'article 1195 du Code civil outre les dommages et intérêts pour refus de renégocier.

On voit donc qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre les sanctions spécifiques aux procédures contractuelles et la responsabilité civile. Les deux sanctions peuvent se cumuler dans la mesure où elles n'ont pas le même objet.

2. Cumul des sanctions des procédures contractuelles et de la clause pénale

634. - Ici encore, la question du cumul se pose avec une particulière acuité compte tenu de la nature de peine privée contractuelle assignée à la clause pénale[2439]. On peut se demander si la fonction punitive de la sanction des procédures contractuelles ne constitue pas un obstacle à leur application cumulative avec la clause pénale. La réponse à cette question doit être nuancée.

De prime abord, une application cumulative est envisageable au regard de la nature de la clause pénale qui constitue un engagement nouveau pris par le débiteur par rapport à l'engagement principal dont elle garantit l'exécution[2440]. En revanche, les sanctions de la violation de clauses instituant des procédures ne constituent pas des obligations nouvelles. Il n'empêche que, dans les deux cas, il s'agit toujours de tirer les conséquences de la violation de l'engagement contractuel concerné. Les deux mécanismes de sanction ayant une fonction punitive, la volonté de ne pas faire subir une double peine à l'auteur constitue *a priori* un obstacle au cumul des sanctions. Ainsi, en matière de garantie de passif, il est peu probable que le bénéficiaire soit sanctionné doublement, en cas de non-respect de son incombance

[2437] Cass. com., 15 févr. 2000, n° 97-16.690, qui approuve l'arrêt d'appel ayant retenu « que les fautes commises par le concédant, en cours de préavis, justifient la condamnation de celui-ci au paiement de dommages-intérêts ».
[2438] V. par ex., Cass. com., 16 févr. 2016, n° 14-21.934 ; Rev. sociétés 2016, p. 297, obs. P. PISONI.
[2439] D. MAZEAUD, th. préc., spéc. n° 555 et s.
[2440] D. MAZEAUD, th. préc., spéc. n° 239.

d'informer, par la déchéance de son droit à garantie et par l'application d'une clause pénale[2441]. Il en est de même de la situation d'un contractant qui se trouverait forclos en raison de la méconnaissance d'une diligence procédurale. Privé de la possibilité d'accomplir à nouveau une formalité pour obtenir une situation favorable, il ne semble pas opportun de lui infliger une nouvelle punition sauf clause contraire.

Il faut souligner cependant que la dimension punitive est beaucoup moins marquée dans certaines sanctions applicables à la méconnaissance de procédures contractuelles. Tel est le cas des décisions d'irrecevabilité ou de déclaration d'incompétence sanctionnant la violation de clause procédurale. Il en est de même du mécanisme d'inopposabilité applicable à la violation des clauses d'agrément et de préférence. Dans ces différentes hypothèses, un cumul entre la sanction spécifique au dispositif procédural et la clause pénale est envisageable. Néanmoins, il convient de distinguer selon que la clause pénale vise de manière générale tout engagement dérivant de l'acte ou de manière spécifique la violation d'une clause procédurale[2442]. Dans ce dernier cas, la stipulation d'une clause pénale peut être vue comme une volonté des parties d'écarter toute autre sanction.

635. - La situation est différente lorsque la violation de la norme procédurale est sanctionnée par des dommages et intérêts. On l'a vu, la responsabilité civile est inadaptée en raison de la difficulté à caractériser un préjudice du fait de la méconnaissance d'une procédure. Le cumul avec une clause pénale est donc opportun pour renforcer la valeur contraignante des formalités procédurales. Dans les autres cas où la sanction assure suffisamment l'efficacité de la règle violée, un cumul avec la clause pénale n'est pas nécessaire. Les contractants eux-mêmes ne se montrent pas favorables à une application cumulative de la clause pénale et des sanctions spécifiques aux procédures contractuelles concernées[2443]. Ainsi, par exemple, lorsqu'elle est stipulée en matière de pacte de préférence, le contrat prévoit généralement que le bénéficiaire a le choix entre l'invocation du bénéfice de la clause pénale ou la saisine du tribunal afin de faire constater la vente par décision de justice[2444]. La même option est offerte au bénéficiaire d'un droit de préemption conventionnel[2445] et, la jurisprudence donne effet à une telle stipulation[2446]. Il est des cas où l'option ne figure pas dans la clause instituant le processus, mais le demandeur se contente d'invoquer le bénéfice de la seule pénalité conventionnelle[2447].

En somme, la dimension pécuniaire des dommages et intérêts et des clauses pénales laisse entrevoir des possibilités de cumul avec les sanctions spécifiques aux normes instituant des procédures. Il convient à présent de vérifier si une telle possibilité de cumul est envisageable avec les sanctions non pécuniaires de l'obligation contractuelle.

[2441] V. cependant, F. LUXEMBOURG, th. préc., n° 955.
[2442] V. pour un ex. de clause pénale sanctionnant le non-respect du droit préemption contractuel, Cass. com., 16 nov. 2016, n° 15-12.445.
[2443] Pour les ex. de clauses, v. *supra*, n° 217 et 219.
[2444] CA Bastia, 8 juin 2011, n° 10/00784.
[2445] V. *supra*, n° 219.
[2446] Comp., Cass. com., 24 juin 2020, n° 19-13.121.
[2447] Cass. com., 10 févr. 2021, n° 19-10.306, préc.

B. Cumul avec les sanctions non pécuniaires

636. - La possibilité d'un cumul est moins évidente au regard de l'inadéquation des sanctions de l'inexécution du contrat à régir les dispositifs étudiés. Il en est autrement lorsque la méconnaissance de normes procédurales entraîne la violation d'une obligation contractuelle ou s'accompagne d'une telle inexécution.

Ainsi, par exemple, en cas de violation de la procédure d'agrément, la résiliation du contrat peut être prononcée outre l'inopposabilité de la cession irrégulière[2448]. En général, ce sont les contractants qui prévoient une telle possibilité de cumul notamment dans les contrats où la considération de la personne est importante. Une telle stipulation est fréquente dans les contrats de distribution[2449] ou de baux commerciaux[2450]. L'explication tient au fait que la méconnaissance de la procédure contractuelle porte atteinte au caractère *intuitu personae* du contrat. L'application cumulative de la résiliation et de l'inopposabilité permet à la fois de sanctionner le contractant défaillant et d'éviter que la cession produise effet à l'égard de la victime. En dehors de cette hypothèse, il existe d'autres possibilités de cumul entre la résiliation du contrat et les sanctions spécifiques mais qui ne sont pas mises en œuvre de la même manière.

En effet, il existe des cas où la résiliation du contrat ne prend pas la forme d'une sanction de l'inexécution d'un engagement contractuel, elle apparaît simplement comme une modalité de la procédure contractuelle. Les clauses prévoyant un encadrement procédural de la modification unilatérale du contrat sont à cet égard illustratives[2451]. Le pouvoir ainsi reconnu à une partie est assorti de conditions formelles et temporelles de façon à permettre au cocontractant de résilier le contrat en cas de refus du projet de modification. Dans une telle situation, la résiliation ne sanctionne pas la violation d'une formalité procédurale, elle constitue un acte qui participe de sa mise en œuvre. Les choses se présentent différemment lorsque le titulaire de la prérogative tente d'imposer la modification du contrat en violation du cadre procédural. La modification unilatéralement opérée dans ces conditions est inopposable au contractant qui peut par ailleurs demander la résiliation du contrat[2452].

637. - Une observation similaire peut être faite à propos de la procédure de renégociation du contrat. En principe, la résiliation du contrat peut être prononcée après un échec du processus en dehors de toute idée de sanction[2453]. Mais il peut aussi arriver que la résiliation soit demandée à la suite d'un refus de négocier caractérisant un comportement fautif. Dans ce cas,

---

[2448] Cass. 3e civ., 19 juin 1991, n° 90-11.949.
[2449] Cass. com., 15 janv. 1991, n° 89-12.537 ; Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08-18.388.
[2450] Cass. 3e civ., 7 avr. 2010, n° 09-15.497.
[2451] V. *supra*, n° 271 et s.
[2452] Comp., Cass. soc., 25 janv. 2005, n° 02-41.819 ; D. 2005, IR, p. 458 ; RJS 2005, p. 255, n° 344 ; CSB 2005, p. 34, obs. C. CHARBONNEAU, qui retient que l'employeur qui n'a pas respecté les formalités prescrites relativement à la modification du contrat pour motif économique « ne peut se prévaloir ni d'un refus, ni d'une acceptation de la modification du contrat de travail par le salarié » ; Cass. soc., 25 mars 2009, n° 07-44.533, qui retient que le licenciement prononcé en violation de cette formalité n'a pas de cause réelle et sérieuse.
[2453] V. en ce sens, N. MOLFESSIS, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », JCP G 2015, 1415, qui affirme que la « résiliation du contrat est […] comprise, avant tout, comme une incitation à la renégociation » dans la mesure où le changement de circonstances ne résulte pas d'une faute du créancier.

le même fait générateur peut entraîner la résiliation du contrat outre l'engagement de la responsabilité de l'auteur, sanction visant l'octroi de dommages et intérêts lesquels ont une nature pécuniaire.

On peut aussi envisager le cumul entre l'exécution forcée du contrat et une sanction spécifique à une procédure contractuelle. C'est le résultat auquel conduit en pratique la neutralisation de prérogative exercée en violation du processus préalable. Ainsi, le fait de déclarer nulle une décision d'exclusion d'un associé a pour conséquence de replacer les parties dans l'état antérieur à l'acte irrégulier. De même, la privation d'effet d'un acte de dénonciation du contrat en violation de la clause de tacite reconduction a pour conséquence d'obliger l'auteur à exécuter son engagement jusqu'au terme du contrat. Cependant, l'application cumulative de l'exécution forcée par suite de la neutralisation de la prérogative suppose une demande en ce sens. Encore faut-il que la poursuite du contrat ait une utilité pour le demandeur. Dans le cas contraire, la question se résout sur le terrain de l'exécution par équivalent.

Conclusion du chapitre

638. - La meilleure manière de réaffirmer l'autorité des normes instituant des procédures est de privilégier les mesures propres à garantir leur mise en œuvre, ou, si leur violation a déjà eu lieu, à priver celle-ci de l'effet recherché. Puisque les diligences imposées aux parties ne s'analysent pas en un échange de valeur, la sanction de leur méconnaissance ne devrait pas avoir une fonction réparatrice ou de remplacement. Il s'agit avant toute chose de mettre en cause le comportement de celui qui a fait preuve de négligence en ne se conformant pas au cadre d'action institué par le dispositif procédural. Dès lors que la validité d'une telle norme est pleinement reconnue, il est tout à fait naturel que sa violation puisse entraîner des conséquences juridiques pour celui qui en est l'auteur. Dans cette perspective, la rigueur des sanctions susceptibles d'être prononcées ne doit pas constituer un obstacle dans la mesure où elles visent à punir le contractant qui n'a pas été diligent.

De ce point de vue, le fait que le défaut de diligence intervient dans un cadre contractuel est indifférent. Au même titre que les charges procédurales incombant aux parties dans le cadre d'une instance judiciaire[2454], l'instauration d'une norme procédurale dans le contrat ne crée pas davantage de rapport d'obligation. En instituant une procédure dans leur rapport, les parties ont nécessairement en vue la sanction qui s'attache à sa méconnaissance. L'exigence de respect de leur volonté implique de calquer la sanction au plus près des justifications de la norme violée. Il s'agira simplement pour le juge de « constater que la situation prévue par le contrat s'est réalisée, et qu'en conséquence les effets juridiques créés par la norme

[2454] H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 3, *Procédure de première instance*, Sirey 1991, n° 6, p. 7, qui soulignent que les rapports qui se nouent dans le cadre du procès ne s'analysent pas en termes de créance et dette. Ils en déduisent que, sauf exception, les manquements aux diligences imposées aux acteurs du procès ne sont pas sanctionnés par des dommages et intérêts.

contractuelle doivent se produire »[2455]. Ces derniers étant différents de ceux produits par une obligation contractuelle, on peut y voir un facteur d'enrichissement des sanctions contractuelles. Ainsi, la déchéance, la forclusion, l'inefficacité, l'irrecevabilité ou encore l'exception de procédure auront vocation à sanctionner la violation d'une procédure contractuelle. Les sanctions prévues à l'article 1217 du code civil seront réservées aux obligations contractuelles *stricto sensu*. Loin de complexifier les choses, la diversification des sanctions qui s'observe ne fait que raffiner les remèdes à l'inexécution du contrat. Il s'ensuit qu'à chaque norme – procédurale ou substantielle – correspond un régime de sanction adapté.

Reste que la nature contractuelle des mécanismes étudiés n'est pas sans incidence dans la mise en œuvre des sanctions. Mettant en cause les intérêts privés des contractants, ceux-ci peuvent librement déterminer les modalités de mise en œuvre sous réserve du respect de règles d'ordre public. En outre, il faut tenir compte des exigences découlant du principe dispositif qui permettent par exemple au demandeur de préférer des dommages et intérêts à une sanction spécifique au dispositif concerné. Bien entendu, une application cumulative est possible suivant les cas et notamment dans les conditions prévues à l'article 1217 du Code civil. Ces différentes modalités auxquelles elles peuvent être assorties ne remettent pas en cause l'originalité des sanctions applicables aux procédures contractuelles qui exclut en principe l'application des remèdes classiques de l'inexécution.

Conclusion du Titre

639. - L'attractivité des procédures contractuelles est manifestée par la généralisation de leur existence dans les contrats. Le fait que les parties soient principalement à l'origine de leur inclusion dans le contrat est assez symptomatique de l'intérêt qu'elles y attachent. D'où la nécessité de renforcer leur efficacité eu égard à leur utilité dans la régulation des rapports contractuels.

Elles ne doivent pas être perçues comme de simples formalités dénuées de force contraignante. Les exigences qu'elles expriment vont au-delà des règles de forme qui participent par ailleurs de l'essence de ces dispositifs. On ne saurait non plus les confondre avec les règles de fond. Une telle approche conduirait davantage à affaiblir leur portée normative dans la mesure où elle subordonne la sanction applicable à l'incidence de la violation sur le fond du droit. Or, dans certaines circonstances, nul ne peut savoir quel serait le résultat final si le processus avait été correctement appliqué. À cela, s'ajoute la difficulté d'établir un dommage du fait de la méconnaissance d'une norme procédurale. L'explication tient au fait qu'elle n'a pas pour objet un échange de biens et de services qui est l'apanage de l'obligation contractuelle *stricto sensu*. C'est pourquoi, les procédures instituées au contrat ne doivent pas être sanctionnées de la même manière que les obligations contractuelles. La légitimité du régime applicable *de lege feranda* dépend de son aptitude à prendre en compte les spécificités de ces mécanismes.

Les procédures contractuelles ont une raison d'être qui justifie leur stipulation dans l'acte. Le respect de la volonté des parties implique de considérer les dispositifs en cause

[2455] P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », art. préc., n° 32.

comme étant juridiquement contraignants. Il ne suffit pas simplement d'affirmer qu'ils ont une force obligatoire pour résoudre les difficultés tenant au régime applicable, encore faut-il préciser la sanction qui traduit concrètement un tel effet juridique. Mais à partir du moment où l'on les analyse comme des incombances de diligence ayant des vertus propres, il faut admettre que leur violation puisse entraîner des conséquences juridiques énergiques indépendamment du fond et de la forme. La rigueur des sanctions applicables s'explique par le fait qu'elles n'ont pas une fonction indemnitaire. Elles présentent davantage une dimension punitive en ce qu'elles portent sur un comportement peu diligent. Cette réorientation des sanctions en la matière est de nature à réaffirmer l'autorité de ces normes et à inciter les parties à une application effective.

Conclusion de la seconde partie

640. - L'examen du régime applicable à la mise en œuvre des procédures contractuelles a permis de mettre à jour des difficultés d'appréhension qu'elles suscitent.

En droit positif, l'accent est davantage mis sur les ressources du droit des contrats qui se révèlent souvent inadaptées à l'appréhension de ces dispositifs procéduraux. La difficulté vient sans doute de l'hésitation que peut avoir le juge à sortir les règles de procédure de leur terreau naturel. Pourtant le respect de la liberté contractuelle et son corollaire à savoir la force obligatoire implique de rendre exécutoire, au besoin en recourant aux règles qui conviennent, le mécanisme procédural volontairement institué par les parties en connaissance de sa finalité. Encore, faut-il démontrer la nature véritablement procédurale d'un tel accord. Cela peut être établi au regard de la structure, du contenu et de l'objet de ces mécanismes.

641. - *De lege lata*, la reconnaissance de la nature procédurale de l'objet de l'étude conduit à admettre que les règles de procédure civile ne sont pas nécessairement incompatibles avec « la loi des parties ». Aussi, la violation d'une telle norme peut entraîner la réaction de l'ordre juridique qui ne s'inscrit pas nécessairement dans le cadre des sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Dès lors, si le contrat a principalement pour objet des obligations, la liberté contractuelle permet aussi la création de mécanismes qui, en raison de leurs spécificités, relèvent des règles de procédure.

Que la convention puisse être productrice d'effets procéduraux n'est pas en réalité chose nouvelle[2456]. C'est plutôt la généralisation des sanctions processuelles au-delà des hypothèses légalement prévues qui semblait poser un problème. Mais devant la quasi-impossibilité de trouver une sanction effective à la violation des procédures contractuelles en droit commun des obligations, la doctrine suivie par la jurisprudence a fini par admettre une sanction de nature procédurale. Cette solution semble devoir s'appliquer au-delà des seules clauses instituant des processus amiables de résolution des différends pour être étendue à toutes celles

[2456] On pense notamment au contrat de transaction (C. civ., art. 2052), à la convention d'arbitrage (CPC, art. 1448) ou encore à la clause attributive de compétence territoriale (CPC, art. 48).

qui ont un objet procédural. Pour ce faire, encore faut-il tenir compte de la spécificité de ce type de clause dans l'élaboration de son régime. Dans la mesure où les parties ont prévu une clause procédurale dans un but précis, le respect de leur volonté implique de prendre en compte cette finalité à l'aune de laquelle doit se mesurer sa force obligatoire.

642. - Ainsi conçue, l'analyse des procédures contractuelles dans leur double dimension (contractuelle et procédurale) participe à la simplification des débats relatifs à l'élaboration d'un régime juridique adapté à ces mécanismes. Ceux-ci apparaissent, en effet, comme des normes juridiques à part entière, dotées d'une nature et d'un régime propres, qui réunissent sous un seul genre deux espèces de normes que sont le contrat et la procédure. Dès lors, il est possible de constater que l'aménagement des clauses instituant des processus mobilise à la fois des règles de droit des contrats et celles relevant de la procédure. Lorsqu'est en cause la liberté de création de ces mécanismes par voie conventionnelle, ce sont essentiellement les règles du droit des contrats qui ont vocation à s'appliquer. En revanche, lorsqu'il est question de la mise en œuvre de la procédure instituée par les parties, les règles de procédure semblent beaucoup plus adaptées. C'est dans cette optique que l'on peut expliquer l'application de normes procédurales qui ne sont pas incompatibles avec la nature contractuelle des dispositifs étudiés.

Néanmoins, cette approche basée sur la double dimension procédurale et substantielle des procédures contractuelles n'a pas permis de résoudre toutes les difficultés en la matière. Dans certains cas, en effet, l'incertitude relative à la détermination d'une sanction adéquate continue d'affaiblir la force contraignante de normes instituant des processus dans les rapports contractuels. L'explication va sans doute au-delà de l'inadéquation des sanctions contractuelles traditionnelles. De manière générale, elle semble liée à une insuffisante mise en valeur des mécanismes concernés. Parfois réduits à de simples modalités formelles, leur violation n'entraine pas généralement de conséquences pour le contractant qui a failli. Ce qui heurte de front le principe cardinal de force obligatoire attachée à toute norme contractuelle. On ne peut évidemment s'en contenter. L'inclusion d'un processus dans le contrat n'est pas un évènement fortuit. Elle sert une finalité qui est le plus souvent déterminante dans le choix des contractants.

643. - Dans ces conditions, le régime applicable *de lege feranda* doit être conçu dans la perspective du renforcement de la valeur normative des dispositifs qui ont fait l'objet de la présente étude. À cet égard, on a montré que la nécessité d'assortir les procédures contractuelles de sanctions dissuasives est de nature à assoir leur autorité. Puisque dans la diversité qu'ils représentent, un point commun semble résulter du fait qu'ils imposent un comportement diligent pour faire valoir des droits, la sanction devrait avoir pour objet de punir le contractant qui a méconnu la formalité procédurale en cause. Il faut cependant reconnaître que la force d'attraction de la logique indemnitaire en droit positif est réelle. La jurisprudence, raisonnant principalement en termes de responsabilité contractuelle, hésitera à retenir les sanctions proposées eu égard à leur sévérité. Dès lors, l'efficacité des procédures contractuelles dépendra largement des parties du moins s'agissant des droits dont elles ont la libre disposition. Elles peuvent décider d'en faire des mécanismes facultatifs ou, au contraire, faire le choix de renforcer leur force contraignante en prévoyant notamment des mécanismes

de sanction adaptés. Une rédaction précise de la clause procédurale n'est pas toujours suffisante, la prudence commande de prévoir les conséquences juridiques qui s'attachent à sa méconnaissance dans le respect des règles d'ordre public.

CONCLUSION GÉNÉRALE

644. - En droit des contrats, il existe de nombreuses règles instituant des procédures. Le phénomène s'est accentué avec la pratique contractuelle contemporaine qui accorde une place de choix aux outils et mécanismes de procédure comme mode de régulation des rapports contractuels. Pour autant, la constante progression des dispositifs procéduraux dans les rapports contractuels contraste avec l'intérêt qu'on y accorde. Prévus dans le contrat, les processus conventionnels sont loin d'être conçus comme une catégorie autonome. Ils continuent d'être appréhendés selon les cas comme des obligations contractuelles ou comme des devoirs juridiques imposés aux parties.

Une telle assimilation conduit logiquement à soumettre les procédures contractuelles à un régime identique à la catégorie à laquelle elles sont assimilées. Or, les spécificités des normes instituant des procédures montrent qu'elles ne sauraient être analysées comme des obligations ou des devoirs juridiques. Il en résulte que les éléments de régime d'emprunt aux obligations et aux devoirs sont inaptes à régir efficacement les dispositifs étudiés.

Les tribunaux tentent de surmonter la difficulté en tenant compte de la dualité de nature des procédures contractuelles. Si ces normes ont pour objet de réguler les rapports contractuels de droit privé, il ne doit pas être oublié qu'elles le font en imposant le respect d'une procédure. Aussi, la jurisprudence applique-t-elle en fonction des circonstances des

règles substantielles tirées du droit commun des contrats et des règles de procédure. Mais l'analyse du droit positif révèle des insuffisances notamment au niveau du régime de sanction applicable. Le caractère inapproprié des remèdes classiques à l'inexécution du contrat conduit à un flottement jurisprudentiel. Les dispositifs procéduraux en cause sont parfois considérés comme des formalités accessoires non contraignantes. La doctrine reste partagée entre deux positions : celle qui, considérant que les règles de procédure ne doivent pas sortir du prétoire, dénonce un formalisme excessif et inapproprié et celle qui, prenant acte notamment du développement de l'unilatéralisme, considère qu'il doit être encadré dans son exercice par des mécanismes procéduraux.

On notera d'ailleurs que les partisans de la seconde tendance proposent rarement un régime de sanctions adapté aux processus régulant les rapports contractuels dont ils font pourtant la promotion. La raison semble liée à la recherche d'un équilibre entre la nécessité d'assurer la force obligatoire de dispositifs accessoires que sont les procédures contractuelles et le souci de tenir compte de l'incidence de leur violation sur les droits et obligations des contractants. Ainsi conçus, les procédures instituées dans les rapports contractuels se trouvent parfois réduites en dispositifs servants dont la raison d'être tient aux droits substantiels des parties. Or, le développement considérable qu'a connu le phénomène de procéduralisation du contrat notamment sous l'impulsion des rédacteurs d'actes implique un travail d'identification et d'élaboration d'un régime adéquat.

645. - À cet égard, on a montré un concours de règles (substantielles et procédurales) qui composent le régime des procédures contractuelles. Ce phénomène est explicable puisque les mécanismes étudiés ne constituent pas une réalité unique mais plurielle à l'image de leurs fonctions. D'une procédure contractuelle à une autre, le but poursuivi n'est le même. Cela a des conséquences sur le contenu des diligences requises des parties dans la mise en œuvre de ces normes. Les étapes successives qui doivent être observées sont très variables et dépendent du résultat recherché. En ce qui concerne leurs sources, c'est également la diversité qui prime. Selon les cas, les procédures contractuelles puisent leur source dans la loi, dans la jurisprudence ou dans la volonté des parties. Sans doute, dès lors que le contrat est la cause ou l'objet de processus, faudrait-il conclure à leur nature contractuelle. Toutefois, la difficulté soulevée diffère d'une procédure contractuelle à une autre selon sa source. Lorsqu'elle est d'origine légale on ne manquera pas de s'interroger sur son caractère impératif ou supplétif de volonté. Pour les processus dont le respect est imposé par le juge se pose la question de la légitimité de l'auteur de la norme. Enfin, lorsqu'elle procède de la volonté des contractants, on aura tendance à raisonner en termes d'obligation contractuelle.

Pour autant, les difficultés relevées ne rendent pas impossible toute tentative de systématisation. Les procédures contractuelles présentent en commun le fait d'imposer une succession chronologique d'opérations ordonnées vers un résultat qui n'a pas une dimension patrimoniale. À cet égard, on peut s'inspirer de la doctrine publiciste qui a longtemps mis en exergue l'idée qu'une procédure puisse avoir un objet et une fonction propres. Aussi, convient-il de distinguer les procédures contractuelles avec le fond, ce qui évitera de subordonner la sanction de leur violation à son incidence sur la substance des droits et obligations des parties. De même, il conviendra de les distinguer des règles de forme afin

qu'elles ne soient réduites à de simples formalités dont la sanction est facultative. On peut donc tenter de trouver une unité de nature parmi la diversité qui compose les procédures contractuelles. Les opérations successives qui doivent être accomplies pour la mise en œuvre de ces dispositifs s'analysent comme des incombances de diligence.

Une telle présentation des procédures contractuelles a un avantage immédiat qui est de ne pas subordonner la sanction de leur méconnaissance à la nécessité de caractériser un dommage. Encore faut-il pour cela lever un obstacle principal qui se dresse sur ce chemin. Car, pour certains, la procédure renvoie à la chicane, source de la part de certains plaideurs d'une exploitation sans vergogne de règles formalistes. Cette image péjorative ne correspond pas exactement aux fonctions que remplissent les formalités procédurales concernées. Elles ont des vertus propres qui expliquent d'ailleurs un certain engouement des praticiens envers ces mécanismes. Outre leurs fonctions protectrices, elles permettent de recentrer le rôle des contractants dans la gestion de leur chose commune.

La prise en compte des fonctions des procédures contractuelles permet de comprendre et d'encourager une évolution perceptible en droit positif sur le terrain des sanctions applicables. La conception procédurale prend de plus en plus le pas sur une approche obligationnelle. Les procédures contractuelles s'imposent peu à peu comme un mode de régulation des rapports contractuels présentant une certaine autonomie. Il s'ensuit une tendance au renforcement des sanctions et une importance accordée à la volonté des contractants dans la détermination des contours de ces sanctions. L'admission de sanctions telles que la nullité, la déchéance, l'inopposabilité, l'irrecevabilité du seul fait de la violation d'un processus conventionnel permet de corroborer une telle constatation. Les conséquences de la violation, c'est-à-dire le préjudice en résultant pour la victime, condition d'application de la responsabilité civile de droit commun, ne sont pas prises en considération pour l'application de ces sanctions.

646. - À la réflexion, une telle orientation vers le raffermissement de la force obligatoire des procédures contractuelles est hautement souhaitable pour plusieurs raisons. D'abord, la procéduralisation des rapports contractuels apparaît de plus en plus comme l'œuvre des contractants eux-mêmes. Les exemples de clauses proposées ont permis de se rendre compte de la réalité du phénomène. Ensuite, dans la mesure où les procédures contractuelles sont principalement le fait des parties, le respect de leur volonté implique nécessairement de reconnaître une valeur contraignante aux instruments de régulation ainsi créés. Il en est ainsi d'autant que leur inclusion dans le contrat n'est pas le fait du hasard. On ajoutera, par ailleurs, que les dispositifs contractuels en cause s'inspirent de règles procédurales dotées d'une certaine autonomie laquelle a un prolongement sur le terrain de la sanction applicable. Il n'y a pas de raison de ne pas appliquer le même raisonnement au sujet de règles similaires introduites dans le contrat par les parties.

L'attractivité des procédures contractuelles dépendra largement de leur efficacité. En privilégiant la dimension punitive des sanctions, on incitera les parties à l'application effective de ces normes. Reste à espérer que les tribunaux puissent s'engager dans cette voie qui participe pleinement à l'objectif contemporain de désengorgement de leur rôle puisqu'elle permet de recentrer les parties dans la gestion de leurs affaires.

BIBLIOGRAPHIE

Traités, manuels et ouvrages généraux

ABRAVANEL-JOLLY (S.), *Droit des assurances*, préf. B. BEIGNIER, 3e éd., Ellipes, 2020.
AUZERO (G.), BAUGARD (D.) et DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, 34e éd., Dalloz 2021.
BACACHE-GIBEILI (M.), *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, 3e éd., Economica 2016.
BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. 1, Libr. de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1897.
BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, 19e éd., LGDJ Lextenso 2021.
BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, 5e éd., Dalloz 2012.
BERGERON-CANUT (F.) et GAUDU (F.), *Droit du travail*, 7e éd., Dalloz 2021.
BEUDANT (C.), *Cours de droit civil français*, t. 8, 2e éd., Rousseau 1953.
BIGOT (J.), KULLMANN (J.) et MAYAUX (L.), *Traité de droit des assurances. Les assurances de dommages*, préf. G. DURRY, LGDJ 2017.
BRUN (P.), *Responsabilité extracontractuelle*, 5e éd., LexisNexis 2018.
BUFFELAN-LANORE (Y.) et LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil. Les obligations*, 17e éd., Sirey 2020.
CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, 11e éd., LexisNexis 2020.
CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès,* PUF, 3e éd., 2020.
CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. 2, *Les biens*, *Les obligations*, 2e éd., Quadrige/PUF 2017.

CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), MAYER (L.) et GUINCHARD (S.), *Procédure civile. Droit commun et droit spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 35e éd., Dalloz 2020.
CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.), *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2e éd., Dalloz 2018.
CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t. 1, 15e éd., Montchrestien 2001.
CHARVÉRIAT (A.), DONDERO (B.), SÉBIRE (M-É), GILBERT (F.) et MERCADAL (B.), *Sociétés commerciales*, éd. Francis Lefebvre 2019.
CAYROL (N.), *Procédure civile*, 3e éd., Dalloz 2020.
CHÉNEDÉ (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations, innovations, perspectives*, 2e éd., Dalloz 2018.
COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, 11e éd., Dalloz 2019.
CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 13e éd., Quadrige/PUF, 2020.
CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, 3e éd., PUF 1996.
CONSTANT (B.), *Écrits politiques*, Gallimard, coll. « Folio » 1997.
COUCHEZ (G.) et LAGARDE (X.), *Procédure civile*, 17e éd., Sirey, 2014.
COUTURIER (G.), *Droit du travail,* t. 1, *Les relations individuelles*, 3e éd., PUF, 1996.
COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, 33e éd. LexisNexis 2020.
DE BÉCHILLON (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, éd. Odile Jacob 1997.
DEMANTE (A.-M.), *Cours analytique de Code Napoléon*, t. 5, par COLMET DE SANTERRE, Paris, Éd. Plon 1865.
DEMOLOMBE (J.-C.), *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, Durand et Hachette, 1870.
DESHAYES (O.), GENICON (T.) et LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, 2e éd., LexisNexis 2018.
DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, 6e éd., LGDJ 2021.
EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif*, *doctorat*, 1958-1959.
FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations*, 1 – *Contrat et engagement unilatéral*, 6e éd., Thémis droit – PUF 2021.
FLOUR, AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (É.), *Droit civil, Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, 16e éd. Sirey, 2014 ; *Les obligations,* t. 3*, Le rapport d'obligation*, 9e éd., Sirey 2015.
FOUCHARD (P.), GAILLARD (E.), GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international,* Litec 1996.
FROMONT (M.) et KNETSCH (J.), *Droit privé allemand*, 2e éd., LGDJ 2017.
GAUDEMET (E.), *Théorie des obligations*, Paris, Sirey, 1937, réimpr. Dalloz 2004, préf. D. MAZEAUD.
GAURIAU (B.) et MINÉ (M.), *Droit du travail*, 4e éd. Sirey, 2020.
GHESTIN (J.), BILLIAU (M.) et LOISEAU (G.), *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ 2005.
GHESTIN (J.) et DESCHÉ (B.), *Traité des contrats. La vente*, LGDJ 1990.
GHESTIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *Traité de droit civil*, t. 1, *Introduction générale*, 5e éd., LGDJ 2018.
GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil*, *Les effets du contrat,* 3e éd., 2001.

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat, t. 1, Le contrat - Le consentement*, 4e éd., LGDJ 2013 ; *La formation du contrat*, t. 2, *L'objet et la cause – Les nullités,* 4e éd., LGDJ 2013.
GUINCHARD (S.) (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, 10e éd., Dalloz Action, 2021/2022.
GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), DELICOSTOPOULOS (C. S.), DELICOSTOPOULOS (I. S.), DOUCHY-OUDOT (M.), FERRAND (F.), LAGARDE (X.), MAGNIER (V.), RUIZ FABRI (H.), SINOPOLI (L.), SOREL (J.-M.), *Droit processuel*, *Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 11e éd., Dalloz, 2021.
GUINCHARD (S.), FERRAND (F.), CHAINAIS (C.) et MAYER (L.), *Procédure civile*, *Hyper Cours*, 7e éd., Dalloz 2021.
GUYON (Y.), *Traité des contrats*, *Les sociétés : Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd. Paris, LGDJ 2002.
HÉRON (J.), LE BARS (T.) et SALHI (K.), *Droit judiciaire privé*, 7e éd., LGDJ, Lextenso 2019.
JAPIOT (R.), *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Rousseau 1916.
JEULAND (E), *Droit processuel général*, 4e éd., LGDJ Lextenso, 2018.
JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, t. II, Sirey, 1930.
LABATHE (F.) et NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, LGDJ 2008.
LARROUMET (C.) et AYNÈS (A.), *Droit civil*, t. 1, *Introduction à l'étude du droit privé*, 6e éd., Economica 2013.
LARROUMET (C.) et BROS (S.), *Droit civil*, t. 3, *Les obligations, Le contrat,* 10e éd., Economica, 2021.
LE TOURNEAU (P.) (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats - Régimes d'indemnisation*, 12e éd., coll. Dalloz action 2021/2022.
LIBCHABER (R.), *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ 2013.
MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligations*, 11e éd., LGDJ 2020.
MALINVAUD (P.), *Droit de la construction*, 7e éd., Dalloz Action 2018/2019.
MALINVAUD (P.), MEKKI (M.) et SEUBE (J.-B.), *Droit des obligations*, 16e éd., LexisNexis 2021.
MARCADÉ (V.), *Explications théoriques et pratiques du Code Napoléon*, t. 4, 5e éd., Paris 1859.
MARTY (G.), RAYNAUD (P.) et JESTAZ (P.), *Les obligations,* t. 2*, Le régime*, 2e éd., Sirey, 1989.
MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations, théorie générale*, 9e éd., Montchrestien 1998.
MAZEAUD (H., L. et J.) et TUNC (A.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6e éd., Montchrestien 1965.
MERCADAL (B.), *Réforme du droit des contrats*, éd. Francis Lefebvre, coll. « Dossier pratique » 2016.
MOTULSKY (H.), *Droit processuel*, Montchrestien 1973.
MOUSSERON (J. M.), *Technique contractuelle*, 5e éd. par P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, Francis Lefebvre 2017.
PERRIN (J.-F.), *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Libraire Droz, Génève – Paris 1979.

POUDRET (J.-F.) et BESSON (S.), *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002.
RACINE (J.-B.), *Droit de l'arbitrage*, PUF 2016.
ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, 2e éd., PUF 2013.
ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, préf. D. DEROUSSIN, rééd. Dalloz 2005.
SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAUX et L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes*, 2e éd., LGDJ 2018.
SERAGLINI (C.) et ORTSCHEIDT (J.), *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2e éd., LGDJ, Lextenso 2019.
SÉRIAUX (A.), *Manuel de droit des obligations*, 2e éd., PUF 2014.
SOLUS (H.) et PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, t. 1, *Introduction, notions fondamentales, organisation judiciaire*, Paris, Sirey 1961 ; *Droit judiciaire privé*, t. 3, *Procédure de première instance*, Sirey 1991.
STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Les obligations,* t. 3. *Régime général*, 6e éd., Litec 1999 ; *Droit civil. Les obligations,* t.2, *Le contrat*, 6e éd., Litec 1998.
TANDOGAN (H.), *Notions préliminaires à la théorie générale des obligations*, Georg, Genève 1972.
TERCIER (P.), *La partie spéciale du Code des obligations*, Schulthess, Zurich, 1988.
TERRÉ (T.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.) et CHÉNEDÉ (F.), *Droit civil, Les obligations*, 12e éd., Dalloz 2018.
VALÉRY (P.), *Regards sur le monde actuel*, réed., BoD 2018.
VINEY (G.), JOURDAIN (P.) et CARVAL (S.), *Traité de droit civil – Les effets de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ 2017.
WITZ (C.), *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, Paris 1992.
ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (T.), *Cours de droit civil - Contrats, Théorie générale*, PUF, 2014.

Thèses, monographies et ouvrages spéciaux

ABDELGAWAD (W.), *Arbitrage et droit de la concurrence. Contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, préf. É. LOQUIN, LGDJ 2001.
AMIEL-DONAT (J.), *Essai sur le rôle du consentement dans la formation des contrats*, th. Perpignan, 1981.
ANCEL (M.-E), *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. AYNÈS, Economica 2002.
ANCEL (P.) et RIVER (M.-C.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica 2001.
ANTONMATTEI (P.-H.), *Contribution à l'étude de la force majeure*, préf. B. TEYSSIÉ, LGDJ, 1992.
ARBANT-MICHEL (G.), *Les relations entre les clauses et le contrat*, Université de Montpellier I, thèse microfiche, 2001.
ASCENCI (L.), *Du principe de la contradiction*, préf. L. CADIET, LGDJ 2006.
ATTIAS (A.), *La survie du contrat*, th. Université Paris-Sud 2015.
AUBERT (J.-L.), *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat,* préf. J. FLOUR, LGDJ, 1970.

BANDRAC (M.), *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, préf. P. RAYNAUD, Economica 1986.
BARBIER (H.), *La liberté de prendre des risques*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2011.
BASTIAN (D.), *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Sirey 1929.
BECQUART (J.), *Les mots à sens multiples en droit civil français*, préf. R. CASSIN, PUF 1928.
BEN ABDERRAHMANE (D.), *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*, préf. M. PEDAMON, LGDJ 1985.
BENNANI (A.), *Les contrats FIDIC*, th. Montpellier 2015.
BENTO DE CARVALHO (L.), *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, préf. G. AAUZERO, LGDJ 2018.
BERLIOZ (G.), *Le contrat d'adhésion*, préf. B. GOLDMANN, 2e éd., LGDJ 1976.
BERNHEIM-VAN DE CASTEELE (L.), *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, th. Versailles – Saint-Quentin-en-Yvelines, 2010.
BILLEMONT (J.), *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, préf. C. JAMIN, LGDJ 2013.
BLANCHIN (C.), *L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ?*, préf. H. GAUDEMET-TALLON, Travaux et Recherches Panthéon-Assas Paris II, LGDJ 1995.
BLANC-JOUVAN (G.), *L'après-contrat. Étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, préf. P.-Y. GAUTIER, PUAM 2003.
BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, préf. N. FRICERO et R. MARTIN, Bruylant et LGDJ, 2002.
BLOUD-REY (C.), *Le terme dans le contrat*, préf. P.-Y. GAUTIER, PUAM 2003.
BOILLOT (C.), *La transaction et le juge*, préf. P. LE CANNU, LGDJ 2003.
BOISMAIN (C.), *Les contrats relationnels*, préf. M. FABRE-MAGNAN, PUAM 2005.
BOUCARD (H.), *L'agréation de la livraison dans la vente. Essai d'une théorie*, préf. P. RÉMY, LGDJ 2005.
BOUCARON-NARDETTO (M.), *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, préf. J.-B. RACINE, PUAM, 2013.
BREWER-CARIAS (A. R.), *Les principes de la procédure administrative non contentieuse : étude de droit comparé (France, Espagne, Amérique latine)*, préf. F. MODERNE, Economica 1992.
BRUN (A.), *Rapports et domaine des responsabilités contractuelle et délictuelle*, th. Lyon 1931.
BUY (F.), LAMOUREUX (M.), MESTRE (J.) et RODA (C.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2e éd., LGDJ 2018.
CADIET (L.), *Découvrir la justice*, Dalloz 1997.
CADIET (L.) et CLAY (T.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, 3e éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit 2019.
CAILLAUD (B.), *L'exclusion d'un associé dans les sociétés*, préf. J. DERRUPPÉ, Sirey 1966.
CAPDEPON (Y.), *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préf. J.-C. SAINT-PAU, Dalloz 2013.
CARVAL (S.), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. VINEY, LGDJ 1995.
CATALA (N.), *La nature juridique du payement*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ 1961.

CAYROL (N.), *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, préf. F. GRUA, Economica 2001.
CELLIER (N.-H.), *Cours de rédaction notariale ou Nouveau recueil de modèles des actes et contrats, accompagnés de tableaux synoptiques*, 2e éd., Paris, 1840.
CHABAS (C.), *L'inexécution licite du contrat*, préf. J. GHESTIN, avant-propos D. MAZEAUD, LGDJ 2002.
CHENU (D.), *Les clauses contractuelles autonomes*, th. Tours, 2010.
CHOLET (D.), *La célérité de la procédure en droit processuel*, préf. G. GIUDICELLI-DELAGE, LGDJ 2006.
CLAY (T.), *L'arbitre*, préf. P. FOUCHARD, Dalloz 2001.
COMPARATO (F.-K.), *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, préf. A. TUNC, Dalloz 1963.
COTTET (M.), *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, préf. J. ROCHFELD, LGDJ 2013.
DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Paris 1952, réimpr. Dalloz 2007, préf. C. ATIAS,
DABOSVILLE (B.), *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, préf. A. LYON-CAEN, Dalloz 2013.
DAUCHY (P.), *Essai d'application de la méthode structurale à l'étude du contrat*, th. Paris II, 1979.
DAVID (R.), *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1981.
DE FONTMICHEL (M.), *Le faible et l'arbitrage*, préf. T. CLAY, Economica 2013.
DELAPORTE (V.), *Recherche sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, th. Paris I, 1975.
DELAUNAY (B.), *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, préf. C. DEBOUY, LGDJ 1993.
DESCORPS DECLÈRE (F.), *Pour une obligation d'adaptation des accords de coopération, (contribution à l'étude du contrat évolutif)*, th. Paris I, 2000.
DESIDERI (J.-P.), *La préférence dans les relations contractuelles*, préf. J. MESTRE, PUAM 1997.
DIALLO (O.), *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, préf. J.-M. JACQUET, 1re éd., PUF 2010.
DIESSE (F.), *Le devoir de coopération dans le contrat*, th. Lille II, 1998.
DREIFUSS-NETTER (F.), *Les manifestations de volontés abdicatives*, LGDJ 1985, préf. P. TERCIER.
DROSS (W.), *Clausier : Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 4e éd., Lexisnexis 2020.
DUCLOS (J.), *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, préf. D. MARTIN, LGDJ 1984.
ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ 1996.
FABRE (A.), *Le régime du pouvoir de l'employeur*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ 2010.
FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats : Essai d'une théorie*, préf. J. GHESTIN, LGDJ 1992.
FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, préf. J. MESTRE, PUAM 1997.
FAURE ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, préf. P. REMY, LGDJ 2003.
FONTAINE (M.) et DE LY (F.), *Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de clauses*, Bruylant, 2e éd., 2003.

FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. LEDUC, Dalloz 2012.
FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, préf. L. SAUTONIE-LAGUIONIE, LGDJ 2017.
GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. CORNU, Economica, 1985.
GALBOIS-LEHALLE (D.), *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ 2020.
GARAUD (E.), *La transparence en matière commerciale*, th. Limoges, 1995.
GATSI (J.), *Le contrat-cadre*, préf. M. BEHAR-TOUCHAIS, LGDJ 1996.
GAUDEMET (S.), *La clause réputée non écrite*, préf. Y. LEQUETTE, Economica 2006.
GENICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. LEVENEUR, LGDJ 2007.
GODÉ (P.), *Volonté et manifestations tacites*, Travaux et recherches de l'Université du droit et de la santé de Lille, préf. J. PATARIN, PUF 1977.
GOMAA (N. M. K.), *Théorie des sources de l'obligation*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ 1968.
GOUBEAUX (G.), *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. TALLON, LGDJ 1969.
GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon, éd. A. Rousseau, 1912.
GOUT (O.), *Le juge et l'annulation du contrat*, préf. P. ANCEL, PUAM 1999.
GRARE (C.), *Recherche sur la cohérence de la responsabilité*, péf. Y. LEQUETTE, Dalloz 2005.
GRAS (N.), *Essai sur les clauses contractuelles*, préf. M. MEKKI, Centre Michel de l'Hospital, 2018.
GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. J. GHESTIN, LGDJ 1992.
HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, éd. Panthéon-Assas 2017.
HAMELIN (J.-F.), *Le contrat-alliance*, préf. N. MOLFESSIS, Economica 2012.
HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, préf. L. AYNÈS, postf. F. TERRE, LGDJ 2012.
HENRY (M.), *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, av.-p. J.-D. BREDIN, préf. P. MAYER, LGDJ 2001.
HOSTIOU (R.), *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, préf. G. DUPUIS, LGDJ 1975.
HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. MUIR WATT, PUAM 2001.
IBARA (R.), *L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée*, th. Poitiers, 2012.
ISAAC (G.), *La procédure administrative non contentieuse*, préf. O. DEPEYROUX, LGDJ 1968.
JACQUEMIN (H.), *Le formalisme contractuel : mécanisme de protection de la partie faible*, préf. E. MONTERO, Larcier 2010.
JACQUEMIN (Z.), *Payer, réparer, punir : étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, allemand et anglais*, préf. B. FAUVARQUE-COSSON, LGDJ Lextenso 2021.
JACQUES (P.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, préf. F. CHABAS, Dalloz 2005.

JAOUEN (M.), *La sanction prononcée par les parties au contrat, Etude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, préf. D. MAZEAUD, Economica 2013.
JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, th. Dijon, LGDJ 1909, réed. La mémoire du droit, coll. de la Faculté Jean Monnet, 2017.
JARROSSON (C.), *La notion d'arbitrage*, préf. B. OPPETIT, LGDJ 1987.
JUEN (E.), *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, préf. E. LOQUIN, LDGJ Lextenso 2016.
JUILLET (C.), *Les accessoires de la créance*, préf. C. LARROUMET, Defrénois Lextenso éditions 2009.
KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. C. EISENMANN, 2e éd., Bruylant/LGDJ 2010.
KOUCHNER (C.), *De l'opposabilité en droit privé*, th. Paris X, Nanterre, 2004.
LABARTHE (F.), *La notion de document contractuel*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1994.
LAFUMA (E.), *Des procédures internes, Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ 2008.
LAITHIER (Y.-M.), *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. MUIR WATT, LGDJ, 2004.
LAMAZEROLLES (E.), *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, préf. P. REMY, LGDJ, coll. de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers 2003.
LATINA (M.), *Essai sur la condition en droit des contrats*, préf. D. MAZEAUD, LGDJ, 2009.
LEBRET (A.-S.), La distinction des nullités relative et absolue, th. Paris II, 2015.
LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, th. Toulouse I, 2003.
LEGROS (C.), *L'arbitrage et les opérations juridiques à trois personnes*, th. Rouen, 1999.
LEMAY (P.), *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, av.-p. G. CHANTEPIE, préf. S. CHASSAGNARD-PINET, éd. Mare & martin 2014.
LEPAGE (A.), *Recherche sur la connaissance du fait en droit*, th. Paris XI, 1998.
LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. BRENNER, Economica 2012.
LE TOURNEAU (P.), *L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle*, 2e éd., LexisNexis 2016.
LEVIS (M.), *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, préf. P. RAYNAUD, Economica 1989.
LIBCHABER (R.), *Le contrat au XXIe siècle. L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, LGDJ Lextenso 2020.
LOIR (R.), *Les conventions non créatrices d'obligations*, th. Université Lille II, 2007.
LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du pouvoir en droit privé des rapports contractuels*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ 2004.
LUCAS-PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. FABRE-MAGNAN, LGDJ 2005.
LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles*, préf. A. GHOZI, Panthéon-Assas, DL Paris 2008.
MALECKI (C.), *L'exception d'inexécution*, préf. J. GHESTIN, LGDJ 1999.
MAYER (L.), *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, préf. L. CADIET, IRJS EDITIONS 2009.
MAZEAUD (D.), *La notion de clause pénale*, préf. F. CHABAS, LGDJ 1992.

MAZEAUD (D.) et JAMIN (C.) (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003.
MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. GHESTIN, LGDJ 2004.
MESTRE (J.) et *alii*, *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, PUAM, 1997.
MILHAC (O.), *La notion de condition dans les actes à titre onéreux*, préf. J. GHESTIN, LGDJ 2001.
MOLINA (L.), *La prérogative contractuelle*, th. Paris I, 2020.
MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs,* préf. P. ROUBIER, Paris 1948, réed. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz » 2002, présentée par M.-A. FRISON-ROCHE ; *Ecrits, t. II : Etudes et notes sur l'arbitrage*, préf. C. RAYMOND, Dalloz 2010.
MOUILLON G., *L'indétermination de la norme et la procéduralisation du droit : l'exemple de l'arbitrage en droit interne*, th. Paris I, 2001.
MOULY (C.), *Les causes d'extinction du cautionnement*, préf. M. CABRILLAC, Librairies Techniques 1979.
NIBOYET-HOEGY (M.-L.), *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, préf. B. GOLDMAN, Economica 1986.
OPPETIT (B.), *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1re éd. 1998.
OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. LEQUETTE, Dalloz 2002.
PANCRAZI-TIAN (M.-E.), *La protection judiciaire du lien contractuel*, préf. J. Mestre, PUAM, 1996.
PAULIN (C.), *La clause résolutoire*, préf. J. DEVEZE, LGDJ 1996.
PELLET (S.), *L'avenant au contrat*, préf. P. STOFFEL-MUNCK, IRJS éditions 2010.
PENIN (O.), *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat. Contribution à l'étude du contrat, acte de prévision*, préface Y. LEQUETTE, LGDJ 2012.
PIÉDELIÈVRE (J.), *Des effets produits par les actes nuls. Essai d'une théorie d'ensemble*, th. Paris, A. Rousseau 1911.
PIERRE-MAURICE (S.), *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, préf. Y. STRICKLER, Dalloz 2003.
PILLEBOUT (J.-F.), *Recherches sur l'exception d'inexécution*, préf. P. RAYNAUD, LGDJ 1971.
PIMONT (S.), *L'économie du contrat*, préf. J. BEAUCHARD, PUAM 2004
PINNA (A.), *La mesure du préjudice contractuel*, préf. P.-Y. GAUTIER, LGDJ 2007.
PIRONON (V.), *Les joint-ventures : contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, préf. P. FOUCHARD, Dalloz 2004.
PONS (B.), *Contrat de transaction - Solutions transactionnelles*, Dalloz Référence 2014-2015.
POPINEAU-DEHAULLON (C.), *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparative*, préf. M. GORÉ, LGDJ, 2008.
RAWLS (J.), *Théorie de la justice*, éd. Seuil 1987.
RIGALLE-DUMETZ (C.), *La résolution partielle du contrat*, préf. C. JAMIN, Dalloz 2003.
RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., LGDJ 1949.
RONGÈRE (P.), *Le procédé de l'acte-type*, préf. J. RIVERO, LGDJ 1968.
RONTCHEVSKY (N.), *L'effet de l'obligation*, préf. A. GHOZI, Economica 1998.
ROUHETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris 1965.

ROUVIÈRE (F.), *Le contenu du contrat : essai sur la notion d'inexécution*, préf. C. ATIAS, PUAM 2005.
SAVELLI (B.), *L'exercice illicite d'une activité professionnelle. Étude des sanctions de droit privé*, préf. J. MESTRE, PUAM 1995.
SCHMIDT (D.), *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, 2e éd., Joly 2004.
SCHMIDT (J.), *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz 1982.
SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, préf. D. HOUTCIEFF, LGDJ 2011.
SEUBE (J.-B.), *L'indivisibilité et les actes juridiques*, préf. M. CABRILLAC, Litec, 1999.
SIMLER (P.), *La nullité partielle des actes juridiques*, préf. A. WEILL, LGDJ, 1969.
SIRI (A.), *Le mutuus dissensus : notion, domaine, régime*, av.-p., P. STOFFEL-MUNCK, préf. R. BOUT, PUAM 2015.
SIRI (R.), *Essai d'une théorie générale des clauses contractuelles : réflexions de lege lata et de lege ferenda à partir du droit commun du contrat*, th. Aix-Marseille 3, 2011.
SONET (A.), *Le préavis en droit privé*, préf. F. BUSSY, PUAM 2003.
SOULEAU (I.), *La prévisibilité du dommage contractuel (défense et illustration de l'article 1150 du Code civil)*, th. Paris II, 1979.
STOFFEL-MUNCK (P.), *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, préf. R. BOUT, LGDJ 2000.
TAISNE (J.-J.), *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, th. Lille II, 1977.
TESTU (F. X.), *Contrats d'affaires*, Dalloz Référence 2010/2011.
THIBIERGE (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. AYNÈS, Economica 2011.
TIREL (M.), *L'effet de plein droit*, préf. D. R. MARTIN, Dalloz 2018.
VALORY (S.), *La potestativité dans les rapports contractuels*, av.-p. I. NAJJAR, préf. J. MESTRE, PUAM 1999.
VERDIER (J.-M.), *Les droits éventuels, Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, Préf. H. MAZEAUD, Rousseau, 1955.
VIGNAL (N.), *La transparence en droit privé des contrats (Approche critique de l'exigence)*, préf. J. MESTRE, PUAM 1998.
WÉRY (P.), *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, préf. I. MOREAU-MARGRÈVE, Kluwer, 1993.
WIENER (C.), *Vers une codification de la procédure administrative*, préf. R. ODENT, PUF 1975.
WINTGEN (R.), *Etude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, préf. J. GHESTIN, LGDJ 2004.
ZAGORI (A.), *La volonté dans la gestion des conflits*, th. Université Paris-Saclay 2015.

Articles, chroniques et actes de colloques

ADOM (K.), « La révocation des dirigeants de sociétés commerciales », Rev. sociétés 1998, p. 488.

ALLAIN (T.), « Clauses de garantie dans les cessions de droits sociaux », Rép. Sociétés, Dalloz oct. 2018.
ALLIX (D.), « Réflexions sur la mise en demeure », JCP 1977. I. 2844.
AMRANI-MEKKI (S.), « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », Defrénois 30 mars 2002, p. 355 ; « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », Defrénois 2003, p. 369 ; « Le principe de célérité », *in* RFAP, n° 125, 2008, p. 43 ; « La clause de conciliation », *in La médiation, société de législation comparée*, Dalloz 2009, p. 29 ; « Les nouveaux titres exécutoires : les accords amiables homologués », Dr. et pratr. 2013, p. 231 ; « Chantier de l'amiable : concevoir avant de construire », JCP G suppl. n° 13, 26 mars 2018.
AMRANI-MEKKI (S.), JEULAND (E.), SERINET (Y.-M.) et CADIET (L.), « Le procès civil français à son point de déséquilibre ? À propos du décret "procédure" », JCP G 2006, I, 146.
ANCEL (J.-P.), « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », trav. Com. Fr. DIP 1991-92, p. 75.
ANCEL (P.), « Arbitrage et procédures collectives », Rev. arb. 1983, p. 255 ; « Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985 », Rev. arb. 1987, p. 127 ; « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », JCP E, Cah. dr. entr., 1998/6, p. 30 ; « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, p. 771 ; « L'encadrement de la juridiction par le contrat », *in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, P. ANCEL et M.-C. RIVIER (dir.), Economica, 2001, p. 6 ; « Exécution des contrats et exécution des décisions de justice », *in* L'exécution, 23e colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, Lyon, 20 nov. 1999, L'Harmattan 2001, p. 151 ; « Arbitrage et novation », Rev. arb. 2002, p. 3 ; « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », *in* Mélanges D. TRICOT, Dalloz 2011, p. 61 ; « Convention d'arbitrage - Conditions de fond », J.-Cl. Proc. civ. 2016, fasc. 1022 ; « Proposition de modification de l'article 1103 du Code civil : revenons à Domat ! », RDC 2017, p. 166.
ANCEL (P.) et COTTIN (M.), « L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation », D. 2003, p. 1386.
ANSAULT (J.-J.), « Les clauses statutaires d'exclusion à l'aune de la liberté contractuelle », Journ. sociétés 12/2012, n° 104, p. 28.
ARONICA (C.), « La clause du client le plus favorisé », AJCA 2014, p. 69.
ARTZ (J.-F.), « La suspension du contrat à exécution successive », D. 1979, Chron. XV, p. 95.
ASSELAIN (M.), « La sanction des déclarations inexactes en assurances à risques et primes variables », RGDA 2017.
ASTEGIANO-LA RIZZA (A.), « La déclaration des risques en cours de contrat : entre nouvelles précisions jurisprudentielles et incertitudes récurrentes », BJDA – Dossier n° 1, 2017, p. 11.
ATIAS (C.), « Principe majoritaire et modification réputée non écrite du règlement de copropriété », D. 2001, chron., p. 879 ; « "De plein droit" », D. 2013, p. 2183.
AUBERT (J.-L.), « Interprétation stricte des clauses résolutoires », D. 1991, p. 327 ; « À propos de la distinction renouvelée des parties et des tiers », RTD civ. 1993, p. 263.
AUBERT (J.-L.) et GOLDIE-GENICON (C.), « Novation », Rép. civ. Dalloz 2017.
AUBERT DE VINCELLES (C.), « Le processus de conclusion du contrat », *in Pour une réforme du droit des contrats*, F. TERRE (dir.), Dalloz 2008, p. 119.

AUBY (J.-M.), « La procédure administrative non contentieuse », D. 1956, chron., p. 27.
AYNÈS (L.), « Formalisme et prévention », *in Le droit du crédit au consommateur*, Librairies techniques 1982, p. 80 ; « Les clauses de circulation du contrat », *in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, J. MESTRE (dir.), PUAM 1990, p. 131 ; « Le devoir de renégocier », RJ com. nov. 1999, p. 11 ; « L'obligation de loyauté », APD 2000, t. 44, p. 195 ; « Motivation et justification », RDC 2004, p. 555 ; « Rapport introductif », in L'anéantissement rétroactif du contrat, RDC 2008, p. 9 ; « L'imprévision en droit privé », RJ com. 2005, p. 397 ; « *Le juge et le contrat, nouveaux rôles ? », in Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?,* RDC 2016, hors-série, p. 14 ; « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux – Synthèse », RDC 2018, p. 528.
BAILLY (P.), « Une disparition qu'on peut regretter », *in* « La fin du préjudice nécessaire met-elle en danger l'efficacité des sanctions du droit du travail ? », Rev. trav. 2017, p. 374.
BAILLOD (R.), « À propos des clauses réputées non écrites », *in* Mélanges L. BOYER, PUSST 1996, p. 15.
BALAT (N.), « Les règles instituant des processus en droit des contrats : observations sur le "formalisme méthodique" », *in* Mélanges en l'honneur du professeur B. TEYSSIÉ, LexisNexis 2019, p. 895.
BANDRAC (M.), « L'action en justice, droit fondamental », *in* Mélanges R. PERROT, Dalloz 1996, p. 1 ; « La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive en matière civile », RDC 2008, p. 1413.
BARBET (J.) et ROSHER (P.), « Les clauses de résolution de litiges optionnelles », Rev. arb. 2010, p.45.
BARBIER (H.), « À sanction procédurale, clause procédurale ! Précisions sur le contenu de la clause de conciliation », RTD civ. 2014, p. 655 ; « La force de la mention « de plein droit » des clauses résolutoires », RTD civ. 2015, p. 875 ; « L'exécution et la sortie du contrat », RDC 2018, n° hors-série, p. 40 ; « La liberté contractuelle d'aménager les effets de l'extinction du contrat », D. 2018, p. 1185.
BARBIERI (J.-F.), « L'obligation d'aviser des motifs, préalable à la révocation du directeur général », Rev. sociétés 2011, p. 563.
BARRET (O.), « L'appel-nullité dans le droit commun de la procédure civile », RTD civ. 1990, p. 199.
BARRET (O.), BRUN (P.), « Vente : formation – Aliénabilité de la chose », Rép. dr. civ., Dalloz 2019.
BARTHEZ (A.-S.) et SERINET (Y.-M.), « Les modèles dans les garanties de paiement », *in Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, T. REVET (dir.), LGDJ 2005, p. 383.
BATIFFOL (H.), « La "crise du contrat" et sa portée », APD 1968, p. 13.
BATTAGLIA (F.), « Le problème du contrat », APD 1940, p. 174.
BAUDOIN (J.-L.), « Les dommages et intérêts punitifs, un exemple d'emprunt réussi à la common law », *in* Mélanges P. MALINVAUD, Litec 2007, p. 1.
BEAUJOUR (J.-C.), « Le temps dans le processus de médiation », Gaz. Pal. 2017, p. 21.
BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Quand la théorie de l'imprévision entre par la petite porte : la clause de « *hardship* » imposée sous peine d'amende administrative », RDC 2013, p. 1431 ; « La théorie de l'imprévision revue et corrigée par le droit commercial : quand la clause de hardship est imposée sous peine d'amende administrative », RLC 2013/36, n° 2344.

BELLIVIER (F.) et SEFTON-GREEN (R.), « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droit français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », *in* Mélanges J. GHESTIN, LGDJ 2001, p. 91.
BERGEL (J.-L.), « Différence de nature (égale) différence de régime », RTD civ. 1984, p. 255 ; « Les règles de paiement de l'entrepreneur dans les marchés privés de travaux », RDI 2013, p. 8.
BERLIOZ-HOUIN (B.) et BERLIOZ (G.), « Le droit des contrats face à l'évolution économique », *in* Mélanges R. HOUIN, Dalloz, 1985, p. 3.
BERNHEIM-DESVAUX (S.), « La clause de résolution de litiges optionnelle », CCC 2013, form. 12.
BERNHEIM-VANDECASTEELE (L.), « Survie de certaines clauses en cas de résolution du contrat pour inexécution : Brèves réflexions à la lumière de la jurisprudence récente », LPA 2013, p. 6.
BERTOLASO (S.), « La réception des travaux : notion adaptable ou concept instable ? », Contr.-Urb. n° 9, sept. 2013, étude 9.
BESSON (A.), « La notion de déchéance en matière d'assurance », RGAT 1936, p. 225.
BIGOT (J.), « Assurances à primes et risques variables : fausse route ? », JCP 2008. I. 207.
BINCTIN (N.), « La légalité procédurale en droit des sociétés - Contribution à l'étude de la révocation », LPA 12 sept. 2006, n° 182, p. 3.
BLANC (G.), « La conciliation comme mode de règlement des différends dans les contrats internationaux », RTD com., 1987, p. 173.
BLATTER (J.-P.), « De l'interprétation stricte d'une clause résolutoire », AJDI 2001, p. 983.
BLÉRY (C.) et TEBOUL (J.-P.), « Une nouvelle ère pour la procédure civile », Gaz. Pal. 2015, p. n° 87, p. 6.
BOLLÉE (S.), « Clauses abusives et modes alternatifs de règlement des litiges (l'article 6 de la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005) », Rev. arb. 2005, p. 225.
BOILLOT (C.), « De l'efficacité des clauses compromissoires ? à celle des clauses de médiation et de conciliation », JCP G 2002, II, 10174 ; « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », RTD com. 2010, p. 243 ; « Le régime des clauses relatives aux litiges », RTD com. 2013, p. 1.
BOLARD (G.), « L'obligation de négocier préalable au procès », Gaz. Pal. 1997. 1125 ; « Les principes directeurs du procès arbitral », Rev. arb. 2004, p. 511.
BOLLÉE (S.), « La clause compromissoire et le droit commun des conventions », Rev. arb. 2005, n° 4, p. 917.
BORENFREUND (G.), « Le droit du travail en mal de transparence », Dr. soc. 1996, p. 471.
BOUCHARD (V.), « Pour une définition de la notion de charge en droit privé », LPA 2002, p. 4.
BOUCOBZA (X.), « La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international », Rev. arb. 1998, p. 495.
BOUCOBZA (X.) et SERINET (Y.-M.), « Varia sur l'existence du consentement à l'arbitrage », RDC 2018, p. 386.
BOULMIER (D.), « Le tragique destin de *Préjudice nécessaire*… ou l'impunité en marche », *in* « La fin du préjudice nécessaire met-elle en danger l'efficacité des sanctions du droit du travail ? », Rev. trav. 2017, p. 374.
BOURQUE (J.-F.), « L'expérience du centre international d'expertise de la CCI et le développement de l'expertise international », Rev. arb. 1995, p. 231.

BOYER (L.) et ROLAND (H.), « À propos du défaut de diligence », *in* Mélanges J. VINCENT, Dalloz 1981, p. 9.
BRENNER (C.) et LECUYER (H.), « La réforme de la prescription », JCP N n°12, 20 mars 2009, 1118.
BRÈTHE DE LA GRESSAYE (J.), « La théorie de la responsabilité en droit pénal et en droit civil », Revue générale du droit 1928, p. 193 ; « Le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise », Dr. soc. 1960, p. 634.
BRIATTE (A.-X.), « La renégociation d'un prêt immobilier et sa formalisation », RD bancaire et fin. 2018, étude 10.
BROCHIER (E. et M.), « Pour une clarification des procédures de médiation et de conciliation dans le code de procédure civile », D. 2015, p. 389.
BRUN (P.), « Le droit de revenir sur son engagement », *in Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?* colloque Chambéry, dr. et patr., mars 1998, p. 78.
BUFFELAN (Y.) et PELLIER (J.-D.), « Condition », Rép. civ., Dalloz 2020.
BURGELIN (J.-F.), COULON (J.-M.) et RISON-ROCHE (M.-A.), « L'office de la procédure », *in Le juge entre deux millénaires*, *in* Mélanges offertes à P. DRAI, Dalloz 2000, p. 253.
BUY (F.), « La modification unilatérale à l'épreuve des pratiques commerciales déloyales », AJC 2020, p. 271.
CABRILLAC (M.), « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », *in* Mélanges G. MARTY, PUSST 1978, p. 235 ; « Les accessoires de la créance », *in* Études dédiés à A. WEILL, Litec 1983, p. 107.
CADIET (L.), « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », *in Le droit contemporain des contrats*, L. CADIET (dir.), G. CORNU (préf.), Économica, 1987, p. 7 ; « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice», *in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, J. MESTRE (dir.), PUAM 1990, p. 193 ; « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation », *in* Mélanges C. CHAMPAUD, Dalloz 1997, p. 123 ; « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », *in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de G. FARJAT, éd. Frison-Roche, 1999, p. 23 ; « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », Petites affiches, 5 mai 2000, n° 90, p. 30 ; « Une justice contractuelle, l'autre », *in Le contrat au début du XXIe siècle*, Études offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 177 ; « Les accords sur la juridiction dans le procès », *in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, P. ANCEL et M.-C. RIVIER (dir.), coll. Études Juridiques, t. 10, Economica, 2001, p. 35 ; « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », *in Variations autour d'un droit commun- Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, M. DELMAS-MARTY, H. MUIR-WATT et H. RUIZ-FABRI (dir.), Société de législation comparée 2002, p. 89 et s. ; « *Arbiter*, *arbitrator*. Gloses et post-gloses sous l'article 1843-4 du Code civil », *in Mélanges Y. GUYON*, Dalloz 2003, p. 153 ; « Procédure », *in Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), PUF, 2003, p. 1216 ; « L'effet processuel des clauses de médiation », RDC 2003, p. 182 ; « Le juge et l'évaluation d'un prix de cession par un tiers », RDC 2004, p. 750 ; « La légalité procédurale en matière civile », BICC n° 636 du 15 mars 2006 ; « Clauses relatives aux litiges », J.-Cl. Proc. civ. 2016, fasc. 500-95.
CADRAS (J.), « L'obligation de négocier », RTD com. 1985, p. 265.
CARATINI (M.), « Le "contrat de procédure" : une illusion ? », Gaz. Pal. 1985, doctr. 639 ; « À propos du contrat de procédure », Gaz. Pal. 1986, doctr. 61.
CARRE (S.), « La confidentialité dans le règlement amiable des litiges », LPA 5 août 1994, p. 19.

CAYROL (N.), « Opposabilité et force obligatoire des clauses processuelles », RDC 2014, p. 704 ; « Réflexions sur le comminatoire », *in* Mélanges G. FOREST, 2014, Dalloz, p. 75 ; « Moyens de défense », *in Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, I. PÉTEL-TEYSSIÉ et C. PUIGLIER (dir.), éd. Panthéon-Assas Paris II 2016, p. 255 ; « Observations sur l'amélioration et la simplification de la procédure civile », *in Réformer la justice civile*. Séminaire de droit processuel - Actes du colloque du 6 février 2018, JCP G suppl. au n° 13, 26 mars 2018, p. 41 ; « Action en justice », Rép. dr. civ., Dalloz 2019.
CEDRAS (J.), « L'obligation de négocier », RTD com. 1985, p. 265.
CHABAS (C.), « Résolution – Résiliation », Rép. dr. civ., Dalloz 2010.
CHAIEHLOUDJ (W.), « Du risque contractuel au risque concurrentiel : le cas du pacte de préférence inclus dans le contrat de franchise », JCP G n° 43, 22 Octobre 2018, doctr. 1128.
CHAINAIS (C.), « L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral. A la recherche de son point d'équilibre », Rev. arb. 2010, p. 3.
CHANTEPIE (G.), « De la nature contractuelle des contrats-types », RDC 2009, p. 1233 ; « La rupture des contrats d'affaires (2) : la gestion contractuelle de la rupture », AJCA 2016, p. 130 ; « Contrat : effets », Rép. civ. Dalloz 2018.
CHANTEPIE (G.) et PIGNARRE (G.), « Théorie du contrat. L'exigence de clarté dans la rédaction du contrat », RDC 2012, p. 989.
CHARBONNEAU (C.), « La réception de la norme AFNOR P 03-001 par la jurisprudence », RDI 2009, p. 628.
CHARBONNEAU (C.) et PANSIER (F.-J.), « La nouvelle étape du consentement dématérialisé (À propos de l'arrêté du 31 mai 2002) », LPA, 25 juin 2002, n° 126, p. 4.
CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.), « Le système juridique français à l'ère de la contractualisation. Synthèse générale », *in La contractualisation de la production normative*, S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), Dalloz 2008, p. 3.
CHAUVEL (P.), « Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle », Dr. et patr., nov. 1996, p. 36.
CHAUVIRÉ (P.), « Quelle sanction pour la rupture unilatérale du contrat en l'absence de comportement grave ? », RLDC 2010/75, n° 3951 ; « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », Gaz. Pal. 30 avr. 2015, p. 29.
CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », *in La nouvelle crise du contrat*, C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Dalloz 2003, p. 99.
CHÉNEDÉ (F.), « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », JCP 2016, 776.
CHEVALIER (P.), « Le nouveau juge d'appui », *in Le nouveau droit français de l'arbitrage. Actes du colloque du 28 février 2011*, T. CLAY (dir.), Lextenso éditions 2011, p. 143.
CHOLET (D.), « La novation de contrat », RTD civ. 2006, p. 467.
CLAY (T.), « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable », *in L'impartialité du juge et de l'arbitre. Études de droit comparé*, J. VAN COMPERNOLLE et G. TARZIA (dir.), Bruylant 2006, p. 1999 ; « Le modèle pour éviter le procès », *in Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, T. REVET (dir.), LGDJ 2005, p. 51 ; « "Les contrats gigognes" », D. 2006, p. 697 ; « L'appui du juge à l'arbitrage », Cah. arb. 2011, p. 331 ; « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI^{e} siècle » Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », JCP G 2016, doctr. 1295 ; « La réactivité dans l'arbitrage », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, n° spéc. Gaz. Pal. 19 juin 2019, p. 51.

COLLART-DUTILLEUL (F.), « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? », *in* La nouvelle crise du contrat, C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Dalloz 2003, p. 225.
COPPENS (P.) et LENOBLE (J.) (dir.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2000.
CORDIER-VASSEUR (C.) et CASSAVETTI (C.), « Médiation – Clauses de règlement amiable : gare à l'insécurité juridique ! », JCP G 2012, 343.
CORDONNIER (P.), « Remarques sur la licéité des clauses restreignant la libre cessibilité des actions entre actionnaires », Journ. sociétés 1955, p. 193.
CORNEVAUX (A.), « Les modes alternatifs de règlement des litiges », LPA, 26 juin 1998, n° 76, p. 51.
CORNU (G.), « L'élaboration du code de procédure civile », *in La codification*, 1996, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, spéc. p. 71 ; « Les modes alternatifs de règlement des conflits, rapport de synthèse » *in* Actes du Colloque de Damas, RIDC. 1997, 2, réed. *in* L'art du droit en quête de sagesse, Paris, PUF, 1998, p. 187.
COSNARD (H.-D.), « La lettre missive, acte de procédure », D. 1960, Chron., p. 97.
COTTEREAU (V.), « La clause réputée non écrite », D. 1993, chron., p. 59.
COUTURIER (G.), « Les finalités et les sanctions du formalisme », Defrénois 2000, p. 880 ; « Petites histoires de nullités du licenciement », Dr. soc. 2011, p. 1218.
CROCQ (P.), « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », *in* Mélanges M. CABRILLAC, Litec 1999, p. 349.
CROZE (H.), « Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision », *in* Mélanges J. NORMAND, Litec 2003, p. 125 ; « Une autre idée de la procédure », *in* Mélanges A. DECOCQ, Litec 2004, p. 129 ; « Choc de simplification procédurale ? À propos du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 », JCP G 2015, act. 356 ; « Une vision procédurale de la réforme des obligations », Procédures 2016, n° 4, Étude 3.
CROZE (H.) et LAPORTE (C.), « Mais où est donc passé l'article 1441-4 du Code civil ? » : Gaz. Pal. 3 avr. 2012, p. 22.
DAIGRE (J.-J.), « Le juge et l'arbitre face aux dispositions de l'article 1843-4 », BJS 1996, p. 789 ; « La perte de la qualité d'actionnaire », Rev. sociétés 1999, p. 535.
DARIOSECQ (S.) et METAIS (N.), « Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », BJS 1998, n° 9, p. 908.
DARMON (M.), « La médiation conventionnelle : un mode alternatif de règlement des litiges », JCP G 1996, I, 3976.
DE BERMOND DE VAULX (J. M.), « L'exclusion d'un associé », Dr. sociétés 1996, chron., p. 14.
DEBRAY (B.), « La lettre recommandée dans la procédure civile et commerciale », D. 1968, chron., p. 155.
DE BÉCHILLON (D.), « Le contrat comme norme dans le droit public positif », RFDA 1992, p. 15.
DE BROSSES (D.), « La rupture fautive de relations commerciales établies », Dr. et patr. juin 2003, p. 50.
DE FONTBRESSIN (P.), « Les clauses de prix », *in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, J. MESTRE (dir.), PUAM 1990, p. 19.
DE FONTMICHEL (M.), « L'équilibre contractuel des clauses relatives aux litiges », JCP G 2019, doctr. 583.

DEGOS (L.) et REMY (A.), « Les techniques de médiation appliquées au contexte des affaires », JCP G 2017, 751.
DELANGLE (C.), « Le nouveau dispositif du Code civil consacré au contrat d'adhésion », JCP E 2017, 1452.
DELANOY (L.-C.), « Les mystères du contrat d'arbitre *ex parte* », *in* Mélanges en l'honneur de P. MAYER, LGDJ 2015, p. 186.
DELEBECQUE (P.), « *Clausula*, *clausulae*, *clausularum*… », *in* Mélanges M. JEANTIN, Dalloz 1999, p. 33 ; « Arbitrage et droit de la consommation », Dr. et patr. mai 2002, n° 104, p. 46.
DELSOL (H.-L.), « Rédiger et négocier les conditions de mise en œuvre d'une garantie d'actif et de passif », Dr. sociétés, n° 12, déc. 2011. Prat. 2 ; « De la perte de la qualité d'associé », Dr. sociétés 2016, étude 3.
DERAINS (Y.), « Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté », *in Le nouveau droit français de l'arbitrage. Actes du colloque du 28 février 2011*, T. CLAY (dir.), Lextenso éditions 2011, p. 91.
DEROUIN (P.), « Pour une analyse "fonctionnelle" de la condition », RTD civ. 1978, p. 1.
DESDEVISES (Y.), « Modes alternatifs de règlement des litiges », *in* Justices n° 5, 1995, p. 345.
DESDEVISES (Y.), « Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ? », D. 2000, chron., p. 284.
DESHAYES (O.), « Le dommage précontractuel », RTD com. 2004, p. 187 ; « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », RDC 2011, p. 726 ; « Contrat et tiers », *in Les tiers*, Journées Panaméennes, t. LXV, Travaux de l'ass. H. CAPITANT, Bruylant 2015, disponible sur www.henricapitant.org.
DEUREUX (G.), « De la nature juridique des contrats d'adhésion », RTD civ. 1910, p. 503.
DIDIER (P.), « Brèves notes sur le contrat-organisation », *in L'avenir du droit,* Mélanges F. TERRÉ, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 635.
DIESSE (F.), « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », APD 1999, p. 259.
DISSAUX (N.), « Les mystères du contrat cadre », AJC 2017, p. 104.
DONDERO (B.), « La procédure d'exclusion d'un associé dans les coopératives de commerçants », Gaz. Pal. 2013, p. 607.
DRAETTA (U.), « Les clauses de force majeure et de *hardship* dans les contrats internationaux », Dr. Comm. Inter. 2001, p. 297.
DUBISSON (M.), « La négociation d'une clause de règlement des litiges », DPCI 1981, p. 77.
DUBOUT (H.), « La gestion des réclamations de tiers dans les garanties de passif », Bull. Joly 2003, p. 599.
DUPRÉ (M.), « Un processus en vue de la conclusion d'un MARL : la convention de procédure participative », LPA 10 mai 2012, p. 3.
DUQUESNE (F.), « Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement », Dr. soc. 1993, p. 847.
DURAND-BARTHEZ (P.), « La durée des accords de coopération et les clauses gouvernant leur adaptation », DPCI 1984, p. 357.
DURAND-LEPINE (G.), « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », LPA 24 juill. 1995, n° 88, p. 7.
DURRY (G.), « Déclaration des aggravations », Rev. Risques n° 4, p. 215.

EISENMANN (C.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications juridiques », APD, t. 2, *La logique du droit*, Sirey 1966, p. 25.
ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), « Kelsen et la théorie générale du contrat *», in Actualité de Kelsen en France*, C. M. HERRERA (dir.), Paris LGDJ, coll. La pensée juridique, 2001, p. 109.
ESPESSON-VERGEAT (B.), « Le jeu des clauses d'agrément et de préemption lors de la transmission universelle du patrimoine de la société », D. 2003, p. 1216.
ESTOUP (E.), « Le contrat de procédure en appel », D. 1985, p. 195.
ETIENEY-DE SAINTE MARIE (A.), « Menace sur les clauses ayant vocation à survivre à la résolution du contrat », D. 2012, p. 1719.
FABRE (A.), « La motivation du licenciement », Dr. soc. 2018, p. 4.
FABRE (R.), « Les clauses d'adaptation dans les contrats », RTD civ. 1983, p. 1.
FABRE-MAGNAN (M.), « L'obligation de motivation en droit des contrats », *in* Études offertes à J. GHESTIN, *Le contrat au début du XXI^e siècle*, L.G.D.J. 2001, p. 301 ; « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », RDC 2004, p. 573.
FAGES (B.), « L'art et la manière de rédiger le contrat », Dr. et patr. 1999, n° 72, p. 82.
FAGES (F.), « La confidentialité de l'arbitrage », Rev. arb. 2003, p. 5.
FAURE-ABBAD (M.), « Article 1222 : la faculté de remplacement », *in* « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis », RDC 2015, p. 784.
FAUVARQUE-COSSON (B.), « Le changement des circonstances », RDC 2004, p. 67 ; « La révision pour imprévision, une atteinte au principe de la force obligatoire des contrats ? », *in La réécriture du code civil. Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, J. CARTWRIGHT, B. FAUVARQUE-COSSON et S. WHITTAKER (dir.), SLC 2018, p. 195.
FAUVARQUE-COSSON (B.) et FRANCOIS (J.), « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », D. 2008, p. 2512.
FAVEREAU (O.), « Procéduralisation du droit et théorie économique », *in Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 155.
FENOUILLET (D.), « La notion de prérogative contractuelle : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *in Les prérogatives contractuelles*, (Actes du colloque du 30 novembre 2010), RDC 2011, p. 644.
FERRAND (F.), « Preuve », Rép. civ. Dalloz 2021.
FERRIER (D.), « Une obligation de motiver ? », RDC 2004, p. 558.
FIN-LANGER (L.), « Médiation et droit du contrat, La médiation en débat », LPA 26 août 2002, p. 16.
FLOUR (J.), « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme » *in* Le droit français au milieu du vingtième siècle. Mélanges G. RIPERT, t. 1, LGDJ, 1950, p. 93.
FLOUR (Y.) et GHOZI (A.), « Les conventions sur la forme », Defrénois 2000, p. 911.
FONTAINE (M.), « Les clauses d'offre concurrente, du client le plus favorisé et de premier refus dans les contrats internationaux », DPCI 1978, p. 188 ; « *Obliegenheit*, incombance ? » *in Liber amicorum Hubert Claassens,* Anvers- Louvain-La Neuve, Maklu-Academia Bruylant, 1998, p. 151.
FORTI (V.), « La réalisation fictive de la condition », *in Le nouveau régime général des obligations*, V. FORTI et L. ANDREU (dir.), Dalloz 2016, p. 31.
FOUCHARD (P.), « Clauses abusives en matière d'arbitrage », Rev. arb. 1995, p. 147 ; « Les travaux de la CNUDCI : le règlement d'arbitrage », JDI 1979, p. 816 ; « La coopération du

Président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », Rev. arb. 1985, p. 5 ; « Arbitrage et faillite », Rev. arb. 1998, p. 471 ; « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », Rev. arb. 1987, p. 225.
FOULON (M.) et STRICKLER (Y.), « Qu'est-ce qu'une requête (ou la polysémie du mot "requête") ? », Gaz. Pal. 8 déc. 2012, n° 343, p. 10 ; « Accords et force exécutoire en France », Gaz. Pal. 3 sept. 2013, n° 246 ; « Clauses conventionnelles de médiation hors instance », JCP 2014. 1128.
FRAIMOUT (J.-J.), « Le droit de rompre les pourparlers avancés », Gaz. Pal. 2000. Doctr. 943.
FRANCESCAKIS (P.), « Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire », Rev. arb., 1974, p. 67.
FRICERO (N.), « Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable », *in* Mélanges en hommage du Doyen G. COHEN-JONATHAN, vol. 1, Bruylant 2004, p. 839 ; « Médiation et contrat », AJC 2017, p. 356 ; « Procédure participative de recherche d'un accord et de mise en état », Rép. proc. civ., Dalloz 2020.
FRISON-ROCHE (M.-A.), « La procédure injuste », *in De l'injuste au juste*, M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES (dir.), Dalloz 1987, p. 77 ; « Vers le droit processuel économique », Rev. justice 1995, n° 1, p. 91 ; « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTD civ. 1995, p. 573 ; « Va-t-on vers une acception unitaire de l'abus dans la fixation du prix ? », Rev. conc. consom. 1996, n° 92, p. 13 ; « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », RTD civ. 1998, p. 43 ; « La découverte des « piliers du droit » : le contrat et la responsabilité, Introduction », *in Les transformations de la régulation juridique*, J. CLAM et G. MARTIN (dir.), LGDJ Coll. Droit et Société 1998, p. 279.
FROSSARD (S.), « L'articulation des sanctions du licenciement, entre évolution prétorienne et besoin de réforme », D. 2003, n° 31, p. 2099 ; FROSSARD, « La sanction de la violation d'une procédure disciplinaire conventionnelle, signe de la procéduralisation du droit du travail », D. 2001, p. 417.
GAGET (M.), « Le contrat de procédure au tribunal d'instance de Lyon : un moyen d'améliorer le fonctionnement de la justice », Gaz. Pal. 1987, doctr. 498.
GALLAGE-ALWIS (S.) et TILLIARD (C.), « La force majeure, roue de secours des entreprises sous conditions », JCP E 2011, 1606.
GALLOIS-COCHET (D.), « Clause d'éviction et clause d'exclusion : faut-il distinguer ? », Gaz. Pal. 25 sept. 2018, p. 50.
GARAPON (A.), « Vers une nouvelle économie politique de la justice ? », D. 1997, chron., p. 69.
GARCON (J.-P.), « Fixation d'un prix de cession de titres et référence aux éléments comptables », JCP E 2000, p. 496.
GAUDEMET (Y.), « Arbitrage et droit public », Dr. et patr., n° 105, juin 2002, p. 83 ; « Légalité », *in Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), PUF 2003, p. 917.
GAUDIN (L.), « Le contrat de procédure ? Un troisième voie », Gaz. Pal. 1986, doctr. 61.
GAUDU (F.), « Les nullités du licenciement et le « principe » pas de nullité sans texte », Dr. soc. 2010, p. 151 ; « L'exigence de motivation en droit du travail », RDC 2004, p. 566.
GAUTIER (P.-Y.), « Vers un principe de précaution contractuelle : savoir bien rédiger les clauses sensibles », RDC 2008, p. 973 ; GAUTIER, « La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat », Dr. et patr. 2014, n° 240, p. 70.

GENICON (T.), « Sanction de la violation de la procédure contractuelle de résiliation », RDC 2012, p. 787 ; « « Résolution » et « résiliation » dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », JCP G 2015, 960.
GÉNY (F.), « Risques et responsabilité », RTD civ. 1912, p. 812.
GERMAIN (M.) et VATINET (R.), « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé », *in Aspects actuels du droit des affaires*, Mélanges en l'honneur de Y. GUYON, Dalloz 2003, p. 397.
GHESTIN (J.), « La notion de contrat », D. 1990, p. 147 ; « La distinction entre les parties et le tiers au contrat », JCP 1992, I, 36 28 ; « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », RTD civ. 1994, p. 777 ; « Le contrat en tant qu'échange économique », Rev. éco. indus. 2000, vol. 92, n° 1, p. 81 ; « Contrat », *in Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), PUF 2003, p. 276 ; « La responsabilité délictuelle pour rupture des pourparlers », JCP G 2007, I, 155.
GIBIRILA (D.), « Louage d'ouvrage et d'industrie. – Contrat d'entreprise », J.-Cl. (Civil) 2021, art. 1787, fasc. 10.
GOBERT (M.), « Evocations de Jacques FLOUR », Defrénois 2000, p. 870.
GODON (L.), « La mise en œuvre des clauses de sortie », *in La sortie de l'investisseur*, T. BONNEAU, E. LE DOLLEY et H. LE NABASQUE (dir.), Litec 2007, p. 167.
GORCHS (B.), « Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable », Rev. arb. 2008, p. 33.
GOUBEAUX (G.), « Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties », Defrénois 1979, art. 31987, p. 753.
GOURIO (A.), « Le nouveau régime des renégociations de prêts au logement », JCP E 1999, 1324.
GRANOTIER (J.), « L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres », JCP G 2012, 653.
GRATTON (L.), « Le dommage déduit de la faute », RTD civ. 2013, p. 275.
GRIGNON (P.), « L'obligation de ne pas agir en justice », *in* Mélanges C. MOULY, t. 2, p. 115.
GRIMONPREZ (B.), « Mise en demeure », Rép. dr. civ., Dalloz 2021.
GRIZAUT (A.), « Rupture brutale des relations commerciales, réflexions sur les premiers cas d'application de l'article L. 442-6 », Dr. et patr., juin 2003, p. 71.
GROUTEL (H.), « La direction du procès par l'assureur », RCA 1997, chron. 24 ; « La déclaration inexacte de l'assiette des primes variables », RCA mai 1998, p. 4 ; « La mise en œuvre de l'assurance des dommages à l'ouvrage », RCA 1998, chron. n°1 ; « La déclaration des chantiers dans l'assurance de responsabilité d'un architecte, RCA janv. 2005, p. 7.
GRUMBACH (T.), « Procéduralisation et processualisation en droit du travail », *in* Études offertes à J. PÉLISSIER, Dalloz 2004, p. 253 s.
GRUMBACH (T.) et SERVERIN (E.), « Réflexions sur la "substantialisation" des droits de la défense et du principe du contradictoire dans les procédures préalables aux décisions de l'employeur », Rev. dr. trav. 2011, p. 126.
GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), « De l'élargissement de la notion de partie au contrat à la notion à l'élargissement de la portée de l'effet relatif », RTD civ. 1994, p. 275.
GUINCHARD (S.), « L'arbitrage et le respect du contradictoire », Rev. arb., 1997, p. 185 ; « L'évitement du juge civil », *in Les transformations de la régulation juridique*, G. MARTIN (dir.), LGDJ (Coll. Droit et Société) 1998, p. 221 ; « La gestion des conflits d'intérêts du

juge : entre statut et vertu », Pouvoirs 2013, p. 147 ; « L'ambition d'une justice civile rénovée », D. 1999, chron., p. 65.
GUIOMARD (F.), « Que faire de la médiation conventionnelle et de la procédure participative en droit du travail ? », Rev. trav. 2015, p. 628.
HABA (E.), « Rationalité et méthode dans le droit », APD 1978, t. 23, p. 269.
HALLOUIN (J.-C.), « Sur le refus d'agrément… », *in* Mélanges J. PAILLUSSEAU, Dalloz 2003, p. 313.
HAMELIN (J.-F.), « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », RDC 2018, p. 514.
HEBERT (S.), « Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006 », D. 2007, p. 2052.
HEINICH (J.), « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », RDC 2018, p. 521.
HENRY (M.), « Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence », Rev. arb. 1999, p. 193 ; « L'énonciation des motifs du licenciement : le grand bond en arrière », *in* La lettre de licenciement peut-elle être considérée comme une simple formalité ? », Rev. trav. 2017, p. 763.
HÉRON (J.), « Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé », Rev. Droits 1988, n° 7, p. 85.
HORY (A.), « Les mesures d'instruction in futurum et arbitrage », Rev. arb. 1996, p. 191.
HOUTCIEFF (D.), « Renonciation », Rép. dr. civ., Dalloz 2017 ; « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », RDC 2018, p. 505 ; « La réactivité en droit contemporain des contrats : des réactions unilatérales au smart contract », Gaz. Pal. 19 juin 2019, p. 9.
HUCHET (G.), « La clause de médiation et le traitement de l'urgence », LPA 30 oct. 2008, p. 3.
HUGON (C.), « Le sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat », JCP 1997, I, 3790.
IVAINER (T.), « L'interprétation des faits en droit », JCP 1986, I, 3235.
JAMIN (C.), « Révision et intangibilité du contrat, ou de la double philosophie de l'article 1134, alinéa 1, du Code civil », Dr. et patr. mars 1998, p. 46.
JARROSSON (C.), « Débats », *in* « L'arbitrage et les tiers – Le droit des contrats », J.-L. GOUTAL (dir.), Rev. arb. 1988, p. 439 ; « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », *in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, J. MESTRE (dir.), PUAM 1990, p. 141 ; « Réflexions sur l'imperium », in Études offertes à P. BELLET, Litec 1991, p. 245 ; « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », RJ com. 1996, p. 1 ; « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », RIDC 1997, p. 325 ; « L'arbitrage en droit public », AJDA 1997, p. 16.
JARROSSON (C.) et RACINE (J.-B.), « Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI^{e} siècle », Rev. arb. 2016,, p. 1007.
JEAMMAUD (A.), « La règle de droit comme modèle », D. 1990, p. 199 ; « Les règles juridiques et l'action », D. 1993, p. 207 ; « Introduction à la régulation de la sémantique juridique. Des concepts en jeu », *in Les transformations de la régulation juridique*, G. MARTIN (dir.), LGDJ (Coll. Droit et Société) 1998, p. 47.
JEANDIDIER (W.), « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », RTD civ. 1976, p. 700.

JESTAZ (P.), « Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts, éléments de Métajuridique amusante », RTD civ. 1979, p. 480 ; « L'obligation et sa sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », *in* Mélanges P. RAYNAUD, Dalloz 1985, p. 273.
JEULAND (E.), « L'énigme du lien de droit », RTD civ. 2003, p. 455 ; « Autour de la forme et du fond, problèmes de procédure », *in De code en code*, Mélanges en l'honneur du doyen G. WIEDERKEHR, Dalloz 2009, p. 443 ; « Les actions interrogatoires en question », JCP G 2016, 737.
JEULAND (E.) et CHARBONNEAU (C.), « Réalité des délais de forclusion (ou préfix), Rapport français », *in La prescription extinctive, études de droit comparé*, P. JOURDAIN et P. WERY, Schulthess et Bruylant 2010, 173.
JOLIVET (E.), « L'intérêt de recourir à une institution d'arbitrage. L'exemple de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI », *in Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, *Liber Amicorum in honour of R. BRINER*, ICC Publishing, 2005, p. 413.
JOSSERAND (L.), « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », RTD civ. 1937, p. 1.
JOURDAIN (P.), « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », *in* Mélanges P. MALINVAUD, Litec 2007, p. 303 ; « Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ? », JCP 2016. 909.
JUEN (E.), « Vers la consécration des dommages-intérêts punitifs en droit français », RTD civ. 2017, p. 565.
JUTRAS (D.), « La bonne foi, l'imprévision, et le rapport entre le général et le particulier », RTD civ. 2017, p. 138.
KAYSER (P.), « Le principe de la publicité de la justice dans la procédure civile », *in* Mélanges P. HEBRAUD, Dalloz 1981, p. 515.
KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », APD, Paris, Sirey 1940, p. 33.
KERNALEGUEN (F.), « La solution conventionnelle des litiges civils », *in Le droit contemporain des contrats, L. CADIET* (dir.), Economica 1987, p. 65.
KESSEDJAN (C.), « Principe de la contradiction et arbitrage », Rev. arb. 1997, p. 381.
KOLECK-DESAUTEL (S.), « La simple indication du lieu de travail dans le contrat n'a qu'une valeur d'information », Lexbase hebdo éd. soc.19 juin 2003, n° 76.
KONARSKI (H.), « Les clauses de force majeure et de *hardship* dans la pratique contractuelle internationale », R.D.A.I, n° 4, 2003, p. 405.
KULLMANN (J.), « Remarques sur les clauses réputées non écrites », D. 1993, chron., 59.
LABBÉ (B.), « L'incombance, un faux concept », *RRJ* 2005, p. 183.
LAFOND (J.), J.-Cl. (Bail d'habitation et à usage mixte), fasc. 140.
LAGARDE (X.), « Remarques sur l'actualité de la mise en demeure », JCP G 1996, I, 3974 ; « Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », Dr. soc. 1998, p. 890 ; « La motivation des actes juridiques », *in* Travaux Association H. CAPITANT, *La motivation*, 2000, p. 73 ; « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », Rev. arb. 2000, p. 377 ; « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », Rev. arb. 2001, p. 423 ; « La procéduralisation en droit privé », *in Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation)* Université d'été du Barreau de Rouen, PUR, 2004, p. 141 ; « Formalisme », *in Dictionnaire de la justice*, L. CADIET (dir.), PUF, 2004, p. 523 ; « Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires », D. 2017, p. 715.

LAITHIER (Y.-M.), « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », D. 2006, chron., p. 1003 ; « L'articulation de la clause résolutoire et de la résolution unilatérale du contrat pour inexécution : l'incertitude persiste », RDC 2014, p. 181.
LALIVE (P.), « Avantages et inconvénients de l'arbitrage ad hoc », *in* Études offertes à P. BELLET, Litec 1991, p. 301.
LAMOUREUX (M.), « L'interprétation des contrats de consommation », D. 2006, p. 2848.
LANGROD (G.), « Procédure administrative et droit administratif », Rev. dr. public 1948, p. 549.
LAPORTE (C.) et CROZE (H.), « Mais où est donc passé l'article 1441-4 du Code de procédure civile ? », Gaz. Pal. 3 avr. 2012, p. 16.
LAQUIEZE (A.), « Sanction », *in Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), PUF 2003, p. 1381.
LASSERRE (V.), « Validité et portée des clauses de conciliation ou de médiation », JCP G 2020, doctr. 906 ; « L'article 6 du Code civil et les clauses de médiation et de conciliation », RDA n° 20, oct. 2020, p. 81.
LÉAUTÉ (J.), « Les contrats-types », RTD civ. 1953, p. 429.
LE BARS (T.), « La computation des délais de procédure. Quiproquo sur le *dies a quo* et le *dies ad quem* », JCP G 2000, doctr. 258 ; « Rapport de synthèse sur les procédures disciplinaires » *in Vers un droit commun disciplinaire* ?, Colloque de Saint-Étienne des 27 et 28 janv. 2005, Publication de l'Université de Saint-Étienne, 2007, p. 319 ; « La nature de la prescription : une question sans réponse ? », *in La réforme de la prescription civile : Le chaos enfin régulé ?*, P. CASSON et P. PIERRE (dir.), Dalloz 2010, p. 3.
LEBOIS (A.), « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », JCP 2008, I, 210.
LE CANNU (P.), « Le principe du contradictoire et la protection des dirigeants », BJS 1996, n° 1, p. 11.
LE CORRE (P.-M.), « Droit commun de la résiliation des contrats en cours : questions-réponses », Gaz. Pal. 1er juill. 2014, p. 41.
LECUYER (H.), « Le contrat, acte de prévision », *in* Mélanges F. TERRÉ, Dalloz-PUF Juris-classeur 1999, p. 643.
LEMÉE (J.), « La règle "pas de nullité sans grief" depuis le nouveau code de procédure civile », RTD civ. 1982, p. 23.
LEQUETTE (S.), « La notion de contrat », RTD civ. 2018, p. 541.
LEQUETTE (Y.), « Bilan des solidarismes contractuels », *in* Mélanges offerts à P. DIDIER, Economica 2008, p. 247.
LEROYER (A.-M.), « La réforme de la prescription civile », RTD civ. 2008, p. 563.
LE TOURNEAU (P.), « Existe-t-il une morale des affaires ? », *in La morale en droit des affaires*, Colloque Toulouse, Montchrestien 1996, p. 7.
LIBCHABER (R.), « Demeure et mise en demeure en droit français, Rapport français », *in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Paris, LGDJ, Bruylant 2001, p. 125 ; « Réflexions sur les effets du contrat », *in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, in* Mélanges J.-L. AUBERT, Dalloz 2005, p. 211 ; « Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision », D. 2020, p. 1185.
LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », RRJ 2002, p. 703.
LISANTI (C.), « La clause de substitution dans les contrats préparatoires : clause de cession de contrat ? », JCP N 29 sept. 2017, n° 1270.

LOISEAU (G.), « Nouvelles dispositions relatives à la transaction et à la convention d'arbitrage », CCE, n° 1, Janv. 2017, comm. 4.
LOKIEC (P.), « La procéduralisation à l'épreuve du droit privé », *in Les évolutions du droit (Contractualisation et procéduralisation)*, C. PIGACHE (textes réun. par), PUR 2004, p. 177 ; « La décision et le droit privé », D. 2008, p. 2293.
LOQUIN (É.), « La réalité des usages du commerce international », Rev. int. dr. éco. 1989, p. 163 ; « La réalité des usages du commerce international », Rev. int. dr. éco. 1989, p. 163 ; « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », Gaz. Pal. 2004, n° 157, p. 7 ; « Clauses dissuasives de litiges », J.-Cl. Contrats-Distribution 2008, fasc. 135 ; « La dualité des fonctions de l'obligation de révélation », *in* Mélanges en l'honneur de P. MERLE, Dalloz 2013, p. 487 ; « Arbitrage. Instance arbitrale. Procédure devant les arbitres », J.-Cl. Proc. civ. 2015, fasc. 1036 ; « L'énigme de la clause prévoyant que « chacune des parties désignera un arbitre et que les deux arbitres ainsi désignés nommeront à leur tour le président du tribunal arbitral », *in* Mélanges en l'honneur de J.-J. DAIGRE, éd. Joly Lextenso 2017, p. 35.
LUCAS (F.-X.), « Le principe du contradictoire en droit des sociétés », *in Libertés et droits fondamentaux*, R. CABRILLAC (dir.), 23e éd., Dalloz 2017, p. 901.
LUCAS-PUGET (A.-S.), « La clause de force majeure » CCC 2015, Formules 2.
MACORIG-VENIER (F.), « Le pacte commissoire (et les sûretés réelles mobilières) », RLDA 2007/14, p. 79 ; « L'efficacité des "clauses d'anticipation" », i*n* « Contrat(s) et entreprises en difficulté - Toulouse, 12 octobre 2018 », BJE janv. 2019, p. 40.
MAGAR (F.), « Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et renégociation », D. 2010, p. 1959.
MAGNIER (V.), « Les sanctions du formalisme informatif », JCP G 2004, I, 106.
MAINGUY (D.), « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », *in* Mélanges M. CABRILLAC, Dalloz-Litec, 1999, p. 165 ; « Conditions générales de vente et contrats-types », J.-Cl. Contr. Distr. 2002, fasc. 60 ; « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », RTD civ. 2004, p. 1.
MALINVAUD (P.), « Réflexions sur le *Dispute adjudication board* », *in* Mélanges P. CATALA*, Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Litec 2001, p. 241.
MALLET-BRICOUT (B.), « Conséquences de la faute du débiteur dans la mise en œuvre d'une condition suspensive », JCP 2008, II, 10116.
MANGEMATIN (C.), « L'action interrogatoire en matière de pacte de préférence : une incombance ? », Dr. et patr. sept. 2016, p. 38.
MARAIS (A.), « Le maintien forcé du contrat par le juge », LPA, 2 oct. 2002, p. 7.
MARCHADIER (F.), « L'attribution de la force exécutoire à la transaction extrajudiciaire après le décret du 20 janvier 2012 », Gaz. Pal. 8 déc. 2012, p. 15.
MARGUENAUX (J.-P.) et LANGENIEUX (A.), « De l'impartialité et de l'indépendance des juges de la CEDH », Droit et procédures 2003, p. 337.
MARTIAL-BRAZ (N.), « Propos introductifs », *in Les mutations de la norme, Le renouvellement des sources du droit*, N. MARTIAL-BRAZ, J-F. RIFFARD et M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), Economica 2011, p. 1.
MARTIN (D.), « L'exclusion d'un actionnaire », RJ com., n° spéc. nov. 1990, p. 106 ; « Des promesses précontractuelles », *in Droit et actualité*, Etudes J. BÉGUIN, Litec 2005.
MARTIN (M.), « Pratique contractuelle. Contrats de l'informatique. Les clauses de hiérarchie contractuelle », CCE 2018. Fiche pratique 4.

MARTIN (R.), « Un virus dans le système des défenses du nouveau code de procédure civile : le droit d'action », RGP 1998, p. 419.
MARTY (M.), « Les clauses d'évènements défavorables et de déchéance du terme dans les contrats de financement, *material adverse change* et *cross default clauses* », JCP E 2011, 1250.
MASSART (T.), « L'interprétation d'une clause de garantie de passif », Rev. sociétés 2014, p. 91.
MAUGAIN (G.), « Actes de procédure », Rép. proc. civ., Dalloz 2018.
MAYER (L.), « Défense des actions interrogatoires introduites par la réforme du droit des contrats », Gaz. Pal. 29 nov. 2016, p. 47 ; « Nullité », Rép. proc. civ., Dalloz 2016.
MAYER (P.), « La « circulation » de la convention d'arbitrage », JDI 2005, p. 251 ; « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », Rev. arb. 1998, p. 359 ; « Existe-t-il des normes individuelles ? », in Mélanges en l'honneur de M. TROPER, Economica 2006, p. 679 ; « La classification des normes en règles et décisions », *in Choix d'articles*, LGDJ Lextenso éditions 2015, p. 3.
MAZEAUD (D.), « La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée », Dr. et patr., juill./août 1996, p. 44 ; « Le nouvel ordre contractuel », RDC 2003, n° 1, p. 295 ; « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », *in La nouvelle crise du contrat*, C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Dalloz 2003, p. 135 ; « Durées et ruptures », RDC 2004, p. 129 ; « La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : comparaisons », *in L'avant-contrat : Actualité du processus de formation des contrats*, O. DESHAYES (dir.), PUF, 2007, p. 13 ; « Le rayonnement des clauses processuelles », D. 2014, p. 121 ;
MAZEAUD (D.) et JAMIN (C.) (dir.), *L'unilatéralisme et droit des obligations*, Économica 1999.
MEFFRE (J.-M.), « La rupture des relations commerciales établies : 36-5° vs 1135, Harmattan ou sirocco ? », JCP 2000, Cah. dr. de entr., n° 4, p. 10.
MEKKI (M.), « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1ère partie) », RDC 1er oct. 2006, n° 4, p. 1051 ; « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2e partie) : l'efficacité des clauses contractuelles », RDC 1er avr. 2007, n° 2, p. 239 ; « La gestion contractuelle du risque de la preuve (2e partie) », RDC 2009, p. 453 ; « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », Gaz. Pal. 29 avr. 2015, p. 37 ; « Fiche pratique sur le contrat d'adhésion », Gaz. Pal. 22 mars 2016 ; « La clause de substitution dans les promesses de vente : une cession de contrat, *what else* ? », BRDA 20/2018, n° 33 et s.
MERCADAL (B.), « A propos de la clause *material adverse change* en matière de fusion de sociétés » RJDA 2003, p. 83.
MESA (R.), « La consécration d'une responsabilité punitive : une solution au problème des fautes lucratives ? », Gaz. Pal. nov.-déc. 2009. Doctr. 3418.
MESTRE (J.), « Les clauses d'avenir », *in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence (17-18 mai 1990), PUAM 1990, p. 161 ; « Le juge face aux difficultés d'exécution du contrat », *in Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM 1993, p. 91 ; « Les procédures préalables institutionnalisées », *in* « L'échange des consentements », M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), RJ com 1995, n° spécial, p. 32 ; « Les documents contractuels », RTD civ. 1997, p. 121 ; « Faut-il réformer le titre III du livre III du Code civil ? », RDC 2004, p. 1167 ; « Rupture abusive et maintien du contrat », RDC 2005, p. 99.

MESTRE (J.) et FAGES (B.), « Portée des clauses de réunion ou de rencontre stipulées en vue de faciliter la renégociation du contrat », RTD civ. 2006, p. 112.
MOLFESSIS (N.), « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature », RDC 2004, p. 37 ; « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », JCP G 2015, 1415.
MOORE (B.), « Libres propos d'un juriste québécois concernant le projet de réforme des contrats », RDC 2015, p. 728.
MOTULSKY (H.), « Le droit subjectif et l'action en justice », *in Ecrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz 1973, p. 90 ; « La nature juridique de "l'arbitrage" prévu pour la fixation des prix de vente ou de loyer », *in Études et notes sur l'arbitrage*, préf. C. REYMOND, Dalloz, 2010, p. 44.
MOULY-GUILLEMAUD (C.), « Assainir le contentieux de la rupture brutale par une réforme des principes jurisprudentiels », D. 2019, p. 2102.
MOURRE (A.), « La médiation en droit français : quelques points de repère jurisprudentiels et législatifs récents », Bull. CCI, n° 14, p. 74.
MOURY (J.), « Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions », RTD com. 1989, p. 187 ; « Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers », Rev. sociétés 1997, p. 455 ; « La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre », AJC 2016, p. 123.
MOUSSA (T.), « L'expertise judiciaire et les autres expertises au regard du principe de la contradiction », BICC 2004, hors-série n° 3, p. 51.
MOUSSERON (J. M.), « La gestion des risques par le contrat », RTD civ. 1988, p. 481 ;
MOUSSERON (P.), « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile », RTD com. 1998, p. 243 ; « Les clauses d'agrément et la procédure contractuelles », LPA 28 oct. 2002 n° 215, p. 15.
MOUSSERON (P.), ZAVALICHINE (M.), DELSOL (H.-L.) et VERMONT (G.), « Les clauses de garantie d'actif et de passif », Act. Prat. et Ing. Soc., n° 125, sept. 2012, dossier 10.
NADAL (N.), « Commerce associé et clauses de sortie des sociétés coopératives », Journ. sociétés, n° 55, juin 2008, p. 47.
NAJJAR (I.), « L'accord de principe », D. 1991, chron. XIII, p. 57.
NOBLOT (C.), « La clause de remplacement », CCC 2014, form. 3.
NORMAND (J.), « Procédure », *in Dictionnaire de la justice*, L. CADIET (dir.), PUF, 2004, p. 1053.
NUYTTEN (B.) et LESAGE (L.), « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », Defrénois 1998, p. 497.
OPPETIT (B.), « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances ; la clause de hardship », JDI 1974, p. 794 ; « Les *hardship clauses* », DPCI 1975, p. 512 ; « Sur le concept d'arbitrage », *in Le droit des relations économiques internationales*, Etudes offertes à B. GOLDMAN, Litec 1982, p. 229 ; « La clause compromissoire par référence », Rev. arb. 1990, p. 551 ; « Philosophie de l'arbitrage commercial international », JDI 1993, p. 815 ; « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », Justices, 1995, n° 1, p. 53.
ORIF (V.), « La singularité persistante des clauses de conciliation dans les contrats de travail », Bulletin Joly travail 2020, p. 34.
PACTEAU (B.), « Arbitrage - arbitrages spéciaux - arbitrage en droit administratif », J.-Cl. Proc. civ., fasc. 1048.
PANCRAZI-TIAN (M.-E.), « La moralisation des pratiques commerciales », Dr. et patr., déc. 2001, p. 65 ; « Les clauses de rétroactivité », RTD civ. 2011, p. 469.

PARLEANI (G.), « Les exclusions et retraits dans les sociétés coopératives toujours en question : ici, perte de la qualité d'associé et principe du contradictoire », Rev. Sociétés 2017, p. 220.
PAULIN (C.), « Les enjeux de la négociation dans le contrat de transport », AJCA 2016, p. 320.
PAULIN (J-F.), « Licenciement pour motif économique : procédure », Rép. dr. trav., Dalloz 2021.
PÉDAMON (M.), « Nouvelles règles relatives à la rupture des relations commerciales établies », Bull. Actualités Lamy droit économique, déc. 2001, n° 146, p. 2.
PELISSIER (A.-C.), « La MAC clause », RLDC 2006/26, n° 1081.
PÉLISSIER (J.), « Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *in* Mélanges offerts à P. COUVRAT, PUF 2001, p. 101 ; « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », RJS janv. 2004, n°1, p. 3.
PELLETIER (C.), « Clause de conciliation et référé », RDC 2009, p. 1160 ; « Quand la Cour de cassation prive la clause de conciliation de toute portée », RDC 2013, p. 192.
PERDRIAU (A.), « Existe-t-il des "pourvois-nullité" ? », D. 2002, p. 1993.
PERINET-MARQUET (H.), « Achèvement et réception : notion et liaisons », Constr.-Urb. 2013, étude 3.
PERROT (R.), « L'application à l'arbitrage des règles du Code de procédure civile », Rev. arb. 1980, p. 642 ; « L'homologation des transactions », Procédures 1999, chron. 10.
PÉTEL-TEYSSIÉ (I.), « Les fins de non-recevoir de procédure civile », *in Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, I. PÉTEL-TEYSSIÉ et C. PUIGELIER (dir.), éd. Panthéon Assas 2016, p. 267.
PETIT (S.), « La rupture abusive des relations commerciales », LPA 2008, n° 188, p. 33.
PICOD (Y.), « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », JCP E 1987, n° 47 ; « Obligations », Rép. dr. civ., Dalloz 2016 ; « Nullité », Rép. dr. civ., Dalloz 2019.
PIEDELIÈVRE (A.), « Quelques réflexions sur la maxime "*Quod nullum est, nullum producit effectum*" », *in* Mélanges P. VOIRIN, LGDJ 1966, p. 638.
PIEDELIÈVRE (S.), « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », RCA juin 2001, n° spécial, p. 68.
PIGACHE, « Propos introductifs à la procéduralisation du droit », *in Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, PUR, 2004, p. 107.
PIGNARRE (L.-F.), « Convention d'arbitrage », Rép. dr. civ., Dalloz 2013.
PLANTAMP (D.), « Le particularisme du remplacement dans la vente commerciale », D. 2000, p. 243.
POILLOT-PERUZZETTO (S.), « Médiation – La directive générale », Rép. dr. eur., Dalloz 2013.
POITRINAL (F.-D.), « Fusion-acquisition : la responsabilité en cas de rupture des négociations », Rev. Banque 01/1993, n° 534, p. 45 ; « Les mécanismes de réduction des risques de non-paiement dans le cadre des garanties de passif », Rev. sociétés 1995, p. 659.
POLLAUD-DULIAN (F.) et RONZANO (A.), « Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes », RTD com. 1996, p. 179.
PORACCHIA (D.), « Les clauses d'agrément dans les sociétés par actions – Questions contemporaines », *in* Mélanges M. GERMAIN, LGDJ/Lextenso éditions 2015, p. 679.
POUDRET (J.-F.), « La clause arbitrale par référence selon la Convention de New York et l'article 6 du Concordat sur l'arbitrage », *in* Mélanges G. FLATTET, 1985, Payot, p. 523.

POUMARÈDE (M.), « Les clauses de force majeure dans les contrats de construction », RDI 2017, p. 456.
POUSSON (A.), « Les effets produits par un contrat atteint d'une nullité », RRJ 1996-3, p. 697.
PRAUD (J.-L.), « Requalifier la réception des travaux », RDI 2016, p. 259.
RACINE (J.-B.), « Les dérives procédurales de l'arbitrage », *in Les transformations de la régulation juridique*, G. MARTIN (dir.), LGDJ (Coll. Droit et Société) 1998, p. 229 ; « Le nouvel arbitre », *in Le nouveau droit français de l'arbitrage. Actes du colloque du 28 février 2011*, T. CLAY (dir.), Lextenso éditions 2011, p. 117.
RADÉ (C.), « Nouvelle application de la distinction entre les clauses informative et la clause normative du contrat de travail : l'exemple de la mention du régime de prévoyance ou de retraite », Lexbase Hebdo éd. soc. 12 juillet 2007, n° 268 ; « Contrat de travail : quand les clauses du contrat n'ont qu'une simple valeur informative », RDC avril 2008, n° 2 p.393.
RANDOUX (N.), « Réflexions actuelles sur le formalisme », JCP N 2012, 1350 ; « Les dernières vies du formalisme », LPA 2013, n° 166, p. 5.
REGNAULT (S.), « Bail commercial. Modes amiables de résolution des conflits », J.-Cl. fasc. 1305, 201.
REINHARD (Y.), « Les clauses de préférence et de préemption en cas de cession entre actionnaires », RJ com. 1990, p. 88 ; « La fixation du prix par expert (C. civ., article 1592 et 1843-4) », Gaz. Pal. 2010, p. 33.
RÉMY (P.), « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », RTD civ. 1997, p. 323 ; « Ouverture », *in Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, P. RÉMY-CARLAY et D. FENOUILLET (dir.), Dalloz, coll. Thémis et commentaires, p. 3.
RÉMY-CORLAY (P.), « Exécution et réparation : deux concepts », RDC 2005, n° 1, p. 13.
REVET (T.), « La clause légale », *in* Mélanges M. CABRILLAC, Dalloz-Litec 1999, p. 277 ; « Objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique ? », *in La nouvelle crise du contrat*, C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Dalloz 2003, p. 83 ; « La prise d'effets du contrat », RDC 2004, n° 1, p. 29 ; « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », RDC 2004, n°2, p. 579 ; « Les critères du contrat du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du Code civil », D. 2016, p. 1771 ; « Une philosophie générale ? » *in La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, RDC 2016, n° hors-série, p. 5.
REYMOND (C.), « La clause arbitrale par référence », *in Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international*, C. REYMOND et E. BUCHER (dir.), Schulthess, 1984, p. 85.
RICATTE (J.), « La clause dite "du client le plus favorisé" », Gaz. Pal. 1991, 2, doctr. p. 600.
RIGAULT (L.), « L'encadrement juridique des pourparlers », LPA 2012, p. 5.
RIVERO (J.), « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *in* Mélanges P. RAYNAUD, Dalloz-Sirey 1985, p. 680.
RIVIER (M.-C.), « L'éviction de la juridiction étatique par le contrat », *in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends,* P. ANCEL et M.-C. RIVIER (dir.), Economica 2001, p. 23.
ROBINE (E.), « Le choix de l'arbitre », Rev. arb. 1990, p. 315.
ROCHFELD (J.), « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *in* Études offertes à J. GHESTIN, *Le contrat au début du XXI^e^ siècle*, LGDJ 2001, p. 747 ; « Remarques sur les

propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », RDC 2006, p. 113.
ROUHETTE (G.), « L'ordre juridique processuel : réflexions sur le droit du procès », *in* Mélanges P. RAYNAUD, Dalloz 1985, p. 687.
ROUSSEL (F.), « Bail réel solidaire : première formule de "BRS-utilisateur" », JCP N, 2017. 1219.
ROUVIÈRE (F.), « La distinction des délais de prescription, butoirs et de forclusion », LPA 31 juill. 2009, n° 152, p. 6 ; « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », RDC 2016, n° 3, p. 600.
ROZES (L.), « Le projet de contrat », *in* Mélanges L. BOYER, PUSST 1996, p. 639.
SALLÉ DE LA MARNIERRE (M.), « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit », RTD civ. 1933, p. 1037.
SANDERS (P.), « L'autonomie de la clause compromissoire », *Liber amicorum* F. EISEMANN, publ. CCI n° 321, 1978, p. 31.
SANTA-CROCE (M.), « De l'extension aux actes extrajudiciaires du régime de nullité des actes judiciaires », D. 1992, p. 296.
SAUTEL (O.), « Sur la déchéance en droit privé », D. 1999, p. 487.
SAVATIER (J.), « L'obligation d'énoncer les motifs du licenciement et sa sanction », Dr. soc. 1991, p. 99 ; « Droit disciplinaire conventionnel et droit disciplinaire légal », Dr. soc. 1992, p. 227.
SAVATIER (R.), « Les notifications par lettre recommandée », Rép. gén. notariat 1951, art. 26980.
SCHENIQUE (L.), « De la confidentialité en médiation », LPA 18 juin 2014, p. 6.
SCHILLER (S.), « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires », Rép. sociétés, Dalloz 2009.
SCHMIDT (J.), « La sanction de la faute précontractuelle », RTD civ. 1974, p. 46.
SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), « Les accords précontractuels en droit français », *in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, J. MESTRE (dir.), PUAM 1990, p. 9.
SÉRIAUX (A.), « La place de la médiation civile dans l'œuvre de justice », *in La médiation civile : alternative ou étape du procès ?*, A. LEBORGNE (dir.), PUAM, 2018, p. 13.
SERINET (Y.-M.), « L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français. Rapport français », *in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), Bruylant-LGDJ, 2002, p. 589 ; « Le juge et l'illicéité du contrat », *in Le renouveau des sanctions contractuelles*, F. COLLART-DUTILLEUL et C. COULON (dir.), Economica 2007, p. 85 ; « La constatation de la nullité par les parties : une entorse limitée au caractère judiciaire de la nullité », JCP G 2016, 845.
SEUBE (A.), « Les conditions générales des contrats », *in* Études offertes à A. JAUFFRET, DL 1974, p. 621.
SHULZ (R.), « Le nouveau règlement CEFAREA-CMAP : évolution et adaptation d'un arbitrage institutionnel dans le secteur de l'assurance », RGDA 2014, p. 143.
SIMLER (P.), « Contrats et obligations. – Classifications des obligations. – Distinction des obligations de donner, de faire ou de ne pas faire », J.-Cl. Civ., art. 1136 à 1145, fasc. 10, 2004.
SIMON (F.-L.), « Contrat de franchise et variété de clauses de résiliation », LPA 16 avr. 2009, p. 6 ; « Du bon usage de la technique contractuelle dans les contrats de distribution », Cah. dr. entr. 2010, n° 4, p. 20.

SIMONT (P.), « Contribution à l'étude de l'article 1592 du Code civil», *in* Mélanges offertes P. VAN OMMESLAGHE, Bruylant 2000, p. 261.
SORDINO (M.-C.), « Aménagements conventionnels et révocation *ad nutum* des dirigeants de sociétés anonyme », *in* Mélanges C. MOULY, t. II, Litec 1998, p. 245.
SORTAIS (J.-P.), « Le principe du contradictoire en dehors du prétoire ? », *in* Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. POUDRET, Lausanne 1999, p. 246.
STOFFEL-MUNCK (P.), « L'après-contrat », RDC 2004, p. 177 ; « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », Dr. et patr., n° 126, 1er avr. 2004, p. 70 ; « Le juge et la stabilité du contrat », *in Le renouveau des sanctions contractuelles*, F. COLLART-DUTILLEUL et C. COULON (dir.), Economica 2007, p. 121 ; « La résolution par notification : question en suspens », Dr. et patr. 2014, n° 240, p. 67 ; « La force de la décision de l'expert contractuel », *in* « L'expertise dans le contrat », RDC n° 2, 2014, p. 304 ; « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *in* « Réforme du droit des contrats : quelles innovations ? », RDC avr. 2016, hors-série, p. 30.
STORCK (M.), « Contrats et obligations. Obligations conditionnelles. Résolution judiciaire », J.-Cl. Civ. code, art. 1184, fasc. 10.
STRICKLER (Y.), « Le droit à un procès équitable », *in Libertés et droits fondamentaux*, R. CABRILLAC (dir.), 26e éd., Dalloz 2020 ; « Matière et procédure gracieuses », J.-Cl. Proc. civ. 2020, fasc. 500-45.
SUDRE (F.), « Le droit à un procès équitable "hors les juridictions ordinaires" », *in* Mélanges J. DUBOUIS, Dalloz 2002, p. 205.
SUPIOT (A.), « La relativité du contrat en questions », *in* Travaux de l'Association H. CAPITANT, *La relativité du contrat* - Actes du colloque, Nantes 1999, Paris, LGDJ, 2000, p. 183 ; « La justice sociale saisie par la régulation », *in* Etudes offertes à J. NORMAND, Litec 2003, p. 427.
TAISNE (J.-J.), « Régime général des obligations. Modalités de l'obligation. Obligations conditionnelles. Effets de la condition suspensive », J.-Cl. Civil Code Art. 1304 à 1304-7, 2016, fasc. 30.
TAORMINA (G.), « Brèves remarques sur quelques difficultés pratiques rencontrées dans le cadre de la procédure d'*exequatur* des transactions de l'article 1441-4 NCPC », D. 2002, p. 2353.
TALLON (D.), « L'inexécution du contrat, pour une autre présentation », RTD civ. 1994, p. 223.
TERRÉ (F.), « Force et faiblesse de la norme », *in La force normative, naissance d'un concept*, C. THIBIERGE et alii (dir.), LGDJ et Bruylant 2009, p. 19.
TEYSSIÉ (B.), « Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat », D. 1976, chron. 281.
THÉRON (J.), « Moyens de défense. Généralités », J.-Cl. Proc. civ. 2018, fasc. 600-30.
THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997, p. 357.
THULLIER (B.), « L'interdiction bancaire, déchéance et mesure de sûreté », *in* Mélanges M. JEANTIN, Dalloz 1999, p. 353.
TIREL (M.), « Précisions sur la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », D. 2017, p.1595.
TISSEYRE (S.), « Paradoxes autour de la notion de non-professionnel », D. 2011, p. 2245.
TOMASIN (D.), « Remarques sur la nullité des actes de procédure », *in* Mélanges P. HEBRAUD, USST 1981, p. 853.

TOURNAUX (S.), « Les garanties procédurales fondamentales », Dr. soc. 2015, p. 389.
TRESCASES (A.), « Les délais préfix », LPA, 30 janv. 2008, n° 22, p. 6.
TROCH (K.), « La modification unilatérale du contrat : questions choisies », *in La modification unilatérale du contrat*, K. WAUTERS (dir.), Anthemis 2018, p. 7.
TROCHU (M.), « Les clauses d'offre concurrente, du client le plus favorisé et de premier refus dans les contrats internationaux », RD aff. int. 2002/3-4, p. 303.
VASSEUR (M.), « Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », RTD civ. 1950, p. 439.
VATINET (R.), « Le *mutuus dissensus* », RTD civ. 1987, p. 252.
VEEDER (V.), « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre dans l'arbitrage international », *in Médiation et arbitrage, Alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, L. CADIET, T. CLAY et E. JEULAND (dir.), Litec 2005, p. 219.
VELARDOCCHIO (D.), « Clauses n'ayant pas été l'objet d'une négociation individuelle », *in Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, p. 173.
VERGÈS (E.), « Les principes de la procédure civile : notion, fonctions, évolution », *in Les principes essentiels du procès à l'épreuve des réformes récentes du droit judiciaire privé (rencontre Université/Cour de cassation 2013)*, L. FLISE et E. JEULAND (dir.), éd. IRJS 2014, p. 7.
VEYRE (L.), « La clause de conciliation : un régime à perfectionner ! », D. 2020, p. 1046.
VIAL-PEDROLETTI (B.), « Constat des lieux : principe du contradictoire et tempéraments », JCP N 1997, prat., 4102.
VILLEY (M.), « Métamorphoses de l'obligation », APD, t. 15, Sirey 1970, p. 287.
VINEY (G.), « Rapport de synthèse », *in* La responsabilité civile à l'aube du XXI^{e} siècle : bilan prospectif, RCA juin 2001, n° spécial p. 86.
VIGNOLLE (P.-D.), « La consécration des fautes lucratives : une solution au problème d'une responsabilité punitive ? (Acte II) », Gaz. Pal. janv.-févr. 2010. Doctr. 73.
VIRASSAMY (G.), « Les collèges et les commissions dans le règlement des litiges contractuels », *in* Mélanges J. GHESTIN, LGDJ 2001, p. 949.
VUITTON (X.), « Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du code de procédure civile », RTD civ. 2019, p. 771 ; VUITTON, « Ordonnances sur requête », J.-Cl. Proc. civ. 2019, fasc. 1300-20.
WAQUET (P.), « Les plans sociaux », RJS 1996, p. 309 ; « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », RJS, 12/96, p. 791.
WEILLER (L.), « Processualisation et force obligatoire du contrat », *in Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM 2009, p. 157 ; « Compte rendu de l'atelier du groupe de travail "Pratique Arbitrale" du Comité français de l'arbitrage – Le domaine d'efficacité de la clause compromissoire », Rev. arb. 2017, p. 1085 ; « Le développement des clauses de médiation et leur réception par la Cour de cassation », *in La médiation civile : alternative ou étape du procès ?*, A. LEBORGNE (dir.), PUAM, 2018, p. 31 ; « Retour sur la liberté de choix des parties à l'épreuve de l'office de l'arbitre », Cah. arb. 2018, p. 205.
WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », *in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), Dalloz 2003, p. 151 ; « La légitimité de l'intérêt à agir », *in Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Mélanges en l'honneur

d'Y. SERRA, Dalloz 2007, p. 455 ; « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », *in* Études à la mémoire du Professeur B. OPPETIT, Paris, Litec 2009, p. 691.
YUNG (W.), « Devoirs généraux et obligations », Mélanges en l'honneur de W. SCHONENBERGER, Fribourg 1968, p. 163.
ZARKALAM (S.), « "*Dispute review board*" et "*Adjudication*" : les modes alternatifs de règlement des litiges dans le domaine de la construction internationale », Justices n° 6, 1996, p. 159.

Notes, observations et conclusions des principales décisions de justice

AMRANI MEKKI (S.),
- obs. sous Cass. com., 29 avr. 2014, Gaz. Pal. 7-9 sept. 2014, p. 16.
- note sous Cass. com., 13 oct. 2015, Gaz. Pal. 22 déc. 2015, p. 15.

ANCEL (P.),
- note sous Cass. com., 2 juin 2004, Rev. arb. 2004, p. 591.
- note sous Cass. com., 22 janv. 2008, Rev. arb. 2009, p. 145.

ANCEL (P.) et COTTIN (M.), note sous Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, D. 2003, p. 1386.
ANCEL (P.) et GOUT (O.), note sous CA Paris, 8 oct. 1998, Rev. arb. 1999, p. 350.
ANSAULT (J.-J.), obs. sous Cass. soc., 9 mars 2017, BJS, n° 106, p. 374.
ASFAR CAZENAVE (C.), note sous Cass. 1re civ. 12 juin 2013, JCP E 2013, n° 39, p. 1522.
AUBERT (J.-L.),
- note sous CA Amiens, 23 nov. 1976, Rép. not. Defrénois 1977, art. 31441, n° 52.
- note sous Cass. 3e civ., 5 nov. 2003, Defrénois 2004, p. 443.

BAILLY (P.), obs. sous Cass. soc., 5 déc. 2012, D. 2013, chron., p. 114.
BARBIER (H.),
- obs. sous Cass. com., 15 oct. 2013, RTD civ. 2014, p. 120.
- obs. sous Cass. 3e civ., 8 févr. 2018, RTD civ. 2018, p. 404.
- obs. sous Cass. 3e civ., 23 mai 2019, RTD civ. 2019, p. 578.

BIHR (P.), note cous CA Paris, 27 sept. 1990, D. 1991, p. 102.
BOILLOT (C.), note sous Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, D. 2015, p. 298
BOUBLI (B.), obs. sous Cass. 3e civ., 28 nov. 2014, RDI 2015, p. 126.
BOUCOBZA (X.) et SERINET (Y.-M.), obs. sous Cass. com. 10 oct. 2018, RDC 2019, p. 92.
BRETZNER (J.-D.), obs. sous Cass. 3e civ., 28 mars 2007, D. 2008, p. 2820.
CHAMPAUD (C.) et DANET (D.), obs. sous Cass. com. 13 juill. 2010, RTD com. 2010, p. 727.
CHARBONNEAU (C.), obs. sous Cass. 3e civ., 25 mai 2011, RDI 2011, p. 503.
CHAZAL (J.-P.) et REINHARD (Y.), obs. sous CA Paris, 3 maris 2000, RTD com. 2000, p. 672.
CLAY (T.), note sous CA Paris, 12 févr. 2009, Rev. arb. 2009, p. 186.
CONSTANTIN (A.), obs. sous Cass. com. 7 juin 2011 et Cass. com. 15 mars 2011, RTD com. 2011, p.580.
COQUELET (M.-L.), note sous Cass. com., 15 mai 2007, Rev. sociétés 2007, p. 780.

CORNU (G.), note sous Cass. 2e civ., 15 oct. 1975 et 20 mai 1976, D. 1977. 125.
COURET (A.), note sous Cass. com., 5 mai 2009, BJS 2009, p. 728.
CROZE (H.), obs. sous Cass. com., 29 avr. 2014, JCP 2014, p. 607.
DEBOISSY (F.) et WICKER (G.), obs. sous Cass. com., 8 juin 2009, JCP E 2009. 1767.
DEGOS (L.), note sous Cass. 2e civ., 4 avr. 2002 et com. 9 avr. 2002, D. 2003, p. 1117.
DE RAVEL D'ESCLAPON (T.), note sous Cass. com., 18 déc. 2020, Rev. sociétés 2020, p. 410.
DESSUET (P.), obs. sous Cass. 3e civ., 27 juin 2019, RDI 2019, p.467.
DONDERO (B.), note sous Cass. com., 29 sept. 2015, BJS 2015, p. 626.
DURRY (G.), obs. sous Com., 8 juill. 1981, RTD civ. 1982, p. 426.
ETIENNEY-DE SAINTE MARIE (E.), note sous Cass. 3e civ., 8 févr. 2018, JCP G 2018, 453.
FOREST (G.), obs. sous Cass. 3e civ., 15 mai 2008, D. 2008, p. 1553.
FOUCHARD (P.), note sous CA Paris, 13 janv. 1971, Rev. arb. 1973, p. 69.
GENICON (T.),
- note sous Cass. 1re civ., 15 mai 2008, RDC 2008, n° 4, p. 1122.
- obs. sous Cass. com., 15 nov. 2011, RDC 2012, p. 787.

GIORGINI (G.-C.), obs. sous Cass. com., 5 oct. 2004, Bull. Joly 2005, p. 262.
GRIGNON (P.), obs. sous Cass. soc., 13 juill. 2010, JCP E 2010, 2134, n°11.
GRIMALDI (C.), obs. sous CA Versailles, 28 nov. 2017, RDC 2018, p. 71.
HEBRAUD (P.) et RAYNAUD (P.), note sous Cass. civ., 24 oct. 1951, RTD civ. 1952, p. 255.
HOUTCIEFF (D.),
- note sous Cass. com., 8 mars 2008, RLDC 2005, p. 5.
- obs. sous CA Versailles, 5 janv. 2016, Gaz. Pal. 2016, n° 16, p. 23.
- obs. sous Cass. 1re civ., 1er juill. 2020, AJC 2020, p. 442.

JARDONNET (J.), note sous Cass. soc. 13 avr. 2016, Dr. ouvr. 2016, p. 580.
JARROSSON (C.),
- note sous Cass. 1re civ., 23 janv. 2001, Rev. arb. 2001, p. 746
- note sous Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003 et CA Paris, 23 mai 2001, Rev. arb. 2003, p. 405.

JEANTIN (M.), note sous CA Paris 27 juin 1989, BJS sept. 1989, § 250, p. 695.
JUILLET (C.), obs. sous Cass. com., 8 avr. 2015, RLDC 1er juill. 2015, n° 128.
KULLMANN (J.),
- note sous 24 juin 2003, RGDA 2003, p. 683.
- note sous Cass. 3e civ., 16 déc. 2003 et Cass. 3e civ, 17 déc. 2003, RGDA 2004, p. 475.

LAGARDE (X.),
- obs. sous Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, RDC 2003, p. 189.
- obs. sous Cass. 1re civ., 6 mai 2003, RDC 2003, p. 189.
- obs. sous Cass. com., 22 févr. 2005, RDC 2005, p. 1141.

LAITHIER (Y.-M.),
- obs. sous Cass. com., 1er oct. 2013, RDC 2014, p. 181.
- obs. sous Cass. 1re civ., 11 mars 2014, RDC 2014, p. 355.

LENEVEU (J.), note sous CA Grenoble, 15 juin 1976, J.C.P. 1978, I, 18991.

LEVENEUR (L.), obs. sous Cass. com., 20 oct. 2015, CCC 2016, n° 1, comm. 3.
LIBCHABER (R.), obs. sous. Cass. 3e civ., 28 juin 2006, Defrénois 2006, p. 1858.
LOQUIN (E.),

- obs. sous CA Paris 8 oct. 1998, RTD com. 1999, p. 844.
- note sous CA Paris, 22 janv. 2004: Rev. arb. 2004, p. 647.
- obs. sous CA Paris, 4 déc. 2008, RTD com. 2009, p. 537.

LUCAS (F.-X.), obs. sous Cass. com., 10 mai 2006, RDC 2006, p. 1186.
LYON-CAEN (A.), note Cass. soc., 13 févr. 1997, D. 1997, p. 171.
MALAURIE (P.), note sous Cass. com., 4 juill. 1972, D. 1972, p. 732.
MAZEAUD (D.),

- obs. sous Cass. 1re civ., 13 oct. 1998, Defrénois 1999, art. 36953, p. 374.
- note sous Cass. com., 3 oct. 2006, D. 2007, p. 765.

MAZEAUD (V.), note sous Cass. 3e civ., 19 mai 2016, D. 2016, p.2377.
MESTRE (J.)

- obs. sous Cass. 1re civ., 29 nov. 1989, RTD civ. 1990, p. 473.
- obs. sous Cass. com. 9 juill. 1991, RTD civ. 1992, p. 389.
- obs. sous Cass. com., 3 juin 1997, RTD civ. 1997, p. 935.

MICHEL (C.-A.), note sous Cass. com., 13 mars 2019, Gaz. Pal. 24 sept. 2019, p. 51.
MORTIER (R.), note sous Cass. com., 29 sept. 2015, Dr. sociétés 2017, comm. 138.
MOULY (J.), obs. sous Cass. soc., 2 déc. 2015, Dr. soc. 2016, p. 187.
MOUSSERON (P.), obs. sous Cass. ass. plén. 18 juin 2010, JCP E 2010, 2134, n° 10.
MOUSSERON (M.), MOUSSERON (J.-M) et RAYNARD (J.), obs. sous Cass. com., 23 juin 1992, JCP E 10 déc. 1992, 199, n° 2.
MOUSSERON (J.-M) et RAYNARD (J.), obs. sous Cass. soc., 19 déc. 1989, JCP E 1991, n° 51, 104.
PACLOT (Y.), note sous Cass. com., 29 sept. 2015, JCP E 2016, 1341.
PÉLISSIER (A.), obs. sous Cass. 2e civ., 7 mars 2019, RGDA 2019, p. 15.
PELLETIER (C.),

- obs. sous Cass. 1re civ., 24 sept. 2009, RDC 2010, p. 690.
- obs. sous Cass. 3e civ., 28 avr. 2011, RDC 2012, p. 882.
- obs. sous Cass. com., 3 mai 2011, RDC 2012, n° 3, p. 884.
- obs. sous Cass. soc. 5 déc. 2012, RDC 2012, p. 1010.
- obs. sous Cass. com., 3 juin 2014, RDC 2015, p. 86.
- obs. sous Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, RDC 2015, n° 2, p. 308.
- obs. sous Cass. 3e 25 nov. 2014 et Cass. com., 20 janv. 2015, RDC 2015, p. 311.
- obs. sous Cass. 2e civ., 22 juin 2017, RDC 2017, n° 4, p. 69.
- obs. sous Cass. com., 30 mai 2018, RDC 2018, p. 572.

PÉRIN (J.-L.), obs. sous Cass. com., 14 avr. 2015, BJS 2015, p. 350.
PERINET-MARQUET (H.), obs. sous Cass. 3e civ., 21 nov. 2012, Defrénois 30 mai 2013, n°112r8.
PERROT (R.),

- obs. sous CA Amiens, 6 févr. 1978, RTD civ. 1978, p. 722.
- obs. sous Cass. 3e civ., 20 déc. 1994, RTD civ. 1995, p. 683.
- obs. sous Cass. 2e civ., 3 mai 2001, Procédures 2001, n° 147.
- obs. sous Cass. com., 22 févr. 2005, RTD civ. 2005, p. 450.

- obs. sous Cass. 3e civ., 28 mars 2007, Procédures 2007, comm. 104.
- obs. sous Cass., ch. mixte, 28 sept. 2012, RTD civ. 2012, p. 771.

PORACCHIA (D.), obs. sous Cass. com., 3 mars 2015, BJS 2015, p. 286.
RANDOUX (D.), note sous Cass. 1re civ., 27 juin 2000, Rev. sociétés 2001, p. 105.
REMACLE (J.), note sous Cass. com., 24 mai 2017, Rev. sociétés 2018, p. 96.
REYGROBELLET (A.), obs. sous Cass. com., 14 déc. 1999, D. 2000, p. 335.
RUELLAN (C.), note sous CA Paris, 28 janv. 1999, Bull. Joly 1999, p. 1001.
RUET (L.), note sous Cass. 3e civ., 3 nov. 2016, Defrénois 2017, n° 2, p. 119.
SAINTOURENS (B.), note sous Cass. com., 7 juill. 2015, Rev. sociétés 2016, p. 237.
SAVATIER (J.), note sous Cass. soc., 29 nov. 1990, Dr. soc. 1991, p. 99.
SAVAUX (É.), note sous Cass. com., 10 juill. 2007, Defrénois 2007, art. 38667-61.
SERINET (Y.-M.), obs. sous Cass. 3e civ., 7 nov. 2007, JCP G 2008, I, 104, chron.
SERINET (Y.-M.) et BOUCOBZA (X.), obs. sous Cass. 1re civ. 12 juin 2013, RDC 2013, n° 4, p. 1473.
SERRA (Y.), obs. sous Cass. 1re civ., 6 mars 1996, D. 1997, somm., p. 97.
SERVERIN (E.), obs. sous Cass. soc., 5 déc. 2012, Rev. trav. 2013, p. 124.
SEUBE (J.-B.), obs. sous Cass. 1re civ., 19 juin 2001, JCP E 2002, p. 640.
STOFFEL-MUNCK (P.)

- note sous CA Angers, 27 janv. 2004, CCE 2004, n° 145.
- note sous Cass. civ. 3e, 31 mars 2005, Dr. et patr. 2005, n° 141, p. 94.

THÉRY (P.),

- obs. sous Cass. com., 15 oct. 2013, RTD civ. 2014, p. 705.
- obs. sous Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, RTD civ. 2015, p. 187.
- note sous Cass. com., 13 oct. 2015, RTD civ. 2015, p. 932.

URBAIN-PARLEANI (I.), note sous CA Paris, 5 nov. 2004, Rev. sociétés 2005, p.232.
VIANDIER (A.), note sous Cass. com., 10 févr. 2015, Rev. sociétés 2015, p. 371.
VOIRIN (P.), note sous CA Lyon, 11 mai 1942, JCP 1942, II, 2007.
WEILLER (L.), note sous Cass. com. 10 oct. 2018, Procédures 2018, comm. 374.
WICKER (G.) et DEBOISSY (F.), obs. sous Cass. com., 13 juill. 2010, JCP E 2011, 1000, n° 3.
ZALEWSKI (V.), obs. sous Cass. 3e civ., 20 mars 2007, AJDI 2007, p. 661.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

A

Abus : 9, 56, 60, 74, 94, 98, 119, 267, 268, 272, 399, 423, 443, 462, 468, 489, 620

- de droit : 9, 69, 542, 564,
- de prérogative : 418, 544, 548

Acceptation (v. aussi *Consentement*) : 33, 36 et s., 254, 257, 271, 305, 393, 404, 411, 464

Accessoire (au droit d'action) : 167

- modalités - : 115, 140, 298, 449
- rapport d' - : 145 et s.

Accord sur les points de droit et qualifications : 67

Acte de procédure : 581

- Conditions de validité : 586
- Nullité : 507, 559, 580, 582, 589 et s.

Acte extrajudiciaire : 583

Acte juridique : 133, 222, 411, 549, 552

Acte unilatéral : 4, 464, 465

Action en justice : 88, 228, 286, 341, 361, 508 et s., 524

Adaptation du contrat : 142, 185, 240, 304, 392, 399

Agrément (v. aussi *Clause d'agrément*) :

- procédure d'- : 1, 56, 76, 95, 102, 128, 145, 156, 393, 399, 421, 436
- refus d'- : 270, 414, 464, 465, 513, 531, 548, 556

Annulation du contrat (survie des procédures contractuelles à l') : 166 et s.

Arbitrage (v. *Clause compromissoire*) :

Attente légitime : 616

Autorité de la chose jugée : 393

Autonomie :

- de la volonté : 144
- des procédures contractuelles : 157 et s.

B

Bail : 76, 200, 287, 490, 534, 582

Bonne foi : 114, 211, 216, 256, 267, 304, 305, 333, 334, 338, 350, 385, 462, 510, 520, 528, 556, 564, 566

- mise en œuvre de : 399 et s., 401, 433
- renégocier de : 285 et s., 325
- violation de l'exigence de : 423 et s., 427 et s.

C

Caducité : 81, 149 et s., 156, 162 et s., 174, 186, 300, 341

Calendrier de procédure : 7, 503

Cause (notion de) : 167, 319 et s.

- des procédures contractuelles : 34, 142, 144

Cautionnement : 201, 350, 599

- contrat de : 55, 256, 512, 583
- mise en œuvre du : 56, 143, 491, 604

Cession de contrat : 421

Changement de circonstances (v. aussi *Clause d'adaptation*) : 240, 380, 404

Charge :

- de la preuve : 266, 271, 306, 416, 468, 503, 504, 524, 622 et s.
- notion de : 359

Clause abusive : 73 et s.

Clause attributive de juridiction : 156

Clause compromissoire : 59, 67, 74, 88, 232, 293, 295, 397, 413, 506, 527, 620

- autonomie : 157 et s.

Clause d'adaptation (v. *Clause de renégociation*)

Clause d'agrément : 8, 163, 394, 407, 411, 421, 423, 531, 610

Clause d'alignement : 59, 489

Clause d'exception d'inexécution : 125, 276

Clause d'expertise : 391

Clause d'indexation : 164, 186

Clause d'offre concurrente : 78, 119, 122, 338, 360, 361

Clause de conciliation : 8, 41, 50, 59, 85, 87, 156, 221, 286, 320, 341, 375, 397, 405, 408, 457, 503, 508, 515, 621, 623, 627, 633

Clause de force majeure : 200, 260 et s., 380, 382

Clause de garantie de passif : 146, 297, 404, 489, 511, 513, 524, 554, 599, 601, 627

Clause de médiation : 287, 408

Clause de mobilité : 273, 488

Clause de non-concurrence : 28, 112, 113, 269

Clause de priorité : 78, 164, 394

Clause de réclamation : 167, 204

Clause de référence :

- à un déontologue : 394, 421
- à un règlement : 294, 494

Clause de remplacement : 207, 516

Clause de reconduction tacite : 360

Clause de renégociation : 64, 174, 185, 304, 306, 382, 392, 498, 633

- mise en œuvre : 393, 427, 433, 489, 525

Clause de renouvellement : 254, 268

Clause de renonciation (faculté de renonciation) : 28, 112 et s.

Clause de révision (du prix) : 230, 404

Clause de suspension (v. *Clause de force majeure*)

Clause du client le plus favorisé : 80, 404

Clause informative (v. *Procédure informative*)

Clause pénale : 220, 449, 616, 624, 634, 635

Clause réputée non écrite : 90, 95, 112, 269

Clause résolutoire : 8, 59, 98, 106, 107, 133, 187, 200, 276, 312, 341, 407, 441, 513, 517, 556, 611

Cohérence : 161, 164, 321, 385, 510, 527, 621

Concertation (entre les parties) : 15, 55, 117, 118, 121 et s., 290, 553, 570 et s.

- clause de : 217 et s.
- obligation de : 299

Condition (obligation conditionnelle) : 173 et s.

Confidentialité (obligation de) : 298,

- de la procédure contractuelle : 473 et s., 507

Consentement : 34 et s.

Contentieux (procédures contractuel visant le règlement) : 292 et s.

Contractualisation : 8, 280

Contradictoire (principe du) : 528, 531

Contrat à exécution successive : 158

Contrat cadre : 1

Contrat d'adhésion (procédure contractuelle résultant d'un) : 31 et s.

Contrat d'assurance : 1, 67, 89, 94, 201, 228, 232, 236, 248, 253, 267, 272, 275, 391, 397, 410, 423, 440, 567, 559, 602, 628

Contrat de bail : 200, 287, 421, 490

Contrat d'entreprise : 45, 143, 223, 224, 457, 603,

Contrat de concession : 108, 176, 257

Contrat de distribution : 84, 107, 465

Contrat de franchise : 203, 276

Contrat de mandat : 268, 526

Contrat de prêt : 267

Contrat de travail : 28, 41, 85, 102, 198, 243, 271, 531

Contrat de vente : 81, 103, 230, 237, 252, 254, 262, 411, 444, 603

Contrat synallagmatique : 320

Contrat type : 28, 78

Contrôle de légalité (V. *Légalité procédurale*)

Convention d'arbitrage (v. aussi *Clause compromissoire*) : 48, 50, 59, 74, 78, 87, 88, 407, 477, 493, 506

Coopération :

- contrat- : 1, 131
- entre parties : 194, 211 et s., 401, 470

Cumul (des sanctions) : 630 et s.

D

Débat (contradictoire) : 55, 124, 128, 280, 458, 609

Déchéance : 201, 257, 352, 357 et s., 363, 424, 449, 489, 491, 503, 511, 598 et s.

Décision (unilatérale) : 385, 462, 465, 467, 521, 613

Dédit (clause de) : 219, 423

Défenses au fond : 512 et s.

Délai (de procédure) : 488 et s.

Délai de prescription : 413, 490

Demande en justice (v. *Droit d'agir*)

Dénaturation : 41, 66, 406, 444

Déséquilibre contractuel : 79, 106

Détermination unilatérale du prix (clause de) : 164, 271, 399, 404, 465

Devoir :

- comparaison avec les procédures contractuelles : 323 et s., 644
- d'exécution de bonne : 114
- de coopération : 211
- devoir juridique : 324 et s.

Diligence :

- concept : 5
- défaut de : 523, 526 et s., 540, 575, 591, 599 et s., 609, 626, 627, 638
- incombance de : 13, n° 350 et s., 384, 491, 575, 598, 639, 645

Dire d'expert : 380, 515

Disciplinaire :

- pouvoir : 274, 280 et s., 567, 581
- procédure : 102, 280 et s., 461, 590

Dommages et intérêts : 304, 308, 318, 358, 363, 371, 397, 400, 425, 447, 506, 544, 560, 575, 592, 594

- cumul avec d'autres sanctions : 632 et s.
- déterminations des : 434 et s.
- punitifs : 607, 614 et s.
- sanction procédurale : 530 et s., 628

Droit commun des contrats : 12, 13, 34, 36, 115, 150, 452, 465, 526, 538, 542, 544, 565, 572, 644

- intégration des procédures contractuelles : 573 et s.
- sanctions relevant du : 418 et s.

Droit d'agir : 7, 49, 167, 312, 413, 490, 491, 508, 510, 511, 525, 598, 605

Droit des obligations : 127, 373

Droits de la défense (V. aussi, *Procédure disciplinaire*) : 1, 95, 136, 137, 340, 456 et s., 485, 530, 547, 553, 570, 612, 615, 623

Droit disponible : 77, 248, 398, 612

Droit subjectif : 76, 308, 313, 452, 548, 598, 601

E

Économie du contrat : 64, 380, 400

Effet juridique : 5, 180, 183, 202, 204, 212, 221, 340, 341, 367, 596, 609, 615, 639

Effet relatif : 87

Ensemble contractuel : 155, 403

Équilibre contractuel : 79, 106, 462

Équité : 215, 399, 461, 513, 604

- procédurale : 456, 462, 498, 546

Exception d'inexécution (v. aussi *Clause d'exception d'inexécution*) : 110, 194, 319, 378, 398, 502, 612

Exception de nullité : 512

Exception de procédure : 506 et s.

Exécution forcée :

- de l'obligation : 306
- cumul avec d'autres sanctions : 637
- inapplicabilité aux procédures contractuelles : 304, 316 et s.,, 348, 350, 353, 357
- mesures d' : 388, 495, 525, 536, 575

F

Faute :

- résultant de la violation du devoir : 333
- résultant de la violation d'une procédure contractuelle : 419, 427 et s.

Fin de non-recevoir : 508 et s.

Finalité du contrat :

Fonction :

- des procédures contractuelles : 119 et s.
- économique du contrat : 140, 144, 156, 161, 163, 299

Fond (distinction avec les procédures contractuelles) : 542 et s.

Force majeure (v. *Clause de force majeure*)

Force obligatoire :

- des procédures contractuelles : 11, 84 et s., 146, 375 et s.
- du contrat : 109, 266 et s., 486, 504, 517, 563, 575, 595, 605

Force probante : 415, 486, 496, 534, 609

Force exécutoire : 66, 495 et s., 515

Forclusion : 132, 167, 261, 359, 490, 510, 604

Formalisme : 45 et s.

Forme (distinction avec les procédures contractuelles) : 550 et s.

G

Garantie autonome : 360, 599

Grief : 507, 559, 590, 622

H

Hardship :

- évènement de : 30, 64
- clause de : 84, 131, 150

Homologation : 496, 497

I

Imprévision : 251, 380

- clause d' : 394
- révision pour : 121
- résiliation pour : 124

Incombance : 13, 348 et s.

Incompatibilité : 403

Indemnité : 435, 444, 560, 615

Inexécution :

- sanctions de l' : 16, 182, 275 et s., 358, 630 et s.

Inopposabilité : 74, 271, 534, 535, 609 et s.

Instance :

- arbitral : 88, 293, 295
- judiciaire : 297 et s., 500 et s.

Intangibilité (principe d') : 131, 251

Instrumentum : 19, 33, 156, 553, 557

Intention commune : 407, 626

Interprétation : 406 et s.

Intuitu personae : 95, 316, 636

Irrégularité

- de fond : 587, 589
- de forme : 590

Invocation (de la sanction) : 620 et s.

J

Juge (les prérogatives du) : 514 et s.

Justice contractuelle : 515

L

Légalité procédurale : 563 et s.

Liberté contractuelle : 9, 58, 72 et s.,

Loyauté :15, 87, 211, 334, 385, 399, 421, 471, 482, 520, 545, 556

M

Maintien du contrat : 81, 98, 131, 433

Mentions obligatoires : 550, 554, 581

Mise en demeure : 110, 203, 206, 570, 626

Modes alternatifs de règlement des litiges (processus) : 121, 405, 413, 496, 508, 520, 581, 621, 641

Modification (du contrat) : 121, 173, 215, 224, 254, 271 et s., 440

Motivation (obligation de) : 55, 124, 138, 271, 463 et s., 513, 520, 531, 604

Moyens de défense : 505 et s.

Mutuus dissensus : 398

N

Négociation (v. *Renégociation*)

Negotium : 19, 549

Notification : 382, 485 et s.

Neutralisation :

- de la clause : 423 et s.
- des prérogatives : 611 et s.

Nullité : 81 et s., 150, 156, 159, 166 et s.

O

Objet : 77 et s.

- de la clause procédurale : 54 et s.
- du contrat : 1, 55, 173, 319, 552

Obligation de faire : 306, 332

Obligation de ne pas faire : 183, 306, 317

Obligation d'information : 99, 297, 410, 511, 512, 553

Obligation essentielle : 14, 321

Office du juge : 521, 627

Offre : 168, 404, 411, 435, 464

Option (droit d'option) : 78, 199, 219, 237, 407, 464, 599, 635

Opposabilité : 36, 46, 536, 609

Ordre public : 9, 76, 77, 85, 88, 90, 99

- stipulations compatibles : 101 et s.

P

Pacte de préférence : 411, 423, 635

« Pas de nullité sans grief » : 590

« Pas de nullité sans texte » : 590

Pouvoir unilatéral (v. aussi *Décision*) : 11, 109, 124, 187, 243, 248, 469, 566

Préavis : 75, 98, 107 et s., 133, 385

Préemption (droit de) : 219, 270, 352, 486, 635

Préférence (droit de) : 220, 270, 423

Préjudice (détermination du) : 434 et s.

Prérogatives (contractuelles) : 264 et s.

Prescription (délai de) : 413, 490

Prestation :

- distinction avec les procédures contractuelles : 15, 127, 140, 182, 192, 308, 313, 316 et s.
- procédures aménageant les : 245 et s.

Preuve : 87, 183, 198, 534

- aménagement de la : 32, 103
- charge de la : 266, 271, 306, 382, 468, 503
- force probante : 415

Prévision : 84, 103, 115, 118, 120, 122, 186, 319, 374, 444, 448 et s., 493, 586, 600

Principe :

- de la contradiction : 111, 280, 456, 456, 532
- dispositif : 297, 638

Principes directeurs du procès (principes fondamentaux) : 136, 293, 454 et s., 498

Procédure :

- de concertation atténuée : 217 et s.
- de constat contradictoire : 128, 142, 156, 182, 241, 278, 312, 374, 414, 456, 457, 521, 524, 527, 534

- impliquant une coopération renforcée : 211 et s.
- impliquant un tiers : 222 et s.
- incitative : 203 et s.
- informative : 196 et s.

Processus : 3

Procès équitable : 128, 136, 188, 453, 473

Procès-verbal : 122, 258, 361, 374, 385, 393, 535, 623

Promesse unilatérale : 199, 247, 595

Q

Qualification : 12

- de la clause : 67, 68, 506 et s.
- de la procédure : 496
- de l'obligation : 10, 304 et s.
- du tiers : 388 et s.
- normative : 337 et s.

R

Rapport d'expertise : 535

Recours (au recours) : 95, 457, 459, 507

Récusation : 480, 493, 526

Rédaction du contrat : 373, 386, 408

Règles de droit : 121, 169, 340, 345, 388, 451, 461, 512, 539, 564, 642

Renégociation (du contrat) :

Renonciation : 28, 50, 74, 112, 194, 269, 307, 331, 397 et s., 482, 591, 621

Réputé non accompli : 607, 608

Réputé non écrit (v. aussi *Clause réputée non écrite*) : 81

Requalification (v. aussi *Qualification*) : 231, 558

Résiliation unilatérale : 107, 110, 133, 276, 312, 379, 464

Résolution (du contrat) : 25, 60, 89, 98, 145, 163, 320, 353, 356, 398, 421, 431

Responsabilité contractuelle : 227

- cumul avec d'autres sanctions : 632 et s.
- droit commun de la : 426 et s., 446
- inadéquation aux procédures contractuelles : 328, 371, 506

S

Sanctions : 418 et s., 522 et s.

- garantissant la mise en œuvre des procédures contractuelles : 596 et s.
- des règles de forme et de procédure : 558 et s.
- inapplicables aux procédures contractuelles : 316 et s.
- inappropriées : 319 et s.
- procédures encadrant les - : 275 et s.

Sécurité juridique : 46, 267, 380, 556, 581, 592

Sentence arbitrale : 388, 526

Séparabilité (v. aussi *Autonomie*) : 156 et s.

Signification : 486, 592

Substance :

- de l'obligation : 189, 313 et s.
- du contrat : 410, 422, 449, 546, 611, 645

Sujétion : 311, 339, 344, 350, 367, 566

T

Terme (obligation à) : 176 et s.

Technique contractuelle : 8, 121, 452

Transaction : 393, 400, 457

- efficacité : 496 et s.

Transmission des clauses : 153 et s.

V

-

Vertu : 15, 164, 490, 521, 542, 572, 577

Vice :

- de consentement : 559
- de forme : 467, 590, 591
- de procédure : 608

Table des matières

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS 1
SOMMAIRE 5
INTRODUCTION 7
PARTIE I : LA NOTION DE PROCÉDURES CONTRACTUELLES 23
TITRE I - LE CONTRAT : SOURCE DES PROCÉDURES CONTRACTUELLES 25
CHAPITRE 1 : L'EXISTENCE DE L'ACCORD INSTITUANT UNE PROCÉDURE 27
Section 1 : La liberté de création des procédures contractuelles 27
§. 1. La nécessité d'un accord de volontés des contractants 28
A. L'indifférence de la procédure de l'accord de volontés 28
1. Les procédures contractuelles résultant d'un accord négocié 28
2. Les procédures contractuelles résultant d'une adhésion 30
a. Les procédures contractuelles d'adhésion bilatérale 31
b. Les procédures contractuelles d'adhésion unilatérale 33
B. L'importance du consentement au contrat instituant la procédure 35
1. La réalité du consentement 35
2. La portée du consentement 38
§. 2. La matérialisation de l'accord de volontés des contractants 40
A. La rédaction de la clause instituant une procédure contractuelle 40
1. L'absence d'exigence de principe du formalisme 40
2. Les limites à la libre expression de la volonté 41
a. L'exigence d'écrit, condition de validité de la clause procédurale 41
b. L'exigence d'écrit, condition d'efficacité de la procédure contractuelle 42
B. Le contenu de la clause instituant une procédure contractuelle 44
1. La teneur de la clause instituant une procédure 44
a. Les obligations des parties à la procédure contractuelle 44
b. Les modalités de mise en œuvre de la procédure contractuelle 46
2. La clarté de la clause instituant une procédure 50
a. Les avantages de la clarté de la clause 50
b. L'apport limité de la clarté de la clause 53
Section 2 : Les limitations à la liberté des contractants 54
§. 1. Les limites à la création de certaines procédures contractuelles 54
A. Les limitations affectant la validité de la clause procédurale 55

1. Les manifestations du déclin de la liberté contractuelle 55
a. Les cas de prohibition liés à la personne du cocontractant 55
b. Les cas de prohibition objective 58
2. La sanction de la prohibition des clauses procédurales 62
B. Les limitations affectant l'efficacité de la clause 64
1. Les restrictions affectant la force obligatoire de la clause procédurale 64
2. Les restrictions ponctuelles à l'application de la clause procédurale 67
§. 2. Les restrictions affectant l'organisation de certaines procédures contractuelles 71
A. Les restrictions d'origine légale 71
1. Les manifestations des restrictions légales dans l'organisation de certaines procédures 71
a. Les restrictions résultant de l'existence de procédures légales entre contractants 72
b. Les restrictions légales résultant de la réglementation de certaines clauses 74
2. Les aménagements conventionnels licites 77
B. Les restrictions d'origine jurisprudentielle 80
1. Les restrictions directes au jeu de certaines clauses 80
2. Les restrictions indirectes à l'organisation de procédures contractuelles 83
CHAPITRE 2 : LES SPÉCIFICITÉS DES PROCÉDURES CONTRACTUELLES 87
Section 1 : La spécificité des procédures contractuelles par rapport au contrat qui les contient 88
§. 1. La caractérisation de la spécificité des procédures contractuelles par rapport au contrat originel 89
A. La spécificité des fonctions 90
1. L'instauration d'un cadre favorable à la discussion 91
2. La protection des contractants 93
B. La spécificité du mécanisme des procédures contractuelles 97
1. La procéduralisation du contrat 98
2. La processualisation du contrat 102
§. 2. L'incidence de la spécificité des procédures contractuelles sur leur relation avec le contrat principal 106
A. La dépendance des procédures contractuelles par rapport au contrat qui les contient 107
1. L'existence d'un lien de dépendance 107
2. La portée du lien de dépendance 111

a. Le principe de la caducité des procédures contractuelles par l'effet de la disparition du contrat principal 111
b. Le rayonnement des procédures contractuelles par l'effet de la transmission des droits ou obligations nés du contrat 113
B. La séparabilité des procédures contractuelles par rapport au contrat principal 115
1. L'affirmation de la séparabilité des procédures contractuelles 116
2. La détermination de l'étendue de la séparabilité des procédures contractuelles 120
a. La portée de la séparabilité en cas d'anéantissement du contrat valable .. 121
b. La portée de la séparabilité en cas de vice affectant la formation du contrat 124
Section 2 : La spécificité des procédures contractuelles par rapport aux mécanismes voisins 129
§. 1. La spécificité des procédures contractuelles par rapport aux obligations affectées d'une modalité 129
A. Procédures contractuelles et obligation conditionnelle 130
B. Procédure contractuelle et obligation à terme 133
§. 2. Les spécificités des clauses instituant des procédures par rapport aux clauses ayant un effet automatique 135
A. Procédures contractuelles et stipulations de constatation 135
B. Procédures contractuelles et clauses d'application automatique 137
TITRE II - LES PROCÉDURES : OBJET DE L'ACCORD DES PARTIES 143
CHAPITRE 1 : TYPOLOGIE DES PROCÉDURES CONTRACTUELLES 145
Section 1 : Classification suivant les modalités de mise en œuvre des procédures contractuelles 147
§. 1. Procédures unilatérales 148
A. Les procédures informatives 148
B. Les procédures incitatives 152
§. 2. Procédures bilatérales 156
A. Les procédures sans intervention d'un tiers 156
1. Procédures impliquant une coopération renforcée entre les parties 157
2. Procédures bilatérales impliquant une concertation atténuée entre les parties 160
B. Les procédures impliquant l'intervention d'un tiers 164
1. Le tiers investi d'un pouvoir non contraignant 164
2. Le tiers investi d'un pouvoir contraignant 168

§. 3. Les procédures hybrides 171
A. Le caractère facultatif de la procédure 172
B. La combinaison de procédures 174
Section 2 : Classification suivant l'objet des procédures contractuelles 178
§. 1. Procédures aménagement les prestations 178
A. Procédures participant à la définition des engagements 178
1. Procédure aménageant la détermination du contenu des engagements 179
2. Procédures aménageant la modification du contenu des engagements 181
B. Procédures relatives à la mise en œuvre des engagements 185
1. Procédures tendant à la réalisation effective des engagements 185
2. Procédures relatives aux évènements affectant l'exécution 188
§. 2. Procédures aménageant les prérogatives 191
A. Procédures relatives aux prérogatives conférant un droit potestatif 191
1. Procédures aménageant le pouvoir de modulation de la force obligatoire du contrat 191
2. Procédures aménageant le pouvoir de modification du contenu du contrat. 195
B. Procédures relatives aux prérogatives conférant un pouvoir de sanction 197
1. Les procédures encadrant les sanctions de l'inexécution du contrat 198
2. Les procédures encadrant le pouvoir disciplinaire 201
§. 3. Procédures aménageant le règlement des différends 204
A. Les procédures aménageant le règlement non contentieux des différends 204
1. La procédure contractuelle, moyen tendant à la recherche d'une solution amiable 204
2. La solution amiable, modalité particulière de la procédure contractuelle 206
B. Les procédures aménageant le règlement contentieux des différends 208
1. Les procédures tendant à soustraire le règlement du litige au juge étatique 209
2. Les procédures aménageant le lien d'instance judiciaire 211
CHAPITRE 2 : NATURE JURIDIQUE DES PROCÉDURES CONTRACTUELLES 215
Section 1 : Discussion de la nature juridique des procédures contractuelles 215
§. 1. L'assimilation des procédures contractuelles aux obligations contractuelles . 216
A. L'explication de l'analyse en termes d'obligations contractuelles 216
1. Procédures contractuelles comme obligations positives 216
2. Procédures contractuelles comme obligations négatives 219
B. La réfutation de l'analyse en termes d'obligation contractuelle 220
1. Sur le plan formel 221

a. Structure 221
b. Substance 222
2. Sur le plan des sanctions applicables 224
a. Les sanctions inapplicables 225
b. Les sanctions inappropriées 227
§. 2. L'assimilation des procédures contractuelles aux devoirs 229
A. L'explication de l'analyse en termes de devoirs 230
B. La réfutation de l'analyse en termes de devoirs 231
1. Sur le plan sémantique 231
2. Sur le plan technique 233
Section 2 : Exposé de la position retenue 236
§. 1. Les procédures contractuelles, normes juridiques non créatrices d'obligation 236
A. La qualification normative des procédures contractuelles 237
1. Une norme impliquant une exigence comportementale 237
2. Le mode opératoire des procédures contractuelles 239
B. L'appréciation de la qualification normative des procédures contractuelles .. 241
1. Avantages de la qualification normative 241
2. Insuffisances de la qualification normative 243
§. 2. Les procédures contractuelles comme incombances 244
A. Le choix de la qualification d'incombance 245
1. La notion d'incombance 245
2. L'application de la qualification d'incombance aux procédures contractuelles 247
B. L'appréciation de la qualification d'incombance 248
1. Une qualification suscitant des réserves 249
2. Une qualification convenant aux procédures contractuelles 252
PARTIE II : LE RÉGIME DES PROCÉDURES CONTRACTUELLES 259
TITRE 1 - LE RÉGIME APPLICABLE *DE LEGE LATA* 261
CHAPITRE 1 : LE RÉGIME SUBSTANTIEL 263
Section 1 : L'application des clauses instituant des procédures 263
§. 1. La force obligatoire des procédures contractuelles 264
A. La mise en œuvre des procédures contractuelles 264
1. Le déclenchement de la procédure 264
a. Conditions de fond 264

b. Conditions de forme 268
2. Le déroulement de la procédure 269
a. La conduite de la procédure par les parties 269
b. L'implication d'un tiers dans la procédure 271
α) La qualification du tiers 272
β) La décision du tiers 275
3. Le dénouement de la procédure 276
B. Les obstacles à la mise en œuvre des procédures contractuelles 278
1. Les obstacles d'origine volontaire 278
a. Les obstacles à l'application de la clause 278
b. Les obstacles à l'efficacité de la procédure 283
2. Les obstacles d'origine involontaire 285
a. Le concours de procédures 285
b. L'interprétation restrictive des clauses 288
§. 2. Les effets des procédures contractuelles 292
A. Les incidences sur les droits substantiels 292
B. Les incidences sur les droits procéduraux 294
Section 2 : La sanction de la violation des procédures contractuelles 297
§. 1. Les sanctions relevant du droit commun des contrats 297
A. La remise en cause de la force obligatoire de l'engagement 298
1. La rupture du contrat 298
2. La neutralisation de la clause 300
B. La réparation par équivalent 302
1. Les conditions de mise en œuvre 303
a. La faute 303
b. Le dommage 305
c. Le lien de causalité 307
2. La détermination du préjudice 309
§. 2. Les sanctions particulières 312
A. Une sanction à géométrie variable 312
1. Une sanction incertaine dans la loi 312
2. Une jurisprudence flottante 314
B. La source de l'incertitude 316
1. L'absence de préjudice 316

2. L'absence de prévision conventionnelle 318
CHAPITRE 2 : LE RÉGIME PROCÉDURAL 321
Section 1 : La mise en œuvre des procédures contractuelles 322
§. 1. L'application de principes fondamentaux inspirés du droit processuel 323
A. Les principes régissant le rapport procédural entre les parties 323
1. Le respect des droits de la défense 323
a. L'objet de l'exigence du respect des droits de la défense 324
b. Les limites au respect des droits de la défense 328
2. La motivation des décisions unilatérales 330
a. L'objet de la motivation 330
b. Le contrôle de la motivation 333
3. Les exigences inspirées de la bonne administration de la justice 335
a. La célérité de la procédure contractuelle 335
b. Le principe de confidentialité de la procédure contractuelle 337
B. Les principes visant le tiers intervenant dans la procédure contractuelle 340
1. L'indépendance du tiers 341
2. L'impartialité du tiers 343
§. 2. La mise en œuvre des techniques procédurales 347
A. Les modalités de mise en œuvre 347
1. Les notifications 347
2. Les délais 350
B. Les techniques procédurales assurant l'efficacité des procédures contractuelles 354
1. Les mesures de coercition garantissant le déroulement de la procédure 355
2. Les mesures de coercition tournées vers l'efficacité du résultat 357
Section 2 : Le contentieux de la mise en œuvre des procédures contractuelles 361
§. 1. L'instance relative à la mise en œuvre des procédures contractuelles 361
A. Les prérogatives des parties 361
1. L'incidence des procédures contractuelles sur le rôle des parties 361
2. L'incidence des procédures contractuelles sur les défenses procédurales des parties contractantes 364
a. L'incidence sur les exceptions de procédure 364
b. L'incidence sur les fins de non-recevoir 366
c. Incidence sur les moyens de défense au fond 371
B. Les prérogatives du juge 374

1. L'effet des procédures contractuelles sur les conditions d'intervention du juge 375
2. L'effet des procédures contractuelles sur les pouvoirs du juge 377
§. 2. Les sanctions relatives à la mise en œuvre des procédures contractuelles 381
A. La transposition des sanctions procédurales 382
1. La sanction du défaut de mise en œuvre des procédures contractuelles 382
2. La sanction du défaut de diligence dans la conduite de la procédure 384
B. Les sanctions non procédurales 388
1. Les dommages et intérêts 388
2. L'inefficacité de l'acte 391
TITRE 2 - RÉGIME APPLICABLE *DE LEGE FERANDA* 397
CHAPITRE 1 : LA PRISE EN COMPTE DES SPÉCIFICITÉS DES PROCÉDURES CONTRACTUELLES 399
Section 1 : La différenciation des procédures contractuelles du fond et de la forme .. 400
§. 1. La distinction des procédures contractuelles et des règles de fond 400
A. Le glissement de la procédure dans le fond 401
B. La dissociation de la procédure du fond 403
§. 2. Distinction des procédures contractuelles et des règles de forme 405
A. La dissociation des notions 406
1. La distinction des contenus 406
2. La dissociation des finalités 409
B. La dissociation des sanctions 411
Section 2 : Les incidences de la différenciation des procédures contractuelles du fond et de la forme 413
§. 1. Sur le plan théorique 414
A. L'émergence d'un principe de légalité procédurale dans le contrat 414
1. La notion de légalité procédurale 415
2. Les fonctions de la légalité procédurale 417
B. La subjectivation de la relation contractuelle 418
§. 2. Sur plan pratique 421
A. L'intégration des procédures contractuelles au sein du droit commun des contrats 422
1. Le raffermissement de la force obligatoire des procédures contractuelles .. 422
2. La réception des sanctions garantissant la force obligatoire des procédures contractuelles 424

B. Le transfert au contrat du régime gouvernant les actes de procédure 426
1. Considérations critiques sur le refus de l'extension 427
2. L'application aux actes d'une procédure contractuelle 431
a. Les conditions de validité des actes 431
b. La nullité des actes 433
CHAPITRE 2 : LA RÉORIENTATION DES SANCTIONS VERS L'EFFICACITÉ DES PROCÉDURES CONTRACTUELLES 439
Section 1 : Présentation des sanctions 440
§. 1. La privation d'un avantage juridique 441
A. La déchéance appliquée aux procédures contractuelles 441
1. La nature de la déchéance appliquée aux procédures contractuelles 442
2. L'objet de la déchéance appliquée aux procédures contractuelles 444
B. Les autres formes de privation d'un avantage juridique 445
§. 2. Survenance de conséquences juridiques défavorables 450
A. Le mécanisme du réputé non accompli 450
1. L'inopposabilité 451
2. La neutralisation des prérogatives irrégulières 453
B. Pour la reconnaissance des dommages et intérêts punitifs 457
Section 2 : Mise en œuvre des remèdes 461
§. 1. Le rôle des acteurs dans le procès relatif à la violation de procédures contractuelles 461
A. Le rôle des parties 461
1. L'invocation de la sanction 462
2. La charge probatoire incombant aux parties 464
B. Le rôle du juge dans le prononcé de la sanction 465
1. Le rôle du juge dans la détermination de la sanction applicable 466
2. Le rôle du juge dans l'appréciation de la sanction applicable 467
§. 2. Possibilité de cumul de sanctions 469
A. Cumul avec les sanctions pécuniaires 470
1. Cumul de sanctions des procédures contractuelles et des dommages et intérêts 470
2. Cumul des sanctions des procédures contractuelles et de la clause pénale 471
B. Cumul avec les sanctions non pécuniaires 473
CONCLUSION GÉNÉRALE 479
BIBLIOGRAPHIE 483

INDEX ALPHABÉTIQUE 519